
PIERO CALAMANDREI
OPERE GIURIDICHE
VI
LA CASSAZIONE CIVILE
PARTE PRIMA
COLLANA
LA MEMORIA DEL DIRITTO
RomaTrE-Press
2019

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

La memoria del diritto

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

6

Piero Calamandrei

OPERE GIURIDICHE
Volume VI

La Cassazione civile
(Parte prima)

Presentazione di Virgilio Andrioli

Riedizione a cura della
Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei
Istituzione del Comune di Montepulciano
e della
Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" – Roma



RomaTrE-Press
2019

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press
Roma, settembre 2019
ISBN: 978-88-32136-51-7

http://romatrepress.uniroma3.it

Le eredi di Piero Calamandrei, titolari dei diritti sulle sue opere, hanno autorizzato la Roma TrE-Press a diffondere in *open access* questo volume i cui contenuti sono assoggettati alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International Licence* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale. Il volume, oltre che sulla piattaforma della Roma TrE-Press è disponibile su quella di Google Books.



Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
La memoria del diritto

Con la Collana "*La memoria del diritto*" il Dipartimento di Giurisprudenza di Roma Tre intende offrire alle comunità dei giuristi, italiani e stranieri, la possibilità di accedere, a distanza e in formato digitale, a classici ormai introvabili e spesso conservati ormai nei "fondi" delle Biblioteche.

Il diritto è una disciplina intrinsecamente storica, costruita su materiali normativi e concettuali che si sono formati e stratificati con il passare dei secoli. La conoscenza delle opere dei grandi Maestri risponde ad esigenze al tempo stesso metodologiche e culturali. "Memoria" è un vocabolo che esprime una tensione creatrice fondata sullo studio e la rivisitazione del passato.

Questa Collana si aggiunge all'altra Collana di Dipartimento "*L'unità del diritto*" esprimendo la complessità, ma anche la unitarietà diacronica e sincronica, del fenomeno giuridico.

La opzione per pubblicazioni in *open access* risponde pienamente al progetto di Dipartimento di Eccellenza: l'Università in quanto istituzione di formazione e di ricerca finanziata da risorse pubbliche ha un obbligo – ma anche un precipuo interesse – a diffondere con un raggio quanto più ampio i risultati delle proprie attività, creando esternalità positive e offrendo la possibilità anche a chi non è direttamente impegnato nella ricerca universitaria a sviluppare proprie piste di indagine e arricchendo i propri orizzonti culturali.

La scelta di inaugurare la Collana con i dieci volumi delle "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei vuole essere emblematica, creando un ponte intellettuale che copre oltre un secolo e che si proietta, grazie alla acutezza del grande Giurista e uomo politico, nella contemporaneità.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Presentazione della riedizione

La Biblioteca e Archivio Storico Piero Calamandrei, istituzione del Comune di Montepulciano e la Fondazione "Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei" di Roma sono liete di rendere accessibili agli studiosi del diritto così come ad un più ampio pubblico le "Opere Giuridiche" di Piero Calamandrei, attualmente purtroppo reperibili solo nelle biblioteche.

L'opera multiforme di Piero Calamandrei (1889-1956) spazia dal diritto alla letteratura, alla poesia, alla pittura, alla fotografia e non cessa di offrire spunti attualissimi di acuta riflessione sulle istituzioni, i principi che le devono reggere, i rischi e le sfide della democrazia.

Queste "Opere Giuridiche" possono dunque essere lette in congiunzione, non solo ideale, con quelle pubblicate o ripubblicate in questi anni grazie alla cura di eminenti giuristi e studiosi ed ai tanti ritrovamenti archivistici di inediti significativi. Oltre ai classici *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, l'*Inventario della casa di campagna* e *Uomini e città della resistenza* citiamo l'edizione integrale dei *Diari (1939-1945),* gli inediti *Fede nel diritto, Non c'è libertà senza legalità , Il fascismo come regime della menzogna* e le raccolte *L'avvenire dei diritti di libertà, Patologia della corruzione parlamentare, Per la scuola, La burla di primavera* .

Nel licenziare l'opera per la sua diffusione planetaria in *open access* un particolare ringraziamento va a Google Books e alla sua squadra, che ha curato una scansione digitale di qualità, a Matilda Cappelletti, figlia di Mauro Cappelletti allievo prediletto di Calamandrei e curatore, fra gli anni '70 e '80, della edizione delle "Opere Giuridiche", al Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre che ha voluto dare vita, per l'occasio-

ne, alla Collana "*La memoria del diritto*", un titolo che pensiamo sarebbe piaciuto al grande Maestro. Ed infine alla Roma TrE-Press che continua nella sua meritoria opera di rendere accessibile a tutti, senza oneri, i risultati delle ricerche universitarie.

Silvia Calamandrei
Presidente della Biblioteca
e Archivio Storico
Istituzione del Comune di Montepulciano

Vincenzo Zeno-Zencovich
Presidente della Fondazione
"Centro di iniziativa giuridica
Piero Calamandrei" - Roma

ATTUALITA' DI PIERO CALAMANDREI, PROCESSUALISTA

1.- Ristampare oggi le *Opere giuridiche* di Piero Calamandrei non è soltanto un modo efficace per offrire agli studiosi del processo civile un facile accesso a preziosi volumi ormai fuori commercio; significa anche e soprattutto riconoscere il profondo legame fra le origini della dottrina processualcivilistica e il futuro del processo civile, che attraversa il passato meno recente per giungere fino all'attuale presente, secondo una continuità e un destino che sono in realtà fuori dal tempo, ciò che avviene solo ed esclusivamente per i "classici".

Questa consapevolezza era già viva nei giuristi del passato che, con amorevole cura e lungimirante dedizione, ebbero l'idea di raccogliere – sotto la guida di Mauro Cappelletti – tutti gli studi giuridici di Piero Calamandrei: le monografie sulla *Cassazione civile* e sulla *Chiamata in garanzia*, le *Istituzioni del processo civile* e gli scritti che si fa fatica a qualificare come «minori», costituendo delle vere e proprie pietre miliari in tema di teoria generale del processo, di prova civile, di vizi della sentenza e mezzi di impugnazione, di tutela cautelare e di giustizia costituzionale.

A quella lodevole iniziativa parteciparono, con brillanti saggi introduttivi, studiosi del calibro di Virgilio Andrioli, Enrico Tullio Liebman, Tito Carnacini, Vittorio Denti, Giovanni Pugliese, Costantino Mortati, riuniti dall'idea di appartenere ad una comunità accademica coesa e consapevoli di essere di fronte a studi di intramontabile valore, i quali vennero presentati con il rispetto e con l'ammirazione che merita un autentico fondatore della disciplina.

Chiunque rilegga oggi uno qualsiasi dei saggi di Piero Calamandrei ne può constatare la profondità del pensiero, la ricchezza degli spunti, l'originalità dei risultati, l'eleganza della prosa, la viva e perdurante attualità.

La vastità del pensiero dell'insigne giurista fiorentino – che è stato ad un tempo Professore di diritto processuale civile, Rettore dell'Università degli Studi di Firenze, Presidente del Consiglio Nazionale forense e Deputato dell'Assemblea Costituente – non si presta ad una minuta e noiosa rassegna, proprio per la straordinarietà della sua vita scientifica e umana. Ci limitiamo , quindi, a segnalare alcune delle idee più significative del suo insegnamento, che possono ormai considerarsi patrimonio comune dell'odierna dottrina processualcivilistica, anche in considerazione dei successivi sviluppi: la natura della Cassazione civile, la visione del processo come gioco, la funzione della tutela cautelare, i concetti di verità e di verosimiglianza nel processo.

2.- La Cassazione, quale organo supremo di giustizia e regolatore dei rapporti tra le diverse giurisdizioni, costituisce il risultato più significativo ed importante dell'opera scientifica di Piero Calamandrei, sebbene, all'epoca, questa avesse suscitato le perplessità ricordate da Virgilio Andrioli.
Nel 1933, nel decennale della Cassazione unica, Piero Calamandrei scriveva che «la porta, per la quale la scienza del diritto entra più liberamente nelle aule di giustizia, è quella della Cassazione unificata».
Nella seduta pomeridiana del 27 novembre 1947 dell'Assemblea Costituente, quando si discuteva dell'art. 102, corrispondente all'attuale settimo comma dell'art. 111 Cost., Piero Calamandrei arrivò in ritardo. Nella prima parte del dibattito, Giovanni Leone difese la proposta della Commissione contro gli emendamenti diretti a reistituire le Cassazioni regionali, sostenuti anche da Palmiro Togliatti e da Vittorio Emanuele Orlando.
Nel rinnovato quadro normativo, ma quando si riteneva ancora che parte delle disposizioni della Carta fondamentale della Repubblica fossero meramente «programmatiche», la Cassazione riconobbe che l'art. 111, comma 2 (oggi 7), avesse immediata portata precettiva (Cass., sez. un., 30 luglio 1953, n. 2593, in *Foro it.*, 1953, I, 1248).
L'assemblea generale della Corte di Cassazione del 23 aprile 1999 aveva segnalato i rischi paventati per l'attività della Corte.
La crescita esponenziale dei ricorsi, dipendente in buona parte anche dalla riforma del contenzioso tributario e, da ultimo, dalle controversie in materia di immigrazione, ha creato, per la Corte, una situazione di emergenza.
Quest'ultima, a sua volta, ha suscitato una frenesia legislativa che, pur diretta

a porre rimedio, ha fatto del procedimento di legittimità un gioco dell'oca (*Foro it.*, 2018, V, 213), privo di oggettiva base razionale e mortificante anche per i magistrati.
La cattedrale della giustizia è un edificio alla manutenzione del quale contribuiscono gli studiosi e gli operatori.
La porta, che Piero Calamandrei ha contribuito ad aprire e che salutava con soddisfazione nel decennale della Cassazione unica, è mantenuta aperta dal dialogo sui contrasti di giurisprudenza e sulle questioni processuali controverse.
Il controllo di legalità che la Costituzione ha affidato alla Corte, anche grazie al contributo di Piero Calamandrei, presuppone che, come prevede la legge, le decisioni siano il frutto di un'opera collegiale e del confronto aperto anche all'esterno.
Non mancano, anche a causa della enorme mole di lavoro, note autonome, che si distaccano dall'armonia dell'orchestra.
Proprio in riferimento al contributo giovanile di Piero Calamandrei, che aveva segnato i confini dell'istituto, si è affermato che «la distinzione tra garanzia propria e impropria è destituita di fondamento e che tutte le fattispecie ricondotte all'una e all'altra categoria devono andare soggette alla medesima disciplina processuale» (così Cass., sez. un., 4 dicembre 2015, n. 24707).
Grazie alla porta aperta da Piero Calamandrei, anche in relazione a questa decisione, che ha disatteso una tradizione consolidata e l'espressa previsione normativa di cui all'art. 106 c.p.c., che appunto distingue la comunanza di causa e la chiamata in garanzia, le reazioni degli studiosi hanno proseguito il dialogo, che può trovare nuova linfa nella ripubblicazione anche della monografia del 1913.

3.- Un indubbio pregio delle opere di Calamandrei, che ne costituisce uno dei tratti di maggiore fascino, consiste nel felicissimo connubio fra l'alto valore delle sue riflessioni scientifiche e la considerazione dell'esperienza processuale, il suo vivo e concreto pulsare nel cuore degli uomini.
L'esempio forse più apprezzabile di questo legame fra teoria e pratica del processo si trova nel celeberrimo e suadente saggio sul *Processo come giuoco* pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale* del 1950, nel quale si osservava che «se il giurista 'puro' può prendersi il lusso di trattar le leggi come congegni di precisione», solo a questo non può limitarsi l'avvocato, «il quale

deve ad ogni istante ricordarsi che ogni uomo è una persona, cioè un mondo morale unico ed originale, che dinnanzi alle leggi si comporta secondo i suoi gusti e i suoi interessi, in maniera imprevedibile e spesso sorprendente».
E questa unicità ciascuna parte la dimostra appunto nel *gioco del processo*, che fra i suoi scopi istituzionali contempla ovviamente quello di amministrare la giustizia, ma che al tempo stesso è il luogo dello scontro dialettico fra intelligenze, per il quale è assai calzante il proverbio popolare secondo cui per vincere una causa occorrono diversi ingredienti: l'*avere ragione*, il *saperla esporre*, il *trovare chi la intenda* e *che la voglia dare*, e alla fine *il debitore che possa pagare*.
L'esito del combattimento giudiziario dipende insomma non solo dalle ragioni, ma anche dall'abilità nel giocare la partita, dalla somma dei comportamenti dei litiganti, dalle loro astuzie, dall'efficacia delle loro mosse a sorpresa. Eppure, anche questa visione agonistica del processo non può dirsi completa, perché – come riconosce espressamente lo stesso Calamandrei – la libertà della tattica processuale è limitata dall'obbligo delle parti e dei loro difensori di comportarsi in giudizio con lealtà e probità.
Controversa è tuttavia l'interpretazione di questa clausola generale e quindi eternamente si discute, oggi come allora, dell'abuso del processo, dei contorni della responsabilità per mala fede processuale, del significato del dolo revocatorio, del valore degli argomenti di prova ricavabili dal contegno processuale dei litiganti, del problema dell'obbligo delle parti di dire il vero nel processo. Ed è questo uno degli aspetti più vitali, ancora oggi attualissimo, dell'insegnamento di Piero Calamandrei.

4.- «Credo che – osserva Vittorio Denti nella Presentazione del IX volume – da molti degli scritti minori, più che dalle grandi opere sistematiche, dovrà prendere le mosse chi vorrà ricostruire la figura e l'opera di Piero Calamandrei». È vero anche, d'altro canto, che fra gli scritti minori di Calamandrei alcuni assumono una particolare importanza sia per la grande influenza che hanno avuto sulla riflessione successiva intorno agli argomenti da essi trattati, sia per la straordinaria finezza ed attualità dei loro contenuti. È il caso – per limitarsi ad alcuni esempi fra i molti che si potrebbero fare – dell'*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* del 1936 e dell'ultimo suo saggio in materia di diritto processuale civile *Verità e verosimiglianza nel processo civile* del 1955.

Quando Calamandrei pubblica l'*Introduzione*, dedicandolo a Giuseppe Chiovenda, ha appena compiuto 47 anni ed è al culmine della sua attività scientifica. Nell'avvertenza il Maestro fiorentino sottolinea come non si tratti di una monografia dedicata al tema della tutela cautelare, quanto piuttosto della parte introduttiva di «un corso sui provvedimenti cautelari», rivolto agli studenti del «secondo biennio» della Facoltà giuridica fiorentina. Pur avendo finalità prevalentemente didattiche lo studio si segnala fin da subito per il modo nuovo con il quale affronta il tema della tutela cautelare e per la piena consapevolezza della stretta correlazione che sussiste fra questa particolare forma di tutela e l'effettività della stessa funzione giurisdizionale. Ed è questa la ragione per la quale esso non solo continua ad essere considerato un classico sul tema, ma a conservare piena attualità.

Anzitutto, Calamandrei anticipa ciò che ormai costituisce un dato imprescindibile nella riflessione processualcivilistica, e cioè che solo «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo (del giudice) potesse essere *istantaneo*, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari».

La tutela cautelare, dunque, trae la sua ragion d'essere dall'esigenza di assicurare gli effetti dei provvedimenti, alla produzione dei quali è diretta la funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione, ovviando ai pericoli che minacciano la fruttuosità della tutela giurisdizionale di un diritto nel tempo necessario per conseguirla.

E Calamandrei ha ben chiaro che la stretta relazione che inevitabilmente lega la tutela cautelare all'esigenza di assicurare gli effetti della primaria funzione giurisdizionale di cognizione e di esecuzione impone di guardare ad essa come ad una diretta manifestazione della garanzia del diritto di azione e alla sua piena effettività.

Siccome per la sua stessa natura il processo non può plausibilmente prescindere dall'impiegare un certo lasso di tempo, più o meno lungo, prima di pervenire alla decisione finale, si comprende agevolmente la necessità che la disciplina che l'accompagni si presenti come una sorta di «corsa contro il tempo»: impedisca, cioè, che si protragga più del dovuto (sia improntato

ad una «ragionevole durata») e, contestualmente, offra alla parte che ha bisogno della tutela giurisdizionale gli strumenti idonei ad evitare che le conseguenze del fisiologico protrarsi del processo ricadano sulla situazione giuridica tutelanda.
A maggior ragione queste considerazioni valgono se si considera che, proprio nell'ottica del superamento dell'autotutela privata e della funzione pubblicistica del processo civile, la sua finalità non venga limitata alla soluzione della lite ed alla tradizionale tutela del diritto soggettivo sostanziale, di cui la parte si afferma titolare, ma ricomprenda anche il ristabilimento della pacificazione sociale o comunque la riaffermazione del diritto obiettivo o della chiovendiana volontà di legge nel caso concreto.
Il lasso di tempo che necessariamente deve intercorrere fra l'instaurazione del giudizio con la manifestazione del «bisogno di tutela giurisdizionale» e la pronuncia di una sentenza dotata di efficacia esecutiva, espone la tutelanda situazione al pericolo di subire un ulteriore pregiudizio, che può consistere o nel verificarsi di fatti tali da porre in pericolo le possibilità di concreta attuazione della sentenza, o comunque nel permanere della violazione e quindi dello stato di insoddisfazione del titolare della situazione sostanziale violata. «I provvedimenti cautelari – chiarisce Calamandrei in maniera mirabilmente efficace – rappresentano una conciliazione tra le due esigenze spesso contrastanti della giustizia, quella della *celerità* e quella della *ponderatezza*: tra il far presto e male, e il far bene ma tardi; i provvedimenti cautelari mirano innanzitutto a far presto, lasciando che il problema del bene e del male, cioè della giustizia intrinseca del provvedimento, sia risolto successivamente colla necessaria ponderatezza nelle riposate forme del processo ordinario … [e] preventivamente assicurano i mezzi atti a far sì che il provvedimento definitivo possa avere, quando sarà emanato, la stessa efficacia e lo stesso rendimento pratico che avrebbe se fosse emanato immediatamente». Ma il processo di affermazione di questa stretta correlazione fra tutela cautelare ed effettività della tutela giurisdizionale richiedeva che la stessa tutela cautelare venisse ricostruita come tipica funzione giurisdizionale autonoma. Ed è in questa direzione che l'insegnamento di Calamandrei è stato determinante.

5.- Non meno significativo l'apporto che Calamandrei offre al progresso

della riflessione intorno alla formazione del convincimento del giudice con il suo famosissimo saggio su *Verità e verosimiglianza*.
In esso, Egli riprende – dopo oltre mezzo secolo – l'insegnamento di Adolf Wach secondo cui nel processo ogni giudizio di verità diventa un giudizio di probabilità («*aller Beweis ist richtig verstanden nur Wahrscheinlichkeitsbeweis*»), per giustificare la conclusione che «anche per il giudice più scrupoloso e attento vale il fatale limite di relatività che è propria della natura umana». Quando si dice che un fatto processuale è vero – osserva il Maestro fiorentino – «si vuol dire in sostanza che esso ha raggiunto, nella coscienza di chi lo giudica tale, quel grado massimo di verosimiglianza che, in relazione ai limitati mezzi di conoscenza di cui il giudicante dispone, basta a dargli la certezza soggettiva che quel fatto è avvenuto»; nient'altro, dunque, che «un surrogato di verità», commisurato all'esperienza, alla cultura e alla capacità del giudicante.
In tale ottica, il giudizio fondato sulla probabilità è funzionale a misurare la capacità di una determinata allegazione di rappresentare un'effettiva realtà fattuale, secondo «l'ordine normale delle cose», ovvero nel rispetto di tutti quei limiti che inevitabilmente il giudice incontra e che gli derivano dal principio fondamentale del processo moderno per cui il giudice deve assumere una posizione di passiva attesa, dalla quale può uscire solo per affacciarsi a quella «porzione di realtà» che le parti gli sottopongono. Ciò che, in definitiva, va letto come la riaffermazione, anche sul versante dell'accertamento probatorio, della concezione garantista del processo propria del «liberalismo processuale».

* * *

La ristampa delle *Opere giuridiche* conferma che gli studiosi del processo civile, come diceva Bernardo di Chartres, siedono sulle spalle dei giganti («*nos esse quasi nanos gigantum humeris insidientes*») e su di essi grava la responsabilità e di non disperdere i frutti dell'opera intrapresa e degli insegnamenti ricevuti.

Roma, aprile 2019

Antonio Carratta *Giorgio Costantino* *Giuseppe Ruffini*



OPERE GIURIDICHE
di
PIERO CALAMANDREI
a cura di Mauro Cappelletti

Contenuti dei 10 Volumi

Volume I: *Problemi generali del diritto e del processo*.

Volume II: *Magistratura, Avvocatura, studio e insegnamento del diritto,* con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume III: *Diritto e processo costituzionale,* con *Presentazione* di Costantino Mortati.

Volume IV: *Istituzioni di diritto processuale civile.* In Appendice: *Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile (due dialoghi),* con *Presentazione* di Enrico Tullio Liebman.

Volume V: *La chiamata in garantia e altri studi sul processo di cognizione e sulle prove,* con *Presentazione* di Tito Carnacini.

Volume VI: *La Cassazione civile*, Primo volume, con *Presentazione* di Virgilio Andrioli.

Volume VII: *La Cassazione civile*, Secondo volume, con *Presentazione* di Mauro Cappelletti.

Volume VIII: *Altri studi sulla Cassazione civile, sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni*, con *Presentazione* di Giovanni Pugliese.

Volume IX: *Esecuzione forzata e procedimenti speciali. Diritto comparato e ordinamenti storici e stranieri,* con *Presentazione* di Vittorio Denti.

Volume X: *Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. In Appendice: *Bibliografia degli scritti giuridici, politici e letterari di Piero Calamandrei (1906-1958) a cura di A. Mondolfo e M. Cappelletti, con integrazioni e, fino al 1985, con aggiornamenti di C. Cordié*, con *Presentazione* di Paolo Barile.

INDICE
DEL SESTO VOLUME

Presentazione (Virgilio Andrioli)) » V

SEZIONE VI

LA CASSAZIONE CIVILE (PARTE PRIMA)

LA CASSAZIONE CIVILE » 3

PREFAZIONE » 5

AVVERTENZA BIBLIOGRAFICA » 9

PARTE PRIMA: STORIA E LEGISLAZIONI » 11

INTRODUZIONE » 13

1. Mancanza di una trattazione storica esauriente sulla Cassazione. — 2. Utilità di una simile trattazione. — 3. Cenni sul metodo con cui sarà svolta la trattazione seguente.

SEZIONE PRIMA: Elaborazione storica dei singoli elementi costitutivi della Cassazione » 19

CAPO PRIMO: *Diritto romano* » 21

CAPITOLO PRIMO: *Concetto originario di nullità della sentenza per vizi processuali* » 23

4. Estensione alla sentenza di concetti inerenti al negozio di diritto privato. — 5. Mancanza nel diritto repubblicano di un mezzo di impugnativa contro la sentenza. — 6. Concetto di nullità. = inesistenza giuridica. — 7. La nullità in origine limitata ai soli vizi processuali. — 8. Mezzi per accertare la nullità del giudicato. — 9. Non hanno natura costitutiva, ma dichiarativa.

CAPITOLO SECONDO: *Estensione del concetto di nullità alle sentenze* « contra ius constitutionis » » 35

10. Transizione. — 11. Nullità di sentenze incapaci a produrre la cosa giudicata. — 12. Validità della sentenza ingiusta. — 13. Di-

stinzione tra *quacstio iuris* e *quaestio facti*: non sta in relazione colla partizione tra *ius* e *iudicium*. — 14. Deriva dalla natura della funzione che compie il giudice romano. — 15. Esempi delle Fonti. — 16. Diverso potere del giudice nella risoluzione delle due questioni. — 17. Estensione del concetto di nullità del giudicato ad alcuni casi di ingiustizia. — 18. Ulteriore analisi della *quaestio iuris*. — 19. Effetti dell'*error in iudicando*: *a*) errori relativi alla premessa maggiore. — 20. *b*) Errori relativi alla premessa minore. — 21. *c*) Errori relativi alla conclusione. — 22. Sentenze *contra ius constitutionis* e sentenze *c. i. litigatoris*. — 23. Giustificazione teorica di questa antitesi. — 24. Confutazione di una teoria dell'Endemann. — 25. Importanza pratica delle nullità per errore *c. i. constitutionis*. — 26. Ipotesi del Kohler sulla origine politica di questo motivo di nullità. — 27. Parallelo tra questo momento politico e quello in cui ha origine in Francia il ricorso per cassazione.

Capitolo Terzo: *Origine dall'ordinamento imperiale del concetto di mezzo di gravame* » 63

28. Origine pubblicistica del concetto di appellabilità. — 29. *Intercessio tribunicia*. — 30. Nascita dell'*appellatio* nel diritto imperiale. — 31. Sua natura processuale. — 32. Sentenza appellabile: variazione nel concetto di cosa giudicata. — 33. Sentenza appellabile e sentenza nulla. — 34. Influsso dell'appello sulla nullità: *a*) trasformazione di alcune nullità in appellabilità; *b*) nullità fatta valere per via d'appello.

Capitolo Quarto: *Accentramento dell'ordinamento giudiziario nell'Imperatore.* » 79

35. Unificaz. della giurisdizione nell'Imperatore. — 36. Suo influsso sulla interpretazione uniforme del diritto. — 37. Natura del ricorso all'Imperatore: *supplicatio* contro le sentenze dei *Praefecti praetorio*.

CAPO SECONDO: *Diritti germanici* » 89

Capitolo Quinto: *La disapprovazione della sentenza* (« Urteilsschelte ») » 91

38. La contrapposizione germanica tra *Richter* ed *Urteilsfinder*. — 39. Origine della *Urteilsschelte*. — 40. Suoi caratteri fondamentali. — 41. L'errore di diritto nel processo germanico. — 42. II principio della validità formale della sentenza. — 43. Recente reazione contro la teoria tradizionale su quest'argomento.

Capitolo Sesto: *Trasformazione dell'istituto nelle diverse leggi barbariche* » 105

44. Leggi romane dei barbari. — 45. La forma originaria della *Ur-*

teilsschelte presso i popoli franchi (Leggi Salica e Ripuaria). — 46. Deviazioni (Leggi degli Alamanni, Bavari, Burgundi, Anglosassoni). — 47. Leggi visigotiche. — 48. Leggi longobardiche: trasformazione del principio della validità formale della sentenza e primi germi della querela di nullità.

Capitolo Settimo: *Influsso del potere regio sull'amministrazione della giustizia* » 121

49. II sovrano come giudice supremo. — 50. Obbligo dei giudici di obbedire alla legge e potere di interpretazione del sovrano. — 51. Speciali forme di reclamo al re contro la sentenza dei giudici inferiori: *Praeceptio Clotarii*. — 52. La *Curia regis*, tribunale di equità: *reclamatio ad regis diffinitivam sententiam*.

CAPO TERZO: *DIRITTI ROMANO-GERMANICI. A) Diritto comune italiano e tedesco* » 129

Capitolo Ottavo: *Origine della « querela nullitatis » nel diritto statutario; suo ulteriore sviluppo nella dottrina* » 131

53. Formazione della *querela nullitatis* nel diritto statutario dall'incontro del diritto romano col diritto germanico. — 54. Forma caratteristica della *querela nullitatis* in alcuni statuti. — 55. Trasformazione del concetto di nullità in quello di annullabilità. — 56. Natura costitutiva della *querela nullitatis*, costruita come un vero mezzo di gravame. — 57. Forma derivata dal prevalere dell'elemento germanico. — 58. Forme ammesse dalla dottrina per il prevalere dell'elemento romano: natura costitutiva dell'*actio nullitatis*.

Capitolo Nono: *Motivi di nullità* » 147

59. I motivi di nullità nella legislazione e nella dottrina del dir. intermedio. — 60. *A*) *Errores in procedendo*. — 61. *B*) *Errores in iudicando*. — 62. *a*) Errori relativi alla premessa maggiore. — 63. b) Errori relativi alla premessa minore. — 64. *c*) Errori relativi alla conclusione. — 65. Errore *contra rem prius iudicatam.* — 66. Requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità: *a*) *expressus*; *b*) *causalis*. — 67. La querela di nullità diventa un rimedio contro la ingiustizia della sentenza.

Capitolo Decimo: *La querela di nullità in relazione cogli altri mezzi di impugnativa del diritto intermedio.* » 165

68. Analisi del giudizio al quale dava luogo la *querela nullitatis*. — 69. L'*appellatio* e sua trasformazione nel diritto comune tedesco. — 70. La *supplicatio*: *revisio* contro le sentenze del supremo tribunale

imperiale in Germania. — 71. *Restitutio in integrum*. — 72. La *revisio* ordinaria (*leuteratio*) in Germania. — 73. In che senso si può dire che la *querela nullitatis* era un rimedio « estremo »; sua collocazione nel quadro dei mezzi per impugnare le sentenze.

Capitolo Undecimo: *Nullità sanabili e nullità insanabili* » 183

74. Significato della contrapposizione tra nullità sanabili e n. insanabili: lotta tra il principio germanico e il principio romano. — 75. La *exceptio nullitatis* negli Statuti. — 76. Nullità *iuris naturalis* e nullità *iuris positivi* nella dottrina italiana. — 77. *Querela nullitatis sanabilis* e *querela nullitatis insanabilis* nel diritto comune tedesco.

Capitolo Dodicesimo: *Sulla funzione politica della querela di nullità* » 193

78. Elemento politico nella *querela nullitatis*. — 79. Cautele del dir. statutario per l'osservanza della legge: *syndicatus*, nullità delle sentenze contro lo statuto. — 80. Magistrature statutarie con carattere di nomofilachia. — 81. L'*Exgravator* milanese. — 82. I *Syndicatores* genovesi. — 83. La nullità delle sentenze date contro la legge nelle RR. CC. piemontesi. — 84. Analisi della funzione politica di questi istituti; manca lo scopo di mantenere l'unità del diritto. — 85. Questi istituti rappresentano l'eccezione, perché di regola la *querela nullitatis* per errore *contra ius* non ha carattere politico: Prammatica napoletana 11 maggio 1612. — 86. La *querela nullitatis* come mezzo di controllo sulla regolarità dei processi; i *Sindici* veneziani; la *Signatura* romana.

Capitolo Tredicesimo: *Cenno sui tribunali supremi in Italia e in Germania* » 211

87. Origine comune dei tribunali supremi. — 88. Ordinamento giudiziario del Piemonte. — 89. Altri tribunali supremi dell'Italia superiore. — 90. La *Consulta* in Toscana. — 91. La *Ruota* e la *Segnatura* a Roma. — 92. Il *Sacro Regio Consiglio* a Napoli. — 93. Funzione dei tribunali supremi. — 94. Si nega ogni somiglianza sostanziale di essi colla Corte di Cassazione. — 95. La terza istanza in Germania: il *Reichskammergericht*.

CAPO QUARTO: *DIRITTI ROMANO-GERMANICI. B) Diritto francese* » 233

Capitolo Quattordicesimo: *Rimedi processuali ordinari contro le sentenze* » 235

96. La *faussation de Jugement* nel diritto feudale francese. — 97. Prevalenza del vero appello: suoi caratteri. — 98. Il principio della

validità formale del giudicato in antitesi col principio della inesistenza giuridica: la *querela nullitatis* dello *Stylus Curiae*. — 99. La regola « *voies de nullité n'ont pas lieu en France* »; suo significato e limitazioni.

Capitolo Quindicesimo: *Il ricorso al re come a giudice supremo contro le sentenze delle corti sovrane* » 249

100. Origine del *Parlement* e del ricorso al sovrano. — 101. La *supplication* ammessa dagli *Établissements* di S. Luigi: non è limitata agli errori di diritto. — 102. La sovranità dei Parlamenti e la suprema giurisdizione del sovrano esercitata per mezzo delle *Lettres de Chancellerie*. — 103. La *proposition d'erreur*: suo procedimento. — 104. Natura della *proposition d'erreur*, volta ad ottenere una *revisio in facto*. — 105. La *requête civile*: sua natura originaria di *restitutio in integrum*. — 106. Come potevano esser fatti valere gli *errores in procedendo* intervenuti in una sentenza inappellabile. — 107. *Ordonnance civ*. del 1667; abolizione della *pr. d'erreur* e trasformazione della *req. civile*.

Capitolo Sedicesimo: *Origine e sviluppo del diritto sovrano di annullare le sentenze dei Parlamenti contrarie alla volontà del re* » 273

108. Lotta tra monarchia e Parlamenti, originata dall'autorità quasi legislativa acquistata da questi: diretto nesso tra tale lotta e l'origine del ricorso per cassazione. — 109. *a*) La cassazione ha luogo originariamente per trasgressione dei Parlamenti all'ordine sovrano contenuto nelle *lettres de justice*. — 110. *b*) Ulteriore sviluppo: cassazione per violazione di singole norme processuali. — 111. *c*) Sviluppo definitivo: cassazione per violazione di ogni ordinanza (Ord. di Blois, art. 208). — 112. La contravvenzione all'ordinanze concepita fondamentalmente come un *error in procedendo*. — 113. Scopo della cassazione sotto l'*ancien régime*: non mantenere l'osservanza del diritto obiettivo, ma difendere contro i Parlamenti le prerogative subiettive del sovrano. — 114. L'annullamento delle sentenze dei Parlamenti, è una prerogativa esclusiva del re, e non ha carattere giurisdizionale.

Capitolo Diciassettesimo: *Il ricorso per cassazione, mezzo concesso ai privati per provocare l'esercizio del potere di annullamento spettante al sovrano* » 293

115. L'esercizio del potere politico di cassazione in origine rimesso all'iniziativa del re, che cassa « *de son propre mouvement* ». — 116. La cassazione politica si distingue dalla cassazione per sentenze contraddittorie esercitata dal *Grand Conseil*. — 117. Origine della *demande en cassation* su iniziativa delle parti: confutazione dell'opinione comune sul momento di tale origine. — 118. Sviluppo pratico dell'isti-

tuto: fonti. — 119. Significato dell'istituto, in cui l'iniziativa privata viene posta a servizio dell'interesse del sovrano. — 120. La *demande en cassation* dal punto di vista processuale: rapporti e differenze colla *querela nullitatis*. — 121. Presupposti della *demande en cassation*: i motivi di cassazione negli scrittori francesi. — 122. Distinzione della cassazione secondochè avvenga per contravvenzione alle ordinanze processuali o alle ordinanze sostanziali. — 123. La *demande en cassation* per il primo motivo si avvicina nella pratica alla *querela nullitatis*. — 124. La *d. en cassation* per il secondo motivo si avvicina nella pratica a una revisione nell'interesse privato. — 125. Altri presupposti della *d. en cassation*: chi può ricorrere e contro quali sentenze; la cassazione un rimedio « estremo ».

Capitolo Diciottesimo: *La funzione del* « Conseil des parties » *nella monarchia francese, e il procedimento dinanzi ad esso* » 331

126. Origine e funzioni del *Conseil des parties*. — 127. Requisiti formali del ricorso per cassazione: procedimento dinanzi al *Conseil des parties*. — 128. II *Conseil des parties* non giudica il merito delle controversie: in che senso si deve intendere questo principio. — 129. Estensione della cognizione del *Conseil* nel *iudicium rescindens*: *a*) *errores in procedendo*. — 130. *b*) *Errores in iudicando*: teoria del Tolozan e contrario insegnamento del Boutaric. — 131. α) Errori relativi alla premessa maggiore: interpretazione delle norme. — 132. β) Id. alla premessa minore: la cassazione per *iniquité manifeste*. — 133. Provvedimenti consequenziali della cassazione: *iudicium rescissorium*. — 134. Confronto tra il *Conseil des parties* e la Corte di Cassazione: fondamentali differenze. — 135. *a*) Mancanza di garanzie processuali. — 136. *b*) Cumulo di diverse funzioni inerenti alla sovranità. — 137. *c*) Mancanza della funzione di unificare la interpretazione giurisprudenziale.

Sezione Seconda*:* Nascita della cassazione moderna e sua fortuna nelle legislazioni » 373

CAPO QUINTO: *L'opera della rivoluzione francese e il suo svolgimento in Francia.* » 375

Capitolo Diciannovesimo: *II coefficiente storico ed il coefficiente dottrinario nella creazione dell'istituto* » 377

138. II *Tribunal de cassation* il prodotto di fattori storici e di fattori dottrinarî. — 139. *a)* II fattore storico. Idea fondamentale dell'istituto derivante dal *Conseil des parties*. — 140. Necessità di impedire le invasioni nel campo legislativo commesse sotto l'*ancien régime* dai

Parlamenti. — 141. Necessità di limitare il potere di interpretazione dei giudici. — 142. Ostilità della Rivoluzione contro il *Conseil des parties*. — 143. *b)* II fattore dottrinario: Rousseau e la dottrina del contratto sociale. — 144. La teoria della divisione dei poteri di Montesquieu. — 145. *c*) Si nega che nell'origine dell'istituto abbia avuto influsso l'esempio delle costituzioni inglese e nordamericana.

Capitolo Ventesimo: *: II «Tribunal de cassation » quale doveva essere negli intendimenti dell'Assemblea Nazionale* » 395

146. Scopo della trattazione: preparazione parlamentare dell'istituto. — 147. Il *Tribunal de cassation* come organo destinato a garantire la separazione fra il potere legislativo e quello giudiziario. — 148. Divieto ai giudici di emanare norme generali. — 149. Inalzamento del concetto di potere legislativo e trasformazione del concetto di giurisdizione. — 150. Idea dei riformatori che il potere legislativo sia invaso dal giudice che viola la legge o la interpreta: divieto assoluto della interpretazione giurisprudenziale. — 151. Il *référé* facoltativo e la cassazione. — 152. In quale dei tre poteri pubblici rientra la funzione di cassazione. — 153. A quale organo dovesse essere affidata tale funzione. — 154. Il *Tribunal de cassation*, nell'intenzione dei fondatori, non un organo giudiziario. — 155. In che la Rivoluzione innovò sul *Conseil des parties*.

Capitolo Ventunesimo: *Il Tribunale di cassazione quale fu nella sua forma originaria (organo di controllo costituzionale sull'attività del potere giudiziario)* » 417

156. II principio del doppio grado giurisdizionale: il Tr. di cass. non costituisce un terzo grado. — 157. Decr. 27 nov. – 1° dic. 1790: divisione delle sue norme in due gruppi. — 158. *A*) Norme rispondenti alla concezione teorica dell'istituto. — 159. *a*) Divieto al Tr. di cass. di giudicare *le fond* delle controversie. — 160. *b*) Di quali vizi il Tr. di cass. si occupa: *errores in iudicando*: *contravention à la loi*. — 161. Significato di tale locuzione.— 162. Apparente contraddizione di essa col divieto fatto ai giudici di interpretare la legge. — 163. *c*) Carattere puramente negativo della cassazione. — 164. Sua giustificazione. — 165. *d*) Conflitto tra autorità giudiziaria e Tr. di cass.: *référé obligatoire* al legislatore. — 166. Significato di questo sistema. — 167. Asserita dipendenza del Tr. di cass. dal potere legislativo. — 168. *e*) Impulso alla cassazione: cassazione *dans l'intérêt de la loi*. — 169. Come da tale istituto appaia la natura non giurisdizionale del Tr. di cass. — 170. Conferma tratta dall'annullamento per *excès de pouvoir*. — 171. *B*) Norme non rispondenti alla concezione teorica dell'istituto. — 172. *a*) La *demande en cassation*, come facoltà conces-

sa ai privati di provocare la cassazione. — 173. b) La cassazione per *errores in procedendo*. — 174. Sua giustificazione storica. — 175. *c*) Attribuzioni eterogenee del Tr. di cass. — 176. Come nella cass. per *error in proc.* e nelle altre attribuzioni accessorie del Tr. di cass. non si applichino le regole fondamentali della cassazione. — 177. Conclusione sul carattere del Tr. di cass. nella sua forma originaria. — 178. Non serve a mantenere l'unità della giurisprudenza.

Capitolo Ventiduesimo: *L'organo di cassazione nel suo svolgimento (regolatore giudiziario dell'uniformità della interpretazione giurisprudenziale)* » 463

179. Cause iniziali della trasformazione dell'organo di cassazione: leggi attraverso le quali essa si compie. — 180. *A*) Allargamento delle specie di *error in iudicando*, sulle quali si estende il riesame della *Cour de cassation*: *a)* errore contro lo spirito della legge. — 181. *b) Fausse interprétation* di legge. — 182. *c*) *Fausse application* di legge: ogni errore di diritto dà luogo a cassazione. — 183. *B)* Trasformazione della attività della Corte di cass. da negativa in positiva: *a*) trasformazione di fatto. — 184. *α)* In relazione alla decisione della singola controversia. — 185. *β)* In relazione alle controversie future. — 186. *b)* Trasformazione di diritto: sistemi transitori delle leggi anno VIII, 1807, 1828. — 187. Significato di questi tre sistemi. — 188. Legge 1° aprile 1837. — 189. Trasformazione che la Corte di cass. riceve da essa: *α)* in relazione alla decisione della singola controversia. — 190. *β)* In relazione alle controversie future. — 191. La Corte di cassazione, istituto giudiziario per la unificazione della interpretazione giurisprudenziale. — 192. Carattere giurisdizionale della Cassazione. — 193. Conseguente trasformazione del ricorso per cassazione e del ricorso *dans l'intérêt de la loi*. — 194. Come la cass. per *error in procedendo* non risponda neppure al nuovo scopo dell'istituto.

Capitolo Ventitreesimo: *La Cassazione nel diritto positivo francese contemporaneo* » 497

195. La Cassazione nel diritto positivo francese: *A)* La *Cour de cassation* nell'ordinamento giudiziario; sua composizione personale, sue attribuzioni. — 196. *B)* II *pourvoi en cassation* nel diritto processuale. Condizioni sostanziali del diritto alla cassazione: *a*) contro quali sentenze; *b*) da quali persone; *c*) per quali motivi può essere esperimentato. — 197. Tendenza pratica dell'istituto ad allargare il suo campo d'applicazione. — 198. Collocazione del *pourvoi en cassation* nel sistema dei mezzi di impugnativa ammesso dal diritto francese. — 199. Requisiti formali: procedimento. — 200. Limiti del potere di decisione: *a*) del giudice di cassazione (teoria dei *moyens nouveaux*); *b*) del giudice di rinvio. — 201. Struttura processuale del

ricorso in cassazione: rinvio alla Parte teorica. — 202. *C*) Fortuna e meriti dell'istituto della Cassazione nel diritto francese.

CAPO SESTO: *Il perfezionamento della Cassazione francese nella legislazione germanica* » 529

Capitolo Ventiquattresimo: *L'influsso della Cassazione francese sulle legislazioni particolari degli Stati germanici* » 533

203. Terza istanza e Cassazione. — 204. Misure di nomofilachia nella *A.G.O.* di Prussia del 1793. — 205. Come la Cassazione francese fu conosciuta in Germania: *a*) Esperienza pratica nelle Provincie renane. — 206. *b)* La Cassazione nella dottrina tedesca. — 207. Per quali ragioni la Cassazione fu imitata nelle legislazioni germaniche. — 208. Rassegna delle legislazioni germaniche più caratteristiche. — 209. La querela di nullità della L. 14 dicembre 1833 in Prussia. — 210. Conclusioni.

Capitolo Venticinquesimo: *L'istituto della Revisione nella legislazione dell'Impero tedesco* » 553

211. L'influsso della Cassazione nei disegni di riforma precedenti al *CPO*: disegno annoverese, prussiano, e della confederazione nordica. — 212. *Revision* ed *Oberrevision* dei disegni tedeschi 1871 e seguenti. — 213. Il sistema dei mezzi per impugnare le sentenze ammessi dal *CPO* 1879. — 214. La *Revision* del *CPO* 1879: suo intento. — 215. Posizione e ordinamento del *Reichsgericht*. — 216. Condizioni sostanziali della Revisione. — 217. Requisiti formali e procedimento. — 218. Analisi della costruzione processuale della Revisione: sua duplicità. — 219. Degenerazione della Revisione in una *revisio in facto*. — 220. Il soprallavoro del *Reichsgericht* e la riforma della Revisione. — 221. Differenze tra la Cassazione francese e la Revisione germanica. — 229. La Revisione è uno sviluppo della Cassazione.

CAPO SETTIMO: *La Cassazione nelle altre legislazioni* » 597

Capitolo Ventiseiesimo: *Legislazioni che accolgono il sistema della Cassazione nella sua forma originaria (Cassazione francese)* » 599

223. Premesse e partizione del Capo VII. — 224. Premessa del Capitolo. — 225. Italia. — 226. Belgio. — 227. Olanda. — 228. Lussemburgo. — 229. Spagna. — 230. Portogallo. — 231. Grecia. — 232. Romania. — 233. Serbia. — 234. Bulgaria. — 235. Turchia. — 236. Russia.

Capitolo Ventisettesimo: *Legislazioni che accolgono il sistema della Cassazione nella sua forma derivata (Revisione germanica)* » 607

237. Austria. — 238. Ungheria. — 239. Svizzera. — 240. Finlandia (disegno di riforma).

Capitolo Ventottesimo: *Legislazioni che non accolgono il sistema della Cassazione né nella sua forma originaria né in quella derivata* » 617

241. Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia. — 242. Inghilterra. — 243. Stati Uniti d'America. — 244. Altri Stati americani. — 245. Conclusioni del Capo VII.

CAPO OTTAVO: *La Cassazione nel diritto italiano* » 529

Capitolo Ventinovesimo: *La Cassazione in Italia fino alla Restaurazione* » 631

246. La Cassazione non ha precedenti dottrinari in Italia: Muratori e Filangieri. — 247. Introduzione dell'ordinamento francese in Italia. — 248. Piemonte. — 249. Repubblica Cisalpina. Repubblica (poi Regno) italiana. — 250. Venezia. — 251. Repubblica Ligure. — 252. Toscana. — 253. Repubblica (poi Principato) di Lucca. — 254. Repubblica romana. — 255. Repubblica partenopea (poi Regno di Napoli). — 256. Risultati.

Capitolo Trentesimo: *La Cassazione negli Stati italiani precedenti all'unificazione* » 647

257. Classificazione delle legislazioni degli Stati italiani in tre gruppi. — 258. *a*) Legislazioni che non accolgono la Cassazione: Lombardo-Veneto. — 259. *b*) Legislazioni che la accolgono solo in parte: I. Codice di procedura civile parmense, 6 giugno 1820. — 260. II. Codice process. civ. Estense, 14 giugno 1852. — 261. III. Legislazione lucchese. — 262. IV. Legislazione dello Stato romano: 1. *Motuproprio* Piano, 6 luglio 1816 e 22 nov. 1817; 2. *Motuproprio* Leone XII, 5 ott. 1824; 3. Regol. gregoriano, 10 nov. 1834; 4. Decr. 3 marzo 1849 della Rep. romana. — 263. *c*) Legislazioni che accolgono la Cassazione: I. Regno delle Due Sicilie. — 264. II. Granducato di Toscana: 1. Norme sulla terza istanza; 2. *Motuproprio* 6 agosto 1838. — 265. III. Piemonte: 1. Leggi anteriori al 1847; 2. Editto e Regol. 30 ott. 1847; 3. Leggi successive e Codice proc. civ. 16 luglio 1854; 4. Cod. proc. civ. 20 nov. 1859 e Legge ord. giudiziario 13 nov. 1859. — 266. Conclusioni: opinioni della dottrina italiana sulla Cassaz.

Capitolo Trentunesimo: *La Cassazione nel Regno d'Italia* » 669

267. Organi giudiziari supremi esistenti in Italia al momento della unificazione. — 268. Serie dei provvedimenti che portarono al sistema attuale. — 269. Schema della attuale ripartizione di attribuzioni fra le cinque Corti di cassazione: il fenomeno del « doppio grado *in iure* ». — 270. Dissidio fra il principio della unicità e la sopravvivenza delle cinque Corti. — 271. Serie dei tentativi parlamentari, fatti dal 1859 a oggi, per eliminare il dissidio. — 272. Quadro delle fonti di diritto positivo che regolano la Cassazione. — 273. Principali differenze in confronto del sistema francese.

Sintesi storica sull'origine e lo sviluppo della Cassazione » 693

274. Il problema dell'origine storica della Cassazione: per risolverlo, bisogna scomporre l'istituto nei suoi elementi — 275. Gli elementi costitutivi della Corte di cassazione e del ricorso per cassazione. — 276. Origine storica dei diversi elementi costitutivi della Corte di cassazione. — 277. Origine storica dei diversi elementi costitutivi del ricorso per cassazione. — 278. Definizione della Cassazione nei suoi caratteri essenziali. — 279. Conclusione: la Cassazione ha origine totalmente francese.

This One
H6FY-P11-EG2H

PRESENTAZIONE

di

VIRGILIO ANDRIOLI

1. — *Nel concludere l'ampia recensione dell'opera, che l'editore torna a presentare ai lettori, il* SEGNI, La Cassazione ed un libro recente, *in* Riv. dir. comm., *1921, I, 509 (ripr. in* Scritti giuridici, *1965, I, 556), così si esprimeva:*

« *La critica, che abbiamo tentato, alla tesi del Calamandrei sulla costruzione del ricorso per cassazione come azione di impugnativa, se, come ci sembra, deve portare a respingere questo concetto, nulla toglie all'importanza dell'opera, e ai risultati raggiunti a riguardo di tante altre questioni. Lo scopo dell'istituto, messo molto bene in luce dall'A. nei primi capitoli del volume secondo, guida ad una delimitazione esatta dei vizi* in iudicando *che possono dar luogo a ricorso per cassazione (vol. II, cap. X), ed a una critica perspicua dell'attuale assetto legislativo della Cassazione italiana (cap. XI e XIII del volume II). Non mancano anche notevoli trattazioni su questioni di dettaglio, come, ad es., sul concetto di sentenza soggetta a gravame (vol. II, nn. 87-88) in cui l'A. sostanzialmente sviluppa e completa il concetto di* situazione giuridica *del Chiovenda. E la parte storica ci offre la prima trattazione profonda e completa dell'istituto, di fronte alle parziali e assai manchevoli trattazioni storiche precedenti italiane e straniere. L'opera è poi, come altri lavori del Calamandrei, un atto di fede e di coraggio. Il Calamandrei, contro gli egoismi regionali che cospirano al mantenimento delle cinque sedi di cassazione, proclama, con franca parola, la necessità della cassazione civile unica, come il solo sistema che corrisponda agli scopi dell'istituto, e sia degno del processo civile di una nazione moderna (v. soprattutto vol. II, introduzione e capo VIII, e prefazione al vol. I). Ed il libro costituisce il più notevole contributo della dottrina italiana a favore della riforma, così necessaria, dell'ordinamento vigente* ».

Purtroppo gli egoismi regionali, che sembravano debellati, sono riemersi nello Statuto della regione siciliana, che prevede, all'art. 23,

una sezione della Cassazione con sede in Palermo, la quale, rimasta sulla carta, ha trovato, di recente, un paladino in Mazzarella (F., Passato e presente della Cassazione, *nota 50, in* Riv. trim. dir. proc. civ., *1972, 88): « L'osservazione della realtà dovrebbe ora suggerire che, almeno in certi settori, il " diritto obiettivo " sarebbe ormai più a base " regionale " (quindi, plurima) che " nazionale " unica. In altri termini dovrebbe prendersi in considerazione il fatto che il decentramento della produzione del diritto a livello legislativo è poi contraddetto dalle strutture centralizzate della Corte di cassazione a livello dell'interpretazione ed applicazione al caso concreto ».*

Queste affermazioni, le quali, se valide, porrebbero nel nulla l'unico momento delle funzioni della Cassazione, che trovava concordi il Calamandrei e il Segni, non possono essere accettate neppure a livello di ipotesi: non solo dei tre decentramenti, previsti nel mentovato art. 23, quello relativo alla Cassazione (e al Tribunale superiore delle Acque pubbliche) non ha ricevuto attuazione (sono, peraltro, note le traversie della giustizia amministrativa in Sicilia), ma il " boom " della legislazione regionale, anche e soprattutto ad opera delle regioni a statuto ordinario (è prossimo il giorno, in cui le leggi regionali e provinciali sopravvanzeranno, in quantità, le leggi statali), se ha giustificato l'istituzione dei Tribunali amministrativi regionali, non ha persuaso nessuno a sopprimere il Consiglio di Stato, cui sono stati attribuiti i poteri di giudice di appello.

Che poi il Consiglio di Stato sia una seconda istanza e non esaurisca i propri compiti nel controllo di legittimità e di logicità e che la percentuale delle sentenze dei T.a.r. appellate sia esigua, sono constatazioni le quali non infirmano il dato di realtà, che la produzione regionale del diritto positivo non infirma l'esigenza di un giudice centralizzato, seppure non si vuole, più in concreto, rilevare che la legislazione regionale è assai più uniforme di quel che a prima vista si congetturi (si è verificato il fenomeno, in questo come in altri campi, dei leaders, *cui si accodano con mansuetudine i* runners up*) e proprio la tendenziale uniformità, se da un lato affida alla soddisfazione di altre esigenze la validità della istituzione dei T.a.r., giustifica, dall'altro lato, la presenza di un organo giurisdizionale centrale. Il che — del resto — hanno posto in chiara luce i recenti e men recenti studi, sui tribunali supremi in Italia, di Gino Gorla, il quale non manca di riconoscere che « la* Cassazione civile *di Calamandrei è un grande lavoro, purtroppo negletto dagli storiografi del diritto, dai comparatisti e dagli storici ».*

Ma a che prò impegnarsi a dimostrare l'esigenza della Cassazione unica, di fronte all'art. 111, 2° comma, della Costituzione, il quale sarebbe svuotato di pratico contenuto se le Cassazioni regionali si af-

fiancassero ai T.a.r., e se si assegnasse alle Sezioni unite della Cassazione (con sede nel pericolante palazzaccio di piazza Cavour?) l'attuale posizione del Consiglio di Stato?

2. — *Il fatto è che i problemi, che avrebbero tormentato Calamandrei, avvocato principe avanti i giudici di qualsiasi grado non meno che maestro del diritto e intelletto europeo, se Iddio Gli avesse consentito di curare la seconda edizione della* Cassazione civile, *non sarebbero state le difese della unicità della Cassazione (nulla avrebbe, con ogni probabilità, aggiunto alla sardonica nota (1) del n. 129), e della distinzione tra gravami e impugnative nè della qualifica di impugnativa attribuita al ricorso in Cassazione, ma avrebbe Egli affrontato i problemi* vivi *dei rapporti,* in concreto, *tra Corte di cassazione e Corte costituzionale, e, più a monte, tra Corte di cassazione e Corte di giustizia delle Comunità europee (non Gli sarebbero, di sicuro, sfuggiti i Protocolli, adottati a Lussemburgo il 3 giugno 1971, attributivi di competenza alla Corte europea per l'interpretazione della Convenzione del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche e della Convenzione del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e sull'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, ratificati con legge 19 maggio 1975 n. 180) e, soprattutto, non avrebbe mancato di constatare che il compito della nomofilachia non può essere perseguito dalla Cassazione in astratto, ma deve essere inquadrato nel modo di essere dell'intero processo di cognizione.*

In un ordinamento, in cui siano in effetti (e non sulla carta) rispettate le direttive della concentrazione e dell'immediatezza, il n. 5 dell'art. 360, vuoi nel testo originario vuoi nel testo novellato, non ha senso, nè si giustificano la sopravvivenza del principio di diritto enunciato dalla Cassazione alla estinzione del processo, la pur eccezionale revisio per saltum, *e, pur se non fosse degenerato in quell'ignobile espediente di rendere le liti* paene immortales, *che è, lo stesso regolamento preventivo di giurisdizione.*

In un ordinamento positivo, in cui gli stessi processi di merito sono spezzettati, sgretolati e diluiti in una cognizione atomistica, che non è analitica, della res in iudicium deducta, *non solo il n. 5 dell'art. 360 acquisisce diritto di cittadinanza, e più che legittima si appalesa la sopravvivenza del principio di diritto alla estinzione dell'intero giudizio, ma bisogna avere il coraggio di scrivere che la funzione di nomofilachia ne riesce impropriata e la stessa sua utilità diviene incredibile: se il "fatto" è accertato, in quella guisa imperfetta che l'abbandono delle direttive della concentrazione e della immediatezza assecondano, la enunciazione dei princìpi di diritto anche all'infuori delle situazioni, in*

cui è imposta dal codice, e la stessa risoluzione, per via di massima, delle questioni di diritto sostanziale rischiano di degenerare in una deteriore operazione dottrinaria, che non giova a nessuno, nè ai litiganti nè ai magistrati, nè, infine, ai teoreti.

Il Calamandrei, nella polemica con il Segni, il cui scritto è passato quasi inosservato o, quanto meno, non è stato valutato nella misura che merita, è riuscito men soccombente di quel che al viandante potrebbe apparire: il Nostro costruiva quale azione d'impugnativa il ricorso in Cassazione perchè muoveva dalla premessa di un processo di merito, concentrato e immediato, laddove tale premessa non è apparsa ugualmente chiara a coloro che han costruito il processo avanti i giudici collegiali sulla diade: giudice istruttore e collegio (la mancanza di storia interna delle ultime fasi del codice del 1942, che non sia affidata ai ricordi personali e ai « si dice », non consente di identificare la parte riservata a ciascuno dei big Three *e a Leopoldo Conforti) ed hanno formulato l'originario n. 5 dell'art. 360, il quale imponeva alla Cassazione un'analisi degli atti di causa ben più profonda ed ampia del controllo di logicità, che la Corte si era arrogata prima del 21 aprile 1942.*

3. — *Le recenti vicende della giustizia civile a rito ordinario, quali emergono dallo « svolgimento del processo », più che dai « motivi » della più parte delle sentenze della Cassazione, ribadiscono la stretta connessione tra giudizi di merito e funzioni della Suprema Corte, côlta anche da* S. Satta, Passato e avvenire della Cassazione, *in* Riv. trim. di dir. proc. civ., *1962, 946, spec. 966: trasformata l'udienza in un luogo di scambio di scritture avanti il giudice istruttore, che ne esaurisce la direzione che vorrebbe essere dall'art. 175 c.p.c. indirizzata al più leale e sollecito svolgimento del procedimento, nell'amletica domanda:* di che cosa si tratta?, *cui ignare segretarie e indifesi praticanti procuratori nulla sanno rispondere, separati questi scambi epistolari da mesi e mesi di rinvio, frazionato il momento deliberatorio in due o più sentenze e bi- o triforcato il processo, che dovrebbe essere concentrato nei due o tre gradi ad un tempo pendenti, il n. 5 non poteva non divenire il più frequente motivo di cassazione, e sempre più aleatorie dovevano essere (e sono) le sorti di ricorsi in tal guisa articolati.*

Chi si limita a scrutinare l'asettica problematica della distinzione fra fatto e diritto, può fare della più o meno sagace dialettica, ma rimane al margine di quella realtà del processo civile, che pur invoca a guisa di campione da opporre all'astrattezza del giudizio di Cassazione.

Si fa presto ad imputare all'eccessivo numero di avvocati cassazionisti, che non può non andare a discapito della qualità professionale dei medesimi, la massa dei ricorsi in fatto, che — quasi sempre ma,

siam sinceri; non sempre — sono respinti; perché si deve pur ammettere che i vizi della motivazione sono le conseguenze dell'imperfetto svolgimento dei gradi di merito, il quale — lo si ripete — non solo diverte la Cassazione dai compiti istituzionali, descritti nell'art. 65 dell'ordinamento giudiziario, ma non le consente neppure di verificare se le norme di diritto sono state correttamente interpretate e puntualmente applicate.

Chi abbia una qualche esperienza del giudizio cassatorio in Italia, constata la sempre più frequente utilizzazione, da parte della Cassazione, di quella tecnica, che in Francia e in Belgio si definisce « défaut de base legale »: i fatti, cioè, pacifici o accertati dal giudice di merito non giustificano il risultato ultimo, cui il giudice medesimo è in diritto pervenuto, talché si è fuori dal testo, originario e novellato, del n. 5 dell'art. 360 e si è, forse e senza forse, vicini alla falsa applicazione delle norme di diritto, peraltro intesa in un senso diverso da quello corrente.

È una tecnica, che, sebbene contestata da uno studioso della autorità di Rigaux (F., La nature du contrôle de la Cour de Cassation, 1966, n. 201), meriterebbe di essere esperita su più ampia scala dai magistrati ed indagata dagli studiosi al fine di sostituirla al n. 5 dell'art. 360.

4. — Nell'intervento al Convegno al Circolo della stampa di Milano, tenuto nel febbraio 1966, sui problemi attuali della Cassazione (Tre aspetti della Corte di Cassazione, in Dir. e giur. 1966, 69), mi permettevo di richiamare l'attenzione dei venticinque ascoltatori non solo sul « controllo » della Cassazione sulla logicità del ragionamento dei giudici di merito ma anche sui rapporti tra Corte costituzionale e Cassazione e, in prima linea, sulla relazione tra enunciazione del principio di diritto ed « estrazione » di massime.

Sul secondo tema, peraltro trattato per ultimo, prendevo netta posizione contraria all'avviso espresso da Conso e Fazzalari nella relazione introduttiva (Riv. dir. proc., 1966, 69) rivendicando alla Corte costituzionale la libertà di interpretare le norme di diritto impugnate, fatta eccezione di quelle, che abbian formato oggetto di princìpi di diritto e nei limiti, in cui questi s'impongano al giudice di rinvio e al giudice, avanti il quale, a seguito della estinzione del processo, venga, per avventura, riproposta la domanda, e ravvisavo i « pericoli » della ripartizione di competenze interpretative, peraltro imposta dall'art. 101 della Costituzione, in ciò che l'interpretazione della disposizione riceve autorità dall'atto, mediante il quale viene prospettata, nell'atteggiamento della Cassazione e, in genere, dai giudici non costituzionali, consistente nell'impedire alla Corte costituzionale di esercitare il suo compito con risolvere questioni d'incostituzionalità in chiave di abrogazione disappli-

cando disposizioni, la cui incostituzionalità dà vita... a questioni manifestamente fondate, e nell'altro (atteggiamento) della Corte costituzionale, consistente nell'abusare di sentenze interpretative di rigetto.

Mi spiace per i venticinque ascoltatori, ma non sono stato cattivo profeta: la Cassazione ha continuato a risolvere in chiave di abrogazione tacita questioni di costituzionalità, che avrebbe dovuto rimettere all'esame della Corte costituzionale (mi auguro che la ordinanza 5 agosto 1975 n. 577, Foro it., *1975, I, 2842, con cui la Sezione I civile ha sollevato la questione di costituzionalità delle « nuove » commissioni tributarie, faccia, a differenza della rondine del detto popolare, primavera), e la Corte costituzionale, dal suo canto, eccede in sentenze interpretative di rigetto e, come se non bastasse, assume a base della dichiarazione d'infondatezza interpretazioni delle disposizioni impugnate, non del tutto accettabili (del che somministra copiosa materia la normativa disciplinatrice dell'assicurazione obbligatoria della responsabilità civile derivante dalla circolazione di veicoli a motore), e, or non è guari, si limita, nella materia incandescente dei consiglieri di Stato, ad un tempo* grands commis *del medesimo e gestori della giustizia amministrativa, ad impartire vaghe prediche moralistiche, cui rispondono, nello stesso tono, le Sezioni unite (sent. 5 giugno 1975 n. 2233,* Foro it., *1975, I,2491).*

5. — *Sebbene interessi, in minor misura dei rapporti tra le due Corti, i lettori dei quotidiani e gli spettatori della Televisione, il problema della massimazione delle sentenze della Cassazione merita un'attenzione ben maggiore di quella che operatori pratici del diritto e teoreti sono disposti a dedicargli, come quello che incide sulle funzioni istituzionali della Cassazione e, al limite, è tale che, se non risolto, potrebbe riporre in discussione lo stesso domma della unicità dell'organo.*

Non desidero ripetere quel che nel ricordato « intervento » ebbi occasione di dire, anche perché Gino Gorla, con autorità e preparazione maggiori delle mie, vi si è applicato spaziando nei cieli della storia giudiziaria.

Sia ben chiaro: non si intendono « denunciare » i contrasti, non di rado inconsapevoli, di orientamenti che anche in seno alla stessa sezione insorgono, chè errare humanum, *sebbene la indulgenza mal si irroghi a favore di un Istituto, che ascrive a suo compito fondamentale l'uniforme interpretazione del diritto nazionale, ma si vuol muovere « doglianza » sulla qualità della più parte delle massime, estratte dall'apposito Ufficio, le quali riproducono passi marginali della motivazione o si limitano a registrare la mera approvazione, elargita dalla Cassazione al giudice di merito, e, quasi mai, rappresentano la* ratio deci-

dendi, *cui la Corte si è ispirata nell'accogliere o nel respingere il ricorso per violazione o falsa applicazione di norme di diritto.*

Il vero è che alla delicatissima mansione dovrebbero essere destinati i più esperti magistrati della Cassazione, non già « magistrati di appello e di tribunale... scelti in base alle informazioni », a proposito dei quali, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 1976 (Giustizia civile, *1976, V, 1, spec. 18), il Procuratore generale della Cassazione, dato atto che il sistema non ha dato luogo ad inconvenienti apprezzabili, si limita ad auspicare che « una scelta fondata anche su esami darebbe maggiori garanzie di selezione mettendo tutti gli aspiranti su di un piano di parità e prevenendo qualunque sospetto di nomine determinate non dal merito, ma da preferenze personali ».*

Roma, febbraio 1976

SEZIONE VI

LA CASSAZIONE CIVILE E ALTRI STUDI SUI VIZI DELLA SENTENZA E SULLE IMPUGNAZIONI (*)

I

(*) Questa sezione occupa i volumi 6° 7° e 8° delle *Opere*. Nel vol. 6° è ristampato il 1° tomo del Trattato sulla *Cassazione civile*; nel vol. 7° il 2° tomo dello stesso Trattato; nel vol. 8° la voce *Cassazione civile* del *Nuovo Digesto italiano* nonché gli altri studî sui vizi della sentenza e sulle impugnazioni.

Hanno collaborato alla raccolta dei materiali o alla correzione delle bozze di stampa CLAUDIO MARCHETTI, ALBERTO GERMANÓ, VALERIO GREMENTIERI e GLORIA SBARAGLIO.

LA
CASSAZIONE CIVILE

« une des plus heureuses institutions qui assurent la stabilité de l'État ».

(NAPOLEONE)

« una di quelle grandi conquiste che la civiltà non può più perdere senza indietreggiare essa stessa ».

(PISANELLI)

Volume I

STORIA E LEGISLAZIONI (*)

(*) [Questo volume è stato dedicato da Piero Calamandrei alla memoria di Carlo Lessona con le seguenti parole: « Alla cara memoria di Carlo Lessona, professore ed avvocato, esempio all'Università e al Foro, nell'insegnare e nel patrocinare, di probità e di carattere, senza i quali non vale scienza ». Volume pubblicato per i tipi dei Fratelli Bocca, Milano - Torino - Roma, 1920. Tradotto in lingua spagnola da S. SENTÍS MELENDO, con *Prólogo* di NICETO ALCALÁ - ZAMORA Y CASTILLO, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, voll. 1° e 2°]. [*Bibliografia*, nn. 47, 297].

PREFAZIONE

Questo primo Volume, dedicato alle vicende storiche della Cassazione civile, era già quasi interamente scritto fino dal maggio 1915, grazie al prezioso aiuto di suggerimenti e di opere di non facile consultazione datomi in Roma dal Prof. Giuseppe Chiovenda, al quale non invano si rivolgono con fede i giovani che vogliono seriamente studiare; e se soltanto oggi questo Volume può uscire per le stampe, ciò è derivato dal fatto che in questo frattempo per più di tre anni la migliore gioventù d'Italia non è stata vicina ai libri. Ora però, tornando colla pace al lavoro interrotto, m'accorgo che neppure per il pensiero dello studioso questi anni di vittoriosa prova sono trascorsi senza frutto: e mi sembra di scorgere in tutti coloro che si rimettono a studiare dopo tre anni di guerra, anche se siano cultori delle scienze giuridiche, un desiderio nuovo di tradurre i frutti dell'indagine scientifica in immediato beneficio per la vita della Patria nostra, e di porre la speculazione teorica a servigio dei bisogni della pratica, partecipando, ognuno nella misura delle sue forze anche se modeste, a questo fervore di rinnovamento che la guerra ha lasciato in eredità alle Nazioni vincitrici.

Troppo ha tardato questo mio Lavoro ad uscire, per giungere in tempo ad essere omaggio, tenue di valore ma grandissimo di affettuosa gratitudine, a Carlo Lessona, al Maestro indimenticabile che questo tema mi suggerì, e pensando al quale è stata scritta ogni pagina di questo Volume; e mi manca ormai, dopo la immatura scomparsa di Lui, la gioia di udire dalla sua voce paterna l'incitamento a perseverare e a far meglio, con cui Egli usava salutare i lavori dei giovani usciti dalla Sua scuola. Ma tuttavia, se questa lunga pausa forzata ha tolto il premio più ambito alla mia fatica, essa non è bastata ad alterare nel mio pensiero la premessa fondamentale posta a base del mio lavoro nell'iniziarlo; poiché, nonostante che tanti nuovi ed urgenti problemi siano stati in quest'ultimo periodo suscitati dagli eventi in ogni campo della nostra vita nazionale, penso anche oggi, come e più di prima, che la pietra di paragone sulla quale si potrà

misurare se veramente l'Italia abbia raggiunto la sua piena maturità nazionale, sarà la soluzione che si riuscirà a dare all'urgente riordinamento della Cassazione civile.

Il problema della riforma giudiziaria e processuale non è un di quei problemi che si chiamano " d'attualità ": fuor di una ristretta cerchia di specialisti, il popolo ignora finanche i termini fondamentali delle questioni che si raggruppano intorno a questo problema; e gli stessi professionisti legali, nella loro gran maggioranza, non amano studiarne ed affrettarne la soluzione. Ma tuttavia i facili frizzi, ogni giorno più frequenti anche sulla bocca dei profani, contro quelle che il Polacco definì le " cabale del mondo legale "; il moltiplicarsi delle giurisdizioni speciali che, in cerca di forme semplici e spedite, sottraggono al rugginoso meccanismo dei tribunali ordinarî gruppi sempre più numerosi di controversie; l'affermazione ormai apertamente ripetuta che l'eccessivo numero degli avvocati sia una delle nostre calamità nazionali, — tutti questi piccoli indizî, che rivelano sempre più diffuso nelle masse un senso di profonda sfiducia nella giustizia, qual'è oggi amministrata, fanno intendere che il problema della riforma, se pur non è afferrato dai profani nei suoi termini tecnici, è ormai sentito e presente, nel suo aspetto sociale e morale, anche nella coscienza del popolo. E, a chi si studii di risalire con spassionata indagine alle cause di questo stato d'animo, appare evidente che la giustizia civile non potrà risollevarsi dal discredito in cui essa è caduta oggidì nella coscienza popolare, se non quando si abbia il coraggio di liberarla appunto risolutamente da tutte le vecchie " cabale ", attraverso le quali, mentre questo vertiginoso correr dei tempi sopravanza anche gli ordinamenti più progrediti, si perpetuano in essa forme e istituti arretrati di un secolo.

La più vergognosa tra queste vecchie " cabale " è indubbiamente l'ordinamento attuale della Cassazione civile. 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 e di istituire con lui qualche raffronto tra il nostro processo e quello austriaco. Discutemmo seriamente sulle più importanti differenze; ma quando accennai al sistema italiano delle cinque Corti di cassazione regionali, il magistrato austriaco non potè rattenersi dal ridere senza commentare, tanto, a lui non assuefatto, come noi siamo, a questa assurda bizzarria dell'unico-plurimo, pareva strano il fenomeno giudiziario della coesistenza in uno Stato di cinque organi destinati a unificare la giurisprudenza! Sorrisi anch'io, adducendo a nostra scusa la provvisorietà del sistema: ma provai dentro di me un amaro rammarico per non potere, anche in questo campo, dimostrare a quello

straniero che la nazione, vincitrice in guerra colle sue armi e col suo cuore, era anche vincitrice in pace colla perfezione dei suoi ordinamenti civili.

Il popolo italiano, che tante prove di civiltà ha dato nel corso di questa guerra, non ha, in taluni campi, ordinamenti pari alla sua grandezza. Non mancano i Maestri, che hanno insegnato e insegnano, con voce che varca i confini d'Italia, in che modo dovrebbe essere riformato, per corrispondere alle esigenze dell'età presente, il nostro sistema giudiziario; ma è mancata talora nei governanti la onesta volontà di far prevalere senza compromessi sugli interessi di una classe o di una regione il supremo interesse di tutto lo Stato. In chi parte dalla ingenua premessa che gli istituti giudiziarî a null'altro debbono servire che a garantire ai cittadini la più sollecita, la più economica e la più fondata giustizia, la storia degli innumerevoli progetti di riforma della Cassazione che in un cinquantennio di vita nazionale le nostre assemblee legislative, mosse da non dichiarati interessi professionali, hanno saputo seppellire con tutti gli onori senza neppure osare di apertamente respingerli, suscita riflessioni piene di malinconia.

Questa volontà e questa onestà di riforme, che finora non si ebbe, sarà vanto, tutti ne abbiamo la certezza, della nuova Italia, audace e pensosa ad un tempo, che è sorta dalla guerra. Ma, affinché il futuro legislatore possa agire, occorre che qualcuno prepari per lui i materiali di studio, analizzi con obiettiva imparzialità gli istituti vigenti, li rischiari nella loro genesi storica, li raffronti con quanto di più progredito hanno saputo escogitare le legislazioni straniere. Così, anche dinanzi agli studiosi di diritto processuale, si apre, oggi più che in ogni altro periodo, un campo di attività, nel quale essi potranno rendersi benemeriti non solo della scienza ma anche della Patria: ed io sarei lieto se a questa opera, oscura ma feconda, di preparazione, potesse questo mio Lavoro portare un suo contributo — modesto, ma pieno di fede.

P. C.

AVVERTENZA BIBLIOGRAFICA

Si troverà premesso ad ogni Capo del presente volume un elenco alfabetico di opere attinenti all'argomento svolto nel testo: ma si deve tener presente che non si è inteso dare con questo una completa rassegna bibliografica di tutti gli scritti che ho dovuto consultare anche incidentalmente, ma solo un mezzo pratico e celere per agevolare la intelligenza delle citazioni abbreviate, date a piè di pagina, di quelle opere di cui con più frequenza mi sono valso nel mio lavoro. La bibliografia definitiva sarà data alla fine dell'opera, insieme coll'indice delle fonti legislative, che richiamerà anche le edizioni e le raccolte secondo le quali queste sono citate.

Le abbreviazioni più spesso usate per citare testi di legge o raccolte e periodici giuridici sono le seguenti:

CC — Codice civile.
CCo — Codice di commercio.
CP — Codice penale.
CPC — Codice di procedura civile.
CPP — Codice di procedura penale.
LOG — Legge sull'Ordinamento giudiziario.
RGG — Regolamento generale giudiziario.
CC — *Code civil.*
CPC — *Code de procédure civile.*
CPO — *Civilprocessordnung.*
GVG — *Gerichtsverfassungsgesetz.*
StrPO — *Strafprocessordnung.*

Ann. — Annali di giurisprudenza toscana (Firenze).
Arch. giur. — Archivio giuridico di F. SERAFINI.
D. co. — Il diritto commerciale (Genova).
D. e giur. — Diritto e giurisprudenza (Napoli).
Dig. it. — Il Digesto italiano.
Diz. d. priv. — Dizionario pratico di diritto privato.
Enc. giur. — L'Enciclopedia giuridica.
F. it. — Il Foro italiano.
Giur. it. — La giurisprudenza italiana.
Giur. tor. — La giurisprudenza torinese.
Mon. trib. — Il Monitore dei tribunali (Milano).
R. d. c. — Rivista di diritto civile.
R. d. co. — Rivista di diritto commerciale.

R. d. p. — Rivista di diritto pubblico.
Rev. trim. — *Revue trimestrielle de droit civil.*
A. R. W. Ph. — *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie.*
C. A. — *Archiv für die civilistische Praxis.*
D. J. Z. — *Deutsche Juristen Zeitung.*
Ger. S. — *Gerichtsaal, Zeitschrift für Zivil- und Militär-Strafrecht und Strafprozessrecht.*
Gruchot B. — *Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, hrsgb. von* GRUCHOT.
Grünhut Z. — *Zeitschrift für deutsch. privat und öffentlich Recht der Gegenwart, hrsgb. von* GRÜNHUT.
Jhering Jahr. — *Jahrbücher für Dogmatik des heutigen röm. u. d. Privatrechts, hrsgb. von* GERBER *u.* JHERING.
J. W. — *Juristische Wochenschrift.*
Rhein. Z. — *Rheinische Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess.*
Sächs. A. — *Sächsisches Archiv für burg. Recht und Prozess.*
Z. — *Zeitschrift für deutsch. Zivilprozess.*
Z. Sav. — *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte.*

PARTE PRIMA

STORIA E LEGISLAZIONI

INTRODUZIONE ALLA PARTE PRIMA

SOMMARIO. — 1. Mancanza di una trattazione storica esauriente sulla Cassazione. — 2. Utilità di una simile trattazione. — 3. Cenni sul metodo con cui sarà svolta la trattazione seguente.

1. — Se, più di trent'anni addietro, il WEISMANN (1) lamentava che nella letteratura tedesca mancasse una trattazione storica sull'istituto della Cassazione, non si può dire che questa lacuna sia stata degnamente colmata neppure oggi dalla scienza francese o da quella italiana, quantunque per esse avrebbe dovuto apparire come rivestita di fondamentale importanza una esauriente ricerca su questo tema.

Non dico che manchino in Francia e in Italia raccolte anche doviziose di notizie storiche sulla Corte di Cassazione e sui suoi precedenti (2): ma sono quasi sempre centoni frammentarî e disordinati, che fanno largo posto alle curiosità aneddotiche senza curarsi di approfondire le indagini nei punti meno appariscenti, ma essenziali per la retta intelligenza dell'istituto; o che, per mero sfoggio di facile erudizione, accomunano in una trattazione istituti di natura as-

---

(1) *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtssprechung*, in « Z. », IX, pag. 169 (nota 6 a pag. 186).

(2) Si confrontino le notizie storiche premesse alle trattazioni esegetiche delle enciclopedie: GARGIULO, *Cassazione*, in « Enc. giur. it. », III, parte 2ª, 1-36; CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cassazione*, in « Dig. it. », vol. VII, parte 1ª; VENZI, *Cassazione*, in « Diz. dir. priv. », diretto da SCIALOIA, vol. I; e, in Francia, DALLOZ, v. *Cassation*, in « Répertoire alph. de législ. »; GLASSON, *Cassation*, in « Grande Encycl. », IV; CREPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile* (Paris, 1892), vol. I. Trattazioni con intento prevalentemente storico: GIUSSANI, *Precursori italiani della attuale Corte di cass.* (Diss. di laurea, Milano, 1905); STOLFI, *La riforma della Corte di cass.*, in « Giur. it. », 1912, IV, pag. 200, nn. 1-6; DE ROYER, *Des origines et de l'autorité de la Cour de cassation*. Discorso 3 novembre 1854, in « Gaz. des Trib. », nov. 1854; CHENON, *Origines, conditions et effets de la cassation* (Paris, 1882); DE LA GRASSERIE, *De la fonction et des juridictions de cassation* (Paris, 1911). Dati sul personale della C. di cass. di Parigi dalla sua fondazione, in RENOUARD, *Le Tribunal et la Cour de cassation* (Paris, 1884); fonti francesi in TARBÉ, *Lois et règlements à l'usage de la Cour de cassation* (Paris, 1840).

solutamente diversa sol perché essi presentano esteriormente qualche grossolana somiglianza. È evidente che i risultati pratici di una ricerca storica condotta con questi metodi debbono essere per necessità tutt'altro che sodisfacenti: e quando si vede che, da taluni studiosi dell'argomento, le prime mosse della nostra Cassazione si fanno risalire al Sinedrio del popolo ebraico o all'Areopago dell'antica Grecia (3), si intende come il MORTARA abbia negato utilità ad ogni studio storico in questa materia, affermando che « qualunque sia l'illusione ottica che possa dare la forma di certi reclami giudiziarî passati nel dominio della storia, il carattere essenziale del supremo istituto di giurisdizione civile degli Stati moderni trae origine dalla costituzione politica dei medesimi, e solo da questo punto di vista può essere convenientemente studiato ed apprezzato » (4).

2. — L'istituto della Cassazione, quale oggi lo incontriamo negli Stati moderni, risulta dalla unione di due istituti, che reciprocamente si compenetrano e si integrano: di un istituto che fa parte dell'ordinamento giudiziario-politico, la Corte di cassazione, e di un istituto che appartiene al diritto processuale, il ricorso per cassazione. È certo che, se cerchiamo nei testi di legge quando per la prima volta si è verificata questa unione dei due istituti nell'istituto complesso che prende il nome di Cassazione, non possiamo risalire oltre la Rivoluzione francese, perché proprio negli ultimi anni del secolo XVIII la nascita della Cassazione moderna appare formalmente fissata in un decreto dell'Assemblea rivoluzionaria: dovremmo, dunque, ritenere che questo risultato ci sconsigli da ogni ulteriore ricerca nel diritto dei secoli precedenti, sia perché può sembrar vano ricercare in Francia le origini di ciò che, prima della Rivoluzione, non era nato ancora, sia perché anche più vano sembra andare in traccia negli ordinamenti degli antichi Stati italiani dei germi di un istituto che in Italia è stato trapiantato dalla Rivoluzione francese nel secolo XIX. Senonché, contro questa negazione assoluta della utilità di ogni indagine storica in materia, potrebbe qualcuno ragionevolmente obiettare che la Cassazione, nel suo complesso organismo giudiziario-processuale, non bal-

---

(3) Cfr. BENEVOLO, *Cassazione e Corte di cassazione* (penale), in « Dig. it. », VII, l. 1ª, n. 1. Sulla competenza di Tribunale supremo del Grande Sinedrio ebraico, cfr. BARDELLI, *Saggio storico sulla giurisdizione* (Pisa, 1894), vol. I, pag. 74 e segg., e nell'Areopago dell'antica Grecia, cfr. CAILLEMER, v. *Areopagus*, in *Dict. des antiquités grecques et romaines* (Paris, 1873), vol. I, pag. 395, e THALHEIM, Ἄρειος πάγος, in PAULY-WISSOWA, *Real Enc.* (Stuttgart, 1895), II, pag. 627.

(4) *Commentario del Codice e delle leggi di proc. civile*, vol. I, n. 66, nota 1.

zò fuori dal nulla in mezzo all'Assemblea nazionale, novella Minerva in armi fuor dalla testa di Giove: e che, per conseguenza, gli innovatori francesi, quando istituirono il Tribunale di cassazione con quell'ufficio politico che rappresentava nella storia del diritto un'autentica novità, dovettero pure servirsi, per dar le basi alla loro costruzione, di elementi processuali e politici già elaborati sotto l'antico regime, e coordinare, verso uno scopo nuovo, vecchi mezzi che si erano svolti e maturati nei secoli, in quella fusione di romanesimo e di germanesimo che si era compiuta anche in Francia nel periodo intermedio. Utile può essere dunque, per apprezzare degnamente la originalità di questo prodotto dei tempi moderni, distinguere i materiali *usati* che la Rivoluzione seppe sfruttare per metter su un edificio, il quale potè sembrare miracolosamente creato dal soffio vivificatore dell'età nuova; ma, se utile può essere questo studio per comprendere la Cassazione in Francia, esso è assolutamente indispensabile quando si voglia rendersi conto dello svolgimento che la Cassazione ha avuto in Italia e in Germania, dove essa è stata, sì, accolta nel suo principio informatore, ma anche, per influsso di concezioni giuridiche tradizionali, potentemente trasformata. Introdotto violentemente negli Stati italiani insieme col regime rivoluzionario, il sistema della Cassazione non tardò presso di noi a risentire il contraccolpo di sistemi nostrani anteriori, aboliti di nome, ma in realtà tuttora vivi nella coscienza giuridica nazionale: e, sotto la veste apparentemente nuova della Corte di cassazione e del ricorso per cassazione, non tardarono in Italia (e qualcosa di simile potrebbe dirsi per la Germania) a riaffacciarsi ed a cercare una vitalità nuova istituti già invecchiati nel diritto comune, quali la terza istanza e la querela di nullità. Di conseguenza, per intendere a pieno il significato della Cassazione quale oggi l'abbiamo in Italia, non basta tener presente quel patrimonio di idee nuove che la Francia ci ha trasmesso in questa materia, non basta ricercare nel raffronto coi vecchi istituti dell'*ancien régime*, in che consista la vera novità di queste idee, ma bisogna tener conto dei precedenti indigeni, da cui è derivato il movimento di reazione che l'"ambiente" italiano ha esercitato sulle idee medesime, ad esse innestando concetti nostri, già elaborati, in modo parallelo, ma indipendente dallo sviluppo del diritto francese, in una evoluzione giuridica più volte secolare.

3. — La scarsità dei resultati pratici dati finora dalle ricerche storiche sulle origini della Cassazione deriva, a parer mio, da due motivi: anzitutto, dal fatto che, per difettosa conoscenza dei fattori storici del processo moderno, queste ricerche non sono state condotte in quel campo in cui potevano riuscire fruttuose; in secondo luogo,

dal fatto che a base della indagine non furono poste delle chiare premesse dommatiche, le quali ricordassero allo storico quali sono gli elementi costitutivi della Cassazione moderna e quali sono pertanto gli elementi corrispondenti da rintracciare ad uno ad uno nel passato.

Poiché la Cassazione quale oggi l'abbiamo è un organismo singolarmente complesso, che resulta dal raggruppamento di due istituti anch'essi a lor volta composti da una quantità di elementi, venuti a maturazione in diverse età e solo nello Stato contemporaneo fusi in un tutto omogeneo, vano sarebbe ricercare nei secoli precedenti alla Rivoluzione francese un istituto che presentasse in uguale fusione tutti gli elementi che si trovano associati nella formazione odierna. Una ricerca storica che voglia esser proficua deve invece partire dalla premessa che da una parte la Corte di cassazione e dall'altra il ricorso per cassazione sono suscettibili di essere scientificamente analizzati e scomposti in una serie di concetti elementari costitutivi, ognuno dei quali può avere avuto nel tempo uno svolgimento suo proprio; e che, pertanto, può essere interessante e fecondo ricercare nei diversi periodi giuridici dai quali il nostro processo direttamente deriva, l'affacciarsi e l'affermarsi delle singole idee elementari, che invano, prima della Rivoluzione francese, si cercherebbe unite. Simile lavoro di ricomposizione storica, presuppone, s'intende, un lavoro di scomposizione dommatica: poiché, per riconoscere quali sono gli elementi essenziali da ricercare nel passato, bisogna aver chiaro in mente il quadro analitico di quello che l'istituto è nel presente. Ma questo quadro dommatico, che pure ho dovuto per necessità tracciare dentro di me prima di accingermi alla ricerca storica, non potrebbe essere esposto qui senza nuocere alla chiarezza di una trattazione, in cui la indagine storica deve servire da naturale introduzione allo studio dei principii. Pertanto, come la esposizione storica, premessa ad ogni altra trattazione, spiegherà *a priori* qual concetto dommatico mi sono fatto della Cassazione attuale, così la trattazione dommatica, che seguirà a suo tempo, spiegherà ancor meglio *a posteriori* il metodo seguìto nella parte storica.

Lo studio storico della Cassazione sarà dunque diviso in due periodi (Sezioni), dei quali sarà rispettivamente punto d'arrivo e punto di partenza la fondazione del *Tribunal de cassation* per parte dell'Assemblea nazionale: il primo periodo sarà destinato allo studio della " Elaborazione storica dei singoli elementi costitutivi della Cassazione ", il secondo periodo allo studio della " Nascita della Cassazione moderna e della sua fortuna nelle legislazioni ". Nel primo periodo la ricerca potrà apparire poco omogenea e frammentaria, poiché si dovrà contemporaneamente, nei varî campi giuridici che possono

considerarsi fonte diretta del nostro processo civile, inseguire, su piste diverse, idee isolate e mal definite, primi germi, timidi accenni di caratteri che soltanto nel diritto odierno appariscono in tutta la loro evidenza. Dovremo così, in questo primo periodo, dopo aver dato un rapido sguardo al diritto romano (Capo I) e agli antichi diritti germanici (Capo II), considerare con particolare attenzione l'incontro di questi due confluenti, avvenuto in Italia e in Francia nell'età di mezzo; e vedere quali caratteri dell'istituto odierno si possano far risalire alla fusione di elementi romani e germanici, che si iniziò parallelamente nel diritto statutario italiano (Capo III) e nel *droit coûtumier* francese (Capo IV).

Lo studio sarà molto più agevole e più omogeneo nel secondo periodo, quando potremo limitarci a seguir passo per passo su un'unica via la diffusione nelle legislazioni processuali contemporanee di un istituto nettamente individuato e riconoscibile, quale è, a partire dal 1790, la Cassazione. Dopo aver ricostruito, nei suoi tratti più significativi, la sua origine rivoluzionaria e la evoluzione compiuta nel diritto francese durante più di un secolo di vita (Capo V), vedremo come la Cassazione si perfezioni nella legislazione germanica (Capo VI) e ne studieremo i progressi e le trasformazioni nelle leggi processuali europee (Capo VII), con particolare riguardo al diritto processuale italiano (Capo VIII).

SEZIONE PRIMA

ELABORAZIONE STORICA DEI SINGOLI ELEMENTI COSTITUTIVI DELLA CASSAZIONE

CAPO PRIMO

DIRITTO ROMANO

LETTERATURA.

1) BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano — Il processo civile* (tre volumi. Torino, 1914-1915); BONFANTE, *Storia del diritto romano* (2ª ed., Milano, 1908); BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, I (Pisa, 1886); CALAMANDREI, *La teoria dell' « error in iudicando » nel diritto italiano intermedio* (Firenze, 1914); CALDA, *Le nullità assolute della sentenza civile* (in « Arch. Giur. », LXXX, pag. 374); CASTELLARI, *La contrarietà delle sentenze come mezzo di impugnazione* (in « Filangieri », XIX, nn. 2-21); COGNETTI DE MARTIIS, *La rivocazione della sentenza nella procedura civile* (Torino, 1900), §§ 13-73; COSTA (A.), *Le nullità della sentenza e la querela « nullitatis » nella storia del processo italiano* (Roma, 1916); FERRINI, *Manuale di Pandette* (3ª ed., Milano, 1912); MORTARA (RIDOLFI), *Appello civile* (Dig. it., III, P. 2ª), P. gen., nn. 1-104; PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, vol. I (2ª ed., Torino, 1918); REDENTI, *Pluralità di parti nel processo civile* (in « Arch. Giur. », LXXIX), n. 42-43; SCIALOIA, *Esercizio e difesa dei diritti. Procedura civile romana* (Roma, 1894); STOLFI, *La riforma della Corte di cassazione* (in « Giur. it. », 1912, IV, 200), n. 1 e segg.; VASSALLI, *Antitesi « ius-factum » nelle fonti giustinianee* (« Annali della Facoltà di giurispr. », Perugia, 1914, vol. XXVIII).

2) BARTOLI, *Du juge « qui litem suam fecit »* (Paris, 1909); CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains* (Paris, 1917), libr. VI, cap. V; *Intercessio* (in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, vol. III, P. 1ª, Paris, 1899, pag. 548); *Revocation d'un jugement* (*ibidem*, vol. IV, P. 2ª, Paris, 1909, pag. 856); FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel* (Paris, 1881), Parte 1ª; GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano* (trad. italiana di LONGO; Milano, 1909), libro IV; LEFÈVRE, *Du rôle des Tribuns de la plèbe en proc. civile* (Paris, 1910); PERROT, *L'appel dans la proc. de l' « ordo iudiciorum »* (Paris, 1907).

3) ALMENDIGEN, *Metaphysik des Civilprocesses* (Giessen, 1808), I, 281; BARDELEBEN, *De sententiarum nullitate* (Berlino, 1838); BARON, *Geschichte des röm. Rechts. Inst. und Civilpr.* (Berlin, 1884), § 213; BEKKER, *Die Aktionen des röm. Privatrechts* (Berlin, 1873), II. Bd., XVIII, 74; BERGER, *L'indirizzo odierno degli studi di dir. romano* (in « Rivista critica di scienze sociali », Firenze, 1915); BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprocess des gem. Rechts in geschichtlicher Entwiklung. Der röm. Civilprocess*, tre volumi (Bonn, 1864-66), *passim;* BÜLOW, *Civilprocessualische Fiktionen und Wahrheiten* (in « C. A. », LXII), 76; EISELE, *Ueber actio iudicati und Nichtigkeitsbechwerde* (in « Abhandlungen zum röm. Civilpr. », Freiburg, 1889); ENDEMANN, *Das Prinzip des Rechtskraft* (Heidelberg, 1860); ENDEMANN, *Das deuts. Civilprozessrecht* (Heidelberg, 1868); ENGELMANN, *Der rö-*

mische Civilprocess (Breslau, 1891, in *Der Civilprozess Geschichte und System*); FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund bei Urteilen und Rechtsgeschäfte*, I (München, 1912); II (München, 1913); FRANKE, *Beitrag sur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde* (in « C. A. », XIX, 385); GENSLER, *Ueber Restitutionen im Gange des Civilprocesses* (in « C. A. », IV, pag. 112 e segg.); GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen* (Greifswald, 1830), III, 123; GONNËR, *Handbuch des deuts. gem. Proz.* (Erlangen, 1802), III. Bd., cap. XLII; HEFFTER, *Institutionen des römischen und teutschen Civilprocesses* (Bonn, 1825); IHERING, *L'Esprit du droit romain* (trad. francese di MEULENAERE, Paris, 1877-1878), volumi 4; KARLOWA, *Der römische Civilprocess zur Zeit der Legis actiones* (Berlin, 1872); KELLER-WACH, *Der römische Civilprocess und die Aktionen* (6. Aufl., 1883); KIPP, *Appellatio* (in PAULY-WISSOWA, *Real Encyclop.*); KLUPFEL, *Abhandlung über heilbare und unheilbare Nullitäten, besonders nach röm. Rechte* (in *Ueber einzelne Theile des bürg. Rechts*, Stuttgarts, 1817); KOHLER, *Prozessrechtliche Forschungen* (Berlin, 1889), 96-97; *Prozess und Nichtprozess* (in « Der Rechtsgang », 1914, 120); KROSCHEL, *Die sogennante absolute Nichtigkeit der Strafurtheils* (in « Gerichtsaal », LXIX, 145); JACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte* (in « C.A. », LXXXVI, 80); LENEL, *Essai de reconstitution de l'Édit perpétuel* (trad. francese di PELTIER, Paris, 1901-1903), II, 183; LINDE, *Beiträge zu der Lehre von den Nichteigkeiten im Civilprocesse* (in « Zeits. für Civilrecht und Prozess », XII); *Handbuch über die Lehre von den Rechtsmitteln* (Giessen, 1840), 2 voll.; MERKEL, *Ueber die Geschichte der classischen Appellation* (in « Abhandlungen aus dem Gebiete des römischen Recht », II, Halle, 1883); MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs* (Leipzig, 1891); MOMMSEN, *Le droit public romain* (trad. francese di GIRARD, Paris, 1889-95), vol. V; e *Droit pénal romain* (trad. francese di DUQUESNE, Paris, 1907), I, 290; *Disegno del diritto pubblico romano* (trad. italiana di BONFANTE, Milano, 1904), cap. VI, pag. 151; NUSSBAUM, *Die Prozesshandlungen, ihre Voraussetzungen und Erfordernisse* (München, 1908), pag. 5; PERNICE, *L'« ordo iudiciorum » e l'« extraordinaria cognitio »* (in « Arch. Giur. », XXXVI), 178; RENAUD, *Lehrbuch des gem. deuts. Civilprozessrechts* (Leipzig, 1867), § 183; ROSSHIRT, *Ueber des ausserord. Rechtsmittel des in int. restitutio im Processe* (in « C. A. », XLIV, 381); SANDER, *Die Syndikatsklage* (Wien, 1909); SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. italiana SCIALOIA, Torino, 1886-1898), vol. I e vol. VI; SCHMIDT (A.), *Handbuch des deuts. Civilprocesses* (Kiel, 1845), § 241; SCHMIDT (R.), *Lehrbuch des deuts. Civilpr.* (2. Aufl., Leipzig, 1906), § 7; *Allgemeine Staatslehre* (II. Bd., I. Th., Leipzig, 1903), §§ 54-57; SCHOTT, *Das Gewahren des Rechtsschutzes im röm. Civilprozess* (Jena, 1903); SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess in ihrer Wechselbeziehung* (Freiburg u. Tubingen, 1883); SKEDL, *Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihr. geschichtlichen Entwiklung* (Leipzig, 1886); VOIGT, *Die XII Tafeln* (Leipzig, 1883), II, 659; WENGER, *Zur Lehre von den actio iudicati* (Graz, 1901); WETZELL, *System des ordentlichen Civilprocesses* (3. Aufl., Leipzig, 1878), § 53; WLASSAK, *Römische Processgesetze* I (Leipzig, 1888); WIEDING, *Der Iustinianeische Libellprocess* (Wien, 1865); ZIMMERN, *Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian*, 3. Band: *Der romische Civilprocesses* (Heidelberg, 1829).

Capitolo I

CONCETTO ORIGINARIO DI NULLITA' DELLA SENTENZA PER VIZI PROCESSUALI

Sommario: 4. Estensione alla sentenza di concetti inerenti al negozio di diritto privato. — 5. Mancanza nel diritto repubblicano di un mezzo di impugnativa contro la sentenza. — 6. Concetto di nullità = inesistenza giuridica. — 7. La nullità in origine limitata ai soli vizî processuali. — 8. Mezzi per accertare la nullità del giudicato. — 9. Non hanno natura costitutiva, ma dichiarativa.

4. — Il carattere decisamente pubblicistico che la scienza odierna attribuisce al processo civile non permette di determinare la validità della sentenza, espressione della volontà dello Stato, cogli stessi principii in base ai quali si misura la efficacia del negozio giuridico, espressione della volontà privata (1); simile carattere, invece, non si faceva sentire così imperiosamente come oggi nel diritto romano classico, in cui, per la imperfetta separazione tra diritto sostanziale e diritto processuale e per la recente origine contrattuale della sentenza (2), il concetto di *iudicium* non appariva profondamente diverso da quello del rapporto di diritto privato.

Un segno di questa affinità, che esisteva nel diritto romano tra il concetto di sentenza e quello di negozio giuridico, si può scorgere nel fatto che il diritto romano estese al campo processuale due istituti sorti per disciplinare gli effetti del negozio giuridico sostanziale: voglio dire gli istituti della restituzione e della nullità.

L'istituto della restituzione, col quale in determinati casi il pretore rimuove gli effetti lesivi del giudicato, non è che una applica-

---

(1) Concetto ripetuto da tutti gli autori moderni che studiano la nullità della sentenza, e specialmente da quelli che la negano: cfr., specialmente, gli scritti del Kroschel, *Nichtigkeit der Strafurtheile*, pag. 145 segg.; e del Fischer, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, I, pag. 22; Hellwig, *System des deutsch. Zivilprozessrechts* (Leipzig, 1912), § 174, IV.

(2) Bülow, *Fiktionen und Wahrheiten*, pag. 76, nota 62; Nussbaum, *Prozesshandlungen*, pag. 5. Sulla natura quasi contrattuale della sentenza romana, cfr. Endemann, *Rechtskraft*, pag. 22; e *Civilprocessrecht*, § 145, I.

zione al processo di quella generale *restitutio* con cui si allontana la lesione, contraria all'equità, che deriverebbe ad alcuno da un negozio giuridico, pienamente valido secondo lo stretto diritto (3).

Lo stesso fenomeno di estensione di un'idea del diritto privato al diritto processuale si manifesta in relazione alla nullità: come la esistenza giuridica di un negozio privato, che la legge riconosce quando si verifichino determinati elementi costitutivi, non può concepirsi quando manchi la presenza di questi elementi, che ne sono i presupposti essenziali (4), allo stesso modo una pronuncia del giudice, alla quale manchi alcuno di quei caratteri, che la legge considera necessarî per costituire il concetto di sentenza, non può mai cominciare ad esistere nel mondo giuridico come sentenza: in tale ipotesi la pronuncia del giudice, che pure ha vita nel mondo reale come stato di fatto, non produce alcuna mutazione nel mondo giuridico, di fronte al quale essa è inesistente (5).

Lasciando da parte la *restitutio in integrum*, alla quale basta per il mio tema l'avere accennato, occorre studiare un po' più da vicino il concetto romano della nullità della sentenza.

5. — Il diritto repubblicano non conobbe alcun mezzo di impugnativa contro la sentenza del *iudex* (6); se anche col diritto classico si potè conciliare l'idea di un reclamo contro gli atti del magistrato, che, nella gerarchia di cui faceva parte, poteva trovare al libero esercizio del proprio potere l'ostacolo di una *maior potestas*, superiore per grado, ma identica per qualità alla sua, tale idea era del

---

(3) Sulla restituzione nel diritto sostanziale, cfr. SAVIGNY, *Sistema*, VII, p. 114; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. FADDA-BENSA), vol. I, § 114; e per la restituzione processuale: REDENTI, *Pluralità di parti*, nn. 42-43; BERTOLINI, *Processo civile*, III, § 35; BUONAMICI, *Procedura*, pag. 480 e segg.; SCIALOIA, *Procedura*, pag. 373 e segg.; WETZELL, *System*, § 53; GENSLER, *Restitutionen im Gange des Civilprocesses*, IV, pag. 112 e segg., §§ 1 e 2; ROSSHIRT, *Rechtsmittel des int. rest. im Processe*, pag. 381. Cfr. anche BEKKER, *Aktionen*, vol. II, XVIII, pag. 74-105.

(4) Sulle gradazioni del concetto di invalidità del negozio giuridico nel diritto romano non sono concordi i romanisti; cfr. ciò che sulla loro divergenza scrive IACOBI, *Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte*, pag. 80. Certo è però che tutti i romanisti, accanto al concetto di negozio annullabile in diversa misura, hanno quello di negozio assolutamente nullo, ossia giuridicamente inesistente: BRUGI, *Istituzioni di dir. civile*, 3ª ed. (1914), § 23, pag. 194.

(5) SCIALOIA, *Procedura*, § 32, pag. 267; e gli autori citati nelle note seguenti.

(6) Opinione oggi prevalente, sull'autorità del MOMMSEN, *Droit public*, vol. V, pag. 264 segg. Cfr. BERTOLINI, *Processo civile*, II, n. 251: letteratura su questo punto ancora controverso in PERROT, *Appel*, pag. XXIII; e in LEFÈVRE, *Tribuns de la Plèbe*, pag. 202, nota 1.

tutto estranea alla natura del *iudex privatus*, il quale esercitava come *civis* un ufficio riservato a lui solo dalla costituzione pubblica, una funzione autonoma di sovranità, diversa interamente da quella che compievano i magistrati (7).

In corrispondenza con la nozione di sentenza non si aveva dunque, nel diritto romano, la nozione, che oggi a noi pare congenita con quella, di mezzo di gravame, in virtù del quale nel nostro processo il giudicato nasce in uno stato di pendenza e può, dentro un certo termine, perdere ogni suo vigore per il rinnovarsi della stessa controversia in una istanza superiore. La pluralità delle istanze era sconosciuta all'ordinamento romano: e il concetto di cosa giudicata *formale* che noi ci siamo dovuti costruire oggi, per indicare il momento in cui una sentenza da questo stato di pendenza, che le deriva dalla pluralità delle istanze, passa in uno stato di definitiva irrevocabilità nello stesso processo, sarebbe stato superfluo per il diritto romano classico, di fronte al quale ogni sentenza appena pronunciata in prima istanza, era senz'altro perfetta, nè più sottoposta alla correzione di superiori esperimenti (8). Nel diritto romano classico (e vedremo in ciò una certa analogia nei diritti germanici primitivi: oltre, n. 42) ogni sentenza, per il solo fatto della pronuncia, acquistava la forza di cosa giudicata formale.

Non altrettanto può dirsi, però, della sentenza romana di fronte al concetto di cosa giudicata sostanziale: poichè come oggi, dinanzi a una sentenza non più sottoposta ai mezzi di impugnativa, si può tuttavia discutere se essa ha forza di obbligare sul punto deciso (9), così per la sentenza romana potevasi discutere, non già se fosse ammesso contro di essa un mezzo per riformarla, chè mai non era, ma

---

(7) Lo Schmidt, in quel compendio storico così ricco di idee che serve da introduzione al suo *Lehrbuch*, pag. 41-42, riassume efficacemente il significato della partizione del processo romano in *ius* e *iudicium*, per mezzo della quale il popolo (*iudex*) avrebbe tolto una parte della giurisdizione alla classe aristocratica impersonata dai magistrati (cfr. lo stesso Schmidt in *Allg. Staatslehre*, II. Bd., I. Teil, pag. 203-204). Tra le diverse spiegazioni che si dànno della inappellabilità della sentenza dei *iudices privati* (sulle quali v. Perrot, *Appel*, pag. 3-8) quella che più appaga è appunto tolta dalla ragione politica della separazione dei poteri stabilita dalla costituzione repubblicana (Perrot, *ibidem*, pag. 6); in modo del tutto diverso lo Schultze, *Privatrecht und Process*, pag. 497 segg., in relazione alla speciale concezione ch'egli ha del processo formulare, non crede che l'inappellabilità derivi dalla natura del *iudex*, ma da quella del magistrato, il quale colla sua formula crea il diritto privato.

(8) Savigny, *Sistema*, VI, pag. 324-25.

(9) Cfr. il mio scritto: *Vizî della sentenza e mezzi di gravame* (Firenze, 1915) e gli Autori citati in nota al n. 9.

solo se questa che esteriormente appariva come una sentenza avesse in sè la forza di *facere ius inter partes,* che è l'effetto caratteristico del giudicato. Il fatto della pronuncia da parte del *iudex* traeva seco la cosa giudicata formale; ma con questo fatto si produceva sempre anche la cosa giudicata sostanziale? Il diritto romano rispondeva di no, ammettendo una quantità di casi in cui quella pronuncia, che esteriormente appariva come una sentenza non sottoposta ad alcun mezzo di impugnativa, dovesse ritenersi, senza bisogno di impugnativa di sorta, giuridicamente invalida e inesistente.

6. — Il criteric del diritto romano in questa materia era assai semplice, e assai lontano da quelle complicazioni di concetti, alle quali la scienza moderna è dovuta scendere per la necessità di portare un po' di luce in questa materia, resa oggi assai oscura dal sovrapporsi storico di concezioni giuridiche eterogenee: non ancora nel diritto romano si distinguevano tra loro i concetti di annullabilità o di nullità assoluta, di inesistenza del giudicato, che oggi rappresentano idee giuridiche di contenuto ben diverso; ma due soli concetti si avevano antagonistici, quello di sentenza valida e quello di sentenza invalida, o, se si vuol dir meglio, quello di sentenza giuridicamente esistente e quello di sentenza inesistente nel mondo giuridico. Quando, nel processo moderno, parliamo di sentenza *nulla,* di *nullità* del giudicato, usiamo queste espressioni in un senso ben diverso da quello originario e proprio ad esse: come si vedrà nel corso di questo studio, la nullità è per noi, nella maggioranza dei casi, soltanto *una qualità di una sentenza esistente*; e giudicato nullo è quello che, nato con piena efficacia nel mondo giuridico, è inquinato però da qualche difetto, per il quale è esposto, dentro un certo termine, a perdere la esistenza già validamente iniziata (10). La nullità del diritto romano era invece nient'altro che una pura e semplice inesistenza: non qualità di una sentenza già nata, ma negazione di ogni sentenza fin dall'inizio.

La espressione *nullitas sententiae,* adoprata nel diritto intermedio, non si incontra nelle fonti giustinianee; si trova in esse la locuzione *nulla sententia* (11), la quale, però, poichè *nulla* è adoprata attributivamente (= *nec ulla*), non mai predicativamente (12), non significa ciò che esprime la traduzione letterale di queste due parole in

---

(10) Bülow, *Fiktionen und Wahrheiten,* nota 62, pag. 77.

(11) Es. L. 1, C. *de sent.,* VII, 44.

(12) Cfr. voce *nullus,* II, A. 1), *a*), pag. 315 del *Vocabularium iurisprudentiae romanae,* Ed. Lesser (Berolini, MCMXIV); cfr. anche Bülow, *Die Lehre von den Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen* (1868), pag. 90; Franke, *Beitrag* cit., pag. 789.

italiano, ma significa soltanto " nessuna sentenza ", ossia " sentenza inesistente ".

Questo concetto si dimostra chiaro dalle espressioni che nelle raccolte giustinianee si trovano adoprate per indicare la nullità della sentenza: *non tenet* (13); *non valet* (14); *nihil egit* (15); *vires non habet* (16); *nullius momenti est* (17); *irrita est* (18); *nullam vim obtinet* (19); ecc.

Colui che è condannato da una sentenza nulla non si può neppure chiamar condannato (20); e la sentenza nulla, come quella che non ha esistenza giuridica, non è capace di acquistare la forza della cosa giudicata: *firmitatem iudicati non habet* (21), *auctoritatem rei iudicatae non obtinet* (22). È, insomma, una parvenza, un fantasma di sentenza: non una sentenza vera.

7. — Invano si cercherebbe nelle fonti romane una teoria della nullità del giudicato o una esposizione sistematica dei motivi che a tale nullità dànno origine (23); nonostante tale mancanza, che si spiega considerando il carattere puramente negativo di cui nel diritto romano era rivestito il concetto di nullità, possiamo asserire, raccogliendo i numerosi esempi di sentenze invalide che i testi romani ci offrono, che questo concetto fu originariamente applicato ai casi in cui si verificassero mancanze nella costituzione o nell'ulteriore svolgimento del rapporto processuale; ed ebbe nel campo di questi casi il suo principale e caratteristico sviluppo.

Poichè quell'effetto tutto speciale che la legge attribuisce alla pronuncia del giudice, è una conseguenza del regolare svolgimento di un rapporto giuridico diretto alla produzione di tale pronuncia, è naturale che la irregolarità di questo rapporto tolga ogni forza alla sentenza derivata da esso. Per questa ragione quasi la totalità degli esempi di sentenze nulle che le fonti riportano, si riferiscono a difetti processuali, a manchevolezze esteriori del procedimento, non a vizi

---

(13) L. 23, § 1 D. *de app.*, XLIX, 1.

(14) L. 59, § 3 D. *de re iud.*, XLII, 1.

(15) L. 1, C. *si a non comp.*, VII, 48.

(16) L. 2, § 1 D. *quae sent. sine app.*, XLIX, 8.

(17) L. 4, § 7 D. *de re iud.*, XLII, 1; L. 1, § 3 D. *quae sent. sine app.* D. XLIX, 8; L. 3 *h. t.*

(18) L. 6, C. *de sent. et int.*, VII, 45.

(19) L. 11, C. *de sent. et int.*, VII, 45.

(20) L. 4, § 6 D. *de re iud.*, XLII, 1.

(21) L. 2, C. *si a non comp.*, VII, 48.

(22) L. 4, C. *de sent. et int.*, VII, 45.

(23) Bardeleben, *De sententiarum nullitate*, pag. 2: Linde, *Beiträge.*

interni di quel lavoro logico che il giudice compie a conclusione di un processo ben costituito e bene svolto: sentenze nulle per vizi di attività, dunque, non per vizi di giudizio.

Già i motivi che, nel processo delle *legis actiones*, davano, secondo il VOIGT (24), il diritto di *iudicatum negare*, avevano tutti carattere processuale, quantunque in questa più antica età il concetto di inesistenza del giudicato non fosse ancora chiaramente distinto da quello di restituzione contro il giudicato: tali erano la *vis* usata contro il giudice per influire sulla sua sentenza, la corruzione del giudice, la illegale costituzione di un *iudicium*, la *excusatio* che spettava alla parte per la sua assenza *in iudicio*, la falsità del mezzo di prova.

Nelle Fonti giustinianee (25) molti esempî di invalidità del giudicato (i più riguardanti il procedimento delle *cognitiones extra ordinem*) si riferiscono a mancanze dei presupposti processuali, specialmente a mancanze nei poteri del giudice o nella capacità delle parti. Affinchè si potesse validamente costituire un rapporto processuale, occorreva anzitutto un giudice capace di decidere. A tale scopo il giudice doveva non essere persona incapace *natura, lege, moribus* dal rivestire tale ufficio (26), nulla però importando se tale incapacità sopravveniva dopo pronunciata la sentenza (27); il giudice doveva poi essere legalmente investito della controversia (28), nè poteva il magistrato decidere senz'altro nei casi in cui l'*ordo iudiciorum* imponeva che si procedesse alla *datio iudicis* (29), la quale peraltro doveva provenire da chi ne aveva facoltà (30). Parimente era nulla la sentenza del giudice incompetente per territorio (31) o per materia (32), o decidente *supra iurisdictionem* (33).

---

(24) *XII Tafeln*, vol. II, pag. 659.

(25) Cfr. una enumerazione dei diversi motivi di nullità nelle fonti romane in BARDELEBEN, *De sententiarum nullitate, passim;* LINDE, *Beiträge*, e *Handbuch*, II, §§ 228 segg.; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilprocess*, II, §§ 116-118; ENDEMANN, *Rechtskraft*, § 5, pag. 32 e segg.; KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, pag. 120.

(26) L. 12, § 2 D. *de iud.* V, 1; cfr. anche l. 9. D. *de re iud.*, XLII, 1 e l. 57 *h. t.*

(27) L. 2 C. *quomodo et quando*, VII, 45.

(28) L. 81 D. *de iud.*, V, 1.

(29) L. 4, C. *de sent. ex per. rec.*, VII, 45.

(30) L. 23, § 1 D. *de app.*, XLIX, 1.

(31) L. 20 *de iurisd.* II, 1.

(32) L. 2 C. *si a non comp. iud.*, VII, 48.

(33) L. 20 cit. Come derivante da un difetto di capacità del giudice si può considerare la nullità della sentenza venale, l. 7, C. VII, 64, la quale meglio avrebbe dovuto, secondo il KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, dar luogo a restituzione.

Altro presupposto, senza il quale non poteva validamente costituirsi il rapporto processuale, era quello della esistenza delle parti e della loro capacità a stare in lite. Se la delegazione del giudice avveniva quando il convenuto era morto, il rapporto processuale non si costituiva e la sentenza pronunciata in base ad esso era nulla (34); nulla era la sentenza *contra minores indefensos* (35) o contro il *furiosus* (36), perchè la incapacità a stare in giudizio della parte convenuta impediva la regolare costituzione del rapporto processuale.

Anche quando il rapporto processuale fosse stato validamente costituito nel suo inizio, poteva essere interrotto prima della pronuncia della sentenza, la quale così veniva a perdere ogni sua efficacia: per esempio era nulla la sentenza pronunciata contro chi, vivo al momento della *datio judicis*, era venuto a morte nel periodo decorso tra questa e la pronuncia del giudice (37).

Nè sempre il fatto della validità del rapporto processuale continuata fino alla pronuncia della sentenza dava origine a un giudicato valido. Poteva darsi infatti che il giudice, quantunque investito di giurisdizione e competente a conoscere, eccedesse nella sua pronuncia i limiti della controversia. In questo caso, poichè *nec vox omnis judicis judicati continet auctoritatem, cum potestatem sententiae certis finibus concludi saepe sit constitutum* (38), la sentenza era nulla per eccesso di potere, in quanto non decideva sulla materia per cui il rapporto processuale era sorto. Nel sistema formulare, infatti, era nulla la pronuncia del *iudex* che eccedesse i termini della *formula* (39), o che in generale decidesse fuori dei limiti della controversia (40). In caso di pluralità di giudici, era nulla la sentenza pronunciata da un giudice solo (41); come nulla per eccesso di potere può considerarsi la sentenza data *contra rem prius iudicatam* (42).

Finalmente poteva darsi che una sentenza, resultante da un rap-

---

(34) L. 2, § 1 D. *quae sent. sine app.*, XLIX, 8: *neque iudicis dationem valuisse, neque sententiam adversus eum dictam vires habere.* Cfr. anche l. 59, § 3 D. *de re iud.*, XLII, 1.

(35) L. 45, § 2 D. *de re iud.*, XLII, 1.

(36) L. 9 *h. t.*

(37) L. 2, pr. D. *quae sent. sine app.*, XLIX, 8.

(38) L. 7, C. *de sent.*, VII, 45.

(39) Cfr. Bertolini, *Processo civile*, II, pag. 234, nota 1.

(40) L. 1, C. *si a non comp. ind.*, VII, 48; l. 7 C. *de sent.* VII, 45; l. 18, D. *de comm. div.*, X, 3: *ultra id quod in iudicium deductum est excedere potestas iudicis non potest.* Cfr. anche l. 170, D. *de div. regulis juris*, L. 17.

(41) L. 4, C. *quando prov.*, VII, 64.

(42) L. 1, C. *quando prov.*, VII, 64; l. 9, C. *de sent. et int.* VII, 45; l. 6, C. *de excep. rei iud.*, VII, 53; l. 1, C. *sentent. rescindi non posse*, VII, 50, etc. Cfr. Linde, *Handbuch*, § 237; Kohler, *Forschungen*, pag. 96-97; e *Prozess und*

porto processuale valido e decidente nei limiti della controversia dedotta in giudizio non acquistasse esistenza giuridica o perchè non era portata regolarmente a cognizione delle parti, o perchè non era pronunciata nelle forme estrinseche volute dalla legge. Per simile motivo era nulla in certi casi la sentenza pronunciata in assenza delle parti (43), specialmente se pronunciata in giorno feriato (44), o in luogo diverso dal consueto (45), o in luogo non pubblico (46); parimente per difetto di forma era nulla la sentenza non redatta in iscritto (47).

Non pretendo con questo di aver enumerato tutti quanti i casi in cui nel diritto romano una sentenza era nulla per ragioni puramente processuali: ma ho inteso soltanto di mostrare con qualche esempio che il campo originario di applicazione del concetto di nullità era quello delle mancanze processuali, consistenti in vizi di attività, non in vizi di giudizio (gli *errores in procedendo* del diritto comune); le quali possono in conclusione raggrupparsi nelle seguenti categorie:

a) mancanza di un presupposto processuale (giudice o parti);

b) interruzione del rapporto processuale regolarmente costituito;

c) sentenza pronunciata fuor dei limiti del rapporto processuale o con altro eccesso di potere;

d) sentenza pronunciata senza le debite forme.

8. — Il concetto di nullità della sentenza nel diritto romano era un concetto giuridico: cioè la sentenza nulla era *giuridicamente* inesistente. Ma questa inesistenza giuridica era in contrasto colla esistenza materiale e sensibile nel mondo esterno di una pronuncia del giudice, che aveva tutte le apparenze di una sentenza valida. Da tale contrasto potè nascere la necessità di stabilire un mezzo pratico per dichiarare la inesistenza giuridica del giudicato materialmente esistente; ed è naturale domandarci quale fu questo mezzo con cui il diritto romano risolse il conflitto fra lo stato di diritto e lo stato di fatto (48).

Nichtprozess, pag. 120; cfr. però PERNICE, *Parerga*, in « Z. Sav. », XIX, 148. Cfr. anche BARDELEBEN, *De sent. nullitate*, pag. 42; WETZELL, *System*, § 51, nota 1 e 2.

(43) L. 1, § 3, D. *quae sent.*, XLIX, 8; l. 60 D. *de re iud.*, XLII, 1; l. 47 *h. t.*; l. 75 D. *de iud.*, V, 1; l. 1, C *de sent. et int.*, VII, 45; l. 4, 5, 7, 10, C. *quomodo et quando*, VII, 43, etc.

(44) L. 4, Cod. VII, 43, cit.; l. 1 D. *de iurisd.*, II, 1.

(45) L. 5, C. VII, 43, cit.

(46) L. 6, C. *de sent. et int.*, VII, 45.

(47) L. 3, C. *de sent. ex per. rec.* VII, 64; cfr. anche l. 1, C. VII, 44.

(48) La letteratura è su questo punto assai ricca. Cfr. BUONAMICI, *Procedura*, pag. 364-366; BERTOLINI, *Processo civ.*, II, n. 248; BETHMANN-HOLLWEG, *Rom.*

Gioverà osservare che, data la nozione romana della nullità del giudicato, colui che voleva far valere questa nullità non potè mai aver bisogno di un mezzo per *toglier vigore* alla sentenza nulla, mai esistita nel mondo giuridico; egli infatti non si gravava per un vizio del giudicato, ma si limitava ad affermare che, giuridicamente, il giudicato non esisteva, *iudicatum non est* (49).

Già nel periodo delle *legis actiones* è concordemente ammesso (50) che il debitore, condannato da una sentenza nulla, poteva, quando l'attore tornava dinanzi al magistrato per l'esecuzione, contrapporre difensivamente alla *legis actio per manus iniectionem iudicati* un *vindex*, che sotto il rischio di pagare il *duplum* negasse la esistenza giuridica del giudicato (non, secondo l'Eisele (51), la esistenza materiale che doveva esser provata sempre dall'attore). Pare invece — contrariamente al Voigt, che ammette anche per il processo delle XII tavole la esistenza di una generale *actio revocatoria* contro il giudicato (52) — che col rigoroso procedimento delle *legis actiones* non si conciliasse la possibilità di un mezzo offensivo spettante all'attore per far dichiarare la nullità della sentenza che rigettava la sua domanda o al convenuto soccombente per far dichiarare la nullità del giudicato prima che l'attore procedesse all'esecuzione (53).

Nel sistema formulare, accanto alla possibilità per il convenuto di difendersi direttamente (non più per mezzo di un *vindex*) dall'*actio iudicati* dell'attore (54), affermando la nullità della sentenza, vi fu certo un mezzo aggressivo dato al convenuto condannato per far dichiarare

---

Civ. Pr., II, pag. 723 segg.; Castellari, *Contrarietà delle sent.*, n. 2-21; Merkel, *Appellation*, § 14; Engelmann, *Röm. Civilpr.*, I, 144; Wetzell, *System*, § 60; Zimmern *Rom. Civilpr.*, 487; Linde, *Handbuch*, II, § 227; Skedl, *Nichtigkeitsbeschw.*, § 1 e note; Eisele, *Abhandlungen*, pag. 125-189; Voigt, *XII Tafeln*, II, § 153 ed ivi in nota, pag. 658, la bibliografia anteriore; Lenel, *Édit perpétuel*, II, pag. 183 e segg. e bibliografia anteriore a pag. 186, nota 4; Cuq, *Manuel*, pag. 907; e *Révocation*, pag. 858; Perrot, *Appel*, pag. 15-18; il Wenger, *Actio iudicati*, si limita a trattare della nullità fatta valere dal convenuto in via difensiva contro l'*actio iudicati*, pag. 36 e segg.

(49) Cfr. Bethmann-Hollweg, *Rom. Civ. Pr.*, II, 723.

(50) Buonamici, *Procedura*, cit., pag. 61; Bethmann-Hollweg, *Rom. Civ. Pr.*, I, § 53; Bertolini, *Processo civile*, I, pag. 153-155; Eisele, *Abhandlungen*, pag. 142 e segg.; Engelmann, *Röm. Civilpr.*, pag. 144.

(51) Op. cit., 146-147; cfr. Castellari, *Contrarietà delle sentenze*, n. 3.

(52) *XII Tafeln*, II, pag. 658.

(53) Dimostrazione in Eisele, *Abhandlungen*, pag. 148-151; cfr. Castellari, *Contrarietà delle sentenze*, n. 5; Karlowa, *Legislactionen*, ammette che anche in questo periodo vi fossero casi di nullità della sentenza (pag. 375), ma non dice il modo di far valere tale nullità.

(54) Cfr. Castellari, *Contrarietà delle sentenze*, nn. 6-9.

la nullità della sentenza indipendentemente dal giudizio in cui l'attore chiedeva l'*actio iudicati* (55): ciò è provato principalmente da un passo di CICERONE che parla di *in duplum ire* (56) e da alcune sentenze di PAOLO (57), ove il *revocare in duplum* è ricordato insieme coll'appello. Se poi tale mezzo aggressivo fu concesso al convenuto solo quando aveva eseguito la sentenza nulla, quasi a sostituire la *condictio indebiti* che non era data contro il giudicato (58), oppure anche prima che la sentenza fosse stata eseguita (59) e se le espressioni *revocare in duplum* e *in duplum ire* indichino uno stesso istituto, o istituti diversi (60), sono punti gravemente controversi; come trova opposizioni (61) l'opinione prevalente che, anche nel periodo formulare, l'attore, respinto nella sua domanda da una sentenza nulla, potesse riproporre *ab initio* la sua domanda, opponendo alla *exceptio rei iudicatae* la *replicatio nullitatis* (62).

In ogni modo anche l'EISELE, che ha esaminato questi problemi con molta acutezza, ammette tutti quanti i mezzi sopra indicati per il periodo delle *cognitiones*, nel quale dunque, accanto alla eccezione di nullità dedotta dal convenuto contro l'esecuzione, si potè avere un'azione per accertare la nullità proposta dal convenuto prima o dopo eseguita la sentenza, e la rinnovazione della domanda da parte dell'attore respinto una prima volta da una sentenza nulla (63), dopo la quale, secondo il detto di MODESTINO (64), *causa denuo induci potest, potest causa ab initio agitari.*

Qualunque sia il campo entro cui si limitano questi mezzi per dichiarare la nullità del giudicato, certo è che essi, ove fossero esercitati senza fondamento, conducevano, nel periodo delle *legis actiones*

---

(55) Cfr. CASTELLARI, *Contrarietà delle sentenze*, nn. 10-15.

(56) *Pro Flacco*, 21, 49: il passo importante è riportato, insieme cogli altri testi, da BERTOLINI, *Processo civile*, II, n. 252; v. per la spiegazione della fattispecie che qui CICERONE riferisce, VOIGT, *XII Tafeln*, pag. 658, nota 1; EISELE, *Abhandlungen*, 160-161.

(57) *S. R.*, V, 5ª, 6ª, 7 e 8; cfr. anche l. 1, C. Greg., *quib. res. iud. non nocet*, X, 1; l'EISELE però, pag. 169, riferisce questi testi al periodo delle *cognitiones*.

(58) EISELE, pag. 162-163; cfr. BETHMANN-HOLWEG, *Röm. Civilpr.*, II, pag. 725; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 2, nota 3; CASTELLARI, n. 11.

(60) CASTELLARI, nn. 13-14.

(61) EISELE, pag. 165-67.

(62) BETHMANN-HOLWEG, II, 724, nota 30.

(63) EISELE, 188. Cfr. l. 4, C. *quom. et quando*, VII, 43; l. 1, C. *de sent. ex per. recit.*, VII, 44; sulle quali cfr. SKEDL, pag. 161, in cui nota che per il dir. romano non si torna dinanzi al magistrato per fare annullare la sentenza e per continuare il processo, ma per riproporre, in un nuovo processo, la stessa azione non validamente decisa.

(64) L. 19 D. *de app.*, XLIX, 1.

e delle *formulae*, ad una *poena dupli* contro chi li aveva temerariamente esperimentati, poichè l'*actio iudicati* era una delle *actiones quae infitiando in duplum crescunt* (65); tale *poena dupli*, però, cadde in disuso nella *extraordinaria cognitio* (66), in cui tuttavia restò in sostanza, nelle diverse sue forme, il mezzo per far dichiarare la nullità del giudicato.

9. — Non ho voluto, così, in nessun modo discutere le questioni o vagliare le opinioni che si contendono il campo in una materia ancor tanto oscura; ho voluto solamente riferire di esse quel minimo che mi basti a concludere come al diritto romano, in corrispondenza col concetto sopra esposto di nullità, dovè restare del tutto estranea l'idea di un mezzo processuale volto a fare annullare la sentenza. La *revocatio in duplum* non fu in alcun modo un'azione di impugnativa nel senso moderno della espressione, per mezzo della quale alcuno persegue la variazione di un rapporto giuridico esistente, a causa di un vizio inerente a questo rapporto (67). Se si dovesse ragguagliare la *revocatio in duplum* ai concetti processuali odierni, essa non potrebbe esser paragonata alle azioni di impugnativa, che hanno effetto *costitutivo*, ma alle semplici azioni di accertamento (68). Essa era, in so-

---

(65) V. BERTOLINI, *Processo civile*, II, pag. 234 ed ivi i riferimenti. Ampiamente WENGER, *Actio iudicati*, § 3, pag. 27-42.

(66) Questo si spiega in generale colla sparizione dell'*actio iudicati* nel processo della *extraordinaria cognitio*, EISELE, *Abhandlungen*, 170. Contro il WENGER, che, pur ammettendo (*Actio iudicati*, pag. 28 e segg. e pag. 259) la sparizione della litiscrescenza nel diritto giustinianeo, sostiene che anche nel periodo della *extraordinaria cognitio* la esecuzione si introduce coll'*actio iudicati*, § 24.

(67) Non tragga in inganno una somiglianza puramente verbale che si trova nella traduzione francese dell'opera del LENEL sull'Editto perpetuo, I, pag. 48-49, II, § 226, ove l'intitolazione *De sententia in duplum revocanda*, attribuita dal LENEL al tit. XLII dell'Editto, è tradotta « *du pourvoi en cassation!* ». Appare dal testo che tra la *revocatio* romana e il nostro ricorso per cassazione non vi è nulla di comune; osserva giustamente lo SCIALOIA, *Procedura*, pag. 386, che in questa azione di accertamento della nullità « somiglianza vi è coll'istituto della nostra cassazione, ma le differenze sono anche grandissime, perchè nel nostro tipo di cassazione si va dinanzi ad un magistrato speciale a far dichiarare che una sentenza è nulla; ma se questa dichiarazione non interviene, o non fu richiesta nei modi e termini voluti dalla legge, la sentenza, sebbene intrinsecamente nulla, si applica come se fosse valida. Per diritto romano invece la sentenza viziosa è nulla già di per sè, ecc. ».

(68) Ciò non ha inteso, sembra, il COSTA [ANTONIO] nel suo scritto sulla *querela nullitatis*, il quale ritiene che la *q. n.* avesse già un germe nel dir. rom., dal momento che gli sembra inverosimile che chi aveva interesse a far riconoscere tale nullità mancasse di un mezzo a ciò idoneo. Il mezzo c'era: ma esso — e qui è la sostanza! — aveva carattere dichiarativo, non costitutivo!

stanza, un'azione di accertamento negativo che conduceva il giudice, incaricato dal magistrato di mettere in chiaro la inesistenza del giudicato (69) (il quale giudice non era mai, come vedremo in caso di appello, un giudice di grado superiore a quello che aveva pronunciato il primo giudizio), non a rescindere la sentenza ma a negarla: ciò appare evidente dalla l. 1 pr. D. [Macro] *quae sent. sine app. resc.* XLIX, 8, in cui l'ipotesi dell'accertamento giudiziario della nullità di una sentenza è così espressa: " *...si quaeratur iudicatum sit necne, et huius quaestionis iudex non esse iudicatum pronuntiaverit...* ". Se Paolo insegna che *res olim iudicata post longum silentium in iudicium deduci non potest nec eo nomine in duplum revocari,* e ammette così che la possibilità di esperimentare la *revocatio in duplum* fosse contenuta entro un termine prescrizionale (70), ciò non deve far pensare per analogia al termine entro cui sono limitati oggi i mezzi per impugnare le sentenze, ma alla prescrizione che distrugge in generale tutte le azioni, e non tanto, nel caso specifico, alla prescrizione dell'azione di accertamento della nullità, quanto a quella dell'azione con cui si poteva richiedere la restituzione della somma pagata in base ad una sentenza nulla; quando il Wetzell, dalla l. 3 C. *quomodo et quando* VII, 63, in cui si afferma che una sentenza pronunciata in assenza dei condannati acquista vigore *si ubi primum cognovistis non illico de statutis querelam detulistis,* argomenta la esistenza nel diritto romano di una *querela nullitatis sanabilis,* senza l'esperimento della quale la sentenza nulla veniva a esser convalidata (71), contraddice al concetto di nullità della sentenza che nel diritto romano appare chiaro da una quantità di decisive testimonianze (72).

---

(69) Skedl, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 110, dice che nel diritto romano si avevano solo dei mezzi *zur Konstatirung des Nichtbestandes des Urteils.*

(70) *S. R.*, V, 6ª. Il periodo seguente *Longum autem tempus exemplo longae praescriptionis decennii inter praesentes, inter absentes vicennii computantur,* sembra che sia un'aggiunta di un interprete.

(71) *System,* § 60, pag. 787-789; cfr. Bardeleben, *De sent. null.*, pag. 25. Anche il Linde, *Handbuch,* II, § 242, desume da questa legge che il dir. rom. conobbe nullità sanabili: cfr. sul tema Gesterding, *Ausbeute von Nachforschungen,* III, pag. 132, nota e Franke *Beitrag,* pag. 391 e segg.

(72) Confutazione del Wetzell e dell'argomento desunto dalla l. 3, C. VII, 63 citata, in Skedl, pag. 2, nota 4, ed ivi letteratura sulla questione; favorevole a Wetzell, Endemann, *Civilprozessrecht,* § 242, nota 9; contro, Renaud, *Lehrbuch,* § 183, ed ivi letteratura, pag. 534, nota 9. Anche il Savigny, *Sistema,* VI, pag. 411, non ebbe una chiara nozione della nullità romana, in quanto credette che per farla valere occorresse una vera e propria impugnativa, che differiva dall'appello solo per le diverse regole formali. Parimente il Baron, *Geschichte,* § 213, n. II, parla di una querela come di un vero e proprio *Rechtsmittel.*

Capitolo II

ESTENSIONE DEL CONCETTO DI NULLITA' ALLE SENTENZE " CONTRA IUS CONSTITUTIONIS "

Sommario: 10. Transizione. — 11. Nullità di sentenze incapaci a produrre la cosa giudicata. — 12. Validità della sentenza ingiusta. — 13. Distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*: non sta in relazione colla partizione tra *ius* e *iudicium*. — 14. Deriva dalla natura della funzione che compie il giudice romano. — 15. Esempî delle Fonti. — 16. Diverso potere del giudice nella risoluzione delle due questioni. — 17. Estensione del concetto di nullità del giudicato ad alcuni casi di ingiustizia. — 18. Ulteriore analisi della *quaestio iuris*. — 19. Effetti dell'*error in iudicando*: *a*) errori relativi alla premessa maggiore. — 20. *b*) Errori relativi alla premessa minore. — 21. *c*) Errori relativi alla conclusione. — 22. Sentenze *contra ius constitutionis* e sentenze *c. i. litigatoris*. — 23. Giustificazione teorica di questa antitesi. — 24. Confutazione di una teoria dell'Endemann. — 25. Importanza pratica delle nullità per errore *c. i. constitutionis*. — 26. Ipotesi del Kohler sulla origine politica di questo motivo di nullità. — 27. Parallelo tra questo momento politico e quello in cui ha origine in Francia il ricorso per cassazione.

10. — La nullità della sentenza sorge nel diritto romano come conseguenza di alcuni vizi di attività processuale: originariamente, dunque, il contenuto della decisione, l'interno ragionamento col quale il giudice, nelle forme legali ed a conclusione di un regolare procedimento, risolveva la controversia sottoposta al suo giudizio, non aveva alcuna ripercussione sulla validità del giudicato: la giuridica esistenza di questo era totalmente indipendente dalla sua giustizia.

Più tardi però la validità della sentenza vien posta in relazione anche colla giustizia del suo contenuto, in quanto si nega la esistenza giuridica a una pronuncia viziata da alcuni errori di giudizio, che vengono considerati più gravi. Tale estensione del concetto di nullità avviene, come vedremo, per ragioni politiche, al modo stesso che per ragioni politiche nasce l'istituto dell'*appellatio* e con esso il concetto di impugnabilità del giudicato; prima di accennare a questa fondamentale evoluzione del concetto di nullità, debbo però avvertire che, indipendentemente da qualunque considerazione politica, due casi vi erano nel diritto romano in cui una sentenza veniva con-

siderata inesistente, quantunque sorta senza che nessun vizio di attività inquinasse la sua nascita.

11. — Questi due casi si riferiscono alla sentenza che condannasse a fare qualcosa di impossibile (1), e a quella dal cui dispositivo non si riuscisse a comprendere qual'era la decisione del giudice (2). In tali ipotesi la sentenza, quantunque formalmente perfetta, era inidonea a compiere l'ufficio suo fondamentale, che è quello di porre una fine alle divergenze tra i cittadini, stabilendo in modo certo qual'è il diritto nel caso controverso: poichè, anche nel diritto romano, lo scopo della cosa giudicata era quello di dar termine alle liti (3), ponendo, là ove le opposte opinioni dei privati litiganti rendevano incerto il rapporto giuridico, la certezza della pronuncia emanante dalla pubblica autorità, si intende come dovè esser considerata inesistente la *incerta sententia*, che, mancando allo scopo della giurisdizione, risolveva la incertezza del rapporto con una nuova incertezza. E poichè, d'altra parte, la funzione giurisdizionale ha sempre avuto un carattere eminentemente pratico, si intende ugualmente la nullità della sentenza con contenuto impossibile, il cui precetto non può avere praticamente il resultato di definire la controversia: se l'effetto giuridico deve avere il suo svolgimento in relazione coi beni della vita, nessun effetto nella realtà può derivare dalla pronuncia *cui pareri rerum natura non potest* (4).

In questi due casi la nullità del giudicato non derivava da qualsiasi errore di ragionamento in cui fosse incorso il giudice nel porre le premesse del suo sillogismo: derivava invece dalla natura della conclusione, che si dimostrava assolutamente inadatta a compiere l'uf-

---

(1) L. 3 D. *quae sent. sine app.*, XLIX, 8. Cfr. BARDELEBEN, *De sent. nullitate*, § 16; WETZELL, *System*, § 60, nota 100; LINDE, *Handbuch*, II, § 231; CALDA, *Nullità assolute*, pag. 374 e letteratura in nota 2. Cfr. anche per la impossibilità morale, l. 21, § 7 D. *de recept.*, IV, 8. Sugli effetti della impossibilità sulla validità del giudicato e del negozio giuridico nel diritto romano, cfr. ampiamente FISCHER, *Unmöglichkeit*, I, § 9-19; e II, *passim*. Secondo il F. la L. 3, D. XLIX, 8, citata, si riferisce non ad una sentenza di merito, ma ad un provvedimento processuale (*praeceptum*).

(2) L. 59, § 2, D. XLII, 1; l. 3, e L. 11, C. VII, 45.

(3) SAVIGNY, *Sistema*, VI, § 280 e segg., pag. 283 e seg. Cfr. l. 1, D. *de reiud.*, XLII, 1: *Reiudicata dicitur quae finem controversiarum pronuntiatione iudicis accipit.*

(4) Il SAVIGNY avvicina questi casi (VI, pag. 407) a quello dell'*error calculi* di cui innanzi; secondo me invece, mentre nel caso di *error calculi* non si ha una sentenza nulla, vera nullità si ha per la sentenza impossibile o incerta.

ficio verso cui tende il processo, cioè a decidere, in modo certo e pratico, la controversia nell'interesse della pace sociale (5).

12. — Per quello che riguarda il contenuto intrinseco di una sentenza non inquinata da vizî processuali e non incapace a produrre la cosa giudicata, il diritto romano originariamente non concepì neppure che la validità del giudicato potesse in qualche modo dipendere dalla sua giustizia: quantunque anche nel diritto romano la funzione del giudice consistesse di regola nell'applicare al caso concreto delle norme preesistenti, pur tuttavia la soverchiante necessità di dirimere le controversie, non permetteva che dalla cosa giudicata altre controversie scaturissero per accertare se la decisione aveva rettamente applicato tali norme: il possibile errore di giudizio in cui il giudice fosse incorso rappresentava così per le parti (salvi i casi di restituzione) una specie di caso fortuito irrimediabile (6); unica violazione di legge che poteva avere efficacia negativa sulla validità del giudicato era la violazione di una legge formale relativa al processo, non mai quella di una legge sostanziale relativa al rapporto controverso, che entro a questo processo si decideva.

Ma questa concezione originaria si trasformò, quando si cominciò a distinguere nel processo la *quaestio iuris* come contrapposta alla *quaestio facti.*

13. — La possibilità di distinguere nella funzione intellettuale che compieva il giudice romano la risoluzione della *quaestio iuris* separata da quella della *quaestio facti,* e l'effettiva distinzione che, come tra poco dirò, si trova nelle Fonti romane, non deve esser posta in relazione alcuna con la fondamentale partizione del processo romano classico nelle due fasi di *ius-iudicium,* svolgentisi la prima dinanzi al *Praetor* e la seconda, di regola, dinanzi all'*unus iudex.*

A prescindere dal significato che tale partizione potè avere nel periodo più antico delle *legis actiones,* in cui nello stadio *in iure* il magistrato aveva un ufficio quasi del tutto passivo e la decisione *in iudicio,* nella più generale *legis actio sacramento,* risolveva solo in-

---

(5) È necessario avvertire che la dottrina moderna distingue la nozione di inesistenza processuale da quella di nullità assoluta del contenuto di una sentenza processualmente esistente; e il caso di sentenza incerta o contenente un *impossibile praeceptum* fa rientrare in questa seconda nozione. Ma il diritto romano non aveva altro che il concetto di *inesistenza* del giudicato ed in esso faceva rientrare anche i casi sovra esposti.

(6) Cuq, *Révocation,* pag. 858.

direttamente il rapporto controverso (7), è noto che molte sono le interpretazioni date alla partizione tra *ius* e *iudicium* nel processo formulare; senza voler qui positivamente decidere quale tra esse debba considerarsi la più fondata (8), certo è in linea negativa che tra esse deve essere respinta quella, specialmente sostenuta dal WIEDING, secondo la quale *in iure* dovevasi risolvere la questione di diritto e quella di fatto *in iudicio* (9). Già *in iure*, infatti, poteva il pretore denegare l'azione così per motivi di fatto come per motivi di diritto (10), e poteva decidere in modo definitivo in base a un *ius iurandum* o ad una *confessio in iure* (11). Nè, d'altra parte, quando il

---

(7) BUONAMICI, *Procedura*, pag. 21 e segg.; BERTOLINI, *Processo civile*, I, pag. 37 e segg., nota 1 a pag. 38, note 1 e 2 a pag. 39; pag. 105 e 110; KELLER, *Röm. Civilpr.*, § 13; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, I, pag. 121 e segg. Sulla parte puramente passiva che faceva il magistrato in questo più antico procedimento, cfr. LEFÈVRE, *Tribuns de la Plèbe*, pag. 48 e letteratura in nota 1; sulla pronuncia *utrius sacramentum iustum, utrium iniustum sit* che risolveva indirettamente la controversia, v. BAIER, *Entscheidungsgrundlagen im deutsch. und österr. Z. P.* (Graz, 1911), pag. 14 e segg. Interpretazione del significato della *legis actio sacramento* in SCHULTZE, *Privatrecht und Process*, § 33 e segg. Anche nel periodo delle *legis actiones* potevano però nello stadio *in iudicio* essere decise, insieme colle questioni di fatto, questioni di diritto: cfr. BETHMANN-HOLLWEG, I, § 22-26.

(8) Per una rassegna delle diverse opinioni nella dottrina tedesca, cfr. SCHULTZE, *Privatrecht und Process*, § 18; o SEUFFERT, recensione a questo in « Z. », VIII, pag. 198, n. V; SCHOTT, *Gewahren des Rechtsschutzes*. Le opinioni più notevoli sono, accanto a quelle del WIEDING e dello SCHULTZE, di cui nel testo e nelle note seguenti, quella del MUTHER in *Krit. Vierteljahrsschrift*, IX (1865), 185, secondo il quale *in iure* doveva avvenire l'esame dei fatti che violano il diritto, e *in iudicio* l'esame di quelli che lo costituiscono; quella del BÜLOW, *Die Lehre von Prozesseinreden und Prozessvoraussetzungen*, pag. 1-9 e 285-296, che assegna al pretore l'esame dei presupposti processuali e al *iudex* la cognizione del merito; quella del WACH, *Handbuch*, I, pag. 26, volta specialmente contro lo SCHULTZE, secondo il quale la concessione dell'*actio* da parte del Pretore, non significa affermare, ma ammettere il diritto alla tutela giuridica (« das *dare actionem* ist Zulassen, das *denegare actionem* Nichtzulassen des Rechtsschutzanspruchs, nicht ist jenes Bejahen, dieses Verneinen desselben »). Al WACH si riannoda il WENGER, *Actio judicati*, § 14 e sg. Lo SCHOTT, op. cit. a pag. 138 e segg., opina da parte sua che l'ufficio del pretore si limitasse a esaminare da tutti i punti di vista se la causa meritava di esser sottoposta a decisione (*Verhandlungswürdigkeit*), allo scopo di *lites deminuere* (l. 21, D. XII, 1).

(9) *Justinianeische Libellprocess*, pag. 235, 254, etc. Tale opinione è però antica: basti citare il MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, I, 365. Contro questa erronea opinione, SCIALOIA, *Procedura*, pag. 120; BERTOLINI, I, pag. 39 e nota 2.

(10) Sui motivi svariatissimi per cui poteva avvenire la *denegatio actionis*, cfr. SCHOTT, § 8-12.

(11) Cfr. BERTOLINI, *Processo civile*, I, § 17 e 18.

pretore concedeva la *formula,* il campo entro cui poteva svolgersi la decisione del *iudex unus* era limitato alla questione di fatto: se ciò poteva avvenire in caso di *formulae praeiudiciales,* in cui il giudice doveva limitarsi a esprimere il suo parere su una determinata circostanza (12), ordinariamente spettava al giudice anche la definitiva decisione dei punti di diritto. Anche lo SCHULTZE, che concepisce la formula come una sentenza ipotetica, che il *iudex* deve trasformare in sentenza definitiva appurando i fatti (13), ammette che, quando si tratta di *formulae in ius conceptae* « il pretore determinava le premesse maggiori da applicare in modo comprensivo, libero, astratto, in quanto prescriveva al giudice come premessa maggiore tutto il campo del *ius civile,* e rimetteva al giudice stesso di scegliere in questo campo le norme giuridiche che proprio dovevano essere applicate nel caso concreto » (14).

Non si potrebbe dunque caratterizzare il processo formulare romano col dire che *in iure* doveva nella *formula* esser costruita la premessa maggiore del sillogismo giudiziario, e *in iudicio* la premessa minore e la conclusione: l'esempio, opportunamente notato dal BETHMANN-HOLLWEG (15), di CICERONE che, nella orazione *pro A. Caecina,* discute, dinanzi ai *recuperatores,* la lettera e la *ratio* dell'editto per ciò che si riferisce all'*interdictum de vi armatis hominibus* (16), dimostra che anche nella fase del *iudicium* la controversia poteva vertere intorno alla interpretazione di norme giuridiche astratte. A una pura questione di diritto si riduceva la causa, quando il convenuto ammetteva *in iudicio* i fatti controversi; e a questioni di diritto poteva dar luogo la *exceptio* del convenuto, ove fosse ammessa *in iudicio* per la clausola *ex fide bona* (17). In quest'ultimo caso il giudice, secondo quanto insegna lo SCIALOIA (18), doveva « egli stesso ricercare il diritto quasi più che applicarlo direttamente ».

---

(12) Cfr. ENGELMANN, *Röm. Civilpr.*, pag. 55.

(13) *Privatrecht und Prozess,* pag. 233 e segg.

(14) ID., pag. 239. Sulla maggior larghezza di indagine di diritto concessa al *iudex* dalle *formulae in ius conceptae,* cfr. BUONAMICI, *Procedura,* pag. 96, 97; ENGELMANN, *Röm. Civilpr.*, pag. 52-53. Cfr. IHERING, *Esprit du dr. romain,* vol. III, pag. 99 e segg.

(15) *Röm. Civilpr.*, II, pag. 593, nota 41.

(16) *Ciceronis pro A. Caecina* (Ed. Teubner), cap. 13, §§ 36 e segg., n. 37. V. su questa orazione, BETHMANN-HOLLWEG, II, § 125 (Anhang III).

(17) BERTOLINI, I, pag. 331. Cfr. BAIER, *Entscheidungsgrundlagen* cit., pag. 23-24, sul diverso effetto che le variazioni del rapporto sostanziale producevano sul processo, secondo che si trattasse di *actiones bonae fidei* o di *actiones stricti iuris.*

(18) *Procedura,* pag. 120.

14. — La distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, si vedrà tra poco come dal diritto romano fosse concepita; ma non si deve, come le cose dette dimostrano, considerare questa distinzione quasi parallela a quella esteriore di *iudicium* e *ius*, e credere che il diritto romano abbia fatto differenza tra la *quaestio facti* e la *quaestio iuris* perchè materialmente la decisione di esse fosse separata, e fosse compiuta in tempi diversi, e da diversi organi processuali. In realtà le due questioni venivano decise colla stessa sentenza e dallo stesso giudice, che nel periodo formulare era l'*unus iudex* contenuto nei limiti della formula, ma che nel periodo della *cognitio extra ordinem* assumeva direttamente la decisione dell'intera controversia dal principio alla fine. È notevole anzi, a questo proposito, osservare che la gran maggioranza dei testi in cui in qualche modo si accenna a distinguere nella cognizione del giudice la risoluzione della questione di fatto da quella della questione di diritto, riguarda il periodo della *extraordinaria cognitio*, in cui più non si aveva la partizione tra *ius* e *iudicium* o, se sopravviveva formalmente, aveva perduta la originaria sua significazione.

Anzichè dalla partizione tra le fasi di *ius* e *iudicium*, la distinzione tra questione di fatto e questione di diritto derivò invece dal modo col quale il diritto romano concepiva la natura interiore della funzione giurisdizionale. Mentre, come vedremo in seguito (oltre, n. 41), si ebbero antichi diritti nei quali la funzione del giudice si limitò ad accertare la premessa maggiore del sillogismo, il giudice romano dovè sempre (19), come il giudice odierno, accertare, insieme colla norma di diritto, anche lo stato di fatto concreto, e questo, a guisa di premessa minore, attrarre sotto la norma per dedurne la conclusione. Quando, nel processo romano, una parte voleva far valere dinanzi al giudice un suo diritto soggettivo, non doveva limitarsi a sottoporgli la sua pretesa, affinchè il giudice decidesse se essa si conciliava colle norme di diritto oggettivo, ma doveva anche esporgli la narrazione storica dei fatti costitutivi della pretesa stessa, e fornirgli la prova che tali fatti erano realmente avvenuti: il giudice doveva così risolvere una questione di fatto, per decidere, secondo il suo libero convincimento, se i fatti narrati dalla parte erano veri, ed una questione di diritto per decidere se esistesse una norma la quale, ai fatti provati dalla parte, attribuisse gli effetti giuridici da essa pretesi (20).

---

(19) Fin dal periodo delle *legis actiones*: cfr. KARLOWA, *Legisactiones*, pag. 374.

(20) Cfr. BERTOLINI, *Processo civile*, II, § 24, n. 219; GIRARD, *Manuale*, pag. 1050; BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, II, 606-608; ENGELMANN, *Röm. Ci-*

Poichè ogni sillogismo resulta dal porre due premesse, il giudice romano, che doveva in modo definitivo accertare l'una e l'altra premessa, ebbe in ciascuna controversia la possibilità di risolvere due questioni, l'una relativa alla premessa maggiore, l'altra a quella minore del suo sillogismo.

Per ciò che si riferisce alla questione di diritto debbo notare, poi, che il giudice romano dové risolverla di regola collo scegliere fra diverse norme *preesistenti,* quella che faceva al caso concreto; non col creare di volta in volta norme nuove suggerite dal caso concreto (21). Anche se si volesse accettare la concezione dello SCHULTZE (22), secondo il quale la *iurisdictio* del Pretore, nel periodo formulare, ha funzione di produzione del diritto obiettivo e la formula è un atto di creazione di diritto (23), non si potrebbe negare che la *sententia iudicis* emessa nella fase *in iudicio* aveva, anche per tale concezione, la funzione di applicare ai fatti la norma preesistente: fosse, questa norma, l'antico *ius civile,* al quale il Pretore rinviava colla *formula in ius concepta,* o la nuova norma creata dal magistrato, colla *formula in factum concepta,* per la fattispecie concreta.

15. — Frequente ricorre nelle Fonti romane l'antitesi tra i due termini di *ius* e *factum* (24); e alcune volte anche in relazione al potere decisorio del giudice. Senza voler qui fare una compiuta rassegna dei testi ove si allude alla distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* (25), e riserbandomi d'altra parte di ricordare in seguito alcuni dei più importanti, debbo notare che nelle Fonti romane non solo si accenna alla distinzione concettuale tra i due termini suddetti, ma si scende anche a dare con precisa efficacia esempî pratici per dimostrare come si possa applicare ai casi concreti tale distinzione, semplice in teoria, ma assai volte mal definibile nella realtà.

Siffatti esempi sono contenuti in due leggi sulle quali tornerò più avanti, la 1 D. *quae sent. sine appell. rescindantur* XLIX, 8 del giureconsulto EMILIO MACRO e la costituzione 2 C. *quando provocare non*

---

vilpr., pag. 137; SCHMIDT, *Lehrbuch,* pag. 54, 70, 336; POLLAK, *System des österr. Z. P. R.*, II (Wien, 1906), § 83, pag. 404. Cfr. anche il mio scritto, *Err. in iud.*, n. 6.

(21) Qualche cosa di simile doveva però eccezionalmente fare anche il giudice romano, quando, nei giudizî *ex fide bona,* non doveva decidere secondo una legge o una consuetudine, ma solo secondo il sentimento giuridico basato sulla buona fede (Cfr. SCIALOIA, *Procedura,* 120).

(22) *Privatrecht und Prozess,* specialmente § 18.

(23) Cfr. specialmente op. cit., pag. 236-237. Contro, ENGELMANN, pag. 137.

(24) Cfr. VASSALLI, *Jus-factum.*

(25) Vedili in VASSALLI, pag. 9-20 dello scritto citato.

est necesse VII, 64 dell'imperatore ALESSANDRO. La prima legge (la cui fattispecie riguarda veramente piuttosto la giurisdizione volontaria che quella contenziosa) fa l'ipotesi di un cittadino che chiede al giudice di esser dispensato dall'ufficio di tutore, affermando che egli ha tale età o tal privilegio o tale numero di figli, che per legge gli dànno diritto ad essere esonerato dall'ufficio. Il giudice, di fronte a questa domanda, può porsi due questioni, la prima per decidere se vi è una legge che dispensi dall'ufficio di tutore o da altro incarico chi ha una certa età o un certo privilegio o un certo numero di figli; la seconda per decidere se, essendovi tale legge, il richiedente si trova realmente in questo caso nelle condizioni che autorizzano la dispensa. Poniamo che il giudice respinga la domanda suddetta: ciò potrà avvenire o perchè il giudice neghi l'esistenza di una legge che autorizzi la dispensa (*neque filios, neque aetatem, aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse*) e con ciò avrà risolto a sfavore dell'istante la questione di diritto; o perchè neghi l'esistenza in concreto delle circostanze previste da questa legge (*eum de aetate sua aut de numero liberorum non probasse*), e con ciò avrà risolto a sfavore dell'istante la questione di fatto.

In modo analogo è costruito l'esempio portato dalla costituzione dell'imperatore ALESSANDRO. Si disputa sulla validità di un testamento, e l'erede legittimo afferma ch'esso è nullo perchè la legge non ammette capacità di testare in chi non ha compiuto i quattordici anni, e il testatore è morto prima di aver raggiunto questa età. Il giudice per dichiarare la validità del testamento, potrà dar torto all'erede o nella questione di diritto, affermando che non esiste una legge che neghi la facoltà di far testamento al minore di quattordici anni (*potuisse defunctum etiam minorem XIV annis testamentum facere*), o nella questione di fatto, affermando che, pur esistendo la legge invocata dall'erede legittimo, si verifica nel caso la circostanza da essa prevista, perchè il defunto, quando fece testamento, aveva compiuto l'età di quattordici anni (*implesse defunctum XIV annum*).

Se la contrapposizione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* viene accennata anche in altri testi (26), in nessuno come in questi due, i cui esempî diventeranno tradizionali nel diritto intermedio e saranno poi sfruttati perfino nel diritto moderno dai sostenitori del sistema della Cassazione, essa è con tanta precisione messa in chiaro: nè, prima della scienza processuale contemporanea, si giungerà nel diritto intermedio a analizzare il procedimento logico del giudicare in modo più profondo e meno unilaterale di quello che facciano i testi sopra riferiti.

---

(26) Cfr. VASSALLI, *Ius-factum.*

16. — Insieme colla chiara nozione della differenza che passa tra la questione di fatto e quella di diritto, si trova nelle Fonti romane espresso il concetto della diversità del potere spettante al giudice, secondochè si tratta di risolvere una questione della prima o della seconda specie. Se, come ho già notato (retro, n. 14), il giudice romano, nel creare la premessa maggiore del suo sillogismo, doveva limitarsi a scegliere una tra le norme di legge già esistenti, è naturale che il suo potere rispetto alla risoluzione della questione di diritto fosse limitato appunto entro il campo di queste norme, dal quale non gli era dato di uscire senza perdere la sua qualità di giudice; l'accertamento del fatto controverso, invece, era rimesso interamente alla coscienza del giudicante, che godeva in questo dominio della maggiore latitudine di apprezzamento. Se la funzione giurisdizionale consisteva in Roma, come da noi, nell'applicazione del diritto preesistente al fatto accertato in giudizio, si intende che il termine " diritto preesistente " non poteva esser varcato, senza venir meno alla natura fondamentale di questa funzione.

Ond'è che, per usar la imaginosa frase di Duareno (27), il giudice romano aveva *laxiores habenas in quaestionibus facti quam in quaestionibus iuris.* Nelle Raccolte giustinianee infatti questo pensiero si trova espresso in modo chiarissimo: nella l. 15 D. *ad municip.*, L. 1, è riferito un frammento di Papiniano, in cui si pone la massima che *facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris tamen auctoritas non sit;* e nella l. 1 D. *ad S. C. Turpillianum* XLVIII, 16, il giureconsulto Marciano espressamente si riferisce a tale massima posta da Papiniano, con parole quasi identiche affermando che *facti quidem quaestio in arbitrio sit judicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reservatur* (28).

Il pensiero che il giudice è arbitro delle questioni di fatto (del quale si hanno accenni già in Aristotele) (29) si trova del resto già in Cicerone, il quale in una sua orazione (30) afferma che il punto su cui un giudice può essere indotto a parzialità è il punto di fatto, ch'è posto nel suo arbitrio, non il punto di diritto, che dipende dalla legge: *Illud enim potest dici iudici ab aliquo non tam verecundo homine quam gratioso: « Iudica hoc factum esse, aut nunquam esse factum; crede*

---

(27) *De iuris et facti quaestionibus* in « Disputationum anniversarium », Lib. I, cap. XLII.

(28) Su queste due leggi e le loro possibili interpolazioni, cfr. Vassalli, *Jus-factum*, pag. 16-20.

(29) *Retorica*, Libro I, cap. 1°.

(30) *Pro A. Caecina*, capo 25, § 72 (Ed. Teubner).

huic testi, has conproba tabulas ». *Hoc non potest:* « *Statue, cui filius agnatus sit, eius testamentum non esse ruptum; iudica, quod mulier sine tutore auctore promiserit, deberi* » (31). D'altra parte in tutti i testi romani, a partire dal proemio del tit. *De officio iudicis* delle Istituzioni giustinianee (IV, 17), in cui si pone l'ammonimento generale: *et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est,* si trova continuamente ripetuto il principio che il giudice deve decidere *secundum leges* (32).

17. — Dal distinguere, nell'operazione mentale, che il giudice deve compiere per pronunciare la sua sentenza la risoluzione di una *quaestio facti* da quella di una *quaestio iuris,* e dal riconoscere che i poteri del giudice sono nella decisione di questo secondo punto assai più limitati che nella decisione del primo, derivò la conseguenza di considerare l'errore che il giudice commettesse nel risolvere la questione di diritto assai più grave di quello che commettesse nel risolvere la questione di fatto. Si è visto che, nel periodo repubblicano, la ingiustizia della sentenza non aveva nessun influsso sulla sua validità: poichè lo scopo più urgente della funzione giurisdizionale è quello di troncare al più presto le controversie intorno al diritto, che turbano la pace sociale, il diritto romano si appagava quando la sentenza, formalmente regolare, era capace di porre, al posto della incertezza giuridica, una qualsiasi certezza, giusta o ingiusta che fosse: l'*error in iudicando* del giudice non aveva nessuna conseguenza giuridica. Ma l'analisi dell'operazione che il giudice compie e le distinzioni, che sopra ho riferito, da essa derivate, trassero ad ammettere questo principio nuovo: che se, di regola, la validità della sentenza non dipendeva dalla sua ingiustizia, questa validità dovesse venir meno eccezional-

---

(31) La l. 79 D. *de iud.,* V, 1, prova infatti che mentre i giudici delegati potevano rivolgersi al *Praeses* delegante per avere schiarimenti sul punto di diritto, che essi dovevano decidere secondo la legge, non potevano chiedere suggerimenti sul punto di fatto, che dovevano decidere solo secondo la loro coscienza: *Iudicibus de iure dubitantibus praesides respondere solent: de facto consulentibus non debent praesides consilium impertire, verum iubere eos prout religio suggerit sententiam proferre.* Cfr. su questa legge Duareno nello scritto citato, e Vassalli, *Jus-factum,* pag. 9.

(32) L. 40, § 1, D. *de iud.,* V, 1. *Non quidquid iudicis potestati permittitur, id subicitur iuris necessitati.* L. 13, C. *de sent. et interl.* VII, 45; Nov. 15, c. 1, Nov. 24, c. 2, Nov. 82, c. 13, *Omnis autem iudex... custodiat leges et secundum eas proferat sententias...;* Nov. 113, c. 1, ... *secundum generales nostras leges causas examinari et decidi...;* Nov. 149, c. 1, etc.

mente, quando l'ingiustizia raggiungeva una speciale gravità, quando cioè riguardava non la *quaestio facti,* in cui il giudice era lasciato arbitro, ma la *quaestio iuris,* nella cui risoluzione la legge costituiva un insormontabile confine.

Indipendentemente da qualsiasi responsabilità o punizione che incombesse al giudice per la ingiustizia della sua sentenza, più grave per avventura quando la ingiustizia consistesse nella violazione di una legge (33), indipendentemente anche dall'*appellatio,* che, come si vedrà (oltre, n. 31), costituì sotto l'impero un rimedio contro ogni sorta di ingiustizie, la sanzione che il diritto romano attribuì all'*error in iudicando* intervenuto nella risoluzione della *quaestio iuris,* fu (colle limitazioni che tra poco dirò) la semplice estensione di quel concetto di inesistenza del giudicato che abbiamo visto originariamente applicato ai soli casi di gravi *errores in procedendo.* In verità simile estensione può sembrare illogica e contraddittoria: il concetto di inesistenza del giudicato, chiaramente giustificabile quando manchi alcuna di quelle circostanze anteriori alla sentenza senza le quali la legge non consente che una sentenza si produca, quando cioè si abbia qualche vizio di attività che impedisca *a priori* la creazione del giudicato, pare inapplicabile al caso in cui tutte le attività necessarie al prodursi di una sentenza si sono regolarmente svolte, in cui, attraverso tutte quelle circostanze formali che la legge richiede, il processo è riuscito a dar vita a una pronuncia esteriormente perfetta. Ma l'apparente incongruenza di questa estensione si spiega quando si considerino le ragioni politiche che la suggerirono: il che non può farsi prima di avere esaminato nelle Fonti i limiti positivi di tale estensione.

18. — Dalla contrapposizione così netta, fatta dai testi romani tra *quaestio facti* e *quaestio iuris* parrebbe doversi dedurre che ogni errore relativo alla *quaestio iuris* debba, in antitesi agli errori intervenuti sulla *quaestio facti,* avere la stessa conseguenza sulla validità della sentenza (34). Invece noi vedremo che, mentre nel diritto romano è valida sempre la sentenza contenente un errore della seconda specie, non sempre è invalida una sentenza contenente un errore della prima: non tutti gli errori relativi alla *quaestio iuris* producono, cioè, l'inesi-

---

(33) Cfr. SANDER, *Syndikatsklage,* § 4, pag. 4-13 e BARTOLI, *Du juge « qui litem suam fecit »,* pag. 26 e segg. Specialmente notevoli sono le parole di PAOLO, S. R., V^a^. 25, § 4: *Iudex, qui contra sacras principum constitutiones contrave ius publicum, quod apud se recitatum est, pronuntiat, in insulam deportatur.* Cfr. anche l. 1, § 3, D. *de lege Cornelia,* XLVIII, 10, ed IHERING, *Esprit du droit romain,* vol. II, pag. 79.

(34) VASSALLI, *Jus-factum,* pag. 12.

stenza del giudicato. Tale sconcordanza, per cui da una parte si contrappongono nettamente i poteri che ha il giudice per risolvere la questione di diritto a quelli che ha per risolvere la questione di fatto, mentre dall'altra alcune sentenze viziate da un errore di diritto si assimilano per la validità a quelle viziate da un puro errore di fatto, deriva dal modo unilaterale con cui le Fonti romane individuano, cogli esempî dati sopra, la *quaestio iuris*. Secondo tali esempî, infatti, la *quaestio iuris* è soltanto quella relativa alla esistenza di una norma di legge in astratto (retro, n. 15), mentre la *quaestio facti* è quella relativa alla esistenza di un fatto concreto; ma, in realtà, tra queste due questioni estreme, il giudice nel suo ragionamento risolve anche una quantità di questioni intermedie, tra le quali si hanno anche delle questioni di diritto che non riguardano la esistenza di una norma in astratto: questione di diritto è, ad esempio, quella che mira ad interpretare il significato di una norma, o quella che mira a decidere il rapporto che passa in concreto tra una norma ed un fatto (35). Ora, per il diritto romano, in quel concetto semplice e chiaro di *quaestio iuris*, esemplificato così nitidamente dalle Fonti, non rientrano questi casi di questioni di diritto meno evidenti, la cui esistenza è stata messa in chiaro dalla moderna dottrina processuale; talchè il principio che l'errore sulla *quaestio iuris* importa nullità della sentenza è vero soltanto quando si tenga presente la nozione univoca che della *quaestio iuris* appare nelle Fonti romane, non già quando si considerino tutte quelle più complicate questioni di diritto che nella genesi logica della sentenza scorge oggi la scienza processuale.

Simili considerazioni gioveranno per intendere i testi che si trovano nelle Fonti giustinianee sulla nullità delle sentenze date contro la legge.

19. — Poichè ogni sentenza risulta da un sillogismo (o, per dir meglio, da una serie di sillogismi concatenati fra loro (36)), gli errori di giudizio nei quali può cadere il giudice, mentre compie il suo ragionamento, possono riguardare o la premessa maggiore o la premessa minore o la conclusione del sillogismo stesso.

a) La premessa maggiore del sillogismo giudiziario può essere costituita o da una norma di legge o da una massima di esperienza (37). L'ipotesi di una sentenza viziata da errore contro una massima di esperienza generale non è contemplata dalle Fonti romane: la nullità della

(35) Cfr. il mio scritto, *La genesi logica della sentenza civile*, Firenze, 1914.
(36) Cfr. i miei scritti *Genesi logica* ed *Err. in jud.*, n. 12.
(37) *Genesi logica*, n. 27.

pronuncia che contiene un *impossibile praeceptum* (retro, n. 11) non deriva infatti dalla violazione dei principii di esperienza generale, ma dalla incapacità della pronuncia stessa a produrre la certezza giuridica cui mira l'istituto della *res iudicata* (38). Contemplata è invece l'ipotesi di una sentenza in cui il giudice ponga a base del suo sillogismo una premessa maggiore contraria ad una norma di legge. Gli esempî che le Fonti portano a illustrare questa ipotesi sono i medesimi che ho già notato per mostrare la distinzione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti*: se a base del suo sillogismo il giudice pone il principio *potuisse defunctum etiam minorem XIV annis testamentum facere,* la sua premessa maggiore è in diretta contraddizione colla l. 5 D. *qui testam. facere possunt*, XXVIII, 1, secondo la quale perchè si abbia facoltà di far testamento *est in masculis quartum decimum annum spectandum;* se, d'altra parte, nel dare la decisione il giudice è partito dal presupposto che *neque filios, neque aetatem aut ullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse,* la premessa maggiore del suo sillogismo urta contro quelle norme di legge (39) che ammettono in casi consimili la *excusatio.* In simili ipotesi l'errore di diritto produce la nullità della pronuncia: *sententiam contra tam manifesti iuris formam datam nullas habere vires palam est,* dice nel primo caso la già citata l. 2 C. VII, 64; e nel secondo caso (in cui, veramente, più che di sentenza giudiziaria trattasi di un provvedimento amministrativo) il giureconsulto Macro afferma, nella già ricordata l. 2 D. XLIX, 8, che la sentenza è invalida e che quindi non occorre appello per ottenere la riforma, perchè *cum contra sacras constitutiones iudicatur, appellationis necessitas remittitur.* Il principio, che viene ben chiarito dagli esempî pratici, è così in generale enunciato da Modestino (l. 19 D. *de app.* XLIX, 1): *si expressim sententiam contra iuris rigorem data fuerit, valere non debet... Non iure profertur sententia, si specialiter contra leges vel S. C. vel constitutionem fuerit prolata.* E si trova confermato, quantunque con minore determinatezza, da altri testi (40).

Bisogna peraltro notare che l'errore di diritto che il giudice può compiere nella premessa maggiore del suo sillogismo può essere errore sulla esistenza di una norma di legge (com'è nei due esempi portati dalle Fonti, in cui il giudice sembra ignorare la esistenza di leggi contrarie al principio da lui affermato) o errore sul significato di una norma di legge esistente. Ora, mentre nel primo caso la sentenza è

---

(38) Cfr. *Err. in jud.*, n. 26 e 41.

(39) Per es. l. 1. C. *qui numero lib.*, V, 66; l. 1 C. *de his qui num.*, X, 51; l. 2, § 1, D. *de vacat.*, L. 5.

(40) Per es. l. 5, C. *quando prov.*, VII, 64, ... *dubium non est id, quod contra ius gestum videtur, firmitatem non tenere et sine appellatione posse rescindi.*

nulla, del secondo caso le Fonti non dicono parola: anzi, poichè il linguaggio usato dai testi (« *contra tam manifesti iuris formam* »; « *expressim sententia contra iuris rigorem data* »; « *specialiter contra leges* ») par che alluda continuamente ad una perfetta inconciliabilità tra la norma di legge e la sentenza, bisogna ammettere (41) che l'errore di diritto in cui fosse incorso il giudice nell'applicare una legge esistente non producesse nullità del giudicato, e che questa si avesse soltanto quando il giudice dimostrava di considerare la legge come non obbligatoria per lui (42): non dunque dall'errore di interpretazione compiuto nell'intenzione di applicare correttamente la legge derivava la invalidità della sentenza, ma solo dalla diretta contravvenzione alla legge, dal rifiuto di applicare una norma che aveva vigore per il caso concreto (43). La nullità si produceva in quest'ultimo caso qualunque fosse la fonte da cui derivava la norma violata, si trattasse di diritto scritto (*contra leges, vel Senatusconsulta, vel constitutionem* dice la l. 19 D. XLIX, 1) o, secondo la opinione comune (44), di diritto consuetudinario.

Debbo ricordare qui che nella dottrina dell'età di mezzo ed anche nella letteratura giuridica tedesca della prima metà del secolo scorso, si è molto disputato per stabilire in qual forma dovesse la violazione di legge apparire espressa nella sentenza per produrne la nullità, se fosse richiesto un *error expressus* e in tal caso quali ne fossero i requisiti (45), se bastava che la violazione fosse deducibile dalla deci-

---

(41) Linde, *Handbuch*, II, 429; Wetzell, *System*, § 52, nota 4. Cfr. per il diritto comune, il mio *Err. in jud.*, n. 24.

(42) Pothier, *Des obligations* (in « Œuvres », ed. Bruxelles, 1831, I), n. 871: *Observez que, pour que le jugement soit nul, il faut qu'il ait prononcé expressément contre la loi; il faut qu'il ait jugé que la loi ne devait pas être observée;* Kohler, *Prozess und Nichtprozess*, pag. 121; Schmidt, *Handbuch*, § 241, pag. 513, dice che la sentenza è nulla « quando a determinate leggi contraddice in modo che il giudice tralascia di osservarle ed applica come diritto vigente il contrario del loro contenuto » etc., id. pag. 514.

(43) L'egregio Prof. Filippo Vassalli mi osserva che dalla espressione *contra tam manifesti iuris formam* della l. 2 C, VII, 64, non può desumersi con certezza la regola che nel diritto romano classico non fosse nulla la sentenza contenente la violazione di una legge oscura (errore di interpretazione) e ciò sia perchè quel *tam manifesti* può essere puramente enfatico, sia perchè tale espressione può essere interpolata dai compilatori allo scopo di diminuire i casi di nullità a favore dell'appello (*oltre*, n. 34); la regola, dunque, che la dottrina concordemente ammette dovrebbe limitarsi al diritto giustinianeo. Cfr., ora, lo stesso Vassalli, *La sent. condizionale* (Roma, 1917), pag. 32, nota 1.

(44) Linde, II, 429; Wetzell, l. c. ed autori ivi; Schmidt, *Handbuch*, § 241, pag. 514, in base alla L. 32, D. *de legibus*, I, 3.

(45) Cfr. *Error in iud.*, nn. 42-52.

sione concreta (46), o se al contrario occorreva che il giudice avesse enunciato in modo astratto e generale un principio contrario alla legge (47). Tali discussioni vennero in specie alimentate dalla l. 27 D. *de re iud.* XLII, 1, contenente un responso di MODESTINO, in cui, in apparente contraddizione col principio da lui posto nella l. 19 D. *de app.* XLIX, 1, egli ammette che si possa procedere all'esecuzione in base a una sentenza con cui il giudice ha condannato il convenuto a pagare i frutti dei frutti, contrariamente alla legge (*Praeses provinciae usuras usurarum condemnavit contra leges et sacras constitutiones...*) (48); per spiegare tale responso, con cui si veniva a dichiarar valida una sentenza data *contra leges,* i commentatori ammisero in generale che il giudicato in questo caso era valido, perchè la legge era stata qui violata in concreto, ma tacitamente, senza dichiarare in astratto che essa non dovesse aver vigore (49); oppure, chi sosteneva che per aversi nullità del giudicato non occorresse l'enunciazione in astratto del principio erroneo, opinò che in questo caso, essendo dubbio se l'errore era relativo al fatto o relativo al diritto, dovesse la sentenza nel dubbio esser considerata come erronea in fatto e quindi valida; modernamente si ritiene che la legge sia interpolata e dimostri la tendenza a restringere i casi di nullità a favore dell'estensione dell'appello (50).

In ogni modo tali discussioni non riguardano il principio fondamentale che a me interessa: che, cioè, quando sia chiaro e indubitabile che nel pronunciare la sua sentenza il giudice ha posto a premessa maggiore del suo sillogismo un principio di diritto inconciliabile con una norma di legge in vigore, questa sentenza è nulla.

20. — *b*) Si dice comunemente che nel sillogismo giudiziale la premessa minore è costituita dal fatto; ma, più esattamente, si dovrebbe dire che nella premessa minore si ha sempre un giudizio relativo al fatto concreto, ma che questo giudizio può essere così di fatto, quando riguarda la esistenza delle circostanze materiali controverse, come di diritto, quando riguarda le qualità giuridiche che rivestono in concreto tali circostanze (51).

L'errore in cui il giudice può incorrere nel costruire la premessa

---

(46) SCHMIDT, *Handbuch,* § 241, nota 26.

(47) LINDE, *Handbuch,* II, pag. 431.

(48) Cfr. l. 29, D. *de usuris,* XXII, 1; l. 28, C. *de usuris,* IV, 32; etc.

(49) Cfr. VASSALLI, *Jus-factum,* pag. 14-16 e letteratura in nota 1 a pag. 15. Cfr. riassunta la questione in SCHMIDT, *Handbuch,* § 229, nota 5.

(50) Cfr. VASSALLI, l. cit.

(51) *Genesi logica,* n. 27; *Error in iud.,* n. 27.

minore del suo sillogismo può essere dunque errore di fatto o errore di diritto. L'errore di fatto non produceva mai, nel diritto romano, invalidità del giudicato: basterebbero a provar ciò i due soliti esempî delle l. 2 C. VII, 64 e 2 D. XLIX, 8, in cui la validità della sentenza non vien punto diminuita dalla circostanza che il giudice ha creduto non esistente l'addotto motivo di *excusatio* che forse esisteva in realtà, o ha creduto che avesse compiuto l'età di XIV anni il testatore che forse in realtà non l'aveva compiuta. Ed erroneamente si indurrebbe, come pure il diritto comune fece (52), sotto influssi canonici, dal caso dell'*error calculi* (oltre, n. 21) o da leggi riferentisi alla giurisdizione volontaria, che nel diritto romano a nullità della sentenza desse luogo anche l'errore di fatto quando fosse molto grave.

Ma neppure l'errore di diritto produceva invalidità del giudicato, quando si limitava al singolo rapporto controverso e trovava posto di conseguenza nella premessa minore del sillogismo. Ciò appare chiaramente dalla l. 32 D. *de re iud.*, XLII, 1, in cui Callistrato afferma che il giudice *non videtur contra constitutiones sententiam dedisse* quando *contra eas pronuntiat iudex, eo quod non existimat causam de qua iudicat per eas iuvari.* Il significato di questa legge, già dibattuta quasi quanto la l. 27 dello stesso titolo (retro, n. 19), non può essere dubbio: poichè la giurisdizione consiste nell'applicare norme preesistenti al caso concreto, il giudice deve necessariamente scegliere tra queste norme la premessa maggiore del suo sillogismo, ma, nel campo di queste norme, la libertà di scelta dev'essergli riconosciuta, poichè il giudice solo è in grado di apprezzare i caratteri giuridici della fattispecie concreta e di confrontarli con quelli della fattispecie ipotizzata dalle singole norme. Il giudizio col quale il giudice decide che lo stato di fatto controverso non ha i requisiti supposti da una data norma e che quindi questa norma non gli è applicabile, non è un giudizio astratto che neghi per ogni caso validità alla norma stessa, ma è un giudizio sul caso concreto, che si limita a stabilire per una volta il rapporto tra la norma e una data fattispecie: l'errore relativo ai limiti di applicabilità della legge, che lascia intatta l'efficacia di questa per altri casi diversi da quello controverso, l'errore nel quale il giudice incorre ritenendo che la causa non rientra nell'ipotesi di una certa norma (*non existimat causam de qua iudicat per eas iuvari*) non produce, nel diritto romano, la nullità del giudicato (53); in perfetta concordanza coi numerosi passi delle Fonti romane in cui la de-

---

(52) *Error in iudicando*, nn. 31-34. Cfr. Gesterding, *Ausbeute*, pag. 145.

(53) Linde, *Handbuch*, II, pag. 428, lett. *b*; Wetzell, *System*, § 52, nota 4, pag. 666; Schmidt, *Handbuch*, § 241, pag. 513.

terminazione dei caratteri giuridici di un certo rapporto concreto, la quale è essenzialmente una questione di diritto, viene invece considerata come una *quaestio facti* (54).

21. — *c*) L'errore di giudizio nel quale il giudice può incorrere quando, dopo aver costruito le premesse del suo sillogismo deve trarne la conclusione necessaria, non può essere nè un errore di fatto nè un errore di diritto, ma solo un errore di logica, in quanto il giudice faccia derivare dalle premesse una conseguenza che logicamente non ne deriva (55). In questa categoria di errori si può far rientrare l'ipotesi dell'*error calculi*, contemplata dalla l. 1, § 1 D. *quae sent. sine app..*, XLIX, 8, la quale stabilisce che *citra appellationem corrigitur* una sentenza che si esprima così: *Cum constet Titium Seio ex illa specie quinquaginta item ex illa specie vigintiquinque debere; idcirco L. Titium Seio centum condemno.* L'errore che vizia questa sentenza non è relativo alle premesse, nelle quali esattamente può essere stata posta la norma che dà origine al debito di Tizio, ed accertato in fatto il preciso ammontare del debito stesso; è relativo alla conclusione, nel trarre la quale è stato violato quel principio di ragione per cui la somma di cinquanta più venticinque non è cento. Vedremo, che il diritto intermedio credè scorgere in questa legge un caso di sentenza nulla per errore di fatto (56); in realtà nella prima ipotesi, che a me qui interessa, fatta da questa legge (nella seconda ipotesi contenuta nella legge stessa si ha invece un vero e proprio errore di fatto, poichè il giudice ritiene dovuta una somma che non è dovuta), non si ha nè un errore di fatto, perchè come ho mostrato, tale non è l'*error calculi*; nè una sentenza nulla, perchè qui si parla di sentenza che *corrigitur* senza bisogno di appello, di una sentenza, cioè, che, pur essendo sottoposta ad esser corretta anche senza interposizione di gravame, ha piena esistenza giuridica (57).

22. — Riassumendo ora in sintesi le risoluzioni date dalle leggi romane ai diversi casi sovra esposti, vediamo che non si potrebbe porre per il diritto romano il principio che l'errore di diritto produce sempre nullità del giudicato, a differenza dell'errore di fatto che lascia sussistere sempre la validità della sentenza. Mentre questo secondo

---

(54) Per es. L. 13, D. *qui potior. in pign.*, XX, 4; cfr. BÄHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deuts. Civilprozess* (Jena, 1871), pag. 22, nota * *.

(55) Cfr. *Error in iud.*, n. 39.

(56) *Error in iud.*, nn. 34 e 39.

(57) Cfr. LINDE, *Handbuch*, I, § 131; SAVIGNY, *Sistema*, VI, pag. 406-408.

termine dell'antitesi è vero, poichè nel diritto romano non si concepì mai l'idea di una sentenza nulla per errore di fatto, non è vero il primo, poichè non tutte le sentenze viziate da errore di diritto si ritennero nulle (58): nullità del giudicato non si ebbe, come si è visto, nè per errore di interpretazione, nè per errore di sussunzione ovvero erronea applicazione di legge; nullità si ebbe soltanto per la diretta contravvenzione alla legge, per l'errore sulla esistenza di una norma, per la negazione generale ed astratta di essa. Alla contrapposizione tra sentenze errate in diritto e sentenze errate in fatto, che sarebbe stata corrispondente all'antitesi fra *quaestio iuris* e *quaestio facti,* i Romani sostituirono un'altra contrapposizione, cioè quella tra sentenze date *contra ius constitutionis* e sentenze date *contra ius litigatoris.* Tale contrapposizione si trova in un passo già citato di Macro (l. 1, § 2 D. XLIX, 8) il quale, dopo avere affermato che la sentenza *contra sacras constitutiones* è nulla, spiega poi il suo pensiero dicendo: *contra constitutiones autem iudicatur, cum de iure constitutionis, non de iure litigatoris pronunciatur;* e, per chiarire ancora con un caso pratico questo principio, porta l'esempio già sopra visto, del giudice che deve decidere sulla richiesta di *excusatio* da una tutela: se il giudice respinge la richiesta perchè nega in astratto la esistenza di una legge che autorizzi la dispensa, *de iure constituto pronunciasse intelligitur,* mentre, se la respinge perchè nega la esistenza in concreto delle circostanze volute dalla legge per autorizzar la dispensa, *de iure litigatoris pronunciasse intelligitur.* La regola che si detrae da questa legge è dunque questa: che sono nulle le sentenze *contra ius constitutionis,* cioè quelle viziate da un errore relativo all'esistenza di una norma di diritto obiettivo; sono invece valide quelle *contra ius litigatoris,* cioè quelle viziate da un errore — senza distinguere se di fatto o di diritto — che riguardi soltanto la esistenza del diritto subiettivo delle parti, che non si estenda a negare in generale osservanza a una norma di legge, pur violandola nei suoi rapporti col caso concreto. Sentenze *contra ius constitutionis* sono dunque soltanto quelle viziate da un errore di diritto relativo alla premessa maggiore, ma non tutte; sentenze *contra ius litigatoris* sono tutte quelle viziate da un errore, di diritto o di fatto, relativo alla premessa minore e alcune di quelle viziate da un errore relativo alla premessa maggiore, che non riguardi la esistenza di una norma di legge (59).

---

(58) Cfr. Vassalli, *Jus-factum,* pag. 12.

(59) Quanto afferma il Vassalli, *Jus-factum,* pag. 12 (che la sentenza è sempre nulla quando l'errore cade « sulla maggiore del sillogismo ») vale dunque per il diritto classico, ma non per quello giustinianeo.

23. — Stabilito così il contenuto di queste due categorie antitetiche di sentenze viziate da un errore di giudizio — nulle quando fossero *contra ius constitutionis*, valide quando fossero *contra ius litigatoris*, — si può domandare qual'era il principio in base al quale tale antitesi veniva posta, con effetti così profondamente diversi per i due termini di essa. L'espressione, nuova e strana (60), di *ius constitutionis*, messa in relazione con quella di *ius litigatoris*, può forse dare qualche lume per stabilire qual'era il punto di vista del diritto romano: con tale espressione, infatti, par che Macro ponga dinanzi al giudice, accanto alla parte che chiede il riconoscimento di un suo diritto subiettivo (*ius litigatoris*), la personificazione della legge, la *Constitutio*, la quale nelle parole del giureconsulto assume quasi una ideale capacità di soggetto giuridico, dotato di fronte al giudice di un suo diritto di sovranità (*ius constitutionis*). La *Constitutio*, ossia, per dirla con parole moderne, il potere legislativo, ha diritto all'obbedienza da parte del giudice: e quando il giudice nella sua sentenza nega questo diritto, ossia nega che un precetto di legge abbia forza obbligatoria, la *Constitutio* interviene e si erige dinanzi al giudice per impedirgli, annullandone la decisione, di invadere il campo ad essa riserbato.

A parte la imaginosa personificazione che traspare dalle parole di Macro (dalla quale potrebbe arguirsi che il diritto romano abbia divinato, con anticipo di quasi due millennii, l'idea, da cui la rivoluzione francese doveva poi sviluppare l'istituto della Cassazione, di un conflitto fra il potere legislativo e il potere giudiziario e di un intervento del primo a distruggere la pronuncia del giudice che contravvenga alla legge (61); cfr. peraltro fondamentali differenze, *oltre* n. 161), il concetto su cui si basa la nullità delle sentenze date *contra ius constitutionis* è molto semplice, e molto vicino alle idee moderne: siccome la giurisdizione è applicazione di legge esistente al caso pratico, e la forza obbligatoria che è inerente alla sentenza del giudice le deriva soltanto dalla legge, di cui essa è concreta specializzazione, la decisione data in aperto contrasto colla legge perde il presupposto fondamentale della sua obbligatorietà e non può più, di conseguenza, aver la forza di formare la cosa giudicata: l'obbligatorietà del giudicato è l'effetto della legge dichiarata dal giudice; venendo a mancare la causa, deve necessariamente venir meno anche l'effetto. Con altre parole, si può dire che mentre l'ordinamento pubblico riconosce effetti obbligatorî alla pronuncia del giudice quando esso esercita il potere conferitogli di risolvere le controversie secondo la legge, tali effetti

(60) Vassalli, pag. 10, nota 1.

(61) *Error in iud.*, pag. 80.

non riconosce più quando il giudice decide contro la legge, eccedendo il potere entro il quale soltanto il suo responso può dirsi sentenza.

Senonchè, mentre è assai chiaro questo principio nella sua generale enunciazione, è più difficile spiegare nei singoli casi pratici portati dalle Fonti la ragione per cui vengono considerate come date *contra ius litigatoris* sentenze che contengono veri e proprî errori di diritto, e si ravvisa l'errore *contra ius constitutionis* solo in quei casi in cui la legge è violata *specialiter, expressim.* Per dare tale spiegazione gli autori portano una quantità di argomenti: il Gönner (62) ritiene che l'unico criterio di questa distinzione sia da ricercarsi nel grado di evidenza dell'errore, e giudica il criterio stesso artificioso e superficiale, in quanto non tien conto della obiettiva esistenza dell'errore contro la legge, ma si preoccupa solo della maggiore o minor facilità con cui l'errore può essere scoperto da chi legga la sentenza; il Klupfel (63), pur ritenendo che il criterio adottato del diritto romano sia appunto quello espresso dal Gönner, lo trova giustificabile in quanto l'ordinamento romano mirava a reprimere lo scandalo che si sarebbe prodotto, ove il giudice, sacerdote del diritto, si fosse reso colpevole di una pubblica negazione della formula della legge, mentre tale scandalo non si sarebbe verificato quando il giudice avesse violato la legge nella sostanza salvandone però la lettera; secondo il Linde (64) incombe al giudice l'obbligo di conoscere la legge e, quindi, per trasgressione di tale obbligo è nulla la sentenza in cui il giudice nega in astratto di riconoscere per legge quella ch'è legge, mentre quando il giudice erra nell'interpretare una legge o nell'applicarla al caso, non viola il suo obbligo di *conoscenza del diritto,* ma dimostra solo mancanza di *cultura giuridica* e quindi la sua sentenza è valida; il Franke, finalmente (65), respinge il criterio della maggiore o minore evidenza dell'errore, e ritiene che si abbia sentenza *contra ius constitutionis* e conseguente nullità tutte le volte che il giudice, espressamente o implicitamente, disconosce la legge nella sua significazione generale ed astratta: infatti, mentre la conoscenza di quello che oggi è legge deve necessariamente essere una per tutti, in modo che se il giudice disconosce la legge erra contro una nozione da tutti acquisita e indispensabile a chi, come il giudice, appare agli occhi del popolo quale il diritto personificato, la interpretazione delle singole norme nella loro applicazione ai fatti è rilasciata all'acutezza

---

(62) *Handbuch,* III. Bd., cap. XLII, n. XXIX, pag. 388.

(63) *Abhandlung über heilbare und unheilbare Nullitäten.*

(64) *Handbuch,* II, pag. 430-431.

(65) *Beitrag,* pag. 397-400.

mentale del singolo e può condurre a risultati diversi senza che si possa con certezza affermare quale di questi risultati è il migliore: talchè, mentre, ove il giudice si rifiuti di obbedire alla legge astrattamente considerata, non può cadere dubbio sul suo errore, l'errore di interpretazione o di sussunzione può essere giudicato solo con criteri subiettivi e quindi variabili, onde è giusto che esso non abbia conseguenze così gravi come quelle del primo.

A una spiegazione assai più semplice sembrami che possa condurre il concetto di eccesso di potere, che ho già sopra accennato. Anche l'ALMENDIGEN, ritenendo che i passi controversi si riferiscano sempre a sentenza data da un *iudex* del sistema formulare, il che non è (oltre, n. 25), dice che in questi casi si ha nullità del giudicato, perchè il *iudex*, incaricato di decidere la questione concreta di fatto, eccede il suo incarico se si mette a decidere questioni astratte di diritto: talchè la nullità deriva qui non dall'errore di diritto, ma dall'essersi ecceduti i limiti della formula (66). Ma questa opinione, pur partendo dal concetto dell'eccesso di potere, è evidentemente errata nell'applicazione ristretta che fa del concetto stesso al processo formulare. Si deve dire piuttosto che essendo considerata la giurisdizione, anche nel diritto romano (retro, nn. 14 e 20), come un'applicazione di norme preesistenti al caso concreto, il potere del giudice non poteva andare al di là di queste norme, e quindi, se egli sceglieva la premessa maggiore del suo sillogismo fuori dal campo di queste norme o contro di esse, commetteva un eccesso di potere e il suo giudicato perdeva per questo ogni vigore obbligatorio. Ma, entro il campo delle norme costituenti il diritto obiettivo, il giudice aveva necessariamente la facoltà di scegliere tra le diverse norme quella che si adatta al caso, di interpretare, paragonando la norma scelta col caso controverso, il significato di essa in concreto, e di apprezzare la rilevanza giuridica dei fatti semplici accertati in giudizio: ora, se il giudice commetteva un errore nel servirsi di questa facoltà entro il campo della legge, non per questo egli cadeva in un eccesso di potere, poichè si serviva, sia pure in modo erroneo, del potere che gli competeva. Così, mentre la sentenza data fuor dei limiti del potere giurisdizionale era nulla, quella derivante da un erroneo esercizio del potere giurisdizionale stesso era valida: in questo caso la sentenza, per quanto ingiusta, era data da chi

---

(66) *Metaphysik des Civilpr.*, I, pag. 281, nota; espressamente aggiunge l'A. che questo motivo di nullità non può dunque esservi in un sistema processuale che non abbia negli organi giurisdizionali una repartizione simile a quella del processo romano. Nel senso da me sostenuto cfr. GESTERDING, *Ausbeute*, pag. 152.

agiva, bene o male, in qualità di giudice; in quello, invece, la sentenza derivava da chi non agiva più in qualità di giudice, onde essa veniva a perdere necessariamente ogni efficienza giuridica.

In base a questo criterio, che non troverebbe, si noti, nessuna applicazione nel diritto moderno, credo che si possa con sufficiente chiarezza interpretare la distinzione romana tra sentenze *contra ius constitutionis* e sentenze *contra ius litigatoris*. Dal punto di vista pratico, poi, la preoccupazione che si rileva costante nei testi sopra ricordati di conservare la validità a tutte quelle sentenze in cui l'errore *contra ius constitutionis* non si dimostri aperto e indiscutibile, deriva dal fatto che questa estensione del concetto di nullità del giudicato dal campo degli *errores in procedendo* a quello degli *errores in iudicando* era pur sempre, quantunque giustificata da un motivo di ordine politico, uno strappo a quel principio fondamentale secondo il quale la validità della *res iudicata* non dipende dalla giustizia della sentenza. Originariamente, mentre la nullità poteva prodursi soltanto per vizi esteriori di attività, nessun modo si aveva per sindacare quel procedimento logico che si svolge nel pensiero del giudice ed ha per resultato la sentenza: quando, per la necessità politica di evitare la validità di sentenze contrarie alla legge, si dovè tener conto anche dei vizi che si erano prodotti durante questa operazione interna svoltasi nell'intelletto del giudice, si cercò di limitare questa indagine ai vizi più evidenti e più indubitabili, lasciando sussistere la validità del giudicato in tutti quei casi nei quali la difficoltà di ricostruire la genesi logica della decisione rendeva incerta la determinazione dell'errore.

24. — Di fronte all'innegabile ragione politica che giustifica nel processo romano la nullità delle sentenze *contra ius constitutionis*, si deve assolutamente respingere l'insegnamento dato dall'ENDEMANN (67), secondo il quale la cosa giudicata si formava nel diritto romano soltanto sulla questione di fatto (68). Tale affermazione dell'ENDEMANN deriva dalla concezione fondamentale ch'egli ha della cosa giudicata, ch'ei fa risalire non al potere pubblico del giudice, ma alla volontà contrattuale delle parti (69): considerando la forza del giudicato come una conseguenza dell'accordo dei privati, egli è costretto a concludere

---

(67) *Rechtskraft*, § 15.

(68) *Ibidem*, pag. 152, 153, 154.

(69) *Ibidem*, pag. 22: « ... anche il giudicato appare come opera della volontà contrattuale delle parti (*Werk des Vertragswillens*) »; cfr. anche *Civilprocessrecht*, § 145, pag. 546-547.

che non può aver forza obbligatoria la sentenza *contra ius*, poichè " il quasi contratto giudiziale quando è *iniustus, contra legem*, non ha esistenza giuridica come non l'ha qualsiasi altro contratto » (70); l'appello, di conseguenza, serve solo ad evitare il formarsi della incontrovertibilità sul punto di fatto, ma l'omissione dell'appello non preclude mai la discussione sul punto di diritto, poichè la volontà privata delle parti non può trasformare l'*iniustum* in *ius* (71).

La inaccettabilità di questa teoria appare evidente per la semplice ragione ch'essa è contraddetta dalle Fonti da me citate nelle pagine precedenti, dalle quali si desume in modo assai chiaro che non tutti gli errori di diritto producono nullità del giudicato. Lo sbaglio dell'ENDEMANN deriva dall'applicare il criterio contrattuale non ai soli *errores in procedendo*, di fronte ai quali esso è appropriato, ma anche agli *errores in iudicando*, i cui effetti devono essere apprezzati solo in base a considerazioni di ordine pubblico che non trovano nessuna analogia nel diritto privato. In base a tali considerazioni, come si è visto, il diritto romano stabiliva invece la massima che la ingiustizia del giudicato non nuoce alla sua validità: e quando faceva un'eccezione a questo principio per la sentenza *contra ius constitutionis*, tale eccezione era giustificata non mai da ragioni contrattuali, ma da ragioni esclusivamente politiche.

25. — Ho cercato così di dare una giustificazione teorica di questa nullità per errore *contra ius constitutionis*, la quale in ultima analisi, ove si accolga il criterio di *eccesso di potere* da me proposto, può farsi rientrare in quel gruppo di nullità già esaminate (retro, n. 7), che si producevano quando il giudice nel decidere eccedeva il suo potere di decisione: com'era nulla la sentenza che decidesse fuori dei limiti della formula, o quella con cui il giudice pronunciasse *supra iurisdictionem*, allo stesso modo può dirsi nulla la sentenza data *contra ius constitutionis*.

Ma, accanto alla giustificazione teorica, si può chiedere se questa estensione del concetto di nullità alla sentenza ingiusta, che in fondo contraddiceva al concetto stesso di nullità, abbia avuto nel diritto romano una giustificazione pratica; se cioè qualche motivo di impellenza positiva possa spiegare questa deviazione dal concetto originario e corretto di nullità del giudicato.

L'ipotesi di una sentenza data contro la legge acquista importanza pratica soltanto nell'età imperiale e quasi esclusivamente per la procedura della *extraordinaria cognitio*. Si è visto (retro, n. 7) che

(70) *Ib.* 152 e *Civilprocessrecht*, § 227.
(71) *Ib.* 153.

tra i motivi di inesistenza del giudicato che il VOIGT enumera per il periodo delle *legis actiones* non è considerato quello dell'errore contro la legge; nè può avere importanza per il mio tema quel caso di sentenza invalida per errore di diritto che lo SCHULTZE, in base a una concezione tutta sua personale della *legis actio sacramento,* scorge nella soccombenza che derivava da qualunque errore verbale nel l'*actio* (72). Anche per il periodo formulare il verificarsi di una sentenza viziata da una aperta violazione della legge, quantunque possibile, non pare molto probabile: non intendo riferirmi qui a violazioni di legge che potessero prodursi nella formula, poichè, a prescindere dal fatto che in certi casi il Pretore aveva facoltà di rilasciare formule *iuris civilis corrigendi gratia* e che, almeno prima della Legge Cornelia, non era neppure tenuto a osservare nell'esercizio della sua *iurisdictio* le regole da lui poste nell'Editto (73), l'errore di diritto che fosse intervenuto nella redazione della formula non dava luogo certamente a nullità della sentenza, ma, se mai, ad una *intercessio* contro l'atto del Pretore prima che seguisse il *iudicium* (74). Ma in quanto alla sentenza dell'*unus iudex*, certo è che l'obbligo di decidere entro i limiti tracciati dalla formula, e, nelle formule *in factum,* secondo il principio di diritto da essa affermato, limitava assai la possibilità di decisioni date contro la legge (75), le quali, se mai si fossero prodotte, sarebbero state nulle non tanto per l'errore di diritto quanto per l'eccesso dai limiti della formula: la possibilità di sentenze *contra legem* restava peraltro aperta nei casi di *formulae in ius conceptae,* in cui, come sopra si è visto, al giudice privato spettava di scegliere, tra le norme del *ius civile,* quella che facesse al caso.

Il periodo nel quale la possibilità di sentenze date contro il diritto obiettivo comincia a costituire un pericolo concreto e pratico, è,

---

(72) SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess,* pag. 496 e segg. Secondo questo Autore nel periodo delle *legis actiones* la legge è già di per sè sentenza; onde la parte non deve far altro che ripetere *in iure* le parole della legge, che, se il convenuto non contraddice, sono senz'altro il giudicato. Perchè si verifichi tale effetto occorre però che la parte ripeta fedelmente le espressioni della legge. Altrimenti « poichè la parte ha posto nella sua sentenza una premessa maggiore che non è una premessa maggiore della *lex,* essa ha posto in luogo della premessa maggiore della *lex* una premessa maggiore da essa arbitrariamente costruita, essa ha così pronunciato come sentenza della *lex* una sua propria arbitraria sentenza. Il suo *sacramentum* è così *iniustum,* non perchè contiene un errore di forma, ma perchè è un *sacramentum contra ius clarum in thesi* » (pag. 498).

(73) Cfr. SCHULTZE, §§ 30 e 31.

(74) SCHULTZE, pag. 364; LEFÈVRE, *Tribuns de la plèbe,* pag. 134 e segg.

(75) Cfr. l'osservazione di HEFFTER, *Institutionen,* pag. 254, nota 61.

invece, il periodo imperiale, quando il sistema formulare perde il suo significato originario fino alla definitiva prevalenza del sistema delle *cognitiones*: in questo periodo, infatti, il giudice non vede più la controversia attraverso la formula, ma, messo fin dall'inizio nella diretta cognizione della controversia, si trova a faccia a faccia colla legge da applicare, l'osservanza o la trasgressione della quale dipende ormai da lui solo. Tutti i testi, invero, che si riferiscono al caso di sentenza viziata da errore di diritto appartengono al periodo della *extraordinaria cognitio*: una *cognitio extra ordinem* è certo quella della l. 27 D. *de re iud.*, XLII, 1, in cui la condanna è pronunciata direttamente dal *Praeses provinciae*; lo stesso si può dire per la l. 2 C. VII, 64, in cui il *iudex datus a praeside provinciae*, non è certo, dato anche che la causa si svolge in una provincia, l'*unus iudex* del periodo formulare, ma il giudice delegato dal magistrato per la *cognitio* di una causa che egli non ha tempo di decidere (76). Al periodo della *cognitio* richiama certo anche la l. 32 D. *de re iud.*, XLII, 1, in cui il fatto che al *iudex* vengono mostrate le *constitutiones* imperiali dimostra che egli è investito della causa fin dall'inizio: ed anche le due leggi 19 D., *de app.*, XLIX, 1 e 2 D. *quae sent.*, XLIX, 8, in cui si parla di *appellatio*, non hanno certo di mira il sistema formulare originario (77).

Se dunque la possibilità di sentenze date contro la legge comincia a presentare un pericolo pratico solo nel periodo delle *cognitiones*, e se, d'altra parte, a questo periodo si debbon riportare tutti i testi, relativi alla nullità di una sentenza *contra ius constitutionis*, si potrà trovare una giustificazione pratica di tale nullità in qualche speciale condizione politica in cui, appunto in questo periodo, si trovasse l'impero romano?

26. — A questa domanda risponde il KOHLER, il quale, nel suo *Prozess und Nichtprozess*, scritto, come tutti gli altri suoi, pieno di feconde idee, afferma che la estensione del concetto di nullità alle sentenze *contra ius constitutionis* fu una misura politica suggerita agli imperatori dalla necessità di far prevalere la loro legislazione centrale sui diritti locali che tentavano di affermarsi nelle parti più remote dello sconfinato impero romano (78). Il KOLLER a sussidio di questa

---

(76) Su questo significato della espressione *iudex datus*, MOMMSEN, *Droit public*, V, pag. 271 e *Droit penal romain*, I, pag. 290, nota 8; cfr. PERROT, *Appel*, pag. 35 e 36.

(77) Della l. 2, D. XLIX, 8, dice il VASSALLI, *Jus-factum*, pag. 11, nota 1, che il vocabolo *iudex* « o non è classico, o si riferisce, com'è anche probabile, allo *iudex datus* della procedura straordinaria ».

(78) Scritto citato, pag. 121.

affermazione non porta alcuna prova positiva; ma certo essa, anche se deve valere come una semplice ipotesi, presenta una grande apparenza di verosimiglianza.

È noto che la più recente scienza romanistica, dietro l'esempio del MITTEIS (79), volto a dimostrare come, entro i così ampi confini dell'impero romano, il diritto imperiale dovè lottare contro una quantità di concezioni giuridiche proprie dei popoli assoggettati, si è in questi ultimi tempi dedicata di preferenza a studiare questo contrasto che si svolse a lungo nelle provincie, tra il diritto centrale, emanante dalle *constitutiones* degli imperatori, e i diritti locali. Anche a prescindere dai preziosi sussidi che, a mettere in luce questo conflitto, ha dati e dà ogni giorno la papirologia, è facile, nelle stesse raccolte giustinianee, trovare le traccie della opposizione latente che nei territori più eccentrici dell'Impero incontravano le *constitutiones* dei Cesari: quella frequenza colla quale i giudici si rivolgono per *consultatio* all'Imperatore, chiedendogli la risoluzione di questioni che non avrebbero offerto alcuna difficoltà ove i giudici non fossero stati annebbiati da concezioni giuridiche locali; quel continuo intervento nelle private controversie del *rescriptum imperiale* che condanna come contraria alla legge qualche pratica consuetudinaria sorta sotto influssi popolari; il negare in genere ogni valore alla consuetudine che sia contraria alla ragione o alla legge (*aut rationem vincat aut legem*) (80); la stessa violenza con cui Giustiniano vieta la interpretazione delle sue leggi (81) o infama quei maestri greci che insegnavano ai discepoli *doctrinam adulterinam* (82): questi e molti altri indizi che un'indagine più approfondita rileverebbe dimostrano che l'osservanza delle norme imperiali non si impose *de plano* in tutte le parti dell'Impero, e che la unità del diritto romano in tutto il territorio esistè più nell'apparenza che nella sostanza.

Ma, dal riconoscere che in realtà, come ogni giorno più la scienza romanistica va rivelando, l'unità del diritto fu minacciata nell'Impero romano dalle ribellioni dei diritti locali, non deriva come conseguenza necessaria la fondatezza della ipotesi del KOHLER: col dimostrare l'esistenza della lotta tra il diritto imperiale e i diritti locali non si è dimostrato che proprio per riuscir vincitori in questa lotta gli imperatori si siano serviti, insieme con altre armi, anche di quest'arma

---

(79) *Reichtsrecht und Volksrecht.* Si cfr. la letteratura nella prolusione del BERGER, *L'indirizzo odierno degli studî di diritto romano* (in « Riv. critica di Scienze Sociali », Firenze, 1915), pag. 31 e segg. dell'Estratto.

(80) L. 2, C. *quae sit longa consuetudo,* VII, 52.

(81) Cfr. oltre, n. 36, nota 12.

(82) Cost. *Omnem,* n. 7. Cfr. MITTEIS, *Introduzione, passim,* e pag. 203.

della sanzione di nullità contro le sentenze pronunciate secondo il diritto locale e *contra sacras constitutiones*. Perchè si potesse con sicurezza affermare che l'estensione del concetto di nullità alle sentenze date *contra ius constitutionis* fu una mossa politica volta a reprimere le divergenti concezioni giuridiche delle diverse razze riunite nel grande impero, bisognerebbe dimostrare anzitutto che questa sanzione di nullità — di cui sì scarse applicazioni si hanno, come si è visto, nelle Fonti, e che poteva, del resto, essere facilmente elusa, in un sistema processuale, come quello romano, in cui la motivazione delle sentenza non era obbligatoria (83) — abbia avuto una efficacia pratica pari o non molto inferiore a quella esercitata dagli altri mezzi di cui gli imperatori si servirono in questa lotta, quali l'*appellatio* o il processo per *rescriptum;* e bisognerebbe sopra tutto dimostrare che in quei due esempi coevi (84) di sentenza *contra ius constitutionis* in cui le Fonti ci riferiscono anche la norma di diritto sostanziale violata (relativa alla *excusatio* dall'ufficio di tutore nella l. 1, D. XLIX, 8, e alla età richiesta per far testamento nella l. 2, C. VII, 64), si trattasse proprio di norme relative a materie in cui il diritto locale potesse avere una concezione divergente da quella della *constitutio* imperiale (85). Solo quando si potesse provare che in questi due casi la nullità della sentenza rappresenta per l'appunto una misura volta a difender la norma imperiale da deviazioni di sorgente popolare, si potrebbe accogliere l'ipotesi del KOHLER come una sicura tesi.

27. — Ma, anche restando ipotesi, l'idea del KOHLER è, per il mio tema, attraente e suggestiva, perchè, se essa corrispondesse alla realtà, costituirebbe nel diritto romano un singolare riscontro con quel movimento politico da cui nacque in Francia la giurisdizione del *Conseil des Parties,* precursore della Corte di cassazione. Anche in Francia, come vedremo a suo tempo, il potere regio si arrogò il diritto di annullare le decisioni giudiziarie che contenessero violazioni delle *ordonnances*: e questo diritto si arrogò per servirsene di arma nella

---

(83) WETZELL, *System,* § 46, nota 10; BARDELEBEN, *De sent. nullitate,* pag. 38. Per dare esempi di sentenze nulle per errore *contra ius constitutionis* le Fonti sono infatti costrette a supporre sentenze motivate. Cfr. *Error in iudicando,* n. 43 e note.

(84) VASSALLI, scritto cit., pag. 11.

(85) Mentre l'influsso del diritto locale può forse escludersi nell'errore riferito dalla l. 2, C, VII, 64, tale influsso è a prima vista molto probabile nell'errore riferito dalla l. 1, D. XLIX, 8, poichè la materia delle *excusationes* nella tutela e cura dei minori fu nel diritto romano soggetta ad alterazioni di natura locale. Cfr. ALBERTARIO, *Lo sviluppo delle « excusationes » nella tutela e cura dei minori,* 1912.

lotta tra Re e Parlamenti, tra potere centrale e giurisdizioni locali: il conflitto, in Francia, aveva origini e natura assolutamente diverse da quelle del conflitto che si svolse nell'Impero romano; ma l'una lotta e l'altra si svolsero ugualmente tra il potere accentratore del sovrano, che voleva imporre a tutte le parti del suo dominio un'unica legge, e i poteri locali che, nelle decisioni giudiziarie, tentavano di eludere il comando della legge centrale. Tanto in Roma quanto in Francia il sovrano combatteva per il consolidamento del suo potere, ma anche (sia pure indirettamente: oltre, n. 113) per il trionfo dell'unità del diritto: così in Roma come in Francia la misura che il potere centrale scelse per raggiungere il suo scopo fu quella della soppressione del giudicato che si ribellava al comando del sovrano e insieme veniva a mettere in pericolo l'unità del diritto.

Senonchè una profonda differenza si ebbe nello svolgimento processuale che in Roma e in Francia produsse un fenomeno quasi identico dal punto di vista politico: tale differenza derivò dal concetto profondamente diverso che avevano della nullità della sentenza il diritto romano e il diritto francese. Mentre il diritto romano, come si è visto, concepiva la nullità della sentenza quale una inesistenza giuridica, il diritto francese sostituì, alla nozione di inesistenza *ipso iure*, quella di annullabilità dietro impugnativa (oltre, n. 98); talchè il potere regio, nel costruirsi un'arma per distruggere le sentenze dei Parlamenti ribelli, tenne presente il concetto di annullabilità sorto nel processo ordinario (cfr. però, per la differenza tra annullabilità e cassabilità: oltre, n. 120) e creò così per necessità un mezzo di ricorso al re per ottenere l'annullamento di queste sentenze. Gli imperatori, invece, che nel processo romano trovavano il concetto di inesistenza giuridica del giudicato, adoprarono al loro scopo politico questo istituto e stabilirono che la sentenza pronunciata contro le loro costituzioni fosse *ipso iure* inesistente, senza bisogno di alcun ricorso contro di essa.

Questo parallelo tra due momenti analoghi, nel quale, supponendo per un istante che la ipotesi del KOHLER sia fondata, ho dovuto anticipare sul diritto francese idee che meglio svilupperò al luogo opportuno, mostra che il germe politico, da cui doveva nascere nel diritto francese la Cassazione, già si trovava nel diritto romano, il quale in un periodo di lotta tra il potere centrale e le ribellioni locali, avrebbe forse dato origine ad un istituto simile al ricorso per cassazione del diritto francese regio, se il concetto romano di inesistenza giuridica della sentenza non avesse escluso *a priori* la necessità di un reclamo volto a farla annullare.

Capitolo III

ORIGINE DALL'ORDINAMENTO IMPERIALE DEL CONCETTO DI MEZZO DI GRAVAME

Sommario: 28. Origine pubblicistica del concetto di appellabilità. — 29. *Intercessio tribunicia*. — 30. Nascita dell'*appellatio* nel diritto imperiale. — 31. Sua natura processuale. — 32. Sentenza appellabile: variazione nel concetto di cosa giudicata. — 33. Sentenza appellabile e sentenza nulla. — 34. Influsso dell'appello sulla nullità: *a*) trasformazione di alcune nullità in appellabilità; *b*) nullità fatta valere per via d'appello.

28. — Nei due Capitoli precedenti ho esaminato, nelle diverse applicazioni che le Fonti romane ci offrono, due nozioni elementari contrapposte: quella di sentenza valida, e, di fronte ad essa, quella di sentenza giuridicamente inesistente. Potè accadere che uno stato di fatto, che avesse esteriormente le apparenze di una sentenza, non potesse cominciare ad avere esistenza giuridica come tale, o perchè, di regola, determinati vizi di attività si erano prodotti nel processo di cui esso era la conclusione, o perchè il giudicato non aveva idoneità alcuna a porre la certezza di diritto sul punto controverso, o eccezionalmente, perchè il giudizio di colui che aveva deciso era viziato da un errore di speciale gravità contro la legge. Ma se una di queste circostanze impeditive non si produceva, la sentenza acquistava al momento della pronuncia tutta intera la sua validità; nè, tra la sentenza valida e quella giuridicamente nulla, si aveva un concetto intermedio di una sentenza che non fosse interamente valida nè interamente nulla, di una sentenza la cui validità nascesse non perfetta, ma pendente, sì da aver bisogno di qualche ulteriore elemento per potersi perfezionare.

Tale concetto intermedio nacque nel diritto romano sotto l'influsso dell'ordinamento pubblico dell'Impero. Si è visto che la nozione di nullità del giudicato non fu, originariamente, altro che una applicazione al processo di un istituto di diritto privato (retro, n. 4), per il quale si negava ogni esistenza giuridica al negozio sprovvisto di determinati presupposti: ma il nuovo concetto intermedio che, in relazione alla sentenza, si interpose tra i due originarî termini estremi di

validità e di inesistenza, non fu in alcun modo una propaggine del diritto privato nel processo, ma fu una concezione esclusivamente di diritto pubblico, la quale, estranea al diritto privato, traeva le sue origini da quel rapporto di subordinazione gerarchica verso cui a poco a poco si orientò, cessata la repubblica, tutta quanta la amministrazione imperiale.

Prima di accennare ai caratteri più notevoli di questa trasformazione, sarà opportuno però accennare come l'ordinamento pubblico potè indirettamente avere qualche effetto sulla validità del giudicato anche durante il periodo repubblicano.

29. — Se, nel periodo repubblicano, la *sententia* del *privatus iudex* non poteva essere tolta di mezzo in nessun modo (salvi i casi di *restitutio*) per via di reclamo al superiore, in questo periodo però potevano i *decreta* dei magistrati trovare un ostacolo nella *intercessio* della *par maiorve potestas*, cioè nel diritto che aveva il magistrato uguale o superiore di paralizzare gli effetti di un atto compiuto dal magistrato uguale o inferiore: e siccome nello svolgimento del processo civile aveva gran parte anche l'attività del *Praetor*, che col suo *decretum* nominava il giudice o concedeva l'*actio iudicati* in base alla sentenza del giudice, così l'*intercessio* che non poteva esercitarsi direttamente contro la sentenza del giudice, indipendente dalla gerarchia delle magistrature pubbliche, poteva indirettamente far sentire anche nel processo dell'*ordo* la sua efficacia, ostacolando l'atto con cui il magistrato rilasciava la *formula* o quello con cui permetteva l'esecuzione della sentenza (1). Il diritto di *intercessio*, che spettava in generale a tutti i magistrati ed in qualunque campo, assunse una speciale importanza nei tribuni della plebe; e anche nel processo civile del sistema formulare la *intercessio tribunicia* trovò larga applicazione (2) e continuò a lungo anche sotto il principato (3).

Senza fermarmi a studiare a fondo la natura di questo istituto, debbo unicamente notare alcuni suoi caratteri, per mostrare come esso, quantunque nel processo civile potesse esser messo in moto soltanto da un'*appellatio* della parte gravata (4), nulla avesse di comune colla

---

(1) Buonamici, *Procedura civile*, pag. 363; Scialoia, *Procedura*, pag. 390; Bertolini, *Processo civile*, II, p. 249; Savigny, *Sistema*, VI, App. XV[a], n. 4, pag. 527; Mommsen, *Droit public*, I, pag. 300 e segg. e *Disegno del dir. pubblico romano*, cap. VI, pag. 151; Keller, *Röm. Civilpr.*, § 82, pag. 386; e, più recente di tutti, Lefèvre, *Tribuns de la plèbe*, con speciale riguardo alla procedura civile.

(2) Lefèvre, pag. 57.

(3) Cfr. Lefèvre, pag. 151 e segg.

(4) Mommsen, *Droit public*, I, 313; Lefèvre, pag. 118 e segg. *Contro*: Merkel, *Appellation*, pag. 109, § 10, n. 1.

posteriore *appellatio* del diritto imperiale (5). Anzitutto, come ho già detto, l'*intercessio tribunicia* non aveva alcuna efficacia contro la sentenza del *iudex privatus* (6), contro il quale non era concepibile l'ostacolo di una *potestas* pari o maggiore. In secondo luogo, poi, l'*intercessio* anche su quegli atti contro i quali era permessa, cioè sui *decreta* dei magistrati, non esercitava un effetto riformatorio, positivo, ma solo un effetto puramente negativo, per cui l'atto perdeva ogni vigore, senza peraltro essere sostituito da un provvedimento diverso: ciò non esclude però che per mezzo di questo effetto puramente negativo (rescissorio o proibitivo che esso fosse) (7) i tribuni non riuscissero talvolta, coll'ostacolo che essi ponevano alla esecuzione dell'atto, a provocare da parte del magistrato competente un provvedimento positivo diverso da quello soppresso (8). Un'ultima essenziale differenza che il MOMMSEN (9) trova tra l'appello del diritto imperiale e la *intercessio* del periodo repubblicano è che questa poteva avvenire soltanto per reprimere un atto che violasse la legge: non mai, quindi, per ingiustizia di un provvedimento derivata da erroneo apprezzamento della questione di fatto; la *intercessio* avrebbe avuto dunque lo scopo di mantenere nell'attività dei magistrati giusdicenti la osservanza della legge, ossia, per usare l'espressione del MOMMSEN, avrebbe avuto una funzione di nomofilachia (10). Per verità non mi sembra che questo carattere appaia in modo evidente dai casi che le Fonti romane conservano di intercessioni tribunizie contro atti giurisdizionali (11), i quali si riferiscono o alla costituzione del processo (12) o alla redazione della formula (13), senza che mai l'*intercessio* si giustifichi

---

(5) V. un parallelo in LEFÈVRE, pag. 201 e segg.

(6) Opinione prevalente: MOMMSEN, *Droit public*, I, 309; LEFÈVRE, *Tribuns de la plèbe*, pag. 132 e segg., sulla *Exclusion des sentences des jurés du domaine de l'intercession*, ed ivi letteratura.

(7) V. MOMMSEN, I, 328 e segg.

(8) LEFÈVRE, pag. 96; il MERKEL, invece, *Appellation*, pag. 17, ritiene che i tribuni avessero in certi casi il potere di costringere il magistrato a porre, al luogo del provvedimento soppresso, un nuovo provvedimento positivo. Cfr. anche KIPP, *Appellatio*, 1) A II.

(9) *Droit public*, I, 312. Cfr. anche *Disegno del diritto pubblico*, pag. 151; LEFÈVRE, op. cit., pag. 205; BUONAMICI, *Procedura*, pag. 363; FOURNIER, *Essai*, pag. 47.

(10) Cfr. nota precedente.

(11) Enumerati da KIPP, *Appellatio*, cit., 1) A; CUQ, *Intercessio*, III; SCHOTT, *Gewähren*, pag. 132, note 15-17; e analizzati i casi da LEFÈVRE, pag. 60 e segg. per l'età repubblicana e pag. 157 e segg. per l'età imperiale. Cfr. anche BERTOLINI, II, 240.

(12) LEFÈVRE, pag. 61-89.

(13) *Ib.*, pag. 89 e segg.

perchè fosse stata violata nel giudizio qualche legge di diritto sostanziale da applicarsi al rapporto controverso. In massima la facoltà di intercedere non era del resto limitata alla repressione di determinati vizî (14); e se, in pratica, l'*intercessio* era l'unica garanzia (15) per costringere il Pretore a osservare il suo Editto, si potevano avere intercessioni anche contro gli atti che fossero perfettamente conformi all'Editto stesso. Le proibizioni, frequenti nei testi di antiche leggi romane, di intercessioni contro atti compiuti in osservanza delle leggi medesime (16), mostra d'altra parte come originariamente il potere di intercedere fosse illimitato ed arbitrario, e potesse in pratica, invece di contribuire al mantenimento delle leggi, opporsi alla loro osservanza.

A me basta, del resto, notare qui come l'*appellatio* alla *par maiorve potestas* e la conseguente *intercessio* contro gli atti del magistrato giusdicente fossero lontane da quel concetto di mezzo di gravame che doveva poi nascere nel periodo imperiale. Da tali istituti repubblicani, infatti, non derivò mai che la *sententia iudicis* nascesse in uno stato di imperfezione e di pendenza, per perfezionarsi solamente quando il pericolo di una *intercessio* fosse allontanato: la *res iudicata,* se il giudizio era valido, non poteva mai esser portata in discussione per via di *appellatio* ai tribuni, nè l'intervento del magistrato superiore poteva dare origine a una reiterazione del giudizio compiuto; e se il giudicato non poteva essere eseguito, restava intatto come accertamento definitivo e irriformabile della controversia dedotta in giudizio.

30. — Il vero e proprio appello riformatorio, simile all'incirca a quello che abbiamo oggi, è un prodotto del diritto imperiale (17) ed una conseguenza di quella radicale trasformazione che si compiè, durante i primi secoli dell'Impero, in tutti quanti gli ordinamenti pubblici e specialmente nell'ordinamento giudiziario (18): alle antiche magistrature repubblicane, si sostituì a poco a poco una complessa gerarchia di funzionarî imperiali, subordinati tra loro in una scala di

---

(14) Cfr. LEFÈVRE, *Tribuns de la plèbe,* pag. 134 e segg.; GIUSSANI, *Precursori,* pag. 11.

(15) In Roma, se non nelle provincie: cfr. WLASSAK, *Prozessgesetze,* I, pag. 117-118.

(16) LEFÈVRE, pag. 140-147.

(17) Cfr. WLASSAK, *Prozessges.,* I, 219.

(18) V. la sintesi di questa trasformazione in SCHMIDT, *Lehrbuch,* cit., pag. 48; cfr. anche BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.,* II, § 62; e, più ampiamente, SCHMIDT, *Allg. Staatslehre,* II. Bd., I, T., § 57, pag. 258 e segg.; PACCHIONI, *Corso*[2], pag. 331.

gradi sempre più ristretti, per culminare nell'Imperatore, che radunava in sè la somma di tutti i poteri; e, per mezzo dello sviluppo sempre più ampio delle *cognitiones extra ordinem*, la decisione normale delle controversie civili non fu più un'attribuzione di classe del popolo sovrano impersonato nell'*unus iudex*, ma diventò un ufficio di tutti i funzionarî dipendenti dall'imperatore. Avendo presente il rapporto di subordinazione gerarchica che regolava questo grande organismo burocratico, e la identità qualitativa delle funzioni attribuite a tutti i suoi componenti, si spiega chiaramente l'idea dell'appello: poichè la giurisdizione appariva non più come la espressione di un potere riservato a una determinata classe di cittadini, ma come una funzione attribuita ugualmente a tutti gli ufficiali dell'imperatore, parve naturale che contro l'atto compiuto da un funzionario inferiore si potesse ricorrere al funzionario superiore, i cui poteri gerarchicamente erano più estesi; e, sopratutto, parve naturale che il funzionario superiore non dovesse limitarsi a toglier di mezzo l'atto dell'inferiore, ma potesse sostituirlo con un altro atto positivo, dal momento che i poteri del superiore non differivano per qualità da quelli dell'inferiore, e che, per conseguenza, gli atti che questi aveva potuto compiere, a maggior ragione potevano esser compiuti da quello (19).

A questa concezione complessa di un appello dall'inferiore al superiore attraverso a tutti i gradi della gerarchia (istanze) fino ad arrivare all'Imperatore, si giunse soltanto quando l'appello raggiunse il suo pieno sviluppo: originariamente, infatti, l'appello fu un ricorso volto direttamente all'Imperatore affinchè ponesse una nuova decisione al posto di quella resa da un suo funzionario; in seguito poi, per evitare il soverchio affollamento di appelli sottoposti alla cognizione imperiale, furono delegati speciali funzionarî per la decisione di essi e si formò a poco a poco una vera scala di istanze regolari (20).

Il momento preciso in cui, alla nozione di *intercessio* negativa, basata sul concetto della collegialità repubblicana (21), si sostituisce il concetto di appello riformatorio, basato sul concetto della subordi-

---

(19) L'appello non fu un'istituzione puramente giurisdizionale, ma, nelle origini sue, ebbe sviluppo anche nel campo amministrativo, ove ebbe l'ufficio del moderno ricorso gerarchico. Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, II, § 116; e FOURNIER, *Essai*, che ricollega le origini dell'appello al formarsi di uno stabile ordinamento amministrativo.

(20) Cfr. l. 21, pr. e § 1, D. *de app.*, XLIX, 1; PERROT, *Appel*, pag. 146 e segg.; MERKEL, *Appellation*, pag. 135-136; LEFÈVRE, *Tribuns de la plèbe*, pag. 214-15, nota 2. Autori più antichi (SAVIGNY, *Sistema*, VI, pag. 317 e segg.; KELLER, *Röm. Civilpr.*, § 82) credono che le istanze siano sorte insieme coll'appello.

(21) MOMMSEN, *Droit public*, I, pag. 30 e segg.

nazione gerarchica, non è conosciuto con sicurezza (22); come non vi è accordo nella dottrina per stabilire se l'*appellatio* dell'età imperiale sia una trasformazione dell'*intercessio tribunicia* concentrata nell'imperatore (23); o una derivazione dell'antica *provocatio ad populum* (24); o una estensione del diritto di riforma che i magistrati provinciali avevano come mandanti sugli atti dei loro mandatarî (25); o non piuttosto un istituto nuovo, creato da un determinato atto legislativo e non derivante come filiazione storica da istituti repubblicani (26). Uguale discordia regna nella dottrina per decidere se l'*appellatio*, sorto sotto l'impero nella *cognitio extra ordinem*, si sia da questa esteso anche al procedimento dell'*ordo* contro la sentenza del *iudex privatus*, che, come si sa, era assolutamente irrevocabile nel periodo repubblicano: il MOMMSEN (27) ha risoluto la questione in modo nettamente negativo, ma la maggioranza degli scrittori sta per l'affermativa (28), o, almeno, dichiara che non si hanno argomenti sufficienti per risolverla (29). Certo si è che, ove non si voglia seguire l'opinione del MOMMSEN, bisogna ammettere che l'*appellatio* contro le sentenze del *privatus iudex* si rese possibile soltanto perchè questo perse a poco a poco sotto il principato il suo carattere originario, acquistando per gradi impercettibili quello di un funzionario delegato alla decisione di una causa dall'inizio alla fine (*iudex pedaneus*) (30); l'*appellatio*, in verità, non poteva in nessun modo conciliarsi col significato iniziale del processo formulare, e, se tale conciliazione potè avvenire, ciò fu soltanto perchè sotto l'Impero la forma sopravvissuta di questo processo aveva perduto la sua originaria sostanza.

31. — Ai dissensi che regnano nella dottrina romanistica sulle origini storiche dell'*appellatio* basti qui aver fatto un semplice accenno, perocchè, qualunque opinione si segua tra le diverse, resta inalterata

---

(22) KIPP, *Appellatio*, cit., B. I; WLASSAK, *Prozessges.* cit., I, 218, nota 31; ampiamente PERROT, pag. 124 e segg.

(23) SAVIGNY, *Sistema*, VI, pag. 497; e MOMMSEN, *Droit penal*, II, 305, n. 1; contro LEFÈVRE, *Tribuns de la plèbe*, pag. 220; PERROT, *Appel*, pag. 131, nota 3. Cfr. anche SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, pag. 419 e segg.

(24) HUSCHKE, *Analecta litteraria*, 1286, I, 156; contro SAVIGNY, *Sistema*, VI, 496; MERKEL, *Appellation*, 124-127; LEFÈVRE, 225.

(25) Opinione più antica del MOMMSEN, *Droit public*, I, 265-66; V, 259; cfr. PERROT, pag. 131, nota 3 e LEFÈVRE, pag. 225.

(26) Opinione di MERKEL, 43-44 e 134 e di LEFÈVRE, pag. 225.

(27) *Droit public*, V, 268.

(28) KIPP, *Appellatio*, II, 2 ed ivi letteratura cui si deve aggiungere PERROT, da pag. 29 in avanti.

(29) V. BERTOLINI, *Processo civile*, II, n. 251.

(30) Cfr. PERROT, pag. 30-34.

la natura processuale che l'*appellatio* assunse al momento del suo completo sviluppo: cogliere nel modo più sintetico possibile la funzione caratteristica dell'istituto e la novità che esso introdusse nel sistema processuale anteriore, questo unicamente, ai fini del presente lavoro, mi interessa.

Lo scopo immediato per cui l'*appellatio* fu introdotta è indicato da Ulpiano (31) nella necessità di correggere l'ingiustizia e la ignoranza dei giudicanti, *quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat.* Ma questo carattere fondamentale di reclamo volto contro la ingiustizia del primo giudice non deve far confondere l'istituto dell'*appellatio* con istituti affini, ma diversi, che miravano anch'essi a reprimere le deviazioni commesse dal giudice nell'esercizio della giurisdizione: tali erano l'*actio contra iudicem qui litem suam fecit,* la quale, in molteplici casi in cui il giudice non aveva adempiuto rettamente agli obblighi del suo ufficio, competeva alla parte danneggiata per il risarcimento dei danni (32), e la vera e propria pena irrogata dallo Stato contro il giudice che aveva trasgredito ai suoi doveri di pubblico funzionario (33); il primo rimedio rispondeva al carattere di privato cittadino momentaneamente investito della decisione, che era proprio del *iudex unus,* il secondo ebbe invece maggiore sviluppo quando il giudice diventò un impiegato dello Stato, responsabile verso lo Stato più che verso le parti dell'obbedienza ai doveri disciplinari. Ma queste diverse misure che implicavano la responsabilità personale del giudice (per non sottrarsi alla quale dovevano, secondo una costituzione di Zenone (34), tutti i giudici, uscendo di carica, trattenersi per un certo periodo di tempo nella città ove avevano amministrato giustizia) non miravano a toglier di mezzo la sentenza pronunciata dal giudice (35).

L'*appellatio*, dunque, più che un attacco personale contro il giudice, era un rimedio contro l'ingiustizia del giudicato: Ulpiano infat-

---

(31) L. 1, pr. D. *de app.*, XLIX, 1.

(32) Sui casi in qui questa azione era ammessa, e sulle forme in cui veniva esercitata, cfr. Sander, *Syndicatsklage,* § 4 e Bartoli, *Du juge qui litem suam fecit,* pag. 18 e segg.: specialmente controverso è se, in base alla l. 15, D. *de iud.*, V, 1 (*iudex tunc litem suam facere intelligitur cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*) e ad altre citate da Sander a pag. 9 e segg. e dal Bartoli a pag. 37 e segg., questa azione nasceva soltanto per il dolo del giudice od anche per la sua *imprudentia.* Cfr. anche Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, II, pag. 41.

(33) Cfr. nota 1 a pag. 38; Bartoli, pag. 26 e segg.

(34) L. un., C. *ut omnes tam civiles quam militares,* I, 48.

(35) Sander, op. cit., pag. 12. La *sententia venalis* si considerava inesistente di per sé (v. retro, pag. 28, nota 33).

ti la chiama *iniquitatis sententiae querellam* (36). Allorquando colui che si sentiva leso da una sentenza valida del giudice inferiore riteneva che questa sentenza, pur essendo processualmente valida, avesse però deciso in modo ingiusto la controversia, aveva il diritto di chiedere una nuova decisione della stessa lite da parte di un giudice superiore: tale richiesta, che poteva avvenire oralmente appena pubblicata la sentenza, o entro un termine per mezzo di *libelli appellatorii* (37), aveva l'effetto di impedire che la sentenza venisse eseguita (il cosidetto *effetto sospensivo*) (38), e insieme di investire il giudice superiore del potere di pronunciare una nuova decisione sulla stessa controversia già decisa dal giudice inferiore (il cosidetto *effetto devolutivo*). Se il giudice superiore pronunciava una nuova sentenza in merito, essa entrava al posto di quella già emanata in primo grado; se invece il giudice superiore respingeva l'appello perchè processualmente inammissibile, o se l'interposizione dell'appello non portava ad una nuova decisione, diventava definitivamente eseguibile la sentenza di primo grado (39).

Senza soffermarmi sulle singole particolarità del procedimento (40) due punti sono specialmente notevoli per l'intelligenza dell'istituto, cioè l'effetto dell'interposizione dell'appello, e la natura della funzione che il secondo giudice compieva sulla sentenza del primo.

Poichè l'interposizione dell'appello rendeva possibile la pronuncia da parte del giudice superiore di una nuova sentenza, la quale sola, interamente sostituendosi alla prima, aveva la virtù di produrre il definitivo accertamento del diritto, la cosa giudicata non fu più una conseguenza immancabile della sentenza di primo grado, nè più la validità di questa importò, come nell'antico diritto (retro, n. 5) la definitività della decisione. La sentenza di primo grado, così, nacque d'ora in avanti sotto la minaccia dell'appello, che poteva, col provocare una nuova decisione, toglierle ogni vigore; e la definitiva irrevocabilità le derivò d'ora in poi non dal semplice fatto della pronuncia, ma

---

(36) L. 17 D. *de min.*, IV, 4.

(37) Cfr. fonti in Kipp, *Appellatio*, cit., n. IV, 1. Il termine fu da Giustiniano ampliato da due e tre giorni a dieci giorni colla Nov. 23, pr. e cap. 1.

(38) Specialmente l. 1 D., *nihil innovari appellatione interposita*, XLIX, 7.

(39) Cfr. Nov. 49, pr. in cui si stabilisce che, se dopo interposto l'appello, non viene proseguito nelle debite forme *sancimus ut victori ferma maneat sententia*, ed ivi cap. 1; Nov. 126, cap. 3.

(40) Per le quali cfr. Linde, *Handbuch*, I e II, che, studiando l'appello, dedica per ogni argomento uno o più §§ al diritto romano; Bethmann-Hollweg, *Civilpr.*, III, pag. 326 e segg.; Wetzell, *System*, § 54 segg.; Buonamici, *Procedura*, pag. 371-385; Bertolini, *Processo civile*, II, n. 251, e testi al n. 252, III, n. 330; Kipp, *Appellatio*, cit. Più ampiamente Merkel, op. cit.

dalla inutile decorrenza di quel termine che era concesso per interporre l'appello o dalla inefficacia processuale dell'appello interposto.

Il fatto che la sentenza di primo grado nasceva sotto la minaccia dell'appello, non importò peraltro nel diritto romano, a differenza del diritto moderno, che la sentenza di primo grado fosse ineseguibile durante il termine per appellare; la sospensione dell'esecuzione della prima sentenza fu collegata nel diritto romano non colla possibilità, ma coll'effettiva interposizione dell'appello (41); le Fonti, infatti non dicono che si debba *nihil innovari* durante il termine per appellare, ma, come si esprime l'epigrafe del tit. XLIX, 7 del Digesto, *nihil innovari appellatione interposita.* La sentenza era dunque eseguibile nel periodo di tempo che correva tra la pronuncia e l'interposizione dell'appello, e solo da questa derivava la sospensione dell'eseguibilità (42); ma, da tale effetto sospensivo, non si deve già dedurre che l'interposizione dell'appello mettesse nel nulla senz'altro la sentenza di primo grado, come qualche autore ha creduto (43): la sentenza di primo grado cadeva nel nulla solamente quando il nuovo giudice pronunciava una nuova sentenza in merito.

Per ciò che si riferisce ai poteri del giudice superiore dinanzi al quale si svolgeva l'appello, e all'àmbito entro al quale doveva dibattersi il secondo giudizio, le fonti pongono la regola che *super omni causa interpositam provocationem vel iniustam tantum liceat pronuntiare vel iustam* (44). Simile espressione, che non si riferisce puramente e semplicemente, come l'insegnamento di qualche autore sembra suggerire, all'ammissibilità processuale dell'appello (45), ma comprende (un esame dettagliato dei testi potrebbe dimostrarlo) (46) anche la fondatezza in merito della richiesta dell'appellante, può far credere che nel diritto romano la funzione del giudice di appello fosse più ristretta di quella che sia nel diritto moderno, e dovesse limitarsi a un riesame della sentenza del primo giudice, per dedurre da essa se la richiesta di riforma presentata dall'appellante fosse, in relazione a

---

(41) Mortara, *Appello civile,* n. 569, pag. 666.

(42) Mortara, l. cit.

(43) Specialmente il Cuiacio (*In lib. VII Cod. recit. solemn., ad tit. LXII*), e il Fabro (*Codex fabrianus,* IV, tit. XII, def. 1) riportati e confutati dal Mortara, *Appello civile,* n. 372.

(44) L. 6, pr. C. *de appell.,* VII, 42. Altre leggi in cui questa regola si vede posta in pratica, in Linde, *Handbuch,* II, § 195, nota a pag. 225; Bethmann-Hollweg, III, pag. 337; Kipp, *Appellatio,* 1) *B,* IV, 5; Buonamici, *Procedura,* pag. 384.

(45) Cfr. Buonamici e Kipp ai luoghi citati nella nota precedente.

(46) Un caso in cui l'*appellatio* è dichiarata *iniusta* perchè infondata nel merito è nella l. 122, § 5, D., *de V. O.,* XLV, 1.

questa sentenza ed al materiale di lite su cui essa aveva deciso, fondata o infondata. In realtà, invece, specialmente nel diritto giustinianeo, la decisione di appello fu nient'altro che una nuova decisione data direttamente sul rapporto giuridico deciso già una prima volta dal giudice inferiore: ciò è dimostrato dalla facoltà che avevano le parti in appello di dedurre nuove prove, modificando così il materiale di lite (47), e dalla possibilità di una *reformatio in peius* della sentenza a favore dell'appellato (48). Il giudice di appello, dunque, veniva in sostanza a decidere *ex novo* il rapporto giuridico controverso, e non si limitava a negare o ad affermare il diritto d'appello: se pronunciava così una sentenza diversa da quella del giudice di primo grado, la sua decisione si sostituiva a quella e creava la cosa giudicata (49); ma anche se confermava nel merito la sentenza di primo grado, gli effetti del giudicato prendevano il loro inizio dalla seconda sentenza, la quale costituiva quindi la vera decisione (50).

A tale principio non contraddice la Nov. 115, c. 1, secondo la quale nel giudizio di appello *secundum illas leges controversiae decidantur, quae tempore latae sententiae et suggestionis obtinebant, non quae postea promulgatae sunt* (51): infatti, poichè la sentenza aveva anche nel diritto romano, funzione dichiarativa di un rapporto giuridico, che, al momento in cui si inizia il giudizio, doveva esser già nato, anche la decisione di appello, pur vertendo direttamente sulla controversia e su un materiale di lite talvolta diverso da quello di primo grado, dovevasi limitare a tener conto del rapporto giuridico nato secondo le leggi vigenti all'inizio del processo.

32. — Tali essendo le linee fondamentali dell'*appellatio* e la relazione che passava tra il grado inferiore e quello superiore di giu-

---

(47) Wetzell, *System*, § 56, nota 73, ed ivi riferite per esteso le Fonti, tra cui le più importanti sono la l. 6, § 1 e 2 C. *de app.* VII, 62; l. 4 C. *de temp. et rep.*, VII, 63; l. 37 C. *de app.*, VII, 62, ecc.; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, § 150, pag. 328.

(48) Cfr. Linde, *Handbuch*, II, § 195; Wetzell, *System*, § 56, note 51 e segg. Tale possibilità fu introdotta da Giustiniano, l. 39 C. *de app.*, VII, 62; l'espressione usata da Ulpiano, nella citata l. 1 D. *de app.*, XLIX, 1, ha un diverso significato (cfr. Wetzell, l. c., nota 51).

(49) Onde il pagato, in base alla sentenza di primo grado, doveva essere restituito: cfr. l. 11 D. *de app.*, XLIX, 1.

(50) Così Kipp, *Appellatio*, I, B, IV, 5 (pag. 208), in base alla l. 6, § 1, *de his qui notantur infamia*, III, 2; cfr. anche Wetzell, *System*, § 56, nota 102. Il Buonamici, *Procedura*, pag. 384, insegna invece che « confermata la sentenza di prima istanza, questa produceva i suoi effetti dal giorno della emanazione »; ma il testo che egli cita a sostegno di questa opinione (l. 23, § 3 D. *de app.*, XLIX, 1) non si riferisce a questo punto. Cfr. Fournier, *Essai*, pag. 79-80.

(51) Cfr. Kipp, l. c. e Wetzell, § 56, nota 100.

risdizione (l'appello fu inizialmente possibile senza limitazione finchè la controversia non era passata attraverso tutti i gradi della gerarchia fino a giungere all'imperatore; ma Giustiniano vietò che nella stessa causa si potesse appellare più di due volte) (52), si intende che la nascita dell'appello introdusse nel processo romano, accanto ai due termini, che il diritto più antico soli conosceva, di sentenza giuridicamente inesistente e di sentenza valida, un terzo concetto: quello di sentenza *appellabile*. Mentre in origine, al momento in cui il giudice emetteva la sua pronuncia, due soli eventi potevano prodursi — o che la pronuncia, per qualche suo vizio, dovesse considerarsi come assolutamente non nata, o che, altrimenti, la pronuncia valida dovesse senz'altro formare l'irrevocabile accertamento del diritto — una terza possibilità fu aperta dall'appello: quella di una sentenza giuridicamente esistente, e pur non ancora capace di formare l'accertamento del diritto, perchè soggetta al pericolo di perdere ogni sua efficacia di fronte a una nuova sentenza che venisse a sostituirla. Venne così a modificarsi sostanzialmente, in virtù dell'appello, la nozione originaria della forza del giudicato (53): poichè, mentre in origine per il solo fatto della sentenza del *iudex privatus* si aveva il giudicato definitivo, l'istituto dell'*appellatio* fece sì che questo potesse aversi soltanto quando fossero decorsi i termini per appellare o fossero state già esaurite tutte le istanze. Nacque dunque l'impossibilità di un accertamento definitivo prima che il mezzo di gravame fosse, in un modo o in altro, precluso: la preclusione dell'*appellatio* diventò per tal modo un presupposto della cosa giudicata sostanziale (54).

Appellabile fu qualunque pronuncia la cui forza di decisione potesse esser posta nel nulla per l'intervento di una pronuncia ulteriore: l'appellabilità non stette dunque in diretta connessione con la ingiustizia o colla difettosità della sentenza, poichè l'appello potè essere esperimentato anche contro le sentenze immuni da qualsiasi vizio, come accadeva quando il giudice superiore poneva al luogo della prima decisione una seconda avente contenuto perfettamente identico

---

(52) L. un., C. *ne liceat tertio*, VII, 70.

(53) Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.* II, § 116, pag. 701; Endemann, *Civilprozess*, § 142, nota 32.

(54) I testi romani peraltro adoprano l'espressione di *res iudicata* anche quando la possibilità di un gravame non è ancora chiusa: cfr. Endemann, loc. cit., l. 7 pr. ed 11 D. *de trans.*, II, 15; Savigny, *Sistema*, vol. VI, pag. 324. Il concetto dell'appellabilità è dato con chiara precisione dal Savigny, *Sistema*, cit., VI, 323, ove insegna che « ogni sentenza, che sia soggetta ad un ulteriore esame, deve provvisoriamente considerarsi soltanto come un tentativo di sentenza, o come uno dei molti passi nel corso di un processo, che sono destinati a portare ad un'ultima e durevole sentenza ».

o quando si induceva a sentenziare in modo disforme soltanto per le nuove prove addotte in seconda istanza. Il diritto di appello, insomma, non dev'essere concepito, neppur nel processo romano, come il diritto ad ottenere la riforma di una sentenza ingiusta o altrimenti difettosa; ma solo come il diritto ad ottenere una nuova decisione su un rapporto già in primo grado, bene o male, deciso. Per questo non sarebbe esatto credere che sentenza appellabile volesse dire sentenza *iniusta*: l'appellabilità di una sentenza non derivava dalla sua ingiustizia, ma dalla qualità del giudice che l'aveva proferita. Tuttavia, poichè lo scopo concreto dell'istituto era quello di correggere gli errori di giudizio del primo giudice, e poichè le parti non avevano interesse ad appellare contro la sentenza giusta al solo scopo di ottenere una seconda sentenza identica alla prima, in pratica l'appello fu diretto contro la sentenza *iniusta,* e il diritto di appello fu concepito come un diritto di riforma contro la sentenza *iniusta.* Per tal modo lo appello diventò per le parti il mezzo più efficace, anzi l'unico, per difendersi contro gli errori di giudizio commessi dal giudice, di qualunque specie essi fossero, di diritto o di fatto, relativi alla premessa maggiore o a quella minore: lo svolgimento del sillogismo giudiziario, che in origine, purchè fosse contenuto entro un processo regolare, restava indipendente da ogni controllo, trovò nell'appello un efficace correttivo, poichè nell'istanza superiore (quantunque in essa non avesse luogo un diretto riesame della prima sentenza e quindi una ricerca ed una critica dei vizî di giudizio in essa intervenuti, ma solo una reiterazione *ex novo* della decisione di merito) fu molto difficile che il secondo giudice ricadesse negli stessi errori in cui era caduto il primo.

33. — Concetto non solo diverso, ma, in un certo senso, antitetico, al concetto di sentenza appellabile è quello di sentenza nulla, ossia giuridicamente inesistente: poichè l'appellabilità non si trovava in diretta connessione col vizio della sentenza, e non escludeva che, decorso inutilmente il termine per appellare, potesse la sentenza acquistare la forza di accertamento definitivo, è evidente che suo presupposto era l'esistenza giuridica di una pronuncia valida, capace, ove una nuova sentenza non fosse provocata mediante l'*appellatio*, di passare in giudicato. Ma, come si è visto, le sentenze nulle non avevano mai, nel diritto romano, la capacità di ottenere *auctoritatem rei iudicatae* (retro, n. 6); e quindi, mentre contro la sentenza valida, ma appellabile, l'appello era l'unico mezzo per impedire che essa passasse in giudicato, contro la sentenza nulla non c'era bisogno di alcun gravame per ottenere lo stesso effetto, che si produceva *ipso iure* in conseguenza del difetto inerente alla pronuncia. Innumerevoli testimonianze delle Fonti romane sono concordi nell'affermare che è super-

fluo esperimentare l'appello contro la sentenza nulla: la caratteristica delle sentenze nulle è, anzi, trovata proprio in questa inutilità di esperimentare l'appello contro di esse, designate dall'epigrafe del tit. 8 lib. XLIX del Digesto coll'espressione di *quae sententiae sine appellatione rescindantur*, e dall'epigrafe del tit. 64, lib. VII del Codice coll'espressione di sentenze contro le quali *provocare non est necesse*. Molti testi relativi alla nullità delle sentenze la considerano appunto in confronto coll'appellabilità, e tra questi la l. 1, § 2, D. *quae sent.*, XLIX, 8, contrapponendo la sentenza *contra ius constitutionis* a quella *contra ius litigatoris* insegna che contro la prima *appellationis necessitas remittitur*, mentre contro la seconda *appellatio necessaria est*, e la l. 2, C. *quando provocare non est necesse*, VII, 64, che, come già si è visto (retro, n. 19) contiene una contrapposizione simile, ammette che, mentre nel caso di errore di diritto *nec provocationis auxilium necessarium fuit*, nel caso di errore di fatto, se avvenne rinuncia all'appello *rem iudicatam retractare non debes;* altrove è detto espressamente che *non videtur appellandi necessitas fuisse, cum sententia iure non teneat* (55), e che non vi è motivo per appellare contro la sentenza nulla, *sine causa appellari* (56).

Nullità della sentenza ed appello contro di essa formano dunque due istituti concettualmente ben separati: la nullità, istituto comune anche al negozio giuridico, opera *ipso iure* nel caso di difetti commessi nella costruzione processuale della sentenza e nel caso eccezionale di gravissimo error di giudizio (errore *contra ius constitutionis*); l'appello invece, istituto assolutamente estraneo al diritto privato, può servire, ove un'attività di parte lo metta in moto, a correggere tutti gli errori di giudizio della prima sentenza e perfino a toglier di mezzo, colla produzione di nuove prove, una sentenza perfettamente regolare e giusta in relazione al materiale di decisione prodotto in primo grado.

34. — Pur tuttavia, se la nullità da una parte e l'appello dall'altra ebbero in teoria campi di efficienza ben separati, in pratica, poichè l'effetto ultimo dei due istituti era in parte identico (impedire a una sentenza di passare in giudicato), potè avvenire che sulla nullità, formazione originaria del diritto repubblicano, esercitasse un influsso l'*appellatio*, formazione sopravvenuta di diritto imperiale. Tale influsso, in realtà, si fece sentire in due sensi.

---

(55) L. 4 C., *quando prov.* VII, 64.

(56) L. 3, § 1 D. *quae sent.*, XLIX, 8. Cfr. WETZELL, *System*, nota 9 del § 60; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 4.

a) Si è visto che la nullità della sentenza, oltrechè per vizi processuali, potè prodursi, in virtù di considerazioni politiche, anche per alcuni errori di giudizio commessi nella risoluzione della questione di diritto; ora, quando l'appello, il cui scopo fondamentale era appunto quello di correggere gli errori di giudizio, ebbe preso quel grande sviluppo che ULPIANO gli riconosce (57), si manifestò la tendenza, sempre più decisa fino al diritto giustinianeo, a limitare la nullità ai soli casi di difetti processuali, e a far rientrare sotto l'appello, rimedio appositamente creato per correggere gli errori di giudizio, anche quei casi di errore di giudizio più grave, che originariamente producevano la nullità della sentenza (58).

In certe leggi delle raccolte giustinianee, le quali per casi che parrebbero rientrare nella ipotesi di nullità per errore *contra ius constitutionis*, impongono invece la necessità di appellare, i romanisti moderni scorgono l'opera trasformatrice dei compilatori, i quali avrebbero per via di interpolazioni sostituito l'appellabilità alla nullità del testo originale. L'esempio più evidente di questo fenomeno è trovato nella l. 9, § 11 C. *de poen*, XLVIII, 19, ove, premesso che la legge vieta di punire i decurioni con certe più gravi pene corporali, si afferma, conformemente al principio della nullità per errore *contra ius constitutionis*, che, se una sentenza condannasse i decurioni a simili pene, non avrebbe vigore (*et si forte huiuscemodi sententia fuerit affecti, liberandi erunt*); ma poi, immediatamente si aggiunge: *sed hoc non potest efficere qui sententiam dixit: verum referre ad principem debet ut ex auctoritate eius poena aut permutetur aut liberetur*, ossia si trasforma la sentenza nulla in una sentenza appellabile. Tale apparente contraddizione viene appunto spiegata col ritenere interpolato dai compilatori l'ultimo periodo della legge [*sed hoc... liberetur*] (59).

b) In un secondo punto si manifesta questa sovrapposizione dei due concetti di appellabilità e di nullità: in quanto, sebbene resti in vigore senza possibile eccezione il principio che contro la sentenza nulla non è *necessario* appellare, si comincia ad ammettere che contro la sentenza nulla sia *possibile* l'appello, ossia che la nullità della sentenza si possa far dichiarare *anche* per via di appello dal

---

(57) Citata, l. 1, pr. D. *de app.*, XLIX, 1.

(58) VASSALLI, *Jus-factum*, pag. 13: « La sfera dell'appello dovette estendersi e corrispondentemente restringersi quello della nullità assoluta ».

(59) Cfr. VASSALLI, *Jus-factum*, ed ivi riportati altri testi con esempî analoghi: dei quali v. diversa spiegazione in PINELLO, *Selectarum iuris interpretationum Lib. I* (Venetiis, 1613), cap. XIX; CUIACIO, *in Lib. VII Codicis Recitatio solemnis ad Tit. LXIV*. Cfr. anche lo stesso VASSALLI, *Sent. cond.*, pag. 32-34.

giudice superiore (60). I testi che comunemente si citano per mostrare come nel diritto romano la nullità potesse farsi valere anche per via di gravame, sono l. 41 D. *fam. ercisc.* X, 2, in cui il giudice di appello dichiara *nullam esse... divisionem* pronunciata dal primo giudice; e la l. 24 D. *de iure patr.*, XXXVII, 14, che contempla un caso perfettamente analogo (61). Questi due testi (62), ed altri che si possano addurre in proposito, dimostrano che la nullità del primo giudicato poteva esser dichiarata dal giudice di appello, ma non che, trascorso il termine per appellare, o respinto l'appello, questa nullità dovesse considerarsi sanata. L'appello in questo caso non aveva il carattere proprio di mezzo di gravame destinato a provocare una nuova sentenza sul merito, e neppure quello di un'azione di impugnativa, volta ad ottenere la rescissione di una sentenza esistente; sibbene funzionava come un'azione di puro accertamento negativo, mirante non a variare lo stato giuridico prodotto dalla sentenza, ma a dichiarare l'iniziale inefficacia di questa (63). Di conseguenza l'*appellatio*, che nessuna variazione portava sulla inesistenza della prima sentenza, non sanava colla sua preclusione questo stato di irrimediabile nullità: *minime confirmatur ex hac praescriptione sententia* (64). Non si può dunque parlare nel diritto romano di convalescenza della sentenza nulla, come fa il Gesterding (65), secondo il quale, nel caso della l. 27 D. *de re iud.* XLII, 1 (retro, n. 19), la nullità si sana perchè la parte ha considerato la sentenza come *iniusta* e quindi ha appellato: se per ragioni di opportunità pratica potè nel diritto romano anche l'appello servire a far dichiarare la nullità della sentenza appellata, esso non potè modificare il concetto fondamentale della nullità, la quale, coll'impedire inizialmente che la pronunzia del giudice avesse vita nel mondo giuridico, agiva *ipso iure*, all'infuori di ogni reclamo, nè poteva in alcun modo perdere o variare i suoi effetti per le esteriori vicende del mezzo adoperato ad accertarli.

---

(60) Linde, *Handbuch*, I, § 144.

(61) Cfr. Wetzell, *System*, citata nota 9 del § 60; Endemann, *Civilprozess*, § 242, pag. 938, nota 6; Renaud, *Lehrbuch*, pag. 533: Merkel, *Appellation*, § 16, n. 1-2.

(62) Si noti peraltro che essi si riferiscono a un caso piuttosto di giurisdizione volontaria che di giurisdizione contenziosa.

(63) Cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 135, nota 9.

(64) Citata, l. 19 D. *de app.*, XLIX, 1.

(65) *Ausbeute*, III, pag. 150, confutato da Linde, *Handbuch*, I, pag. 555. Cfr. anche Vassalli.

Capitolo IV

ACCENTRAMENTO DELL'ORDINAMENTO GIUDIZIARIO NELL'IMPERATORE

Sommario: 35. Unificazione della giurisdizione nell'Imperatore. — 36. Suo influsso sulla interpretazione uniforme del diritto. — 37. Natura del ricorso all'Imperatore: *supplicatio* contro le sentenze dei *Praefecti praetorio.*

35. — Il cumularsi di tutti quanti i pubblici poteri nelle mani dell'Imperatore e il formarsi al di sotto di lui di una gerarchia di funzionarî dipendenti, produsse anche nell'ordinamento giudiziario quella unificazione e quell'accentramento che mancavano nelle magistrature repubblicane (1); fino dai primi tempi dell'Impero, l'Imperatore ebbe, tra gli altri poteri, anche quello di decidere le cause civili e criminali, e di avocare a sè, di propria iniziativa o dietro una privata *supplicatio,* la cognizione di qualsiasi processo (2). In seguito, però, via via che il potere del sovrano si andò sollevando su tutti, l'esercizio della giurisdizione che in origine era stato trasmesso all'Imperatore in concorrenza colle altre magistrature, parve attribuzione esclusiva del principe il quale fu considerato come il giudice supremo (3), da cui dipendevano, in veste di rappresentanti, tutti i giudici componenti la sterminata burocrazia dell'impero. Lo ordinamento giudiziario venne così ad avere la sua vetta ed il suo centro nella persona dell'Imperatore, e i *sacra auditoria* del principe furono considerati l'estremo vertice, al quale, attraverso la serie di tutte le istanze inferiori, una causa poteva finalmente giungere per avere l'ultima sua decisione.

Concepita come un potere spettante ad una sola persona e da questa trasmessa alla gerarchia dei funzionarî dipendenti, la giurisdizione venne per tal modo ad essere unificata e disciplinata: e il principe apparve il naturale controllo del buon andamento di tut-

(1) Bethmann-Hollweg, II, §§ 61-62.

(2) Bethmann-Hollweg, II, § 62; Mommsen, *Droit public,* V, pag. 265.

(3) Bethmann-Hollweg, II, § 62; III, § 137.

ta l'amministrazione della giustizia (4). Ad esso, in questa sua qualità, si rivolsero infatti i privati per chiedergli la decisione di cause appartenenti alla competenza inferiore (5); ad esso furono portati i reclami contro le irregolarità processuali commesse dai giudici e le richieste di provvedimenti concernenti la costituzione del giudizio (6); e, sopratutto, ad esso furono portate le domande di riforma delle sentenze già pronunciate da un giudice inferiore, cioè le vere e proprie *appellationes*, che inizialmente, come si è già veduto (retro, n. 29), pervennero tutte quante all'Imperatore (7) e soltanto in seguito furono repartite in una gerarchia di istanze.

Da questa molteplicità di attribuzioni che spettarono all'Imperatore nel campo della giurisdizione (eccederebbe di troppo i limiti di un semplice accenno lo studio separato di ciascuna di esse), si intende quanto potente fu nell'amministrazione della giustizia l'influsso del principe, e come tutto quanto l'ordinamento giudiziario si andò plasmando ad unità organica ed omogenea sotto la sovranità del vertice supremo. Tolto, per mezzo delle *cognitiones extra ordinem*, ogni potere di sovranità ai *iudices privati*, aperta innanzi a sè, per mezzo dell'*appellatio*, la possibilità di decidere qualunque causa nascente nello Stato, l'Imperatore riassunse così nelle sue mani tutte le fila della giurisdizione, creando una gerarchia coordinata e disciplinata di giudici che esercitavano il loro ufficio non per diritto proprio, ma per delegazione ed emanazione di un unico potere centrale (8).

36. — L'accentramento della amministrazione della giustizia nelle mani dell'Imperatore ebbe notevoli conseguenze politiche: ed anzi gli Imperatori, alla progressiva estensione dei loro poteri giurisdizionali, furono indotti non tanto dal desiderio di garantire ai sudditi una efficace tutela dei privati interessi, quanto dalla coscienza di avere nella giurisdizione un'arma adatta per affermare ed estendere le norme del diritto imperiale.

---

(4) Schmidt, *Allgem. Staatslehre* cit., II. Bd., I. Theil, pag. 260, 265, 279.

(5) Savigny, *Sistema*, VI, pag. 318 e 534; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, § 161; Mommsen, *Droit public*, V, 265. Esempio nella l. 92 D. *de hered. inst.*, XXVIII, 5.

(6) Mommsen, *ibid.*, pag. 267; Bethmann-Hollweg, III, § 161 cit. Esempî: l. 5, § 1 D. *de app. recip.*, XLIX, 5 (ricorso per denegato appello); l. 1 C. *si contra ius*, I, 22 (nomina di un giudice straordinario), ecc.

(7) Cfr. Ulpiano, nella l. 1, § 1, D. *a quibus appell.*, XLIX, 2.

(8) Cfr. Pacchioni, *Corso*[2], che considera il *consilium principis* come « un'unica corte regolatrice per le materie civili », pag. 303 e 331.

Lo SCHULTZE, che i fenomeni dell'ordinamento romano considera tutti da un punto di vista originale, opina che l'*appellatio* non ebbe lo scopo di accentrare nell'Imperatore la giurisdizione, sibbene di trasferire in sua mano la creazione del diritto privato, la quale nel periodo repubblicano spettava ai magistrati rivestiti di *iuris dictio* (9). Ma anche se non si accede a questo particolare ordine di idee, certo è che l'Imperatore, assumendosi il controllo sulle decisioni di tutti quanti i giudici e avendo la possibilità di ricercare in ogni processo se l'applicazione del diritto era avvenuta correttamente, potè servirsi del suo potere di supremo giudice per imporre a tutta la gerarchia giudiziaria l'esatta osservanza della legge, per impedire che nella grande estensione dell'impero potessero diversi influssi locali produrre una disformità nella concreta applicazione del diritto.

Si è visto che la sanzione di nullità contro le sentenze contenenti una palese negazione della norma di diritto fu consigliata da ragioni politiche (retro, nn. 23 e 26). GIUSTINIANO, d'altra parte, per assicurare la perfetta osservanza dell'opera legislativa da lui compiuta, risolutamente proclamò che all'imperatore solo spetta interpretare in astratto la legge, *leges interpretari solo dignum imperio esse oportet* (10), che a lui solo *concessum est leges condere et interpretari* (11); tuttavia anche nelle Raccolte giustinianee si trovano dei testi in cui si ammette che il giudice, nel decidere il caso concreto, possa, in relazione ad esso, interpretare il diritto (12): e le stesse espressioni surriferite di GIUSTINIANO miravano probabilmente a vietare ai giudici e a riservare all'Imperatore soltanto l'interpretazione autentica in astratto, non già a vietar loro l'interpretazione concreta senza la quale non è concepibile l'applicazione del diritto ai singoli casi controversi.

---

(9) *Privatrecht und Prozess*, pag. 419.

(10) L. 12, § 1 C. *de legibus*, I, 14.

(11) L. 2, § 21 C. *de veteri iure enuc.*, I, 17. Su questa e sulla precedente legge cfr. SAVIGNY, *Sistema*, I, § 47 e segg., pag. 308 e segg.; GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1899), pag. 73.

(12) Per es., l. 12 D. *de legibus*, I, 3; l. 13 e l. 32, *h. t.* Cfr. LINDE, *Handbuch*, II, § 236, pag. 430. Secondo il SAVIGNY (l. cit., pag. 312) le costituzioni sopra riferite di GIUSTINIANO rilasciavano al giudice solamente un lavoro meccanico e gli interdicevano senz'altro ogni libera attività intellettuale, costringendolo a ricorrere all'Imperatore per *consultatio* tutte le volte che il significato della legge apparisse, anche lievemente, oscuro. Altri pensa però, e a buon diritto, (FERRINI, *Manuale di Pandette*[2], n. 20, pag. 28), che con quelle costituzioni il principe mirava unicamente a riservare a sè stesso la facoltà di emettere interpretazioni obbligatorie per via di rescritto, e ad interdire ogni sopravvivenza di quella funzione, che gli antichi interpreti avevano, di *condere iura*, senza con ciò vietare nè ai giudici, nè agli avvocati di valersi della interpretazione scientifica. Cfr. anche CAMMEO, *L'interpretazione autentica* (« Giur. It. », 1907, IV, 305), nota 103, e MORTARA, *Commentario*, I, n. 64, nota.

In questo campo della interpretazione concreta, entro il quale nessuna efficacia poteva avere la sanzione di nullità per errore *contra ius constitutionis*, arma efficace fu appunto l'*appellatio* di cui l'Imperatore si servì per sorvegliare che la legge fosse osservata anche nella applicazione al caso singolo: se non potè considerarsi nulla la sentenza in cui il giudice non applicava le leggi perchè non credeva *causam de qua iudicat per eas iuvari* (retro, n. 20), questa sentenza potè bene essere appellata, e potè l'Imperatore colla sua diretta cognizione in ultima istanza toglier di mezzo anche l'errore di sussunzione che sarebbe sfuggito altrimenti alla sanzione di nullità (13).

L'accentramento della giurisdizione nell'Imperatore permise così che l'interpretazione e l'applicazione del diritto culminasse in un organo solo, il quale era in grado di lasciare su ogni decisione la propria impronta: per tal modo l'appello al principe fu strumento idonec in pratica a ottenere l'unificazione del diritto.

Si potrebbe anche dire, trasferendo all'ordinamento romano un concetto tutto proprio allo Stato moderno, che l'appello al principe valse anche al mantenimento dell'uniformità della giurisprudenza forense; ma, se questo potrebbe dirsi esattamente in teoria, in pratica nello Stato romano non fu fortemente avvertito il bisogno di una tale uniformità nè di un mezzo istituito per mantenerla. La interpretazione giudiziaria, principalmente perchè le sentenze dei giudici romani non contenevano ampia motivazione, non assunse mai in Roma quella importanza che essa di fatto se non di diritto ha assunto modernamente; quantunque anche nelle Fonti si parli di una *auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum* (14), certo è che il precedente *giudiziario* non ebbe mai in Roma, neppur soltanto in pratica, l'efficacia di creare il diritto, come l'ebbero i *responsa prudentum* ossia il precedente *dottrinario*: contro qualunque tentativo di attribuire a una decisione giudiziaria una efficacia che trascendesse i limiti del caso deciso, espressamente ammoniva Giustiniano che *non exemplis, sed legibus iudicandum est* (15).

Un istituto nel quale maggiormente si manifesta questa tendenza degli Imperatori a servirsi della giurisdizione per estendere e

---

(13) Sull'*appellatio* diretta all'imperatore, cfr. BERTOLINI, *Processo civile*, III, n. 331 e gli autori da lui citati.

(14) CALLISTRATO, l. 30 D. *de leg.*, I, 3: anche i trattatisti di retorica accennano al valore delle decisioni: *quae aliquando ex paribus causis sunt iudicatae quae exempla rectius dicuntur* (QUINTILIANO, *Inst. orat.*, lib. V, cap. II. Ed. Teubner). Cfr. anche CICERONE, *De inv. rhetor.*, II, 19 (Ed. Teubner); *Ad Herennium de Arte Rhetorica*, lib. II, cap. 9-12 (Ed. Teubner). Cfr. ENDEMANN, *Rechtskraft*, pag. 26.

(15) L. 13 C. *de sent. et int.*, VII, 45; cfr. anche l. 12 D., *de off. praes.*, I, 18.

confermare l'osservanza del diritto imperiale, si ha nella *relatio* o *consultatio*, con cui un giudice, trovandosi a dover decidere una questione che gli sembrasse oscura e difficile, si rivolgeva all'Imperatore per averne in risposta un *rescriptum* che risolvesse il punto dubbioso (16); questa forma di processo per rescritto (17), che poteva esser provocata anche da un privato, il quale, prima di far decidere una sua causa dal giudice ordinario, volesse premunirsi di una decisione imperiale sul punto di diritto (18), ebbe specialmente dall'epoca di Diocleziano in avanti, un grande sviluppo, e fu la fonte più ricca di quel diritto imperiale che a poco a poco ricoprì e trasformò, nuovo *ius honorarium*, le norme del diritto classico. Il rescritto imperiale, che è stato paragonato ai *responsa* dei giureconsulti (19) o alla *formula* dell'antico processo (20), si limitava in apparenza a decidere la singola questione di diritto contenuta nella fattispecie riferita dalla parte, pur senza occuparsi della concreta verità dei fatti controversi (21); ma in realtà, in quanto nel rescritto vi fosse la soluzione di una questione giuridica astratta che potesse valere anche per altri casi, la decisione del singolo caso poteva assumere la forza di una interpretazione autentica ed entrare quindi a far parte del diritto obiettivo (22). La efficacia di questo processo per rescritto, attraverso il quale il principe, quantunque in veste di giudice, agiva in realtà come legislatore, si manifestò specialmente in quel conflitto che, come già si è veduto (retro, nn. 26-27), si svolse nelle provincie tra la legislazione impe-

---

(16) Buonamici, *Procedura*, pag. 371; Mommsen, *Droit public*, pag. 267; Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.*, III, § 137, pag. 90; Zimmern, *Röm. Civilpr.*, pag. 519.

(17) Pernice, *L'ordo iudiciorum e l'extraordinaria cognitio*, pag. 138 segg. Cfr. Bertolini, che tratta nel vol. III, § 36, del processo *per rescriptum principis* su istanza dei litiganti, e al § 40, n. 325, della *relatio* o *consultatio ante sententiam* per iniziativa del giudice; Merkel, *Appellation*, § 17.

(18) Mommsen, *Droit public*, V, 194.

(19) Mommsen, *ibid.*; Pernice, 138.

(20) Pernice, pag. 140 e i citati ivi in nota 2.

(21) Cfr. l. 1, § 1 D. *de appell.*, XLIX, 1; l. 7, C. I, 23; esempî di rescritti in cui la risposta è data nell'ipotesi che i fatti stiano come il ricorrente li narra, v. nelle l. 2, 5, 7, 9, ecc. C. *de pactis*, II, 3. Cfr. anche Pacchioni, *Corso*, nota 483.

(22) *Si imperialis Majestas causam cognitionaliter examinaverit, et partibus cominus constitutis sententiam dixerit; omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hanc esse legem non solum illi causae, pro qua producta est, sed et omnibus similibus.* L. 12 C. *de leg.*, I, 14; cfr. Mommsen, V, pag. 194. Sui limiti della efficacia delle costituzioni imperiali come fonte di diritto positivo nelle loro diverse forme (*edicta, decreta, rescripta, mandata*), non sono però concordi i romanisti: cfr., da ultimo, Pacchioni, *Corso*, pagg. 280-291, 344-347; Bonfante, *Storia del dir. romano*[2], pag. 400 e segg.

riale e le consuetudini locali: in questa lotta, che il potere centrale dovè sostenere per rimuovere gli ostacoli che gli opponevano le tradizioni giuridiche dei diversi paesi riuniti nel principato, fu arma adeguata allo scopo il rescritto, col quale l'Imperatore interveniva ad abolire una consuetudine aberrante che tentava sovrapporsi alla legge o ad illuminare sul vero senso di una costituzione la mente del giudice ottenebrata dagli influssi del diritto locale (23): la gran quantità di rescritti, specialmente del III secolo, che si trova anche nel Codice giustinianeo, mostra in che alto grado questa attività, esteriormente giurisdizionale, dell'Imperatore, abbia contribuito ad affermare ed a rafforzare in tutto l'Impero le norme del nuovo diritto. Questo potè accadere soltanto perchè il sovrano riassumeva in sè, oltrechè il potere giurisdizionale, anche il potere legislativo: la decisione dell'Imperatore, sia che derivasse da un'*appellatio* o da una *supplicatio* di un privato, sia che fosse provocata dalla *relatio* di un funzionario, era sempre, in considerazione dell'organo da cui proveniva, qualcosa di più di una semplice sentenza. Qui veramente il giudice, prima di applicare la legge, la creava: e l'unificazione del diritto, alla quale lo Imperatore, col controllare nei modi accennati l'amministrazione della giustizia, potentemente si adoperava, non era tanto il resultato della funzione giurisdizionale, quanto l'effetto della funzione legislativa che si manifestava attraverso quella.

37. — Sarà opportuno avvertire, a conclusione di questi cenni, che se l'Imperatore, col prender parte alla decisione delle controversie, esercitava sul diritto positivo un influsso unificatore e innovatore che nessun altro giudice poteva esercitare, non si deve credere per questo che il ricorso diretto al sovrano per provocarne l'attività giurisdizionale fosse preordinato e processualmente costruito allo scopo di mantenere la unità del diritto, e avesse di conseguenza natura sostanzialmente diversa dalla comune *appellatio* che si rivolgeva ai giudici minori: non si deve credere, cioè, che accanto all'appello, mirante ad ottenere una nuova decisione in fatto ed in diritto di una causa già decisa in un giudizio anteriore, esistesse uno speciale ricorso all'Imperatore, destinato esclusivamente a procurare un riesame delle sentenze contenenti un errore di diritto (24).

Non bisogna, innanzi tutto, pensare che il ricorso all'Imperatore

---

(23) Cfr. Berger, *Indirizzo odierno* cit., pag. 33. La l. 11 C. *de leg.*, I, 14, stabilisce che *cum de novo iure quod inveterato usu non adhuc stabilitum est, dubitatio emergat, necessaria est tam suggestio iudicantis, quam sententiae principalis auctoritas.*

(24) Cfr. quanto su questo punto si è già avvertito retro, al n. 26.

fosse regolarmente destinato a fare annullare delle sentenze pronunciate dai giudici inferiori; che cioè l'Imperatore avesse sulle sentenze dei giudici inferiori un semplice potere negativo paragonabile con quello della nostra Corte di cassazione. Poteva darsi, in fatti, che l'Imperatore togliesse di mezzo, nella sua sovrana qualità di giudice supremo, qualche pronuncia dei giudici inferiori: un esempio di ciò è riferito da SVETONIO (25), secondo il quale Domiziano *extra ordinem ambitiosas Centumvirorum sententias rescidit*, esercitando così una specie di *restitutio in integrum* contro pronuncie dei giudici inferiori viziate da corruzione (26). Ma da questi casi eccezionali, nei quali l'Imperatore agiva per ragioni prevalentemente politiche (27), non sarebbe lecito argomentare che per ottenere l'annullamento delle sentenze inappellabili si dovesse ricorrere all'Imperatore, con una specie di regolare querela di nullità. Se in molti rescritti imperiali raccolti nel Codice giustinianeo (28) l'Imperatore decide sulla esistenza di qualche motivo di nullità nella sentenza di un giudice inferiore, la sua pronuncia non ha in nessun modo il carattere di un annullamento, ma risponde unicamente allo scopo di risolvere il dubbio se una certa irregolarità processuale debba considerarsi tra quelle che producono *ipso iure* la nullità della sentenza: allo stesso modo che poteva l'ordinaria *appellatio* servire a far dichiarare la nullità della decisione appellata (retro, n. 34), poteva il rescritto imperiale accertare la inesistenza del giudicato, con funzione esclusivamente dichiarativa, non mai con funzione costitutiva (29).

Finalmente, nessuna analogia di sostanza può trovarsi tra il moderno ricorso in cassazione e quella speciale forma di *supplicatio* che poteva essere diretta all'Imperatore contro le sentenze dei *Praefecti praetorio.* Allorquando il gran numero delle *appellationes* portate ai *sacra auditoria* rese impossibile all'Imperatore di deciderle tutte personalmente, egli delegò questa decisione ai supremi suoi funzionarî, i *Praefecti praetorio*, che giudicarono in rappresentanza dell'Im-

---

(25) *Domitianus* (*De Vita Caesarum*, lib. VIII, Ed. Teubner), cap. 8.

(26) MOMMSEN, *Droit public*, V, pag. 272. Il passo di SVETONIO non è però interpretato concordemente dalla dottrina. Secondo alcuni autori, infatti, *ambitiosas* non significa viziate da corruzione, ma eccedenti la competenza; cfr. PERNICE, *Ordo judiciorum*, pag. 127; PERROT, *Appel*, pag. 81 e segg., e bibliografia nella nota 3 della pag. 81. Cfr. CHENON, *Cassation* cit., pag. 6.

(27) BUONAMICI, *Procedura*, pag. 371.

(28) Per es., l. 4 e 5 C. *quom. et qu.*, VII, 43; l. 1 C. *de sent. ex peric.*, VII, 44; l. 1 C. *de sent. et int.*, VII, 45; l. 1-3 C. *si a non comp. iud.*, VII, 48; l. 4, 6 C. *de accus.*, IX, 2; cfr. WETZELL, *System*, § 60, nota 31.

(29) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Röm. Civilpr.*, II, pag. 726, nota 29; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 118.

peratore, *vice sacra* (30): in virtù di tale delegazione, allo stesso modo che le sentenze direttamente pronunciate dall'Imperatore erano inappellabili (21), fu escluso l'appello contro le sentenze dei *Praefecti praetorio,* poichè *credidit Princeps, eos qui ob singularem industriam, explorata eorum fide et gravitate, ad huius officii magnitudinem adhibentur, non aliter iudicaturos esse, pro sapientia ac luce dignitatis suae, quam ipse foret indicaturus* (22). Senonchè, quantunque l'appello ordinario fosse vietato contro le sentenze di questi giudici supremi, la loro competenza non potè significare esclusione della diretta competenza dell'Imperatore, dal quale prendeva origine ogni giurisdizione (33): talchè al luogo della regolare *appellatio* si sviluppò contro le decisioni dei *Praefecti praetorio* uno speciale ricorso all'Imperatore con cui la parte soccombente chiedeva in via di grazia all'Imperatore una revisione della sentenza: a questo ricorso, che fu permesso e disciplinato da costituzioni imperiali (34), fu attribuito in senso stretto il nome di *supplicatio,* che in genere si dava a tutte quante le suppliche rivolte per qualsiasi motivo dai cittadini all'Imperatore (35). Simile *supplicatio,* fu, come gli appelli, rivolta all'autorità del sovrano (36); ma, anzichè dar luogo ad una cognizione diretta di lui sulla controversia, ebbe per effetto la *retractatio* della causa dinanzi allo stesso tribunale del *Praefectus praetorio,* al quale, se era sempre lo stesso che aveva pronunciato la sentenza contro cui si supplicava, si aggiunse in questo nuovo giudizio per garanzia di imparzialità il *Quaestor sacri palatii* (37). Cosicchè, in ultimo, non fu più una richiesta rivolta all'Imperatore, ma una diretta petizione agli stessi *Praefecti praetorio,* cioè un ricorso per revisione della sentenza inappellabile allo stesso giudice che l'aveva pronunciata (38).

---

(30) Cfr. Bethmann-Hollweg, II, pag. 47; Fournier, *Appel,* pag. 71; Bertolini, *Processo civile,* III, n. 332.

(31) L. 1, § 1 D. *a quibus app.,* XLIX, 2.

(32) Cfr. l. 1 D. *de officio Praef. praet.,* I, 11; l. 17 D. *de min.,* IV, 4; Nov. 82, c. 12.

(33) Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilpr.,* II, 47; Chenon, *Cassation,* pag. 8-9.

(34) Cfr., oltre le leggi citate alla nota 2, le l. *un.* C. *de sent. praef. praet.,* VII, 42; l. 35 C. *de appel.,* VII, 62. Cfr. le note seguenti.

(35) Sulla *supplicatio* v. Buonamici, *Procedura,* pag. 368; Fournier, *Appel,* pag. 71; Keller, *Röm. Civilpr.,* pag. 391; Zimmern, *Röm. Civilpr.,* pag. 519; Bethmann-Hollweg, III, § 161; Wetzell, *System,* § 59, pag. 774 e segg.

(36) L. *un.* C. *de sent. pr. praet.,* VII, 42: *nostro numini... supplicandi facultas...*

(37) Cit. l. 35 C. *de app.,* VII, 62.

(38) Nov. 119, c. 5: ... *petitionem offerre gloriosissimis Praefectis, qui sententiam protulerunt, aut eorum consiliariis aut causam introducentibus...* Cfr. Bethmann-Hollweg, III, pag. 340.

Una espressione della l. un. C. *de sent. praef. praet.*, VII, 42, in cui si dice che la *supplicatio* può essere esperimentata dai litiganti *si contra ius se laesos adfirment*, ha potuto far credere che questo rimedio fosse dato soltanto contro le sentenze viziate da un errore di diritto (39); in realtà, come le locuzioni usate da altre leggi dimostrano (40), e come sostanzialmente prova la natura dell'istituto, la *supplicatio* era rivolta contro le sentenze date *contra ius litigatoris*, non già contro quelle date *contra ius constitutionis*, che, come si è visto, erano inesistenti senza bisogno di alcun rimedio (41). La *supplicatio* contro le sentenze dei *Praefecti praetorio* non differiva dunque dall'appello per i presupposti (42) (poteva servirsi di essa la parte che si credesse ingiustamente soccombente: anche, dunque, per semplice errore di fatto), ma per le modalità del suo esercizio, come il termine entro cui si poteva esperimentare (43), e il giudice dinanzi a cui essa si portava, che non era un giudice superiore, ma lo stesso giudice che aveva pronunciato la precedente sentenza: se si volesse dunque, pur senza costrutto alcuno, trovar delle somiglianze tra la *supplicatio* romana e qualche istituto del nostro processo, non al ricorso per cassazione si potrebbe paragonarla, ma, se mai, alla domanda di rivocazione (44).

---

(39) Cfr. Engelmann, *Röm. Civilpr.*, pag. 143; così anche, sulle traccie dello Chenon, il Garsonnet, *Traité*, § 2296.

(40) Nella Nov. 119, c. 5, cit., l'unico presupposto per l'esercizio della *supplicatio* è che *unus forsan litigantium putaverit se gravari, ... putat se laesum, se gravatum putaverit.*

(41) Cognetti de Martiis, § 19; Skedl, *Nichtigkeitsbeschw.*, pag. 118. Lo stesso Azone, commentando la l. *un.* C., VII, 42, avverte: *Si contra ius. Non hoc dicitur ius praeceptorie, cum nulla est sententia contra ius lata, sed contra iuris rationem.*

(42) Il Cognetti, pag. 85, vede nella *supplicatio*, la natura di un *rest. in integrum;* ma le sue affinità coll'appello si manifestano anche negli effetti secondari dell'istituto, come, per esempio, nell'effetto sospensivo che essa aveva se veniva esperimentata entro i dieci giorni dalla sentenza, cit. Nov. 119, c. 5.

(43) La *supplicatio* poteva essere esperimentata entro un biennio: l. *un.* C. *de sent.*, VII, 42.

(44) Cfr. Tarbé, *Cassation*, pag. 10, nota 1; Crepon, *Cassation*, I, n. 1; Chenon, *Cassation*, pag. 8-9; Pisanelli, *Comm.*, IV, nn. 10-25; Scialoia, *Procedura*, pag. 467; Stolfi, *La riforma della Corte di cass.*, pag. 201; Mattirolo, *Trattato*, IV, 330.

CAPO SECONDO

DIRITTI GERMANICI

LETTERATURA.

a) CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo* (in *Saggi*, Bologna, 1904, pag. 129 e segg.); GAUDENZI, *Salica Legge*, in « Dig. it. », XXI, P. 1°, pag. 190 e segg.; MORTARA, *Appello civile* (in « Dig. it. » cit.), parte storica, nn. 161-179; PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI: *Storia della procedura* (2. ediz., Torino, 1900-1902); SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano — Le fonti: leggi e scienza* (3. ed., Città di Castello, 1904).

b) BONCENNE, *Théorie de la procédure civile* (2ª ed., completata da BOURBEAU, Paris, 1840-1847), vol. I; CHENON, *Origines, conditions et effets de la cassation* (Paris, 1882); ESMEIN, *La chose jugée dans le droit de la monarchie française* (in « Nouv. Rev. hist. », XI, 546); FOURNIER, *Essai sur l'histoire du droit d'appel*, citato, P. 2ª; GLASSON, *Histoire du droit et des institutions de la France* (8 volumi, Paris, 1887-1903), vol. 3°.

c) BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilpr.* cit., vol. IV: *Der germanisch-romanische Civilprocess* (1868); BODEN, *Das Urteil im altnorwegischen Recht* (in « Zeit. Sav. », Parte germanica, XXV, 1903, pag. 1), § 5; BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte* (1° vol., 2ª ed., Leipzig, 1906; 2° vol., 1ª ed., Leipzig, 1887); *Die Entstehung der Schwurgerichte* (Berlin, 1872); *Zeugen- und Inquisitionsbeweis des Karolingischen Zeit* (in *Forschungen zur Gesch. des deuts. u. franz. Rechtes*, Stuttgart, 1894, pag. 88); *Wort und Form in altfranz. Prozess* (*ibidem*, pag. 260); *Grundzüge der deuts. Rechtsgeschichte* (4. Aufl., Leipzig, 1910); ENGELMANN, *Der mittelalterlich deuts. Prozess* (in *Der Civilprocess*, II. Band: *Geschichte des Civilpr.*, I, Breslau, 1890); FICKER, *Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, I, Bd. (Innsbrück, 1868); GAL, *Die Prozessbeilegung nach den fränkischen Urkunden des VII-X Jahrhunderts* (Breslau, 1910); *Rechtskraft der fränkischen Urteil?* (in « Zeit. Sav. », XXXIII, Parte germanica, 315); *Der Zweikamp im fränkischen Prozess* (*ibidem*, XXVIII, 236); KLEINFELLER, *Lehrbuch des deuts. Zivilpr.* (2. Aufl., Berlin, 1910), § 114; LIEBERMANN, *Die Gesetze der Angelsachsen* (Halle, 1903); MEYER, *Spirito, origine e progressi delle istituzioni giudiziarie* (trad. MALAGOLI-VECCHI, PRATO, 1838 e segg.), volumi 5, I, 19; PLANCK, *Die Lehre von dem Beweisurteil* (Göttingen, 1848); *Das deuts. Gerichtsverfahren in Mittelalter* (Braunschweig, 1879), I. Bd., I. Hälfte, § 39; SANDER, *Syndicatsklage*, citato; SCHMIDT (R.), *Lehrbuch*, citato, § 8; SCHULTZE, *Privatrecht und Process*, citato, Vierter Abschn.; SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre deuts. Civilprocess-Gesetzgebung*

(Berlin, 1898); SEELMANN, *Der Rechtszug im älteren deuts. Recht* (Breslau, 1911); SIEGEL, *Geschichte des deuts. Gerichtsverfahren* (Giessen, 1857), 1, § 22; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, citato; SOHM, *Die Fränkische Reichs- und Gerichtsverfassung* (ristampa, Leipzig, 1911), § 7; *Der Prozess der Lex Salica* (Weimar, 1867); WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte* (2. Aufl., Kiel, 1870).

Capitolo V

LA DISAPPROVAZIONE DELLA SENTENZA ("URTEILSSCHELTE")

Sommario: 38. La contrapposizione germanica tra *Richter* ed *Urteilsfinder*. — 39. Origine della *Urteilsschelte*. — 40. Suoi caratteri fondamentali. — 41. L'errore di diritto nel processo germanico. — 42. Il principio della validità formale della sentenza. — 43. Recente reazione contro la teoria tradizionale su quest'argomento.

38. — Per seguire anche in questa parte del mio studio il criterio, già tenuto nella precedente trattazione sul diritto romano, di mettere in evidenza nel modo più succinto possibile quei soli punti che possono avere diretta attinenza col mio tema, debbo avvertire che una esatta nozione degli istituti processuali germanici non si può acquistare se non tenendo presente la contrapposizione, caratteristica allo ordinamento giudiziario di quasi tutte le popolazioni germaniche (1), ma in ispecie di quelle del gruppo franco (2), tra l'organo che, per mezzo di un lavoro logico, trova il contenuto della futura sentenza (*Urteilsfinder*) e l'organo rivestito di sovranità che proclama come sentenza obbligatoria il responso trasmessogli dal primo e, lasciandone invariato il contenuto, lo trasforma, attraverso la propria autorità, in un concreto comando (*Richter*) (3). Simile contrapposizione si manifesta con speciale chiarezza nel diritto franco: mentre la presidenza del tribunale era tenuta da un rappresentante del potere sovrano (di regola il *comes*) (4), il contenuto della sentenza era trovato da un col-

---

(1) Cfr. sulle diverse forme che tale contrapposizione assunse nei varii diritti germanici: Brunner, *Rechtsgeschichte*, I, § 20; Engelmann, *Mitt. deuts. Prozess*, § 6; Glasson, *Histoire*, III, §§ 23 e segg.

(2) Sui gruppi cui possono classificarsi i diritti germanici, cfr. Schupfer, *Le Fonti*, pag. 54 e segg.

(3) Cfr. Schultze, *Privatrecht und Prozess*, Vierter Abschn. *Das germanische Gerichtsurteil*, specialmente il § 6, pag. 97 e segg., ove mostra la contrapposizione tra *Rechtsinhalt* e *Rechtsbefehl*; Brunner, *Geschichte*, I § 20, pag. 208 e sg.

(4) Cfr. Sohm, *Gerichtverf.*, § 7.

legio di privati cittadini, rappresentanti del popolo, in mezzo a cui erano scelti (*rachimburgi* nella legge salica, poi *scabini*), e da loro il presidente riceveva il responso per proclamarlo solennemente come sentenza rivestita di forza obbligatoria (5). Ma il presidente ed i giudici non formavano essi soli il tribunale: al giudizio assisteva anche la assemblea popolare, e, poichè i giudici nel trovare il contenuto della sentenza, agivano appunto come rappresentanti di essa, il loro responso aveva valore solo in quanto l'assemblea, tacitamente o espressamente, lo approvasse come conforme alla generale coscienza giuridica (6). Il responso dato dai giudici popolari non creava dunque immediatamente il contenuto della futura sentenza, ma costituiva una proposta, un suggerimento, il quale, soltanto ove trovasse l'assenso della assemblea circostante, acquistava forza definitiva e poteva esser proclamato dal presidente come sentenza obbligatoria.

39. — Di fronte all'assemblea giudiziaria così costituita, le parti che volevano ottenere la decisione di una loro controversia comparivano non come dinanzi ad una autorità superiore, ma come dinanzi a loro pari, dalla cui imparzialità attendevano la approvazione delle loro pretese (7); la circostanza che i litiganti avevano un proprio interesse nella lite da decidere, non toglieva loro la qualità di componenti l'assemblea giudiziaria e la capacità di interloquire come tali sulla bontà della decisione che i giudici proponevano all'approvazione dei circostanti. Da questa posizione singolare dei litiganti nell'antico processo germanico, scaturisce l'istituto tutto proprio a quel processo, che i tedeschi chiamano *Urteilsschelte;* che nelle fonti germaniche redatte in latino vien indicato, tra le varie espressioni, con quella di *contradicere sententiae* (8), *iuditium blasphemare* (9); che nel diritto francese feudale diventerà la *faussation de jugement;* e che italianamente può esser chiamato la « disapprovazione della sentenza » (10).

La domanda che l'attore proponeva dinanzi all'assemblea giudiziaria (lo stesso si può dire rispettivamente per la risposta che il convenuto gli contrapponeva) mirava a far sì che il tribunale adottasse come sentenza la proposizione giuridica che l'attore enunciava: la domanda in giudizio era dunque in sostanza una proposta di sentenza,

---

(5) Sui *rachimburgi,* cfr. Sohm, *Gerichtsverf.,* § 7.

(6) Cfr. Brunner, *Geschichte,* I, § 20.

(7) Planck, *Beweisurteil,* pag. 4 e 14.

(8) *Lex Sal.,* 57, 4.

(9) *Cap. miss.,* 805.

(10) Sui molteplici modi con cui l'istituto viene indicato nelle fonti germaniche, cfr. Brunner, *Geschichte,* II, § 101, pag. 536, note 3-13.

che la parte, nel proprio interesse, ma in qualità di membro della consociazione giudicante, portava all'assemblea per ottenerne l'assenso (11). Se i giudici facevano propria la proposta avanzata dal litigante, e se questa, enunciata da loro, riscuoteva l'approvazione del popolo adunato, la sentenza veniva pronunciata in modo conforme alla richiesta della parte; ma se i giudici, al contrario, proponevano una decisione contraria alla richiesta dell'interessato, ossia facevano all'assemblea una proposta di sentenza diversa dalla proposta di sentenza contenuta nella domanda della parte, allora questa, che nei giudici vedeva non degli ufficiali suoi superiori (12), ma dei liberi suoi pari, poteva insorgere contro il responso di essi, sostenendo che era sbagliato e che la vera decisione avrebbe dovuto essere conforme alla sua propria richiesta. Tutti quanti i membri della assemblea giudiziaria potevano d'altra parte, come tali, rifiutare il loro assenso alla proposta fatta dai giudici, allo scopo di impedire che questa potesse diventar sentenza attraverso la proclamazione del presidente; ma, oltrechè questa opposizione puramente negativa, ciascuno degli astanti poteva contrapporre al responso dei giudici una attività positiva, vale a dire trovare a sua volta una proposta di decisione diversa da quella del collegio giudicante, e porla dinanzi alla loro, sostenendo che essa era la sola decisione corretta (13).

Tanto nel caso in cui la parte, respinta nella sua domanda, insorgesse contro la proposta dei giudici, quanto nel caso in cui a questa proposta un qualsiasi membro dell'assemblea opponesse una controproposta di contenuto diverso, nasceva la necessità di decidere quale delle due affermazioni antagonistiche fosse quella meritevole di esser proclamata come sentenza (14); nasceva cioè la necessità di un nuovo giudizio volto a determinare quale doveva essere il contenuto di una sentenza non ancora ufficialmente proclamata.

40. — Si intende da questo breve accenno come nella disapprovazione della sentenza dell'antico diritto germanico non possa trovarsi alcuna somiglianza col mezzo di gravame *stricto sensu*, di

---

(11) PLANCK, *Beweisurteil*, pag. 13-14.

(12) PLANCK, pag. 17-18.

(13) Cfr. PLANCK, *ibidem;* ID., *Gerichtsverfahren*, I, § 39, pag. 270; il SIEGEL, *Gerichtsverfahren*, pag. 148, nota 5, insegna invece che la *Schelte* è sempre una attività della parte, mentre il terzo non partecipante alla lite deve limitarsi a negare la sua approvazione alla proposta di sentenza avanzata dai giudici.

(14) BRUNNER, *Geschichte*, II, pag. 358: Il disapprovante (*Scheltende*) non si può limitare ad opporsi alla sentenza disapprovata, ma deve da parte sua proporre una controsentenza, quale sentenza migliore secondo la sua opinione. Egli propone ciò come membro dell'assemblea giudiziaria.

cui si è visto nascere la nozione nella *appellatio* romana, nè, in generale, con qualsiasi altro mezzo destinato a toglier di mezzo o a modificare gli effetti giuridici di una sentenza già nata (15). Infatti la disapprovazione della sentenza non mira a toglier forza ad un giudicato già formatosi, ma mira ad impedire che si formi quello stato di consenso nell'assemblea giudiziaria senza il quale un giudicato non può in alcun modo prodursi. La vera natura della *Urteilsschelte* germanica è stata colta colla maggior chiarezza dallo SCHULTZE (16), secondo il quale « l'appellazione è un mezzo per l'impugnativa di una sentenza giudiziaria, allo scopo di porre una più giusta e miglior sentenza al luogo di quella già pronunciata. La *Urteilsschelte* tedesca invece non è in generale un mezzo per l'impugnativa di una sentenza giudiziaria, ma bensì uno dei mezzi per trovare il contenuto più corretto possibile ad una sentenza che dovrà essere pronunciata in avvenire. Essa è quindi un atto ed un procedimento che ha luogo non *dopo*, ma *prima* della pronuncia della sentenza nel nostro senso moderno; un atto che non deve correggere una sentenza (nel senso moderno), ma, come ogni altro atto che abbia luogo prima della sentenza, deve contribuire alla massima correttezza possibile del contenuto della sentenza futura » (17).

Questa natura caratteristica dell'istituto germanico è confermata da alcune sue manifestazioni esteriori.

Anzitutto, poichè l'opposizione che ciascuno degli astanti poteva sollevare contro la decisione proposta dai giudici popolari aveva lo scopo di impedire che questa proposta venisse approvata dal-

---

(15) Oziose sono dunque tutte le discussioni svoltesi prima che si avesse un chiaro concetto della *Urteilsschelte*, per risolvere la questione se i più antichi popoli germanici conoscessero un mezzo di gravame contro la sentenza: cfr. MORTARA, *Appello civile*, nn. 161-179 ed ivi la bibliografia; PISANELLI, *Commentario al C. P. C. sardo*, IV, nn. 12 e 22; FOURNIER, *Essai*, pag. 96 e segg.; MEYER, *Istituzioni giudiziarie*, lib. II, cap. XIX (vol. I della traduzione); BONCENNE, *Théorie*, vol. I, cap. XV.

(16) *Privatrecht und Prozess*, pag. 147; già però lo stesso concetto in SOHM, *Gerichtsverfahren*, 374. Cfr. SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 8-9.

(17) STEIN, *Das Zivilprozessrecht*, § 71 (in « Encykl. der Rechtswissenschaft » di BIRKMEYER), osserva giustamente che la *Urteilsschelte die Verheinderung, nicht die Nachprüfung des Urteils bezweckte;* WACH, *Vorträge*. La natura della *Urteilsschelte*, mezzo precedente al formarsi della sentenza, non posteriore alla sentenza formatasi, si manifesta anche nel fatto che gli storici più recenti (cfr. BRUNNER, II, § 101) pongono, nella trattazione sistematica dell'antico processo germanico, prima la trattazione sulla *Urteilsschelte*, poi quella sulla *Urteil;* non, come i trattatisti del processo moderno, prima la teoria della sentenza, poi quella dei mezzi per impugnarla.

l'assemblea e quindi proclamata come sentenza dal presidente, essa opposizione doveva di regola avvenire prima che l'assemblea avesse assentito alla proposta e prima che il presidente le avesse impresso, colla sua proclamazione, il carattere di un concreto comando (18); una quantità di testi appartenenti a diverse legislazioni germaniche riaffermano tutti il principio che la decisione proposta dall'organo incaricato di trovare il contenuto della sentenza poteva essere disapprovata solo immediatamente, ma non dopochè il dibattimento giudiziario si fosse chiuso o le parti si fossero allontanate dal luogo del giudizio (19).

Dalla natura sopra delineata della *Urteilsschelte* derivava poi nel suo esercizio processuale una seconda conseguenza caratteristica, che dimostra in modo evidente quanto essa differisce dall'*appellatio* romana: se di fronte alla proposta del collegio giudicante una delle parti in causa o anche uno qualunque dei liberi presenti sollevava una controproposta, dicendosi pronto a provarne la bontà, sorgeva un conflitto tra due parti, le quali non erano più quelle che già avevano sottoposto la loro controversia al giudizio dei rachimburgi. Nasceva così un nuovo giudizio interamente diverso da quello già iniziato, che aveva da un lato i giudici popolari, dall'altro colui che aveva disapprovato il loro responso e che poteva anche essere un membro qualunque della consociazione, estraneo alla controversia precedente: l'attore e il convenuto della lite originaria potevano così restare interamente al difuori dal nuovo dibattito (20), il quale non mirava a decidere una seconda volta il rapporto giuridico controverso, ma a stabilire, in una specie di procedimento incidentale che lasciava in sospeso il giudizio originario, se la controproposta del disapprovante fosse giuridicamente più corretta del responso dato dal collegio. Non è sicuro quali fossero originariamente le forme per decidere questo nuovo conflitto, nè quale fosse il tribunale dinanzi a cui esso si risolveva. In quanto alle forme, mentre in periodi posteriori alla legge Salica la disapprovazione dava luogo ad un vero e proprio duello, pare che in origine la prova della bontà della sentenza dovesse esser fornita dai due contendenti con mezzi formalistici ordinarî, specialmente col

---

(18) Brunner, *Geschichte*, II, pag. 357; Schultze, *Privatrecht und Prozess*, pag. 148; Sohm, *Gerichtsverfahren*, pag. 374.

(19) V. testi in Brunner, l. c., note 17-18; Planck, *Gerichtsverfahren*, I § 39, pag. 274 ed ivi fonti del diritto tedesco; cfr. anche per l'antico diritto francese Brunner, *Wort und Form*, pag. 345; per i diritti anglosassoni Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, II. Bd., II. Hälfte, *Rechts- und Sachglossar*, alla voce *Urteilsschelte*, pag. 703-704.

(20) Brunner, II, pag. 358; Skedl, *Nichtigkeitbeschwerde*.

giuramento (21); in quanto poi all'autorità dinanzi alla quale il nuovo dibattito dovesse svolgersi, questa non poteva certo essere il primo tribunale, poichè il disapprovante aveva colla sua ribellione negato l'idoneità di questo a dare una buona sentenza: bisognava dunque ricorrere ad una più sicura sorgente di diritto, la quale assai spesso si trovava presso un consesso giudiziario politicamente superiore a quello dinanzi a cui la prima controversia si era iniziata. Ma questo passaggio del dibattito a un tribunale superiore, cui poteva dar luogo, specialmente in un periodo posteriore di sviluppo, la *Urteilsschelte,* non deve far credere ad una identità con quel ricorso al superiore gerarchico che è la sostanza dell'*appèllatio romana*: infatti nel diritto germanico il giudizio si portava dinanzi all'autorità superiore solo in quanto essa costituiva una più pura sorgente di diritto, non già in quanto essa possedesse per ragion di gerarchia un diritto di controllo sul giudice inferiore (22).

41. — Un processualista tedesco, il KLEINFELLER (23), nell'esporre i caratteri fondamentali della *Urteilsschelte* negli antichi diritti germanici, ha riavvicinato questo istituto ad un vero e proprio mezzo di gravame del moderno processo, cioè alla *Revision* (oltre, capo VI), osservando che la *Urteilsschelte,* al modo stesso che la moderna revisione presuppone costantemente una violazione di legge, poteva essere esperimentata soltanto per errore di diritto.

Questo riavvicinamento, basato su una somiglianza puramente estrinseca, potrebbe indurre a considerare la *Urteilsschelte* come un precedente dei moderni mezzi di impugnativa limitati alla questione di diritto, e quindi anche del ricorso per cassazione francese ed italiano (di cui la revisione tedesca è un derivato); a mostrare come tale induzione sarebbe assolutamente erronea, basterà osservare quanto

---

(21) BRUNNER, *Geschichte,* II, pag. 359, note 29 e 30. Cfr. anche SIEGEL, *Gerichtsverfahren,* I, § 22, pag. 150; GÀL, *Der Zweikampf im fränkischen Prozess,* cap. VI, pag. 276.

(22) PLANCK, *Beweisurteil,* pag. 22 e segg.

(23) *Lehrbuch,* § 114, n. 4: « L'ordinanza processuale civile, secondo il modello delle legislazioni del 19° secolo, è tornata al principio romano della illimitata ammissione di nuove produzioni nel procedimento di appello e di querela; ma assicura poi in forma di revisione un mezzo di gravame di fronte alle sentenze di appello dei tribunali provinciali superiori (*Oberlandesgerichte*), il cui scopo è affine a quello della *Urteilsschelte* tedesca, in quanto il supremo tribunale deve procedere soltanto ad un esame della questione di diritto in base al fatto di causa accertato dal tribunale di appello » (pag. 492-493). Cfr. anche ENDEMANN, *Civilprocessrecht,* § 227, n. 3.

profondamente differisse l'ufficio del giudice germanico da quello del giudice nel processo moderno (24).

Si è già veduto che il giudice romano (e lo stesso può dirsi per il giudice moderno) aveva essenzialmente l'ufficio di applicare la norma posta dal legislatore a un rapporto di fatto accertato nel giudizio: poichè nel diritto romano la giurisdizione consisteva dunque in una applicazione della norma astratta al rapporto concreto, il giudice non doveva limitarsi a risolvere una pura questione di diritto, decidendo accademicamente quale sarebbe stata la conseguenza giuridica dei fatti affermati dalle parti, nella ipotesi che questi fatti fossero veri; ma doveva bensì convincersi della verità dei fatti dedotti in giudizio e decidere quale effetto giuridico si era praticamente prodotto nella realtà. Ambedue le premesse del sillogismo giudiziario venivano per tal modo costruite dal giudice: e già abbiamo accennato come, sulla validità della sentenza, avesse una conseguenza pratica la contrapposizione di *quaestio iuris* e *quaestio facti* (retro, capit. II).

Un significato tutto diverso aveva invece, presso i popoli germanici, il giudizio al quale era chiamata l'adunanza dei liberi. Si consideri anzitutto che, mentre il giudice romano aveva dinanzi a sè, come inderogabile guida, la norma posta da un potere legislativo superiore a lui, l'assemblea giudiziaria germanica riuniva in sè anche il potere legislativo, in quanto non esisteva al disopra di essa una legge scritta posta in precedenza per tutti i possibili casi, ma solo esisteva un diritto consuetudinario vivente nella coscienza giuridica dei singoli membri della consociazione, i quali dovevano, di volta in volta, trovare la norma specifica che faceva al caso concreto (25).

Mentre nel processo romano, come nel processo moderno, le parti andavano dinanzi al giudice affinchè egli deducesse, dalla norma già formulata in antecedenza dal legislatore, la concreta volontà di legge che si adatta al caso concreto, nel processo germanico la parte chiedeva anzitutto all'adunanza giudiziaria la formulazione di una norma di legge, un ragguaglio sulla esistenza di un principio giuridico contenuto nella coscienza comune del popolo, ma, non espresso finora in un codice scritto: poichè l'assemblea giudiziaria presso i popoli germanici era, come dice il Planck (26), il codice vivente, la depositaria della coscienza giuridica nazionale, essa sola era in grado di dare un valido responso sul diritto esistente.

Accanto a questa proprietà fondamentale del processo germa-

---

(24) V. accennato questo punto nel mio *Error in iud.*, n. 5 e note.

(25) Planck, *Beweisurteil* cit., pag. 9 e segg.; Schultze, *Privatrecht und Prozess*, § 6.

(26) *Beweisurteil*, pag. 9.

nico, per cui l'assemblea giudiziaria, ovvero, in sua rappresentanza, i rachimburgi o gli scabini, non erano chiamati ad applicare il diritto codificato, ma a trovare ed a formulare per la prima volta il diritto consuetudinario, un altro carattere di questo processo ha qui sostanziale importanza: che, cioè, i giudici germanici, dopo avere formulato il principio giuridico corrispondente alla coscienza popolare, e stabilito quali conseguenze concrete ne sarebbero derivate ove i fatti dedotti dalle parti fossero stati veri, non procedevano a indagare ulteriormente se i fatti stessi erano storicamente avvenuti, e, in base a tale accertamento, a compiere la definitiva sussunzione di essi sotto il principio di diritto già trovato. In uno stato di civiltà ancor primitivo, com'era quello dei popoli germanici, il libero aveva diritto a pretendere che si dovesse ammettere come vero quello di cui egli affermava la verità (27); talchè, mentre l'assemblea giudiziaria poteva contrapporre alla affermazione di diritto avanzata dal singolo una affermazione giuridica diversa, dedotta dalla coscienza popolare, non poteva essa all'assicurazione data da una parte sulla verità o falsità di un fatto contrapporre il proprio convincimento sulla esistenza storica di tale circostanza di fatto (28). Per conseguenza nel processo germanico l'applicazione concreta del diritto al fatto, ovvero la concreta sussunzione del fatto sotto la norma era rilasciata alle parti, le quali non dovevano ricostruire dinanzi al giudice tutto quanto il sillogismo da cui deducevano la loro concreta pretesa, ma gli presentavano soltanto la premessa maggiore e la conclusione del sillogismo stesso, affinchè il giudice decidesse se ed in che limiti la pretesa della parte trovasse appoggio nel diritto consuetudinario (premessa maggiore) e insieme qual'effetto giuridico dovesse prodursi ove la parte riuscisse o non riuscisse a fornire la prova nel modo prestabilito dal giudice (conclusione del sillogismo, ma data in modo ipotetico) (29). Le parti, dunque, non sottoponevano mai ai giudici delle affermazioni di fatto, ma solo delle pretese di diritto, offrendosi di provarne la fondatezza con dei mezzi probatori puramente formali (30): e i giu-

---

(27) PLANCK, *Beweisurteil*, pag. 38.

(28) Oltreché PLANCK, loc. cit., cfr. ENGELMANN, *Mitt.-deuts. Prozess*, pag. 43.

(29) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 58, n. 1; e *Staatslehre*, II. Bd., I. Theil, 338-339.

(30) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1: « Tema di prova non i ***singoli fatti***, ma ***l'affermazione giuridica*** di una parte »; GAUDENZI, *Salica Legge*, n. 41; PLANCK, *Beweisurteil*, pag. 38, 48, 93; ENGELMANN, l. c.; POLLAK, *System des österr. Zivilpr.* (Wien, 1903), I, § 83, pag. 404; HÄNEL, *Beweissystem des Sachsenspiegels*, 1858; ZALLINGER, *Wesen und Ursprung des Formalismus in altdeutschen Privatrecht*, 1898. Un accenno sintetico di questo e di altri punti essenziali dell'antico processo germanico in SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre*, pag. 6-7.

dici non decidevano mai delle questioni di fatto, ma solo delle questioni di diritto relative all'ammissibilità o all'onere della prova, ed alle conseguenze giuridiche della riuscita di questa prova (onde la sentenza dicevasi « bilingue », *sweizungig*) (31). Per concludere, nell'antico processo germanico l'attività logica che i giudici compievano nel dar la sentenza non resultava, come nel processo romano, dalla risoluzione di due gruppi di questioni, quelle di diritto e quelle di fatto: i giudici germanici *risolvevano soltanto questioni di diritto,* in quanto la risoluzione delle questioni di fatto era affidata alle parti, le quali fornivano la prova non prima della sentenza, per convincere il giudice, ma dopo la sentenza (*Beweisurteil*), per raggiungere l'effetto giuridico determinato dal giudice (32).

Stabilito così che la funzione propria di coloro che, nell'antico processo germanico, dovevano trovare il contenuto della sentenza, si limitava alla risoluzione della pura questione di diritto, si intende come la disapprovazione del loro responso non potesse avvenire se non quando il disapprovante riteneva che in questo responso fosse contenuto un errore di diritto. Ma tale limitazione della *Urteilsschelte* ai soli errori di diritto non derivava da una proprietà speciale dell'istituto, sibbene da una proprietà generale della giurisdizione nell'età germanica: insomma, la *Urteilsschelte* era limitata agli errori di diritto non perchè essa portasse a riesaminare tra le diverse questioni discusse nel primo giudizio solo quelle di diritto, operando una specie di selezione nel tema della controversia già dedotto in lite, ma perchè qualunque controversia giudiziaria escludeva sempre, in quel sistema processuale, le questioni di puro fatto. E' dunque evidente che nella sostanza nulla di comune può scorgersi tra la disapprovazione germanica e i moderni mezzi di gravame limitati alla que-

---

(31) Cfr. SIEGEL, *Gerichtsverfahren,* § 23, pag. 152 e segg.; BRUNNER, *Die Entstehung der Schwurgerichte,* pag. 46; e *Geschichte,* II, pag. 363; PLANCK, *Gerichtsverfahren,* I, § 41 e 43.

(32) Il SIEGEL, *Gerichtsverfahren* cit., scrive (pag. 147-148): « All'ufficio degli scabini non appartiene l'esame e l'apprezzamento di fatti; essi non devono decidere se qualcosa è andato così o altrimenti, ma semplicemente ed unicamente *creare quello che deve accadere.* Ciò che deve accadere è il diritto, *lex..* ». Ed il SOHM, *Gerichtsverfassung,* pag. 127: « ... il tribunale tedesco non deve di regola conoscere sulla parte di fatto del rapporto controverso. Al tribunale tedesco non compete di formarsi un'opinione sulla verità o falsità delle affermazioni delle parti. Esso pronuncia la sua sentenza definitiva prima della prova, perchè niente deve esser provato ad esso. La cognizione processuale del processo tedesco ha per ufficio soltanto l'accertamento di norme di diritto, *legem dicere,* non accertamento di fatti »; anche BRUNNER, *Geschichte,* II, pag. 362, e, in modo più deciso, SCHMIDT, *Lehrbuch,* pag. 58, nota 1; ENGELMANN, *Mitt. deuts. Prozess,* pag. 86; BRUNNER, *Grundzüge,* § 9.

stione di diritto: anche il KLEINFELLER, del resto, nota che le diversità esistenti tra il diritto moderno e quello medievale attribuiscono alla Revisione « una natura totalmente diversa da quella della disapprovazione della sentenza » (33).

In relazione alla natura speciale della funzione del giudice germanico, bisogna guardarci, quando nelle fonti vediamo contemplato il caso di sentenze date *contra legem* o *non secundum legem* (oltre, Capitolo VI), dal credere che simili espressioni mirino a distinguere la pronuncia viziata da un errore di diritto da quella contenente un semplice errore di fatto. Nell'antico processo germanico, invece, tutti gli errori di giudizio erano necessariamente errori di diritto: poichè in quel processo il giudice limitavasi a *dicere legem*, non si poteva configurare l'ipotesi di una sentenza che fosse errata e contemporaneamente non fosse *contra legem* (34).

42. — Se la limitazione della *Urteilsschelte* alla pura questione di diritto ha una natura interamente speciale e giustificata dal sistema giudiziario cui essa appartiene, onde non è aperto alcun adito a rintracciare in essa il primo esempio del moderno mezzo di gravame limitato alle questioni di diritto, si ebbe invece nel diritto germanico un principio fondamentale che esercitò nei diritti posteriori un esteso influsso, tanto che i suoi effetti pratici possono essere tuttora avvertiti: voglio dire il principio che lo SKEDL chiama *della validità formale della sentenza* (*das Princip der Formalkraft des Urteils*) (35).

Questo principio, che lo SKEDL ha esplicitamente formulato, ma che da tutta la dottrina germanica a lui anteriore era stato implicitamente affermato (36), significa che la *Urteilsschelte* era *l'unico mezzo* conosciuto dall'antico diritto germanico per impedire che un responso ingiusto dei giudici si trasformasse in sentenza, talchè, se essa non veniva immediatamente esercitata prima che il presidente attribuisse al responso la forza di un concreto comando, la sentenza diventava assolutamente inattaccabile e, per il solo fatto di essere stata pronunciata come sentenza, acquistava irrevocabile validità, anche

---

(33) *Lehrbuch*, pag. 493.

(34) V. *Error in iud.*, pag. 12-13.

(35) *Nichtigkeitsbeschwerde* cit., pag. 5; cfr. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo*, pag. 161.

(36) PLANCK, *Beweisurteil*, § 4, pag. 32 e segg., pone come canone dell'antico processo germanico la *Unabänderlichkeit des Urteils*; SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess*, pag. 148, pone la regola che « la sentenza del tribunale (*Gerichtsurteil*) non può mai essere disapprovata, ma solo la risoluzione degli scabini, che ne forma la proposta (*Entwurf*) ». Cfr. anche SOHM, *Gerichtsverf.*, pag. 130.

se era viziata da gravissimi difetti di sostanza. La validità formale della sentenza era dunque la assoluta esclusione di ogni mezzo volto a toglier vigore al comando giuridico pronunciato dal presidente dell'assemblea giudiziaria: si poteva impedire il formarsi di una sentenza ingiusta prima che il suggello di autorità venisse impresso sul responso dei giudici popolari, ma non si poteva in nessun modo e per nessun motivo impugnare la validità di una sentenza già formata attraverso la solenne proclamazione del presidente. La spiegazione di questa assoluta inattaccabilità della sentenza germanica vien trovata nel fatto che la proclamazione del presidente trasformava il responso dei giudici in un vero e proprio precetto di legge. Poichè, come si è avvertito, nell'assemblea dei liberi si cumulava, insieme col potere giudiziario, anche il potere legislativo, si consideravano come esplicazioni di questo secondo potere anche quegli atti che l'assemblea compieva nell'esercizio del primo: la disapprovazione mirava a impedire che la proposta dei giudici si trasformasse in comando col dimostrare che essa non corrispondeva al diritto, che non coincideva colla vera coscienza giuridica della consociazione; ma, una volta stabilito, attraverso il comando del presidente, che la proposta era conforme al diritto, la sentenza doveva aver pieno vigore, nè alcuno poteva sottrarsi al suo impero coll'addurne l'ingiustizia, come non avrebbe potuto sottrarsi all'impero di una norma di legge coll'addurne la illegittimità (37).

Di grande importanza è questo carattere della sentenza germanica in contrapposizione a quanto ho già notato a proposito della sentenza romana. Mentre la pronuncia del giudice romano poteva, fin dal più antico processo, esser considerata inesistente a causa dei vizî ad essa inerenti, e in seguito, nel diritto imperiale, poteva, anche se assolutamente immune da difetti, essere tolta di mezzo per mezzo dell'*appellatio*, al processo germanico era sconosciuto tanto il concetto di nullità (inesistenza), quanto quello di appellabilità della sentenza: qualunque errore, di attività o di giudizio, si sanava irrevocabilmente, nel processo germanico, attraverso il comando del *Richter*, il quale irremissibilmente precludeva la possibilità di tornare a discutere sulla

(37) Planck, *Beweisurteil*, pag. 10, 26, 32-33; e *Lehrbuch*, I, § 79, pag. 472. Lo Schultze, pag. 148, insegna che presso gli antichi popoli germanici, non esistendo norme generali che recassero in sè fin dall'inizio un'astratta forza obbligatoria, l'obbligatorietà legislativa veniva di volta in volta data col comando pronunciato dal *Richter* nelle singole controversie (*Rechtsbefehl*), talchè la sentenza era considerata come legge; e altrove (pag. 118) nota che « la sentenza germanica vale in un solo atto a compier la funzione per la quale oggi occorrono due atti; prima una legge e poi una sentenza ». Cfr. anche Skedl, *Nichtigkeitbeschwerde*, pag. 5, nota 10.

decisione divenuta legge. Di fronte al diritto romano, che potè estendere alla sentenza il concetto di nullità proprio del negozio privato, i diritti germanici considerarono la sentenza come espressione irrevocabile della sovranità pubblica, impersonata nella assemblea giudiziaria e nel suo presidente; e l'autorità della sentenza fu equiparata in tutto, appunto per il suo carattere di atto emanante dal potere sovrano, alla autorità della legge.

43. — In opposizione a questo modo, ormai tradizionale, di concepire la *Urteilsschelte* e il principio della *validità formale* proprio alla sentenza germanica, una concezione perfettamente opposta è sostenuta da alcuni recenti studiosi degli antichi diritti germanici (38).

Secondo questa seconda concezione, la *Urteilsschelte* non è affatto quell'istituto particolare già descritto che precede il compiersi della sentenza, ma è un caso, tra i molti che i diritti germanici presentano, di ricorso (*Rechtzug*) al superiore contro la sentenza ingiusta già pronunciata dal giudice inferiore. Mentre la opinione tradizionale ritiene che la disapprovazione della sentenza sia un istituto originario, comune a tutta la razza germanica e trasformatosi o scomparso poi, nei diversi popoli, sotto l'influsso di diritti stranieri, il SEELMANN (39) crede che istituto comune delle razze germaniche sia il ricorso all'autorità superiore, il quale ha assunto i caratteri speciali della *Urteilsschelte* solo in un periodo posteriore (per es. nel diritto francese feudale) (40): mentre la opinione tradizionale crede che lo sviluppo più caratteristico della *Urteilsschelte* nella sua costruzione originaria si debba scorgere nel diritto franco (avendo di mira il quale ho appunto cercato, nelle precedenti pagine, di dare il profilo generale dell'istituto), il SEELMANN crede che proprio nel diritto franco sia esistito come mezzo normale di impugnativa contro le sentenze solo un ricorso al superiore, e che una « disapprovazione » della sentenza nel senso sopra indicato non si sia avuta mai (41); nega di conseguenza a questo ricorso tutti quei caratteri coi quali viene descritta la *Urteilsschelte*: esso non doveva interporsi contro la proposta di sentenza, ma contro la sentenza già pronunciata, e quindi aveva efficacia anche se esperimentato dopochè il presidente dell'adunanza giudiziaria aveva solennemente proclamato il responso dei giudici, poichè, anzi, più che contro il responso dei giudici, si dirigeva contro il

---

(38) SEELMANN, *Rechtszug in älteren deutschen Recht;* GÀL, *Prozessbeilegung nach dem fränkischen Urkunden des VII-X Jahrunderts;* e *Rechtskraft des fränkischen Urteil?*

(39) *Rechtszug,* specialmente §§ 73 e segg.

(40) *Ib.,* pag. 102.

(41) *Ib.,* pag. 103.

comando del presidente (42); esso conduceva non ad una nuova lite, incidentale alla prima, tra i giudici ed il disapprovante, ma ad una nuova trattazione della causa stessa, tra le medesime parti; esso era un istituto volto unicamente a ottenere una nuova sentenza, e del tutto separato da quel procedimento di carattere penale che la parte poteva iniziare contro il giudice, per chiedergli conto dell'atto illecito da lui commesso nel dare una sentenza contro la legge (43).

Ma, più che la esistenza della *Urteilsschelte*, gli studî più recenti negano addirittura quel principio della « validità formale » della sentenza che, come si è visto, costituiva fino ad oggi uno dei canoni fondamentali per la intelligenza del processo germanico. In perfetta antitesi all'insegnamento della dottrina quasi unanime, secondo il quale la pronuncia del *Richter* sanava tutti i difetti del responso dato dai giudici popolari, il SEELMANN opina che in tutti quanti i diritti germanici *la sentenza ingiusta era giuridicamente inesistente* (44), tantochè, anche senza bisogno di reclamo, essa non poteva esercitare alcun effetto obbligatorio: data questa premessa, il ricorso al superiore non era un mezzo per far annullare la sentenza ingiusta, ma per ottenere una nuova decisione di quella controversia che in primo grado non era stata decisa validamente. V'è di più: che negli antichi diritti germanici non solo la sentenza ingiusta era considerata inesistente, ma addirittura era ignoto il concetto di cosa giudicata che abbiamo oggidì; il fatto che su una certa controversia era stata pronunciata una sentenza, non impediva alle parti di rinnovare la lite, se non in quanto esse avessero rinunciato a rinnovarla e si fossero obbligate ad osservare la prima sentenza (45). La irrevocabilità del giudicato non derivava quindi dal carattere di legge che gli veniva attribuito dalla pronuncia del potere sovrano, ma dalla volontà delle parti, che si accordavano per non più impugnare la sentenza: a tale conclusione era giunto in Francia, assai prima dei ricordati scrittori tedeschi, l'ESMEIN (46), deducendo dal *Capitulare missorum* dell'805 e da altre fonti (47)

---

(42) *Ib.*, § 141, pag. 176.

(43) Tutto il volume del SEELMANN mira a dimostrare queste affermazioni e non è possibile quindi rinviare a singole parti di esso; specialmente sono interessanti i §§ 61-79.

(44) Op. cit., §§ 65-67, ed ivi fonti, nelle quali, secondo il S., *kommt der Gedanke zum Ausdruck dass das falsche Urteil kein Urteil ist* (pag. 91).

(45) SEELMANN, *Rechtszug*, § 16 e segg.; § 142; § 157 e segg.; GÀL, *Prozessbeilegung*, specialmente n. 2, pag. 4 e segg., 6. Cfr., per gli antichi diritti norvegesi, BODEN, *Urteil im altnorwegischen Recht*, specialmente il § 5; CHIOVENDA, *Principii*, pag. 907.

(46) In « Nouv. Rev. histor. », XI, pag. 546; contro GLASSON, *Histoire*, III, pag. 427, nota 1.

(47) Raccolte da SEELMANN ai §§ 118-119.

in cui si impone ai litiganti di *adquiescere* alla sentenza, o di *blasfemare* la sentenza stessa, la impossibilità del formarsi della cosa giudicata finchè le parti non avevano rinunciato alla ulteriore trattazione della lite (*adquiescere*) (48).

Sfugge ai limiti ed agli scopi di questo lavoro l'esaminare quale delle due concezioni così profondamente diverse tra loro debba ritenersi preferibile: certo è che i sostenitori della prima sono di gran lunga, per numero e per autorità, prevalenti (49). Ed io, dopo aver dato qui un cenno di questo recente moto di reazione contro la teoria tradizionale, dovrò, nel proseguire la mia rassegna storica, serbarmi fedele in massima alla dottrina prevalente, limitandomi a tener conto delle critiche ad essa mosse quando, nel Capitolo seguente, esaminerò le trasformazioni che la *Urteilsschelte* subì nelle diverse leggi barbariche.

---

(48) Altre spiegazioni in BRUNNER, *Geschichte*, II, § 101, nota 43; GLASSON, l. c. nella nota 46, SEELMANN, § 121.

(49) Lo riconosce anche il SEELMANN, pag. 100, ed ivi note con letteratura.

Capitolo VI

TRASFORMAZIONE DELL'ISTITUTO NELLE DIVERSE LEGGI BARBARICHE

Sommario: 44. Leggi romane dei barbari. — 45. La forma originaria della *Urteilsschelte* presso i popoli franchi (Leggi Salica e Ripuaria). — 46. Deviazioni (Leggi degli Alamanni, Bavari, Burgundi, Anglosassoni). — 47. Leggi visigotiche. — 48. Leggi longobardiche: trasformazione del principio della validità formale della sentenza e primi germi della querela di nullità.

44. — Dopo aver cercato di dare, nelle sue linee generali, il concetto della « disapprovazione della sentenza » del processo germanico, occorre vedere come essa si trasformasse al contatto colla civiltà romana e come si andasse a poco a poco avvicinando all'*appellatio*.

Principî quasi totalmente conformi a quelli del diritto romano si trovano a proposito della sentenza e dei mezzi per impugnarla, nell'*Edictum Theodorici* (1), nella *Lex Romana Burgundionum* (2), nella *Lex Romana Visigothorum* (3). Vigono in queste leggi i canoni fondamentali del processo romano: il giudice, per pronunciare la sua sentenza, deve apprezzare direttamente la verità dei fatti dedotti dalle parti (4), e compiere così la sussunzione dei fatti sotto la legge preesistente (5); la sentenza, quando sia pronunciata nei modi di legge (6), ha forza irrevocabile (7), a meno che contenga qualche difetto così grave da impedirle di esistere giuridicamente, nel qual caso *nullius mo-*

---

(1) Sul quale Schupfer, *Fonti*, pag. 37; Brunner, *Geschichte*, I, § 53.

(2) Schupfer, *ib.*, 48; Brunner, I, § 50.

(3) Schupfer, *ib.*, 44; Brunner, I, § 51. Indicazioni generali e bibliografia su queste leggi in Brunner, *Gründzuge*, § 15.

(4) *Ed. Theod.*, 7: *iudex, discussis utriusque partis suggestionibus atque documentis... iudicare debet.*

(5) *Ibid.*

(6) *Ibid.*, 131: *... quod sententia iuste lata constituit possit implert.*

(7) *Lex Rom. Burg.*, XXXIII, 4: *Ceterum praesentibus partibus secundum leges data et relecta sententia postea non poterit revocare;* ivi anche XXXII, 5.

menti sit (48). Contro la sentenza esistente è ammessa l'*appellatio* (9) e la *revocatio in duplum,* secondo i canoni del diritto romano pregiustinianeo (10).

In queste leggi, adunque, nulla appare della *Urteilsschelte* germanica, che presuppone un'organizzazione giudiziaria basata sulla partizione tra *Richter e Urteiler;* si hanno, è vero, minaccie di pene contro il giudice che si lascia corrompere (11) o che giudica contro la legge (12), ma queste hanno più che altro il carattere di misure disciplinari contro l'ufficiale che è venuto meno alla sua funzione pubblica (13) (14).

45. — La *Urteilsschelte* nella sua forma originaria si trova principalmente nelle leggi barbariche del gruppo franco, e specialmente nelle Leggi Salica e Ribuaria; nella prima, accanto alla pena per denegata giustizia, in cui i rachimburgi potevano incorrere allorquando, nonostante la intimazione legale dell'interessato, si rifiutavano di decidere la controversia ad essi sottoposta (15), si trova una disposizione secondo la quale se i rachimburgi *non secundum legem iudicave-*

---

(8) *Ed. Theod.,* 5.

(9) *Lex Rom. Burg.,* XXXIII; *Lex Rom. Vis.,* C. Th., XI, 8-13; II, 1, 6; Nov. Th., 5; Paul., V, 35-39. Non però più di una volta nella stessa causa: *Ed. Athal.,* c. XI.

(10) *Lex Rom. Vis.,* Paul., I, 19 e V, 5, § 7. Cfr. Bethmann-Hollweg, *Germanisch-romanische Civilprocess,* I, pag. 172, 202, 288.

(11) *Ed. Theod.,* 1: *Si iudex acceperit pecuniam, quatinus adversum caput innocens contra leges et iuris publici cauta iudicater, capite puniatur.*

(12) Nelle leggi burgundiche (ed. De Salis, in *Monumenta Germaniae hist., Leges,* II, parte 1ª, pag. 119), la *const. extrav.,* 21, n. 11, *si quis... ex lege expresse iudicare distulerit, multam se noverit inlaturum.*

(13) Cfr. Sander, *Syndikatsklage,* § 5, pag. 13. La disposizione dell'*Ed. Theod.,* n. 2 (*iudex si pecuniam ... acceperit ... in quadruplum quod venalitatis studio accepit, exsolvat, illi profuturum, contra quem redemptus docebitur tulisse sententiam*) ha però più il carattere di un risarcimento alla parte danneggiata.

(14) Nella *Lex Romana Curiensis* (su cui Brunner, *Geschichte,* I, § 52) si trovano disposizioni fondamentalmente romane sull'appello (XI, 8), sulla *supplicatio* (XVII, 6). Il concetto romano della nullità appare nel L. I, 2, *Interpretatio*: *Quicumque homo qui de qualecumque causa ad iudicem contra legem impetraverit, non valeat firmitatem.* Multa contro il giudice trasgressore del rescritto imperiale ivi, *Item alia interpretatio.*

(15) *Lex Sal.,* 57, 1, 2 (testo in Gaudenzi, *Salica Legge* cit., pag. 249); Fournier, *Essai,* cit., pag. 101; Brunner, II, § 101, pag. 354; Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.,* I, pag. 514; Sohm, *Lex Salica,* § 21. Disposizioni sulla querela per denegata giustizia, che, nell'età carolingia si portava al tribunale regio, si trovano nel *cap. Mantuanum,* c. 2-3 (ivi, I, 190), sul quale Brunner, *Forschungen,* pag. 137; cfr. anche Skedl, pag. 38 e Fournier, *Essai,* 123.

runt, his contra quem sententiam dederint causa sua agat, et [si] potuerit adprobare quod non secundum legem iudicassent, DC dinarios qui faciunt solidos XV quisque illorum culpabilis iudicetur (16); una disposizione anche più evidente si trova nella *Lex Ribuaria* (17), secondo la quale *si quis causam suam prosequitur et raginburgii inter eos secundum legem Ribuariam dicere noluerint, tunc illi, in quem sententiam contrariam dixerint, dicat: ego vos tangano, ut mihi legem dicatis. Quod si dicere noluerint et postea convicti fuerint, unusquisque eorum ter quinos solidos multetur. Similiter et illi qui raginburgiis recte dicentibus non adquieverit* (18).

In queste disposizioni (19) si ritrovano tutti i caratteri della disapprovazione della sentenza, che sopra ho descritti. Le parti vanno dinanzi al collegio dei rachimburgi, rappresentanti della consociazione popolare, ed ascoltano pronunciare da essi il responso che ancora non è sentenza: se una delle parti, quella cui il responso dà torto, crede che questo non sia conforme alla legge, può intimare ai rachinburgi che variino la loro opinione e trovino una decisione più conforme al diritto; e, qualora questi persistano nel loro primitivo giudizio, allora nasce (20) tra la parte e i giudici una nuova controversia nella quale si tratta di decidere se veramente i rachimburgi hanno dato un responso contrario alla legge. Se in questa nuova controversia la parte riesce a provare (*potuerit adprobare*) il suo assunto, e i rachimburgi vengono convinti (*convicti fuerint*) del loro errore, la parte ha diritto di ottenere da ciascuno di loro un risarcimento pecuniario; se al contrario la prova della ingiustizia della prima decisione non è raggiunta, tocca alla parte pagare la multa della soccombenza (21).

La disapprovazione della sentenza si avvicina qui assai ad un reclamo per denegata giustizia, in quanto essa rappresenta un attacco contro i rachimburgi perchè non hanno voluto (*si dicere noluerint*) pronunciare una sentenza giusta; non l'atto positivo di aver pronunciato una sentenza contraria alla legge si punisce in loro, ma l'atto negativo di non aver voluto dare una sentenza conforme alla legge (22). Si deve notare che nei testi riportati, che rappresentano la con-

(16) *Lex Sal.*, 57, 3.

(17) Sulla *L. Rib.* v. SCHUPFER, *Fonti*, pag. 65; BRUNNER, I, § 41.

(18) *L. Rib.*, 55.

(19) BRUNNER, *Geschichte*, II, § 101, nota 14; GLASSON, *Histoire*, III, pag. 261, considera questo come un caso di denegata giustizia. Cfr. su questi testi anche SANDER, *Syndikatsklage*, pag. 15.

(20) Non prima della intimazione: BRUNNER, II, pag. 356.

(21) Il tit. LXXXVIII della *L. Rib.* punisce colla morte il giudice che si lascia corrompere.

(22) BRUNNER, II, pag. 357; SEELMANN, *Rechtszug*, pag. 91-92; SOHM, *Lex Salica*, pag. 164 e segg.

cezione originaria della *Urteilsschelte*, non si ammette una indagine sulla intenzione dei giudici in relazione alla ingiustizia della sentenza: in applicazione di un principio comune all'antico diritto penale germanico, secondo il quale l'esistenza obbiettiva del fatto illecito fa senza altro presumere la esistenza di una subiettiva volontà delittuosa, la soccombenza nel nuovo giudizio cui dava luogo la disapprovazione veniva senz'altro considerata come indizio di una colpevole intenzione rivolta contro la legge; così il soccombente in questo nuovo giudizio doveva irremissibilmente pagare la pena del suo atto illecito, senza potersi difendere coll'addurre la sua buona fede (23). Giova anche osservare che la misura della multa della soccombenza era uguale tanto se soccombente era la parte che aveva disapprovato la sentenza, quanto se soccombenti erano i rachimburgi che avevano emesso un responso ingiusto: ciò dimostra la verità del principio già accennato, secondo il quale nell'ordinamento germanico il litigante stava di fronte ai rachimburgi in condizione di parità, nella sua qualità di uomo libero, faciente parte della consociazione popolare (retro, nn. 39, 40). La somma che il litigante doveva pagare per aver accusato i giudici di una decisione ingiusta, non era infatti più grave di quella che dovevano pagare i giudici per aver negato al litigante una decisione rispondente alla legge; nell'un caso e nell'altro il denaro che il soccombente doveva pagare aveva il carattere di una composizione del torto fatto all'avversario (24).

Dalle disposizioni sopra riferite delle Leggi Salica e Ribuaria (alle quali corrispondono diversi capitolari che mantengono invariato l'istituto, e solo ne traggono la decisione al tribunale del re) (25), appare così che la disapprovazione della sentenza differiva dall'*appellatio* romana non solo in quanto precedeva e non seguiva il perfezionarsi della sentenza, ma anche perchè comprendeva in sè un attacco personale contro i primi giudici, interamente sconosciuto all'appello romano, e mirava così al duplice scopo di trovare un contenuto migliore alla sentenza che doveva ancora essere emanata sul primitivo rapporto controverso e di ottenere dai primi giudici, che non avevano dato una decisione giusta, un risarcimento pecuniario (26). Non oc-

---

(23) Brunner, *Geschichte*, II, § 101, pag. 360 e § 125; Glasson, *Histoire*, III, pag. 448 e segg.

(24) Cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 26.

(25) *Pippini regis cap.*, 754-755, in *Mon. Germ. hist.*, ed. Boretius, I, 32; *Cap. missor. Baiuv.*, 810, c. 7, ivi, 159; *Cap. Saxonicum*, 797, c. 4, ivi, I, 71. Cfr. Brunner, *Geschichte*, II, pag. 139. Esame più minuzioso di questi capitolari in Brunner, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis*, pag. 136 e segg.

(26) Su questo carattere di querela contro il giudice che aveva la *Urteilsschelte*, cfr. Kohler in Dernburg, *Bürgerl. Recht.*, VI (Halle, 1908), pag. 574.

corre poi soffermarsi ancora a ripetere che le espressioni con cui i testi sopra riferiti suppongono un responso dei rachimburgi dato *non secundum legem* non intendono riferirsi in alcun modo (retro, n. 41) ad una distinzione tra errore di diritto ed errore di fatto.

46. — Notevoli deviazioni da questa, ch'è la configurazione originaria della *Urteilsschelte* basata sulla distinzione tra l'organo che trova e quello che proclama la sentenza, incontriamo in leggi barbariche diverse da quelle già riferite; a parte alcune disposizioni contenute negli stessi Capitolari franchi, alle quali accennerò tra poco (oltre, Capit. VII) discorrendo del tribunale regio, le deviazioni dell'istituto della disapprovazione che appaiono nelle altre leggi barbariche obbediscono a diverse tendenze, delle quali le più visibili sono le seguenti.

Anzitutto, si comincia ad ammettere una indagine sulla intenzione del giudice che abbia deciso contro la legge, ed a graduare in diversa misura l'altezza della pena a lui incombente, secondo la diversa gravità e volontarietà dell'errore da lui commesso. In secondo luogo, poichè nei diversi popoli germanici a poco a poco la giurisdizione, da funzione popolare, si andò trasformando in funzione regia, e i giudici, da liberi rappresentanti del popolo che trovavano il diritto nella loro coscienza giuridica, si trasformarono in ufficiali rappresentanti del sovrano e sottoposti alle sue leggi, la multa della violazione della legge, che originariamente era un effetto della soccombenza e andava a favore della parte lesa, diventò una pena disciplinare per l'infrazione all'obbligo d'ufficio, che il giudice doveva versare al sovrano. Si deve finalmente notare che la *Urteilsschelte* dovè profondamente alterarsi in quei popoli germanici che non conservarono la distinzione tra *Richter* ed *Urteiler* (27) e avvicinarsi sempre più, sotto l'influsso romano, a un vero e proprio mezzo per ottenere dal superiore l'annullamento o la riforma di una sentenza già nata.

Nella *Lex Alamannorum* (28) il procedimento contro il giudice che *per cupiditatem aut per invidiam alicuius aut per timorem contra legem iudicaverit,* conserva quasi totalmente i caratteri della *Urteilsschelte* (disapprovazione della parte che dice al giudice, *Non rectum iudicas;* nuovo giudizio tra la parte e il giudice, con multa per il soc-

---

Come ho già avvertito, il SEELMANN non crede che la *Urteilsschelte* cumulasse questi due caratteri, ma crede che essi rispondessero a due istituti diversi, cioè ad un ricorso al superiore per ottenere una nuova decisione, e ad un separato procedimento contro i giudici colpevoli. Cfr. *Rechtszug,* §§ 121 e 130.

(27) Cfr. SEELMANN, pag. 102, nota 2.

(28) Su cui SCHUPFER, *Fonti,* pag. 71; BRUNNER, *Geschichte,* I, § 42 e *Grundzüge,* § 13.

combente a favore dell'avversario); ma non è più diretto contro la proposta di sentenza, sibbene contro la sentenza già pronunciata ed anche eseguita (*...et quod per illum damnum passus est iniuste, ille iudex restituat ei*) (29).

Nella *Lex Baiuvariorum* (30) si distingue il caso del giudice che decide ingiustamente per corruzione (*accepta pecunia*), il quale deve indennizzare la parte ingiustamente condannata pagandole il doppio del danno, e versare al fisco una multa (31); e il giudice che *nec per gratiam, nec per cupiditatem, sed per errorem iniuste iudicaverit,* il quale è esente da pena (32). Nell'un caso e nell'altro però, alla prima sentenza che nel nuovo giudizio è riconosciuta ingiusta, vien tolto ogni vigore (*ille qui iniuste aliquid ab eo per sententiam iudicantis abstulerint, ablata restituat;... iudicium ipsius, in quo errasse cognoscitur, non habeat firmitatem*) (33).

La *Lex Gundobada* dei Burgundi (34) minaccia di morte il giudice che si lascia corrompere, anche senza dare una sentenza ingiusta (35), mentre punisce con una multa di XXX soldi il giudice che *per simplicitatem aut neglegentiam praeventus, forsitan non ea quae leges continent iudicabit et a corruptione alienus est* (36). Anche in questo secondo caso, però, la causa è *denuo discussis partibus iudicanda.*

Nelle Leggi degli Anglosassoni (37) il giudice che decide contro la legge perde il suo ufficio (38) e paga una multa al re (39), a meno che giuri di non aver saputo giudicare meglio (40). D'altra parte colui

---

(29) *Lex. Al.*, XLI, 1 e 2 (Ed. LEHMANN, in *Mon. Germ. hist.*, V, parte 1ª, pag. 100-101). Cfr. SANDER, *Syndikatsklage*, pag. 14. Cfr. però BRUNNER, *Geschichte*, II, pag. 361, 41.

(30) Su cui SCHUPFER, *Fonti*, pag. 75; BRUNNER, *Geschichte*, I, § 43; e *Grundzüge*, § 13.

(31) *Lex Baiuv.*, XVIII.

(32) Ib. XIX.

(33) Cfr. SANDER, *Syndikatsklage*, pag. 14; SEELMANN, *Rechtszug*, pag. 90.

(34) Ed. DE SALIS, in *Mon. Germ. hist.*, II, 1ª.

(35) Const., I, n. 6.

(36) Ib., n. 11. Dalla const. XC, *de iudiciis* (edizione citata, pag. 110) appare che la multa dev'essere pagata al re. La c. I, 12, modificata dalla c. LXXXI riguarda il reclamo per denegata giustizia. Cfr. su questi testi BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. Civilpr.*, I, pag. 164; SANDER, *Syndikatsklage*, pag. 13-14, 17.

(37) Ed. LIEBERMANN, citata, vol. I. Testo e traduzione.

(38) Legge di Eadgar III (pag. 200-203); Legge di Cnut II, n. 15-1 (pag. 318 sgg.); Legge di Guglielmo, n. 13 (pag. 500).

(39) *Ibid.*

(40) *Ibid.*

che si rifiuta di obbedire ad una sentenza che vien poi riconosciuta conforme alla legge, deve pagare una multa al re, o a colui che presiede il tribunale (41).

Più delle trasformazioni subìte dalla *Urteilsschelte* nelle leggi surriferite (42), interessano però quelle avvenute nel diritto visigoto e sopratutto quelle avvenute nel diritto longobardico, che esercitarono, come si vedrà, un profondo influsso nello svolgimento ulteriore del diritto italiano.

47. — La *Lex Visigothorum* edita dal re Reccessvindo nel 654 (43) sotto potenti influssi romani, conosce, accanto ad una querela per denegata giustizia (44) e ad un procedimento contro il giudice sospetto (45), anche un rimedio contro la sentenza ingiusta. Il c. II, 1, 21 della suddetta Legge (46) distingue due ipotesi: la prima, che il giudice *male iudicaverit* per corruzione, *per quodlibet commodum;* la seconda, che il giudice abbia pronunciato una sentenza ingiusta per mero errore, *per ignorantiam iniuste iudicaverit.* Tanto nella prima quanto nella seconda ipotesi si ha contro la sentenza ingiusta la stessa sanzione di invalidità: *ille, qui a iudice ordinatus ad tollendum fuerat destinatus, ea, quae tulit, restituat;... quod iudicabit non valeat.* Ma contro il giudice si ha una disposizione diversa nei due casi, poichè, mentre nel primo caso, il giudice è tenuto a indennizzare dei danni il soccombente ed a pagargli altrettanto a titolo di multa, nel secondo, ove provi con un giuramento la sua buona fede, è immune da pena, *non implicetur in culpa* (47).

In un'altra disposizione della stessa legge (II, 1, 29), posta sotto l'epigrafe *Ut iniustum iudicium et definitio iniusta, regio metu vel ius-*

---

(41) Cnut, II, 15-2, 3. Non più dunque contro l'*Urteiler*, ma contro il *Richter*. V. per il *Cap. Pipp. regis*, 754-55, SEELMANN, *Rechtszug*, pag. 125.

(42) Altri testi dei diritti nordici citati in BRUNNER, *Geschichte*, II, § 101, p. 360-61.

(43) Ed. ZEUMER, in *Mon. Germ. hist. Leges*, I, pag. 33 e segg. Cfr. su essa SCHUPFER, *Fonti*, 79 e segg.; BRUNNER, *Gesch.*, I, § 40 e *Grundzüge*, § 15.

(44) *L. Visig.*, II, 1, 20; cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. Civilpr.*, I, 248.

(45) *L. Visig.*, II, 1, 24; cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *ib.* La sentenza del giudice sospetto poteva essere attaccata *apud audientiam principis* ove, se si accertava la sua ingiustizia, *res ablata querellanti restituatur ad integrum, et a quibus aliter quam veritas habuit, iudicatum est, aliut tantum de rebus propriis ei sit satisfactum. Si certe iniustam contra iudicem querellam detulerit et causam, de qua agitur iuste iudicatam fuisse constiterit, damnum, quod iudex sortire debuit, petitor sortiatur.*

(46) Pag. 68-69 della Edizione suddetta.

(47) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, I, 248; FOURNIER, *Essai* cit., pag. 108-109.

su a iudicibus ordinata, non valeant, prevedendosi il caso che i giudici, sotto l'influsso del potere sovrano, possano *interdum iustitie, interdum legibus contraria iudicare,* si stabilisce che i giudici siano immuni dalla pena del mal giudicato dal momento che non hanno avuto la necessaria libertà nel dare la decisione, ma che, insieme, la loro sentenza non abbia vigore, *hoc quod obvium iustitie vel legibus iudicatum est adque concretum, in nihilo redeat.*

Lasciando da parte le sanzioni penali contro il giudice, simili a quelle già viste in altre leggi barbariche (specialmente nelle leggi dei Bavari e dei Burgundi), di particolare interesse appare in questa legge visigotica l'insistenza colla quale si ripete che la sentenza ingiusta non deve aver vigore, *non valeat, in nihilo redeat.* Su queste espressioni e su altre scelte nelle diverse fonti germaniche (48) il SEELMANN (49) basa la sua asserzione, che per i diritti germanici la sentenza ingiusta era assolutamente inesistente: « queste disposizioni — egli scrive (50) — non debbono essere intese nel senso che solo in conseguenza dell'esercizio del procedimento di querela la sentenza ingiusta *diventasse* inefficace, che, cioè, la sentenza venisse impugnata per mezzo della querela contro il giudice; bensì la sentenza, senza riguardo allo esercizio di un qualsiasi procedimento penale, è semplicemente invalida, poichè è illegittima ». Se fosse vero quanto il SEELMANN afferma, dovremmo riconoscere nella legge Visigotica la esistenza di un concetto di nullità del giudicato, *del tutto simile a quello che già vedemmo nel diritto romano*: il semplice fatto della ingiustizia, così, darebbe luogo alla inesistenza giuridica della sentenza. Ora, pur non volendo e non potendo addentrarmi in tali questioni storiche che rappresentano per il mio tema solo una preparazione preliminare, debbo osservare peraltro che invece di ammettere nelle leggi barbariche già vedute e specialmente nella legge visigotica la nozione di inesistenza giuridica del giudicato che distruggerebbe dalle fondamenta il principio della validità formale della sentenza, sembra più naturale scorgere nelle locuzioni delle fonti germaniche che richiamano al concetto di nullità, un influsso puramente verbale del diritto romano, le cui espressioni sono state adoperate dai legislatori barbarici ad indicare istituti sostanzialmente diversi. Si noti che le leggi visigotiche in cui si nega validità alla sentenza ingiusta, e le disposizioni analoghe di altri testi barbarici, non parlano mai di una inesistenza del giudicato separatamente dalle conseguenze che la ingiustizia può avere contro

---

(48) *Lex Al.*, XLI, 2: *restituat ei; Lex Baiuv.*, XVIII: *ablata restituat;* XIX: *non habeat firmitatem; Lex Burg.*, XI: *denuo iudicanda.*

(49) *Rechtszug cit.*, § 65 e segg.

(50) *Ib.*, pag. 91.

il giudice che l'ha compiuta: si parla cioè della invalidità del giudicato sempre in connessione a un procedimento penale o disciplinare contro il giudice, a carico del quale deve essere accertata in un nuovo giudizio la responsabilità della ingiustizia. Penso adunque che nella legge visigotica e nelle altre ove si notano espressioni affini, non si parli di una invalidità *ipso iure* della sentenza, ma solo di una invalidazione che dev'essere richiesta al giudice superiore: mentre nel primitivo ordinamento germanico la *Urteilsschelte* non era una impugnativa contro la sentenza, ma solo una controproposta messa di fronte al responso dei giudici popolari, nell'ulteriore sviluppo di quei popoli germanici, presso i quali, come presso i Visigoti (51), si perse la distinzione tra *Richter* ed *Urteilsfinder* e la sentenza fu trovata e pronunciata da un giudice unico, la primitiva disapprovazione, anteriore al formarsi della sentenza, diventò un vero reclamo contro la sentenza già formata, allo scopo di ottenere dal superiore l'annullamento del giudicato. Non dunque di una nullità *ipso iure* potrebbe parlarsi qui, ma solo di una annullabilità che poteva esser fatta valere dalla parte, insieme colla querela contro il giudice per fargli pagare la pena della sua ingiustizia (52). Del resto, se alcune frasi dei testi possono far credere ad una nullità *ipso iure* (*Lex Vis.*, II, 1, 21; II, 1, 29, *non valeat*), una espressione più precisa usata nella l. II, 1, 29 indica con chiarezza che qui si tratta di annullabilità, in quanto si stabilisce con essa che la sentenza ingiusta *in nihilo redeat*, cioè debba perdere vigore, quantunque inizialmente, nonostante la sua ingiustizia, lo avesse avuto: siamo dunque lontani qui dalla nozione romana della nullità, come anche dalla romana *appellatio*, che mira, come si sa, ad ottenere una nuova decisione sul merito della originaria controversia, mentre questo reclamo del diritto visigotico mira ad ottenere non una decisione sulla controversia, ma *un riesame del giudicato*.

Sembra di scorgere qui come gli albori della *querela nullitatis*, che dovrà nascere nel diritto statutario. Ma si deve notare che nelle leggi visigotiche, come nelle altre leggi barbariche già vedute, non si ha affatto l'idea di una distinzione tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando*, nè di un diverso effetto che possa derivare alla validità della sentenza da queste due classi di vizi: diremo meglio, anzi, che di difetti meramente processuali le leggi germaniche non parlano affatto e che tutti i rimedî che vengono dati contro la sentenza presuppongono unicamente difetti di giudizio. Cosicchè il re-

(51) Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, I, pag. 222; Glasson, *Histoire*, III, pag. 274-75.

(52) Il Bethmann-Hollweg, l. c., non dice come doveva esser fatta valere questa invalidità della sentenza.

clamo che troviamo nelle leggi meno primitive in cui si è perduto il carattere originario della disapprovazione è un mezzo *per ottenere l'annullamento d'una sentenza inquinata da errore di giudizio* (53).

Ho più volte insistito nel confermare che nel primitivo processo germanico tutti gli *errores in iudicando* erano necessariamente, in corrispondenza colla funzione che avevano i giudici popolari, errori di diritto. Ma la legislazione visigotica rappresenta, in questo punto, uno stadio ulteriore di evoluzione: essa, infatti, come appare dalla l. II, 2, 5 (54), sotto l'influsso del sistema probatorio romano, attribuisce al giudice l'ufficio di *veritas investigare* (*sic*), valutando le prove sui fatti forniti dalle parti, e estende quindi l'attività del giudice anche alla formazione della premessa minore del sillogismo. Nasce così, nel processo visigotico, la possibilità, estranea al sistema germanico primitivo, di una sentenza basata su un errore di fatto: e di tale possibilità troviamo appunto una traccia in quella disposizione della *Lex Recessvindiana* (II, 1, 29), che considera come due casi diversi quello in cui i giudici decidano *iustitie contraria,* e quello in cui decidano *legibus contraria*: colla prima espressione si vuol certo indicare la sentenza errata sul punto di fatto, e colla seconda quella contenente una violazione di una norma di diritto. L'influsso romano si rivela qui in modo palese ma non ha poi conseguenze pratiche, chè nessuna differenza passa tra le due ipotesi in relazione alla validità della sentenza, e tanto il giudicato errato in fatto (*obvium iustitie*) quanto quello errato in diritto (*obvium legibus*) perde allo stesso modo ogni vigore quando la parte esercita il suo reclamo.

48. — Più importante per il mio tema, per i diretti influssi esercitati sul diritto italiano, è la legislazione longobardica, che presenta, in relazione alla validità del giudicato, disposizioni molto simili a quelle del diritto visogotico.

Anche all'ordinamento longobardico fu sconosciuta la partizione della funzione giurisdizionale tra i due organi caratteristici dell'antico processo germanico, e ad un unico *iudex* (o, in certi casi, ad un collegio), spettò l'ufficio di proclamare come concreto comando la sen-

---

(53) Notevole è nella *L. Visig.* il c. II, 1, 30, in cui si dà facoltà ai sacerdoti di esortare i giudici affinché *male iudicata meliori debeant emendari sententia; iniquum a se datum iudicium ... reformare in melius;* qui si ha dunque un annullamento della primitiva sentenza ed una conseguente nuova pronuncia, fatta dallo stesso giudice che ha pronunciato la prima volta. Cfr. SEELMANN, *Rechtszug,* pag. 93.

(54) Cfr. BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. Civilpr.,* I, 243; v. anche c. II, 1, 23, *ut veritas possit certius inveniri.*

tenza da lui stesso trovata: non più rappresentanti del popolo furono dunque i giudici longobardi, ma funzionarî regi, amministranti la giustizia in nome e per delegazione del sovrano (55).

A somiglianza di quanto abbiamo veduto in altre leggi barbariche, la legislazione longobardica prevede il caso in cui il giudice ritardi, o si rifiuti addirittura, di emettere la pronuncia della sentenza (56); e per le varie ipotesi commina contro il giudice colpevole di ritardata o denegata giustizia sanzioni diverse, alcune delle quali hanno carattere di indennità alla parte danneggiata, altre di punizione disciplinare (57). Ma, accanto a questi rimedî che non hanno diretta attinenza coll'argomento da me studiato, si ha nelle fonti longobardiche la traccia evidente di un rimedio volto ad ottenere la invalidazione di una sentenza ingiusta: dall'accenno, contenuto nello editto di Rotari, di un ricorso al re contro qualunque atto scorretto del funzionario inferiore (58), nelle leggi posteriori si sviluppa un vero e proprio reclamo in materia giudiziaria, per mezzo del quale colui che si sentiva gravato da una sentenza ingiusta poteva rivolgersi al re per ottenere giustizia (59), e in certi casi, contro la decisione di un funzionario inferiore al funzionario gerarchicamente superiore (60).

Anche nel diritto longobardico il riconoscimento della ingiustizia della sentenza attaccata aveva delle conseguenze a carico del giudice che l'aveva emessa, come anche l'infondatezza del reclamo aveva delle conseguenze a carico della parte reclamante. Caratteristica è a questo proposito la legge 28 di Liutprando; in essa, che contempla in generale, come altre leggi barbariche, una sentenza viziata da errore di giudizio, si trova una distinzione che non ha riscontro nelle altre fonti germaniche. Si considerava infatti, nella suddetta legge, da una parte la decisione del giudice relativa ad un rapporto giuridico che rientrasse tra quelli previsti e disciplinati dalla legge scritta; e dall'altra la de-

---

(55) Sull'ordinamento giudiziario longobardico, cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, §§ 3 e 4, e letteratura ivi citata; Brunner, *Geschichte*, I, pag. 207; e, sinteticamente, Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 67.

(56) Cfr. Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, I, pag. 391; Seelmann, *Rechtszug*, § 5 e segg., § 76 e segg.

(57) *Ed. Roth.*, 150; 251; *Liutp.*, 25; 81; *Rat.*, 1; 10. Cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 23-24.

(58) *Ed., Roth.*, 23; 24; 25. Cfr. Skedl, pag. 24 e 25; Seelmann, *Rechtszug*, § 68.

(59) *Liut.* 28: ... *ad regem reclamaverit; Rat.*, 2: ... *venerit ad nos proclamare; Rat.*, 14: ... *veniat cum ipso iudicato in presencia nostra.* Su questi ed altri luoghi meno importanti delle Fonti longobardiche, Skedl, § 6, pag. 20 e segg.; Seelmann, pag. 105-106.

(60) Dallo *sculdahis* al *dux* (*Liut.*, 25). Cfr. Skedl, pag. 25.

cisione relativa ad un rapporto che non trovasse una adeguata norma nella legislazione positiva, talchè il giudice avesse dovuto ricorrere al proprio sentimento giuridico per stabilire, in base al proprio libero apprezzamento, una norma adattata al caso (*per arbitrium*) (61): e, in corrispondenza a questa duplice ipotesi, diverse conseguenze si ponevano per l'errore del giudice e per l'infondato reclamo. Nel primo caso, se il giudice *secundum edicti tinorem et per legem iudicaverit*, e, ciò nonostante, la parte, non volendo accettare la decisione (*stare in eodem iudicio menime voluerit*), reclamava al re senza ragione, essa doveva dare a titolo di composizione al giudicante la somma di 20 soldi; se al contrario, nella stessa ipotesi, per mezzo del reclamo si riusciva a dimostrare che il giudice aveva deciso contro la legge (*contra legem iudicaverit*), il giudice stesso doveva pagare 40 soldi, metà a titolo di composizione al reclamante, e metà al re a titolo di pena disciplinare, per la violazione del suo dovere di ufficiale regio. Nel secondo caso, invece, se la parte non era convinta della bontà della decisione trovata dal giudice (*de ea causa, quae per arbitrium iudicata fuerit, et ipse sibi non crediderit legem iudicassit*), poteva reclamare al re, senza esporsi al rischio di dover pagare una composizione, se il reclamo era trovato infondato; come, d'altra parte, anche se il reclamo appariva fondato e la sentenza del primo giudice ingiusta (*iudicium eius rectum non comparuerit*), il giudice era esente da ogni responsabilità, purchè giurasse che *non iniquo animo aut corruptus a premio causam ipsam non iudicassit, nisi ei sic legem comparuissit* (62). In questa contrapposizione tra la sentenza *contra legem*, data in una causa che doveva esser giudicata *secundum edicti tinorem et per legem*, e la sentenza non retta (*iudicium non rectum*), data in una causa che era stata decisa *per arbitrium*, non si deve scorgere, come l'apparenza potrebbe forse far credere, una distinzione tra la sentenza viziata da un errore di diritto e quella viziata da un errore di fatto, ed una conseguente attribuzione di maggior gravità al primo vizio: quantunque il processo longobardico avesse potentemente sentito l'influsso romano, e si manifestasse in esso la tendenza a scomporre in giudizio l'affermazione di diritto nei singoli fatti costitutivi (63), tutta-

---

(61) È questa la interpretazione più diffusa: cfr. PERTILE, *Storia*, VI, parte 2ª, pag. 219; SCHUPFER, *Fonti*, pag. 187; BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. Civilpr.*, I, 391-92; SEELMANN, *Rechtszug*, pag. 104, nota 5; FICKER, *Forschungen*, I, 280.

(62) Cfr. su questa legge, SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 21; SEELMANN, pag. 105.

(63) Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 68 ed ivi esempî in nota 2; CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo*, pag. 132; il mio *Error in iud.*, pag. 14, nota 11. Sulla prova nel diritto longobardico, BETHMANN-HOLLWEG, I, § 63, pag. 379 e segg.

via la funzione del giudice restava in esso ancora in prevalenza limitata alla risoluzione delle sole questioni di diritto; talchè nella contrapposizione surricordata devono vedersi due casi di errore di diritto, il primo dei quali è più grave, perchè relativo ad una norma di legge scritta che dev'essere obbedita, mentre il secondo è più lieve, perchè relativo a una norma consuetudinaria che non ha una precisa formulazione materiale e può quindi essere in buona fede discussa. Allo stesso modo vedremo che nel diritto statutario si punisce più gravemente il giudice che commette un errore di diritto contro una legge di chiaro significato, di quel che non si punisca il giudice che erri nel risolvere una questione di diritto, non decisa in termini da un testo di legge, ma discussa dalla dottrina (64).

Il rimedio che la legislazione longobardica ammette così contro la sentenza ingiusta, non ha più il carattere originario della disapprovazione, la quale, ormai resa impossibile dal variato ordinamento giudiziario, ha ceduto il posto ad un vero ricorso contro la sentenza del giudice inferiore, per ottenere dal giudice superiore il riesame e la riforma della decisione ingiusta (65); tuttavia anche questo reclamo al superiore conserva il carattere germanico dell'attacco contro colui che ha pronunciato la sentenza, in quanto l'esito del nuovo giudizio, che segue dinanzi al re o ad altro giudice superiore, può produrre, come si è visto, una responsabilità reciproca a carico del reclamante e del giudice, ch'è un effetto della soccombenza (66), come nell'antico processo germanico. Il rimedio contro la sentenza ingiusta conosciuto dal diritto longobardo è dunque, secondo lo Skedl, una formazione intermedia tra l'appello romano, a cui somiglia in quanto è una continuazione della lite dinanzi al giudice superiore, e la *Urteilsschelte* germanica, dalla quale derivano le sanzioni a carico del giudice ingiusto o del temerario reclamante (67); bisogna tuttavia guardarsi dall'affermare in modo troppo risoluto l'analogia di tal reclamo coll'*appellatio* romana, imperocchè, mentre questa produceva una nuova decisione diretta sul rapporto di merito (retro, n. 31), quello, allo stesso modo di quanto accade nel diritto visigotico, mirava a provocare dinanzi al giudice superiore un *riesame del giudicato* del giudice inferiore, poichè nella seconda istanza non si accertava quale delle parti in causa avesse ragione, ma solo se la sentenza di prima istanza

---

(64) Cfr. il mio *Error in iud.*, n. 25.

(65) Ampia dimostrazione in Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, § 5. Il Bethmann-Hollweg, però, parla (*Germ. Civilpr.*, 391) di una *Schelte* anche per il diritto longobardo. Cfr. Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 266.

(66) Cfr. Skedl § 6, n. 2.

(67) Id., pag. 9, 20, 21, 28.

aveva deciso in modo corretto (*...iudicium eius rectum non comparuerit*): di fronte alla concezione romana dell'appello, per cui il secondo giudice esamina *ex novo* la lite, senza curarsi soltanto dell'operato del primo, la concezione germanica configura così anche in materia giudiziaria il ricorso al superiore come un controllo ed una critica sull'attività compiuta dall'inferiore. In opposizione all'insegnamento dello SKEDL, diversa opinione ha anche qui il SEELMANN (68), secondo il quale questo rimedio conosciuto dal diritto longobardico è un istituto puramente germanico, interamente separato da quel procedimento di attacco personale contro il giudice, che la dottrina prevalente considera inscindibile dal reclamo contro la sentenza ingiusta (69).

Si deve ripetere qui ora quanto già si è accennato per il diritto visigotico: che, cioè, le leggi longobardiche non conoscono la nozione di inesistenza giuridica del giudicato, che è propria del diritto romano, e che quindi l'unica via per togliere vigore a una sentenza pronunciata dal giudice è quella di ricorrere al re per farla toglier di mezzo. Il principio della validità formale della sentenza, che nell'antico processo germanico aveva significato la assoluta inoppugnabilità della sentenza proclamata dal presidente dell'assemblea giudiziaria, si conserva così, nelle legislazioni barbariche posteriori e specialmente nella legislazione longobardica, con un significato un pò diverso: esso vuol dire, cioè, che la sentenza mantiene tutto il suo vigore finchè non viene attaccata per via di reclamo, e che tutti quanti i vizî del giudicato devono essere fatti valere per questa via, di qualunque natura e di qualunque gravità siano essi (70). Mentre la diversa gravità del vizio di una sentenza può produrre nelle legislazioni germaniche una diversa sanzione a carico del giudice che l'ha causato, nessuna differenza di effetti essa può produrre sulla validità del giudicato, il quale può esser distrutto soltanto coll'esperimentare il rimedio contro di esso, ma, se il rimedio non è esperimentato, conserva, nonostante qualunque difetto, tutto il suo vigore.

Partendo da tale considerazione, afferma lo SKEDL (71) che « l'appello longobardo è un rimedio di diritto contro le sentenze ingiuste

---

(68) *Rechtszug*, specialmente § 80.

(69) Nella legge citata *Liut.*, 28, la *reclamatio* al re e la punizione del giudice o del temerario reclamante appaiono unite e contemporanee: non si intende quindi come il SEELMANN possa dire che questa è una pura disposizione penale (*reine Strafvorschrift*), quando il presupposto della determinazione della pena o della indennità è l'esame della giustizia della sentenza, cioè l'esperimento del reclamo contro la sentenza.

(70) SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 5.

(71) *Ibidem*, pag. 32.

e nulle »; che " esso unisce accanto agli effetti dell'appellazione romana *anche le funzioni di una querela di nullità*, che dev'essere necessariamente esperimentata... ". Ma tale affermazione non deve essere intesa in un senso più ampio di quello ch'essa, in relazione alla legislazione longobardica, possa avere: non si deve credere, cioè, che il diritto longobardo abbia conosciuto la differenza tra sentenza ingiusta, per *error in iudicando*, e sentenza nulla, per *error in procedendo*, e che per ambedue queste specie di difetto abbia posto l'unico rimedio del reclamo al re. Al contrario bisogna tener presente, in conformità di quanto già fu detto per il diritto visigotico, che alla legislazione dei Longobardi è interamente estranea la nozione di sentenza nulla per un difetto di costruzione processuale, mentre l'unico difetto del giudicato che essa conosce è l'error di giudizio, la ingiustizia. Lo Skedl quindi, colle parole sopra riferite, ha voluto semplicemente notare che, mentre nel diritto romano, se la maggioranza degli errori di giudizio davano luogo all'appello, alcuni più gravi (*error contra ius constitutionis*) producevano l'assoluta inesistenza del giudicato, nel diritto longobardo tutti quanti gli errori di giudizio, anche l'errore *contra legem*, dovevano esser fatti valere per mezzo del reclamo (72).

Nel diritto longobardico, in conclusione (come anche — ma in modo meno importante per l'ulteriore sviluppo del diritto italiano — nel diritto visigotico), si può trovare il primo germe della querela di nullità, che doveva svolgersi poi nel diritto statutario (73), in quanto si ha qui, a differenza di quello che avveniva nel diritto romano, la necessità assoluta di esperimentare un reclamo contro qualsiasi vizio del giudicato. Ma, al sorgere della vera e propria querela di nullità, mancava ancora un elemento essenziale: la chiara nozione, cioè, della differenza che passa tra il vizio intervenuto nella costruzione processuale della sentenza e quello relativo al contenuto della sentenza stessa. Soltanto quando il rinnovato studio del diritto romano riportò questa nozione, potè nascere, come vedremo, un rimedio nuovo, la cui funzione caratteristica fu quella di toglier di mezzo la sentenza viziata da un difetto processuale (*error in procedendo*).

---

(72) Cfr. gli esempi dati da Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 32.

(73) Skedl, pag. 32-33: « L'appellazione longobardica porta così in Italia il primo inizio di una querela di nullità. In essa sono le radici dell'ulteriore querela di nullità italiana ».

Capitolo VII

INFLUSSO DEL POTERE REGIO SULL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

Sommario: 49. Il sovrano come giudice supremo. — 50. Obbligo dei giudici di obbedire alla legge e potere di interpretazione del sovrano. — 51. Speciali forme di reclamo al re contro la sentenza dei giudici inferiori: *Praeceptio Clotarii.* — 52. La *Curia regis,* tribunale di equità: *reclamatio ad regis diffinitivam sententiam.*

49. — Nell'età primitiva dei popoli germanici, non si avevano leggi scritte e il diritto esisteva soltanto come consuetudine, affidata alla coscienza giuridica della collettività popolare (1); le norme giuridiche non si potevano dunque far risalire ad un'unica fonte centrale, dalla quale fossero in origine scaturite, ma vivevano, per così dire, diffuse tra tutti i membri della consociazione, senza che potesse esservi al di sopra di essi un organo unico addetto a mantenerne la rigorosa osservanza. Quando però le diverse nazioni germaniche si andarono formando a monarchie, ed il re, a poco a poco, attrasse in sè la somma della sovranità, l'ordinamento pubblico dei diversi popoli si accentrò intorno al sovrano, il quale, posto a capo della gerarchia dei poteri, ne diventò il supremo custode ed unificatore.

Accanto ed al disopra del primitivo diritto popolare (*Volksrecht*), si venne formando allora, per mezzo del sovrano e dei suoi funzionarî, un diritto regio (*Königsrecht*) (2), la cui posizione di fronte al primo è stata paragonata a quella del *ius honorarium* romano in confronto al *ius civile* (3); e, poichè, frattanto, il diritto consuetudinario si trasformava a poco a poco, presso i diversi popoli germanici, in diritto scritto (4), la funzione del giudice, che originariamente era quella di *trovare* la norma non formulata in precedenza,

---

(1) Cfr. Brunner, *Grundzüge,* § 5.
(2) Cfr. Brunner, *Geschichte,* I, § 37.
(3) Sohm, *Gerichtsverfassung,* § 6.
(4) Brunner, *Geschichte,* I, § 38; *Grundzüge,* § 13.

diventò quella di *applicare* (sia pure in modo ipotetico nella *Beweisurtheil*), una norma preesistente, la cui formulazione era avvenuta per mezzo di un atto, diverso dall'atto del giudicare, del potere legislativo. Da liberi interpreti di un diritto consuetudinario che si formulava nel momento stesso della pronuncia, i giudici si trasformarono in tutte le nazioni germaniche in funzionarî regi incaricati di obbedire alle norme già create dal potere sovrano: naturale sorse da questa variata sostanza della giurisdizione la sorveglianza del re sui giudici, il suo potere di controllo su tutta quanta l'amministrazione della giustizia, disciplinata oramai da un'unica legge, alla quale l'intera gerarchia doveva obbedire.

Se fosse conciliabile coi limiti di questo lavoro il ricercare particolarmente nelle Fonti in quanti modi l'attività del sovrano si esplicava presso i popoli germanici sull'amministrazione della giustizia, vedremmo che il re esercitava la funzione di giudice supremo, e riassumeva e concretava in sè tutti quanti i poteri della giurisdizione: poteva attrarre a sè la decisione di qualunque causa, anche non relativa a materie di interesse fiscale; poteva vigilare sul buon funzionamento dei tribunali inferiori, e punire i giudici colpevoli di ritardata o denegata giustizia; dinanzi al tribunale regio poteva definirsi la lite sorta fra il disapprovante e i giudici che avevano dato un responso ingiusto. E quella trasformazione, alla quale ho già accennato, subìta dalla *Urteilsschelte* fino a diventare un vero ricorso gerarchico, si dovè specialmente all'influsso dell'autorità regia, che lasciò la propria impronta unificatrice sopra l'intero ordinamento giudiziario, in quanto della giurisdizione fece un potere del sovrano, che solo per sua delegazione ed emanazione poteva essere esercitato dai singoli giudici inferiori (5).

50. — Poichè, nello sviluppo delle diverse nazioni germaniche, i giudici, da liberi membri della consociazione popolare diventarono funzionarî regi obbligati ad osservare la legge scritta, il potere di controllo che il sovrano esercitava su tutta l'amministrazione della giustizia mirò a mantenere i giudici nell'osservanza della legge, e ad impedire che avessero vigore le decisioni date in disobbedienza ad essa. In quasi tutte le legislazioni barbariche troviamo infatti delle di-

---

(5) Analisi delle funzioni del tribunale regio presso i Carolingi in WETZELL, *System*, § 33; in GLASSON, *Histoire*, III, §§ 26, 34, 42, per i Merovingi ed i Carolingi; in BETHMANN-HOLLWEG, *Germ. Civilpr.*, I, 162 e segg., per i Burgundi; ivi, 220 e segg., per i Visigoti; ivi, 349 e segg., per i Longobardi. Cfr. anche SEELMANN, *Rechtszug*, § 23 e segg.; BRUNNER, *Geschichte*, II, § 77 ed ivi più ampia bibliografia; FOURNIER, *Essai* cit., pag. 120 e segg.; PERTILE, *Storia*, VI, 1ª, pag. 20, 34-35, 38.

sposizioni con cui si conferma che i giudici devono sentenziare secondo la legge; così nella *Lex Alamannorum*, XLI, si dà istruzione al giudice affinchè *causas secundum leges veraciter iudicet;* nella legislazione burgundica, la *Const. extr.*, n. 21 (6), dispone che *omnes omnino causae ex legibus iudicentur;* la *Lex Bauivariorum*, c. 15, n. 2, impone al *comes* di avere sempre presso di sè il *librum legis, ut semper rectum iudicium iudicet de omni caussa,* e vuole che ogni giudice *veritatem secundum hoc edictum iudicet* (c. 17); anche più frequenti ed esplicite sono le disposizioni analoghe nei Capitolari franchi: basti citare per tutti il *Cap. missorum generale* dell'802, n. 26, ov'è disposto che *iudices secundum scriptam legem iuste iudicent, non secundum arbitrium suum* (7). Già si è veduto quali sanzioni le leggi barbariche minacciano a carico dei giudici che, nonostante queste sì esplicite prescrizioni, disobbediscono la legge (retro, n. 43); in testimonianze letterarie dell'epoca si trovano nominate contro i giudici trasgressori della legge, pene anche più gravi della multa o della perdita dell'ufficio, quali l'avulsione degli occhi o addirittura la morte (8).

Per tal modo il sovrano si adoperava a far rispettare presso tutti i giudici l'osservanza della legge. Notevoli sono d'altra parte, nelle leggi barbariche, diverse disposizioni colle quali il sovrano mirava a riservare a sè stesso l'interpretazione autentica delle leggi esistenti o l'ufficio di colmare di volta in volta quelle lacune che la pratica giudiziaria rivelasse nella legislazione. Se un giudice, nel decidere una causa, non trovava nel diritto positivo una norma che facesse al caso, doveva rivolgersi al re, per schiarimento: così stabilivano la *L. Burg.*, I, 10 (*si quid vero legibus nostris non tenetur insertum, hoc tantum ad nos referre praecipimus iudicantes*); *la lex Visig.*, II. 12 (9) (*nullus iudex causam audire praesumat quae legibus non continetur...* ecc.); e i Capitolari franchi, come quello di Ludovico II (10) in cui il re ordina che ove si presenti un caso *de quo autem non est* [*lex*] *scripta, hoc nostro consilio offeratur* (11). Soltanto nel diritto longobardico sembra che fosse permesso al giudice, nei casi in cui la questione controversa

---

(6) Ed. cit., n. 21.

(7) Ed. Boretius, I, pag. 96; cfr. il c. 1 del *Cap. Mantuanum* del 781; il c. 4 del *Cap.* 801-814 in Boretius, I, 144; *Cap. di Ludovico II*, ivi, II, 98; Seelmann, *Rechtszug*, § 55 e note.

(8) Cfr. fonti citate dal Sohm, *Gerichtsverf.*, § 7, nota 1.

(9) Secondo Bethmann-Hollweg, *Germ. Civilpr.*, questa disposizione deriva dalla *consultatio* romana (I, 225).

(10) Boretius-Krause, II, 98.

(11) V. su questo Ficker, *Forschungen*, I, pag. 281; cfr. anche Hincmarus, *De ordine palatii*, cap. 21 (Ed. Krause, Hannover et Lipsiae, 1894); e gli esempî

non era contemplata dalla legge, di decidere secondo la propria convinzione giuridica, *per arbitrium* (12).

Posto al vertice dell'ordinamento giudiziario, pronto ad intervenire nella decisione delle private controversie ogniqualvolta i giudici non si mantenessero ossequenti al diritto positivo o non trovassero in esso una regola sufficiente, il sovrano contribuiva potentemente così, attraverso l'esercizio della giurisdizione, a mantenere il rispetto della legge, a salvaguardarne l'unità, a favorirne lo sviluppo. Anche qui, come già si è detto per le funzioni giudiziarie degli imperatori romani, il giudice supremo era anche il legislatore: talchè non è facile discernere quando il re compia un atto legislativo e quando un atto puramente giurisdizionale. Si può dire infatti che il sovrano deriva dal suo potere legislativo il diritto di controllare come la legge viene osservata dai giudici; e inversamente si serve del suo potere giurisdizionale per estendere e rafforzare l'autorità della legge.

51. — Abbiamo già accennato più volte come la trasformazione della *Urteilsschelte* si possa ricollegare coll'influsso esercitato dal potere regio su tutto l'ordinamento giudiziario dei popoli germanici: ciò appare specialmente nel diritto franco, ove se da una parte la *Urteilsschelte* si conserva nel *Cap. Pippini* del 754 e nella *L. Salica* emendata da Carlo Magno (retro, n. 45), dall'altra vediamo gli indizî indubitabili di un reclamo al re in materia giudiziaria, che sempre più si avvicina all'appello romano.

Debbo anzitutto far menzione, a questo proposito, della *Praeceptio* di Clotario II (584-628) (13), la quale, dopo aver posto nel c. 1 la massima che *nulla sententia a quolebet iudicum vim firmitatis obteneat, quae modum legis atque aequitatis excedeat*, stabilisce poi al c. 6: *Si iudex alequem contra legem iniuste damnaverit, in nostri absentia ab episcopis castigetur ut quod perpere iudicavit versatim melius discussione habeta emendare procuret.* Simili disposizioni, che, a parere del Boretius, furono emanate per i cittadini che vivevano secondo il diritto romano (14), sono evidentemente concepite sotto l'influsso di istituti romani, dai quali furono tratte locuzioni inadeguate a desi-

---

dati dal Ficker al loc. cit.; Seelmann, pag. 78; Waitz, *Verfassungsgeschichte*, pag. 501-512. Cfr. Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 219.

(12) Cit. *Liut.*, 28 (retro, n. 48). Cfr. Ficker, *Forschungen*, I, pag. 280, n. 152; Seelmann, *Rechtszug*, § 55.

(13) Boretius cit., I, 18-19. Secondo alcuni autori (per es. Chenon, *Cassation*, pag. 9; Tarbé, *Lois*, pag. 10) questa *Praeceptio* sarebbe di Clotario I (560). V. però contro, l'avvertenza premessa da Boretius, l. c.

(14) Ed. cit., I, 18.

gnare istituti sostanzialmente diversi (15). Non una nullità *ipso iure* di qualunque sentenza contraria alla legge o all'equità come il c. 1 potrebbe far credere e come il SEELMANN opina (16), sibbene in queste disposizioni si deve scorgere soltanto un diritto di controllo che ha il sovrano sull'opera dei suoi giudici (17), del quale egli, durante la sua assenza, fa delegazione ai vescovi, in modo analogo a quanto si stabilisce nella *L. Visig.*, II, 1, 30 (retro, nota 53 a pag. 114); singolare è qui — come anche nel testo corrispondente della *L. Visig.* — che il vescovo incaricato di controllare la giustizia della sentenza, non deve riformare direttamente il giudicato, ma solo dare opera affinchè lo stesso giudice che ha pronunciato la sentenza ingiusta, la corregga (*emendare* (18) *procuret*); ma la stessa necessità di una correzione dimostra che la sentenza non è qui giuridicamente inesistente.

Dal fatto che qui si parla di una sentenza data *contra legem*, contro la quale si ricorre ad un'autorità superiore che, senza riformare direttamente il giudicato, si limita a rinviarlo agli stessi giudici che lo hanno pronunciato affinchè da loro stessi sia operata la correzione, hanno voluto alcuni scrittori argomentare in questo istituto un remoto precedente del nostro ricorso per cassazione: e lo CHENON (19) scrive che *il semble, pour que nous arrivions au système moderne, qu'il n'y ait plus qu'un pas à faire.* In realtà, però, si tratta qui di uno di quei riavvicinamenti che si basano su una somiglianza puramente esteriore, senza che tra i due istituti corra nessuna affinità di sostanza: la stessa espressione del c. 1, che nega la validità di ogni pronuncia *quae modum legis atque aequitatis excedeat*, dimostra come quest'ufficio di controllo del re e dei vescovi sull'operato del giudice (quantunque si esercitasse sovra processi svoltisi tra romani (20) in cui il giudice compieva direttamente la sussunzione del fatto sotto la norma) non fosse in nessun modo preordinato a reprimere, tra i diversi errori di

---

(15) Cfr., con disposizioni inspirate al diritto canonico e simili a questa, *Praeceptio, Capitularia Pistensia* del 869 (BORETIUS, II, 334); *cap. Vernense*, 755, c. 9 (ivi, I, 35). Su questo, cfr. SKEDL, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 38; GLASSON, *Histoire*, III, 434.

(16) *Rechtszug*, pag. 94.

(17) Cfr. WAITZ, *Verfassungsgesch.* cit., vol. II, pag. 505, nota 1.

(18) Nel senso di « correggere » la parola *emendare* si trova usata anche in altri testi franchi, per es. nel *cap. missorum*, 819, n. 13 (BORETIUS, I, pag. 290). Altrove però sembra che la parola significhi « pagare l'ammenda »; così, per esempio, nel *cap. Pippini*, 754-755, n. 7 (BORETIUS, I, 32).

(19) *Cassation* cit., pag. 10; cfr. anche PARDESSUS, *Essai historique sur l'organisation judiciaire* (Paris, 1851), pag. 151.

(20) BORETIUS, l. c.

giudizio dai quali poteva essere inquinata una decisione, solamente gli errori di diritto.

52. — Dal concentrarsi nel sovrano del supremo potere giurisdizionale insieme col supremo potere legislativo, derivò per necessaria conseguenza che il tribunale regio, non legato nel suo procedimento e nelle sue decisioni al rigoroso diritto formalistico popolare, funzionò al disopra di ogni norma positiva come tribunale di equità (21); da questa funzione riservata al tribunale regio al disopra di tutti i tribunali inferiori che dovevano giudicare *secundum legem,* nacque nel diritto dei Carolingi una forma di reclamo al re, la *reclamatio ad regis definitivam sententiam,* la quale ebbe in generale lo scopo di sfuggire al formalismo del procedimento in uso presso i tribunali inferiori, ed in particolare mirò ad ottenere presso il tribunale regio una nuova decisione basata sull'equità in una controversia che già era stata decisa dal tribunale popolare secondo lo stretto diritto (22).

Non si deve confondere questo istituto con altri ricorsi che potevano presso i diversi popoli germanici esser portati al tribunale regio: non con quello per la decisione di una vera e propria *Urteilsschelte,* la quale, come si è visto (retro, n. 49), poteva trovare presso il tribunale regio il proprio esaurimento; non con quello sviluppatosi presso i Visigoti ed i Longobardi, ed accennato anche nella *Praeceptio Clotarii* (retro, n. 51) che, derivato da una trasformazione della originaria *Urteilsschelte,* mirava ad ottenere un riesame del giudicato, per controllare se il primo giudice avesse rettamente deciso. La *reclamatio ad regis definitivam sententiam* corrispondeva invece a quella funzione di giudice di equità, in virtù della quale il sovrano, per mezzo del *comes palatii, omnes contentiones legales, quae alibi ortae propter aequitatis iudicium palatium aggrediebantur, iuste ac rationabiliter determinaret, seu perverse iudicata ad aequitatis tramitem reduceret* (23). Simile *reclamatio,* della quale i capitolari franchi offrono numerose traccie (24), non era permessa a tutti i litiganti, ma solo a coloro che ave-

---

(21) Su questa funzione del tribunale regio, cfr. specialmente Brunner, *Geschichte,* II, § 77, pag. 135 e pag. 140.

(22) Cfr. Brunner, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis,* pag. 134 e segg.; Id., *Geschichte,* II, pag. 50; Sohm, *Gerichtsverf.,* pag. 130 e 140; Seelmann, *Rechtszug,* §§ 25-34; Glasson, *Histoire,* III, pag. 363 e segg. e 449; Fournier, *Essai,* pag. 124-126.

(23) Hincmarus, *De ordine palatii,* cap. 21 (Ed. Krause cit.); Brunner, *Geschichte,* II, 135.

(24) Cfr. Brunner, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis,* pag. 138 e segg.; Seelmann, § 31. Specialmente *cap. Theodonisvill.,* 805, c. 8 (Boretius, I, 123); *cap. Vern.,* 884, c. 11 (ivi, II, 371), ecc.

vano ottenuto dal re, per mezzo di *litterae*, *l'ius reclamandi*, ossia il privilegio di poter trarre le proprie controversie dinanzi al tribunale regio. Mentre i litiganti che non godevano di tale privilegio, di fronte al responso dei giudici popolari, dovevano necessariamente scegliere tra l'*adquiescere* e il *blasphemare*, il diritto di reclamare offriva una terza via, per la quale colui che si sentiva gravato dalla sentenza dei primi giudici non li accusava di aver violato la legge (*schelten*), ma, riconoscendo anzi che essi avevano seguìto l'*ius strictum* popolare, portava però la controversia dinanzi alla corte regia, affinchè essa venisse nuovamente trattata e decisa in suo favore secondo il *ius aequum*. La *reclamatio*, dunque, non conteneva un attacco contro i primi giudici, nè produceva pertanto un nuovo processo tra essi ed il reclamante, nè le conseguenti pene della soccombenza (25); ma, presupponendo una prima sentenza resa in obbedienza al diritto popolare, dava luogo soltanto ad una continuazione della stessa lite tra le stesse parti dinanzi alla corte del sovrano. Mentre la disapprovazione della sentenza era motivata dall'ingiustizia del primo responso dei giudici, la *reclamatio* aveva come unico presupposto la soccombenza del reclamante nel primo giudizio; si poteva *blasphemare* solo la sentenza viziata da un error di giudizio, si poteva reclamare contro la sentenza giusta, ma sfavorevole (26).

Si scorge a prima vista come questa *reclamatio* al re abbia, in contrapposizione al reclamo del diritto visigotico e longobardo che mira solo ad una critica del primo giudicato, una grande affinità coll'appello romano: tanto più la somiglianza appar chiara, quando si pensi che la parte soccombente in un primo giudizio per non aver potuto fornire le prove formali richieste dal diritto popolare, ricorreva a questa *reclamatio* per aver modo di valersi nella nuova trattazione di quei mezzi probatorî eccezionali (per es. l'*inquisitio per bonos et idoneos testes*) che il tribunale regio ammetteva per ottenere l'immediato raggiungimento della verità secondo i principî del diritto romano (27).

Per mezzo di questa *reclamatio ad regis definitivam sententiam*, colla quale la parte che poteva servirsene chiedeva al giudice sovrano la trasgressione dello stretto diritto, la *Curia regis* assume negli ordinamenti germanici e specialmente in quello franco un carattere di preminenza che assolutamente la distingue da tutti gli altri tribunali:

---

(25) Brunner, *Zeugen- und Inquisitionsbeweis*, 140; Sohm, *Gerichtsverf.*, pag. 140; Seelmann, *Rechtszug*, pag. 53.

(26) Brunner, *ibidem*, pag. 140; Glasson, *Histoire*, III, pag. 449.

(27) Cfr. Sohm, *Gerichtsverf.*, pag. 129; Seelmann, § 34 e sulla *inquisitio* il citato scritto del Brunner. Cfr. anche Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 62.

la giurisdizione regia così, oltrechè esser fonte di speciali istituti processuali che derogavano al procedimento popolare (28), serve a modificare ed a sviluppare nella pratica il diritto popolare ormai invecchiato. Solo considerando la funzione di tribunale di equità che rivestiva presso i popoli germanici la *Curia regis* si può intenderne a pieno l'importanza, che il BRUNNER così riassume (29): « Essa forma il termine di tutta l'amministrazione della giustizia dell'impero, che essa regola ed integra. Coll'esercizio della giustizia di equità raggiunge, in conformità dei tempi, la pratica continuazione del diritto... Il tribunale dei re franchi è il punto di partenza di una quantità di importanti istituti processuali, che nel loro ulteriore sviluppo dovranno raggiungere un'importanza storica universale ».

Questa disciplina unificatrice che la *Curia regis*, nella sua funzione di tribunale di equità, esercitò sull'ordinamento giudiziario dei popoli germanici, non si arrestò nel periodo seguente, quando si iniziò la formazione delle nazioni moderne. L'amministrazione della giustizia in Inghilterra si plasmò tutta quanta sotto l'influsso accentratore della giurisdizione regia (30); ed anche nell'impero tedesco e più in Francia il contributo portato al formarsi degli istituti giudiziari dal tribunale del re, fu, come vedremo, essenziale.

---

(28) Sui quali cfr. BRUNNER, *Geschichte*, II, § 121; SOHM, *Gerichtsverf.*, § 6.
(29) *Ibidem*, II, pag. 140-41.
(30) Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 63-64.

CAPO TERZO

DIRITTI ROMANO-GERMANICI

A) Diritto comune italiano e tedesco

LETTERATURA.

a) ALTIMARO, *De nullitatibus sententiarum et contractuum* (Venetiis, 1706-1727); *Pragmaticae, edicta, decreta, regiaeque sanctiones regni neapolitani* (Neapoli, 1682); ANDREA (GIOVANNI D'), *Comment. in Decretales* (Venetiis, 1581); BALDO, *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Venetiis, 1615); BARTOLO, *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Venetiis, 1570); BOLANI, *Tract. de rest. in int.* (*Tract. illust. juris.*); CASTRO (PAOLO DI), *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Lugduni, 1564-65); CINO DA PISTOIA, *Comment. in Dig.* e *in Cod.* (Lugduni, 1547); CYRILLI, *Codicis legum neap. libri XII* (Napoli, 1789); CUIACIO, *Recitatio solemnis ad tit. I, lib. XLII, Dig. L. Praeses.* (in *Opera*, ed. di Prato, 1839, vol. VIII, col. 275-276); DECIO, *In Dig. Vetus et Codicem Comment.* (Venetiis, 1585); DUARENO, *De iuris et facti quaestionibus* (in *Disputationum anniversariarum*, lib. I. XLII, Aureliae Allobrogum, 1608); DURANDI, *Speculum judiciale* (Venetiis, 1566); ECCLESIA (AB), *Observationes forenses sacri senatus pedemontani* (Aug. Taurin., 1668); FELINO SANDEO, *Comment. in Decretales* (Venetiis, 1574); FERRARI (DE FERRARIIS), *Aurea Practica* (Venetiis, 1610); FRANCHI, *De appellationibus* (Francofordi, 1576); GALLUPPI, *Praxis novissima sacri regi consilii neapolitani* (Neapoli, 1647); INNOCENZO IV, *In quinque libros Decr. comment.* (Venetiis, 1578); LUCA (CARD. I. B. DE), *Theatrum veritatis et justitiae*, lib. XV (Venetiis, 1734); LUCA (C. A. DE), *Praxis judiciaria* (Genova, 1686); MAINO (GIASONE DEL), *Comment. in Dig.* (Venetiis, 1598); MALDONADO-PARDO, *Tractatus de secunda supplicatione* (Genevae, 1762); MARANTA, *Speculum aureum* (Venetiis, 1615); MAURIZI, *De rest. in int.* (*Tractatus illustr. juris.*, VI, 115); MUSCATELLI, *Praxis civilis judiciariae totius judicii appellationis Lib. II* (Venetiis, 1676); NEVIZANI (DE), *Consilia seu responsa* (Venetiis, 1573); ODDO, *De rest. in int. tractatus* (Venetiis, 1623); OSTIENSE, *Summa aurea* (Venetiis, 1574); PANORMITANO (ABBATE), *Commentaria in Decretales* (Venetiis, 1571); PENNA (LUCA DE), *Commentaria in tres posteriores libros Codicis* (Lugduni, 1582); PINELLI, *Selectarum juris interpretationum*, vol. I (Venetiis, 1613); RIDOLPHINI, *Praxis recentior* (Roma, 1675); ROLANDINO, *Summa totius artis notariae* (Venetiis, 1574); ROVITO, *Luculenta commentaria in sing. R. Neapolitani pragmaticas* (Neapoli, 1718); RUGINELLI, *Comm. ad caes. const. provinciae mediolanensis* (Milano, 1619); SALICETI, *Comment. in Dig.* (Lugduni, 1549); SANFELICE, *Praxis judiciaria* (Lugduni, 1675); SCACCIA, *Tractatus de appellationibus* (Romae, 1612); *Tract. de sententia et re iudicata* (Romae, 1628); SOCINO (B), *Commentariorum P. II. Collectanea regularum iuris* (Venetiis, 1572); SOLA, *Commentaria ad decreta antiqua ac nova, novasque constitutiones* (Augustae Taurinorum, 1607); STRICK, *Dissertationum juridicarum*, vol. III: *De selectis utriusque iuris materiis* (Francofurti, 1743); TANCREDI, *Ordo judiciarius* (in *Tractatus illustrium jurisconsultorum*, vol. III,

Venetiis, 1584); TARTAGNI (A), *Comment. in Dig. et in Cod.* (Venetiis, 1570); VANZI, *De nullitatibus processuum ac sententiarum* (*Tract. ill. iuris.*, vol. IV, 371).

b) ANONIMO, *Pratica della curia romana* (3ª ediz., Roma, 1815); ARGELATI, *Pratica del foro veneto* (Venezia, 1737); AVOSSA (D'), *La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale* (Napoli, 1884); CALAMANDREI, *La teoria dell' « error in judicando » nel diritto italiano intermedio* (Firenze, 1914); CAPONE, *Discorso sulla storia delle leggi patrie* (2ª ed., Napoli, 1840); CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo* cit.; *Le forme nella difesa giudiziaria del diritto* (*Saggi*, 1904, pag. 189); CICCAGLIONE, *Manuale di storia del diritto italiano* (Milano, 1903), II, n. 638; COSTA (A.), *La nullità della sentenza e la querela « nullitatis » nella storia del processo* (Roma, 1916); DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese* (Torino, 1881), 2 volumi; FERRO, *Dizionario del diritto comune e veneto* (2ª ediz., Venezia, 1846-47); GENUARDI, *La procedura civile in Sicilia dall'epoca normanna al 1446* (Palermo, 1906); GIANNI, *Memorie sulla costituzione di governo immaginata dal Granduca P. Leopoldo* (Firenze, 1848, in *Scritti di pubblica economia*, I, 320); GIANNONE, *Istoria civile del Regno di Napoli* (Palmira, 1762), lib. XX, cap. 6; GIUSSANI, *Precursori italiani della Corte di cass.* (Milano, 1905); GRIMALDI, *Istoria delle leggi e magistrati del Regno di Napoli* (Napoli, 1732), vol. IX; LATTES, *Un precursore milanese della Corte di cass.* (in « Riv. it. scienze giur. », XVII, 1894, 200); LUCA (CARD. DE), *Il dottor volgare* (Roma, 1673); MENESTRINA, *Il processo civile nello Stato pontificio* (in « Riv. it. per le scienze giur. », 1907, 149); MORTARA, *Appello civile*, parte storica, nn. 106-158 e 180-190; NICOLINI, *Delle attribuzioni della Corte suprema di giustizia* (in *Questioni di diritto*, vol. I, Napoli, 1841); PAOLINI, *Prospetto storico della procedura giudiziaria in Italia* (in appendice a BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, vol. VI, Firenze, 1830); PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. VI cit.; PESCETTO, *Temi di riforma giuridica* (Torino, 1881); PISANELLI, *Della Corte di cassazione* (Napoli, 1875); POGGI, *Giudice unico* (in « Enc. giur. », IV, 3ª); SALA, *Osservazioni sulla istituzione del tribunale di cassazione* (« Mon. Trib. », Milano, 1861), 570; SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti, leggi e scienza* (3ª ed. cit.); SCLOPIS, *Della autorità giudiziaria* (Torino, 1842); *Storia della legisl. ital.* (Nuova ed., Torino, 1863-1864, 3 vol.); ZOBI, *Storia civile della Toscana* (Firenze, 1850), 2 volumi; ZUANELLI, *Concordanza del diritto comune col Veneto* (Venezia, 1773).

c) ALMENDIGEN, *Metaphysik des Civilprocesses* cit.; BAYER, *Vorträge über den gem. civ. Pr.*, 10. Aufl. (München, 1864), §§ 306-324; ENDEMANN, *Das deuts. Civilprocessrecht* cit.; ENGELMANN, *Der romanisch. kanonische Prozess* (Breslau, 1895), §§ 31-57; FICKER, *Forschungen*, cit.; FRANKLIN, *Das Reichhofgericht im Mittelalter* (Weimar, 1869); GÖNNER, *Handbuch* cit., vol. II, cap. XLII; HOLZSCHUHER, *Der Rechtsweg* (Nurnberg, 1831); KOHLER, *Prozess und Nichtprozess* cit., § 9; LINDE, *Handbuch* cit., II, § 144; MITTERMAIER, *Der gemeine deuts. bürg. Prozess*, Ausg. 2., III. Beitr. (Bonn, 1832); RENAUD, *Lehrbuch* cit., § 184; RÖDER, *Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten* (Bernb., 1831); ROSSHIRT, *Die Verhandlungs- und Entscheidungsweise der Rota Romana* (in « C. A. », XLVIII, 195); SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre deuts. Civilprocessgesetzgebung* cit.; SCHMIDT (R.),*Lehrbuch* cit., §§ 9-10; *Das Reichsgerichts und die deutsche Rechtswissenschaft* (estratto dal « Sächs. Archiv für deuts. bürg. Recht »); SKEDL, *Nichtigkeitbeschwerde* cit.; *Die Urteilsnichtigkeit im österr. c. P.* (in « Grünuts' Zeits. », XIV, 81); WACH, *Urteilsnichtigkeit* (in « Rein. Zeits. », III, 1911), § 1, pag. 374 e segg.

Capitolo VIII

ORIGINE DELLA « QUERELA NULLITATIS » NEL DIRITTO STATUTARIO; SUO ULTERIORE SVILUPPO NELLA DOTTRINA

Sommario: 53. Formazione della *querela nullitatis* nel diritto statutario dall'incontro del diritto romano col diritto germanico. — 54. Forma caratteristica della *querela nullitatis* in alcuni statuti. — 55. Trasformazione del concetto di nullità in quello di annullabilità. — 56. Natura costitutiva della *querela nullitatis*, costruita come un vero mezzo di gravame. — 57. Forma derivata dal prevalere dell'elemento germanico. — 58. Forme ammesse dalla dottrina per il prevalere dell'elemento romano: natura costitutiva dell'*actio nullitatis*.

53. — In quel periodo di intensa rinascita che in ogni campo della vita sociale e politica è segnato in Italia dal trionfo delle libertà comunali, un nuovo mondo giuridico si crea dall'incontro del diritto germanico, rozzo ma pieno di giovanile vigoria, col diritto romano, la cui perfezione era sembrata ormai prossima a spengersi per mancanza di pratica vitalità. A questo fermento di rinnovazione, da cui trae le sue dirette origini il diritto nazionale italiano, non restò chiuso il campo giudiziario, nel quale si andò formando, attraverso la legislazione statutaria, un nuovo processo che non era più germanico pur senza ridiventare romano (1); onde di una quantità di istituti processuali, giunti fino ai codici moderni, proprio in questo momento di fusione e reciproca reazione di elementi romani e germanici si deve cercare l'origine, che invano si ricercherebbe in un'età più remota (2). Prodotto tipico di questo incrocio di romanesimo e germanesimo — il cui effetto, anzichè materiale addizione di elementi finora separati ma già esistenti, fu piuttosto una feconda creazione di entità nuove — si ha nella *querela nullitatis*, scaturita dalla fusione di un concetto roma-

---

(1) Cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, § 10.

(2) Cfr. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile;* e il mio *Error in iudicando*, § 1.

no con un concetto germanico, portato in Italia dal diritto dei Longobardi.

Il diritto romano, come a suo tempo mostrai (retro, Cap. 1), distingueva in modo razionale i vizî della sentenza in due categorie con effetti del tutto differenti: da una parte, cioè, poneva i vizî di costruzione, gli *errores in procedendo*, quei difetti che si erano verificati nell'antefatto processuale della sentenza; dall'altra poneva i vizî di ragionamento, gli *errores in iudicando*, quei difetti che avevano condotto la mente del giudice a trarre dal suo sillogismo una conclusione contraria alla giustizia. A prescindere da alcuni più gravi *errores in iudicando*, che per ragioni politiche venivano equiparati nelle conseguenze agli *errores in procedendo* (retro, n. 17 e segg.), gli effetti, che queste due categorie di vizî producevano sulla validità del giudicato, venivano determinati in base a criterî di natura interamente diversa. Per gli *errores in procedendo* il diritto romano, estendendo al processo una nozione del diritto privato, applicava alla sentenza da essi viziata quel concetto di inesistenza giuridica (nullità) che si era formato nel diritto sostanziale in relazione al negozio privato sfornito di qualche requisito essenziale; per gli *errores in iudicando*, invece, un criterio di diritto pubblico, corrispondente all'idea della giurisdizione ed all'esteriore ordinamento dell'amministrazione statuale, aveva fatto sorgere il concetto, interamente estraneo al diritto privato, dell'*appellabilità* della sentenza. Nozioni antitetiche e reciprocamente escludentisi erano dunque nel diritto romano quella di *nullità* e quella di *appellabilità* del giudicato: ove la prima si verificasse, la pronuncia del giudice poteva aver vita apparente nel mondo esteriore, ma nel mondo giuridico non cominciava mai ad esistere come sentenza; la sentenza appellabile, al contrario, era anche sùbito una realtà giuridica, sottoposta peraltro a perdere la capacità di formare la cosa giudicata, ove intervenisse a decider la stessa controversia una nuova sentenza del giudice superiore.

Di fronte a questa concezione romana, i diritti germanici, ai quali era del tutto estranea la distinzione tra gli *errores in iudicando* e gli *errores in procedendo*, possedevano il principio della cosidetta « validità formale » della sentenza (retro, n. 42), in virtù del quale la validità del giudicato era considerata esclusivamente da un punto di vista pubblico, in quanto nella sentenza si scorgeva anzitutto il comando dell'organo, il quale sanava colla sua autorità tutti i possibili vizî intervenuti nella formazione della sentenza medesima. Il principio della « validità formale » della sentenza non conservò, come si è visto, uguale significato durante tutto lo svolgimento del diritto germanico: da prima, nel processo primitivo, questo principio significò la assoluta inoppugnabilità della sentenza, una volta ch'essa fosse stata

pronunciata in modo solenne dal *Richter*, e la sola possibilità di mettere in discussione prima di tale pronuncia il contenuto da darsi alla futura sentenza; in seguito, quando la variata struttura dell'ordinamento giudiziario, trasformò la « disapprovazione » anteriore al formarsi della sentenza in un mezzo di attacco contro la sentenza già formatasi, il suddetto principio significò la assoluta necessità di ricorrere a questo attacco tutte le volte che la sentenza fosse inquinata da un vizio, e la impossibilità di far valere per altra via i difetti del giudicato, qualunque fosse la loro natura e la loro gravità.

Il rifiorire degli studî di diritto romano in Italia, ove il diritto longobardico aveva anche negli istituti giudiziarî impresso l'orma germanica (3), pose a fronte due principii profondamente diversi: quello romano, secondo il quale non tutti i possibili vizî di una sentenza hanno la stessa gravità e gli stessi effetti, sibbene alcuni, gli *errores in procedendo,* producono la nullità del giudicato senza bisogno di esperimentare contro di esso alcun mezzo di attacco; quello germanico, secondo il quale tutti quanti i possibili vizî di una sentenza devono essere considerati senza distinzione incapaci di menomare per sè stessi la validità della sentenza, la quale può essere annientata soltanto per mezzo del reclamo fatto valere dalle parti. Messi tra loro a fronte, i due principii si fusero e si contemperarono nel diritto statutario, perdendo ciascuno e insieme conservando una parte del primitivo loro significato: restò del principio romano il concetto che non tutti i vizî della sentenza hanno gravità uguale, e che gli *errores in procedendo* hanno più profondi effetti sulla validità del giudicato, ma si perse il concetto che questi *errores in procedendo,* più gravi degli altri, debbano senz'altro produrre la inesistenza giuridica del giudicato stesso; restò del principio germanico il concetto che anche i vizî più gravi della sentenza producono il loro effetto soltanto se le parti reclamano contro di essi, ma si perse il concetto che tutti quanti i vizî debbano considerarsi di uguale gravità e farsi valere con una unica via di impugnativa (4).

Nacque così l'istituto assolutamente nuovo della *querela nullitatis,* basato insieme sul principio germanico della validità formale della sentenza e sulla distinzione romana tra nullità e ingiustizia del giudicato (5), la quale accanto all'*appellatio, querela iniquitatis* volta ad ottenere una sentenza immune da errori di giudizio, fu un mezzo di

---

(3) Cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde,* pag. 7; Schmidt, *Lehrbuch,* § 9, IV.
(4) Cfr. *Error in iudicando,* pag. 4.
(5) Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde,* pag. 109-110.

attacco contro la sentenza inquinata da quegli *errores in procedendo* che nel diritto romano avrebbero *ipso iure,* senza bisogno di alcun mezzo di attacco, prodotto la inesistenza giuridica del giudicato.

54. — La *querela nullitatis,* istituto sconosciuto al diritto romano (retro, n. 9) ed ai diritti germanici (retro, n. 48) fa la sua comparsa nella legislazione statutaria italiana del secolo XII (6), si sviluppa e si forma in quella del secolo XIII (7), raggiunge la sua piena maturità in quella del secolo XIV (8): non dunque essa può dirsi di origine romana (9), nè di origine germanica (10), sibbene di pura formazione italiana, compiuta attraverso quella elaborazione di elementi romano-germanici, di cui è singolare prodotto il processo regolato dagli statuti dei nostri Comuni (11), e favorita dalla tendenza di tutto il processo statutario a render celere il disbrigo delle liti e garantita la sicurezza del diritto nell'interesse dell'aumentato traffico commerciale (12). Seguire nelle fonti statutarie e nei documenti del tempo il sorgere ed il perfezionarsi di questo nuovo istituto in tutte le sue più tenui caratteristiche, costituirebbe, oltrechè un eccesso inadeguato al fine che mi propongo, una inutile ripetizione delle indagini con tanta acutezza compiute sull'argomento dallo Skedl (13); onde, pur integrando qua e là le sue ricerche con diretto ricorso alle fonti statutarie di cui egli non si è valso, mi limiterò a disegnare della *querela nullitatis* le linee più caratteristiche, cercando di isolare, in mezzo alla congerie di disposizioni disformi dei così numerosi statuti e in mezzo al continuo dissidio che passa tra le legislazioni e la dottrina, quei tratti fondamentali dell'istituto che costituiscono veramente la sua novità e la

---

(6) Skedl, *ib.*, pag. 54 e 55 ed ivi Fonti.

(7) Skedl, *ib.*, pag. 55-67.

(8) Skedl, *ib.*, pag. 67 e segg.

(9) Così il Wetzell, *System,* § 60 (cfr. retro, n. 9), e implicitamente il Savigny, *Sistema,* VI (pag. 411 della trad. Scialoia).

(10) Chiovenda, *Principii,* pag. 897; cfr. *Romanesimo e germanes.* cit., pag. 161. L'Almendigen, *Metaphysik des Civilprocesses,* I, pag. 295, afferma, in modo assolutamente ingiustificabile, che la *querela nullitatis* fu prodotta dall'ordinamento feudale tedesco!

(11) Alcuni autori la credono di origine canonica; così Bayer, *Vorträge,* pag. 1095; Linde, *Handbuch,* § 243; Renaud, *Lehrbuch,* pag. 534. Anche il Pertile, *Storia,* VI, 2ª, pag. 322, crede che la nascita della querela di nullità « fu un'estensione delle regole che per ragioni speciali il diritto canonico aveva introdotte riguardo alla nullità del matrimonio ». Contro tale concezione Skedl, pag. 5, nota 8.

(12) Wach, *Urteilsnichtig.,* p. 376. Cfr. su questa tendenza Schmidt, *Lehrbuch,* § 10.

(13) *Nichtigkeitsbeschwerde* cit., specialmente Cap. III.

ragione del suo profondo influsso sullo svolgimento del diritto ulteriore.

A chi, imbevuto della nozione romana di inesistenza e di giudicato, esamini con attenzione la legislazione statutaria, specialmente quella non anteriore al secolo XIV, in cui la *querela nullitatis* ha raggiunto il suo pieno sviluppo, appare nella contrapposizione tra sentenza *iniusta* e sentenza *nulla* un concetto interamente diverso da quello del diritto romano: se, infatti, nel diritto romano contro la sentenza ingiusta era dato il rimedio dell'*appellatio,* mentre nessun rimedio era necessario contro la sentenza nulla, nel processo statutario si manifesta l'istituto totalmente nuovo di un mezzo di impugnativa necessariamente esperimentabile contro la sentenza nulla, e rispondente ad una funzione paragonabile a quella che l'appello ha di fronte alla sentenza ingiusta.

Molti caratteri di somiglianza ha esteriormente coll'appello questo rimedio costruito per impugnare la sentenza viziata da nullità: e il parallelismo tra i due istituti, che potrebbe esser rintracciato in una quantità di dettagli, appare fondamentalmente in quelle disposizioni statutarie secondo le quali ambedue i rimedî devono essere proposti al giudice superiore a quello che ha pronunciato la sentenza *iniusta* o *nulla* (14) e il decorso del termine per esperimentare la *querela* preclude irrevocabilmente ogni reclamo contro la *nullitas* della sentenza, come il decorso del termine per appellare preclude ogni reclamo contro la sua *iniustitia* (15). Senonchè, nonostante queste somiglianze così palesi, già prima di procedere ad una analisi dell'intrinseca differenza che passa tra la sostanza dei due istituti, si può anche nelle disposizioni esteriori che li regolano cogliere la prova della loro diversità: questa appare sopratutto in quelle leggi che, stabilendo per lo esperimento della *querela nullitatis* un termine perentorio, *gli attribuiscono una durata più lunga di quella del termine per appellare.* Già alcune di queste leggi sono citate dallo Skedl, come lo statuto di Modena del 1327 (16), secondo il quale, mentre l'appello dovevasi proporre entro 10 giorni dalla pronuncia della sentenza, la querela di nullità poteva proporsi entro 30 giorni (17); lo statuto di Roma (18) che,

(14) Cfr. avanti, n. 57.

(15) Cfr. avanti, n. 56.

(16) *Statuta civitatis Mutinae reformata,* Lib. IV, rub. 8-9, riportati in Skedl, pag. 85.

(17) Negli Statuti del Frignano del 1337-38 (pubblicati in *Corpus Statutorum Italicorum,* N. 2, Ed. Sorbelli Jacobi), Lib. IV, 54, si ricopia la disposizione dello Statuto Modenese, ma il termine per proporre la nullità è aumentato da 30 a 60 giorni.

(18) L'edizione da me consultata è quella con commento del Galganetti

accanto al termine di 10 giorni per l'*appellatio*, poneva per la *querela nullitatis* il termine di un anno; lo statuto di Genova, riformato nel 1587 (19), secondo il quale il termine per far valere la nullità era di tre mesi. Ma, accanto agli statuti citati dallo SKEDL, in molte altre legislazioni comunali si trovano disposizioni analoghe: cito, tra le fonti da me consultate, lo statuto di Vicenza del 1425 (20), lo statuto di Albenga del 1518 (21), lo statuto di Gubbio (22), nei quali tutti, ammettendosi la possibilità di esperimentare la *querela nullitatis* in un termine più lungo di quello per l'appello, si viene a dimostrare nel modo più aperto come la *querela nullitatis* avesse una funzione sua propria, una sua netta « individualità » processuale, per la quale, anche senza bisogno di analizzarne la specifica sostanza, essa non poteva essere confusa coll'*appellatio* (23).

55. — Tenendo ora presente l'istituto della *querela nullitatis* com'è costruita negli statuti citati, in cui si ammette il suo esperimento entro un termine più lungo di quello ammesso per l'appello, ci sarà dato di intendere a pieno la speciale sua funzione, quando si paragoni la condizione giuridica in cui si trovava nel diritto romano la sentenza nulla dopo decorso il termine per appellare contro di essa, colla condizione giuridica in cui si trovava nel diritto statutario la sentenza

---

(*Statuta almae urbis Romae, cum glossis* P. L. GALGANETTI, Romae, 1611), cap. 191 del libro I, pag. 444.

(19) L'edizione da me citata e alla quale mi riferisco anche nelle future citazioni s'intitola *Statutorum civilium serenissimae reipublicae genuensis libri sex* (Genuae, 1664), Lib. III, c. 1.

(20) *Ius Municipale Vicentinum* (Venetiis, 1567), Lib. II, Rub. *De ordine procedendi in causis civilibus*: ... *nullitas per viam agendi solum infra dies XX a tempore latae sententiae computandos proponi possit*, mentre per l'appello, nella stessa Rub., è posto il termine di 10 giorni.

(21) *Statuta seu Municipalia iura inclitae Civitatis Albingae* (Ast. 1519), II pars, Rub. *de habendo consilio a sapiente et de app.*, ammette la nullità: *iudicio ordinario principaliter intentando intra biennium tantum et non ultra.*

(22) *Statuta Civitatis Eugubi* con note di A. CONCIOLO (Gerundae, 1685) Lib. III, Rub. 7, ammettono la querela contro le nullità più gravi *infra annum dumtaxat a die sententiae numerandum.*

(23) Le disposizioni in cui si stabilisce per l'esercizio della *querela nullitatis* un termine più lungo di quello dato per l'appello sono quelle che meglio dimostrano la diversità dei due istituti; ma non sono l'unica prova di tale diversità. Si cfr. p. es. lo Statuto di Bologna (*Stat. inclitae civit. Bononiae cum scholiis* A. MONTERENTII, Bononiae, 1561) del 1445, Lib. II, Rub. *de app.*, secondo il quale, contro la sentenza da cui non si era appellato, non potevasi dir di nullità *per viam principalis petitionis*, mentre, se si era appellato, potevasi dir di nullità in modo autonomo dall'appello.

nulla in quel breve lasso di tempo che correva tra lo spirare del termine per appellare e lo spirare del termine per interporre la querela di nullità. Secondo il diritto romano, qualora si fosse lasciato decorrere il termine per appellare contro una sentenza nulla, non per questo essa veniva ad acquistare quella esistenza giuridica che non era mai stata capace di avere: *minime confirmatur ex hac praescriptione sententia* (retro, n. 34 *b*); decorso il termine per appellare la pronuncia del giudice restava dunque ciò che era stata fin da principio, cioè un nulla giuridico. Secondo il diritto statutario, invece, quando, decorso il termine per appellare, non era più possibile attaccare la sentenza per semplice motivo di ingiustizia, la sentenza nulla non si trovava in condizione di inesistenza giuridica, ma solo era sottoposta a perdere la sua giuridica esistenza per mezzo di quella *querela nullitatis* che ancora restava aperta contro di essa; in modo che, preclusa col decorso del termine di appello la possibilità di reclamare per la ingiustizia della sentenza, seguiva un periodo di tempo in cui contro la sentenza potevasi reclamare soltanto per motivo di nullità: decorso inutilmente anche questo periodo, anche la possibilità di reclamare contro la nullità della sentenza si precludeva, e tutti i vizî della sentenza, così quelli *in iudicando* come quelli *in procedendo,* dovevano intendersi irrevocabilmente sanati. Quantunque la confusione tra concetti germanici e concetti romani, alla quale tra poco accennerò, abbia in molte legislazioni e nella dottrina offuscato questo carattere fondamentale della *querela nullitatis,* certo è che negli statuti in cui essa appare nella sua forma più decisa troviamo il principio assoluto che, una volta decorso il termine per esperimentarla, tutti quanti i vizî della sentenza debbono intendersi sanati: *quo tempore elapso non possit amplius nec nullitas nec excessus proponi, imo sententia sit et habeatur pro valida et solemniter lata et data* (24). Simile principio, che costituisce la novità fondamentale dell'istituto, porta una totale trasformazione nel concetto di nullità della sentenza che era proprio del diritto romano: infatti, mentre la nullità del giudicato significava nel diritto romano la *inesistenza* giuridica del giudicato, la nullità diventò nel diritto statutario un *attributo della sentenza esistente,* a quel modo stesso che un attributo della sentenza esistente poteva essere la sua ingiustizia. Cosicchè mentre nel diritto romano la espressione *nulla sententia* aveva sempre il significato di « nessuna sentenza » (*kein Urteil*) (retro, n. 6), nel diritto intermedio si usò la espressione *sententia nulla* per indicare la sentenza esistente, ma viziata da

(24) Statuti di Genova citati, III, cap. I. Per una ampia documentazione di questo principio di diritto statutario, cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde,* § 16.

uno di quei difetti che venivano chiamati nullità. Si considerò il « non essere » come una qualità di una sentenza che esisteva anche giuridicamente e che poteva cessar di esistere solo se impugnata a tempo (25); o, meglio, quei difetti del giudicato che nel diritto romano producevano *ipso iure* il « non essere » giuridico di esso, ebbero trasformato il loro effetto, che si ridusse alla possibilità, limitata entro un perentorio termine, di togliere alla sentenza quell' « essere » giuridico che essa aveva acquistato per il solo fatto della pronuncia.

Al concetto romano della *nullità* intesa come inesistenza giuridica del giudicato si sostituì adunque il concetto di *annullabilità*, intesa come possibilità di togliere ogni efficacia giuridica alla sentenza viziata da certi difetti: con ciò la condizione della sentenza *iniusta* sottoposta all'appello non fu più, come nel diritto romano, sostanzialmente diversa da quella della sentenza *nulla*, sottoposta alla *querela nullitatis*: ingiustizia e nullità non differirono più per qualità di effetto, chè ambedue produssero, sia pure in base a criterî diversi (oltre, n. 56), una impugnabilità, ma solo per quantità di effetto, chè la sentenza nulla, come quella che si considerava più profondamente viziata della sentenza *iniusta*, fu anche per dir così, *più impugnabile* (26).

56. — Se ora, intesa così la funzione della *querela nullitatis*, ne esaminiano la sua natura processuale, dobbiamo riconoscere che essa è assolutamente diversa da quella dei mezzi conosciuti dal diritto romano per far valere la inesistenza giuridica del giudicato. Si è visto a suo tempo come tutti questi mezzi, primo tra essi la *revocatio in duplum*, ebbero, accanto a scopi di natura accessoria che qui non interessano, l'intento principale di far *dichiarare* la inesistenza del giudicato: ebbero, cioè, l'effetto di una pura azione di accertamento, la quale non portava nel mondo giuridico nessuna variazione, ma solo mirava a far la certezza su uno stato di diritto già prodottosi prima del suo esperimento. Natura del tutto opposta ebbe invece la *querela nullitatis*, la quale, anzichè a far dichiarare la iniziale inefficacia del giudicato, mirò a far distruggere la efficacia giuridica che il giudicato

---

(25) Cfr. Bülow, *Civilprozessualische Fiktionen und Wahrheiten*, pag. 77, nota 62.

(26) Cfr. *Error in iudicando*, pag. 45; Skedl, *Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 84, osserva che il dir. statutario *der Sententia nulla eine weniger bindende Kraft zuschrieb als der Sententia iniqua;* ed a pag. 110: *Das nichtige Urtheil blieb immer nur anfechtbar, wenn auch durch ein anderes Rechtsmittel als das ungerechte.* Per questa trasformazione del concetto di nullità, cfr., oltrechè il Bülow nello scritto citato, anche lo stesso Skedl, nell'altro suo scritto *Die Urtheilsnichtigkeit im österreichischen Prozessrecht*, pag. 81 e segg., n. I.

stesso fin dal principio portava con sè: mirò dunque a portare nel mondo giuridico una variazione, annientando uno stato di diritto che, senza l'esperimento della *querela*, avrebbe validamente conservato i suoi effetti. La *querela nullitatis* ebbe così, anzichè la natura di una azione di accertamento, la *natura di un'azione costitutiva*, volta ad ottenere una variazione giuridica di uno stato di diritto processuale già esistente.

Nasce così, colla *querela nullitatis* della legislazione statutaria, il nuovo concetto di « diritto di impugnativa » volto ad ottenere la distruzione di una sentenza esistente ma viziata da un difetto di costruzione, che la scienza processuale moderna distingue dal « diritto di gravame », vòlto ad ottenere una nuova decisione in un'ulteriore istanza su un rapporto già deciso con una prima sentenza non necessariamente difettosa. A questo concetto nuovo di diritto di impugnativa non rispondevano certo nel diritto romano i mezzi di cui una parte poteva valersi per far dichiarare la nullità di una sentenza, imperocchè tale nullità esisteva *ipso iure* nel sistema romano, e non era punto la conseguenza dell'esercizio di un diritto d'annullamento spettante alla parte: neppure a questo concetto rispondeva il diritto d'appello, che, ammessa la possibilità di nuove deduzioni nel grado superiore, esisteva anche contro una sentenza immune da qualsiasi vizio. Cosicchè, se la querela di nullità fu nel diritto statutario un mezzo per attaccare la sentenza presso un giudice superiore, come già fin dal diritto romano era stato l'appello, essa ebbe un contenuto sostanzialmente diverso dall'appello; questo era l'esercizio del diritto di ottenere una nuova decisione presso il giudice superiore; quella fu l'esercizio del diritto di ottenere dal giudice superiore l'annullamento di una prima sentenza viziata. Tenendo presente questa diversità di contenuto si può ora affermare che la legislazione statutaria considerò la *querela nullitatis* come il rimedio ordinario contro la sentenza nulla allo stesso modo con cui considerò l'appello come il rimedio ordinario contro la sentenza ingiusta. Di conseguenza la *querela nullitatis* fu, nella gran maggioranza delle leggi statutarie, portata dinanzi al *iudex appellationis* (27), ebbe, come l'appello, effetto devolutivo e sospensivo, fu esperimentabile solo entro un termine di pochi giorni, di durata spesso superiore, come si è visto, ma di natura simile a quello dell'appello: e, in una quantità di altre caratteristiche di dettaglio si conformò come un vero mezzo di gravame che apriva dinanzi al *iudex*

---

(27) Secondo gli Statuti di Vicenza del 1425 (Ed. Venetiis, 1567) la querela di nullità si portava (Lib. II, cap. *De ord. proced.*, n. 37) al *Iudex appellationum et nullitatum communis Vicentiae*.

di grado superiore una nuova fase del processo già dibattuto nella istanza inferiore e impediva il formarsi della cosa giudicata sulla pronunzia emessa dal primo giudice (28).

57. — Ho cercato di mostrare come nella legislazione statutaria la *querela nullitatis,* azione di impugnativa rivestita colle forme di un mezzo di gravame, avesse una struttura sostanzialmente diversa da quella dell'appello e rispondesse ad una diversa finalità. Senonchè bisogna considerare che la *querela nullitatis,* se da una parte traeva la sua origine dalla distinzione romana tra le due categorie dei vizî della sentenza, risaliva dall'altra a quella *reclamatio* del diritto longobardico che valeva indistintamente contro tutti i possibili vizî della decisione e accomunava tutti i motivi di reclamo in un unico rimedio: traccie di tale derivazione da un istituto unico e non distinto dall'appello si possono appunto trovare in diverse disposizioni degli statuti italiani, nelle quali si tende a togliere alla *querela nullitatis* la sua individualità processuale ed a coordinarla in modo così stretto coll'appello, da distruggere quasi tutte le sue caratteristiche di istituto autonomo (29). A prescindere dagli statuti più antichi i quali conoscono, anche per i casi di nullità, soltanto l'*appellatio* (30), nell'età in cui la *querela nullitatis* è giunta ormai al suo pieno sviluppo essa è regolata sempre in unione coll'appello ed a sua somiglianza. Se qualche statuto pone per l'esercizio della querela un termine più lungo di quello concesso per appellare (retro, n. 54), la gran maggioranza di essi stabilisce che la nullità debba esser dedotta nel termine per appellare (31); si prescrive, con disposizioni talvolta minuziose ed insistenti, che il procedimento della querela di nullità deve essere in tutto e per

---

(28) Cfr., per i dettagli, SKEDL, *Nichtigkeitsb.*, pag. 110 e segg., il quale peraltro, quando in tutta la sua monografia mira a dimostrare che la *querela nullitatis* era un vero mezzo di gravame (*Rechsmittel*), non ha presente la differenza tra questo concetto ed il concetto di *Anfechtungsklage* che doveva poi esser messa in chiaro dal KOHLER, specialmente in *Prozess und Nichtprozess*, citato.

(29) Cfr. KOHLER, *Prozess und Nichtprozess*, § 9, pag. 125-126.

(30) Cfr. SKEDL, § 13; così, ad esempio, il *Breve consulum Pisanae civitatis*, 1142, ivi citato. Influssi di diritto longobardico nota lo SKEDL a questo proposito anche in statuti posteriori: cfr. *ib.*, § 19.

(31) Cfr. gli Statuti di Verona, II, cap. 117; Bergamo, coll. II, cap. I; Milano, cap. 131; Ferrara, II, 65, citati da SKEDL, § 16, pag. 86-88. *Adde*: Cost. Egidiane del 1357 (in *Corpus Statutorum Italicorum*, n. I. Ed. SELLA), VI, 6; Statuti di Intra, Pallanza e Vallintrasca, 1393 (*ibidem*, n. II. Ed. ANDERLONE), III, 42; Modena (*Libri V Statutorum incl. civ. Mutinae*, Mutinae, 1590), lib. II, rub. 54; Valtellina (*Li Stat. di Valtellina*, in « Poschiavo », 1668), rif. nel 1548, cap. 88 e 128.

tutto simile a quello dell'appello (32); e finalmente si permette (33) o addirittura si impone l'esercizio cumulativo dell'appello e della *querela nullitatis* (34), cioè la contemporanea deduzione al giudice superiore dei motivi di ingiustizia e di quelli di nullità del giudicato.

Da tutte queste disposizioni traspare evidente la tendenza a fare dell'appello e della querela di nullità un unico mezzo di reclamo, col quale, a somiglianza di quanto avveniva nel diritto longobardico, tutti i difetti del giudicato dovevano esser fatti valere: di questa stessa tendenza è indice, sia pure in una forma diversa, la singolare disposizione dello statuto di Genova (35), secondo la quale, nei casi in cui era esperimentabile contro la sentenza tanto l'appello quanto la querela di nullità, la parte doveva scegliere tra le due vie, in modo che quando avesse scelto uno dei due rimedî, l'altro restava per essa definitivamente precluso.

58. — Se per tal modo la precisa costruzione della *querela nullitatis* appare qua e là nelle fonti statutarie quasi sopraffatta dall'elemento germanico, l'elemento romano prevale d'altra parte nella legislazione e nella dottrina canonica e impedisce alla letteratura giuridica svoltasi ulteriormente in Italia sul tema della nullità (36) di avere una chiara nozione dell'istituto, del quale, col sottoporlo alle regole contenute nelle fonti romane, si disconosce l'origine e si altera la fisionomia. Mentre il diritto statutario era il fecondo vivaio ove si formavano dalla pratica i nuovi istituti giuridici, la dottrina dell'età intermedia, assorta tutta nel rinato fervore per lo studio delle raccolte giustinianee, non si rendeva conto della mirabile rinnovazione che si andava compiendo nella legislazione comunale, fedele specchio della

---

(32) Per es. negli Statuti di Monteregale riformati nel 1570 (*Statuta civitatis Montisregalis*, 1570), coll. II, cap. 16, è detto: « *Et quia saepe variisque locis in praesenti capitulo fit mentio de appellatione et nullitate simul et uniformiter, ideo ad tollendum omne dubium ordinatum est in principio medio atque fine praesentis capituli quod quaecumque dicta sunt de appellationibus et earum causis, sint et esse intelligantur dicta de nullitate et nullitatis causa*, etc. ». Così per gli Statuti di Brescello, 1569 (*Stat. Brixilli libri tres*, Parma, 1697), lib. II, cap. XII.

(33) Stat. di Vicenza, II, *De ord. proc.*, n. 37: « *Item quod causae appellationis et nullitatis simul et eodem libello tractari possint per viam agendi, dummodo in eodem specialis, legitima, sive sufficiens causa nullitatis expressa fuerit* »; Piacenza, 1391 (*Stat. et decreta antiqua civ. Placentiae*, 1560), lib. II, rub. 3-5; Bologna, II, rub. *de app.* cit.

(34) Così anche per le *Leges statutae Reipublicae Sancti Marini*, lib. IV, *de appell.*: rub. IX (ancora in vigore: cfr. *Raccolta delle leggi e decreti della R.S.M.*, Prima ed. uff. Città di Castello, 1900, pag. 163).

(35) Stat. cit., lib. III, cap. I; cfr. Skedl, pag. 86.

(36) Cfr. Skedl, § 25; e il mio *Error in iud.*, § 1, nota 9.

vita giuridica del tempo: così anche il formarsi della *querela nullitatis* passò inosservato ai Glossatori ed ai Canonisti fino alla metà del XIII secolo, i quali mantennero fermo il principio desunto dalle fonti romane, secondo il quale la sentenza nulla è giuridicamente inesistente senza che occorra esperimentare contro di essa alcun mezzo di impugnativa: e quando finalmente la dottrina posteriore si accorse che esisteva nella pratica un mezzo di impugnativa contro le sentenze nulle, non si rese conto che per tal modo il concetto romano della nullità si era totalmente trasformato nel nuovo concetto di annullabilità; ma volle anzi giustificare ed illustrare coi testi romani, relativi alla inesistenza giuridica del giudicato, il nuovo istituto inspirato al principio germanico della validità formale della sentenza. Si manifestava così, anche di fronte alla *querela nullitatis*, quel fenomeno costante nella dottrina del diritto intermedio, per cui istituti di creazione italiana sono fraintesi dagl'interpreti e spiegati con forzati adattamenti dei testi romani (37).

A causa di tale atteggiamento della dottrina e della profonda discordanza esistente tra essa e la legislazione statutaria, il tema della nullità della sentenza diventò singolarmente complicato ed oscuro; e mentre in quegli statuti in cui la *querela nullitatis* si era sviluppata compiutamente, essa era l'unica via per far valere la nullità del giudicato, la dottrina italiana, confondendo i nuovi principii posti dal diritto statutario con i principii del diritto romano, ammise per far valere la nullità un complesso di mezzi diversi, nei quali mal si rintracciano le caratteristiche di un istituto unico. Senza fermarmi qui ad analizzare ad una ad una queste diverse forme di procedimento colle quali la dottrina ammetteva che si facesse valere la nullità di una sentenza (38) (allo svolgimento del mio tema interessa, per il principio nuovo che reca in sè, la *querela nullitatis* del diritto statutario, non le ulteriori deviazioni dottrinarie che ne rappresentano una corruzione), noto soltanto che alcune di queste forme ammesse dalla dottrina ricordavano più da vicino la vera e propria querela di nullità che abbiamo visto essere stata una formazione originale del diritto italiano: così la nullità intentata dinanzi al giudice superiore *de per se principaliter*, con cui, a somiglianza di quanto avveniva nel diritto statutario, si ricorreva al giudice per ottenere l'annullamento di una sentenza; la nullità intentata per via di appello *quando scilicet appellatur a sententia, quia est nulla*, che non differiva sostanzialmente dalla

---

(37) Skedl, pag. 139; Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo* cit., pag. 153 e, per la querela di nullità, pag. 161.

(38) Cfr. Endemann, *Civilprocessrecht*, § 242, n. II, pag. 939 e segg.

prima e che era una vera e propria querela di nullità sotto il nome di appello; la nullità fatta valere insieme coll'appello, *quando nullitas intentatur aeque principaliter cum appellatione,* con quel cumulo dei motivi di ingiustizia e di nullità che già si è visto ammesso od imposto dagli statuti; e la nullità non espressamente dedotta nell'appello, ma che pure poteva esser rilevata dal giudice di secondo grado, perchè *nullitas venit accessorie et incidenter in appellatione.* Di fronte a queste forme che ricordavano la vera e propria *querela nullitatis,* altre si modellavano invece, almeno esteriormente, su quei procedimenti che il diritto romano ammetteva contro la sentenza nulla: come, secondo il diritto romano, poteva l'attore respinto da una sentenza nulla riproporre in giudizio la sua domanda che non era stata validamente decisa, così la dottrina italiana ammise che, dopo una sentenza nulla, si potesse riportare la causa dinanzi allo stesso giudice, chiedendogli *quod (cassata seu habita prima sententia pro nulla) ex integro super negotio principali pronuncietur, ac sententia praedicta reformetur* (39); d'altra parte la dottrina insegnava che anche quando la domanda fosse rivolta semplicemente ad ottenere l'annullamento della prima sentenza (la nullità proposta *de per se principaliter,* ossia *petitio solemnis*), il querelante poteva a sua scelta portarla al giudice superiore o allo stesso giudice che aveva emesso la sentenza nulla (40); un'ultima forma che la dottrina ammetteva accanto alle altre cinque già enumerate era finalmente la nullità dedotta *per viam exceptionis* che formava un incidente dell'esecuzione, con molta somiglianza a quanto poteva avvenire nel processo romano (retro, n. 8) (41).

Quantunque anche negli statuti si affaccino qua e là delle forme per far valere la nullità che differiscono dalla vera e propria *querela nullitatis* (per esempio in qualcuno di essi — a parte la ammissione della *exceptio nullitatis* di cui dirò oltre, n. 75 — si ammette che competente a conoscere sulla nullità sia il giudice *a quo* e non il giudice superiore) (42); certo è che sul tema della nullità delle sentenze profon-

---

(39) Vanzi, *De null.*, VI, n. 17; Bartolo, ad l. 19 D. *de app.*, XLIX, 1, n. 12; Scaccia, *De sent.*, qu. XIX, rem. 1, concl. 3, n. 18; Altimaro, rub. I, qu. 3, nn. 33-37. Avverte, peraltro lo Skedl che questa forma di proporre la nullità è soltanto esteriormente simile a quella del diritto romano, poichè, secondo gli scrittori del diritto comune, essa non dà luogo ad un nuovo processo, ma solo ad una ritrattazione del primo sugli stessi atti (cfr. pag. 161).

(40) Vanzi, III, nn. 9, 10.

(41) Vanzi, III, n. 22.

(42) Oltre gli Statuti di Cesena, lib. I, *de app.;* Bergamo, coll. II, cap. 14; Verona, lib. II, cap. 15; Riva, lib. II, cap. 31, citati da Skedl a pag. 82-83. *Adde*: Statuti di Bologna del 1445 (*Statutorum inclitae civitatis Bononiae cum Scholiis* A. Monterentii, *Bononiae,* 1561), lib. II, rub. *de causa nullitatis,* in cui

do è il dissidio tra la gran maggioranza della legislazione statutaria e l'unanime insegnamento della dottrina; tale dissidio, di cui talvolta gli stessi Dottori e gli Statuti stessi hanno coscienza (43), può riassumersi intorno a questa essenziale diversità: che, mentre la legislazione statutaria concepisce la querela di nullità come un vero e proprio mezzo di gravame contro la sentenza, cioè come un istituto esclusivamente processuale (retro, n. 56), la dottrina parla di un'*actio nullitatis* contro la sentenza, e la considera di natura identica all'*actio nullitatis* che può essere proposta contro un contratto (44). Il Vanzi, nel dare la definizione della nullità, la chiama, senza distinguere tra le sentenze ed i contratti, « *ius et commune auxilium, ad irritandum seu irritum nuntiandum actum de quo quaeritur* » (45); e quantunque già fino da Bartolo (46) si fosse affermato che la nullità delle sentenze è un puro *remedium* processuale, basato sovra un *officium iudicis nobile*, pur tuttavia anche nella dottrina posteriore troviamo detto che la nullità *principaliter deducta* « *est actio ordinaria* » (47) del tutto simile all'azione che compete per toglier di mezzo un negozio privato, come un contratto o un testamento.

Considerando ora la nullità delle sentenze coi criterî del diritto privato, e parlando di un'*actio nullitatis* simile a quella esistente nel diritto sostanziale là dove gli statuti parlavano di una *querela nullitatis*, concepita come istituto esclusivamente processuale, la dottrina si avvicinò forse a intendere con precisione la vera natura teorica che ha,

---

si stabilisce che la nullità *per viam principalis petitionis* possa proporsi dinanzi al giudice *a quo;* Cadore (*Statuta Comm. Cadubri,* 1545), lib. II, tract. II, cap. 75: *... quod iudex qui tulit sententiam, quae dicta est nulla, consilio habito debeat diffinire super nullitate praedicta;* Friuli (*Statuti della patria del Friuli rinnovati,* Udine, 1745), cap. LXIII; Monteregale, riform. 1570 (*Statuta civitatis Montisregalis,* 1570), coll. II, cap. 16; Forlì (*Statuta civ. Forolivii,* 1615), lib. II, rub. 49.

(43) Stat. Monteregale, II, 16, si dànno norme *non obstante quod de nullitate posset semper opponi de iure communi, quia hoc per praesens capitulum specialiter est sublatum;* Stat. Albenga, II, rub. *de app.*: *non obstante aliquo iure canonico nec civili in contrarium disponente.*

(44) Si noti che i trattatisti studiano contemporaneamente la nullità delle sentenze e quella dei contratti, come manifestazioni diverse dello stesso istituto: ciò appare anche dal titolo dell'opera di Altimaro, *De nullitatibus sententiarum et contractuum.*

(45) *De null.,* I, n. 1.

(46) Ad l. 55 D. *de re iud.,* XLII, 1, n. 2; cfr. su questo punto gli autori citati da Skedl a pag. 141, nota 7.

(47) Scaccia, *De app.,* qu. XIX, rem. I, concl. 4, n. 24; Baldo, ad l. 1 C., VII, 70, n. 1.

in astratto, il diritto d'impugnare una sentenza nulla (48); ma ignorò quasi totalmente che questo diritto si era venuto formando nella legislazione statutaria come un vero e proprio mezzo di gravame e trascurò tutte le conseguenze che da questa formazione gli statuti avevano tratto. Cosicchè l'*actio nullitatis* della dottrina non ebbe tutte quelle caratteristiche che nella legislazione municipale le erano attribuite dalla sua funzione di mezzo di gravame; non fu esperimentabile solo in un breve termine come l'appello, ma durante i trenta anni occorrenti per la ordinaria prescrizione di qualunque azione (49); potè non avere effetto devolutivo (50); non ebbe, di regola, effetto sospensivo. È necessario peraltro avvertire un punto sul quale lo Skedl non si sofferma e che ha invece, secondo me, una importanza essenzialissima: che, cioè, quantunque la dottrina, prendendo a modello il diritto romano, tendesse a costruire come una semplice *actio* quello istituto che nel diritto statutario era un vero mezzo di gravame, non per questo, nella costruzione di tale *actio*, la dottrina restò immune dall'influsso della evoluzione, prodottasi, in conseguenza del principio della validità formale della sentenza, dal concetto romano di inesistenza giuridica a quello di *annullabilità* del giudicato. Infatti, mentre nel diritto romano ogni mezzo volto contro la sentenza nulla aveva scopo puramente dichiarativo, l'*actio nullitatis* della dottrina intermedia non ebbe (o non sempre ebbe) la funzione di un'azione di mero accertamento, ma bensì quella di un'azione costitutiva, volta a toglier vigore alla sentenza giuridicamente esistente (oltre, n. 76); con ciò, se pur la dottrina, al disopra dell'istituto formatosi nel diritto statutario, predilesse e sviluppò le forme processuali contenute nei testi romani, la sostanza che essa rivestì con queste forme fu necessariamente diversa da quella del diritto romano, poichè diverso era ormai il concetto della nullità. Respingendo della *querela nullitatis* statutaria la contingente costruzione esteriore, la dottrina fu tratta, sia pure inconsciamente, ad accogliere quel nuovo concetto di « *annullabilità* » che della *querela nullitatis* era stato la innovazione fondamentale e duratura (51).

---

(48) Cfr. il mio scritto *Vizi della sentenza e mezzi di gravame* (Firenze, 1915).

(49) Vanzi, *De null.*, VIII, n. 8.

(50) Id., III, n. 9.

(51) Erra dunque il Cognetti, *Revocazione*, pag. 85, quando scrive che la *actio nullitatis* rappresentava « una constatazione di morte » della sentenza.

Capitolo IX

MOTIVI DI NULLITA'

Sommario: 59. I motivi di nullità nella legislazione e nella dottrina del dir. intermedio. — 60. *A) Errores in procedendo.* — 61. *B) Errores in judicando.* — 62. *a)* Errori relativi alla premessa maggiore. — 63. *b)* Errori relativi alla premessa minore. — 64. *c)* Errori relativi alla conclusione. — 65. Errore *contra rem prius iudicatam.* — 66. Requisiti che deve avere l'errore per produrre nullità: *a) expressus; b) causalis.* — 67. La querela di nullità diventa un rimedio contro la ingiustizia della sentenza.

59. — Se la querela di nullità trae la sua origine dall'incontro del principio germanico della validità formale della sentenza colla distinzione romana tra le diverse specie dei vizî della sentenza, appar naturale che i motivi per i quali si ammise l'esercizio della querela di nullità fossero quei medesimi che nel diritto romano producevano la inesistenza giuridica del giudicato (1): la novità introdotta dal diritto statutario fu, come si è visto, relativa all'effetto di questi motivi, che, da cause di nullità, diventarono cause di annullabilità della sentenza; ma sulla determinazione dei singoli motivi di annullabilità le legislazioni si riferirono al *ius commune* basato sulle fonti romane, e la dottrina si limitò a classificare con apparenza sistematica quei diversi casi di nullità che nelle raccolte giustinianee si trovavano senza alcun ordine apparente dispersi.

Gli statuti non contengono una enumerazione compiuta dei motivi di nullità: soltanto nello statuto di Genova riformato nel 1587, Rub. *de sententiarum firmitate* (Lib. III, cap. 1°), si trovano enumerate in un'unica disposizione sette cause di nullità, le quali peraltro non esauriscono tutta quanta la serie dei motivi che potevano dar luogo all'annullamento del giudicato (2). In generale, gli statuti e la le-

---

(1) Cfr. Wach, *Urteilsnichtigkeit*, I, pag. 376.

(2) Le nullità enumerate dal suddetto Statuto sono le seguenti: *si magistratus vel iudex... esset incompetens et seu excessisset metas suae jurisdictionis seu commissionis; si personae potestatem non habuissent seu non fuissent legi-*

gislazione canonica si limitarono soltanto a stabilire caso per caso che la inosservanza di certe disposizioni rendesse nulla la sentenza, aggiungendo così delle nuove specie di nullità, che potevano farsi rientrare in qualcuna delle categorie già fissate dal diritto romano. Ad una classificazione dei motivi di nullità procedettero invece i giuristi, e nello *Speculum* del DURANTI (3) li troviamo riassunti nella enumerazione seguente: *Nulla autem dicitur sententia multis modis, scilicet Ratione iudicis, Ratione iurisdictionis, Ratione litigatorum, Ratione loci, Ratione temporis, Ratione causae, Ratione quantitatis, Ratione modi, Ratione processus, Ratione manifestae iniquitatis;* con criterio più logico il VANZI, nel cap. II del suo Trattato, distingue le nullità nelle seguenti sei categorie: *defectus iurisdictionis,* che può derivare da diverse ragioni (*ratione rei, litigatorum, loci, temporis*); *defectus principalium litigatorum; defectus mandati et potestatis comparentium; defectus citationis; defectus processus; defectus solemnitatis ac formae sententiae.* Senza seguire presso i singoli scrittori del diritto comune i diversi criterî di classificazione (4), noto soltanto che, quantunque i giuristi dell'età intermedia non abbiano in modo netto e sistematico distinto avanti tutto i difetti del giudicato nelle due grandi categorie di *errores in procedendo* ed *errores in iudicando,* pur tuttavia la differenza essenziale tra questi due generi di vizî fu intravista da qualche scrittore, quantunque poi non fosse scientificamente sfruttata e sviluppata. Vediamo così che BALDO (5) insegna che *tria sunt circa sententiam inspicienda, scilicet ordo, substantia et solemnitas. Ordo est praemittere praemittenda, et postponere postponenda, servato solito more iudiciorum. Substantia est quod condemnet vel absolvat vel aequipollens. Solemnitas est quod in scriptis ferat, item sedendo et non stando,* etc.; distinguendo così dai difetti di procedimento relativi all'*ordo* e da quelli di forma relativi alla *solemnitas,* i difetti di contenuto, gli errori di giudizio, relativi alla *substantia.*

---

timae; si contra rem iudicatam et decisam fuisset iudicatum; si fuisset iudicatum extra seu ultra petita; si in exequendo iudicata excederetur modus et forma iudicatorum; si perenta instantia iudicatum fuisset; si citatio obmissa esset, ubi partis citatio requiritur. Ma anche, per il cap. 17 del lib. 1°, rub. *de iure redd.*, erano nulle le sentenze date in genere contro gli Statuti; e il c. 3 permetteva di ricorrere per nullità ai sindacatori anche per motivi diversi da quelli stabiliti dallo Statuto, purchè con speciali garanzie di fondatezza (avanti, n. 82).

(3) Lib. II. Partic. III, § 8, *Iuxta.*

(4) Per i quali rimando a SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, § 37, che esamina diligentemente lo stato della dottrina; LINDE, *Handbuch,* II, § 247, il quale però segue pedissequamente il VANZI.

(5) Ad l. 3 *C. de sent.*, VII, 45, nn. 1-3.

Ma in modo anche più chiaro si esprime un canonista, l'ABATE PANORMITANO (6) che, enumerando i casi in cui una sentenza può dirsi *contra ius*, distingue due ipotesi: quella in cui *sententia est contra ius habito respectu ad merita causae*, ossia la sentenza è viziata da un error di giudizio relativo al merito della controversia (*error in iudicando*), e quella in cui *illud ius contra quod est lata sententia concernit exstrinsecus aliam iniustitiam a meritis causae, puta ut sententia non feratur die feriata, vel aliquid simile*, ossia la sentenza è viziata da un difetto relativo alla sua costruzione processuale (*error in procedendo*).

A questa distinzione fondamentale tra difetti d'attività e difetti di giudizio che anche la dottrina del diritto intermedio intravide, mi riferirò, come già ho fatto per il diritto romano, nella esposizione seguente in cui raggrupperò sinteticamente i diversi motivi di nullità conosciuti dal diritto intermedio (7).

60. — *A*) Il concetto di nullità nel diritto romano era stato originariamente inseparabile da quello di un difetto di costruzione nel processo; è naturale quindi che la *querela nullitatis* del diritto intermedio fosse prima di tutto un mezzo destinato a garantire le parti contro gli *errores in procedendo*, mentre contro gli *errores in iudicando* doveva, in massima, provvedere l'appello. La gran maggioranza dei motivi per i quali nel diritto intermedio una sentenza potè essere annullata fu formata da *errores in procedendo*.

Sono anche qui in prima linea, come nel diritto romano, quei vizî così gravi che, importando la mancanza di qualche presupposto processuale, impediscono il formarsi di un rapporto processuale valido: di questi vizî possono farsi più classi, secondochè derivano dalla persona del giudice (mancanza di giurisdizione, incompetenza, ecc.) (8) o dalla

---

(6) *Commentaria in Decretales*, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 1.

(7) Rassegna dei diversi motivi di nullità nel diritto intermedio, in BARDELEBEN, *De sent. null.*, pag. 60 e segg.; LINDE, *Handbuch*, II, § 244 e segg.; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, § 37; e, con particolare riferimento allo sviluppo della legislazione intermedia tedesca, cfr. ENDEMANN, *Civilprocessrecht*, § 243; RENAUD, *Lehrbuch*, § 184; WETZELL, *System*, § 60, note 90 e segg.

(8) Per la legislazione canonica era nulla la sentenza pronunciata dallo scomunicato (C. 24, q. 1, c. 37; c. 4, *eod.*; c. 24, X, *de sent. et re iud.*, II, 27); o da un eretico (c. 13, X, *de haer.*, V, 7); o da un infame (c. 13, X, *de rescriptis*, I, 3); o da un giudice corrotto o non libero nella decisione (c. 10, X, *de vita et hon.*, III, 1; c. 89, pr. C. XI, q. 3); o da un giudice incompetente (per es., c. 3, X, *de consuet.*, I, 4; Clem. 2, *de sent.*, II, 11; c. 4, X, *de iud.*, II, 1; e 1, X, *de app.*, II, 28, etc.); cfr. DURANTI, *Speculum* cit., lib. II, parte III, § 8, n. 2 e segg.; VANZI, cap. IX e X; MARANTA, VI *decis. iud.*, act. 1; LINDE, II, § 244; WETZELL, § 39, n. 2; SKEDL, § 37, 1, note 5 e 6.

persona delle parti (mancanza di capacità a stare in giudizio, mancanza di valido mandato nella persona del procuratore, ecc.) (9).

Affinchè il rapporto processuale fosse valido, occorreva poi, oltre la capacità dei suoi soggetti, la regolarità del suo atto costitutivo (*legitima citatio*) (10); e, una volta che il rapporto processuale era stato così iniziato in modo valevole, la nullità di esso poteva verificarsi durante il procedimento, ogni qualvolta fosse omesso qualcuno di quegli atti che si consideravano essenziali per la validità del processo (*substantialia processus*) o non fosse osservato il rigoroso ordine con cui questi atti dovevano compiersi (*ordo iudiciarius*) (11).

Un ultimo gruppo di nullità per motivi processuali poteva derivare poi dalla mancanza della *solemnitas* con cui la sentenza doveva esser pronunciata: come quando, per esempio, a conclusione di un rapporto processuale validamente costituito e regolarmente svoltosi attraverso un regolare procedimento, il giudice pubblicava la sentenza di notte o tralasciava di redigerla in iscritto (12).

Anche quando l'*ordo* nel procedimento e la *solemnitas* nella pronuncia della sentenza erano stati regolarmente osservati, poteva darsi che il giudice, quantunque al momento della costituzione del rapporto processuale fosse stato rivestito della necessaria giurisdizione e competenza, avesse perduto il suo potere giurisdizionale al momento della pronuncia (il che avveniva, per esempio, quando la sentenza veniva pronunciata dopo decorso il termine che da quasi tutti gli statuti era prefisso al compiersi del processo, onde la nullità *ex lapsu instantiae*)

---

(9) C. 1, X, *de proc.*, I, 38; c. 40, X, *de off. iud. deleg.*, I, 29; c. 7, X, *de iud.*, II, 1; c. 5, X, *de except.*, II, 25; c. 3, *de iud.*, in VI, II, 1; c. 14, X, *de rest. spol.*, II, 13. Cfr. Duranti, *Speculum*, l. c., n. 5; Vanzi, XI, nn. 1-58 per la mancanza di capacità a stare in giudizio, n. 59 e segg. per la mancanza di mandato; Linde, *op. cit.*, § 245; Skedl, § 37, 2-3. Anche era nulla la sentenza emanata in un giudizio in cui l'attore fosse scomunicato (c. 7, X, *de iud.*, II, 1; c. 5, X, *de except.*, II, 25) e *exbannitus* (cfr. Statuti della Valdelsa, *St. della Lega di Gambassi del sec. XIV*, lib. III, rub. 1, in *Corpus S. I.*, ed. Latini, Roma, 1914).

(10) Clem. 2, *de sent.*, II, 11; c. 8, X, *de maior. et obed.*, I, 33; Duranti, *Speculum*, l. c., n. 21; Vanzi, cap. XII; Linde, § 246; Skedl, § 37, 4.

(11) Si ricordi il passo di Baldo, ad l. 3 C. *de sent.*, VII, 45, citato nel testo, retro, n. 59. Sul concetto di *substantialia processus* e specialmente sulla specifica enumerazione di essi non era concorde la dottrina: cfr. Vanzi, cap. XII-XIII; Linde, § 247; Skedl, § 37, 5; Renaud, pag. 544; Wetzell, § 60, pag. 804 e segg. La famosa costituzione Clementina *Saepe* (c. 2, Clem., *de V. S.*, V, 11) ridusse al minimo il numero di questi *substantialia;* cfr. Linde, II, § 243.

(12) Oltre gli autori citati, cfr. Renaud, pag. 539; Skedl, § 37, n. 6 e letteratura in nota 11.

(13) o che commettesse nella pronuncia stessa un eccesso di potere, come quando decideva *ultra petita* od *extra petita partium* (14), o come quando giudicava contro la cosa giudicata, ipotesi che la dottrina del diritto intermedio considera però, come tra poco si vedrà (avanti, n. 65), da un punto di vista diverso da quello dell'eccesso di potere.

Da questa breve rassegna delle diverse classi di nullità per *error in procedendo* conosciute dal diritto intermedio, appare che il substrato fondamentale di esse era pur sempre il diritto romano, e che i motivi di nullità aggiunti *ex novo* dal diritto canonico o dal diritto statutario potevano farsi rientrare sotto i tipi già conosciuti dalle raccolte giustinianee; così ad esempio, quella speciale nullità che le fonti canoniche in base a un criterio esclusivamente religioso stabiliscono per i casi di scomunica o di eresia del giudice o dell'attore (15) non è in sostanza, considerata dal punto di vista processuale, diversa da quei casi di nullità per mancanza di giurisdizione che si trovano nominati nelle Fonti giustinianee. Certo il campo nel quale la legislazione statutaria e più la dottrina crearono nuovi motivi di nullità fu proprio quello degli *errores in procedendo* e specialmente quello dei difetti relativi all'*ordo* ed alla *solemnitas*. L'osservanza di formalità puramente esteriori e quasi prive di qualsiasi ragionevolezza sostanziale, fu spesso imposta dalla legislazione statutaria sotto pena di nullità: cito, a titolo di curiosità, le disposizioni degli statuti di Verona e di Vicenza, per le quali, se i giudici iniziavano o chiudevano il dibattimento prima di aver « *pulsata ter campana officialium* », la loro decisione doveva considerarsi nulla (16); o quelle, contenute in alcune leggi fiorentine, per

---

(13) Stat. di Genova, lib. III, cap. 1 cit.; St. Bologna, 1445, lib. II, rub. *de app.* cit.; St. Busseto del 1429 (stampati a Parma nel 1582), lib. I, rub. 28; St. Albenga cit., parte II, rub. *Ut vicarius teneatur suam ferre sententiam,* in cui si dispone che la sentenza del vicario data oltre il termine *ipso iure sit nulla quantucumque iusta.* Ugualmente il giudice diventava incapace a decidere quando durante il processo le parti chiedevano il *consilium sapientis,* e la sentenza da lui pronunciata, non tenendo conto di tale richiesta, era nulla: cfr. SKEDL, pag. 105, nota 11, e *adde*: Stat. Bologna cit., lib. I, rub. 20, *De confidentibus;* Stat. Albenga cit., p. II, rub. *De habendo consilio a sapiente,* etc.

(14) Lo Stat. di Genova cit., lib. III, cap. 1, contempla espressamente fra i motivi di nullità questo caso (*si fuisset iudicatum extra seu ultra petita*). Cfr. DURANTI, l. c., n. 8, che considera questo come un caso di nullità *ratione quantitatis*; VANZI, XIII, n. 97. Cfr. WETZELL, *System,* § 43.

(15) Cfr. testi citati nella nota 8 a pag. 149.

(16) St. di Verona del 1450 (*Leges et Statuta Civitatis Veronae,* Vicentiae, 1475), lib. II, cap. 6; Vicenza, Stat. del 1425 (*Ius municipale Vicentinum,* Venetiis, 1567), lib. II, rub. *De ord. procedendi in caus. civ.* La stessa disposizione, ma senza sanzione di nullità, si trova negli Stat. di Forlì del 1359, II, rub. 21

cui la sentenza dovevasi considerare nulla se le parti non avevano pagate le tasse di giustizia (17). Ma il culto gretto e cavilloso delle formalità e la conseguente continua minaccia della sanzione di inefficacia furono portati al massimo grado dalla dottrina dei giuristi, alle cui sottigliezze il tema delle nullità della sentenza per violazione dell'*ordo* o delle *solemnitates* fu campo prediletto. Sono celebri, come esempio di esagerazione della forma, le discussioni seriamente e minuziosamente fatte dalla dottrina del diritto intermedio intorno alla posizione che il giudice doveva tenere nel momento in cui pronunciava la sua sentenza. Falsamente interpretando, sotto influssi germanici, la l. 3 C. *de sententiis*, VII, 44, la dottrina considerò come requisito essenziale per la validità della sentenza la sua pronuncia da parte di un giudice seduto; ma infinite distinzioni si fecero poi per determinare quando il giudice dovesse considerarsi seduto: e si discusse se fosse nulla la sentenza pronunciata da un giudice seduto in cima ad una torre, o da un giudice a cavallo, e perfino si disputò se dovesse ritenersi valida la sentenza di un giudice che non poteva mettersi a sedere per causa di malattia! (18). Contro tali vane esagerazioni delle cavillosità forensi, per colpa delle quali ogni più insignificante deviazione dal rigore dell'*ordo* poteva far precipitare nel nulla l'intero processo, reagirono, come si vedrà, le legislazioni, restringendo al minimo possibile o talvolta addirittura sopprimendo i motivi di nullità del giudicato (19).

(*Corpus Stat. Italic.*, ed. Rinaldi, n. V) e in quelli di Perugia del 1342, II, rub. 1ª (*C. S. I.*, n. IV, ed. Degli Anzi).

(17) Cfr. Statuti della Mercanzia di Firenze, rif. da Francesco dei Medici (manoscritti nella Bibl. degli Avvocati di Firenze), per i quali erano nulle le sentenze dell'Officiale di Mercanzia quando si trovasse « non esser pagato il debito diritto ». Cfr. Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 323, nota 277. Nella *Generale Rinnovazione di leggi per tutti i Magistrati e Iusdicenti* 12 agosto 1678 (cfr. Cantini, *Legislazione toscana raccolta ed illustrata*, Firenze, 1800 e segg., XIX, 56), l'art. 7 stabilisce: *si delibera che le nullità si restringono... a tre soli capi: primo, di citazione non fatta; secondo, di gabella non pagata; terzo, di sportula non pagata...*

(18) Cfr. Bartolo alla citata legge 3 C., VII, 44; Duranti, *Speculum* citato, lib. II, partic. III, rub. *sententia qualiter impugnetur*, nn. 10-11. Cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 78, nota 3; Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziaria del diritto*, in *Saggi*, pag. 208. Un'altra formalità di natura simile a questa è quella, richiesta da qualche scrittore, che il giudice nel decidere posasse la mano su un libro della Sacra Scrittura: v. Skedl, pag. 170, nota 11.

(19) Per la classificazione delle nullità derivanti da *errores in procedendo*, si cfr. ora il già citato scritto di A. Costa, pubblicato molto dopo la compilazione in manoscritto di questa parte del mio lavoro: specialmente i nn. 14 e segg., che seguono con diligenza e acume lo svolgimento della dottrina intermedia sull'argomento.

61. — *B*) Nelle legislazioni e nella dottrina del diritto intermedio avviene, a proposito degli *errores in iudicando*, un fenomeno del tutto diverso da quello che abbiamo veduto avvenire per gli *errores in procedendo*. Infatti, mentre per questi il diritto statutario e il diritto canonico si erano limitati ad aggiungere, sotto le diverse categorie di nullità processuali tramandate dal diritto romano, nuovi casi specifici che non mutavano lo schema fondamentale della classificazione, per quelli il diritto intermedio, pur mostrando di voler accettare nella sua interezza la teoria romana della nullità delle sole sentenze date *contra ius constitutionis*, in realtà alterò nella profonda sostanza il concetto romano e adottò in questo punto un criterio interamente nuovo.

Noto anzitutto che, mentre nell'antico processo germanico non esisteva alcuna possibilità di classificare gli *errores in iudicando* in errori di diritto ed errori di fatto, perchè data la struttura di quel processo, ogni sentenza viziata da un error di giudizio era *contra legem* (retro, n. 41), nel processo statutario si tornò alla concezione che aveva il diritto romano della funzione del giudice, al quale fu di nuovo attribuito l'ufficio di applicare il diritto al fatto da lui stesso accertato: in virtù di tale trasformazione, che segna nella storia del processo l'inizio dell'età moderna (20), il giudice potè ancora come nel diritto romano (sia pure in base al principio di origine germanica della prova *legale*) risolvere, accanto a questioni di diritto, questioni relative alla esistenza dei fatti controversi: talchè rinacque la possibilità di classificare gli errori di giudizio in diverse categorie, corrispondenti alle diverse fasi dell'attività del giudice.

Rinata così nel processo statutario e, d'altra parte, conservatasi sempre nei giudizî ecclesiastici questa concezione romana della funzione giurisdizionale, se per determinare gli effetti delle diverse specie di errore commesso dal giudice *in iudicando*, i Dottori ostentarono di restar fedeli agli insegnamenti dei testi romani, già da me accennati (retro, Capit. II), in realtà la profonda trasformazione di concetti che si era operata in questo campo si manifestò nelle fonti canoniche: esse infatti, partendo da considerazioni interamente nuove, non più politiche ma religiose, limitate in origine solo ad alcune materie spirituali (si ritenne nulla la sentenza di scomunica viziata da un *intolerabilis error patenter expressus* (21), e si affermò la perpetua revocabilità, per

---

(20) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 72 e *Staatslehre* cit., Bd., II. Teil, pag. 472; e il mio *Error in iudicando*, n. 7.

(21) C. 40, X, *de sent. excomm.*, V, 39; c. 36, X, *de off. et pot. iud. del.*, I, 29; c. 2, *de sent. excomm.*, in VI, V, 11; c. 7, § 5, *h. t.*; c. 46, C. 11, qu. 3.

error probabilis, delle sentenze date *contra matrimonium* (22) o in qualunque altra materia in cui *vertitur periculum animae*) (23), giunsero ad ammettere in generale quale principio comune a tutto il processo che, com'è nulla la sentenza data *contra ius scriptum* (24) o *contra leges canonesve* (25) così deve ritenersi nulla ogni sentenza che *iniquitatem contineat manifestam* (26). Vedremo a tempo opportuno (oltre, n. 85) come questo nuovo criterio adottato per determinare gli effetti dell'*error in iudicando* alterò profondamente, per esclusivo influsso del diritto canonico, la significazione politica della nullità della sentenza *contra ius constitutionis,* ammessa per ragioni eccezionali d'ordine pubblico dal diritto romano; qui debbo limitarmi ad esporre, seguendo la solita classificazione dedotta dall'analisi del sillogismo compiuto dal giudice, le diverse specie di *errores in iudicando* che furono considerate e studiate dalla dottrina del diritto intermedio (27).

62. — *a*) *α*) Tra gli *errores in iudicando* intervenuti nella formazione della premessa maggiore, bisogna considerare anzitutto la violazione di una norma giuridica (il cosidetto *error contra ius in thesi* del diritto comune tedesco) (28): valeva per questo caso la regola che *sententia contra ius expresse lata ipso iure non valet* (29). La norma di diritto che veniva violata nella premessa maggiore del sillogismo poteva essere una norma di *ius scriptum,* ed in questo caso la sentenza era nulla tanto se si trattasse di diritto romano o canonico (30), quanto se

---

(22) C. 4, X, *de in int. rest.,* I, 41; c. 4, 7, 10, 11, X, *de sent. et re iud.,* II, 27; c. 6, X, *de frig. et malef.,* IV, 15; cfr. anche c. 2, § *quia ergo,* c. XXXV, qu. 9.

(23) Felino Sandeo, *Comment. in Decretales,* ad c. 7, X, *de sent.,* II, 27, *duodecima et ultima declaratio.*

(24) C. 41, § *Item si sent.,* C. II, q. 6.

(25) C. 1, X, *de sent. et re iud.,* II, 27; c. 3, *h. t.* e c. 7, X, *de conf. utili,* II, 30.

(26) C. 9, X, *de sent. et re iud.,* II, 27.

(27) Per notizie più ampie su questo argomento, rimando al mio studio sull'*Error in iudicando,* del quale riassumo qui fedelmente i resultati.

(28) Stryk, *Dissertationum iuridicarum,* vol. III. *De Selectis utriusque iuris materiis* (Francofurti, 1743), Disput. XXIII, cap. XI, n. 14; Gonner, *Handbuch,* Bd. III, cap. XLII, n. XXIV e segg.; Renaud, pag. 540-554; Wetzell, *System,* pag. 807.

(29) Cfr. in Appendice a Bartholomei Socini, *Commentariorum,* pars II (Venetiis, 1572), *Collectanea regularum iuris,* pag. 51 ed ivi letteratura. Per una trattazione più precisa di questo punto della dottrina che qui mi limito ad accennare, cfr. il mio *Error in iudicando,* nn. 13 e segg.

(30) Cfr. oltre il c. IX *de sent. de re iud.,* II, 27, Duranti, *Speculum,* lib. II, partic. III, rub. *Sententia in iudicio prolata,* nn. 1 e segg.; a meno che, s'in-

si trattasse di diritto statutario, purchè fosse *in corpore iuris clausum* (31): la disposizione che non si trovava registrata nella raccolta ufficiale delle leggi (cosid. *extravagans*) sfuggiva al principio *Jura novit Curia,* e la sentenza che contenesse un errore su questa disposizione non era nulla, ma solamente appellabile, come quella basata su un errore di fatto (32). Neppure produceva nullità la violazione di una massima giurisprudenziale, poichè le decisioni dei giudici *quamvis magistrales et magni ponderis sint, vim legis non obtinent* (33). Gli stessi principii che valevano per la norma scritta ma *extravagans,* si applicavano al *ius non scriptum* (34) il quale *consistit in facto* (35): talchè la sentenza data contro il diritto consuetudinario non era nulla, *propter dubium facti* (36). Un'eccezione si faceva però, così per la norma consuetudinaria come per quella scritta ma non registrata, considerandosi nulla la sentenza data contro una legge stravagante o contro una consuetudine *notoria tam in populo quam in iudicio* (37).

Il caso tipico di sentenza nulla perchè data *contra ius* era quello che violava la lettera della legge, *contra literam legis,* contenendo nella premessa maggiore del sillogismo un principio testualmente opposto ad una disposizione di legge (38) appropriata specificatamente al rapporto controverso, *specificis terminis loquens* (39); i Decretalisti peraltro,

---

tende, disposizioni locali non avessero abrogato le norme di diritto romano o canonico: cfr. PINELLO, *Selectarum iuris interpr.*, vol. I (Venetiis, 1613), cap. XIX, n. 19. Anche, in materia religiosa, era nulla la sentenza data *contra ius divinum*: cfr. la Glossa *Intolerabilem errorem* al cap. 40, X, *de sent. exc.*, V, 39 ed *Error in iudicando,* n. 17.

(31) Cfr. letteratura in *Error in iudicando,* pag. 23-25 e note; la regola che valeva per gli statuti valeva anche per le costituzioni del principe e per le epistole pontificie (ivi, note 9-11).

(32) BARTOLO, ad l. 32, *de re iud.*, XLII, 1; ed *Error in iudicando,* l. c., nota 19.

(33) SCACCIA, *Tractatus de sententia et re iud.*, Gl. 24, quest. 24, nn. 1-19; ALTIMARO, *De nullitatibus* cit., rub. XIII, quest. 29, n. 17.

(34) Cfr. *Error in iudicando,* n. 19.

(35) FELINO, *Comm.*, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27.

(36) BALDO, ad l. 2 C, VII, 64; PANORMITANO, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27; PAOLO DI CASTRO, ad l. 1, § 2 D., XLIX, 8. Nel diritto comune tedesco più recente si insegnava però che è nulla anche la sentenza data contro la consuetudine: cfr. specialmente RENAUD, pag. 540, nota 26, ove è data la letteratura e lo stato delle legislazioni particolari germaniche sull'argomento.

(37) *Error in iudicando,* pag. 26 e 28 ed ivi autori. Secondo gli St. di Padova, cap. 113, il Potestà giura di far eseguire tutte le sentenze: *nisi contra leges, vel probatum usum vel statutum latae fuerint* (SKEDL, pag. 103).

(38) Es. in OSTIENSE, *Summa,* lib. II, rub. *de sententia,* 5: *Qualiter proferri debeat, Quinto;* cfr. *Error in iudicando,* n. 21.

(39) PINELLO, l. c., n. 36; cfr. anche CINO DA PISTOIA, ad l. 1 C., I, 14.

contrariamente all'insegnamento dei commentatori delle leggi romane, affermavano la nullità anche della sentenza data *contra rationem legis*, cioè contro la legge posta genericamente per diverse specie di rapporti tra i quali rientra anche quello controverso, *lex comprehensiva, hoc est, quae comprehendit sub sua decisione casum propositum* (40); tutta la dottrina era invece concorde nel ritenere valida la sentenza data *contra simile legis*, in cui il giudice errava nell'estendere per analogia al caso controverso una norma posta specificatamente per un caso diverso (41). Un principio che tutta la dottrina del diritto intermedio ha concordemente insegnato è questo: che, affinchè la violazione di legge potesse produrre nullità del giudicato, occorreva che si trattasse di *ius certum et infallibile* (42), sul cui significato i giuristi fossero perfettamente concordi; altrimenti, *quando lex habet plures intellectus propter dissentionem Glossatorum valet sententia propter dubium iuris* (43), anche se fosse data contro la *communis opinio* (44). Deriva da tale principio che se nel diritto intermedio si ebbe la nozione di sentenza nulla per assoluta contravvenzione alla legge, non si concepì la nullità per erronea interpretazione di legge: il che fu espresso dalla dottrina tedesca coll'insegnare che la sentenza è nulla soltanto quando viola un *ius in thesi clarum* (45).

β) Tra gli errori di giudizio che si riferiscono alla premessa maggiore si può annoverare, accanto all'errore contro una norma di diritto, quello contro una massima di esperienza (46), che si verifica quando il giudice pone a base della sua sentenza un'affermazione di carattere generale e comprensivo che contraddice a qualche principio di ragion comune. Nel diritto romano non abbiamo trovato nessun caso di error di giudizio che potesse farsi rientrare sotto questa categoria; nel diritto comune invece ne troviamo un esempio nella sentenza nulla perchè basata su *causa impossibilis* (47). In questa ipotesi (che non deve confondersi col caso di un *impossibile praecep-*

---

(40) Pinello, l. c.; Panormitano, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, n. 14; Felino, ivi, n. 7. — Contro: Giasone, ad l. 122, § 6 D., *de V. O.*, XLV, I, n. 52 e segg.; Decio, ad l. *un.* C. *de err. calc.*, II, 5, n. 11; Tartagni, ad l. 32 D., XLII, 1, ecc. V. *Error in iudicando*, n. 22.

(41) Tartagni, ad l. 32 cit. Cfr. *Error in iudicando*, n. 23.

(42) Paolo di Castro, ad l. 19 D., *de app.*, XLIX, 1, n. 3.

(43) Baldo, ad l. 2 C, VII, 64. V. letteratura in *Error in iudicando*, n. 24.

(44) *Error in iudicando*, ivi e note.

(45) Cfr. autori citati nella nota 28 a pag. 154.

(46) *Erfahrungssatz* dei Tedeschi: cfr. Stein, *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893), § 7; Chiovenda, *Principii*, pag. 1028; *Error in iudicando*, n. 26.

(47) *Error in iudicando*, n. 26 cit.

tum previsto anche dal diritto romano) (retro, n. 11), il giudice pone a base della sua sentenza un fatto che la ragione umana concordemente dichiara impossibile: e con questo egli commette un errore che eccede il singolo caso e si estende a negare la legge di generale esperienza secondo cui quel certo fatto non può mai in astratto prodursi: ciò avviene, ad es., quando il giudice scomunica una persona per un delitto che essa non ha fisica possibilità di compiere, ossia, per riferire la esemplificazione portata dai canonisti, quando il giudice così pronuncia: *excommunico istum eunuchum, quia praegnantem reddidit monialem* (48). In questo caso il giudice non commette un errore limitato al caso singolo, ma investe colla sua pronuncia quella legge fisiologica di carattere generale per cui un eunuco non potrà mai avere capacità di generare, e, ritenendo possibile il contrario, egli viene a violare colla sua sentenza un principio perfettamente contrario a quello che la comune esperienza ritiene corretto.

63. — *b*) Venendo ora a trattare degli errori di giudizio che possono riferirsi alla premessa minore del sillogismo, in quanto si limitano al solo caso controverso senza estendersi alla violazione di un principio generale, possiamo distinguere l'errore di diritto dall'errore di fatto.

α) Tra le diverse interpretazioni, quasi tutte arbitrarie, che i commentatori delle leggi romane dettero della l.32 D. *de re iud.* XLII, 1, si trova anche quella che è la più semplice e l'unica corrispondente alla lettera del testo (retro, n. 20): *lex fuit allegata et a iudice non audita, quia non credidit facere ad rem* (49). In base a tale corretta interpretazione, anche nella dottrina del diritto comune si accolse senza opposizioni il principio che la falsa applicazione di legge non produce nullità del giudicato, e che per aversi nullità occorre che il giudice abbia errato sulla norma concepita in astratto, non sulla relazione che passa tra la norma ed il caso concreto. Questo vuol esprimere il Saliceti (50) quando insegna che la sentenza *lata contra ius facti valet,* intendendo per *ius facti* i caratteri giuridici del fatto concreto, il rapporto di applicabilità ad esso della norma: questo vuol esprimere la dottrina tedesca quando afferma che è valida la sentenza

---

(48) Panormitano, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 9; e ad c. 40, X, *de sent. excomm.*, V, 39, n. 11; Felino, ad c. 40, *ib.*, n. 3. Cfr. *Error in iudicando*, pag. 37.

(49) Glossa ad l. 32 citata; Azone, *Summa*, VII, § *Quando prov.*, n. 2; cfr. *Error in iudicando*, n. 29.

(50) Ad l. 2 C., VII, 64.

data *contra ius in hypothesi* (51). Un caso di erronea applicazione di legge specialmente considerato dalla dottrina fu quello che si rileva *sumpto argumento a contrario sensu* (52).

β) Se, per quello che riguarda l'errore di diritto intervenuto sulla premessa minore, il diritto intermedio si serbò fedele alle regole romane, grandemente se ne allontanò per quanto si riferisce all'errore di fatto (53). Infatti mentre in massima i legisti seguitarono ad affermare che l'errore di fatto non produce la nullità del giudicato (54), e che *sententia lata ex falsa causa non est nulla sed iniqua* (55), la dottrina canonica secondo la quale le sentenze in materia matrimoniale o spirituale dovevano sempre potersi revocare *si probabilis error postea detegatur* (56), ed esser corrette *non solum in iure sed etiam in facto* (57), generalizzò questo principio a qualunque sentenza (58); onde si diffuse il nuovo insegnamento che la sentenza doveva considerarsi nulla *si continet in se expressum errorem* (59), che la sentenza *est nulla si lata sit ex falsa causa expressa in sententia* (60), senza più distinguere se si trattasse di errore di diritto o di errore di fatto. In appoggio a questo nuovo principio che ripeteva direttamente la sua origine nel diritto ecclesiastico (61), e che costituiva una profonda modificazione del concetto romano della nullità per errore *contra ius constitutionis,* portarono d'altronde i commentatori anche l'autorità del diritto romano, travisando il senso della l. 1, 1 D. *quae sent. sine app.*, XLIX, 8, in cui sono determinati gli effetti dell'*error calculi* sulla sentenza (retro, n. 21): considerando come un caso di vera nullità quello che nel te-

---

(51) Cfr. autori citati alla nota 28 della pag. 154, specialmente il Gonner.

(52) Cfr. *Error in iudicando,* n. 30.

(53) *Error in iudicando,* nn. 31 e segg.

(54) Baldo, ad l. 2 C., VII, 64; Saliceti, alla stessa legge.

(55) Cfr. Bartolo, ad l. 22 D., *de adcq. vel omitt. hered.*, XXIX, 2, n. 3; Tartagni, ad. l. 122, § 6, D., *de verb. obl.*, XLV, 1, n. 40; Paolo di Castro, *ibid.*, n. 9. Cfr. *Error in iudicando,* nn. 31 e 33.

(56) Glossa *per errorem* al c. 6, X, *de frig. et malef.*, IV, 5. V. letteratura particolare su questo punto nelle note 92-101 ai n. 31 e 32 dell'*Error in iudicando.*

(57) Luca de Penna, *Commentaria in tres posteriores libros Cod. Iustiniani,* ad l. 1 C., X, 9, n. 3 e ad l. 1 C., XII, pag. 29, n. 13.

(58) *Error in iudicando,* n. 33.

(59) Tancredi, *Ordo,* lib. IV, rub. *quae sententia ipso iure nulla sit;* Duranti, *Speculum,* lib. II, partic. 3ª, *Sententia,* n. 22.

(60) De Ferrariis, *Practica,* rub. *Forma sententiae diffinitivae,* n. 47. — Contro, però, la dottrina tedesca: Renaud, pag. 542, nota 35; Wetzell, *System,* § 52, nota 5; Röder, *Beiträge,* pag. 62.

(61) Tale influenza del diritto canonico nella dottrina delle nullità, affermata nel mio *Error in iudicando,* è riconosciuta dal Costa A., *Nullità,* n. 16.

sto romano è solo un caso di correggibilità (62), e come un puro *error facti* l'errore di calcolo che viola una legge generale di ragione (63), poterono i commentatori delle raccolte giustinianee arrivare alla conclusione, così lontana dalla verità, che anche nel diritto romano fosse nulla la sentenza per un semplice errore di fatto.

Tuttavia, quantunque la dottrina giungesse così ad affermare come principio generale che anche l'errore di fatto (purchè *expressus*: oltre, n. 66 *a*) poteva rendere nulla la sentenza, in realtà i casi specifici in cui si ammise la nullità per errore di fatto furono in numero limitatissimo. Due specialmente vennero di proposito considerati: l'errore sul fatto notorio (64), il quale produceva nullità della sentenza solo quando si trattasse di *notorium facti permanentis* (65), onde veniva avvicinato alla ipotesi della *causa impossibilis* (66); e la contraddizione tra il tenore della sentenza e gli atti (67) (*Aktenwidrigkeit* della dottrina tedesca) (68), che si produceva quando il giudice nella sua decisione affermava qualche circostanza di fatto che veniva poi smentita dal materiale istruttorio, come se, per esempio, *dixisset quia per A et B testes sic probatum est sic sententia, et per illos testes nihil probatur* (69).

64. — *c*) Come già si è avvertito nello studiare i casi di nullità ammessi dal diritto romano (retro, n. 21), l'errore che si riferisce alla conclusione del sillogismo non può essere nè di diritto nè di fatto, ma soltanto di logica, in quanto si deduca dalle premesse una conseguenza che logicamente non ne deriva.

Caso tipico di questo errore si ha nella sentenza che il giudice giustifica con un motivo inconcludente (70): *Excommunico te quia Pa-*

---

(62) *Error in iudicando*, nn. 34 e 39 ed ivi letteratura.

(63) Decio, ad l. *un.* C., *de err. calc.*, II, 5, n. 19, ... *de errore calculi, quod est error facti.*

(64) *Error in iudicando*, n. 36 ed ivi letteratura: cfr. Glossa *Intolerabilem errorem*, al c. 40, X, *de sent. exc.*, V, 39; Panormitano, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 9.

(65) Cfr. Glossa *Pastoralis*, ad c. 2 Clem. *de sent. et re iud.*, II, 9; Paolo di Castro, ad l. 1, § 2, D., XLIX, 8; contro Giovanni D'Andrea, ad c. 5, *de sent. excomm.*, in VI, V, 11, n. 3.

(66) Antonio da Butrio, *Tract. de notorio*, art. VI, n. 49: cfr. *Error in iudicando*, pag. 50-51.

(67) *Error in iudicando*, n. 37.

(68) Renaud, pag. 542, nota 35; Wetzell, *System*, § 52, nota 5.

(69) Innocenzo IV, ad c. 11, X, *de prob.*, II, 19 e ad c. 18, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 4; Panormitano, ad c. 9, *h. t.*, n. 8.

(70) *Error in iudicando*, n. 40.

dus currit (71); *Quia decem et decem faciunt viginti, ideo condemno te in viginti* (72). In tale ipotesi però il diritto comune non ammetteva la nullità della sentenza, perchè, non essendo richiesta obbligatoriamente la motivazione, si presumeva che la vera ragione giuridica, per cui il giudice aveva deciso così, esistesse nel suo pensiero, quantunque da lui fosse stata taciuta. Come un errore pertinente alla conclusione del sillogismo si può considerare anche l'*error calculi* (retro, n. 63), che il diritto intermedio considera causa di nullità (73).

Di un'ultima categoria di sentenze difettose, delle quali la dottrina (74) e talvolta anche la legislazione statutaria afferma espressamente la nullità (75), si può far menzione in questo gruppo: delle sentenze, cioè, che condannano ad una prestazione fisicamente o moralmente impossibile (76) e di quelle che hanno il dispositivo incerto, oscuro, contraddittorio o condizionato (77). In questi casi il difetto della sentenza ha la sua sede nel dispositivo, cioè, nella conclusione del sillogismo; ma, in realtà, la inefficacia di essa non deriva in tale ipotesi tanto da un vizio del ragionamento, da un difetto intervenuto nella formazione logica della sentenza, quanto dalla sua pratica inettitudine a decidere la controversia (retro, n. 11).

65. — Una particolare menzione merita nel diritto intermedio la nullità della sentenza pronunciata *contra rem prius iudicatam* (78). Questa, che dev'essere, dal corretto punto di vista, considerata come un caso di nullità per eccesso di potere (retro, n. 7 e n. 60), fu invece nel diritto comune giustificata con un criterio del tutto diverso, per il quale si fece rientrare, anzichè tra gli *errores in procedendo*, tra i veri e proprî *errores in iudicando*. Infatti secondo una corrente della dottrina, poichè la sentenza *facit ius inter partes*, e deve quindi per esse considerarsi come una norma di diritto inviolabile, la seconda sentenza che sia data contro la prima *perinde ac si foret contra ius*

---

(71) Socino, Reg. cit. *Decimo fallit.*

(72) Baldo, ad l. 2 C., *de re iud.*, VII, 52, n. 2.

(73) *Error in iudicando*, n. 39.

(74) Ivi, pag. 56.

(75) Per es. St. Brescia, *St. Civilia*, rub. 14, *De modo et forma procedendi*, § *Omnes et singuli commissarii.*

(76) De Unzola, *Apparatus* a Rolandino, P. III, cap. 9, rub. *de sententiis*, pag. 412; Bardeleben, *de nullitatibus*, § 16, pag. 33; Linde, II, § 231; Renaud, § 185; Wetzell, op. cit., § 60, nota 100; Calda, *Nullità*, pag. 374 e letteratura in nota 2.

(77) Cfr. dottrina alla nota precedente.

(78) C. 2, q. 6, c. 41, § 4; c. 20, X, *de sent. et re iud.*, II, 27. Cfr. *Error in iudicando*, n. 25 *bis*, in nota * al n. 25.

expresse lata non valebit (79); di fronte a questa spiegazione, che parifica la sentenza data contro la cosa giudicata a quella data contro la legge, si osserva che i due casi differiscono profondamente, perchè nella sentenza *contra rem iudicatam non est expressus error* (80), mentre la prima sentenza non può equipararsi alla legge perchè non è *in corpore iuris clausa* (81); cosicchè un'altra tendenza della dottrina fa rientrare la nullità per violazione della cosa giudicata nell'ipotesi di nullità per errore sul fatto notorio, poichè *sententia facit notorium et sententia lata contra notorium est nulla* (82).

66. — Dalla dottrina del diritto intermedio furono con particolare acume studiate le qualità che *l'error in iudicando* deve avere per produrre la nullità della sentenza; queste si ridussero a due, in quanto si stabilì il principio che l'errore di giudizio, per aver efficacia sulla validità del giudicato, deve essere: *a) expressus; b) causalis* (83).

a) Poichè l'*error in iudicando* è un difetto di ragionamento che si produce nella mente del giudice durante l'attività intellettuale di cui la sentenza è la conclusiva resultanza, esso errore non può essere rintracciato nel tenore della decisione se non quando questa sia motivata, quando cioè il giudice abbia riferito, a giustificazione del dispositivo, la storia sommaria del cammino che il suo pensiero ha dovuto compiere per giungere sino ad esso: poichè, ora, il diritto intermedio (salvo qualche eccezione nelle legislazioni particolari) (84) non imponeva la motivazione delle sentenze, ed anzi la dottrina apertamente la sconsigliava (85), non poteva mai parlarsi di sentenza nulla per *error in iudicando* in tutti i casi in cui la sentenza era data senza motivi (86). Qualora però la sentenza fosse motivata, la dottri-

---

(79) Vanzi, XIII, n. 125; Altimaro, I, rub. XIII, quest. 29, n. 52-67.

(80) Glossa *Latam* ad l. 1 C., VII, 64.

(81) Bartolo, ad l. 1 C., VII, 64.

(82) Panormitano, ad c. 20, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 20; Felino, ivi, n. 16 e segg.; Franchi, *De appellationibus*, cap. *Dilecto*, qu. 41, n. 94; Ferrariis, *Practica* cit., rub. *Forma appellationis*, n. 42. Per la dottrina tedesca del diritto comune, che non segue questi erronei criteri, v. Renaud, § 185; Linde, II, § 246; Wetzell, § 51, pag. 651.

(83) Cfr. *Error in iudicando*, nn. 42-52 sulla prima qualità, nn. 53-58 sulla seconda.

(84) Notevole specialmente lo St. Bologna 1454, lib. II, rub. *de appellationibus*, riferito al n. 43 dell'*Error in iudicando;* altri Statuti v. ivi, nella nota 14. Cfr. Sclopis, *Storia*, II, pag. 414.

(85) *Error in iudicando*, n. 43, pag. 59 e nota.

(86) Bardeleben, *De sent. null.*, pag. 38; Gonner, *Handbuch*, III vol., pag. 387.

na insegnava, partendo dalle locuzioni usate dai testi romani e canonici (l. 19, D. *de app.*, XLIX, 1: *expressim... sententia contra iuris rigorem... data*; c. 40; X *de sent. excomm.* V, 39, etc.: *intolerabilis error patenter expressus*) che l'errore, così di diritto come di fatto, produceva la nullità della sentenza solo se fosse *expressus* nella sentenza stessa: la Glossa infatti avverte che *distinguitur inter expressum et non expressum errorem* (87); *utrum fuerit expressa causa erroris, vel non: ut primo non teneat, secundo sic* (88). Errore *expressus* doveva considerarsi, secondo il prevalente insegnamento, quello che *ex verbis infertur* (89), *talis error quod oculo corporali in dicta sententia cerni possit, non autem quod oculo mentis et per subauditos intellectus* (90); ma, in pratica, si seguiva un criterio meno rigoroso, in quanto si considerava *expressus* anche l'errore che, senza essere dichiaratamente enunciato nella sentenza, poteva peraltro detrarsi in modo indubbio per via di ragionamento dalla sentenza stessa: errore *expressus*, insomma, era quello che poteva esser rilevato da ogni persona, colta di giure e di normale intelligenza, alla semplice lettura della motivazione della sentenza e col solo aiuto delle sue nozioni generali, senza speciale conoscenza del rapporto concreto sottoposto a decisione (91). Anzi, secondo l'opinione di Bartolo (92), doveva considerarsi nulla la sentenza viziata da un *error in iudicando*, che, senza essere espresso nella sentenza fosse però espresso negli atti a cui il giudice espressamente si riferisce, o, in caso di mancato riferimento, negli atti *ad quae necessitate refertur sententia.*

b) Affinchè il motivo erroneo potesse distruggere la validità della sentenza, occorreva che il giudice nel decidere avesse fondato su di esso tutto il suo ragionamento, in modo che, dimostrandosi viziata la premessa, dovesse necessariamente cadere anche la decisione che era la sua conseguenza necessaria (93); questo principio, *incognitum legistis* (94), venne espresso dalla dottrina canonica coll'inse-

(87) Glossa ad l. 1, § 2 D., *quae sent.*, XLIX, 8.

(88) Glossa ad l. *un.* C., *de err. calc.*, II, 5. Letteratura in *Error in iudicando*, n. 42.

(89) Baldo, ad l. 1 C., *de prob.*, IV, 19; Altimaro, l. c., n. 35.

(90) Giasone, ad l. 32 D., XLII, 1, n. 10 e gli altri citati alla nota 17 del n. 44 dell'*Error in iudicando.*

(91) Cfr. Pinello, scritto cit., n. 13, ed *Error in iudicando*, n. 44-47; Renaud, *Lehrbuch*, pag. 541; Gonner, III, pag. 384 e segg.

(92) Ad. l. *un.* C., *de err. calc.*, II, 5. Per gli autori e per le opinioni discordanti su questo punto, v. *Error in iudicando*, n. 52 e note.

(93) Baldo, ad l. 2 C., *quando prov.*, VII, 64. *Error in iudicando*, n. 53 e segg.

(94) Felino, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 7. Cfr. dottrina canonica in *Error in iud.*, n. 55, nota 48.

gnare che la nullità era prodotta soltanto dall'errore *causalis*, ossia che la causa erronea annullava il giudicato solo quand'essa fosse *totalis causa sententiae* (95).

Si ritenne valida, per conseguenza, la sentenza data contro una legge *quae non facit ad causam* (96); e, nell'ipotesi di una sentenza basata su più motivi ognuno dei quali bastasse di per sè solo a giustificarla (97), si escluse la nullità tutte le volte che almeno un solo motivo si trovasse giusto, anche se tutti gli altri erano evidentemente erronei (98) (noto, a questo proposito, che tale regola, passata anche nelle legislazioni moderne (99) fu espressamente accolta negli statuti di Bologna del 1454) (100). Il principio che l'errore non produce nullità se non è *causalis*, veniva del resto largamente applicato anche quando non si trattava di errore di diritto; in qualunque caso in cui *potest evitari error* (101) la validità della sentenza era salva; così era valida: la sentenza basata su una *causa non concludens* (retro, n. 65), poichè si presumeva che il giudice avesse taciuto la vera causa della sua decisione (102); la sentenza discordante cogli atti di causa (retro, n. 65), quando si poteva in qualche modo pensare che la discordanza fosse soltanto apparente (103); la sentenza in cui il giudice, motivando la sua decisione con ragioni evidentemente erronee, aggiungeva ad esse la parola *maxime o praesertim*, per la quale si presumeva che i motivi espressi nella sentenza fossero solo una parte di quelli che avevano indotto il giudice alla sua pronuncia (104). Poichè la sentenza è *res indivisibilis* (105), la condanna basata su un errore di calcolo si riteneva interamente nulla, e non soltanto nulla in quell'eccesso derivante dall'errore di calcolo (106); ma se la sentenza poteva scindersi in più capi, allora si annullava solamente quel capo per il quale l'errore era *causalis* (107).

---

(95) Felino, l. c.

(96) Felino, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 14. *Limita sexto.*

(97) Cfr. esempî in Panormitano, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, n. 8.

(98) De Ferrariis, *Practica*, rub. *Forma sent. diff.*, n. 47.

(99) Cfr. *C. P. O.* germanico, § 563.

(100) Lib. II, rub. *de appell.*, § *In quibus*. Cfr. *Error in iud.*, n. 56.

(101) Felino, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, n. 1.

(102) Baldo, ad l. 2 C., *de re iud.*, VII, 52: letteratura in *Error in iud.*, n. 57, nota 54.

(103) Esempî in Felino, ad c. 9, X, *de sent. et re iud.*, II, 27.

(104) Vanzi, *De null.*, XIII, n. 123. *Error in iud.*, n. 57, note 57-59.

(105) Glossa al l. 20 D. *de iurisd.*, II, 1 e autori alla nota 60 del n. 58, *Error in iudicando.*

(106) Cfr. luoghi citati nella nota precedente.

(107) *Error in iud.*, n. 57, nota 61. Si noti però che le distinzioni poste nel

67. — Dall'esposizione, così sinteticamente compiuta, dei varî motivi che nella dottrina del diritto intermedio davano luogo a invalidità del giudicato, appare che la nozione di nullità, che nel diritto romano era stata tipicamente una conseguenza dei difetti di costruzione del processo e solo eccezionalmente si era estesa a un caso rarissimo di errore di giudizio *contra ius constitutionis,* si allargò nel diritto intermedio nel campo degli *errores in iudicando,* rendendo sempre più malcerta la distinzione tra sentenza *nulla* e sentenza *iniusta o iniqua*: la dottrina infatti ammise, con un principio nuovo che interamente contraddiceva al concetto primitivo della nullità, che *notoria iniustitia et nullitas fraternizent et aequiparentur* (108), che *quod dicimus de nullitate notoria habet etiam locum in notoria iniustitia quae nullitati equipollet* (109); ed in tal modo, come meglio dirò tra poco (oltre, n. 68), la querela di nullità, che in origine doveva essere un rimedio rivolto soltanto ad impedire che avesse vigore una sentenza nata in un processo mal costruito, diventò un mezzo adatto a rimettere in discussione la intrinseca giustizia della decisione, anche se questa fosse emanata in un procedimento esteriormente corretto: in tal modo, come ben nota il KOHLER (110), la querela di nullità trasformò sostanzialmente la propria funzione, e cumulò in sè, accanto allo scopo, ad essa proprio, di porre un rimedio contro le sentenze processualmente imperfette, lo scopo interamente diverso di attaccare nelle sentenze nate in un procedimento regolare l'ingiustizia del contenuto della decisione, quand'essa raggiungesse un grado di maggiore gravità ed evidenza.

---

testo non hanno valore per la validità della interlocutoria o del decreto processuale del giudice, i quali erano nulli per qualunque errore anche non espresso. V. *Error in iud.*, n. 58 *bis*, in nota * al n. 58.

(108) SCACCIA, *Tract. de iudiciis*, II, cap. 3, n. 293.

(109) ALTIMARO, rub. VII, qu. 1, n. 31.

(110) *Prozess und Nichtprozess*, § 9, pag. 126.

Capitolo X

LA QUERELA DI NULLITA' IN RELAZIONE COGLI ALTRI MEZZI DI IMPUGNATIVA DEL DIRITTO INTERMEDIO

Sommario: 68. Analisi del giudizio al quale dava luogo la *querela nullitatis*. — 69. L'*appellatio* e sua trasformazione nel diritto comune tedesco. — 70. La *supplicatio*: *revisio* contro le sentenze del supremo tribunale imperiale in Germania. — 71. *Restitutio in integrum*. — 72. La *revisio* ordinaria (*leuteratio*) in Germania. — 73. In che senso si può dire che la querela *nullitatis* era un rimedio « estremo »; sua collocazione nel quadro dei mezzi per impugnare le sentenze.

68. — Col formarsi della querela di nullità, nelle sue diverse manifestazioni, nasce, come si è detto (retro, n. 56), il concetto, sconosciuto al processo romano, di un diritto di impugnativa contro la sentenza: si attribuisce così alla parte la facoltà di ottenere l'annullamento di una sentenza viziata da determinati vizî. Il giudice dinanzi al quale si fa valere la querela di nullità (sia esso il giudice superiore o anche, nei casi di *actio nullitatis*, lo stesso giudice che ha emanato la prima sentenza) deve dunque anzitutto decidere se esiste il diritto vantato dal reclamante ad ottenere l'annullamento della sentenza, ed ove lo riconosca esistente, deve attuarlo coll'annullare la sentenza stessa, appagando lo scopo della querela di nullità con un puro e semplice *iudicium rescindens*. La cognizione del giudice dinanzi al quale si fa valere la nullità non verte dunque sul rapporto controverso di merito, ma si limita ad esaminare se nel rapporto processuale precedentemente svoltosi o nella sentenza da esso derivata esistano quei tali difetti, senza i quali non può esservi nella parte un fondato diritto all'annullamento: si tratta, così, di un esame sulla corretta costruzione del processo e, nei casi in cui la querela di nullità era ammessa per *error in iudicando*, di un riesame del giudicato, intervenuto nel precedente processo. Si è veduto (retro, n. 67) che il diritto intermedio, equiparando alla *nullitas* processuale certi casi di *iniustitia*, attribuì alla querela di nullità, che, secondo il suo concetto informatore, avrebbe dovuto vertere esclusivamente sulla costruzione esteriore del processo, anche una funzione di critica sul contenuto della

sentenza; ma non si deve credere con questo che la querela di nullità potesse condurre direttamente, come l'*appellatio* romana, ad un *novum iudicium*, ad una cognizione immediata del *iudex nullitatis* sulla causa già decisa una prima volta. L'*appellatio* romana produceva senz'altro una decisione *ex novo* della lite, indipendente dalla decisione che era stata data in primo grado; invece la querela di nullità, anche se veniva esperimentata per *error in iudicando*, produceva soltanto un riesame degli atti e della sentenza del primo processo (1), in quanto il giudice della nullità si limitava a decidere se, dal materiale istruttorio raccolto in prima istanza e dal tenore della sentenza sovra questo materiale pronunciata, potesse rilevarsi, senza alcuna diretta nuova cognizione della causa, l'esistenza di tali vizî di ragionamento nel giudicato, che fondassero nella parte il diritto ad ottenere l'annullamento. Trova così una nuova conferma la spiegazione da me data di quel principio affermato dalla dottrina secondo cui l'errore, per produrre nullità, doveva essere *expressus* (retro, n. 65): qualunque errore di giudizio poteva dar luogo a nullità, purchè fosse riconoscibile dal tenore della sentenza o dagli atti del primo giudizio, senza bisogno di procedere ad una nuova trattazione del merito: così la querela di nullità aveva la funzione di una vera e propria *revisione* della prima sentenza (2).

Poichè la querela di nullità mirava anzitutto ad ottenere l'annullamento della sentenza viziata, il giudice, ove riconoscesse, spingendo la propria cognizione nell'àmbito suddetto, l'esistenza di quel vizio che produceva la nullità, doveva anzitutto annullare la sentenza impugnata; ma la forma di questo annullamento e le sue conseguenze erano diverse, secondochè il motivo di nullità aveva la sua sede nel processo o nella sentenza (3). Nel primo caso, quando si trattava di un *error in procedendo* che si era verificato nel corso del primo giudizio, la pronunzia del *iudex nullitatis* non si limitava a metter nel nulla la sola sentenza, ma si estendeva a togliere efficacia al procedimento svoltosi dopo che si era prodotto il vizio, e talvolta, quando la nullità consisteva nella mancanza di un presupposto processuale, all'intero processo. In questo caso, se la parte voleva ottenere una nuova sentenza in merito, occorreva dopo l'annullamento ricominciare

---

(1) Cfr. VANZI, *De null.*, cap. VI, n. 127; ALTIMARO, *De null.*, rub. VI, qu. 11, n. 33.

(2) KOHLER, *Prozess und Nichtprozess* cit., pag. 126; vedi in fine di questo n. 68.

(3) Cfr. VANZI, cap. VI, *passim*; ALTIMARO, rub. VI, qu. XI, *passim*; WETZELL, *System*, § 60, pag. 812; SKEDL, *Nichtigkeitsbeschw.*, § 37; ed ivi letteratura.

il processo dal suo inizio o dal punto in cui si era prodotta la nullità: insegna il VANZI, infatti, che, se l'annullamento seguiva per *error in procedendo, ut puta defectum libelli, citationis, mandati, iurisdictionis aut consimilium, tunc ex integro formabitur novus processus et nova acta incohari et fieri debebunt* (4). In questo caso, il giudice dinanzi al quale veniva fatta valere la nullità, doveva anzitutto dichiarar nulla la sentenza ed il processo precedenti, riservando alle parti il diritto di riproporre in opportuna sede le loro istanze in merito (5); simile procedimento è chiaramente tracciato in un documento lucchese del 1328 riportato dal FICKER (6), in cui un *Fredericus ser Bianchi notarius* chiede al delegato imperiale *quod velitis mandare vestro vicario quatenus ipsum processum casset et anullet et ipsas partes remittat ad eorum iudicem competentem, si ulterius intendit licatere;* e viene indicato come corretto dalla dottrina, la quale insegna che, quando la nullità del primo processo viene dedotta dinanzi al giudice d'appello *officium iudicis appellationis erit cassare sententiam, reservato iure apte agendi* (7). Ma dinanzi a quel giudice dovevano poi, una volta avvenuto l'annullamento del primo processo, rinnovarsi gli atti necessarî per la pronuncia di una nuova sentenza? Se la nullità si faceva valere presso il giudice *a quo,* dinanzi a lui, dopo avvenuto l'annullamento, si svolgeva di regola (salvo il caso di nullità *ratione incompetentiae*) il nuovo processo, in base al quale lo stesso giudice poteva di nuovo sentenziare (8); ma se la nullità si faceva valere dinanzi al giudice superiore ed egli pronunciava l'annullamento del precedente processo, bisognava distinguere due casi: o si trattava di nullità che *surgit ex fundamento iudicii,* ed allora il giudice superiore, dopo annullato il precedente giudizio, non poteva procedere a rinnovarlo dinanzi a sè; o si trattava di nullità che non distruggeva dalle

---

(4) *De null.*, VI, n. 128. Cfr. FERRARIIS, *Practica,* rub. *Forma app.*, § *Fuisse et esse nullam,* n. 9; SCACCIA, *de appellat.*, qu. XI, n. 134.

(5) VANZI, VI, nn. 108-109; ALTIMARO, VI, qu. 11, nn. 3, 5; SKEDL, *Nichtigkeitsb.*, pag. 164; PERTILE, *Storia,* VI, 2ª, pag. 325.

(6) FICKER, *Fortschungen,* IV, pag. 522.

(7) FRANCHI, *Ad titulum de appellat. in volu. Gregor. Commentarii* (Lugduni, 1548), § *Cum in Ecclesia,* n. 11; DECIO, *Consiliorum,* lib. II (Venetiis, 1608). Cons. 483, n. 6-8: *...erunt partes iudicis appellationis in pronuntiando sententiam nullam fuisse et ulterius in meritis causae non procedere;* MUSCATELLI, *Praxis civilis,* parte I, lib. II, Gl. *Nullitatis,* n. 80-81; RUGINELLI, *Comm. ad caes. const. provinciae mediolanensis in tit. de app.*, § 11, Gl. 1ª, c. 1, n. 36; VANZI, XII, n. 7-8.

(8) ALTIMARO, rub. III, qu. 13, n. 1: *idem iudex, qui tulit sententiam non potest cognoscere ex eisdem actis, sed ex actis de novo reintegratis, quando defectus, ex quo sententia est nulla, respicit uniformiter acta.*

sue basi tutto il precedente processo, ed allora il giudice superiore poteva procedere a rinnovare quegli atti che nel processo precedente eran viziati, e, in base al materiale di lite così corretto, decidere in merito senza rinviare la causa al giudice *a quo* (9).

Diverso era il caso quando la nullità derivava da un difetto della sola sentenza, che poteva essere o un'omissione di solennità formali, o un *error in iudicando* (*notoria iniustitia*): in tale ipotesi, specialmente se la parte insieme coll'annullamento della prima sentenza avesse chiesto anche la pronuncia di una sentenza nuova (10), il giudice della nullità, dopo pronunciata la nullità della prima sentenza *non solum super nullitate, verum etiam super iustitia vel iniustitia ipsius sententiae pronunciare potest eo modo quo iudex primus pronunciare debebat* (11), ossia dopo aver annullato la precedente sentenza (*iudicium rescindens*), poteva ad essa sostituire una nuova sentenza basata sugli stessi atti (*iudicium rescissorium*) dal momento che, annullandosi la sola sentenza e non il materiale istruttorio che le serviva di base, questo era pronto per dar luogo senz'ulteriore trattazione ad una nuova pronuncia (12).

In conseguenza di tali principî la dottrina insegnava che la querela di nullità, quando veniva introdotta presso il giudice superiore, aveva, come l'appello, effetto devolutivo: *devolvit negotium ad cognitionem iudicis superioris ad instar appellationis* (13). Ma in realtà, l'effetto devolutivo della querela di nullità era molto diverso da quell'effetto devolutivo che abbiamo veduto derivare dall'*appellatio* romana; mentre per questa, la semplice interposizione del gravame investiva il giudice superiore della cognizione diretta sul merito della controversia, la proposizione della querela di nullità investiva il giudice superiore soltanto della cognizione sulla esistenza del vizio lamentato dal querelante e sul diritto di lui ad ottenere l'annullamento della sentenza querelata. Se poi, avvenuto l'annullamento, il *iudicium rescindens*, al medesimo giudice si attribuiva anche il *iudicium rescissorium*, questo rispondeva, meglio

---

(9) Scaccia, *de appell.*, quest. XI, nn. 134-135; Skedl, pag. 166, nota 14.

(10) Scaccia, *de app.*, XI, n. 127.

(11) Vanzi, *De nullit.*, VI, n. 111. Cfr. Skedl, *Nichtigkeitsbeschw.*, e la dottrina ivi citata a pag. 164, nota 3.

(12) Cfr. autori citati alla nota 7 della pag. 167; *adde* Scaccia, *de app.*, XI, n. 122.

(13) Vanzi, VIII, n. 10; cfr. Scaccia, *de app.*, XI, n. 122 ed i citati ivi. Per il diritto statutario, cfr. Skedl, § 21, pag. 9 (notevoli i cap. 166 e 167 dello Statuto di Roma, ed. cit., in cui si enumerano le attribuzioni del *Capitaneus Appellationum et Nullitatum*); e per il diritto comune tedesco Renaud, *Lehrbuch*, pag. 557; Wetzell, *System*, § 60, pag. 792 e note 47-49.

che ad una necessaria conseguenza dell'istituto, ad una ragione di pratica utilità e di economia dei giudizî. Mentre lo scopo dell'*appellatio* romana non era raggiunto fino a che il giudice superiore non avesse dato sullo stesso rapporto di merito un *novum iudicium*, lo scopo della *querela nullitatis* era concettualmente raggiunto quando la parte aveva ottenuto l'annullamento della sentenza. L'*appellatio* aveva scopo positivo, la *querela nullitatis* scopo eminentemente negativo: e se anche il *iudex nullitatis*, pronunciato l'annullamento, poteva in certi casi porre una nuova sentenza al posto di quella annullata, questa era una provvidenza pratica creata allo scopo di evitar la spesa e il perditempo di un rinvio della causa al giudice *a quo*: *ne ergo gaudeant cavillosi advocati qui frequenter conantur per talis nullitatis effectum... causam reducere ad pristinum statum, ut habeant novum salarium...* (14). La sentenza del giudice della nullità che conosceva anche sul merito della sentenza aveva sempre, così, il carattere di una pronuncia duplice, che anzitutto annullava la precedente sentenza e poi sostituiva ad essa una seconda decisione; onde poteva darsi il caso che il giudice, annullata per *error in procedendo* la prima sentenza, ponesse al suo posto un'altra sentenza perfettamente identica nel contenuto, con effetto curioso sulla ripartizione dell'onere delle spese: *poterit... iudex declarare sententiam nullam et partem in expensis condemnare, ac in eadem sententia eandem partem quae in articulo nullitatis obtinuit, in negotio principali, iuxta tenorem sententiae primae, quae fuit declarata nulla, condemnare* (15); ad evitare questa inutile complicazione di procedimento, per cui il giudice nel *iudicium rescindens* distruggeva in base a ragioni formali ciò che ricostruiva per ragioni sostanziali identico nel *iudicium rescissorium*, si intende come le legislazioni italiane (16) e tedesche (17) disposero spesso che il *iudex nullitatis* do-

---

(14) Ferrariis, *Practica*, rub. *Forma appell. a sent. diffinit.*, § *Fuit et esse nullam*, n. 8.

(15) Vanzi, *De null.*, VI, n. 112. Tale duplicità di pronuncia si manifestava talvolta in modo incidentale e secondario, come quando, essendo la nullità fatta valere *incidenter*, il giudice decideva in merito, premettendo la formula *cancellata priore sententia*: dice il Vanzi (VI, n. 43-46) che *talis cancellatio seu cassatio eo modo facta habet vim sententiae.*

(16) Cfr., p. es., *Statuta civitatis Urbini* (Pisauri, 1559), lib. III, rub. 20: *nulla sententia possit defectu omissae solemnitatis iuris positivi annullari, sive nulla declarari vel infringi, et si defectus merita negocii principalis concerneret, possit iudex in causa appellationis omnes defectus supplere corrigere vel emendare et veritatem indagare* etc. Per alcuni casi si stabilì il contrario: così nei citati St. di Albenga del 1518, II pars, rub. 57, la sentenza non pronunciata entro il termine prefisso *ipso iure sit nulla quantucumque iusta.*

(17) Cfr. le disposizioni citate da Linde, *Handbuch*, II, pag. 480 e segg.;

vesse respingere qualunque motivo di nullità contro una sentenza che apparisse giusta nel merito (18).

Riassumendo ora i diversi casi sopra esposti, vediamo che quando la querela di nullità veniva introdotta dinanzi al giudice superiore, potevano, ove la nullità fosse accolta, prodursi tre diverse eventualità: o il giudice annullava *ex fundamento iudicii* il precedente processo, e le parti, se volevano una nuova sentenza in merito, dovevano poi ritornare per il nuovo giudizio dinanzi al giudice *a quo;* o annullava nel precedente processo solo alcuni atti che potevano esser ripetuti dinanzi a lui, ed allora, quando questi nuovi atti erano stati compiuti, decideva in merito in base ad essi; o si limitava ad annullare la sola sentenza del primo giudizio ed allora poteva senza altro pronunciare una nuova sentenza sugli stessi atti. Da queste tre ipotesi si scorge come la *querela nullitatis,* rimedio esteriormente unico, poteva avere in sostanza due funzioni essenzialmente diverse: quando veniva esperimentata per *error in procedendo* essa, producendo la distruzione di tutto il processo o di una parte di esso, dava luogo ad una rinnovazione, totale o parziale, dello stadio istruttorio, in modo che la nuova sentenza veniva ad essere pronunciata su un materiale di lite diverso da quello che aveva servito di base alla prima sentenza; quando invece era esperimentata per *error in iudicando,* dava luogo alla riapertura del solo stadio di decisione, in modo che la nuova sentenza veniva ad essere pronunciata sullo stesso materiale di lite del primo giudizio. Nel primo caso, dunque, essa produceva una rinnovazione di quegli atti procedurali che non si erano svolti regolarmente nel primo giudizio; nel secondo caso produceva la revisione del sillogismo compiuto dal primo giudice, senza nulla innovare nello stato istruttorio del precedente processo.

69. — Accanto alla querela di nullità il diritto intermedio conobbe, come mezzo ordinario per attaccare le sentenze, l'*appellatio,* direttamente derivata dal diritto romano. Senza esporre qui le singole norme dalle quali l'appello fu retto nel diritto intermedio (19),

---

WETZELL, § 60, note 73-77; in questo senso specialmente la *Kammergerichtsordnung* del 1521, tit. XXI, § 1; *K. G. O.* 1523, tit. V, § 6-7; *K. G. O.* 1555, Teil III., tit. 34, § 1, quest'ultima minutamente commentata dal LINDE, II, cit., pag. 490 e segg.; oltre, n. 77.

(18) Anche nei tribunali supremi degli Stati italiani si usava decidere *sola facti veritate inspecta,* cfr. ALTIMARO, *De null.,* rub. VI, quest. XI, n. 13.

(19) Tra i varî trattati sull'appello scritti dai Dottori italiani (cfr. WETZELL, bibliografia in nota a pag. 701), il più completo è quello dello SCACCIA, *Tractatus de appellationibus* (Roma, 1612); per il diritto comune italiano, MORTARA,

devo notare soltanto come la natura che l'istituto aveva originariamente nel diritto romano si trasformò profondamente nel diritto comune, fino ad assumere un carattere processuale interamente diverso.

Nel diritto romano l'*appellatio* portava sempre, come si è veduto (retro, n. 31), ad una rinnovazione della lite dinanzi al giudice superiore, ad un *novum iudicium* che aveva per oggetto la esistenza del diritto sostanziale fatto valere in prima istanza dall'attore; ma nel diritto comune, perdutosi il concetto della unità del processo, che si smembrò in tante separate fasi quante erano le sentenze interlocutorie emanate nel corso del processo (20), e prevalso nel procedimento il sistema della scrittura, l'*appellatio*, pur seguitando esteriormente ad esser retta da regole romane, si diresse, meglio che ad una nuova trattazione del rapporto di merito, ad un riesame della decisione di prima istanza per vedere se essa, in relazione col materiale istruttorio raccolto dal primo giudice, fosse giusta e corretta. Questo nuovo carattere dell'appello già si manifesta nella dottrina italiana, ove lo Scaccia, avvertendo che *in appellatio a diffinitiva non tractatur directe de principali quaestione, sed an bene vel male fuerit iudicatum* (21), chiaramente indica che l'appello dà luogo a un riesame del giudicato e non del rapporto di merito; difatti, fin dal diritto statutario, troviamo nelle legislazioni italiane, dominate dal sistema della doppia conforme, l'appello considerato come un riesame della prima sentenza: così, ad esempio: negli Statuti della Università dei Mercanti di Siena (22), nelle Costituzioni piemontesi per il secondo appello (23) e nella legislazione veneta, in cui il giudizio d'appello si limitava a confermare (*laudare*) o annullare (*tagliare*) la sentenza appellata, rimettendo in questo ultimo caso le

---

Appello civile, nn. 180-190; Pertile, *Storia*, VI, 2ª; e per quello tedesco: Bayer, *Vorträge* (10. Aufl.), § 306-324; Mittermaier, *Der gemeine deuts. bürg. Prozess*, III Beit., § 2; Linde, *Handbuch*, I, §§ 30-144; II, §§ 145-221; Renaud, *Lehrbuch*, §§ 173 e segg.; Endemann, *Civilprocessrecht*, §§ 230 e segg.; Wetzell, *System*, §§ 54 e segg.; Engelmann, *Der romanisch-kanonische Prozess*, §§ 31 e 57.

(20) Endemann, *Civilprocessrecht*, §§ 234 e 235.

(21) *De appell.*, quest. XI, n. 17.

(22) Ed. stampata in Siena nel 1619, cap. LXXV: i giudici di appello « visto e ben considerato i processi o altre scritture e le ragion d'esse, dichiarino se sarà stato ben giudicato o vero in contrario, cioè ben appellato... E se accaderà che sia giudicato bene appellato, ciascuna delle parti resti nelle sue ragioni, come se quel giudizio non fusse stato tentato... ». Così gli Statuti di Valtellina, I, 98, citati in Pertile, VI, 2ª, pag. 301.

(23) RR. CC. 1770, lib. III, tit. XXVI, art. 14. Cfr. Pertile, VI, 2ª, pag. 301.

parti nello stato in cui erano prima della sentenza (*pristino*) (24). L'appello così si andava notevolmente avvicinando ad una querela di nullità; ma, lasciando da parte la diversità che passava tra i presupposti dei due rimedî (ad esperimentare l'appello bastava qualunque *gravamen* portato all'appellante dalla prima sentenza) (25), certo è che in Italia l'appello, pur notevolmente diverso dall'originario istituto romano, non se ne allontanò così profondamente come accadde in Germania: l'insegnamento della dottrina italiana che la sola introduzione dell'appello faceva cadere nel nulla il primo processo e rimetteva le parti *ad terminos litis contestatae* (26) e la illimitata ammissione di nuove prove e deduzioni dinanzi al secondo giudice (27) provano che il giudizio di appello contro una sentenza definitiva poteva spesso, nel diritto italiano, consistere in una rinnovazione di tutta la lite e, quindi, in una riapertura dello stadio istruttorio (28).

La trasformazione dell'appello, appena accennata nel diritto italiano, si compiè invece in modo caratteristico nel diritto tedesco. Nei diritti tedeschi immediatamente anteriori alla recezione del diritto romano italiano l'unico rimedio contro la sentenza era la *Urteilsschelte*, la quale, sviluppatasi dalla sua forma originaria, era giunta ad essere un ricorso al tribunale superiore, affinchè, come più pura sorgente di diritto, esso trovasse un contenuto giuridico più corretto alla sentenza pronunciata dal tribunale inferiore (29); per effetto

---

(24) Cfr. FERRO, *Dizionario del diritto comune e veneto* (2ª edizione, Venezia, 1846-47), voci *Appellazione, Pristino, Taglio;* PERTILE, *Storia*, VI, 2ª, pag. 296, 301 e 325. Le singole legislazioni statutarie del Veneto cercavano però di sopprimere quest'uso: per esempio negli Statuti del Friuli del 1429 (*Constitutiones patriae Fori Iuli*, Venetiis, 1524), rub. 75, si stabilisce che *non debeant partes per dominos auditores in statum pristinum reponi, sed sententia debeat reformari.*

(25) Cfr. un esame dei diversi casi in cui poteva aversi un *gravamen* in BAYER, *Vorträge*, § 310. Il DURANTI *Speculum*, lib. II, partic. III, rub. *de app.*, n. 1: *ex omni gravamine appellari potest.*

(26) SCACCIA, *De app.*, quest. III, n. 84. Si disputava dai Dottori se l'interposizione dell'appello avesse forza di rescindere la prima sentenza o solo di sospenderla; per la seconda opinione DE FERRARIIS, *Practica*, rub. *Forma app. a sent. def.*, n. 7; SCACCIA, qu. II, n. 82; v. autori in MORTARA, *Appello civ.*, nn. 571-573.

(27) SCACCIA, qu. XI, n. 45 e segg. La legislazione canonica, ammettendo senza limiti la deduzione di nuove prove nell'appello contro la sentenza definitiva, la vietò nell'appello contro le interlocutorie: cfr. c. 10, X, *de fid. instr.*, II, 22; c. 5, Clem., *de app.*, II, 12.

(28) ENGELMANN, cit., pag. 72-73.

(29) A questa forma più matura della *Urteilsschelte* nel diritto tedesco si riferisce sempre lo SCHULTZE, *Privatrecht und Prozess* cit., § 12. Cfr. SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre deutscher Civilprocess-Gesetzegebung*, pag. 426-427.

di questo rimedio si veniva a discutere dinanzi al giudice superiore se la prima sentenza dovesse essere conservata o sostituita da un'altra, ossia si compieva un giudizio sul giudicato, in cui ogni deduzione di fatto non introdotta dinanzi al primo giudice doveva necessariamente rimanere esclusa (30). Allorquando, in virtù della recezione del diritto romano-italiano (31), all'istituto germanico della *Urteilsschelte* si andò sostituendo, specialmente nei tribunali superiori, l'istituto dell'appello, la concezione nazionale che i diritti germanici avevano del rimedio contro la sentenza reagì sulla nuova concezione portata dal diritto straniero: e l'appello, che originariamente doveva condurre ad un *novum iudicium* (come le legislazioni ed i giuristi del tempo della recezione cercarono di porre in luce) (32) fu costruito invece nel diritto comune tedesco come il mezzo ordinario per provocare dal giudice superiore il riesame della sentenza di primo grado (33). Simile trasformazione dell'appello si manifestò specialmente nella proibizione di introdurre nel giudizio di seconda istanza prove e deduzioni che non fossero state sottoposte alla cognizione del primo giudice: in obbedienza al principio di eventualità (*Eventualmaxime*) (34), per cui le parti dovevano entro un termine preclusivo far valere in prima istanza tutti i loro mezzi di attacco e di difesa affinchè, nella ipotesi che il giudice non accogliesse quelli dedotti in prima linea, potesse accogliere quelli dedotti in sottordine, il diritto comune pose il principio che la raccolta del materiale di lite dovesse di regola essere compiuta nel primo giudizio, ossia che vi fosse soltanto una istruttoria (*Tatsacheninstanz*); l'ammissione di nuove prove nel giudizio di appello venne per conseguenza esclusa, e soltanto eccezionalmente ammessa quando la parte appellante, con un *iuramentum calumniae* (*Appellationseid, Noveneid*) dimostrasse che la mancata deduzione di esse in primo grado non era derivata da sua negligenza (35). In questo modo la deduzione di nuove prove in appello, anzichè una regolare ed illimitata conseguenza dell'istituto, fu considerata come una concessione eccezionale (*beneficium novorum*) che si faceva alla parte contro lo scopo normale dell'appello, per motivi di equità (36), talchè l'appel-

(30) Schwartz, op. cit., pag. 427.

(31) Cenni sintetici e letteratura sul fenomeno della recezione in Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 83 e segg.

(32) Schwartz, pag. 428.

(33) Planck, *Beweisurteil*, pag. 343; Engelmann, pag. 157; Schwartz, pag. 429.

(34) Mittermaier, *Gem. deuts. bürg. Proz.*, III, pag. 72; Schwartz, pag. 430.

(35) Schwartz, 428-429; Endemann, 917; Wetzell, § 56, pag. 755. Il *Noveneid* fu introdotto, come istituto generale, dal *Reichsabschied* del 1654, §§ 73, 118; cfr. Schwartz, pag. 119-120. Così anche nelle citate RR. CC. piemontesi del 1770.

(36) Wetzell, *System*, pag. 755 cit.

lo in cui la parte si giovasse del *beneficium novorum* ebbe piuttosto il carattere di una *restitutio in integrum ob nova reperta* (37). Appare così, per ripetere le parole del MITTERMAIER (38), che « con ciò tutta la sostanza dell'appello è variata, perchè il giudice deve solamente decidere se la precedente sentenza era giusta e corrisponde allo stato degli atti »; il diritto di appello non è più il diritto ad ottenere una nuova sentenza sul merito indipendentemente dalla correttezza della prima sentenza, ma il diritto ad ottenere la variazione di una sentenza che appare ingiusta in relazione al materiale istruttorio su cui si basa; e la cognizione di appello non è più un *novum iudicium*, ma una critica fatta dal giudice superiore sull'operato del giudice inferiore, per vedere se ha correttamente apprezzato i fatti raccolti e correttamente applicato ad essi il diritto: *revisio in facto et in iure* (39), che non importa la riapertura dello stadio istruttorio, ma solo una rinnovazione dello stadio di decisione (40).

70. — Oltre i due rimedî della *querela nullitatis* e dell'*appellatio*, il diritto intermedio conobbe, sull'esempio del diritto romano, anche le due vie straordinarie della *supplicatio* e della *restitutio in integrum* contro le sentenze.

Carattere costante della *supplicatio* è quello di essere un ricorso contro le sentenze pronunciate dal supremo organo di giurisdizione, o un ricorso al supremo organo di giurisdizione contro le sentenze pronunciate da un altro organo che lo rappresenta: è una invocazione all'onnipotenza della sovranità, origine di ogni giustizia (41). Allo stesso modo che il diritto romano proibiva l'appello e permetteva soltanto la *supplicatio* contro le sentenze emanate da giudici supremi quali erano i *Praefecti praetorio*, la dottrina del diritto italiano intermedio (42) e la stessa legislazione statutaria (43) ammettono la *sup-*

---

(37) WETZELL, *ibid.*; ENDEMANN, *Civilpr.*, pag. 917, secondo il quale la deduzione di *nova* fu « una specie di restituzione unita coll'appello »; MITTERMAIER, *Gem. deuts. burg. Pr.*, III, 72.

(38) *Ibidem.*

(39) ENGELMANN, pag. 157; WACH, *Vorträge*, pag. 245; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 92.

(40) PLANCK, *Beweisurteil*, pag. 343.

(41) Cfr. COGNETTI DE MARTIIS, *La rivocazione della sentenza*, §§ 61 e segg.

(42) TANCREDI, *Ordo*, IV, 3, § 1; DURANTI, *Speculum*, II , 3, *de suppl.*, § 1; MARANTA, *Aurea praxis*, P. VI, rub. *de appell.*, nn. 12 e segg.; SCACCIA, *de app.*, quest. XIX, rem. 3; MALDONADO-PARDO, *Tractatus de secunda supplicatione sive recursu adversus revisionis sententias supremi senatus*. Cfr. PERTILE, *Storia*, VI, 2ª, pag. 297-298, che distingue la *supplicatio* dalla *revisio*.

(43) Cfr. Stat. di Verona 1450 (Verona, 1475), lib. II, rub. 105: *A quibus*

plicatio (44) contro le sentenze che, per la dignità della persona da cui sono pronunciate, si considerano inappellabili: si parla così di una *supplicatio a sententia imperatoris, papae,* ecc. (45), che viene definita un *recursus qui conceditur gravato a iudice a cuius sententia, propter excellentiam personae, non datur appellatio et succedit loco appellationis prohibitae* (46). Questa *supplicatio* si portava di regola dinanzi allo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza (47), e mirava ad ottenere dinanzi ad esso non una semplice revisione della sentenza, ma addirittura una riapertura dello stadio istruttorio, poichè, secondo la dottrina italiana, nel giudizio di supplicazione si poteva senza limitazioni *non deducta deducere* (48); era dunque un istituto molto simile all'appello, del quale però non aveva nè l'effetto sospensivo (49), nè, di regola, quello devolutivo (50).

Istituti direttamente derivati dalla *supplicatio* del diritto comune si ebbero in Germania in quei ricorsi all'imperatore che le leggi imperiali permisero contro le sentenze date dai tribunali inferiori (51). Sotto l'influsso del diritto germanico tradizionale, una speciale fisionomia assunse la supplicazione diretta contro le sentenze del Tribunale camerale dell'Impero (*Reichskammergericht*) (52), la quale, entro un termine di 4 mesi dalla pronuncia della sentenza (53), doveva essere introdotta presso il Cancelliere dell'Impero, l'Elettore di Magonza, quale rappresentante dell'imperatore, con indicazione dei motivi di

---

casibus sit licitum appellare et quibus non et de supplicationibus tantum faciendis, etc., su cui vedi però Skedl, *Nichtigk.*, pag. 95; St. Forlì 1359 (*Corpus st. ital.*, ed. Rinaldi), I, 3; etc.

(44) Lo Scaccia, *De app.*, quest. XIX, rem. 3, n. 30, avverte però che questo rimedio poteva avere diversi nomi: *querela, reclamatio, recursus, revisio.*

(45) Duranti, *Speculum,* lib. II, partic. III, rub. *De suppl.*

(46) Cfr. S. Onuphrii, *Practic. conclusionum iuris,* lib. VII (Roma, 1607), v. *Supplicatio,* n. 1.

(47) Scaccia, *De app.*, quest. XIX, rem. 3, n. 2.

(48) Scaccia, *De app.*, quest. XIX, rem. 3, n. 25.

(49) Scaccia, ivi, n. 27.

(50) Secondo il Duranti la *supplicatio* può proporsi entro due anni se rivolta al Principe, entro dieci giorni, come l'appello, se rivolta allo stesso giudice (l. c., n. 2); secondo lo Scaccia il termine è di dieci giorni (*De app.*, qu. XII, n. 83).

(51) Wetzell, *System,* pag. 775-76.

(52) Sulla quale v. Wetzell, *System,* pag. 776; Linde, *Handbuch,* II, pag. 377; Renaud, *Lehrbuch,* § 581; Endemann, *Civilprocessrecht,* § 241. Fonti in Wetzell, ivi, nota 18; la legge che introdusse l'istituto fu la *Kammergerichtsordnung* del 1555, III, cap. 51 e segg., analizzati da Schwartz, *Vierhundert Jahre,* pag. 98-99, e Linde, II, pag. 485-489.

(53) Così secondo le leggi posteriori; mentre per la *K. G. O.* 1555, il termine era di due mesi; Wetzell, *System,* § 59, nota 21.

reclamo e con esclusione di ogni nuova deduzione (54). L'Elettore di Magonza trasmetteva la supplica alla commissione di controllo incaricata di visitare annualmente il tribunale dell'Impero (*Visitationsdeputation*), la quale, ove le formalità richieste fossero state osservate e l'affare raggiungesse una data *summa revisibilis*, compieva, dopo aver udito i precedenti giudici, una revisione della sentenza e degli atti della causa (*revisio actorum*) e riformava, suppliva e correggeva quello che nella sentenza trovasse omesso, erroneo, nullo o non conforme al diritto (55). Questa *revisio actorum*, che aveva effetto sospensivo (56) e devolveva la causa dal *Reichskammergericht* alla *Visitationsdeputation*, si limitava molte volte ad un semplice riesame della questione di diritto (*revisio in iure*): e rappresentava una rivincita della *Urteilsschelte* germanica contro i principii romani dell'appello introdotto nel tribunale imperiale (57). In modo quasi del tutto simile a questa *revisio* contro le sentenze del Tribunale camerale dell'Impero si conformò la *supplicatio ad Caesaream maiestatem* contro le sentenze emesse dal consiglio della corte imperiale (*Reichshofrath*) (58).

71. — Accanto alla *supplicatio*, anche la *restitutio in integrum contra rem iudicatam* ebbe il carattere di un rimedio eccezionale contro le sentenze inappellabili *ex natura causae* o *ex excellentia iudicis* (59), e si portò dinanzi allo stesso giudice che aveva pronunciato la sentenza (60); ma, a differenza della *supplicatio*, essa fu esperimentabile nel termine di quattro anni (61), soltanto quando a favore del ricorrente esistesse un motivo di restituzione, per il quale l'equità consigliava di rimettere in discussione una controversia ormai decisa irrevocabilmente secondo lo stretto diritto. I motivi di restituzione, in generale ispirati al concetto di impedire che una delle parti si trovasse,

---

(54) *K. G. O.* 1555, III, cap. 53.

(55) *Reformiren*, *K. G. O.* 1555, III, c. 3, n. 4. V. SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre*, pag. 98, 99.

(56) SCHWARTZ, pag. 98; WETZELL, l. c.

(57) SCHWARTZ, pag. 105.

(58) WETZELL, pag. 777; SCHWARTZ, pag. 124.

(59) SCACCIA, qu. XIX, rem. 2. Cfr. anche DURANTI, *Speculum*, lib. II, partic. III, rub. *de rest. in int.*; MARANTA, *Aurea praxis*, VI, *De app.*, nn. 77 e segg. Sulla *rest. in int.* nel diritto intermedio, v. COGNETTI DE MARTIIS, *Revocazione*, § 52 e segg., non sempre chiaro nè preciso. Per la dottrina del diritto comune, v. ODDO, *De rest. in int. tract.* (Venetiis, 1623); MAURITII, *De rest. in int.* (in *Tract. ill. iur.*, V, 115): e *Tract. de in int. rest.* di varî aut. (Francof., 1586).

(60) ODDO, quest. XXXII.

(61) DURANTI, *Speculum*, lib. II, partic. III, rub. *quibus modis sententia*, n. 2.

senza sua colpa, in condizioni di inferiorità nel processo, in modo da non poter provvedere convenientemente alla propria difesa, furono all'incirca gli stessi previsti dal diritto romano (62); ma il diritto comune (63) ne creò uno nuovo nel ritrovamento di prove non dedotte nel precedente giudizio (*restitutio propter nova reperta* ossia *ex capite novorum*) e questo motivo ebbe speciale sviluppo in Germania (64), come contrappeso alla limitazione del *beneficium novorum* in appello (65). La *restitutio in integrum* mirò dunque anzitutto a provocare la cognizione del giudice sulla esistenza del motivo di restituzione, e ad ottenere, ove l'esistenza di esso fosse riconosciuta, la rescissione della sentenza, dopodichè, tornata la parte in quello stato giuridico in cui si trovava prima che si fosse verificata la lesione, occorreva una nuova decisione sul merito. Si avevano così, talvolta anche esteriormente separati, due giudizî diversi: uno sul diritto del ricorrente ad ottenere la rescissione della sentenza (*iudicium rescindens*), l'altro sulla pretesa sostanziale che aveva formato oggetto della prima decisione (*iudicium rescissorium*) (66).

72. — Si è visto come in Germania la *supplicatio* diretta all'Imperatore, come supremo organo della giurisdizione, poteva condurre ad una *revisio actorum* conformata in modo diverso da quella rinnovazione del giudizio alla quale dava luogo la *supplicatio* nel diritto italiano. Ma, all'infuori della giurisdizione imperiale a cui si ricorreva contro le sentenze dei tribunali supremi, si sviluppò in Germania anche nella giurisdizione ordinaria dei tribunali inferiori una speciale *revisio*, che rappresenta una formazione tutta propria del diritto comune tedesco. Secondo il diritto comune a tutto l'impero, l'appello al tribunale imperiale era limitato a una determinata *summa appellationis;* però nelle cause che non raggiungevano il limite di appellabilità, per compensare le parti di questa mancanza di appello, il diritto imperiale

---

(62) Secondo Oddo, *De rest. in int.*, la restituzione si dà quando alcuno soffre una lesione da una sentenza (quest. IV), contro la quale non si è potuto difendere o per causa di età o di infermità (quest. II e III), di assenza (quest. VI e VII), di errore dovuto al sesso o alla deficienza intellettuale (quest. VIII-XI), di dolo dell'avversario o del giudice (quest. XII e XIII).

(63) Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 326.

(64) Per lo sviluppo della *restitutio in integrum* in Germania, v. Linde, *Handbuch*, II, §§ 379 e segg.; Renaud, *Lehrbuch*, §§ 188 e segg.; Bayer, *Vorträge*, § 332; Mittermaier, *Gem. burg. Pr.*, III, § 3; Wetzell, *System*, § 53 e letteratura a pag. 674. Specialmente Gensler, in « C. A. », IV.

(65) Engelmann, pag. 161, IV, § 4, pag. 127 e segg.; Rosshirt, in « C. A. », XLVI, pag. 381 e segg. specialmente sul concetto di *novum*.

(66) Cfr. Wetzell, pag. 700.

(67) ammise che contro le sentenze inappellabili per ragion di valore potesse la parte, entro il termine d'appello, rivolgersi allo stesso tribunale che aveva giudicato, chiedendo che la sentenza venisse riesaminata *per modum revisionis ex eisdem actis* dopo aver chiesto parere a un collegio di giureconsulti o ad una università giuridica. Secondo il diritto imperiale, dunque, questa speciale *revisio* era data solo nei casi in cui le parti non potevano valersi dell'appello: ma, accanto a questo rimedio *sussidiario* del diritto imperiale, si andò formando nelle legislazioni particolari germaniche una *revisio* che competeva alla parte anche quando l'appello non era escluso, e che ebbe quindi il carattere di un rimedio *ordinario* concorrente coll'appello (68); ciò accadde specialmente nel diritto sassone, in cui questo particolare mezzo di gravame si chiamò *leuteratio* (*Leuterung*). Con questo rimedio non devolutivo, che si proponeva alla stessa autorità che aveva pronunciato la prima sentenza, si mirava di regola ad un riesame del processo e della sentenza; ma, poichè il tribunale che già aveva deciso non offriva garanzie di imparzialità, questo, prima di decidere sulla *revisio*, usava chiedere parere ad un altro tribunale che, quantunque di pari grado, godesse di maggiore autorità, o ad una facoltà giuridica. Simile uso di inviare gli atti (*Aktenversendung*) ad un altro tribunale o ad un collegio giuridico per avere un parere sul contenuto che si doveva dare alla nuova sentenza, si riannoda evidentemente alla *Urteilsschelte* germanica, volta anch'essa a provocare, presso una più pura sorgente di diritto, un responso sul contenuto da darsi ad una decisione non ancora pronunciata (69).

Anche questa *revisio* ordinaria contro le sentenze dei tribunali inferiori poteva, come la *revisio* straordinaria contro le sentenze del *Reichskammergericht* (retro, n. 71), dar luogo ad un semplice riesame del punto di diritto (*revisio in iure*) (70), specialmente quando avveniva l'invio degli atti ad una facoltà giuridica per la spiegazione di qualche difficile teoria di diritto romano. Ma questa limitazione della impugnativa alla sola questione di diritto non deve far credere che la *revisio* del diritto comune tedesco fosse un mezzo appositamente costruito, in base a considerazioni di interesse pubblico, per rimettere in

---

(67) Cfr. specialmente Linde, *Handbuch*, II, § 223; Wetzell, *System*, § 59, pag. 780 e segg. *Reichsdeputationsabschied* 1600, §§ 15-16 (Schwartz, pag. 114); *Reichsabschied*, 1654, §§ 112 e 113; Renaud, *Lehrbuch*, pag. 528.

(68) Linde, II, § 225; Wetzell, pag. 780-82; Bayer, *Vorträge*, § 327; Renaud, §§ 181-182; Endemann, *Civilproces.*, § 241.

(69) Ampiamente su ciò Schultze, *Privatrecht und Prozess*, §§ 9-16. Cfr. anche Mortara, *Appello civ.*, n. 198.

(70) Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 92.

discussione la sola *quaestio iuris*: anzichè da ragioni politiche, la particolare conformazione della *revisio* tedesca derivava da ragioni storiche, cioè dall'influsso che sul diritto comune introdotto in Germania colla recezione esercitavano ancora le antiche concezioni proprie del processo germanico, come, nel caso presente, l'istituto originario della *Urteilsschelte*.

73. — Quantunque la dottrina, in antagonismo colla legislazione statutaria, abbia cercato (retro, n. 58) di mettere in luce che il mezzo con cui si chiedeva l'annullamento di una sentenza aveva, in sè considerato, la natura di un'*actio* meglio che quella di un rimedio processuale, tuttavia, quando i trattatisti vollero enumerare le diverse vie con cui una sentenza potevasi impugnare, tennero conto anche della *nullitas*, la quale, nella sistemazione data da essi al diritto giudiziario, fu annoverata appunto tra i modi *quibus sententia impugnetur* (71). Se vogliamo ora renderci ragione della posizione che la dottrina del diritto intermedio dette alla *querela* o *actio nullitatis* nel quadro dei mezzi di impugnativa, vediamo che essa fu considerata come un rimedio parallelo all'appello, che adempieva di fronte al vizio della *nullitas* una funzione all'incirca identica a quella che l'*appellatio* esercitava di fronte al vizio della *iniquitas* o *iniustitia*. Il Chiovenda insegna che la querela di nullità aveva nel diritto comune il carattere di un rimedio « estremo » (72); a tale qualifica, però, si possono attribuire due significati diversi: si può, da una parte, chiamare *estremo* in senso positivo, un rimedio esperimentabile anche quando non sono più esperimentabili gli altri rimedî contro la sentenza, e si può dall'altra chiamare così, in senso negativo, un rimedio non esperimentabile finchè sono aperte altre vie per togliere vigore al giudicato.

Ora, se consideriamo la *querela nullitatis* del diritto statutario, dobbiamo riconoscere che nè in un senso nè nell'altro essa poteva chiamarsi un rimedio estremo, poichè, se in alcuni Statuti essa era esperimentabile in un termine di poco più lungo a quello dell'appello (retro, n. 54), di regola essa, limitata in un termine uguale a quello per appellare, non sopravviveva all'*appellatio*, e si intendeva proibita nei casi in cui era proibito l'appello (73). Se invece consideriamo l'*actio*

---

(71) De Ferrariis, *Practica*, rub. *Forma app. a sent. diff.*, n. 4: *Inde quaeritur qualiter et quot modis sententia impugnetur. Dic ... quatuor modis, videlicet per appellationem, per in integrum restitutionem, per supplicationem et per nullitatem.* Il Duranti, però, dopo aver parlato separatamente della nullità della sentenza tratta nel lib. II, partic. III: *quibus modis* valida *sententia sublevetur, impugnetur, seu retractetur.*

(72) *Principii*, pag. 1020.

(73) Skedl, *Nichtigk.*, § 20, nota 2, a pag. 96.

nullitatis quale fu costruita dalla dottrina, possiamo a questo istituto attribuire la qualifica di rimedio estremo, ma solamente nel primo senso positivo, non nel secondo senso negativo: infatti, se da una parte, secondo l'insegnamento della dottrina, l'azione di nullità, esperimentabile entro il termine della prescrizione trentennale, poteva farsi valere anche dopo decorso il termine per appellare e la *nullitatis dictio* non veniva esclusa dal fatto che l'*appellatio* (74) o altro rimedio (75) fosse proibito, ma anche ogni sentenza, *a quocumque etiam maximo magistratu proferatur, per remedium istud possit retractari* (76), d'altra parte però la possibilità di esperimentare l'azione di nullità non era sospesa dal fatto che contro la sentenza nulla fosse ancora aperto qualche altro rimedio, come la supplicazione o la restituzione o come lo stesso appello. I giuristi italiani non distinsero nei mezzi per impugnare le sentenze in modo chiaro e sistematico i rimedî ordinarî da quelli straordinarî; ma, nel fissare le caratteristiche di ognuno di essi, come chiamarono l'appello coll'espressione di *auxilium commune* (77), così qualificarono l'*actio nullitatis* per un *remedium ordinarium* (78). Di contro i Dottori del diritto intermedio parlarono di un *remedium extraordinarium supplicationis* (79) e *remedium extraordinarium* chiamarono la *restitutio in integrum* (80); e a questi due ultimi istituti attribuirono la qualità di rimedî estremi anche in senso negativo, poichè negarono la loro esperibilità contro la sentenza che fosse attaccabile per altre vie: così si negò la *restitutio in integrum* contro sentenze appellabili (81) o nulle (82), e per la *supplicatio* insegnò lo Scaccia (83) che *inepte intentat nullitatem per viam supplicationis, quia nullitas est remedium iuris ordinarium et prae se fert nullitatem sententiae; unde si competit remedium ordinarium nullitatis, cessat remedium supplicationis, quae est remedium extraordinarium.* Secondo

---

(74) Vanzi, *De nul.*, IV, n. 33 e segg.; Scaccia, *De app.*, quest. XIX, rem. 1, concl. 1.

(75) Per es. la *restitutio in int.*: Oddo, *De in int. rest.*, quest. XV, n. 74.

(76) Anche la sentenza del principe: Vanzi, V, nn. 1 e segg.

(77) Così lo chiama la l. 3, § 1, D. *rat. rem. hab.*, XLVI, 8. Wetzell, *System*, § 52, nota 18.

(78) Scaccia, *De app.* XIX, rem. 1, concl. 1; Vanzi, I, n. 1, chiama la nullità *commune auxilium.*

(79) Maranta, *Spec.*, VI. *Et quandoque appellatur*, n. 13.

(80) Bolani, *De rest. in int.* (*Tract. ill. iurisc.*), II, nn. 1-5. La l. 16 pr. D., *de min.*, IV, 4, chiama la restituzione un *auxilium extraordinarium.*

(81) Oddo, *De in int. rest.*, quest. XII, n. 12.

(82) Oddo, quest. VIII, n. 33; quest. XVIII. Potevasi però cumulare il rimedio della nullità con quello della restituzione: Vanzi, VI, n. 7.

(83) *De app.*, quest. IX, rem. III, n. 22.

la concezione della dottrina del diritto intermedio, la *actio nullitatis* fu dunque un rimedio contro la sentenza ancora ammesso quando tutti gli altri erano già preclusi, ma non escluso dal fatto che contro la sentenza fossero ancora aperte altre vie di gravame.

Ad una netta separazione tra i mezzi ordinarî e quelli straordinarî per impugnare la sentenza giunse soltanto la più recente dottrina del diritto comune tedesco (84), la quale però non seguì in questa partizione un criterio univoco: secondo alcuni autori, infatti, si considerarono ordinarî i rimedi esperimentabili per il solo fatto che alcuno si senta gravato da una sentenza (appello, revisione), e straordinarî quelli esperimentabili solo nel presupposto di specificati motivi (restituzione, nullità) (85): secondo il criterio prevalente, invece, furono ordinarî quei rimedi che potevano essere esperimentati solo entro un termine di dieci giorni, decorso il quale si formava la cosa giudicata (appello, revisione, querela di nullità sanabile) e straordinarî i rimedî che competevano contro la cosa giudicata anche dopo decorso il termine di dieci giorni (restituzione, querela di nullità insanabile) (86). Così quando nel diritto comune tedesco dall'*actio nullitatis* del diritto italiano si formarono due diversi rimedî, uno per la nullità sanabile (*querela nullitatis sanabilis*), l'altro per quella insanabile (*q. n. insanabilis*) (oltre, n. 74 e segg.) soltanto il primo fu annoverato ancora tra i rimedî ordinarî, mentre tra i rimedî straordinarî fu concordemente posto il secondo.

---

(84) Renaud, *Lehrbuch*, § 172; Bayer, *Vorträge*, § 305; Endemann, *Civilpr.*, § 228; Wetzell, *System*, § 52.

(85) Bayer, § 305.

(86) Renaud, § 172; Endemann, § 228 citati.

Capitolo XI

NULLITA' SANABILI E NULLITA' INSANABILI

Sommario: 74. Significato della contrapposizione tra nullità sanabili e n. insanabili: lotta tra il principio germanico e il principio romano. — 75. La *exceptio nullitatis* negli Statuti. — 76. Nullità *iuris naturalis* e nullità *iuris positivi* nella dottrina italiana. — 77. *Querela nullitatis sanabilis* e *querela nullitatis insanabilis* nel diritto comune tedesco.

74. — La profonda divergenza che passa tra il diritto romano ed il diritto intermedio sul modo di concepire la nullità della sentenza, non consistè in quelle diversità esteriori, che appariscono quando si pongano a paragone le forme processuali colle quali nei due diritti poteva rispettivamente essere attaccata una sentenza viziata di nullità: non si coglierebbe, ad esempio, nella sua significazione caratteristica la novità portata nel processo dalla *querela nullitatis*, quando ci si limitasse a dire che questo rimedio poteva essere introdotto presso il giudice superiore a quello che aveva pronunciata la sentenza nulla, mentre nel diritto romano la nullità della sentenza facevasi valere presso lo stesso giudice che l'aveva pronunciata. La fisionomia propria della *querela nullitatis* non deve cercarsi nella sua conformazione esteriore, ma nella natura intrinseca della funzione ch'essa compieva di fronte alla sentenza: a prescindere dalle singole norme colle quali le legislazioni positive disciplinarono il suo esercizio, la fondamentale caratteristica della querela di nullità creata dal diritto statutario consistè nella sua natura costitutiva, in antitesi alla natura meramente dichiarativa che ebbero tutti i mezzi conosciuti dal diritto romano contro la sentenza nulla; e di fronte a questo sostanziale carattere di distinzione, hanno importanza puramente secondaria e consequenziale tutti gli altri caratteri distintivi dell'istituto.

Quando ora, lasciando da parte i dettagli, noi concepiamo la querela di nullità come il mezzo col quale si toglieva vigore ad una sentenza esistente ma annullabile, in antitesi ai mezzi che il diritto romano conobbe per fare accertare la inesistenza giuridica di una sentenza incapace fin dall'inizio di acquistar vigore; quando, con altre parole, noi mettiamo il principio dell'annullabilità, cui risponde

un'azione costitutiva, di fronte al principio di nullità *ipso iure*, cui risponde un'azione di accertamento negativo, dobbiamo riconoscere che se, nel diritto intermedio, il principio dell'annullabilità trionfò nella legislazione statutaria e si trasferì da essa nella dottrina, il principio romano della nullità *ipso iure* non cedè mai interamente il campo, e fu sempre pronto a riaffermare, sia pure in modo eccezionale e limitato, la propria vitalità.

Questa lotta tra due concezioni opposte, o, per dir meglio, questo ripullulare della concezione romana ormai sostituita in massima dalla nuova concezione del diritto statutario, si manifesta in modo caratteristico nella distinzione, che si afferma e si svolge nella dottrina e nella pratica del diritto comune italiano e specialmente tedesco, tra le nullità *sanabili* e le nullità *insanabili*: nell'accingermi a seguire per sommi capi lo svolgimento di questa distinzione nel diritto intermedio, avverto fin d'ora ch'essa deve appunto essere interpretata come una conciliazione tra il nuovo concetto dell'annullabilità e l'antico concetto romano della nullità *ipso iure*, inquantochè, mentre alla natura costitutiva della *querela nullitatis*, che mirava a portare una variazione in uno stato giuridico positivo finora esistente, corrispondeva la possibilità di rendere invariabile questo stato giuridico col precludere il mezzo per attaccarlo (*sanabilità*), alla natura dichiarativa dei mezzi dati dal diritto romano contro la sentenza nulla, miranti ad accertare senza variazione alcuna lo stato giuridico negativo esistente finora, corrispondeva la assoluta impossibilità di dare col decorso di un termine efficacia giuridica a quello stato di fatto che fin dal suo nascere era stato incapace ad acquistare esistenza nel mondo del diritto (*insanabilità*) (1).

75. — In quegli statuti in cui la *querela nullitatis* si presenta nella sua forma più genuina, che portò alle ultime conseguenze il principio germanico della validità formale della sentenza, tutti quanti i motivi di nullità che potevano viziare il giudicato si intendevano sanati colla decorrenza del termine per proporre la *querela*, in modo che, quando alcuno, in base ad una sentenza pronunciata in suo favore, iniziava il procedimento esecutivo, non poteva il convenuto allontanare da sè la esecuzione coll'eccepire nella sentenza quel motivo di nullità che non aveva fatto valere tempestivamente in via principale: *et infra X dies sententia nulla dici debeat, quo tempore elapso,*

---

(1) Per uno svolgimento più compiuto di questi concetti, cfr. il mio scritto *Vizii della sentenza e mezzi di gravame*, n. 17-20.

postea de nullitate non audiatur agendo vel excipiendo (2); per questi statuti, dunque, tutte quante le nullità erano sanabili, poichè nessuna di esse sopravviveva alla preclusione del mezzo di impugnativa ammesso per farle valere. Ma in altri statuti, accanto a questo principio che aveva radicalmente trasformato il concetto romano della nullità, si insinuano disposizioni evidentemente inspirate a tale concetto, dando luogo così alla coesistenza e quindi all'antinomia di due opposti sistemi nella stessa legislazione: parlo di quegli statuti nei quali, accanto alla *querela nullitatis* in via principale, esperimentabile dinanzi al giudice superiore e limitata entro un termine, si ammette una *exceptio nullitatis* che, senza limitazione di termini, può esser fatta valere in sede esecutiva.

In alcuni statuti simile coesistenza di due opposti principî viene ammessa in modo generale ed illimitato: così lo statuto di Bologna (3), dopo aver stabilito il termine perentorio entro il quale la nullità deve esser fatta valere in via principale, dispone però che *ubi nullo modo infra tempus praedictum ad appellandum vel per viam principalis petitionis de nullitate proponendum praefixum appellatum fuerit, vel de nullitate per viam principalis petitionis propositum, nihilominus de ipsa nullitate postea perpetuo audiatur excipiendo secundum formam iuris.* Per questa e per consimili disposizioni, mentre da una parte, collo stabilire che la nullità dovesse farsi valere in via principale entro un termine perentorio, si dava alla querela di nullità un carattere costitutivo e quindi ai motivi di nullità un carattere di sanabilità, dall'altra coll'ammettere in perpetuo l'eccezione di nullità contro l'esecuzione, si riconosceva che la nullità importava inesistenza insanabile del giudicato, dichiarabile in qualunque tempo per via di semplice accertamento, e si veniva a rendere inutili le disposizioni che prefiggevano un termine all'esercizio della nullità. Ma in altri statuti l'antitesi tra il concetto dell'annullabilità e quello della nullità *ipso iure* fu risolta in un modo più logico: in quanto si accolse da una parte la nozione di annullabilità per quasi tutti i vizî della sentenza e per questi si prefisse un termine perentorio entro cui doveva

---

(2) St. di Verona del 1450. Lib. II, cap. 117 citato da Skedl, *Nichtigk.*, pag. 104. V. anche *Statuta Urbis Ferrariae reformata*, 1567 (Ferrariae, 1590), II, tit. LXV, rub. *de app. interp.* (pag. 73); Ancona (*Constitutiones sive statuta magnificae civ. Anconae*, Anconae, 1556), Coll. II, rub. 73.

(3) Cit. St. del 1454, Lib. II, Rub. *de app.* § *Salvo tamen.* Agli Statuti citati da Skedl, *Nichtigk.*, § 22, *adde*: *Costitut. del Comune di Siena*, 1262 (Milano, 1897, Edizione Zdekauer), Dist. II, rub. 169, in cui si ammette che contro la sentenza *obiciatur*: *ipsam de iure non tenere;* St. di Sinigallia (*Statutorum et Reformationum Magnificae Civitatis Senegalliae volumen*, 1533. — Perusiae, 1537) Lib. II, § 75. *De sent. exec. mandandis.*

essere esercitata la *querela nullitatis* in via principale; dall'altra si accolse la nozione di inesistenza del giudicato per alcuni vizî più gravi, e per questi si ammise in qualunque tempo l'esercizio della *exceptio nullitatis*. Numerosissimi sono nella legislazione statutaria gli esempî di questo fenomeno, e accanto ai testi citati dallo SKEDL (4), altri si posson citare che limitano la *exceptio nullitatis* ai casi più gravi di nullità: ricordo gli statuti di Perugia (5), di Carrara (6), di Busseto (7). Per tal modo la legislazione statutaria veniva a mitigare spontaneamente la eccessiva assolutezza del principio della validità formale della sentenza, ed a riconoscere che questo, se era applicabile alla maggioranza dei difetti del giudicato, non era logicamente ammissibile quando mancassero alla sentenza quei requisiti costitutivi senza i quali non si può concepire sentenza, come avveniva, ad esempio, nel caso di assoluto *defectus iurisdictionis*. Mentre negli statuti che intendevano, colla decadenza del termine per la *querela nullitatis*, precluso ogni reclamo contro qualsiasi vizio della sentenza, il principio germanico aveva assolutamente scacciato il principio romano, in questi statuti che ammettono la *exceptio nullitatis* solo per alcuni casi più gravi di nullità il principio romano si concilia in modo armonico e logico, come vedremo accadere nella dottrina moderna, col nuovo principio introdotto nell'interesse della sicurezza dei rapporti giuridici: in questi ultimi statuti, così, la nozione di nullità, che viene ancora ad essere indicata con una sola parola, si scinde in realtà in due diverse nozioni, in quella cioè di *annullabilità*, per i difetti che possono essere fatti valere solo per mezzo di *querela*, e in quella di *inesistenza*, per i difetti che possono essere fatti valere anche per via di eccezione. La legislazione statutaria, dunque, ammettendo la *exceptio nullitatis* soltanto per alcuni motivi di nullità, crea la distinzione, più tardi messa in chiaro dalla dottrina, tra nullità sanabili, cioè denunciabili solo entro un breve termine perentorio, e nullità insanabili, rivelabili in perpetuo ogni volta che il vincitore voglia valersi della sentenza da esse viziata. (8).

---

(4) *Nichtigk.*, § 22 cit. Specialmente notevole lo St. di Cesena, che limita la *exceptio nullitatis* al solo caso di *defectus iurisdictionis*.

(5) *Secundum Volumen ref. emend. Iuris Civ. Pop. Perusini* (Perusiae, 1528), Lib. II, rub. 25, *nisi nullitas allegaretur proveniens ex defectu iurisdictionis ...; vel nisi ex eo quod in procedendo ordo statutarius non fuit servatus.*

(6) *St. Carrariae*, 1574, Lib. II, c. 36, per il quale contro la sentenza non si può eccepire la nullità *nisi de nullitate dictae sententiae constaret ex actis, ita quod nec altior indago nec nova probatio exigeretur.*

(7) *Statuta Pallavicinia*, 1429 (Parma, 1582), Lib. I, rub. 28, che ammettono solo la *exceptionem nullitatis provenientis ex lapsu instantiae et defectus iurisdictionis.*

(8) SKEDL, §§ 22 e 23.

76. — Mostrando (retro, n. 58) le forme che la dottrina ammise, in antitesi colla legislazione statutaria, per far valere l'*actio nullitatis*, avvertii come essa riannodò l'istituto, di cui non concepì la novità, ai modi processuali romani; ma che non potè sottrarsi dall'accogliere, sia pure inconsciamente, la novità fondamentale dell'istituto, cioè la natura costitutiva della querela di nullità, diversa dalla natura puramente dichiarativa dei mezzi conosciuti dal diritto romano. Peraltro il riconoscimento di questo nuovo carattere non fu generale ed assoluto come in quegli statuti in cui la *querela nullitatis* fu posta ad esclusione di ogni altro rimedio: talchè nella dottrina appare in modo anche più evidente che nella legislazione il sovrapporsi dei due concetti diversi dell'annullabilità e della inesistenza.

Ciò si manifesta perfino nella terminologia usata dai giuristi quando parlano della sentenza nulla, in quanto sembra che essi abbiano cura di tenere sempre separato il concetto di annullabilità da quello di assoluta inesistenza (9). L'Ostiense, ad esempio, contrappone, in materia matrimoniale, la sentenza *nulla ipso iure* a quella *annullanda propter errorem facti* (10) e altrove espressamente afferma che « *in ordinario* (scil. *iudice*) *autem distinguitur utrum sententia sua annullanda sit... vel nulla ipso iure* » (11). Così in tutta quanta la dottrina torna questa contrapposizione, per cui la sentenza in alcuni casi *non irrita sed irritanda foret, sed in aliis casibus esset irrita* (12); e con particolare chiarezza il Vanzi insegna che se la sentenza è viziata da una mancanza di forma *substantialis*, essa è *nulla*, mentre se è viziata da una mancanza di forma *accidentalis*, essa è semplicemente *annullanda*, talchè nel primo caso il querelante dovrà chiedere nel libello *sententiam declarari nullam* e la sentenza del giudice avrà un puro effetto dichiarativo, mentre nel secondo caso il querelante dovrà chiedere *sententiam irritari, rescindi*, e la sentenza del giudice avrà effetto costitutivo.

Ma, a prescindere da queste accidentali espressioni, la cui coincidenza coi moderni concetti è davvero sorprendente, certo è che la dottrina conobbe due classi di nullità, una delle quali produceva la inesistenza del giudicato, l'altra la sua impugnabilità: infatti, in una quantità di questioni speciali discusse dai giuristi, come, ad esempio,

---

(9) Cfr. Kohler, *Prozess und Nichtprozess.*, § 10.

(10) *Summa*, Lib. II, rub. *de sententiam*, § *Decimo in matrimonio.*

(11) *Summa*, ib. *Add. Diffinitiva*: cfr. Skedl, *Nichtigk.*, pag. 127.

(12) Vanzi, VI, n. 47 e segg. Anche nelle legislazioni si ha tale contrapposizione: così nella Clem. *Saepe* in fine espressamente si dice *non erit processus propter hoc irritus nec etiam irritandus.*

quella relativa alla libertà del principe di dare una sentenza senza osservare le forme processuali o alla facoltà delle parti di rinunciare preventivamente a rilevare la nullità di una sentenza (13), vediamo che i giuristi tengono sempre presenti la differenza tra l'*ordo de substantia* e l'*ordo de iustitia*, tra le forme *substantiales* e le forme *accidentales*, tra i requisiti *iuris naturalis* e quelli *iuris positivi*, e mentre ammettono che, quantunque impugnabile possa aver vigore una sentenza viziata da un *defectus iuris positivi*, escludono assolutamente che possa mai confermarsi una sentenza viziata da un *defectus iuris naturalis* (14), cioè, per dirla con frasi moderne, che possa mai acquistar vigore di giudicato uno stato di fatto al quale mancano del giudicato le condizioni giuridiche di esistenza (15). Nella dottrina italiana si forma dunque una contrapposizione ben decisa tra la *nullitas iuris naturalis*, corrispondente alla nozione romana di inesistenza giuridica, e la *nullitas iuris positivi*, corrispondente alla nozione germanico-statutaria di impugnabilità: da questa contrapposizione trae il diritto comune tedesco la partizione delle nullità in sanabili e insanabili. La dottrina italiana non fu concorde nello stabilire quali motivi di nullità potessero ascriversi tra quelli di diritto positivo e quali tra quelli di diritto naturale: Altimaro (16) enumera come appartenente alle *nullitates iuris naturalis* quelle consistenti in un *defectus iurisdictionis iudicantis, citationis et mandati* (17), riferendosi forse a quelle legislazioni italiane che avevano escluso ogni motivo di nullità diverso dai tre suddetti (le cosidette *nullitates ex tribus*) (18); ma la dottrina anche altre

---

(13) Letteratura in Wetzell, *System.*, § 60, 796 e segg.

(14) Vanzi, *De null.*, V. nn. 12-23.

(15) La dottrina italiana, pur insegnando che l'azione di nullità in via principale si prescriveva sempre entro trent'anni, come ogni azione, ammetteva però che la nullità poteva in perpetuo esser fatta valere per via di eccezione, riconoscendo così che, col decorso dei trent'anni, la sentenza di inesistenza non veniva ad acquistare esistenza giuridica. Cfr. testi in Wetzell, *System*, § 60, nota 36.

(16) *De null.*, rub. V, qu. 36, n. 17.

(17) Cfr. Skedl, *Nichtigk.*, § 33, 2; Linde, *Handbuch*, II, § 243; Wetzell, *System*, § 60, pag. 796 e segg.

(18) Nello Stato pontificio le nullità furono limitate a queste tre dalla Costituzione di Paolo V *super tribunalium reformatione*, 1° marzo 1611; ma già tale limitazione era stata posta da Pio IV in una lettera apostolica 1° luglio 1562 per la Segnatura (*Reformatio Referendariorum Signaturae Iustitiae*) (cfr. De Lucá, *Teatrum*, XV, I, disc. 38, n. 22 e segg.; Ridolphini, *Praxis*, P. I, c. XIII, n. 348) e si trova anche in Statuti, come quello di Gubbio, Lib. III, rub. 7. Altre limitazioni dei motivi di nullità v. in *Error in iud.*, n. 3, nota 14 e retro, n. 60, nota 11. Nello Statuto Genovese, il quale, come si sa, enumerava nel Lib. III, c. 1, i diversi motivi di nullità, si enumeravano anche nel c. 4 del Lib. III, quei vizî che non si dovevano considerare come nullità (*de nullitatibus non attendendis*).

nullità annovera tra quelle appartenenti alla *substantia* e lo stesso ALTIMARO, identificando le nullità *iuris naturalis* colle nullità *notoriae* (19) e, d'altra parte ammettendo che *quod in proposito diceamus de nullitate notoria habet etiam locum in notoria iniustitia* (20), viene implicitamente ad insegnare che la *notoria iniustitia* costituisce una nullità *iuris naturalis* e quindi, per logica conseguenza, che la *notoria iniustitia* produce non solo la annullabilità, ma addirittura la inesistenza del giudicato. Si consideri come questo principio era lontano ormai dalla massima del diritto romano, secondo la quale la ingiustizia della sentenza non poteva mai (all'infuori di un caso giustificato da una ragion politica) avere effetto alcuno sulla sua validità!

77. — Dalla distinzione italiana fra *nullitates iuris naturalis* e *nullitates iuris positivi* sviluppò la legislazione tedesca la distinzione tra *nullitates insanabiles* e *nullitates sanabiles*, inspirata, insieme con altre cautele, a limitare sempre più, nell'interesse della stabilità dei giudicati, l'esercizio della nullità contro le sentenze (21). Diverse disposizioni troviamo nella legislazione imperiale tedesca volte a contenere nei più ristretti confini la querela di nullità, alcune delle quali hanno una perfetta rispondenza nella legislazione statutaria italiana: così la *Kammergerichtsordnung* del 1521, Tit. XXI, § 1 (22), prescrisse che quando la parte avesse appellato contro una sentenza, dovesse nel giudizio d'appello far valere anche i motivi di nullità, intendendosi ulteriormente precluso l'esercizio della querela di nullità, che invece restava esperimentabile per trent'anni quando contro la sentenza non era stato interposto appello; e la *Kammergerichtsordnung* del 1555, III, 34, § 1 (23), dispose che dinanzi al giudice d'appello potesse av-

---

Nelle RR. CC. piemontesi del 1770 si trova una disposizione (Lib. III, tit. XXIII, art. 2, già nelle cost. di V. Amedeo del 1729) in cui si escludono le nullità *che procedessero dal difetto di solennità, e si ammettono solamente quelle* insanabili, *che derivano da mancanza di giurisdizione, citazione o mandato, eccettuati que' casi, ne' quali le nullità che procedono dal difetto di solennità fossero specialmente indicate ed allegate avanti che si conchiuda in causa...* Per le limitazioni a Napoli, oltre nel testo, n. 85.

(19) *De null.*, rub. 7, quest. 37, n. 17.

(20) Rub. VII, quest. 1, n. 31. Per indicazioni di diritto statutario, v. *Error in iudicando*, n. 66 e note.

(21) Uguale distinzione, riassunta e semplificata, ma fedele ai principî dell'antica dottrina canonica, trovasi nell'ultimo *Codex iuris canonici* (Romae, 1917), lib. IV, tit. XIV, cap. II, can. 1892-1897.

(22) Testo in LINDE, *Handbuch*, II, § 251, pag. 481; WETZELL, *System*, § 60, note 73 e segg. Si confronti lo Stat. di Cesena, citato da SKEDL, *Nichtigk.*, pag. 92, nota 3.

(23) Testo in LINDE, *Handbuch*, II, § 251, pag. 483. Si confronti gli Statuti

venire un annullamento del processo solo per quei motivi che producevano un irreparabile torto nel merito (*in der hauptsach ein unwiderbringlich unrecht*). Ma il testo legislativo più importante per la teoria della nullità è il *Reichsabschied* del 1654, il quale, dopo aver disposto al § 121 che d'ora in avanti, così contro la sentenza ingiusta come contro quella nulla doveva interporsi gravame entro dieci giorni (*soll.... in allen beyden Fällen, das ist a sententia tam nulla quam iniqua, das fatale interponendae observirt*), stabilì però al § 122 che il termine di trent'anni doveva ancora, ove non si fosse appellato, osservarsi per quelle nullità che producevano un difetto insanabile derivante dalla persona del giudice o dalle parti o dai sostanziali del processo (*Beydejenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum, aus der Person des Richters oder der Parthey oder aus den Substantialibus des Processus, nach sich füren, verbleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechten*) (24). Nella dottrina tedesca sono stati lunghi ed animati i dibattiti sulla retta interpretazione di queste norme: specialmente si è discusso se, dopochè esse furono andate in vigore, abbia continuato a sussistere l'antitesi tra nullità sanabili e nullità insanabili. Una corrente di scrittori, restando fedele alla espressione letterale del § 121, ritenne che, quantunque per i motivi di nullità non compresi nel § 122 dovesse interporsi gravame nelle forme e nei termini dell'appello, tuttavia il gravame per nullità conservasse sempre natura profondamente diversa da quello per iniquità, onde nel § 121 accanto all'appello dovesse vedersi regolata una *querela nullitatis sanabilis* per quei motivi di nullità che non rientravano nella *querela nullitatis insanabilis* disciplinata dal § 122 (25). Altri scrittori invece opinarono che di *querela nullitatis* potesse parlarsi d'ora in avanti solo per i motivi specificati dal § 122, mentre le cosidette nullità sanabili si riducevano a semplici motivi di appello, non più distingui-

---

citati alle note 16-18 a pag. 169-170. V. in LINDE, l. c., esaminato tutto lo svolgimento della teoria tedesca sulle nullità anche nei punti che non hanno interesse per questo punto della mia trattazione: cfr. anche SKEDL, § 38, nota 1, con rassegna delle legislazioni particolari.

(24) Testo in SKEDL, *Nichtigk.*, pag. 179: cfr. la storia della genesi di queste disposizioni in LINDE, *Handbuch*, II, §§ 252 e 253; MITTERMAIER, *Gem. Pr.*, III, pag. 120 e segg.; RENAUD, *Lehrbuch*, § 185; ENDEMANN, *Civilprozessrecht*, § 242, III. Cfr. anche SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre*, pag. 119 e CALDA, *Nullità*, pag. 372, e letteratura, ivi, nota 2.

(25) Opinione specialmente rappresentata da LINDE, *Handbuch*, II, § 253 e segg. fino a § 259; BARDELEBEN, *De null. sent.*, pag. 104. Cfr. RENAUD, *Lehrbuch*, § 186 (letteratura a pag. 551, nota 4), secondo il quale l'unica differenza pratica tra l'appello e la *querela nullitatis sanabilis* sarebbe stata la ammissibiiltà della seconda anche nei casi in cui la sentenza era inappellabile per valore (per mancanza di *Appellationssumme*).

bili dalla ingiustizia del giudicato: così, contro la sentenza ingiusta o viziata da un difetto processuale non compreso tra quelli del § 122, essi concepirono un unico mezzo di gravame devolutivo, che mirava sempre alla riforma della sentenza impugnata (26). La scienza del diritto comune tedesco si affaticò specialmente nel determinare quali nullità potessero in concreto considerarsi come derivanti *ex substantialibus processus*, e sopratutto fu controverso se tra esse dovesse farsi rientrare la nullità per errore *contra ius in thesi;* tre opinioni furono enunciate in proposito: secondo alcuni l'errore *contra ius in thesi* restò, anche dopo il *R. A.* del 1654, una causa di nullità insanabile rilevabile entro trent'anni (27); secondo altri, pur restando un motivo di nullità, diventò sanabile e quindi rilevabile solo nel decennio (28); secondo un'ultima opinione, che è anche la più autorevole, si ridusse ad essere un semplice motivo di appello (29), mentre restò un motivo di nullità insanabile solo la incertezza o la impossibilità del dispositivo (30).

Il sistema dei mezzi per far valere la nullità costruito dalla legislazione imperiale tedesca fu sottoposto nelle legislazioni locali a notevoli variazioni (31); ma tutte quante si inspirarono a una di queste due tendenze; o a concepire il mezzo per far valere le nullità come un vero rimedio di diritto (*Rechtsmittel*) devolutivo ed esperimentabile in un termine breve (*Nichtigkeitsbeschwerde* = querela di nullità), o a considerarlo come un'azione non devolutiva esperimentabile entro il termine ordinario della prescrizione (*Nichtigkeitsklage* = azione di nullità) (32). Certo è che dalla dottrina il mezzo per far valere le nullità insanabili fu considerato come un'azione di puro accertamento negativo (33): il che, come osserva l'ALMENDIGEN (34), era in contraddizione colla regola che anche l'esercizio delle nullità insanabili deve, dopo trent'anni dalla sentenza, essere definitivamente precluso.

---

(26) Cfr. specialmente ENDEMANN, *Civilpr.*, §§ 244-245, e, per più ampia letteratura, *Error in iudicando*, n. 66, nota 109. Da noi il CHIOVENDA insegna (*Principii*, pag. 897) che « col tempo la *querela nullitatis* si unificò, riguardo alle nullità sanabili, coll'appello ».

(27) BARDELEBEN, *De sent. null.*, §§ 25-31, ed ivi riassunta la dottrina più antica; GESTERDING, *Ausbeute von Nachforschungen*, III; ENDEMANN, § 243; WETZELL, *System*, § 60, pag. 807.

(28) LINDE, *Handbuch*, II, § 257.

(29) FRANKE, *Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde*, pag. 407 e segg.; MITTERMAIER, *Gem. Pr.*, III, pag. 123 e segg.; RENAUD, *Lehrbuch*, § 185, pag. 548; BAYER, *Vorträge*, pag. 1092.

(30) RENAUD, § 185 cit., pag. 548; BAYER, loc. cit.; MITTERMAIER, loc. cit.

(31) ENDEMANN, §§ 244 e 245; MITTERMAIER, § IV; LINDE, II, §§ 265 e segg.

(32) ENDEMANN, pag. 955.

(33) ENDEMANN, § 244, pag. 961, nota 14.

(34) *Metaphysik des Civilprozess*, 1, pag. 313; contro LINDE, II, pag. 541.

Capitolo XII

SULLA FUNZIONE POLITICA DELLA QUERELA DI NULLITA'

Sommario: 78. Elemento politico nella *querela nullitatis*. — 79. Cautele del dir. statutario per l'osservanza della legge: *syndicatus*, nullità delle sentenze contro lo statuto. — 80. Magistrature statutarie con carattere di nomofilachia. — 81. L'*Exgravator* milanese. — 82. I *Syndicatores* genovesi. — 83. La nullità delle sentenze date contro la legge nelle RR. CC. piemontesi. — 84. Analisi della funzione politica di questi istituti; manca lo scopo di mantenere l'unità del diritto. — 85. Questi istituti rappresentano l'eccezione, perchè di regola la *querela nullitatis* per errore *contra ius* non ha carattere politico: Prammatica napoletana 11 maggio 1612. — 86. La *querela nullitatis* come mezzo di controllo sulla regolarità dei processi; i *Sindici* veneziani; la *Signatura* romana.

78. — Insegna un Maestro (1) che, quando la querela di nullità del diritto comune veniva esperimentata perchè la sentenza era *contra ius*, « la querela serviva a garantire l'esatta osservanza della legge da parte del giudice e ad impedirgli di fare opera di legislatore: così che la querela in ogni tempo ebbe in sè un elemento politico, associando la difesa del privato (*ius litigatoris*) a quella dell'interesse generale (*ius constitutionis*) ».

L'affermazione contenuta in questo così autorevole insegnamento merita di essere, come comporta lo scopo del mio lavoro, studiata ed approfondita per potere con sicurezza determinare quale fu nel diritto comune l'efficienza pratica dell'*elemento politico*, contenuto nella querela di nullità, e come essa potè nel diritto positivo essere adoprata a risolvere quel possibile conflitto tra la legge e il giudice, che doveva dare origine in Francia al ricorso per cassazione e che costituisce il principio generatore, l'*idea madre* di questo istituto.

79. — Quella quasi gelosa sollecitudine che appare in tutti quanti gli ordinamenti dei Comuni italiani di mantenere inviolate le pubbliche libertà e di difendere da ogni attacco la costituzione politica dei mi-

(1) Chiovenda, *Principii*, pag. 1020-1021.

nuscoli organismi municipali, doveva naturalmente dar luogo a delle misure volte ad evitare che i giudici, nel pronunciare la loro sentenza, si ritenessero superiori allo statuto. In quasi tutte le carte comunali troviamo infatti che i giudici, al momento di essere assunti in carica, dovevano giurare che nel decidere le liti avrebbero giudicato secondo giustizia e strettamente osservato la legge statutaria (2), e, come sanzione alla trasgressione di quest'obbligo, troviamo ammessa una speciale azione di risarcimento, esperimentabile contro i giudici dalla parte a torto condannata, la quale però cumulava in sè anche il carattere di un'azione penale nell'interesse pubblico (*syndicatus*) (3). Per evidente derivazione da quelle leggi barbariche, specialmente longobardiche, che determinavano la responsabilità del giudice per il mal giudicato in diversa misura, secondochè avesse commesso la ingiustizia per dolo o per semplice ignoranza (retro, n. 48), gli statuti stabiliscono contro il giudice che decide ingiustamente *scienter et dolose*, pene molto più gravi e più grave responsabilità a favore del danneggiato, di quanto non facciano per il caso in cui la sentenza ingiusta è nata soltanto *per imperitiam vel ignorantiam* (4). A questo proposito è, per l'argomento ch'io tratto, notevolissima un'aggiunta a tali disposizioni, che a mia scienza, si trova soltanto nello statuto di Brescia (5): essa, dopo aver posto la pena contro il giudice in caso di ingiustizia dolosa, commenta: *et intelligatur scienter et dolose hoc fecisse, si sententiaverit vel consuluerit contra apertum casum legis civilis vel municipalis sibi allegatum vel ostensum* (6), come, dopo aver posto la pena contro il giudice in caso di ingiustizia puramente colposa, spiega: *et intelligatur per imperitiam vel ignorantiam fecisse si sententiaverit vel consuluerit contra communem opinionem doctorum* (7).

---

(2) Cfr. *Error in iud.*, nota 23, al § 2.

(3) Ammessa anche dal dir. canonico: cfr. c. 1 in VI, II, 14; WETZELL, *System*, § 36, nota 14; SANDER, *Syndakatsklage*, § 6; PERTILE, *Storia*, II, 1ª, pag. 104; II, 2ª, pag. 230.

(4) St. di Brescia, 1475, *Statuta civilia*, rub. 16, § *Si quis autem iusdicens*; St. di Bergamo cit., Coll. II, c. 59; St. di Parma, 1494, Lib. II, rub. *de modo et ordine in civ. causis;* St. di Novara, 1460 (*Statuta Civitatis Novariae*, 1583), Lib. II, rub. *De poena iudicis qui male iudicavit;* St. di Pavia (*Stat. Civitatis et principatus Papiae*, Ticini, 1590) *Statuta civilia*, pag. 42-43.

(5) Luogo cit. nella nota precedente.

(6) Cfr. anche *Li Statuti di Valtellina*, riform. nel 1548 (Poschiavo, 1668), St. Civ., cap. 113: *Et quelli che scientemente giudicheranno overo faranno contro delli Statuti di Valtellina siano privati del loro Officio per li Signori delle tre Leghe ... Et scientemente s'intenda avere giudicato, overo fatto il giudice contro li statuti, se tal statuti o statuto saranno stati al detto giudice allegati et dimostrati.*

(7) Cfr. *Error in iudicando*, n. 25.

Appare così da tale aggiunta che l'errore di diritto contro la *communis opinio*, ossia l'erronea interpretazione di legge, se non produceva la nullità del giudicato come la produceva l'aperta violazione di una legge incontrovertibile (retro, n. 62 *a* α), produceva però a carico del giudice che l'aveva commessa una responsabilità nel *syndicatus* (8).

L'assidua cura colla quale si cercava negli ordinamenti comunali di garantire la esatta osservanza della legge, si dimostra in quelle disposizioni che si trovano alla fine di quasi tutte le leggi municipali sulla osservanza degli statuti, *de observatione statutorum*; e mentre, in alcuni ordinamenti la violazione della legge costituiva di per sè stessa un crimine ed era punita con gravi pene (9), in moltissimi altri, come sanzione della violazione delle norme statutarie si stabiliva in genere la nullità di ogni atto compiuto contro il comando degli statuti e in ispecie della sentenza resa in contravvenzione di essi (10).

---

(8) È notevole che anche quando la dottrina studia i casi in cui l'errore di giudizio produce la nullità, si riferisce sempre, più o meno esplicitamente, all'intenzione subiettiva del giudice, considerando più gravi le conseguenze che sulla validità della sentenza ha la volontarietà dell'errore. Cfr. su questo punto *Error in iudicando*, n. 67 e letteratura ivi, cui si deve aggiungere i testi citati da Skedl, *Nichtigk.*, pag. 121-122, note 9 e 10, ove si afferma che *si iudex* scienter *pronunciabit contra constitutiones legum*, la sentenza è nulla, mentre *si autem contra constitutiones pronunciat* nesciens, *sententia illius post decim dies tenebit.*

(9) Cfr. St. di Ferrara, 1561, Lib. I, c. 2, riportato in *Error in iudicando*, n. 62, nota 75.

(10) Gli Statuti da me minutamente citati nella nota 23, § 2 del mio *Error in iudicando* ed ivi in parte riportati sono: Genova, Lib. I, c. 17; Bergamo, Coll. XII, c. 32; Conegliano Veneto, 1488, Lib. II, rub. *de app.;* Ferrara, 1566, Lib. I, rub. *de obs. stat.*, cap. 2; Ancona, Coll. II, rub. 86; Viterbo, Lib. IV, rub. 14; Forlì, Lib. V, rub. 52; Cesena, Lib. IV, rub. *quod rectores*; Monfestino, rub. 28. *Adde* ad essi St. di Forlì del 1359 (in *Corpus Stat. ital.* edizione Rinaldi, Roma, 1913). *Ord. et stat. super becariis*, XX: *Et si per aliquem iudicem fuerit secundum ea vel eas [statuta* e *reformationes] in praesenti volumine non insertas, processum, cognitum vel diffinitum, talis cognitio processus vel diffinitio non valeat ipso iure et proinde habeantur ac si processum cognitum vel diffinitum non fuerit.* In altri Statuti, poi, la proibizione di violar lo statuto non è fatta seguire dalla sanzione di nullità: cfr. Costituzioni Egidiane del 1357 (*Corpus Stat. It.*, ed. Sella, Roma, 1912), VI, 27; St. Arezzo, 1535 (*Liber Stat. Arretii*, 1536), IV, rub. *de obs. stat.*; St. Modena, 1545 (*Libri V, Stat. inclytae civitatis Mutinae*, 1590), lib. II, rub. 57. Caratteristica è la disposizione contenuta nel *Volumen Statutorum Legum ac iurium d. d. Venetorum* (ed. Rizzardi Griffo, Venetiis, 1619), Prologo primo, § *Volendo*: « Strettamente volemo e comandemo che i nostri zudesi nel iudicare da li ordini di quelli non se partino, ma con ogni diligentia queli observando faza et renda piena iustitia a tutti. § Et se alcuna fiada occorresse cosa, la qual non fosse per quelli espressamente determinata (conciosia, che più fian i casi, che li statuti) se a qualche estranea questione

80. — Nelle legislazioni statutarie, a complemento delle accennate cautele miranti a mantenere inviolata nei giudizî la esatta osservanza dello statuto, si hanno anche, qua e là, con diversi nomi ma con intento comune, delle magistrature destinate principalmente a mantenere il rispetto della legge e a provvedere per l'applicazione delle misure adatte a reprimerne la violazione. Già questo potere di nomofilachia spettava in genere a tutti i magistrati municipali, i quali erano tenuti non solo ad osservare lo statuto, ma anche ad impedire che altri lo violasse: *che gli ofitiaglie siano tenute oservare e fare oservare glie statute e ordenamenta* si trova detto negli statuti di Perugia (11); e lo statuto di Ravenna (12) vuole *quod magnificus dominus Potestas Ravennae... teneatur observare et observari facere omnia et quaecumque statuta civitatis Ravennae.*

Ma in molti statuti la funzione di nomofilachia veniva specialmente commessa a speciali magistrati, quali i *Conservatori delle leggi,* il cui ufficio esattamente è indicato dalla loro qualifica, i *Sindaci o Sindacatori,* ai quali si portavano i reclami contro i giudici e le querele di nullità contro le loro sentenze, ed altre magistrature, con nome diverso secondo i luoghi, ma col comune incarico di esercitare sui giudici una specie di controllo in difesa della legge (13).

Una ricerca analitica in argomento nelle singole leggi municipali sarebbe qui fuor di luogo: ma, a dare un'idea di quello che era il principio fondamentale di tutte queste magistrature dei Comuni o delle posteriori Repubbliche italiane, basterà accennare alle funzioni di alcune tra le più notevoli. A Ferrara, ad esempio, era istituito lo *Iudex Duodecim Sapientum,* al quale era attribuito l'incarico *quod sit et esse debeat conservator omnium et singulorum statutorum Urbis Ferrariae,*

---

occorrente si trova in essi cosa alcuna simile, lè da procedere da simili a simili ovver secondo l'approbata consuetudine. Altramente se al tutto tal caso è diverso, o se tal consuetudine non si trova, *faza i nostri zudesi si come iusto et equo alla sua providentia parerà, abbiando Dio avanti gli occhi della sua mente, si che nel giorno del distretto esamine essi possano davanti al tremendo zudese rendere rason* ». La nullità per violazione di legge si trova stabilita anche per il *consilium sapientis*: cfr. St. Correggio (*Municipales leges civ. Corrigiae,* Mutinae, 1675).

(11) St. 1342, lib. II, rub. 76 (in *Corpus St. Ital.*, ed. Degli Azzi, Roma, 1913).

(12) *Statut. seu iuris civilis Civitatis Ravennae Libri V* (*Ravennae,* 1590), lib. I, § 1.

(13) Cfr. Sclopis, *Autorità giudiziaria,* pag. 150; notisi che a queste magistrature si fa da alcuno risalire l'origine del nostro Pubblico Ministero: cfr. Battista, *Ministero pubblico* (*civile*), n. 1 e Bortolotto, *Ministero pubblico* (*penale*), nn. 18-21 (in « Dig. it. », XV, 2ª); Manzini, *Trattato di proc. penale,* I, pag. 429, nota 1.

ad ipsumque pertineat cura ut ad unguem observentur (14); a Vicenza i *Conservatores legum* erano posti affinchè *diligenter et assidue procurare debeant quod dictae leges statuta et ordines serventur et intromittere* (15) *et ad consilia deducere omnia et singula quae facta essent et in futurum fierent contra formam dictarum legum, ordinum et statutorum* (16); a Venezia i *Conservatori delle leggi* (da distinguersi dai *Sindici*, di cui oltre, n. 86) « fanno eseguire tutte le leggi e gli atti che fossero praticati contrarî alle medesime, vengono qui revocati » (17); anche a Firenze vi furono i *Conservatori delle leggi*, che originariamente ebbero nell'ordinamento repubblicano potere censorio contro i magistrati, ma cambiarono poi natura sotto il principato (18), e in qualche statuto toscano si trova una magistratura chiamata dei *Sindaci Conservatori delle leggi*, che devono « vedere... se si saranno interamente serviti li statuti ordini e altre provisioni, secondo gli obblighi loro » (19).

Una speciale considerazione meritano, tra queste magistrature destinate a controllare la esatta osservanza della legge, *l'Exgravator* dello statuto milanese e i *Syndicatores* della Repubblica di Genova.

---

(14) Stat. 1567, lib. 1, cap. 1.

(15) Sul significato di questa parola (« atto del giudice medio il quale ... assoggetta ad un giudice superiore le querele »), cfr. Ferro, *Dizionario del diritto comune e veneto*, voce *Intromissione*.

(16) St. 1486, lib. IV, rub. *De officio et autor. dominorum conservatorum legum*.

(17) Così Argelati, *Pratica del Foro Veneto*, pag. 76 e Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 324, nota 283. Il Ferro però nel *Dizionario* citato, voce *Conservatori delle leggi*, avverte che, « non è già che tutte le leggi della Repubblica siano commesse e demandate a questo magistrato per la loro esecuzione, ma soltanto quelle che riguardano l'ordine forense ». Anche dal *Volumen Statutorum Legum ac Iurium d. d. Venetorum*, pag. 194, appare che i Cons. delle leggi, istituiti con delib. del maggior consiglio del 29 ottobre 1553, erano tre *honorevoli nobili*, « il cargo dei quali sia et esser debba di essequire et fare osservare la legge del 1537 circa gli avvocati, etc., et trovando esser contraffatto debbano senza appellatione revocar et annullar per la maggior parte di loro le corruttele et contraffationi che fussero fatte ».

(18) Diventarono giudici penali colla provvisione del 20 agosto 1562 (Cantini, *Legislazione toscana raccolta e illustrata*, Firenze, 1800, vol. IV, 391), poi giudici delle cause delle persone di stato miserabile, per le Leggi 31 luglio 1568 (Cantini, VII, 45) e 29 aprile 1572 (*ib.*, VIII, 9); furono aboliti con *Motuproprio* di Pietro Leopoldo 29 aprile 1784 (*Bandi e ordini del Granducato di Toscana*, Firenze, 1786, vol. XII). Cfr. però Sclopis, *Storia*, II, 271.

(19) *Statuti di Montepulciano* (manoscritto nella Bibl. Avvocati di Firenze), lib. I, rub. 83.

81. — Negli statuti milanesi del 1396 (20) vengono minutamente regolate le funzioni di un magistrato detto *Exgravator*, al quale è dedicata la intera *Rubrica generalis officii domini exgravatoris* (21); questo magistrato ha, come il suo nome indica, la funzione di toglier di mezzo ogni sorta di ingiustizie (*gravamen*) commesse dai giudici inferiori e di esercitare un controllo sulla regolare amministrazione dei giudizî.

Nei ventun capi che compongono la *Rubrica* suddetta, diverse sono le mansioni di questo *Exgravator*, che doveva essere un *doctor iuris* nominato dal *Dominus Mediolani*. A parte alcune mansioni di giudice in prima istanza (c. 21), l'*Exgravator* aveva in massima funzione di giudice di appello contro tutte le sentenze penali *ex quibus non ingeratur pena corporalis* (c. 2), contro i *praeceptis continentibus aliquid debere dari vel restitui vel fieri* (c. 4), contro le sentenze civili emanate in cause di valore superiore alle dieci lire (c. 9); in tutti questi casi, ove coloro *qui dixerint se gravatos* avessero introdotto presso di lui, nel termine di dieci giorni *a die gravaminis et scientiae* una querela (c. 2), con relativa cauzione (c. 5), l'*Exgravator* conosceva, di regola in base agli atti del primo giudizio (c. 8), sulla giustizia del reclamo, e, mentre condannava a una multa ed alle spese il querelante quando trovava infondato il suo ricorso (c. 7), poteva nel caso contrario *facere canzelari de libris et actis communis Mediolani* la sentenza ingiusta (c. 3) e sostituirla con una nuova sentenza. In questo caso il giudice che aveva pronunciato la prima sentenza veniva condannato a pagare una somma pari ad un quarto della condanna (c. 7), la quale andava per metà al comune di Milano e per metà alla parte gravata (22).

L'*Exgravator* conosceva in merito ogni qualvolta si trattava di una sentenza semplicemente ingiusta; ma *si qua sententia, condemnatio vel praeceptum per dominum exgravatorem pronuntiata fuerit nulla propter aliquam solemnitatem iuris vel statutorum ordinem non servatum vel exquocumque deffectu iuris vel Statutorum Communis Mediolani*, allora l'*Exgravator* limitavasi ad annullare, rinviando la decisione sul merito al primo giudice: *nihilominus primus iudex possit de novo cognoscere procedere punire et condemnare non obstante ipsa sententia per ipsum iudicem exgravatorem lata* (c. 17).

In questo caso, adunque, il potere puramente negativo dell'*Ex-*

---

(20) L'edizione da me consultata è stampata nel 1480.

(21) Cfr. E. ed A. Lattes, *Un precursore milanese della Corte di Cassazione*, pag. 200; e, attingendo da essi, Giussani, *Precursori*, §§ 14-16.

(22) Cfr. le disposizioni del diritto longobardo, retro, n. 48.

gravator aveva unicamente lo scopo di controllare il buon andamento della giustizia, e di vegliare a che le leggi, formali o sostanziali, fossero osservate dai giudici; ma la funzione di nomofilachia di questo magistrato meglio si rileva nel c. 13 della *Rubrica* che, accanto all'attribuzione di inquisire contro certi reati (c. 16), gli fa obbligo di ricercare ogni tre mesi se dal potestà o da altri giudici *servata non fuerint... statuta, provvisiones et refformationes communis Mediolani vel alia quae servari debent secundum debiti sui officii;* o d'ufficio o dietro denuncia, l'*Exgravator* doveva punire tale trasgressione (c. 14), riservando però alle parti di agire in sindacato contro il giudice trasgressore (c. 15).

Il potere soltanto negativo che l'*Exgravator* aveva sulle sentenze nulle e il conseguente rinvio della causa al primo giudice; la funzione di sorveglianza attribuita a questo funzionario sul retto mantenimento delle leggi da parte di tutti i giudici inferiori, hanno fatto apparire l'*Exgravator* come un *precursore* della moderna Corte di Cassazione, della quale resterebbe così dimostrato che « s'abbiano nelle leggi dei nostri Comuni medioevali esperienze e precedenti ben più antichi » (23) della Rivoluzione francese. Ora, pur riconoscendo che il carattere di nomofilachia dell'*Exgravator* e alcune regole del procedimento da lui seguìto possono ricordare con molta approssimazione l'istituto della nostra Cassazione, due cose si debbono avvertire, del resto di per sè intuitive: la prima, che quando si dice che l'*Exgravator* è un precursore della nostra Cassazione, non si dice che in esso sia la origine effettiva della Cassazione, poichè nessuna continuità storica v'è tra questa e quello, abolito nella riforma del 1498 (24); la seconda, che l'*Exgravator,* che sembra una istituzione isolata e caratteristica dello statuto milanese perchè è stata specialmente messa in luce dallo scritto dei LATTES, non è in fondo che la espressione di una tendenza generale di tutti gli ordinamenti municipali ed è quindi un istituto simile a quelli che, con pazienti ricerche, si potrebbero ritrovare in quasi tutti gli statuti dei nostri Comuni.

82. — Vita assai più lunga dell'*Exgravator* milanese ebbero i *Syndicatores* della Repubblica genovese, i quali, già perfettamente regolati negli statuti del 1587 (25), continuarono per tutto il secolo

---

(23) E. ed A. LATTES, scritto citato.

(24) La *Rubrica* sull'*Exgravator* non si trova più negli *Statuta Mediolani* riformati nel 1498, stampati a Milano nel 1552.

(25) Lib. I, cap. 2-3. Cfr. DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese,* vol. II, pag. 20.

XVIII e restarono di nome, pur con diverse attribuzioni, fino negli ordinamenti della Repubblica Ligure ai primi dell'800 (26).

Ho già accennato che negli statuti genovesi era con particolare energia affermato l'obbligo dei giudici di decidere secondo la legge: *Quilibet magistratus et iudex teneatur et debeat ius reddere et iustitiam facere cuicumque secundum formam capitulorum et constitutionum Reipublicae* (27). E, a complemento di tale norma, due sanzioni venivano poste: da una parte una pena pecuniaria per il trasgressore: *si quis autem dicta statuta, constitutiones capitula decreta vel ordines observare noluerit, aut neglexerit, et seu iurisdictionem vel metam iurisdictionis, ut supra, excesserit, cadat in poenam librarum viginti quinque usque in centum...;* dall'altra la nullità dell'atto contenente la trasgressione: *...sententiae, acta et alia facta excedendo iurisdictionem vel metam iurisdictionis ut supra, non valeant nec teneant, sed sint ipso iure nulla* (28).

Ambedue queste sanzioni venivano fatte valere presso i *Syndicatores,* i quali, oltrechè sulle vere e proprie azioni di *syndicatus* (29), potevano conoscere sulle nullità (30) che non fossero state altrimenti dedotte per via d'appello (31); la funzione caratteristica di questi magistrati viene chiaramente indicata dallo Statuto stesso quando dice (32) che *praecipuum munus Syndicatorum erit curare ut leges a magistratibus caeterisque iusdicentibus observentur;* e a tale scopo essi potevano tutti i giudici *compellere ad ius reddendum, iuxta eorum respective offici iurisdictionem et secundum formam Statutorum.* Le loro sentenze in materia di *syndicatus* non erano appellabili: lo erano invece quelle in materia di nullità; contro le quali, quando superas-

---

(26) Cfr. *Raccolta degli atti e delle leggi emanate dal potere legislativo,* vol. I (Genova, 1802, anno VI), pag. 58: Attribuzione dei Commissari Sindacatori, 15 dec. 1802.

(27) Lib. I, c. 17.

(28) *Ibid.*

(29) Sulle differenze tra azione di *syndicatus* e azione di nullità, lib. III, c. 1, § 11.

(30) Lib. I, c. 3: *Sint iudices in causis nullitatis et excessus iuxta formam Statuti De sententiarum firmitate, etiam durante officio illius, qui sententiam tulisset.* Oltre la nullità stabilita in genere per violazione dello statuto, potevano farsi valere presso i Sindacatori quei singoli motivi di nullità stabiliti nel c. 1 del lib. III. Se poi alcuno voleva ricorrere per un motivo di nullità diverso da quelli espressamente ammessi dallo Statuto, doveva preventivamente pagare alla *Camera Reipublicae* sei denari per ogni lira sul valore della causa, nonchè far firmare la sua richiesta dal *Notarius Camerae* dell'ordine dei procuratori.

(31) Lib. III, c. 1, ultimo §.

(32) Lib. I, c. 3 in principio.

sero il valore di lire trecento, potevasi ricorre ai *supremi syndicatores* (33), anch'essi in generale istituiti *ad observari faciendum leges.*

Il carattere di nomofilachia che i *syndicatores* avevano nella Repubblica genovese resta sufficientemente provato dalle norme accennate: e la loro parentela coll'*Exgravator* milanese e con altre magistrature affini è evidente.

83. — Accanto a questi istituti volti a mantenere l'esatta osservanza della legge negli statuti municipali e nei posteriori ordinamenti delle Repubbliche italiane come Genova e Venezia, devo far cenno qui di una disposizione caratteristica che si trova nelle Costituzioni piemontesi del 1770, del tutto indipendente per origine e per pratico funzionamento dagli istituti esaminati fin qui, ma ad essi paragonabile per la identità del principio informatore.

Anche in Piemonte si ammetteva che la nullità della sentenza potesse farsi valere in tutti i modi conosciuti dal diritto comune, e, nonostante le limitazioni poste dalle costituzioni dei principi, durante tutto il termine della prescrizione trentennale (34). Le RR. CC. del 1770 portarono in tema di nullità diverse norme intese a limitarne l'esercizio: l'art. 12 del Tit. *Delle appellazioni,* imponeva sulla nullità dedotta in appello una decisione preliminare e sommaria; l'art. 12 del tit. XXIII, lib. III, limitava le nullità a quelle derivanti *ex tribus* (retro, n. 76); e, finalmente, l'art. 3 del titolo stesso introduceva una norma che rappresenta per il Piemonte una interessante novità: *Le sentenze che venissero profferte contro la disposizione delle nostre costituzioni, non passeranno mai in cosa giudicata e potrà sempre ed in qualunque modo proporsi la nullità delle medesime per il corso degli anni trenta* (35).

A simile disposizione, che non trova nella legislazione piemontese anteriore alle RR. CC. alcun precedente, servirono senza dubbio di modello le norme analoghe contenute nelle Ordinanze dei re francesi, specialmente l'art. 208 dell'Ord. di Blois (36) e l'articolo 3, tit. XXIII, lib. II dell'Ord. del 1667, derivato dal primo, col quale il sovrano dichiarava *tous arrêts et jugements qui seront donnés contre les dispositions de nos ordonnances, édits et declarations, nuls et de nul effet et valeur;* questa sanzione di nullità che il legislatore piemontese, in molta parte dell'opera sua guidato dal diritto di oltr'Alpe, trasse

---

(33) Sui quali, lib. I, c. 2.

(34) Ab Ecclesia, *Observationes forenses sacri senatus pedemontani,* I[a] Obs. CLXXII, n. 4 e segg.; De Nevizanis, *Consilia seu responsa* Cons. 41, n. 44.

(35) Cfr. Chiovenda, *Principii,* 1021, nota.

(36) Isambert, *Recueil,* XV, pag. 431.

dal diritto francese, fu peraltro adattata qui all'insegnamento del diritto comune, e concepita qui attraverso a quei principii che la dottrina aveva fissati intorno all'*actio nullitatis* prescrittibile solo in trent'anni. Quella disposizione che in Francia, come a suo tempo vedremo, doveva esser feconda di conseguenze e costituire addirittura l'origine del ricorso per cassazione (oltre, n. 111), restò quasi lettera morta in Piemonte, ove, in luogo di istituire contro le sentenze pronunciate contro le costituzioni uno speciale mezzo di impugnativa, si considerarono queste come viziate da un'insanabile inesistenza giuridica, e qualunque mezzo si ammise che valesse a far dichiarare la loro assoluta invalidità; mentre, con una contraddizione del resto comune a tutta la dottrina, si stabilì d'altra parte che la possibilità di far dichiarare tale iniziale e radicale inesistenza potesse, col decorso di trent'anni, precludersi.

La norma delle RR. CC., simile a quelle degli statuti comunali che minacciavano la nullità delle sentenze date contro di essi, ma derivata da altra fonte, non esercitò, a differenza di quelle, dal campo processuale in cui essa era posta, alcuna influenza nel dominio dell'ordinamento giudiziario; nè sorse nel principato piemontese alcuna speciale magistratura incaricata specialmente di applicare la sanzione contenuta in questa norma. L'ufficio di dichiarare la nullità delle sentenze contrarie alle costituzioni spettò invece di regola, per l'art. 4 del medesimo titolo, allo stesso giudice che aveva emanato la prima sentenza; ma siccome, al momento della dichiarazione di nullità, doveva il giudice pagare i danni e le spese alla parte ricorrente, senza più poter esigere le consuete sportule « per la nuova sentenza di riparazione », si intende come questo rimedio della nullità non ebbe in Piemonte alcuna importanza pratica, poichè non dette mai ai litiganti affidamento di buona riuscita (37).

84. — A tutte quante le cautele finora brevemente accennate — così in quelle spontaneamente sorte nel diritto statutario come in quella introdotta dal diritto francese nelle costituzioni del Piemonte — sta a base una comune ragion d'essere: il conflitto tra il potere sovrano che ha stabilito una norma e il potere giudiziario che, obbligato ad applicarla nelle sue sentenze, ha la possibilità di fatto di giudicare

---

(37) Cfr. PISANELLI, *Cassazione*, pag. 19, il quale afferma che mai si presentò in Piemonte un caso di annullamento per l'art. 3. La nullità stabilita da tale articolo fu abolita nel secolo XIX dal re Carlo Felice, che nel R. Editto 27 settembre 1822, cap. I, art. VIII, cpv. 3, stabilì: *Scaduti li termini per l'appellazione, le sentenze passeranno senz'altro in cosa giudicata e non potranno più impugnarsi anche in via di nullità* (*Raccolta degli atti del governo di S. M. il re di Sardegna*, vol. XII, anno 1822, pag. 676).

in modo diverso da quanto essa comanda. Le norme che stabiliscono la nullità delle decisioni rese contro gli statuti o contro le costituzioni, la istituzione di speciali magistrati incaricati di mantenere la esatta osservanza delle leggi, non rispondono allo scopo determinante della giurisdizione, ch'è quello di risolvere autoritativamente le controversie nascenti fra i privati cittadini; un interesse diverso da quello che presiede alla funzione giurisdizionale guida il legislatore nello stabilire le cautele sopra accennate: ed è l'interesse di difendere appunto la sua opera di legislatore contro gli attacchi dei giudici, di risolvere a proprio favore quel disaccordo che può sorgere tra il potere sovrano ed il potere giudiziario. Io non dico, s'intende, che negli statuti comunali o nelle costituzioni piemontesi, si avesse la nozione consapevole di quella « divisione dei poteri » che doveva poi formare in Francia il fulcro della ricostruzione rivoluzionaria: dico, soltanto, che quando si trovano nelle leggi del diritto intermedio misure di nomofilachia simili a quelle esaminate, si deve riconoscere che esse non sono poste immediatamente a servizio del buon andamento della giustizia, ma, prima di tutto, al mantenimento di quell'esclusivo potere di legiferare che il sovrano vuole a sè riservato. Non tanto si cerca, con esse, di cooperare alla miglior riuscita della funzione giurisdizionale, quanto ad impedire che, nell'esercizio di tale funzione, venga dai giudici ad esser menomato l'assoluto impero della legge: il potere legiferante appare così non come cooperatore, ma come antagonista del potere giudicante; non come sollecito di collaborare alla retta esplicazione della giustizia, ma come geloso custode delle proprie prerogative.

Sta dunque a base di tutte queste cautele una ragione politica, simile a quella che ebbe nel diritto romano la nullità delle sentenze date *contra ius constitutionis*, simile a quella che nel diritto francese dovrà essere il principio sostanziale della Cassazione. Si deve peraltro, per non trarre da questa somiglianza delle induzioni soverchiamente estese, porre bene in chiaro due punti.

Quando gli statuti da una parte affermano la nullità delle sentenze non corrispondenti alla *observatio statutorum* e dall'altra le RR. CC. piemontesi dichiarano nulle le sentenze *profferte contro la disposizione delle nostre costituzioni*, non distinguono affatto gli *errores in procedendo* dagli *errores in iudicando* e non comprendono affatto come più gravi siano di fronte alla sovranità della legge le violazioni di questa seconda specie. Nessuna differenza si fa tra il caso in cui il giudice nel procedere compia un'attività contraria ad un precetto di legge e quello in cui il giudice nel decidere affermi come volontà di legge un principio non corrispondente alla legge medesima; la violazione di legge viene concepita qui anzitutto ed unicamente

come vizio *di attività,* come disobbedienza al comando della legge, come non coincidenza di quello che è stato fatto dal giudice con quello che egli per legge doveva fare: *si quid actum fuerit praetextu styli vel consuetudinis contrarii seu contrariae, sit ipso iure et ipso facto nullum* dice lo statuto di Ferrara (Lib. I, c. 1); *de nullitate cunctorum contra statuta et ordinamenta agendorum,* parla lo st. di Viterbo (Lib. IV, Rub. 14) (38).

Dal fatto che la nullità per violazione di legge veniva così stabilita in modo generale, senza distinguere tra leggi formali e leggi sostanziali, e dall'insegnamento comune che, nei casi di *error in iudicando* si aveva nullità del giudicato soltanto se il diritto violato era *certum et infallibile* (retro, n. 62), deriva un'importante conseguenza: che la *querela nullitatis* del diritto intermedio, se potè, in alcune legislazioni sopra indicate, avere lo scopo politico di mantenere l'osservanza della legge, di impedire che avessero vigore gli atti compiuti in disobbedienza della legge, non ebbe mai, *neppure in germe,* lo scopo politico ben diverso, assunto nello Stato moderno dal ricorso per cassazione, di unificare la giurisprudenza e, quindi, di mantenere inviolata la unità del diritto. Ammessa anche quando il giudice violava nel procedere la legge formale, cioè in un caso in cui il vizio di attività non minacciava in alcun modo l'unità del diritto; esclusa d'altra parte contro ogni sentenza viziata nel giudizio da una falsa interpretazione di legge, cioè in un caso in cui l'unità del diritto era tipicamente minacciata, la *querela nullitatis,* quando assunse, nel diritto intermedio italiano, una funzione politica, si limitò sempre ad essere un'arma del potere sovrano col quale esso mirava a distruggere quanto i giudici avevano fatto in opposizione al suo comando: entro questi limiti così ristretti la funzione politica della querela di nullità ebbe dunque una importanza pratica assai scarsa.

85. — Ho cercato di mettere in evidenza questa sia pur limitata funzione di nomofilachia che la querela di nullità assunse nelle legislazioni dei nostri Comuni così solleciti di mantenere rigorosamente osservata la loro pubblica costituzione, ed in qualche principato, come il Piemonte, in cui il sovrano provvide direttamente a custodire le proprie prerogative. Ma, dopo ciò, debbo altresì avvertire che questa funzione politica della *querela nullitatis* nel diritto intermedio deve considerarsi *come meramente eccezionale,* poichè nella generalità delle

(38) Cfr. anche lo St. di Forlì del 1359, in nota 10 a pag. 195, il quale stabilisce la nullità di ciò che il giudice ha fatto contro lo statuto, tanto se contro lo statuto abbia *processum,* quanto se contro lo statuto abbia *cognitum vel diffinitum.*

legislazioni italiane posteriori agli statuti e in tutta quanta la dottrina del diritto comune la nullità delle sentenze date *contra ius* non fu in alcun modo giustificata da un criterio politico di nomofilachia, ma da un criterio interamente diverso e interamente estraneo al concetto politico della difesa del potere legislativo contro gli attacchi dei giudici.

Se nel diritto intermedio, nei commentatori delle fonti giustinianee e nei canonisti, ritroviamo la contrapposizione romana tra sentenza *contra ius litigatoris* e sentenza *contra ius constitutionis* (39), tale contrapposizione ha perso la vitale significazione che essa aveva originariamente (retro, n. 23); nè la dottrina riuscì neppure ad intuirne la portata, in quanto, pur seguitando a ripeterla per formale ossequio ai testi romani, annoverò in sostanza tra le cause di nullità una quantità di errori che per il diritto romano sarebbero stati soltanto *contra ius litigatoris*, e quindi motivi di semplice appello. In realtà la nullità per *error in iudicando*, che nel diritto romano era ammessa solo per eccezione in base a un principio esclusivamente politico, cambiò interamente, sotto l'influsso del diritto canonico, la sua ragion d'essere. La forza della cosa giudicata si considerò come una presunzione di giustizia: *sententia transit in rem iudicatam propter praesumptionem, quae praesumptio est quod diligenter iudex exercuerit officium suum* (40); e, di conseguenza, si ritenne che la forza di questa presunzione dovesse venir meno tutte le volte che l'esistenza di una ingiustizia nel giudicato si palesasse con tale evidenza da *offuscare et confundere illam praesumptionem* (41), poichè sarebbe immorale ed iniquo conservare la forza di giudicato ad una pronuncia della quale è palese l'errore, mentre la giustizia richiede che al disopra di ogni formalità la verità si faccia strada, *quia veritas valet et invalescit* (42). Data questa premessa, derivata evidentemente dal diritto canonico, si intende come, a determinare la nullità della sentenza, non ebbe più alcuna importanza la qualità dell'errore che la inquinava, ma solo la

---

(39) Cfr. gli autori minutamente citati in *Error in iudicando*, n. 60, note 80-86; specialmente notevoli: Duareno, *De iuris et facti quaestionibus;* e Cuiacio, *Recitatio solemnis*, ad tit. I, lib. XLII Dig. L. *Praeses*, in cui a distinguere la sentenza errata in diritto da quella errata in fatto si adopra la contrapposizione παράνομος-ἄδικος che si trova in Aristotele, *Etica a Nicomaco*, lib. V, cap. 1-8. Così anche nelle fonti di diritto canonico: C. 41, c. II, qu. 6; e 12, X, *de sent. et re iud.*, II, 27.

(40) Panormitano, ad c. 40, *de sent. excom.*, V, 39, n. 11. Cfr. altri autori in *Error in iudicando*, n. 63, nota 88.

(41) Panormitano, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 6; e ad c. 40, V, 39, n. 11 cit.

(42) Innocenzo IV, ad c. 6, X, *de frig. et malef.*, IV, 15, n. 6.

evidenza dell'errore medesimo: non si guardò più se l'errore era *contra ius constitutionis,* ma solo se era *expressus;* non si indagò più se il giudice nel giudicare aveva inteso di compiere opera di legislatore, ma solo se la ingiustizia da lui commessa era *manifesta.* Così la nullità della sentenza fu ammessa in tutti i casi in cui l'errore, di diritto o di fatto, senza distinzione, apparisse indubitabile dalla sentenza o dagli atti del processo senza necessità di ricorrere a un nuovo diretto esame sul rapporto controverso: in tutti i casi, cioè, in cui il giudice, dinanzi al quale la nullità veniva fatta valere, potesse convincersi, col solo aiuto delle sue nozioni generali, della esistenza del vizio *in iudicando* (retro, n. 66) (43). Si comprende come, in base a questo criterio, nel diritto intermedio si potè considerare nulla anche una sentenza non viziata da un errore di diritto, come quella data contro le massime di esperienza, dal momento che il criterio per stabilire la nullità non era più tanto la violazione del *ius constitutionis,* quanto, per così dire, la violazione del *ius veritatis;* ma si comprende altresì come tra le sentenze nulle il diritto intermedio comprese sempre anche quelle contenenti un espresso error di diritto. Il giudice, infatti, per il noto principio *iura novit curia,* ha l'obbligo d'ufficio di applicare le norme di legge, la cui conoscenza dunque si deve presumere in lui e rientra nel suo patrimonio intellettuale: ora è evidente che il giudice dinanzi a cui si fa valere la nullità, appunto perchè la conoscenza del *ius* rientra tra le sue nozioni generali, si trova nella possibilità di scoprire in modo certo se nella sentenza reclamata esiste un errore contro questo *ius* che egli conosce, e di decidere, senza procedere a una nuova istruttoria, se la presunzione di giustizia che sta a favore della sentenza sia in realtà fondata. Così la sentenza data *contra ius* è nulla, non già perchè la violazione del *ius* abbia un carattere di maggiore gravità sugli altri errori di giudizio, ma perchè, rientrando la conoscenza del diritto tra le nozioni generali del giudice, egli è in grado di accorgersi da un semplice esame della sentenza se il *ius* è stato violato: nessuna considerazione di ordine politico entra qui in campo, ma solo la considerazione della pratica facilità colla quale il giudice, in caso di sentenza *contra ius,* può convincersi della esistenza dell'errore; e se anche la dottrina del diritto intermedio, con resultati corrispondenti a quelli del diritto romano, insegna che non produce nullità della sentenza l'errore di interpretazione o quello di applicazione della legge, a questa conclusione essa giunge non perchè pensi che in questi casi il giudice non invade il campo del legislatore, ma perchè considera che in queste ipotesi la violazione del

(43) *Error in iudicando,* nn. 45 e 63.

ius non può esser dal giudice rilevata con quella certezza, colla quale invece si mostra nel caso di errore *contra ius in thesi clarum* (44).

Come riprova di questa assoluta mancanza di significato politico che aveva in generale, nel diritto intermedio, la *querela nullitatis* per *error in iudicando*, si può ricordare nella legislazione napoletana la Prammatica *de dilationibus* (§ 20), dell'11 maggio 1612 (45), secondo la quale contro le sentenze (46) poteva farsi valere la nullità *ex capite notoriae iniustitiae* soltanto in due casi; 1° quando la sentenza era *contra expressum locum iuris sive communis sive municipalis*; 2° quando era *contra publicam autenticamque scripturam iam ante actis insinuatam*. Evidentemente per questa disposizione la importanza politica dell'errore commesso dal giudice non ha alcun valore, ma solo ha valore la sua evidenza; infatti la violazione del diritto, contemplata al n. 1, viene posta accanto all'errore contro il documento prodotto dalle parti, contemplato al n. 2, il quale, come un semplice errore di fatto, non presenta nessun carattere di ribellione del giudice alla sovranità del legislatore.

86. — Collo scopo di sorveglianza politica del potere sovrano sui giudici, per impedire a questi di invadere il campo legislativo, non si deve confondere quello scopo di sorveglare il buon andamento della giustizia al quale la *querela nullitatis* per *error in procedendo* potè sempre efficacemente servire.

Osserva l'ALMENDIGEN (47), che la querela di nullità non è fondata sul rapporto delle istanze giudiziarie dal quale deriva l'appello, ma da un potere di vigilanza, di controllo, che il sovrano esercita sull'operato dei giudici che amministrano la giustizia in suo nome

---

(44) Più ampiamente in *Error in iudicando*, n. 63.

(45) Cfr. GRIMALDI, *Istoria delle leggi e magistrati del regno di Napoli*, vol. IX, n. 311 e segg. Per il commento a questa Prammatica: MUSCATELLI, *Praxis civilis iudiciariae totius iudicii appellationis, lib. II*, Gl. *Nullitatis*, pag. 346 e segg.; ROVITO, *Luculenta commentaria in sing. R. Neapolitani pragmaticas*, pag. 204 e segg.; GALLUPPI, *Praxis novissima sacri regii consilii neapolitani*, p. III, cap. IV.

(46) Tali limitazioni erano, come par più verosimile, per qualunque sentenza, e non solo per le sentenze del S. R. Consiglio come opina il D'AVOSSA, *La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale* (Napoli, 1884). Nella raccolta del CYRILLI, *Codicis leg. neap., libri XII* (Neapoli, 1789), vol. I, pag. 295, infatti, le disposizioni sulla nullità sono estese a tutte le sentenze. V. il testo di questa Prammatica in ALTIMARO, *Pragmaticae, edicta, decreta regiaeque sanctiones regni neapolitani* (Neapoli, 1682), vol. I, tit. XLIII, pag. 302.

(47) *Metaphysik*, I, pag. 295. Cfr. anche HOLZSCHUHER, *Der Rechtsweg* (Nürnberg, 1831), pag. 509.

(*ius supremae inspectionis caesareae*); la querela di nullità avrebbe dunque originariamente il carattere di una lagnanza contro l'operato processuale del giudice, e di una invocazione del supremo potere giudiziario affinchè tolga di mezzo gli atti irregolarmente compiuti dall'inferiore e gli imponga di ricominciare il processo nelle debite forme. Ora, anche se questa idea è giusta, e se si può nella *querela nullitatis* riconoscere proprio un mezzo per lagnarsi contro la irregolarità del processo e per provocare a rimediarle il controllo del giudice superiore, certo è che questo scopo di controllo attribuito così alla *querela nullitatis* è preordinato al retto andamento della giustizia, è una cautela stabilita in vista della migliore riuscita della funzione giurisdizionale, e non in vista di un interesse diverso e superiore alla giurisdizione, come avviene allorquando la *querela* è posta al servizio del potere legislativo per mantenerne intatte le prerogative.

Quando, in quei pochi esempî che nel diritto intermedio formano l'eccezione, la *querela nullitatis* serve a toglier di mezzo la sentenza pronunciata *contra ius*, il magistrato incaricato di riceverla e di invigilare così al mantenimento delle leggi non agisce nell'interesse della funzione giurisdizionale, ma nel diretto interesse della funzione legislativa in conflitto ed in antitesi alla funzione giurisdizionale: ed in questo conflitto sta appunto la particolare importanza politica che assume in questo caso la *querela nullitatis*.

Quando invece si permette una *querela* al giudice superiore (sia pure esso, come in Germania, il sovrano), per denunziare le irregolarità intervenute nel processo svoltosi dinanzi al giudice inferiore, questo istituto non presuppone affatto un conflitto tra i giudici e il legislatore, ma solo una deviazione dei giudici da quello che dovevano fare per amministrare rettamente la giustizia. Il giudice superiore, così, non interviene per difendere il potere legislativo, ma per rettificare la irregolarità compiuta nell'esplicazione del potere giudiziario: obbedisce allo stesso interesse per cui sono stati istituiti i tribunali, ch'è quello di attuare la legge in occasione delle controversie insorte tra i privati, non all'interesse di natura ben diversa di impedire che la prerogativa sovrana di porre leggi non venga usurpata dai giudici.

Si intende che negli ordinamenti positivi del diritto intermedio la diversità profonda che passa tra questi due scopi della querela di nullità non viene coscientemente avvertita: non si distingue la *querela nullitatis*, mezzo di controllo politico col quale il legislatore si difende dagli attacchi dei giudici, dalla *querela nullitatis*, mezzo di controllo giudiziario, col quale il giudice superiore impedisce che

l'inferiore commetta delle irregolarità di procedura; anzi si è visto che nella legislazione statutaria questo secondo scopo viene assorbito nel primo, in quanto anche il semplice vizio di attività commesso dal giudice si considera come disobbedienza alla legge formale e quindi come offesa al potere sovrano che ha posto tale legge. Ma, se tale differenza non viene avvertita, noi vediamo nella storia del diritto italiano degli istituti coordinati colla querela di nullità, in relazione ai quali essa, perduto ogni carattere politico, conserva solo questo scopo di controllo puramente giudiziario sul buon andamento esteriore della giustizia.

Si può ricordare qui, come specialmente interessante, la magistratura veneta dei *Sindaci* (da non confondersi con quella dei *Conservatori delle Leggi*, di cui già si parlò: retro, n. 80), alla quale « diede il Maggior Consiglio nell'anno 1515 l'autorità di intromettere ai consigli gli atti e i giudizi civili irregolarmente seguiti, contro quegli ordini di atteggio, che dalle leggi e pratiche approvate sono prescritti » (48). Allorquando le sentenze (*spazzi*) dei consigli e collegii che giudicavano il merito delle controversie o di qualunque magistrato di prima istanza erano il resultato di un processo viziato da qualche error di procedura (*disordine*), « ciò che avverrebbe, se non fossero corse le necessarie citazioni, se fossero state lette scritture non presentate, se fossero state alterate le pretese, se non fosse stata chiamata in giudizio persona che doveva necessariamente chiamarsi » (49), si poteva contro questa sentenza interporre *querela per capo di disordine* al magistrato dei Sindaci, i quali o respingevano all'unanimità il reclamo, o, se non erano unanimi, rinviavano (*intromettevano*) la causa per la decisione al giudice di merito che aveva pronunciata la sentenza. I Sindaci avevano dunque la funzione di raccogliere le querele di nullità per errori di procedura (50) e di decidere su di esse, sia pure, quando non le respingevano, in modo puramente consultivo: funzione politica essi non avevano, poichè non erano affatto istituiti per mantenere inviolata la sovranità delle leggi, ma solo per evitare quei « disordini » formali che potevano prodursi durante lo svolgimento dei processi.

Funzione analoga a quella dei *Sindaci* veneziani può scorgersi nel tribunale della *Signatura Iustitiae* dello Stato Pontificio, la quale,

---

(48) Ferro, *Dizionario*, v. *Sindaci*.

(49) Ferro, *Dizionario*, v. *Querela* e v. *Spazzo;* Argelati, *Pratica*, pag. 60; cfr. anche Zuanelli, *Concordanza del diritto comune col veneto*, lib. IV, tit. XVII, n. 371 (pag. 153 del vol. 3°).

(50) Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 325.

ra le diverse sue attribuzioni, aveva quella di annullare (*circoscrivere*) le sentenze viziate da errori di procedura (che fin dalla *Reformatio Referendariorum Signaturae Iustitiae* del 1° luglio 1562 furono ridotti alle tre nullità *ex tribus*: retro, n. 76) senza ulteriormente procedere alla decisione in merito ch'essa, per via di *commissio*, rinviava al tribunale competente. La *Signatura* in questo suo ufficio limitavasi così a controllare la regolarità puramente estrinseca dei processi, senza assumere in alcun modo il carattere di un organo posto per mantenere l'osservanza della legge sostanziale (51).

(51) Sulla Segnatura, cfr. oltre, n. 91.

Capitolo XIII

CENNO SUI TRIBUNALI SUPREMI IN ITALIA ED IN GERMANIA

Sommario: 87. Origine comune dei tribunali supremi. — 88. Ordinamento giudiziario del Piemonte. — 89. Altri tribunali supremi dell'Italia superiore. — 90. La *Consulta* in Toscana. — 91. La *Ruota* e la *Segnatura* a Roma. — 92. Il *Sacro Regio Consiglio* a Napoli. — 93. Funzione dei tribunali supremi. — 94. Si nega ogni somiglianza sostanziale di essi colla Corte di Cassazione. — 95. La terza istanza in Germania: il *Reichskammergericht*.

87. — Negli Stati dell'età intermedia, le cui costituzioni ignoravano quel principio della divisione dei poteri che doveva poi esser posto a base di ogni pubblico ordinamento dalla Rivoluzione francese, fu costantemente ammesso che, nei principati, il sovrano o, negli Stati retti a governo popolare, l'organo in cui risiedeva la sovranità politica, fosse anche investito del supremo potere giurisdizionale, in modo da esercitarlo a suo arbitrio a esclusione dei giudici inferiori, e da riservarsi in ogni caso l'ultima parola sulle decisioni prese dalle magistrature a lui sottoposte. A quel modo stesso che, nell'impero romano, culminò l'amministrazione della giustizia nei *sacra auditoria* (dietro, n. 35) e negli Stati barbarici costituì la *curia regis* l'estremo grado di ogni controversia (retro, n. 52), così nell'età intermedia, attraverso quell'istituto della *supplicatio* (retro, n. 70) che il diritto comune conservò con il costante carattere di una invocazione alla grazia del principe, la preclusione dei mezzi ordinarî di gravame non escluse di regola l'ultimo ricorso alla sovranità; e nei singoli Stati, specialmente in quelli dispotici, al disopra di ogni ordinaria giurisdizione funzionò come suprema istanza il principe ed il suo consiglio politico, la cui attività giurisdizionale, colla possibilità di un estremo ricorso volto al sovrano superiore alle leggi, venne ad imprimere a tutto l'ordinamento giudiziario il carattere di una « giustizia di gabinetto » aperta ad ogni arbitrio.

Seguire singolarmente nei diversi Stati italiani e germanici, dal periodo barbarico alle codificazioni, lo sviluppo degli istituti che corrispondono a questa diretta partecipazione del potere sovrano all'esercizio della giurisdizione, sarebbe fatica lunga e, in questa sede,

vana. Accennerò soltanto ad un fenomeno che costantemente si verifica in questo campo: che, cioè, mentre nel periodo primitivo dello Stato l'organo nel quale culmina la sovranità esercita direttamente la suprema giurisdizione (talchè, anche se, per la decisione di qualche controversia, chiama a consulto il consenso dei più alti dignitarî, questo non si trasforma in un organo giudiziario stabile), in seguito ha luogo un singolare processo di scissione, quasi direi di geminazione, per cui dal consiglio supremo del sovrano, sempre più spesso incaricato di decidere i ricorsi rivolti al principe in materia contenziosa, si stacca a poco a poco un vero e proprio organo giudiziario permanente, incaricato di esercitare stabilmente le prerogative giurisdizionali della sovranità. Quasi tutti i *tribunali supremi* che troviamo negli Stati dell'età intermedia debbono la loro nascita a questo processo di geminazione avvenuto nel consiglio politico del principe: e anche quando questi tribunali supremi giungono ad essere interamente separati dal consiglio che li ha originati, la loro derivazione si manifesta costantemente nella maggior estensione di poteri ch'essi hanno in confronto dei tribunali ordinarî, ai quali sono superiori non solo per grado, ma anche per ampiezza di attribuzioni. Senonchè bisogna notare che, mentre da una parte il sovrano, impossibilitato a decidere personalmente i ricorsi sempre più numerosi a lui diretti in materia contenziosa, delega questa funzione ad un tribunale permanente, che agisce così in sua rappresentanza, dall'altra il sovrano stesso si riserva sempre la facoltà di esercitare direttamente, quando gli aggradi, la sua potestà di giudice supremo e di controllare l'operato di quel tribunale permanente che giudica in nome suo: la istituzione dei tribunali supremi non segna dunque la fine della giustizia personalmente esercitata dal principe, ma produce in realtà l'aumento di un grado di giurisdizione, in quanto al disopra del tribunale supremo, che dovrebbe costituire per diritto l'ultima istanza di ogni controversia, seguita a funzionare la diretta cognizione del sovrano, al quale, come a fonte prima di ogni giustizia, è sempre ammissibile un ulteriore ricorso.

Una minuziosa indagine sugli organi nei quali durante l'età intermedia, culmina, in Italia o in Germania, l'ordinamento giudiziario, darebbe piena conferma a questo fenomeno da me accennato in linea generale: al solo scopo di illustrarlo con qualche esempio, e non di cercare, come altri vanamente fece (1), analogie puramente fantastiche colla nostra Corte di Cassazione, accennerò qui, colla maggior brevità possibile, ai più noti tribunali supremi che ebbero vita

(1) Cfr. ad es. GARGIULO, *Cassazione*, nn. 5-8.

nei diversi Stati italiani (2), notando insieme, ove sia opportuno, le forme più caratteristiche che assunsero in essi i mezzi per impugnare le sentenze.

88. — Merita anzitutto una menzione separata l'ordinamento giudiziario del Piemonte, per la palese efficacia che su di esso esercitarono le istituzioni francesi. Originariamente nel principato sabaudo gli ultimi appelli contro le sentenze di tutti i giudici inferiori venivano portati al sovrano che li decideva nella sua corte; ma dal 1355 Amedeo III deferì la funzione di suprema istanza ad un tribunale permanente detto *Consilium residens,* il quale ebbe l'ufficio di decidere inappellabilmente tutti i ricorsi che prima venivano direttamente conosciuti dal principe (3). L'inappellabilità di questo tribunale che decideva in nome del sovrano non escluse peraltro un ulteriore ricorso alla *Suprema generalis Audientia* presieduta dal principe, dinanzi alla quale Amedeo VIII, cogli Statuti del 1430, permise di portare *omnes causas supplicationis et nullitates a sententiis definitivis per consilium nostrum nobiscum residens latis* (4). Nè molto variò la sostanza di questo ricorso, quando il potere di decidere le liti in terzo ed ultimo grado passò dal *Consilium residens* nei *Senati,* tribunali supremi molto somiglianti ai Parlamenti francesi (5): contro le loro sentenze, infatti, si poteva proporre una supplica al sovrano nel Secreto Consiglio di Stato, allo scopo di ottenere la revisione della sentenza presso lo stesso Senato che aveva deciso, aumentato però di nuovi consiglieri aggiunti dal sovrano (6). Con più precise disposizioni fu regolata da un Editto di Carlo Emanuele del 23 novembre 1582 la materia del ricorso al principe contro le sentenze dei Senati, equiparate a quelle dei *Praefecti Praetorio* romani (7); sul modello delle ordinanze francesi (oltre, n. 100

---

(2) Per maggiori notizie, cfr. Pertile, *Storia,* VI, I, § 209; Ciccaglione, *Manuale di Storia del dir. italiano,* vol. II, n. 637.

(3) Dionisotti, *Magistratura piemontese,* vol. I, pag. 32-33 e 61.

(4) St. di Amedeo VIII, II, 167; cfr. Pertile, *Storia,* VI, 1ª, pag. 49, nota 61; Dionisotti, I, 62-63; Sclopis, *Storia della legislazione italiana,* II, pag. 269.

(5) Dionisotti, I, 78; Pertile, VI, 1, pag. 51; Stolfi, *Riforma della Corte di cassazione,* n. 5, D. La materia degli appelli, che dai primi giudici andavano al prefetto della provincia e da questo al Senato, fu regolata dagli Editti di Emanuele Filiberto del 17 genn. 1561, il testo dei quali cfr. in Sola, *Commentaria,* pag. 479 e segg.

(6) Citato Editto di Emanuele Filiberto, il cui testo completo si trova in Sola, *Comm.,* pag. 470-471; per le formalità ed i termini di questa supplica, cfr. Sola, Glosse XII-XVII a pag. 474-476; Dionisotti, *Magistr. piem.,* I, 108.

(7) Testo completo in Sola, pag. 631 e segg.

e segg.) si distinse questo ricorso in diversi tipi, cioè: *a*) « proposizion di errore in fatto » (corrispondente alla *proposition d'erreur* francese), *b*) « supplication civile » (corrispondente alla *requête civile* francese), esperimentabile quando la sentenza si basava su « cause, per le quali così non si sarebbe giudicato, quando fossero dal Senato state intese », *c*) « restitution in intiero », esperimentabile « per causa della minor età, o per l'assenza in servitio ». Il procedimento relativo a questi diversi tipi di ricorso, i quali, ammessi dal Consiglio di Stato, davan luogo ad una nuova causa dinanzi al Senato che aveva pronunciato la sentenza impugnata, corrisponde, perfino nei più sottili particolari, al procedimento francese, che esaminerò più avanti (n. 103-107); differenze si notano solo in relazione alla « restitution in intero » ed alla esclusione della supplica contro la « terza conforme » (8). Specialmente interessante in questa analogia che passa tra il diritto piemontese e il diritto francese è lo svolgimento che in Piemonte ebbe la « proposition d'errore » la quale, accanto agli altri due rimedî che ebbero carattere restitutorio, mirò invece ad ottenere, come in Francia, un riesame *ex eisdem actis* (9) della questione di fatto ed una correzione dei soli *errores in iudicando* relativi a tale questione (*revisio in facto*). La limitazione del ricorso per *error in iudicando* ai soli errori di fatto, giustificata dalla presunzione di infallibilità *in iure* che esisteva a favore di giudici sapienti come erano i Senatori (10), era però più apparente che sostanziale; anzitutto in pratica gli avvocati trovavano il modo di eluderla, facendo figurare come errori di fatto quelli che in realtà erano errori di diritto (11); in secondo luogo anche contro le sentenze dei Senati, e già prima delle R.R.C.C. del 1770, potevasi sperimentare la querela di nullità per tutti i motivi ammessi dal diritto comune e quindi anche per errore *contra ius*, il che produceva un riesame della questione di diritto (12); in terzo luogo finalmente il Sola insegna che anche come le sentenze dei Senati, con una special concessione del principe si poteva in Piemonte servirsi *remedio propositionis erroris in iure, si contra ius litigatoris iudicatum* (13).

---

(8) Cfr. Glosse in Sola, pag. 631-642.

(9) Sola, l. c., n. 45, pag. 639, in quanto nella pr. d'err. *de iudicis errore cognoscendum sit.*

(10) Sola, l. c., n. 20, pag. 636; cfr. per la Francia, oltre n. 104.

(11) Sola, l. c., n. 56, dà perfino un esempio pratico di questo modo artificioso di eludere la limitazione. Cfr. per la Francia, oltre, n. 104.

(12) Sola, l. c., n. 22 e segg.; Ab Ecclesia, *Observationes forenses, Obs.* CLXXII, pag. 262, n. 2 e segg.

(13) L. c., n. 28-29.

Le RR. CC. del 1770 semplificarono queste norme, e, tenendo fermo il sistema della terza istanza (14) che culminava nei Senati, contro le sentenze di questi tribunali supremi ammisero, escluso il caso di « tripla conforme » o di cause inferiori a lire duemila, una supplica per revisione al re (Lib. III, tit. XXVII, art. 1 e segg.) firmata da un avvocato e motivata su un errore di fatto o sul ritrovamento di nuove scritture; se la supplica era accolta venivano concesse al supplicante delle lettere di revisione (*ib.*, art. 10) in base alle quali la causa era introdotta per il riesame dinanzi lo stesso Senato che aveva deciso, ma a sezioni unite o con giudici aggiunti (*ib.*, art. 9). Della nullità per violazione di legge espressamente stabilita da queste RR. CC. si è già parlato (retro, n. 83).

Organi supremi di giustizia derivanti dall'organo investito della sovranità si ebbero anche in Sardegna, sotto la dominazione spagnola e in seguito, quando l'isola si associò alle sorti politiche del Piemonte (15).

89. — In tutti gli Stati dell'Italia superiore, fossero retti a principato o a repubblica, troviamo al vertice dell'ordinamento giudiziario organi che si somigliano tra loro.

A Milano, mentre prima del 1499 la suprema istanza spettava al Consiglio di giustizia ducale (16), fu in tale anno istituito un Senato, del quale le costituzioni milanesi del 1541 disciplinano le attribuzioni (17): questo Senato, residente in Milano, aveva *auctoritatem constitutiones principis confermandi infirmandi et tollendi ac concedendi quascumque dispensationes etiam contra statuta et constitutiones,*

---

(14) Dai giudici di prima istanza al Prefetto e da questo al Senato (*RR. CC.*, lib. III, tit. XXVI, art. 1); ma mentre il primo appello dava luogo ad una innovazione di tutto il giudizio (*ib.*, art. 13), il secondo, sugli stessi atti, produceva solo un riesame del giudicato (*ib.*, art. 14).

(15) Sotto la dominazione spagnola si ebbe il tribunale della *Corona compita* e poi, colla Pramm. 3 marzo 1573, quella della *Reale Udienza,* supremo giudice di tutta l'isola, presieduto dal vicerè; nelle cause superiori alle L. 1000 si poteva supplicare al re (Pertile, *Storia,* VI, I, pag. 48 e note). In seguito, quando nel 1718 la Sardegna fu annessa al Piemonte, ebbe il *Sacro Supremo Consiglio,* con sede in Torino, che oltre ad attribuzioni di carattere politico ebbe la funzione di una terza istanza giudiziaria (v. il discorso del senatore Musio in *Rendiconti del parl., Discussioni del Senato,* XI, Legisl., Sess. 1870-71, vol. unico, Firenze, 1871); cfr. Ciccaglione, *Manuale,* II, pag. 235.

(16) Pertile, VI, I, pag. 51, nota 66 ed ivi letteratura.

(17) *Constitutiones mediolanensis dominii,* cur. G. Verro (Mediolani, 1764), lib. I, c. 3; tale raccolta, iniziata per ordine di Francesco Sforza, fu ultimata sotto Carlo V e da esso promulgata il 27 agosto 1541.

ma aveva anche funzioni giurisdizionali di ultima istanza, e contro le sue sentenze non era ammesso reclamo alcuno, neppure per nullità, salvo la possibilità di *coram eodem senatu supplicare revisionemque petere, quae per senatum concedatur et per eundem senatum revideatur* (18). Il Senato fu così mantenuto finchè, caduta Milano sotto la dominazione austriaca, non fu anche in Lombardia attuata nel 1786 la riforma giuseppina, la quale, inspirata al diritto comune, non portò nel processo modificazioni sostanziali; per essa le decisioni in terza istanza vennero affidate al *Supremo tribunale di giustizia per tutta la Lombardia austriaca* (19), il quale doveva giudicare sulle revisioni e sulle querele di nullità interposte contro le sentenze di seconda istanza (20); la revisione, che non era ammessa contro la doppia conforme (Ord. giud., § 260), consisteva in un riesame in fatto e in diritto, mentre la querela per nullità « manifesta » (§ 262) dava luogo a cassazione della sentenza riconosciuta irregolare e a rinvio al giudice inferiore della cognignizione in merito, con condanna a carico di lui ai danni derivanti alle parti dalla nullità (§ 264) (21).

A Modena, secondo le Costituzioni del 1771 (22), contro la doppia conforme non si ammetteva più l'appello (Lib. I, tit. 27, art. 6) ma solo la revisione dinanzi al *Supremo Consiglio di Giustizia* (Lib. I, tit. I, art. 1 e segg.), il quale si divideva in due Aule: le *restitutiones in integrum ad appellandum* e le revisioni contro la doppia conforme si portavano all'Aula Civile (art. 23 e segg.), contro i cui decreti potevasi ricorrere all'adunanza plenaria del medesimo Supremo Consiglio (art. 37).

A Parma e Piacenza, secondo le Costituzioni del 1594 (23), era supremo tribunale di appello il *Consilium Iustitiae* (Rub. I *De consilio*), contro le cui sentenze non si poteva nè appellare nè dir di nullità (§ 22), ma solo, entro cinque giorni, chiedere al Principe un riesame della cau-

---

(18) *Const.* cit., loc. cit.

(19) *Grida* dell'11 febbraio 1786 (in PERONI, *Indice delle Leggi, degli Editti, Avvisi ed Organi pubblicati nello Stato di Milano dal 1765 al 1821*, Milano, 1821, v. *Tribunali*).

(20) *Ordine giudiziario generale* emanato da Giuseppe II il 1° maggio 1781, in *Codice, ossia collezione sistematica di tutte le Leggi ed Ordinanze emanate sotto il regno di S. M. I. Giuseppe II* (vol. IV, Milano, 1787), cap. XXV, §§ 252-267.

(21) Sull'ord. giud. milanese cfr. anche PESCETTO, *Temi di riforma giuridica*, pag. 85.

(22) *Codice di Leggi e Costituzioni per gli Stati di Sua altezza serenissima*, in Modena, 1771, lib. I.

(23) *Constitutiones Placentiae et Parmae* (Placentiae, 1595).

sa: egli affidava la controversia *ipsi consilio revidendam, ex noviter etiam deducendis,... addito uno etiam vel pluribus iurisconsultis;* se il supplicante soccombeva, pagava le spese raddoppiate (§ 23).

A Genova in ogni causa era aperta come un rimedio estremo la supplica al Senato, nel quale era concretata la sovranità politica (24).

Anche a Venezia, in origine, la suprema decisione di tutte le cause spettava al Doge (25); in seguito però la giurisdizione in ultima istanza spettò alle *Quarantie,* tribunali ampiamente collegiali che per le materie civili furono due (*Civil vecchia* e *Civil nova*) accanto alla unica *Quarantia criminale* per le materie penali (26). Alla speciale forma che aveva l'appello nel diritto veneto, ove portava non ad una riforma, ma solo al *taglio* o al *laudo* della sentenza appellata, si è già accennato (retro, n. 69) (27).

90. — Un esempio tipico dell'intervento del potere politico nella giustizia si ebbe in Toscana. Ivi, mentre secondo l'ordinamento statutario gli appelli andavano, limitati dal principio della doppia conforme, al *Capitaneus populi* e al Potestà (28), dai primi del secolo XVI fu tribunale di prime e di seconde appellazioni il Consiglio di Giustizia, volgarmente detto il Tribunale della Ruota (29), che fu conservato anche sotto il principato dai Medici e poi dai Lorena (30). Ma, al disopra di esso,

---

(24) St. Genova, lib. I, cap. I, rub. *de decretis a Senatu impetrandis.* Cfr. Dionisotti, *Storia,* II, pag. 21.

(25) Pertile, *Storia,* VI, 1ª, pag. 54, nota 81.

(26) Per notizie più precise sull'origine delle *Quarantie* cfr. Sclopis, *Storia,* II, pagg. 223 e segg.; Pertile, VI, I, pag. 54 e II, pag. 277 e la letteratura storica citata nelle note; Ferro, *Dizionario* cit., v. « Quarantia »; Mortara, *Appello civile,* n. 190; Gargiulo, *Cassazione,* n. 6; Poggi, *Giudice unico,* nn. 86-87; Giussani, *Precursori* cit., §§ 18-19; Ciccaglione, *Manuale,* II, 235.

(27) Sul modo con cui funzionavano le *Quarantie,* cfr. Argelati, *Pratica,* pag. 86, sul *Consiglio di XL di Civil Vecchio;* Stolfi, *Riforma della Corte di cass.,* n. 5 B.

(28) *Statuta populi et communis Florentiae publica auctoritate collecta castigata et praeposita anno MCCCCXV* (Friburgo, 1778), lib. II, rub. 127 (disposizioni poi cadute in desuetudine): cfr. Salvetti, *Antiquitates florentinae,* 1777, *ad II Vol. dissertatio,* § III. Sull'ord. giud. toscano in generale, cfr. Poggi, *Giudice unico,* n. 79 e segg.

(29) Sulle origini di questo tribunale, creato con Provvigione del 15 apr. 1502, v. Cantini, *Legislazione toscana raccolta ed illustrata* (Firenze, 1800), vol. I, pag. 44 e segg.: Paolini, *Prospetto storico,* pag. 299.

(30) I giudizî della Ruota avevano luogo con un numero diverso di giudici secondo il grado della causa: per il funzionamento di questo tribunale si cfr. *Provv.,* 15 aprile 1502 (Cantini, I, 38); 26 agosto 1541 (Cantini, I, 198); 31 maggio 1542 (Cantini, I, 205); 1° sett. 1678 (Cantini, XIX, 96); Regolamento dei

quando si affermò in Firenze la dominazione medicea, il principe, attorniato da un consiglio politico detto *Pratica segreta,* istituì un funzionario detto *Auditor di Camera,* che ebbe in apparenza la funzione di accogliere le suppliche dei privati in materia contenziosa, ma che servì in realtà a esercitare l'arbitraria ingerenza del principe nella giustizia (31). Nel 1600 l'Auditor di Camera fu trasformato da Ferdinando I in un organo collegiale detto *Consulta,* il quale doveva esaminare le suppliche dirette al principe in materia civile e criminale, proporre dispense in via di grazia dalla osservanza delle leggi, correzioni di leggi vigenti o leggi nuove, risoluzioni in base all'equità dei casi non regolati da norme positive (32); quest'organo supremo, che ebbe in origine e mantenne in seguito (33) una funzione puramente consultiva per facilitare al principe l'esercizio della giurisdizione, ebbe aumentati i suoi poteri dalla riforma del 30 dicembre 1771, per la quale alla Consulta si portarono i reclami contro le sentenze di loro natura inappellabili (34) e le domande di restituzione nei termini (35); e fu trasformata in un vero tribunale quando, abolita col 5 aprile 1784 la Pratica segreta (36), le attribuzioni di questa furono trasmesse alla Consulta. Anche il tribunale della Consulta fu in seguito abolito da Pietro Leopoldo, che vedeva in esso un'arbitraria espressione della giustizia di gabinetto (37), e la

---

Tribunali emanato da Pietro Leopoldo il 30 dic. 1771, § 24 (CANTINI, XXX, 210; si cfr. anche PAOLINI, op. cit., cap. 37). Per quest'ultima riforma, quando contro una sentenza di un giudice inferiore veniva proposta la nullità o la restituzione in integro (§ 22), la Ruota si limitava a fare sul reclamo una relazione che veniva inviata al giudice *a quo*: questi doveva decidere *in tutto e per tutto in conformità della medesima,* § 24. Cfr. CANTINI, XXX, 201; cfr. anche MORTARA, *Appello civile,* n. 184.

(31) ZOBI, *Storia civile della Toscana,* vol. I, 93; PAOLINI, pag. 320. Le suppliche, che si rivolgevano al principe per evitar la cosa giudicata, davano luogo, se accolte, a un nuovo giudizio presso un giudice delegato dal sovrano. Cfr. l'Informazione fatta a Cosimo I da Francesco Vinta nel febbraio 1560, § 16, in CANTINI, IV, 145; e per le suppliche anteriori alla sentenza il Decreto 1° novembre 1561 (*ib.,* 227).

(32) ZOBI, *Storia,* I, 94; PAOLINI, 321.

(33) *Motuproprio* di Francesco III del 25 aprile 1739 (in CANTINI, XXIV, 168 e 170), id. 10 luglio 1739 relativo a Pistoia, specialmente § 10 e § 11, che ammettono il ricorso straordinario al principe contro la doppia conforme (CANTINI, XXIV, 196).

(34) CANTINI, XXX, 197 (§ 7).

(35) *Ib.,* §§ 12-15.

(36) *Bandi e ordini del Granducato di Toscana,* XII, n. 15.

(37) Legge 23 sett. 1788, *Bandi,* XIII, n. 190: cfr. PAOLINI, *Prospetto storico,* 322; ZOBI, *Storia,* II, pag. 446. Si veda con quanto ardore Pietro Leopoldo protestava contro le arbitrarie intromissioni del sovrano nelle decisioni private in

supplica al principe, conservata soltanto contro le sentenze inappellabili dei giudici delegati, fu sostituita in tutti gli altri casi da una domanda di restituzione allo stesso giudice che aveva deciso, limitata, per la doppia conforme, alla sola esibizione di « nuovi documenti di puro fatto, i quali rendessero manifestamente erronee le due conformi » (legge 23 settembre 1788, §§ IV e V). In seguito però, con decreto 5 novembre 1793 (38), la Consulta fu ripristinata colle antiche attribuzioni (39), e fu in questo decreto definita come quella *suprema Magistratura, che collocata presso il trono ha il geloso incarico di contenere dentro i limiti del proprio dovere e nel sentiero segnato dalle leggi tutti gli altri giudici e tribunali.* Sembra, in queste parole, di sentire un'eco di quelle discussioni che avevano luogo all'Assemblea nazionale sull'istituzione del Tribunale di cassazione: la rivoluzione, anche in Toscana, batteva alle porte.

91. — Nello Stato romano, quando sulle istituzioni processuali cittadine regolate dal diritto statutario prevalsero le istituzioni ecclesiastiche regolate dal diritto pontificio (40), l'ordinamento giudiziario, inspirato al principio della *tripla conforme* (41), culminò nei due tribunali supremi della *Sacra Ruota* e della *Segnatura,* ambedue derivati dallo esercizio della giurisdizione spettante in ultima istanza al Sovrano pontefice.

Gianni, *Memorie sulla costituzione di governo immaginata dal Granduca P. Leopoldo.*

(38) Cfr. Zobi, II, 448-9; *Bandi* cit., XV, n. 154.

(39) Cit. decreto 5 nov. 1793: doveva accogliere *i ricorsi dai decreti e sentenze civili e criminali di qualunque magistrato o giudice ancorchè specialmente delegato, allorchè manchi ogni altro rimedio ordinario ed ove le leggi provvedono col solo mezzo del ricorso al principe...;* esaminare la fondatezza dei ricorsi, respingendoli a voti concordi o proponendone al sovrano le ragioni di accoglimento; proporre correzioni alle leggi.

(40) Sulla genesi del processo nello Stato romano e sui suoi fattori, cfr. la bella monografia del Menestrina, *Il processo civile nello Stato Pontificio,* pag. 149 e segg., specialmente la Introduzione; anche Poggi, *Giudice unico,* n. 66 e segg.

(41) Mentre, secondo il diritto statutario romano, era proibito l'appello contro la doppia conforme (Menestrina, pag. 309, nota 1; Pertile, *Storia,* VI, II, 299 e nota 155), il diritto pontificio vietava l'appello solo quando si fossero raggiunte tre sentenze conformi. Simile antitesi è notata anche dagli scrittori del dir. comune, come il De Luca, *Theatrum,* II, disc. 37, n. 11; ... *statutum Urbis, per quod duabus conformibus illa tribuitur vis vel operatio quae per ius commune tribus concessa est;* cfr. lo stesso scrittore in *Theatrum,* XV, parte 1ª, disc. 37, n. 67 e *Dottor volgare,* XV, parte 1ª, lib. XXI, nn. 20 e 21. Il divieto dell'appello contro la tripla conforme valse anche per la querela di nullità, in virtù della *Clem. de sent.,* II, 11; cfr. Linde, *Handbuch,* I, § 7; Wetzell, *System,* pag. 706.

La *Sacra Ruota,* staccatasi a poco a poco a poco dal Consiglio che assisteva il Pontefice nella risoluzione delle controversie a lui deferite in ultimo grado (47), oltrechè giudice di primo grado, per accordo delle parti o per *commissio,* fu per eccellenza il tribunale di appello nelle cause di maggior importanza (*cause rotali*); ed acquistò come tale, in forza specialmente del procedimento che in essa si seguiva per giungere alla sentenza definitiva attraverso gli opinamenti (*decisiones*) preparatorî, una grande autorità (oltre, n. 94) (43).

Mentre la *Sacra Ruota* si staccò nel periodo del suo massimo sviluppo dalla persona del Pontefice, restò invece a rappresentare « l'autorità moderatrice del Sommo Pontefice, in cui nome e vece sono prese le singole deliberazioni » (44) il tribunale della *Segnatura,* così nominato dalla firma (*signatura*) che il Papa usava apporre agli atti da esso emanati: questo supremo consesso, originariamente unico, fu poi nel 1491 diviso in due sezioni, la *Signatura Gratiae* e la *Signatura Iustitiae,* alla quale ultima spettavano le materie giurisdizionali (45). Le funzioni della *Signatura Iustitiae* erano di varia natura e si possono raggruppare in tre classi. Anzitutto spettava alla Segnatura di concedere l'appello contro una sentenza inappellabile (o perchè l'appello era vietato per materia o valore, o perchè si era già raggiunta la tripla conforme), quando il ricorrente ne dimostrasse la ingiustizia (46): il tribunale della Segnatura limitavasi a deliberare la sentenza contro cui si ricorreva, « non per decidere sul merito delle cause, ma per conoscerlo e quindi regolarsi per concedere o negare le appellazioni » (47) e, se riteneva opportuno concederle, emetteva un rescritto di rinvio (*commissio*) con cui affidava la nuova trattazione della causa a un giudice inferiore (che, nelle cause superiori a 500 scudi, era la Ruota), tracciando in certi casi la via che questi doveva seguire nel nuovo processo e limitandone in qualche modo i poteri (48). Seconda attribuzione della Segna-

---

(42) Sull'origine e sulla storia della Ruota romana, cfr. De Luca, *Theatrum,* XV, disc. XXXII della parte II, nn. 3-4; *Dottor volgare,* lib. XV, parte III, cap. 29; Menestrina, *Proc. civ. nello St. pontificio,* pag. 169 e segg.; Pertile, *Storia,* VI, 1ª, pag. 40 e segg.

(43) V. analizzato il procedimento seguìto dalla Ruota da Menestrina, l. c. e da Rosshirt, *Rota romana;* Cfr. anche Mortara, *Appello civile,* n. 187.

(44) Menestrina, pag. 176.

(45) Sul tr. della Segnatura cfr. De Luca, *Theatrum,* XV, II, disc. XXX; Anonimo, *Pratica della Curia romana,* II, n. 196 e segg.; Pertile, *Storia,* VI, 1ª, pag. 43; Gargiulo, *Cassazione,* n. 7; Giussani, *Precursori,* §§ 20-23.

(46) De Luca, *Dottor volgare,* XV, parte I, cap. XXI, n. 21; *Pratica,* pag. 158.

(47) *Pratica,* 158; *Dottor volgare,* XV, I, c. XXVIII, n. 4 e 12-13; Menestrina, pag. 176.

(48) Cfr. *Dottor volgare,* XV, III, XXIII, 15; *Pratica,* pag. 175; *Theatrum,* XV, parte II, XXI, n. 27 ed ivi le diverse forme di *commissiones.*

tura era quella, cui si è già accennato (retro, n. 86), di *circoscrivere*, ossia annullare, le sentenze viziate da difetti processuali *ex tribus* (49) e di decidere le cause di competenza (50). In terzo luogo la Segnatura aveva una funzione restitutoria nei casi in cui il diritto comune ammetteva la *restitutio in integrum;* in tale ipotesi essa revocava il primo giudizio e rinviava la trattazione allo stesso giudice, *ad eundem ut iterum audiat* (51).

Da queste attribuzioni della *Signatura Iustitiae* appar chiara la sua natura fondamentale: essa era l'espressione di quel diritto di sorveglianza che al sovrano, come a supremo giudice, spetta su tutta l'amministrazione della giustizia; meglio che un tribunale essa era un organo di inspezione sovrana sull'ordinamento giudiziario: « questo tribunale non fa figura di giudice, ma di principe in nome del quale si segnano le commissioni », scrive infatti il De Luca (52). Dell'osservanza delle leggi sostanziali la Segnatura non si curava: essa era istituita soltanto « per vigilare e mantenere l'osservanza delle norme fondamentali *dei giudizi* » (53).

92. — A Napoli, dalla fusione di due tribunali supremi, la Corte del Gran Giustiziere e la Corte Vicaria, sorti in tempi diversi, ma ambedue originati dalla giurisdizione del sovrano, nacque il tribunale della *Magna Curia Vicariae*, per giudicare in ultima istanza sulle cause di tutto lo Stato (54). Quantunque le sentenze della *M.C.V.* fossero inappellabili, restò l'uso di ricorrere contro di esse per mezzo di supplica al sovrano: e per disciplinare quest'uso, gli Aragonesi crearono circa alla metà del secolo XV un nuovo organo giudiziario supremo, detto il *Sacro Regio Consiglio*, che, insieme ad altre funzioni, ebbe quella di giudicare in terza istanza le cause di maggior valore decise dalla *Magna Curia Vicariae* (55). Contro le senten-

---

(49) *Dottor volgare*, XV, 1, n. 9; *Theatrum*, XV, I, disc. XXXVIII, n. 22.

(50) *Pratica*, pag. 158-159; De Luca, *Theatrum*, II, XXXII, nn. 48-49.

(51) *Pratica*, pag. 175; Ridolphini, *Praxis*, parte II, XIV, n. 208.

(52) *Dottor volgare*, XV, 1ª, XXVIII, 12-13.

(53) Pisanelli, *Cassazione*, pag. 20.

(54) Sulle origini della *M. C. Vicariae*, cfr. Pertile, *Storia*, VI, 1ª, pag. 45; Giannone, *Istoria civile del regno di Napoli*, libro XX, cap. 6; Grimaldi, *Istoria delle leggi e magistrati del regno di Napoli*, libro XI (vol. II, pag. 449) e XVIII (vol. IV, pag. 9); D'Avossa, *La formazione della cosa giudicata nella Sicilia continentale*, pag. 22; Poggi, *Giudice unico*, n. 72 e segg.; Ciccaglione, *Manuale*, II, 234.

(55) Pertile, *Storia*, VI, 1, pag. 45; Capone, *Discorso sulla storia delle leggi patrie*, vol. I, § 129, pag. 276; Giannone, *Istoria*, loc. cit.; Grimaldi, *Istoria*, XX, n. 129 (vol. IV, pag. 503 e segg.); D'Avossa, *Cosa giud.*, pag. 23-24; Nico-

ze del Sacro Regio Consiglio, che, come il suo nome dimostra, giudicava in rappresentanza del sovrano, si poteva esperimentare, salvo il caso della doppia conforme (56), la *reclamatio* (57) allo stesso tribunale, la quale dava luogo ad un nuovo giudizio con ammissione di nuove deduzioni (58); ma si poteva anche esperimentare contro di esse la *restitutio in integrum* (59) e la *querela nullitatis*. Quest'ultimo rimedio, che, all'origine del S. R. C., non era dato contro le sue sentenze (60), fu poi permesso anche contro di esse, pur con quelle limitazioni alle quali fu sottoposta in Napoli la querela di nullità e delle quali già si è veduta la più importante (retro, n. 85); anzi, a quelle disposizioni di carattere generale, intese a limitare la querela di nullità contro le sentenze di qualunque giudice (61), altre ne furono ag-

---

LINI, *Questioni di diritto*, vol. I, *Delle attribuzioni della Corte Suprema di giustizia*, n. 12; GIUSSANI, *Precursori*, §§ 24-26.

(56) CAPONE, I, 280; STOLFI, *Riforma della Corte di cass.*, n. 5 *A* ed ivi letteratura. Sul principio della doppia conforme accolto dal diritto napoletano, GALLUPPI, *Praxis*, III, c. IV, n. 4 e seg.

(57) Questo rimedio era già ammesso nella *Pramm., I, de Off. S. R. C.* che istituì questo tribunale: cfr. GRIMALDI, XX, n. 129 (vol. IV, pag. 504); ROVITO, *Luculenta commentaria*, pag. 552 e segg.: e fu disciplinato da leggi 26 febbraio 1533 (*Pramm.*, XLI, *de Off. S. R. C.*; cfr. GRIMALDI, XXVI, n. 92, vol. VI; ROVITO, pag. 574; ALTIMARO, *Pragmat.*, III, 1063), 20 gennaio 1545 (*Pramm., V, de Off., S. R. C.*, in GRIMALDI, l. c. e ROVITO, 566; ALTIMARO, III, 1043) e posteriori, riunite da ALTIMARO, vol. III, pag. 1040 e segg. e dal CYRILLI, in *Codicis legum neap. libri XII* (Napoli, 1789), lib. IV, tit. XXIX, vol. I, pag. 299.

(58) ROVITO, pag. 535.

(59) GALLUPPI, *Praxis*, parte III, c. V; ROVITO, *Comm.*, pag. 460; DE LUCA (C. A.), *Praxis*, LXX, n. 6; sui reclami ammessi contro le sentenze del S. R. C. nei tempi più tardi, cfr. CYRILLI, 1, pag. 47, e sui mezzi di impugnare le sentenze nel diritto napoletano in generale, il citato studio (di assai scarso valore!) del D'AVOSSA, pag. 38 e segg.

(60) GRIMALDI, XX, n. 129; MUSCATELLI, *Praxis*, Glossa 1ª, rub. *sententia*, n. 119; rub. *nullitatis*, n. 49.

(61) Oltre quella della *Pramm.*, IV, *de dilat.*, § 30 dell'11 maggio 1612 (retro, n. 85), relativa alle nullità *ex capite notoriae iniustitiae*, si stabilì che la nullità non potesse farsi valere contro la doppia conforme o per atti precedenti alla sentenza (*Pramm.*, IV, *de dilat.* cit., § 17, cfr. ALTIMARO, I, 302; 21 luglio 1728, § 5; Cfr. CYRILLI, lib. IV, tit. XXVIII, vol. I, pag. 295). Vi erano poi pene personali contro i procuratori che proponessero nullità infondate (*Pramm.*, I, *de procur.*, 31 maggio 1574, in GRIMALDI, XXX, n. 255, vol. 248), e quando si trattava di nullità *ex capite notoriae iniustitiae*, occorreva che la querela fosse firmata da un avvocato dottore in legge (*Pramm.*, IV e V, *de dilationibus*, in GRIMALDI, XXXII, n. 85; ALTIMARO, I, 300 e segg.; cfr. anche PRATO, *Additio* al MUSCATELLI, Glossa *Nullitatis*). Nonostante tante limitazioni le querele di nullità erano a Napoli così frequenti da costituire un vero flagello: cfr. C. A. DE LUCA, *Praxis*, LXX, nn. 1 e 2.

giunte per limitare la querela di nullità contro le sentenze del S.R.C., quale l'obbligo per il querelante di un deposito preventivo che andava allo Stato in caso di rigetto (62) e l'assegnazione di più ristretti termini (63).

Decaduto nel periodo dei Vicerè per lo sviluppo dato al *Consiglio collaterale* (64), il Sacro Regio Consiglio riacquistò i suoi poteri originari sotto i Borboni (65); ma, com'esso era sorto per decidere sui ricorsi contro le sentenze della *M. C. Vicariae,* così al disopra di esso, diviso ora in quattro Ruote, sorse un collegio formato dai quattro Capiruota e dal presidente, che fu detto la *Regal Camera di S. Chiara.* Questo supremo consesso, che circondava come consiglio politico il sovrano, ebbe, accanto alla funzione di decidere sulle suppliche indirizzate al principe (66), quella di risolvere i conflitti di competenza fra i tribunali inferiori (67) e le cause di suspicione contro i giudici (68). Un istituto notevole relativo a questo consesso fu quello introdotto dalla *Pramm.* del 1738 (69), la quale stabilì che quattro volte all'anno si dovessero riunire le quattro Ruote del S. R. C. per discutere le questioni di diritto intorno alle quali fossero sorti dei dubbî, e che di tali discussioni i quattro Capiruota riferissero al sovrano.

Istituti simili a quelli esistenti in Napoli si ebbero in Sicilia, pur con nomi e forme estrinseche differenti (70).

---

(62) *Pr.*, IV, *de dilationibus,* § 16 cit.: cfr. GRIMALDI, vol. IX, 319; GALLUPPI, *Praxis,* III, cap. VI, n. 12; ALTIMARO, I, 302: dal deposito potevano essere esentati i miserabili, ricorrendo a tale scopo alla Camera di S. Chiara con una supplica di cui C. A. DE LUCA, LXX, n. 8 dà un modello; il deposito si perdeva anche per rinuncia alla querela (*Pr.* VIII, *de dilat.*, n. 3, 25 maggio 1666 in GRIMALDI, XXXVIII, n. 157, vol. XI, pag. 113; ALTIMARO, I, 306).

(63) *Pramm.* VIII e IX, *de dilat.*, 25 maggio e 12 ottobre 1666, in GRIMALDI, XXXVIII, n. 157, vol. XI, pag. 113-116; ALTIMARO, I, 306 e segg.

(64) Sul quale SANFELICE, *Praxis iudiciaria,* pag. 6.

(65) *Pramm.*, 8 giugno 1765, in GRIMALDI, XLI, n. 20, vol. XII, pag. 9 e in CYRILLI, vol. 1°, pag. 30.

(66) *Pramm.*, 8 giugno 1735, § 5, in CYRILLI, I, pag. 33; NICOLINI, *Questioni,* I, pag. 15.

(67) Lettere regie, 12 agosto 1752, in CYRILLI, I, pag. 33.

(68) NICOLINI, pag. 52.

(69) Nel § 3, n. 1; CYRILLI, I, pag. 49; NICOLINI, *Questioni,* I, 26; *Pramm.*, 26 novembre 1776.

(70) Sulla Corte del Gran Giustiziere in Sicilia e sul Consiglio formato nel 1559 per decidere sulle suppliche, cfr. PERTILE, *Storia,* VI, 1ª, pag. 47-48; e sui mezzi per impugnare le sentenze nel diritto siciliano, che sono in genere quelli del dir. comune, cfr. GENUARDI, *La procedura civile in Sicilia,* cap. VII.

93. — Da queste rapide notizie date sommariamente sui più importanti e più celebri fra i tribunali supremi degli antichi Stati italiani, appar chiaro il fondamento essenziale che sta a base di tutti quanti; essi, in varietà di forme, sono infatti in sostanza la identica espressione, più o meno immediata, di quel potere di giurisdizione estrema che nel periodo intermedio fu ovunque riconosciuto al sovrano: e, come tali, essi sono organi giudiziarî, fondati e funzionanti per obbedire allo stesso interesse, in contemplazione del quale sono istituiti tutti i tribunali, all'interesse, cioè, di render giustizia ai privati. Il potere sovrano, nel quale, negli Stati dispotici, si concentrano i poteri pubblici di ogni natura, agisce in questi tribunali supremi in qualità di giudice: ma, appunto perchè il sommo potere giurisdizionale si trova nel sovrano unito e commisto con altri poteri diversi dalla giurisdizione (per es., il potere legislativo), accade che l'attività giurisdizionale di questi organi supremi, pur essendo fondamentalmente simile a quella di tutti gli altri tribunali, si altera e si amplia in forza della onnipotenza della sovranità, fino a esorbitare dall'attività strettamente giudiziaria. Accade così che questi tribunali supremi, quantunque il loro ufficio immediato sia quello di applicare le leggi ai casi concreti, si avvicinano talvolta ad avere un potere quasi legislativo, in quanto hanno facoltà di decidere allontanandosi dalla legge e seguendo i dettami dell'equità, come accadeva nei giudizî dinanzi alla *Curia regis* degli Stati barbarici (retro, n. 52): questo si manifesta in modo palese quando il supremo tribunale è costituito dal consiglio politico del principe, il quale, intervenendo direttamente nelle decisioni, agisce a suo arbitrio come legislatore là dove dovrebbe agire soltanto come giudice (cfr. la *Consulta* toscana: retro, n. 90); ma, anche in quei tribunali che già si sono staccati dalla persona del sovrano e funzionano come organi autonomi, restano spesso traccie di questa originaria cumulazione di poteri, le quali si manifestano specialmente nel la grande autorità che viene attribuita alle decisioni di questi supremi consessi giudiziari (oltre, n. 94).

A parte questo *plus* di poteri derivante dalla causa suddetta, i tribunali supremi mirano, come ho già notato, allo scopo comune di tutti i giudizî: ad amministrar la giustizia nelle controversie dei privati. Il sovrano, attraverso questi organi posti al vertice dell'ordinamento giudiziario, provvede a che la giustizia sia resa nel miglior modo possibile; e, a tale scopo, ai tribunali supremi è data facoltà di giudicare sul merito delle cause che vengono ad essi deferite, in fatto ed in diritto, al fine di decidere la controversia nella maniera più giusta possibile. Può darsi anche, come avveniva per esempio in Roma nella *Signatura Iustitiae* (retro, n. 91), che in questi tribunali supremi sia con-

centrato un potere di sorveglianza sull'andamento esteriore dell'organismo giudiziario, sulla retta osservanza delle forme processuali, e, in corrispondenza, un potere di annullare gli atti irregolari dei giudici inferiori (cfr. retro, n. 86); ma questo potere di sorveglianza e questo potere di annullamento cooperano anch'essi alla retta amministrazione della giustizia, e tendono unicamente ad impedire che l'irregolare funzionamento della macchina giudiziaria dia resultati non corrispondenti al giusto interesse dei privati.

In altre parole, mentre abbiamo già veduto (retro, n. 80 e segg.) che anche nel diritto intermedio si ebbero traccie di istituti destinati a vietare che i giudici invadessero il campo del legislatore, di istituti, cioè, che trassero la loro ragione di esistenza da un possibile conflitto tra la legge e la giurisdizione, nessun conflitto di questa natura sta a base dei tribunali supremi che son posti al vertice dei singoli Stati italiani. Il sovrano non istituisce questi organi di ultima istanza per salvaguardare le proprie prerogative di legislatore, per difendere un suo potere sovrano messo in pericolo dai giudici; sibbene li istituisce per cooperare insieme coi giudici inferiori alla retta giustizia, per aiutare e integrare l'esercizio della giurisdizione e non per contrastarlo. Nei tribunali supremi il potere sovrano agisce in funzione di giudice, non in funzione di legislatore: mira, pel tramite loro, a esercitare il suo diritto di decidere in ultima istanza tutte le controversie, non a difendere l'altro suo diritto di porre leggi obbligatorie per tutti i giudici. I tribunali supremi sono dunque, in generale, organi di giustizia, non organi di nomofilachia.

94. — Dal principio generale che i tribunali supremi degli Stati italiani non derivarono da un conflitto tra la legge e i giudici, appare senz'altro dimostrata la inutilità di ricercare in essi le origini della Corte di Cassazione attuale, la cui sostanziale ragion d'essere fu appunto, come a suo tempo si vedrà, la lotta tra il potere legislativo del sovrano e il potere giudiziario dei Parlamenti (oltre, n. 108 e segg.). Se, nel diritto intermedio italiano, si vuole, per amore delle analogie, trovare qualche istituto che rassomigli sostanzialmente all'attuale Corte di Cassazione, bisogna necessariamente fermarsi a quelle istituzioni dell'età municipale (retro, n. 78 e seg.) sorte allo scopo di mantenere nei giudizî la retta osservanza della legge; ma i tribunali supremi non rispondono in nessun modo a questo fine, e gli ingegnosi raffronti che sono stati fatti da qualche scrittore per dimostrare che da essi comincia la storia della Cassazione, se da una parte depongono a favore del... patriottismo di chi li ha fatti, dimostrano dall'altra a quali erronei resultati può condurre nell'indagine storica il nazionalismo scientifico.

Tra i diversi tribunali supremi che ebbero vita negli Stati italiani dell'età intermedia, quelli che principalmente hanno dato materia ai paragoni colla Corte di Cassazione, sono stati il Sacro Regio Consiglio di Napoli e la Segnatura pontificia.

Per ciò che attiene al Sacro Regio Consiglio, l'analogia colla Corte di Cassazione viene affermata principalmente in base a un grossolano errore sul significato della *Pramm.* 11 maggio 1612 (retro, n. 85), la quale, come si sa, limitava a due soli motivi la querela di nullità *ex capite notoriae iniustitiae* contro qualunque sentenza: ora, dal fatto che anche le sentenze del S. R. C., come quelle di ogni altro tribunale, potevano esser attaccate per nullità solo nei limiti della Prammatica suddetta, afferma il GARGIULO (71) che questo tribunale supremo « fu investito della giurisdizione di annullare le sentenze per errore di diritto », mentre, come si è visto (retro n. 92), il S.R.C. era un tribunale di terza istanza che giudicava senza limitazioni in diritto e in fatto!

Inconcludenti del pari sono le argomentazioni portate dal NICOLINI, il quale, in un discorso tenuto nel 1812 all'inaugurazione della Suprema Corte di Giustizia di Napoli, si sforza di dimostrare le origini napoletane della Corte di Cassazione (72): se egli infatti nota (73) che anche per le introduzioni di suppliche al S.R.C. dovevano osservarsi formalità simili a quelle introdotte in Francia per il ricorso in cassazione (come la firma di un avvocato e il preventivo deposito di una multa: retro, n. 92 e note) o se nella Regal Camera di S. Chiara fondata dai Borboni scorge (74) cumulate funzioni che oggi spettano accessoriamente alla Corte di Cassazione (come la risoluzione dei conflitti di competenza), non dimostra però che gli istituti napoletani fossero istituti fondamentalmente per tutelare la osservanza della legge di fronte ai giudici, nè che in Napoli fosse neppure avvertito il conflitto che, al disopra dell'interesse dei privati alla giustizia, può sorgere tra il potere giudiziario e il potere legislativo. Analogie esteriori, dunque, non analogie di sostanza: unica somiglianza sostanziale col ricorso per cassazione può se mai riconoscersi, sebbene in materia penale, in quello appello al sovrano per nullità insanabili di rito o per manifesta violazione di legge che il NICOLINI (75) afferma istituito sotto i Borboni a

---

(71) *Cassazione*, n. 5.

(72) Il discorso, già più volte citato, è riportato nel vol. I delle *Questioni di diritto*.

(73) Cfr. il discorso cit., nn. 7 e segg., spec. n. 15.

(74) Discorso cit., n. 13 . Cfr. anche GIUSSANI, *Precursori*, pag. 39.

(75) *Discorso*, nn. 13-14: D'AVOSSA, *Cosa giudicata*, pag. 49; GIUSSANI, *Precursori*, 38-39.

favore dell'accusatore e dell'avvocato fiscale, e che dava luogo a una decisione della Camera di S. Chiara e, in caso di accoglimento, al rinvio della causa ad un altro tribunale (76).

Maggiori punti di contatto si hanno tra l'attuale Corte di Cassazione e la *Signatura Justitiae* dello Stato pontificio, che alcuno ha affermato somiglianti « come due goccie d'acqua » (77); anche la Segnatura, infatti come la Corte di Cassazione, aveva una funzione di controllo negativo, e non si spingeva mai a decidere definitivamente sul merito delle controversie, limitandosi a sorvegliare la regolarità delle procedure. Senonchè, mentre indubbiamente la funzione che aveva la Segnatura corrisponde ad una funzione che ha oggi la corte di Cassazione, questa ha però oggi in più una funzione assai più importante, assolutamente estranea alla Segnatura romana; vedremo infatti nella Parte teorica che due sono le attribuzioni della Corte di Cassazione attuale, cioè, da una parte, quella di mantenere l'osservanza e l'unità del diritto sostanziale, impedendo la violazione o falsa applicazione di legge (*errores in iudicando*), dall'altra quella di mantenere la regolarità dei giudizî, annullando i processi non svoltisi secondo il rito (*errores in procedendo*): ora, mentre la Segnatura fu destinata a *circoscrivere* le sentenze processualmente irregolari, e in questo può paragonarsi alla Cassazione, non fu in alcun modo istituita (anteriormente alle riforme del secolo XIX, suggerite in parte da influssi francesi) per mantenere l'osservanza del diritto sostanziale nè per impedire che nell'applicare il diritto al fatto i giudici violassero la legge. Fu dunque totalmente estraneo alla Segnatura quello scopo che è invece caratteristico e distintivo della Corte di Cassazione (78).

Si deve peraltro avvertire che, se i Tribunali supremi degli Stati italiani, e per la loro origine e per il loro funzionamento non ebbero alcuna sostanziale analogia con l'istituto della Cassazione, essi vennero assai spesso a esercitare in pratica quella funzione unificatrice della giurisprudenza che della nostra Corte di Cassazione è oggi l'effetto

---

(76) Non mi è stato possibile controllare sulle fonti le affermazioni del Nicolini, che potrebbe anche essere stato indotto inconsciamente a riferire inesattamente i caratteri di questo istituto, scorgendolo attraverso la sopravvenuta concezione del ricorso per cassazione.

(77) Cfr. « Legge », 1861, pag. 28; cfr. anche Pertile, *Storia*, VI, I, pag. 41; Venzi, *Cassazione*, n. 1; Giussani, *Precursori*, pag. 33-34; Pisanelli, *Cassazione*, pag. 20; contro: Sala, in « Mon. Trib. », 1861, 72. Anche il Cammeo, *Comment.*, I, pag. 351, nota 1, chiama il Trib. della segnatura « uno di quelli che formarono il modello per l'istituto della Cassazione ».

(78) Cfr. Sala, *Osservazioni sulla istituzione del tribunale di cassazione* (in « Mon. Trib. » di Milano, 1861), pag. 570.

preminente. La disformità caotica della interpretazione giurisprudenziale, la quale, più che al testo delle leggi, dava peso alle opinioni dei Dottori, fu dagli scrittori lamentata come un vero flagello della vita giudiziaria italiana, e si tentò, in quei primi movimenti di riforma processuale che si ebbero anche in Italia negli ultimi decenni del secolo XVIII (oltre, n. 246), eliminarla (79); ma organi espressamente preordinati alla unificazione della interpretazione giurisprudenziale delle leggi non si ebbero, nè si potevano avere, nel diritto intermedio, quando non ancora l'esercizio della giurisdizione, considerata spesso come un bene patrimoniale (cfr. per la Francia, oltre, n. 137), era stato assunto in modo definitivo ed esclusivo dallo Stato. Tuttavia il fatto che al vertice dell'ordinamento giudiziario agiva un tribunale supremo, al quale potevano in ultima istanza esser portate le cause di tutto il territorio ad esso sottoposto, produceva in pratica l'effetto che in tutte quante le decisioni dei tribunali veniva ad essere impresso il suggello dell'organo supremo, attraverso il quale poteva così esser « filtrata » l'interpretazione giurisprudenziale di tutto lo Stato. I tribunali supremi, torno a ripeterlo ancora una volta, avevano lo scopo immediato di amministrare la giustizia per attuare il diritto nei casi concreti, e non erano quindi istituiti appositamente per unificare la giurisprudenza, com'è dimostrato dal fatto che giudicavano sul merito delle cause e non unicamente sulle questioni di diritto, che sole interessano la interpretazione giurisprudenziale; ma la grande autorità che alle decisioni di questi tribunali supremi derivava dalla loro vicinanza al sovrano legislatore, faceva sì che le risoluzioni date da questi tribunali alle questioni di diritto che venissero ad essi sottoposte assumevano assai spesso di fronte ai tribunali inferiori una forza quasi legislativa, a tal punto che si discuteva se dovesse ritenersi *contra ius* e quindi nulla una sentenza pronunciata contro una interpretazione di diritto data dalla Ruota (80),

---

(79) Si tenga presente specialmente la legge introdotta a Napoli nel 1774 per opera del ministro Tanucci, sulla Riforma nell'amministrazione della giustizia; questa legge imponeva ai giudici la motivazione obbligatoria delle sentenze, vietava che le decisioni si fondassero sulle opinioni dei dottori; e pel caso che non vi fosse legge espressa per il caso controverso, stabiliva, che, dovendosi « ricorrere all'interpretazione o estensione della legge, vuole il re che questo si faccia dal giudice in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali; o quando il caso sia in tutto nuovo o totalmente dubbio, che non possa decidersi nè colla legge nè coll'argomento della legge, allora vuole il re che si riferisca alla M. S. per attendere il sovrano oracolo ». Cfr. Sclopis, *Autorità giud.*, pag. 138.

(80) Scaccia, *De sent. et re iud.*, Gl. XIV, quest. XXIV, nn. 1-19; Altimaro, *Tr. de null.*, rubr. XIII, quest. XXIX, n. 17. Sulla grande autorità delle decisioni

e a Napoli si ammetteva senza discussione che fosse invalida una sentenza contraria a una decisione presa in un caso analogo dal Sacro Regio Consiglio (81). Le innumerevoli raccolte di decisioni dei tribunali supremi italiani che riempiono ancora le antiche biblioteche di diritto sono del resto una prova evidente dell'influsso che le interpretazioni giuridiche derivanti da questi tribunali esercitavano sulla pratica forense: e si può indubbiamente affermare che, insieme colla *opinio Doctorum* e, nei secoli più recenti, in prevalenza su questa, la giurisprudenza dei supremi tribunali italiani fu la fonte più feconda e più viva della elaborazione compiuta su molteplici istituti giuridici dal diritto comune (82).

95. — Al principio, accolto dal diritto statutario e passato poi nelle leggi processuali di quasi tutti gli Stati italiani, della *doppia conforme*, in forza del quale erano vietati ulteriori gravami sul merito della controversia solamente quando una parte avesse ottenuto in due diversi gradi di giurisdizione due sentenze conformi, corrispose nell'ordinamento giudiziario il sistema della *terza istanza*, in forza del quale ogni controversia, salvo il caso di eccezionali limitazioni, poteva passar per la decisione di almeno tre organi giurisdizionali, costituiti dal tribunale inferiore di prima istanza, dal tribunale medio di appello e dal tribunale supremo di ultima istanza; senonchè, in Italia, sia perchè per influsso del diritto canonico, era accolto in qualche Stato il principio della *tripla conforme* (retro, n. 91), sia perchè, anche quando il tribunale supremo aveva giudicato in terza istanza, si ammetteva talvolta un'ulteriore supplica al principe, i tre gradi dell'ordinamento giudiziario non appaiono con quella decisione e con quella regolarità con cui si mostrano negli Stati germanici. L'idea della terza istanza costituisce infatti un canone fondamentale dell'ordinamento giudiziario

---

della Ruota romana, cfr. De Luca, *Theatrum*, XV, parte II, Disc. XXXII, nn. 65-66, il quale per altro avverte che la loro autorità non si estende al punto *ut faciant auctoritatem necessariam apud inferiores magistratus tanquam decisiones papales*.

(81) Scaccia, l. c., n. 57-58; Altimaro, l. c., n. 18. Cfr. il mio *Error in iudicando*, n. 14. Il Nicolini, *Discorso*, n. 9, dice che « le sue decisioni erano citate come oracoli ne' tribunali stranieri ». Sulle funzioni quasi legislative che erano riservate ai Senati in Piemonte, sull'esempio dei Parlamenti francesi, cfr. Pertile, *Storia*, II, 2ª, pag. 195.

(82) Cfr. specialmente Schupfer, *Fonti*, pag. 657-660, il quale ricorda l'autorità quasi mondiale goduta dalle sentenze della Ruota romana, dei Senati piemontesi, del Sacro Regio Consiglio; cfr. anche Sclopis, *Storia*, III, cap. III, e Nicolini, n. 9; Pertile, *Storia*, § 85 del vol. II; Piola Caselli, *Giurisprudenza*, in « Dig. It. », nn. 16-18.

germanico (83), in cui praticamente le cause di maggiore importanza, mediante una *Appellation* ed una successiva *Oberappellation*, passavano dall'*Untergericht* al *Mittelgericht* e da questo all'*Obergericht* (84); simile stato di fatto fu anzi riconosciuto dal *Bundesakt* tedesco dell'8 giugno 1815, art. 12 (85), il quale, considerando come normale nei diversi Stati federati la esistenza di un tribunale supremo di terza istanza, ne regolò espressamente la costituzione.

Degno di nota è però in Germania un fatto che non ha corrispondenza nella costituzione italiana dell'età intermedia: il fatto, cioè, che, se da una parte, i diversi Stati germanici, specialmente nell'epoca più recente del loro sviluppo, ebbero ciascuno un proprio tribunale supremo, l'idea unitaria imperiale mantenne in vita, dall'altra parte, un tribunale supremo unico per tutti gli Stati germanici, che mirò ad unificare e ad accentrare intorno all'imperatore la vita giudiziaria di tutta la Germania. Lo smembramento della monarchia franca trasferì negli imperatori tedeschi quella suprema giurisdizione che già si era accentrata nella *Curia regis*: e ad essi fu, almeno teoricamente, riconosciuto il diritto di sostituirsi nel territorio dell'impero a qualunque tribunale inferiore, e di riformare o annullare qualunque sentenza con diretta cognizione (86). L'importanza del tribunale imperiale andò peraltro rapidamente declinando nel sec. XIII e seguenti, quando l'imperatore fu considerato quasi alla pari degli altri signori terrieri (87), e, per la mancanza di una regolare composizione del tribunale medesimo, resa impossibile dai continui viaggi del sovrano, i principi tedeschi cercarono in misura sempre maggiore di sottrarre i loro territorî alla giurisdizione dell'imperatore per mezzo di esenzione dai diritti imperiali di avocare le cause fin dall'inizio (*privilegia de non evocando*) o di decidervi almeno in ultima istanza (*privilegia de non appellando*) (88); e tali esenzioni ottennero stabilmente, specialmente per quel che riguar-

---

(83) Cfr. WETZELL, *System*, pag. 393, 439, 706; LINDE, *Handbuch*, I, § 8; BLUNTSCHLI, *Le droit public général* (trad. dal tedesco di RIEDMATTESC, 2ª ed., Paris, 1885), lib. V, cap. 3°, pag. 217 e segg.

(84) Cfr. ampiamente WETZELL, *System*, pag. 376 e segg.; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 92.

(85) LINDE, *Handbuch*, I, pag. 15; ID., *Ueber Bedeutung des Artikel 12. der deuts. Bundesakte in System des gem. deuts. Prozesses*, in « C. A. », XL, 206.

(86) Cfr. FICKER, *Forschungen*, I, nn. 150 e segg., che riporta varî casi di annullamenti di sentenze decisi dall'Imperatore (pag. 278); WETZELL, *System*, pag. 363 e note; FRANKLIN, *Das Reichshofgericht im Mittelalter*, pag. 34 e segg.

(87) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 83; *Staatslehre*, II, 2, 485; ENGELMANN, *Rom. kan. Pr.*, pag. 109.

(88) SCHMIDT, *Staatslehre*, II, 2, 486; WETZELL, *System*, pag. 363; LINDE, *Handbuch*, II, 78.

dava il diritto di avocazione, colla *goldene Bulle* del 1356 (89). Il tribunale supremo dell'impero, che, dal diretto e arbitrario intervento dell'imperatore nel suo funzionamento, aveva perduto, per la sua soggezione agli influssi politici, ogni garanzia d'imparzialità (90), fu ristabilito in forma regolare dalla *Kammergerichtsordnung* del 7 agosto 1495 (91), la quale, costituendo in Francoforte il tribunale camerale dell'Impero (*Reichskammergericht*), intese di farne un organo federale, che, pur mantenendo il principio della sovranità imperiale sulla giustizia, fosse però sottratto alla personale ingerenza dell'imperatore (92); e tale indipendenza del supremo organo giurisdizionale dalla giustizia di gabinetto fu energicamente affermata dagli Stati germanici, ogni qual volta il sovrano tentò di diminuirla in qualche modo (93). Accadde allora un fenomeno analogo a quello che già si è notato in molti Stati italiani (retro, n. 87) e che noteremo ancora nella monarchia francese (oltre, n. 100): che, cioè, quando la suprema giurisdizione fu assunta da un organo autonomo, il sovrano continuò tuttavia ad amministrare la giustizia nel suo consiglio di corte, in modo che si formò nell'*Hofrath* imperiale un tribunale supremo concorrente col tribunale camerale, e talvolta ad esso superiore (94).

Non ritengo opportuno seguire qui le vicende di questi supremi organi giurisdizionali della Germania, i quali non ebbero del resto sulla vita giuridica dell'impero quell'influsso decisivo che istituzioni consimili ebbero in altre nazioni. Neppure il *Reichskammergericht*, che tuttavia fu il più importante dei due tribunali supremi, esercitò quell'azione unificatrice della giurisprudenza che la sua posizione gli avrebbe reso possibile: infatti, quantunque il tribunale camerale, colle sue ordinanze processuali che serviron di modello ai tribunali inferiori, ed anche coi suoi *Präiudicien* (95), abbia contribuito a render più sollecita nelle terre germaniche la recezione del diritto romano-italiano (96), tuttavia la sua decadenza derivante da ragioni politiche gli impedì di essere in modo stabile e duraturo il regolatore centrale della

---

(89) Cfr. autori citati alla nota precedente.

(90) Sulla composizione di questo tribunale anteriormente alla riforma del 1495, cfr. WETZELL, *System*, pag. 366-368.

(91) Sulla quale, cfr. SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre* cit., pag. 72 e segg.

(92) Cfr. WETZELL, pag. 371 e segg., e bibliografia ivi, nota 193 e in ENGELMANN, pag. 109, nota 1.

(93) Cfr. ENGELMANN, l. c.

(94) WETZELL, *System*, pag. 373 e segg.; ENGELMANN, II, 3, pag. 114 e segg.

(95) Cfr. sull'attività legislativa del *R. K. G.*, WETZELL, *System*, § 2, nota 5; SCHWARTZ, *Vierhundert Jahre*, cap. III, *passim*.

(96) ENGELMANN, II, pag. 111-112.

giurisprudenza nazionale, onde, come ha dimostrato Riccardo Schmidt (97), quell'opera di unificazione giuridica che in altre nazioni fu compiuta attraverso la giurisprudenza dei tribunali supremi, fu in Germania raggiunta quasi esclusivamente attraverso la dottrina, la quale si propose e discusse le più importanti questioni di diritto come questioni di importanza nazionale, riguardanti tutta quanta la vita giuridica germanica (98).

(97) *Das Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft.*
(98) Schmidt, *ibidem*, pag. 222.

CAPO QUARTO

DIRITTI ROMANO-GERMANICI

B) Diritto francese

Letteratura.

a) Argentré (D.), *Commentaria in patrias Britonum leges* (Parisiis, 1608); Brueil (Du), *Stylus Curiae Parlamenti* (in Molinaei, *Operum*, Tomi III, Lutetiae-Paris, 1612); Paponis Crozetii, *In burbonias consuetudines commentaria* (Lugduni, 1550); Rebuffe, *Commentariorum in constitutiones seu ordinationes regias*, lib. I (Lugduni, 1581); Tholozanus, *Tractatus de appellationibus* (Ursell., 1599).

b) Aguesseau (d'), *Œuvres de M. le Chancellier d'Aguesseau* (Paris, 1777), vol. X; Alglave, *Action du Ministère Public et Théorie des droits d'ordre public en matière civile* (2ª ed., Paris, 1871), vol. I, Appendice; Beaumanoir, *Les coutumes du Beauvoisis* (Ed. Beugnot, Paris, 1842); Beugnot (editore), *Assises de Jérusalem* (Paris, 1841); Boislisle, *Les Conseils sous Louis XIV* (*Mémoires de Saint-Simon*, vol. IV, Appendice); Boncenne, *Théorie de la procédure* cit.; Bonnecase, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir* (Toulouse, 1909); Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV* (Nouv. éd., Paris, 1760); Bouchel, *La bibliothèque ou trésor du droit françois* (Nouv. éd., Paris, 1671); Boutaric, *Explication de l'Ord. de Louis XIV sur les matières civiles* (Paris, 1743); Bouteiller, *Somme rural. Le grand Coustumier général de practique civ. et can.* (Reveu par Charondas Le Caron, Paris, 1603); Chenon, *Origines, conditions et effets de la cass.* citato; Crepon, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, vol. I (Paris, 1892); Dalloz, Voce « *Cassation* » in *Répertoire alphabétique;* Delangle, *Cour de cassation* (in Sebire et Carteret, *Encyclop. du droit*, 1846); Denisart, *Collection de décisions nouvelles* (Paris, 1786), vol. IV, voce « *Cassation* » e voce « *Conseil du roi* »; Diderot-D'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné* (Paris, 1751-1780), v. « *Cassation* »; Domat, *Les loix civiles* (Nouv. éd., Paris, 1756); Ducoudray, *Les origines du Parlement de Paris* (Paris, 1902); Espeisses (D'), *Traité de l'ordre judiciaire observé ès causes civiles* (in *Œuvres*, Nouv. éd., Lyon, 1750, vol. II); Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique* (12ª ed., Paris, 1740); Fleury, *Institution du Droit français* (Ed. Laboulaye, Paris, 1858); Fournier, *Essai sur l'histoire du droit d'appel* cit.: Garsonnet, *Traité théor. et prat. de proc. civ.* (2ª ed., Bru, Paris, 1898...), I, §§ 85-99; VI, §§ 2296-2430; Gauret, *Style universel de toutes les cours*, vol. III (*Style du Conseil du roi*); Gayat de Pitaval, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugements qui les ont décidées* (Nouv. éd., Haye, 1746); Girard, *Offices de France* (Paris, 1645), I; Glasson, voce « *Cassation* » (in *Grande Encyclopédie,*

Paris); *Histoire du droit et des inst.* cit., IV (Paris, 1895); GUILHIERMOZ, *Enquêtes et Procès* (Paris, 1892); HENRION DE PANSEY, *De l'autorité judiciaire* (Paris, 1827); IMBERT, *Institutions forenses* (7ª ed., Lion, 1606); JOUSSE, *Idée générale ou abrégé de l'administration de la justice* (Paris, 1767); *Nouveau Commentaire sur l'Ord. civ. du mois d'avril 1667* (Nouv. éd., Paris, 1767); LANGLOIS, *Les origines du Parlement de Paris* (« Rev. hist. », XLII); LOISEL, *Institutes* (ed. LABOULAYE, Paris, 1846); LUCHAIRE, *Histoire des inst. monarchiques de la France sous les premiers Capétiens* (2ª ed., Paris, 1891); MABLY (ABBÉ DE), *Des droits et des devoirs du citoyen* (Kell, 1789); MAURY, *L'administration française avant la révolution du 1789* (in « Revue des Deux Mondes », 1873); MERLIN, *Répertoire de jurispr.*, v. « *Cassation* », « *Nullité* », etc.; *Questions de droit*, v. « *Cassation* », etc.; MONTESQUIEU, *Esprit des lois* (1748); MORTET, v. « *Conseil du Roi* » (in *Gr. Enc.*, Paris); PARDESSUS, *Essai hist. sur l'organisation judic.* (Paris, 1851); POTHIER, *Traité de la procédure* (in *Œuvres*, ed. *Bruxelles*, 1831); *Traité des obligations* (ib.); RODIER, *Questions sur l'Ord. de Louis XIV de l'avr. 1667* (Toulouse, 1761); SELIGMAN, *La justice en France pendant la révolution* (Paris, 1901); SIREY, *Recueil*, v. « *Cassation* », etc.; TARBÉ, *Lois et règlements à l'usage de la C. de c.* (Paris, 1840); TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution* (Paris, 1860); TOLOZAN, *Règlement du Conseil* (Paris, 1786); VALOIS, *Le Conseil du Roi aux XIV, XV et XVI siècles* (Paris, 1888); VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France* (Paris, 1898), vol. II; *Les Établissements de Saint Louis* (Paris, 1881).

c) BREUNING, *Ueber die Cassationsinstanz* (Coblenz, 1820); HOLTZMANN, *Französische Verfassungsgeschichte* (München und Berlin, 1910); KOHLER, *Zivilprozess* (in « Enz. der Rechtswiss. », III. Bd., 1913), pag. 355; LEUE, *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung für Deutschland* (Leipzig, 1861); SCHLINK, *Kommentar über die französische C. P. Ordnung*, I. Bd. (Coblenz, 1843); SCHWALBACH, *Der Civilprocess der Pariser Parlaments nach dem « Stylus » du Brueils* (Freiburg und Tübingen, 1881); WARNKOENIG-STEIN, *Französische Staats- und Rechtsgeschichte* (Basel, 1846), Bd. III; WEISMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtssprechung* (in « Z. », 1885, 173); ZINK, *Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im französischen Civilprocesse*, I. Bd. (München, 1860).

Capitolo XIV

RIMEDÎ PROCESSUALI ORDINARI CONTRO LE SENTENZE

Sommario: 96. La *faussation de jugement* nel diritto feudale francese. — 97. Prevalenza del vero appello: suoi caratteri. — 98. Il principio della validità formale del giudicato in antitesi col principio della inesistenza giuridica: la *querela nullitatis* dello *Stylus Curiae*. — 99. La regola « *voies de nullité n'ont pas lieu en France* »; suo significato e limitazioni.

96. — La *Urteilsschelte* dei popoli germanici continua e si sviluppa in una forma profondamente caratteristica nel diritto feudale francese (1); accanto all'*apel par defaute de droit*, spettante al vassallo in caso di denegata giustizia da parte del suo signore (2), l'antico diritto francese conosce infatti la *faussation de jugement*, la quale altro non è che la originaria « disapprovazione » germanica, rivestita dalle forme cavalleresche proprie del tempo. Nei monumenti letterari che ci offrono un quadro del processo nella Francia feudale, e specialmente nell'opera di Beaumanoir (3), troviamo l'espressione di *apel de faus jugement*; ma tale locuzione non deve far credere ad una analogia dell'istituto coll'*appellatio* romana, poichè nell'antico diritto francese *apel* non significa in modo specifico e tecnico l'invocazione del giudice superiore contro la sentenza dell'inferiore, ma in modo generico

(1) La esposizione più chiara sull'argomento resta ancora quella dello Stein, in *Französische Staats- und Rechtsgeschichte*, in collaborazione col Warnkoenig, Basel, 1846, III. Bd., pag. 238 e segg. Recente, Ducoudray, *Les origines du Parlement de Paris* (Paris, 1902), pag. 528 e segg.

(2) Sul quale cfr. Glasson, *Histoire*, VI, pag. 579; Fournier, *Essai* citato, pag. 163 e segg.; Chenon, *Cassation*, pag. 13; Stein cit., pag. 238; Schwalbach, § 23, I, pag. 146. Cfr. anche Montesquieu, *Esprit des lois*, lib. XXVIII, cap. 27.

(3) *Les coutumes du Beauvoisis*, ed. Beugnot, Paris, 1842, cap. LXI, vol. II. Si veda anche *Assises de Jérusalem* (ed. Beugnot, Paris, 1841). Vol. I: *Assises de la Haute Cour, Livre de Jean d'Ibelin*, cap. CX; *Livre de Philippe de Navarre*, cap. LXXXVII. Vol. II: *Assises de la Cour des Bourgeois*, cap. CCLXVIII; *Etablissement de Saint Louis*, I, ch. 83, 85, 86, 142 (vol. II dell'edizione Viollet, Paris, 1881).

la sfida dell'avversario al duello (4). La *faussation de jugement* non è dunque il ricorso a una istanza superiore contro la prima sentenza, ma è l'affermazione fatta dal soccombente che la sentenza pronunciata dai giudici è volutamente ingiusta (5), e insieme la provocazione dei giudici a tenzone cavalleresca, per provar colle armi la lamentata ingiustizia. Poichè nel diritto feudale francese, il tribunale si divide ancora in due distinti organi, i giudici che trovano la sentenza ed il presidente che la proclama, si distinguono due specie di *faussation de jugement*, secondochè essa avviene prima o dopo che il responso del collegio giudicante sia autoritativamente proclamato dal signore che presiede il giudizio: nel primo caso la *faussation* investe i giudici come singoli, come *pairs* della parte che afferma la ingiustizia della sentenza, nel secondo caso invece investe anche il signore che ha già posto sulla pronuncia il suggello della sua autorità e costituisce quindi un'infrazione di quel vincolo di dipendenza che lega ogni vassallo al suo signore. Il procedimento della *faussation* differiva profondamente nei due casi, poichè, mentre nella prima ipotesi il duello tra colui che aveva *faussé* la sentenza e ciascuno dei giudici che l'avevano pronunciata (6) poteva, non implicando esso alcuna rottura del vassallaggio, svolgersi dinanzi alla corte dello stesso signore, assistito da un collegio di cavalieri diverso dal precedente, nel secondo caso il duello doveva svolgersi dinanzi alla corte del signore superiore nella scala feudale a quello che aveva presieduto il primo tribunale, poichè, coll'affermare che la sentenza proclamata dal signore era falsa, la parte veniva a sottrarsi all'obbligo di sottomissione che aveva di fronte al suo signore immediato ed a porsi nel vassallaggio dal feudatario superiore (7). Questa seconda forma di *faussation* produceva così un passaggio dal tribunale inferiore a quello superiore (8); ma tale passaggio non

---

(4) Stein, pag. 238.

(5) Beaumanoir, LXI, 47: *Sire, je dis que chis jugement qui est prononciés contre moi, est faux et malvés et desloiax.*

(6) Al quale scopo poteva la parte espressamente richiedere al presidente di far pronunciare il responso da ciascuno dei giudici uno alla volta, per poter provocare al duello il primo che gli dava torto ed evitare così di dover combattere successivamente con tutti i componenti il collegio. Cfr. Beaumanoir, LXI, 47.

(7) Si vedano le differenze più precisamente studiate da Stein, pag. 240 e segg. per la prima ipotesi, pag. 242 e segg. per la seconda. Cfr. anche Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, pag. 8 e segg.; Glasson, *Histoire*, VI, pag. 581; Fournier, *Essai*, pag. 143 e segg.; Chenon, *Cassation*, pag. 12. Cfr. anche Brunner, *Wort und Form* cit., in « Forschungen », pag. 345 e segg.

(8) Beaumanoir, LXI, 65: *Convient apeler de degré en degré, c'est à dire selonc ce que li hommages, du plus bas au plus prochain seigneur après.* Cfr. anche Holtzmann, *Französische Verfassungsgeschichte*, pag. 62-63.

deve far pensare all'effetto devolutivo dell'appello, chè, in qualunque ipotesi, la *faussation*, come la *Urteilsschelte* da cui essa derivava, dava luogo a un nuovo dibattito tra la parte che sfidava e i giudici sfidati, non ad una continuazione della primitiva controversia: l'esito del duello tra parte e giudici produceva a carico del soccombente non solo pene pecuniarie a favore del vincitore, ma anche, quando era *faussée* la sentenza dell'intero tribunale, a conseguenze di diritto feudale (9). Le severissime pene minacciate nelle *Assises de Jérusalem* contro colui che affermava falsa una sentenza giusta (10), o che, dopo averla affermata falsa si rifiutava di combattere coi giudici (11), o che non riusciva a vincere tutti i giudici in un sol giorno (12) o ne era vinto (13), non furono applicate in Francia (14).

97. — Quando al diritto consuetudinario di origine germanica si sostituisce anche in Francia, con un processo più lento e meno evidente che in Germania, ma con effetti altrettanto importanti, il diritto romano elaborato dalla dottrina italiana (15), sulla *faussation de jugement*, forma feudale di un istituto puramente germanico, l'*appellatio* del diritto comune si afferma e prevale. Studiare come a questa graduale sostituzione abbiano contributo, oltrechè il generale orientamento di tutto il sistema giuridico verso il diritto romano, anche influssi occasionali, quali la proibizione del duello giudiziario fatta da S. Luigi; la circostanza che già nel diritto feudale, accanto alla *faussation de jugement* riservata ai soli cavalieri, era ammessa per i villani che non avevano diritto di sfidare i giudici una domanda per *amendement de jugement*, sprovvista di qualunque carattere cavalleresco; la qualità di funzionarî gerarchicamente sottoposti al superiore che ebbero nei tribunali i *baillis* (16); e, finalmente, la tendenza del potere regio a estendere l'appello come strumento di accentramento politico (17), non rientra nel mio tema e basta qui l'avervi accennato. Cer-

---

(9) Stein, pag. 243 in fine e 244.

(10) *Assises de la Cour des Bourgeois*, cap. CCLXVIII: ... *c'on li det coper le tiers de la lengue, si que mais ne puisse la cort apeller fauce...*

(11) *La Clef*, CXL: ... *convient que il se combate à tous ceaus de la court, ou que il ait la test copée.*

(12) *Assises de la Haute Cour. Livre de Jean d'Ibelin*, c. CX: *et ce il ne les vainc toz en un jor, il deit estre pendu.*

(13) Si veda la terribile pena comminata al c. LXXXVII del *Livr. de Philippe de Navarre.*

(14) Chenon, *Cassation*, 12.

(15) Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo*, pag. 175 e segg.

(16) Stein, III, 554.

(17) Viollet, *Inst.*, II, 216-217.

to è che quando anche nel diritto francese, come nel diritto statutario italiano, la funzione del giudice tornò ad esser concepita come una applicazione del diritto al fatto concreto anzichè, secondo la tradizione germanica, come una pronuncia astratta sull'esistenza di una norma (18), la *Urteilsschelte* venne naturalmente a perdere ogni ragion d'essere: il prevalere dell'appello romano non si produsse però in modo uniforme e contemporaneo in tutta la Francia, ma fu più lento nelle regioni settentrionali, in cui vigeva il diritto consuetudinario germanico (*patria iuris consuetudinarii*) e più sollecito nelle regioni meridionali, rette dal diritto romano scritto (*patria iuris scripti*). Nello *Stylus Curiae Parlamenti* di Guglielmo Du Brueil troviamo infatti regolati sotto la comune qualifica di *appellatio* due istituti essenzialmente diversi, uno dei quali, quello in uso nella *terra iuris scripti*, corrisponde alla nozione romana, mentre l'altro, quello della *terra iuris consuetudinarii*, corrisponde al concetto germanico (19).

Il primo, per il quale l'appellante reclama contro la sentenza *tamquam a nulla et si aliqua esset tamquam ab iniusta et iniqua* (20), può avvenire in forma scritta entro dieci giorni dalla sentenza (21), e dà luogo ad una continuazione della stessa lite già decisa in prima istanza, alla quale la parte avversaria dev'essere citata (*appellé*), mentre il giudice di primo grado dev'essere semplicemente avvertito (*intimé*) (22): possono in questa seconda trattazione esser fatte nuove deduzioni e chieste nuove prove (23), e,qualunque sia l'esito di questo secondo giudizio, nessuna ammenda tocca al soccombente a favore del vincitore (24). Per il secondo istituto, invece, il reclamo che si elevava contro la sentenza *tamquam a nulla et si aliqua esset tamquam a prava et falsa* (25) dev'essere interposto oralmente ed immediatamente dopo la sentenza, *illico* (26), e dà luogo non ad una seconda trattazione della prima controversia, ma ad una lite nuova tra il reclamante ed il giu-

---

(18) Stein, III, 553

(19) *Stylus Curiae*, in Molinaei, *Operum*, tom. III (Lutetiae Parisiorum, 1612), cap. XX. Cfr. anche, per queste differenze, il lib. II *passim* delle *Institutions* di Imbert; Glasson, *Histoire*, VI, 582; Fournier, *Essai*, pag. 190 e segg.; Guilhiermoz, *Enquêtes et Procès* (Paris, 1892), 128 e segg.; Ducoudray citato, pag. 541 e segg.; Stein, pag. 554 e segg.; Schwalbach, § 23, III.

(20) *St. Cur.*, XX, § 1.

(21) *St. Cur.*, XX, § 3.

(22) *St. Cur.*, XXV.

(23) *St. Cur.*, XXIV, § 1; cfr. Guilhiermoz, pag. 133 e segg. e testo critico, pag. 623.

(24) *St. Cur.*, XXV.

(25) *St. Cur.*, XX, § 2.

(26) *St. Cur.*, XXV.

dice, il quale dev'essere in prima linea citato (*appellé*), mentre colui che nel primo processo era stato avversario del reclamante è solamente avvertito del reclamo (*intimé*) (27); questa nuova lite è, in sostanza, una critica del primo giudicato, e quindi sono in essa esclusi i *nova*, a meno che non si riferiscano a dimostrare vizî meramente processuali della prima sentenza (28); la soccombenza produce qui una pena pecuniaria a carico della parte reclamante o del giudice (29).

In questa seconda forma di appello vigente nella *patria iuris consuetudinarii*, cioè nella Francia del Nord, la originaria *Urteilsschelte* è facilmente riconoscibile, pur essendosi trasformato in un dibattito giudiziario il duello dei tempi feudali; senonchè, col volger dei secoli, le traccie germaniche si fecero sempre più scolorite, e l'intervento del giudice *a quo* nel secondo giudizio, che originariamente era volto a sostenere contro la sfida del reclamante la bontà del primo giudizio, si trasformò in un dovere gerarchico, come in una pena disciplinare si trasformò a poco a poco l'ammenda che in origine era l'effetto della soccombenza (30), mentre quel carattere di attacco contro il giudice a scopo di risarcimento che era contenuto nella *faussation de jugement* dette luogo a un istituto autonomo, la *pris à partie* interamente distinta dall'appello (31). Il D'Espeisses, infatti, ricordando l'uso di citare il giudice in appello che vigeva nei paesi retti a diritto consuetudinario, accenna che ormai quest'uso poteva a tempo suo dirsi sparito (32). Pur tuttavia, se nelle ordinanze dei re francesi l'appello si andò modellando in modo definitivo secondo la forma romana, talchè, ad es., si finì col riconoscere in tutta la Francia la ammissibilità di nuove deduzioni nella seconda istanza (33), il diritto germanico lasciò nella parte esteriore dell'istituto alcune traccie dalle quali traspare che, mentre in sostanza esso mirava ad una nuova trattazione della stessa lite, formalmente esso si manifestava come un

---

(27) *St. Cur.*, XX, § 1.

(28) *St. Cur.*, XXIV, § 2, e su questa disposizione: Guilhiermoz, 129-130 e testo critico ivi, pag. 623; Schwalbach, 149-150; Ducoudray, 547-548 e note; Glasson, *Histoire*, VI, 595; Fournier, 257-258.

(29) *St. Cur.*, XXV. Maggiori dettagli negli autori citati nella nota precedente; specialmente in Schwalbach, § 23.

(30) Cfr. Fournier, *Essai*, pag. 285, 286, 292.

(31) Nell'Ord. del decembre 1540, art. 2, la *pris à partie* è ammessa per *erreur évident en fait ou en droit* (Isambert, *Recueil général des anc. lois franç.*, Paris, XII, 709). In seguito però fu limitata ai soli casi di dolo, frode o concussione; cfr. D'Espeisses, tit. XI, sect. III, n. 23; Pothier, *Procédure*, P. III, sez. IV. L'art. VIII del tit. I dell'Ord. 1667, stabilì l'obbligo di risarcimento per i giudici che avessero contravvenuto alle ordinanze.

(32) Tit. XII, sect. I, art. IV, n. 11, pag. 656.

(33) Pothier, *Procédure*, pag. 76.

giudizio sul giudicato, poichè il giudice di appello riformava la prima sentenza esprimendo *si bene an male judicatum sit,... male appellasse et bene judicasse* ovvero *bene appellasse et male judicasse* (34).

A questa esteriore conformazione dell'appello come giudizio sul giudicato corrisponde anche la pratica, affermata dal GLASSON (35), per la quale il giudice superiore che trovava fondato l'appello si limitava ad annullare la sentenza impugnata e a rinviare la causa al giudice inferiore per la ulteriore cognizione.

Una notevolissima peculiarità dell'appello francese fu quella della enorme lunghezza del termine concesso per esperimentarlo, in quanto, concependosi il diritto di appellare come una qualunque azione, si ammise ch'esso perdurasse per trent'anni, *parce que toutes les actions sont prescrites par le laps de tems* (36). L'Ord. civile del 1667 (tit. XXVII, art. 17) ridusse questo termine a 10 anni (37).

98. — Nel diritto feudale francese, insieme coll'istituto della *faussation de jugement* di chiara derivazione germanica, troviamo conservato il principio germanico della validità formale della sentenza, per cui la parte condannata non ha altra via per sottrarsi alla condanna che quella della immediata *faussation* e, se non vuol sostenere i rischi che vanno connessi a tale impugnativa, deve irremissibilmente sottostare al giudicato, buono o cattivo che esso sia. Il principio si trova enunciato da BEAUMANOIR in modo ben chiaro: *Il ne convient pas que oil qui apele de faus jugement mete delai en son apel, ains doit apeler sitost comme li jugemens est prononcié; car s'il n'apele tantost il convient que li jugemens soit tenus pour bons, quelque il soit, ou bons ou mauvais* (38); ed a questo principio si inspira l'insegnamento comune che, come la antica *faussation de jugement* doveva avvenire *sitost, tantost*, così il posteriore appello della *patria iuris consuetudinarii* doveva

---

(34) FOURNIER cit., pag. 264. Cfr. REBUFFE, *De supplicationibus*, n. 93; POTHIER, *Procédure*, pag. 78; Ord. di Vill. Cotterets, art. 128 (*Recueil*, vol. XII, pag. 626): *En toutes appellations sera jugé an bene vel male*, etc. »; cfr. anche Ord. di Roussillon, art. 25 e 31; Ord. di Blois, art. 179. Cfr. anche GUILHIERMOZ, loc. cit.

(35) *Histoire*, VI, 590, 596.

(36) D'ESPEISSES, tit. XII, sect. I, art. II, n. 1; REBUFFE, *Proem. in const.*, Gl. 5, n. 93; IMBERT, *Institutions forenses ou pratique judiciaire*, lib. II, cap. 2 (pag. 319 della cit. ed.). Cfr. STEIN, III, pag. 650; CHARONDAS LE CARON, annotat. a BOUTEILLER, *Somme rural*, II, tit. XIV.

(37) Cfr. POTHIER, *Obligations*, n. 863.

(38) Cap. LXI, n. 38, ed. BEUGNOT, II, pag. 388 (ho adottato, come più espressiva, la locuzione riportata ivi in nota). Cfr. anche il c. LXVII, n. 29: *... convient qu'il soit tenu pour bons des parties, ou qu'il soit faussé par apel.*

avvenire *illico, antequam iudex surgat a sede pro recedendo, vel recedat* (39), senza di che la sentenza acquistava irrevocabile forza di giudicato indipendentemente dai suoi vizî.

Il principio della forza formale del giudicato, accolto nelle sue logiche conseguenze, avrebbe dovuto condurre alla negazione di qualsiasi nullità della sentenza, come avveniva appunto in quei più antichi diritti germanici ai quali era interamente sconosciuta la nozione romana di una sentenza nulla. Ma anche il processo francese, come il processo statutario italiano, resulta, già si è accennato, dall'incontro di istituti germanici con istituti latini: onde anche nel campo della sentenza il concetto germanico della validità formale si trova in esso a contatto col concetto romano della nullità del giudicato. Molto notevoli sono nell'opera del BEAUMANOIR, nella quale pur ora si è vista una così assoluta formulazione della irrevocabilità del giudicato non impugnato *tantost*, diversi accenni a una vera e propria inesistenza giuridica della sentenza, la quale mal si concilia col principio germanico e si spiega soltanto come una inconscia filtrazione di idee romane (40). Dopo aver affermato che gli effetti della sentenza non si possono evitare che coll'*apel*, avverte infatti il BEAUMANOIR che ciò è vero soltanto quando il tribunale da cui la sentenza emana è regolarmente costituito: chè se il signore da cui la giustizia è amministrata voglia decidere da sè, senza udire il responso del collegio di cavalieri, o si faccia assistere da un collegio composto da cavalieri di altro feudo o da borghesi, in tal caso il condannato, per sfuggire alla forza del giudicato, non avrà bisogno di reclamare, ma potrà zitto zitto allontanarsi come se il giudizio non avesse avuto luogo: *il se taist quant jugement est fes, et s'en part sans rien dire;* o potrà anche dire al signore: *... ce que voz volés fere contre le coustume ne pot ne ne doit valoir;... je ne tieng ce pas por jugement.* E così egli sfuggirà agli effetti del giudicato senza bisogno di appellare:... *et ainsi s'ostera il de tel manières de jugemens, sans apel* (41). La nozione romana della sentenza giuridicamente inesistente è qui perfettamente riconoscibile; come è riconoscibile là ove si afferma che *jugemens qui est fes en le presence des faus procu-*

---

(39) *Stylus Curiae*, XX, § 2; BRUNNER, *Wort und Form* cit., pag. 343-344. Cfr. anche BOUTEILLER, *Somme rural* (ed. da CHARONDAS LE CARON, Paris, 1603), lib. II, tit. 24, § *Quand on doit appeller*, pag. 775; *Le grand Coustumier*, annotata da CHARONDAS LE CARON, lib. III, cap. 27, *des appellations*, pag. 469. Cfr. anche *Établiss. de Saint Louis*, II, 16 (ed. VIOLLET cit., vol. II, pag. 381); IMBERT, *Inst.*, II, c. 1 (pag. 317 ed. cit.).

(40) Sugli influssi romano-canonici in BEAUMANOIR, cfr. CHIOVENDA, *Romanesimo e germanesimo* cit., pag. 175 e nota 150.

(41) BEAUMANOIR, ed. cit., cap. LXVII, n. 16 (vol. II, pag. 464).

reurs ne vaut rien (42), o che, ove i giudici decidessero senza esser certi della propria competenza *se porroient il traveillier en vain* (43), o che il giudicato *ne vaut riens quand il est fes contre celi qui est sous aagé* (44). Da questa coesistenza di principii così antagonistici nell'opera del BEAUMANOIR, che è una delle più antiche fonti del diritto processuale francese, si intende come il tema della nullità delle sentenze non sia stato disciplinato, nell'ulteriore sviluppo di quel processo, in un modo semplice ed univoco, ma abbia sempre rispecchiato la duplicità dei criterii che in questa materia si contendevano il campo fin dalle origini.

Tale duplicità di criterii si può cogliere in modo ben chiaro, allo stesso modo che per l'appello, nello *Stylus Curiae Parlamenti.* Si è già veduto che secondo le regole praticate al Parlamento di Parigi allorquando la parte soccombente si serviva del suo diritto d'appello, doveva nel suo reclamo far valere, non solo i vizî del contenuto della sentenza (*tamquam ab iniusta et iniqua, o tamquam a prava et falsa*), ma anche in prima linea gli eventuali vizî del processo (*tamquam a nulla*), e questo così contro la sentenza data in *patria iuris scripti* come contro quella data in *patria iuris consuetudinarii*; se, in tal caso, l'appello veniva rigettato, il reclamo sulla nullità veniva irremissibilmente precluso (45). In questo cumulo obbligatorio di tutti i vizî della sentenza, *in procedendo* o *in iudicando,* nell'istituto dell'appello apparentemente unico, è facile scorgere un fenomeno processuale molto simile a quello avvenuto dall'incontro di nozioni eterogenee nel diritto statutario italiano: in realtà l'*appellatio tamquam a nulla* era, nonostante il suo nome, una vera e propria *querela nullitatis* con effetto devolutivo, cumulata coll'appello, ma con natura perfettamente diversa da questo.

Poteva darsi peraltro che la parte non si valesse dell'appello contro la sentenza e non, per conseguenza, di questa obbligatoria deduzione dei motivi di nullità inseparabile dall'appello. In tal caso lo *Stylus* distingue secondo che si tratti di sentenza *lata in patria iuris scripti* o di sentenza *lata in patria consuetudinaria.* Nella prima ipotesi *pars quae potuit appellare et non fecit, poterit eam dicere nullam et libellum dare in causa nullitatis coram iudice qui eam protulit* (46); si tratta qui della *actio nullitatis* non devolutiva e data senza assegnazione di termine speciale, inspirata al diritto romano e simile

(42) *Ib.*, n. 30.
(43) *Ib.*, n. 31 (II, pag. 472).
(44) *Ib.*, n. 32 (II, pag. 473).
(45) SCHWALBACH, pag. 147.
(46) *St. Cur.*, XX, § 4.

a quella della dottrina del diritto comune italiano e tedesco. Nella seconda ipotesi, invece la regola è che *licet nulla esset sententia attamen pars contra quam lata est non poterit agere super nullitate, postquam non appellavit* (47): il principio germanico della validità formale del giudicato è qui affermato nella sua interezza; ma subito la forza di tale affermazione viene distrutta dalle disposizioni immediatamente seguenti dello *Stylus,* secondo il quale la regola posta *fallit in casibus qui sequuntur. Primo quando tractatur de nullitate sententiae, quia ab incompetenti iudice lata dicitur, licet illico ab ea non fuerit appellatum* (48). *Secundo quando dicitur quod repente lata fuerit sententia et non servato more dilationum. Tertio, ubi errore in eadem expresso lata fuit sententia* (49). Il concetto germanico della impugnabilità della sentenza nulla, affermato così come regola generale per le sentenze pronunciate *in patria consuetudinaria,* viene ad esser sostituito per i vizî più gravi, dal concetto romano della assoluta inesistenza giuridica del giudicato. Identica commistione di principii opposti è nel *Grand Coustumier* (50), ove, similmente a quanto dispone lo *Stylus,* non solo si ammette il reclamo per nullità in caso di gravissimi vizî processuali (incompetenza, inosservanza di termini), ma anche nel caso di un vizio relativo al contenuto della

---

(47) *St. Cur.,* XX, § 5.

(48) *St. Cur.,* XX, § 5.

(49) *St. Cur.,* XX, § 6.

(50) Ed. CHARONDAS, pag. 468, lib. III, c. 27: « En pays coustumier, qui veult appeller il est necessaire qu'il appelle en jugement, ou au moins avant que le juge se lieve et departe de son siege, autrement il ne sera point receu comme appellant. Si le juge prononce aucune sentence, qui d'elle mesme soit nulle, et la partie contre qui la sentence est donnée n'en appelle, icelle partie ne pourra faire poursuite sur la nullité d'icelle sentences, puis qu'elle n'en aura appellé. Cecy fault en trois cas qui s'ensuyvent. Exemple: quand l'on traicte d'anuller une sentence qui a esté donnée par le Juge non competent, iaçoit ce qu'incontinent il n'en fust appellé. Quand la sentence est nulle, pource que trop hastivement, à trop briefve journée et sans garder la demeure accoustumé l'on a donné la sentence. Tertio, quand il y a erreur exprimez en la sentence ». Più oltre (pag. 471) aggiunge a questi tre casi di nullità anche un quarto: « quand le Juge donne sentence plus oultre que le conclusion de la partie ne sont et par plusieurs autres manieres »; cfr. anche a pag. 474 la « difference entre un jugement qui est dict nul et un j. qui est dict faulx ». Anche BOUTEILLER, *Somme rural,* lib. II, tit. 13, ha un § *Par quantes manières est la sentence nulle* (pag. 766 ed. cit.), in cui si dice che la sentenza è nulla *iaçoit qu'il n'en fust appellé* per quattro casi: 1° se il giudice condanna il procuratore invece della parte; 2° *quand erreur est en la sentence telle qu'icelle cogneüe la sentence faict à revoquer,* o quando la sentenza è pronunciata in assenza di una parte; 3° *quand elle est donnée contre droict escrit et ancien usage du pais;* 4° *quand est donnée par non juge.*

sentenza, *erreur exprimez en la sentence*, l'*error expressus* della dottrina italiana.

99. — Questa forma malcerta di *querela nullitatis*, che non ubbidiva a un criterio unico e che, nell'urto di principii opposti, non riuscì mai ad assumere, come nel diritto italiano, una netta individualità processuale (confusa ed informe, *unbestimmt und gestaltlos* la chiama lo STEIN) (51), ebbe una strana sorte nell'ulteriore svolgimento del diritto francese, ove, quantunque essa continuasse nella pratica a vivere come istituto intrinsecamente autonomo, fu assorbita ed oscurata dall'istituto dell'appello.

I giuristi francesi posteriori al secolo XV, che gli istituti del processo praticato in Francia studiavano, sull'esempio della dottrina italiana, al lume delle fonti giustinianee, distinguono la sentenza ingiusta da quella nulla, ed ammettono la nullità del giudicato in tutti quei casi in cui l'abbiamo vista ammessa dal diritto comune. E' nulla, secondo il REBUFFE, la sentenza emanata in un processo ove sono state violate le forme sostanziali (52) o che pronuncia *extra petita* (53); è nulla per vizio di giudizio la sentenza evidentemente iniqua (54), come quella data *contra legem* (55) *o contra consuetudinem notoriam et in scripturam redactam et approbatam* (56) o contro le ordinanze regie (*ordinationem pubblicatam*) o *contra stylum* (57). Il D'ESPEISSES, con una rassegna casistica anche più minuziosa, enumera da parte sua più di quaranta requisiti che la sentenza doveva contenere a pena di nullità (58). E, quasi due secoli dopo, nel 1761, il POTHIER — ponendo il principio che *il y a une grande différence entre un jugement nul et un jugement inique. Un jugement nul est celui qui a été rendu contre la forme judiciaire... un jugement est inique, lorsque le juge a mal jugé*, — afferma che il *jugement nul... ne peut avoir l'autorité de chose jugée*, e distingue le sentenze nulle in tre gruppi: 1. *Jugements qui sont nuls par rapport à ce qui y est contenu;* 2. *Nullités des jugements qui se tirent des parties entre*

---

(51) Op. cit., 558.

(52) REBUFFE, *Tract. de sent. executoriis*, Glossa X, n. 5.

(53) ID., *Tractatus de expensis*, III, n. 9.

(54) ID., *Tract. de sent. ex.*, X, n. 6.

(55) ID., *Proem.*, Gl. V, n. 133; ID., *Tract. de consuet.*, art. II, Gl. XIII, n. 44,

(56) Es., se il giudice non applicasse la regola consuetudinaria *le mort saisit le vif*.

(57) *Ibid.* Cfr. anche *Tr. de sent. ex.*, art. VII, Gl. XI, n. 7.

(58) Tit. XI, sect. II: *De ce qui est requis pour la validité des sentences ou Arrêts*, pag. 617 e segg.

lesquelles ils ont été rendus; 3. *Jugements qui sont nuls de la part des juges qui les ont rendus, ou par l'inobservation des formalités judiciaires* (59).

Ma se i giuristi, imbevuti della dottrina del diritto comune, studiavano anche in Francia i casi in cui la sentenza era nulla, cioè più gravemente viziata di quella semplicemente appellabile, dovevano d'altra parte riconoscere che tali indagini e tali distinzioni, se potevano essere interessanti dal punto di vista puramente dottrinario, non avevano alcun resultato pratico in Francia, ove, perdutosi quel primo accenno embrionale di *querela nullitatis* che si è visto nello *Stylus Curiae*, ogni differenza era scomparsa, nella realtà del processo, tra querela di nullità ed appello ed era accolta nella prassi la regola che *voies de nullité n'ont point lieu en France* (60) e che l'unico modo di provvedersi contro la sentenza nulla era l'appello; simile contrasto tra la teoria e la pratica era avvertito dagli stessi giureconsulti francesi, tra i quali il Rebuffe si dà cura di avvertire che *regulariter in hac patria semper nobis providemus per appellationem, etiamsi sententia vel actus sit nullus, licet contrarium sit de iure, sed ita servamus... Et quamvis lex dicat supervacaneam fuisse appellationem a nullitate, tamen hoc servamus ut appellare debeamus* (61).

Se prendiamo alla lettera l'assioma del diritto consuetudinario da una parte, dall'altra il particolar rilievo in cui esso è posto dalla dottrina che lo mette in antitesi col contrario insegnamento del diritto

---

(59) *Traité des obligations* (ed. di Bruxelles, 1831, *Œuvres*, I, nn. 866-884).

(60) Loisel, *Institutes* (ed. Laboulaye, 1846), § 877 (cfr. Fournier, *Essai*, 295); *Axiomes de Chaterinot*: « Nullité ne reforme, mais il faut appeler », citato da Pertile, *Storia*, VI, 2ª, pag. 322, nota 271; Merlin, *Répert.*, v. *Nullité*, § 7, II; Bouchel, *La bibliot. ou trésor du droit françois*, v. *Nullité* (II, 832); D'Espeisses, tit. XII, sect. I, n. 1; Garsonnet, *Traité*, V, § 1978; Pothier, *Obligations* cit., nn. 875 e 885. Cfr. anche i *Coutumes* di Borgogna, art. 338 e di Audernarde, tit. VII, art. 1 (riferiti da Merlin cit., v. *Nullité*), in cui si pone la regola: *Nullité de la sentence n'empêche l'exécution si non n'en appelle; On doit appeller des sentences en matière civile, quand'elles seraient nulles et de nulle valeur selon le droit;* e Charondas, nota in margine a Bouteiller, II, xiii.

(61) *Proem.*, Gl. I, n. 87; con parole quasi simili, *ibid.*, n. 96: « Rubrica codicis *quando provocare non est necesse*, non servatur in hoc regno, quia necessaria est appellatio etiam in casibus ubi sententia est ipso iure nulla »; *ibid.*, Gl. V, n. 134: *Tract. de arbitrio art. un.*, Gl. XII, n. 44; *Tract. de app.*, art. I, Gl. II, n. 19; art. VII, Gl. II, n. 32; Tholosanus, *Tract. de appellationibus*, lib. II, c. 16, n. 5; Fabro, *Codex*, lib. VII, tit. 27, Def. 13, *Sub tit.*: « Etiam nulla sententia transit hodie in rem judicatam, si non ab ea appellatur »; « Licet sententia, quae ipso iure nulla est, nunquam transire possit in rem judicatam... alio tamen iure utimur ». Cfr. anche Scaccia, *De appellationibus*, quest. XVII, limit. 9, n. 6; quest. XIX, n. 18.

romano, siamo tratti a credere che proprio in Francia, coll'ulteriore svolgimento del diritto, la querela di nullità accennata dallo *Stylus* sia stata abolita e che si sia addirittura perduto il concetto di nullità della sentenza; ma una ulteriore indagine ci porta invece a concludere che non tanto si perse in Francia il concetto di nullità del giudicato, quanto piuttosto si riconobbe la inutilità di mantenere un mezzo di impugnativa speciale contro la nullità quando la possibilità di appellare venne estesa, come si è visto, per tutto il trentennio della ordinaria prescrizione: dal momento che l'appello non era più limitato, come nel diritto comune, entro il perentorio termine di dieci giorni, non si ebbe più la necessità, che si aveva nel diritto comune, di lasciare aperto un rimedio speciale per far valere quei vizî più gravi che si comprendevano sotto la qualifica di « nullità »; e quindi la vera ragione per cui sparì in Francia la querela di nullità, quale istituto esteriormente autonomo, derivò dalla enorme estensione che ebbe in Francia il termine per appellare, non già, come opina il MERLIN (62), dalla difficoltà che trovavano i pratici nel distinguere le sentenze nulle da quelle viziate da *mal-jugé*.

Nel diritto comune si insegnava, come si è visto, che anche la querela di nullità insanabile si prescriveva in trenta anni: quando ora in Francia si stabilì la regola che le nullità non potevano esser fatte valere se non per via di appello, si venne in pratica a porre una massima concordante col diritto comune, in quanto anche in Francia fu ammesso che le nullità si potessero far valere entro trent'anni. L'appello francese funzionò dunque, allorquando si appellava *tamquam a nulla*, come la *querela nullitatis insanabilis* del diritto comune, e cumulò in sè, per tal modo, la natura di un mezzo di gravame per ottener la riforma e quella di un mezzo di impugnativa per ottener l'annullamento. La particolarità del diritto francese fu questa: che, mentre nel diritto comune (a prescindere dalle legislazioni particolari) l'esperimento dell'appello non precludeva l'ulteriore esperimento della querela di nullità, nel diritto francese l'esperimento dell'appello escludeva ogni ulteriore reclamo per la nullità, talchè se l'appello veniva esperimentato subito appena emanata la sentenza, subito anche colla sentenza d'appello ogni nullità della prima sentenza si intendeva sanata. L'appello francese in funzione di querela di nullità aveva dunque natura costitutiva, non già natura dichiarativa: e quando si dice che *voies de nullité n'ont pas lieu en France*, si viene a dire in sostanza che in Francia la nullità era sempre una annullabilità, che poteva sanarsi

(62) *Rép.*, v. *Nullité*, § VII, III.

col decorso del tempo, non una inesistenza giuridica che il tempo non potesse assolutamente sanare.

Pur tuttavia anche in Francia il concetto di nullità intesa non come semplice annullabilità, ma come assoluta inesistenza, riapparisce qua e là nonostante che la sua esclusione sia in modo così reciso affermata dalla dottrina: e riapparisce in modo quasi inconsapevole, per una inevitabile necessità della logica giuridica. Qua e là, infatti, appare negli scrittori qualche rapido accenno a dei casi di sentenze che, anche se non sono appellate, o anche dopo essere state appellate, non possono mai acquistare efficienza giuridica. Già si è visto come a un caso di vera e propria inesistenza del giudicato alluda il BEAUMANOIR, quando il condannato può limitarsi a dire: *je ne tieng ce pas por jugemens;* ma anche nella dottrina e nelle leggi posteriori, allorquando si era già stabilito l'assioma che l'unico rimedio contro la nullità è lo appello, si trovano certi casi di nullità considerati come veri casi di inesistenza: secondo il *Coutume* di Britannia il giudice che è richiesto di eseguire una sentenza emessa da un altro giudice *est tenu obeir au requisitoire, s'il luy appert sommairement que la condemnation soit donnée par juge competent; autrement ne seroit tenuy obeir* (63), dal che si vede che la sentenza emessa da un giudice incompetente si considera inesistente e può esserne rilevata la inesistenza in sede di esecuzione (64). Altrove si trova detto che la regola per cui in Francia tutte le nullità si devono rilevare coll'appello vige solo per la sentenza *suis substantialibus constans* (65); che anche in Francia *ubicumque est sublata nullitas, non censetur illa sublata, per quam negatur iurisdictio* (66); e anche i più recenti scrittori riconoscono che vi sono alcuni casi (tra cui quello di incompetenza), in cui la regola *voies de nullité n'ont pas lieu en France* non ha effetto (67) poichè il vizio della sentenza, più che una annullabilità, è una vera e propria inesistenza giuridica.

---

(63) Tit. I, art. 12; si trova in D'ARGENTRÉ, *Commentaria in patrias Britonum leges* (Parisiis, 1608) e commento ivi, col. 53.

(64) *Ibid.*, tit. IX, art. 174: *Toutes sentences, données par le juge compétent, seront exécutées;* e nella Gl. *b* a pag. 569: *Ab incompetenti lata sententia executionem non meretur.* Accenni a nullità rivelabili in sede di esecuzione anche in PAPONIS CROZETII, *In burbonias consuetudines commentaria,* Lugduni, 1550, pag. 124.

(65) D'ARGENTRÉ, pag. 1092.

(66) REBUFFE, *Tract. de sent. exec.*, art. III, Gl. II, n. 3.

(67) MERLIN, *Rép.*, v. *Nullité,* § VII, n. 5.

Capitolo XV

IL RICORSO AL RE COME A GIUDICE SUPREMO CONTRO LE SENTENZE DELLE CORTI SOVRANE

Sommario: 100. Origine del *Parlement* e del ricorso al sovrano. — 101. La *supplication* ammessa dagli *Établissements* di S. Luigi: non è limitata agli errori di diritto. — 102. La sovranità dei Parlamenti e la suprema giurisdizione del sovrano esercitata per mezzo delle *Lettres de Chancellerie*. — 103. La *proposition d'erreur*: suo procedimento. — 104. Natura della *proposition d'erreur*, volta ad ottenere una *revisio in facto*. — 105. La *requête civile*: sua natura originaria di *restitutio in integrum*. — 106. Come potevano esser fatti valere gli *errores in procedendo* intervenuti in una sentenza inappellabile. — 107. *Ordonnance civ.* del 1667; abolizione della *pr. d'erreur* e trasformazione della *req. civile*.

100. — Si ebbe in Francia, verso il 1000, un periodo, nel quale la autorità regia, decaduta dalla potenza che aveva raggiunto sotto i Carolingi, si ridusse quasi ad esser simile a quella che sul proprio territorio esercitava ciascuno dei feudatarî, tra i quali il paese era diviso: poichè, a dire del Beaumanoir, ciascun barone *est souvrains en se baronnie* (1), il re, che era come tutti gli altri feudatarî sovrano assoluto sulle terre direttamente sottoposte alla sua signoria feudale, non conservava più alcun diritto effettivo sulle terre degli altri baroni, onde all'accentramento monarchico della prima età carolingia si era a poco a poco sostituito il decentramento feudale (2), nel quale quasi si era perduto il concetto dell'unità nazionale.

Quando però la monarchia capetingia mosse a riconquistare quella preminenza su tutto lo Stato che ormai si era ridotta ad un nome vuoto di sostanza, strumento efficace in questa lotta del potere centrale del monarca contro la tendenza disgregatrice dei baroni fu l'amministrazione della giustizia: ed anche in Francia avvenne quel fenomeno, che si è visto nell'impero romano e negli stati barbarici, per cui

(1) Cfr. Schmidt, *Staatslehre*, II, 2, pag. 530.

(2) Un lucido e sintetico cenno di questa *feudale Dezentralizazion* cfr. Schmidt, *Allg. Staatsl.*, II, 2, pag. 399 e segg.

il sovrano assunse nelle sue mani l'esercizio della giurisdizione, allo scopo di consolidare ed estendere la propria supremazia politica (3).

Nell'ordinamento feudale, la giurisdizione rientrava tra i diritti che spettavano al signore sul suo territorio: talché la giustizia, anziché una emanazione del potere regio esercitata per mezzo di un'ordinata gerarchia di funzionarî, era una espressione di tanti diritti di feudalità, e, invece di partirsi da un unico centro, aveva tante sedi tra loro indipendenti nelle singole *cour de baron* (4); a poco a poco, però, con una paziente attività di secoli, di cui sarebbe inutile seguire qui le fasi, i re francesi, estendendo su tutta la Francia, accanto alle corti feudali, una rete sempre più fitta di *prévôts* che esercitavano la giustizia in nome del monarca, attraendo alla giurisdizione regia i reclami per denegata giustizia, favorendo grandemente lo sviluppo degli appelli, nei quali cercarono di attenuare il carattere cavalleresco per accentuare quello di ricorso al superiore (5), riuscirono ad affermare, in modo non più soltanto nominale, la preminenza della giurisdizione regia su tutto lo Stato, la supremazia della *Curia regis* su tutte le giustizie baronali; e il re fu così, anche in Francia, considerato come il giudice supremo, come la più pura fonte di giustizia, alla quale si poteva sempre ricorrere in ultima istanza (6).

Ora accadde nell'ordinamento giudiziario francese, un'evoluzione storica analoga a quella attraverso la quale, come si è visto (retro, n. 87) nacquero negli Stati italiani i tribunali supremi. Coll'aumentare del numero delle controversie che venivano portate alla diretta cognizione del re, assunse speciale importanza il consiglio che assisteva il sovrano nell'esercizio di questa funzione giurisdizionale, fino al punto in cui l'importanza da questo consiglio raggiunta fece sì che esso diventò un organo autonomo di giurisdizione e, scindendosi dal monarca, che lo aveva originato, assunse la funzione di tribunale supremo per tutto il regno (*Parlement*: oltre, n. 102) il quale, pur giudicando in nome del re, ebbe d'ora in avanti esistenza propria, e, in seguito, anche posizione antagonistica di fronte al sovrano. Ma, come in Roma, contro le decisioni dei *Praefecti praetorio* che giudicavano *vice sacra* ed erano quindi, in origine, la parola dell'imperatore, si sviluppò coll'andar del tempo un ulteriore ricorso allo

---

(3) VIOLLET, *Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, vol. II, pag. 209.

(4) SCHMIDT, *Allg. Staatsleh.*, II, 2, pag. 405.

(5) Sulle finalità politiche dell'appello in Francia, cfr. VIOLLET, II, pag. 216-217.

(6) VIOLLET, II, pag. 210-11; WARNKOENIG, *Franz. R. Gesch.*, I, 335; SCHMIDT, II, 527. Cfr. anche HOLTZMANN, *Französische Verfassungsgeschichte*, II. Periode, 3. Kapitel, *Recht und Gericht, passim*.

Imperatore stesso, così contro le decisioni del *Parlement*, che da principio costituivano il responso del re, si aprì la possibilità di invocare direttamente presso il re una ulteriore cognizione della causa già decisa dal tribunale supremo: e al disopra del Parlamento, che agiva per delegazione del supremo potere giurisdizionale spettante al re, si sviluppò così l'uso di ricorrere al sommo controllo del delegante (7), per mezzo di alcuni caratteristici rimedî dei quali mi propongo di accennare nelle pagine seguenti le linee fondamentali (8).

101. — Un primo accenno di questa possibilità di ricorrere, come estremo rimedio contro una sentenza, alla personale cognizione del monarca si ha negli *Établissements de Saint Louis*, composti, a quel che pare, nel 1273: tale accenno è, come ora si vedrà, molto confuso ed indeciso, ma, da scrittori di fantasia fervida, è stato considerato addirittura come l'origine del nostro ricorso per cassazione.

Gli *Établissements* conoscono, come si è già accennato, due forme di ricorso contro la sentenza, secondochè essa sia pronunciata dinanzi ad un tribunale feudale (*cort de baronnie*) o dinanzi ad un tribunale presieduto da un funzionario regio (*cort de roi*); nel primo caso, se colui che voleva ricorrere contro la sentenza era un cavaliere, egli aveva una sola via per sottrarsi alla decisione, ed era quella della *faussation* (9), la quale aveva le conseguenze già notate, pur dovendo, dopo S. Luigi, esser risolta senza duello (10); nel secondo caso invece, poichè la giurisdizione regia non ammetteva quel ricorso ad un feudatario superiore, su cui si basa la *faussation* cavalleresca (11), contro la sentenza

---

(7) Viollet cit., pag. 223: « Il re delega la giustizia ai suoi siniscalchi, ai suoi bailli, ai suoi Parlamenti; ma non aliena il suo diritto di giudicare. Non è egli stesso, per dir così, una immensa riserva di giustizia? ». Raoul de la Grasserie, *De la fonction et des jurisdictions de cassation*, cap. I, sviluppa il concetto che, fin dalle origini della monarchia francese, ogni giustizia emana dal re (il che non è vero, chè anzi la giurisdizione regia nasce e si afferma in antagonismo alla giustizia signorile) e distingue così una *justice déléguée*, che è quella esercitata dai tribunali ordinarî, ed una *justice retenue*, che è quella esercitata direttamente dal re. I rimedî contro le sentenze dei Parlamenti di cui discorro nel testo sarebbero appunto casi di *justice retenue*.

(8) Sulla singolarità di questo fenomeno, per cui il re seguitò ad amministrare la giustizia anche dopochè dalla sua corte si fu separato il Parlamento, appunto allo scopo di togliere al monarca il peso dell'amministrare la giustizia, cfr. Holtzmann, *Franz. Verfassungsgesch.;* e la recensione di Ercole, in « Archivio storico ital. » (terza dispensa del 1911), pag. 9 dell'Estratto.

(9) *Établ.*, I, 83 (ed. Viollet, vol. II, pag. 134).

(10) *Établ.*, I, 7 (ed. Viollet, II, pag. 16).

(11) *Établ.*, I, 83 (ivi, pag. 134-35): « ... car il ne trouveroient qui lor en feïst droit, car li rois ne tient de nului fors de Dieu et de lui »; *Établ.*, II, 16 (ivi, 383), riportato nella nota.

poteva soltanto esser chiesto l'*amendement* per via di supplica (rimedio che era possibile anche dinanzi alle corti feudali, quando la parte gravata dalla sentenza era un *hom coustumier*, un borghese che non aveva diritto di contrapporsi da pari a pari ai giudici cavalieri) (12). La supplica per *amendement* si portava allo stesso tribunale che aveva pronunciato la sentenza e mirava ad ottenere una nuova decisione sulla controversia già decisa: se la sentenza contro cui si esperimentava era di uno dei giudici regi inferiori, a questo si chiedeva la nuova decisione (13), ma se la prima sentenza era stata pronunciata dalla *Curia regis*, la domanda di *amendement* si rivolgeva al re, affinchè riesaminasse o facesse riesaminare il precedente giudicato (14). In quest'ultimo caso, che potevasi verificare anche quando la sentenza emanava da un tribunale diverso dalla *Curia regis*, come quello del prevosto di Parigi (15), la richiesta di *amendement* diretta al sovrano deve senza dubbio essere riportata a quel potere di supremo controllo che il re esercitava sopra tutta la giustizia: ed ha quindi una certa analogia con quella *supplicatio* all'imperatore che in Roma era permessa contro le sentenze dei *Praefecti praetorio*. Simile analogia, esagerata dai riferimenti di leggi romane (16) dei quali il compilatore degli *Établissements*, riavvicinando spesso per sola somiglianza esteriore istituti storicamente e sostanzialmente diversi, ha intramezzato le norme di diritto consuetudinario tolte dai Costumi d'Anjou e di Orléans (17), ha prodotto nella dottrina mo-

---

(12) *Établ.*, I, 142 (ivi, pag. 273). Cfr. Ducoudray, *Origines*, pag. 557.

(13) Cfr. su questo *amendement* chiesto allo stesso giudice, Fournier, *Essai*, pag. 204 e segg.: Glasson, *Histoire*, VI, 596; Ducoudray, pag. 556.

(14) Cfr. specialmente *Établ.*, II, 16: « se li jugemenz a ésté donnez en cort de prevost ou de bailli ou de roi, il doit demander amandement de jugement en souploiant; car supplicacions doit estre faite en cort de roi non mie appel; car apiaux contient felonie et iniquité, selonc droit escrit ou Code, D'offrir au prince les prieres en la loi si quis adversus, et lege Instrumentorum et ou Code de sententiis praefectorum praetorio, lege unica, et en la Digeste, De minoribus lege Praefecti ou il est escrit de ceste matiere: que l'en doit souploier au roi que il lou jugement voie ou face veoir; et s'il est contre droit qu'il le depiece; et s'il n'est contre droit qu'il le face tenir et enteriner par la coustume dou païs ».

(15) *Établ.*, I, 1 (Viollet, II, pag. 7) in cui si stabilisce che contro le sentenze del Prevosto di Parigi « ne ne porra l'en apeler de son jugement, selonc droit escrit ou Code. De precibus imperatori offerendis l. ult. et l. Si quis, cum autentica ibi signata. Quae supplicatio gloriosis; mes l'en porra bien souploier au roi que il le jugement voie et se il est contre droit que il le depiece, selon droit escrit ou Code, De sent. praef. praet. l. unica, ou il est escrit de ceste matiere ».

(16) Cfr. le due note precedenti.

(17) Così Viollet, *Établiss.*, vol. I, specialmente a pag. 35. Cfr. Chenon, *Cassation*, 15.

derna un erroneo concetto su questa supplica per *amendement* che poteva essere rivolta al sovrano ed ha fatto attribuire a questo istituto, con palese anacronismo, requisiti proprî di istituti posteriori di qualche secolo. L'errore risale all'HENRION DE PANSEY (18) il quale, ravvicinando la espressione *contre droit* che si trova usata negli *Établissements* con quella *contra ius* adoprata nei testi romani a proposito della *supplicatio* (retro, n. 37), insegna che già fin dai tempi di San Luigi « la supplicazione era presentata al re quando la parte condannata si lamentava di un errore di diritto; per semplice mal giudicato o per errore di fatto essa era proposta dinanzi al tribunale che aveva reso la sentenza. Così da allora si conosceva il ricorso in cassazione e la *requête civile*; e, ciò che è notevolissimo, questi due modi di impugnare le sentenze in ultimo grado avevano luogo nelle stesse circostanze e all'incirca nello stesso modo d'oggi ». Contro simile, forse seducente, ma certo fantastica costruzione, che non trova nel testo degli *Établissements* giustificazione alcuna, basterà osservare che, se già la frase romana *contra ius* non mirava a distinguere l'errore sulla questione di diritto da quello sulla questione di fatto (retro, n. 37), tanto meno simile distinzione deve vedersi nell'espressione *contre droit,* formulata in un periodo in cui la concezione germanica della funzione giurisdizionale non era stata ancora totalmente debellata dalla concezione latina, e unicamente destinata quindi a indicare in modo generico l'ingiustizia della sentenza (19). Da ben altra origine che non da queste prime estrinsecazioni del supremo potere giurisdizionale del sovrano nascerà, come vedremo, il ricorso per cassazione (oltre, n. 108 e segg.); onde, contro l'opinione dell'HENRION DE PANSEY e di chi accetta la sua costruzione (20), si deve nella *suplication* degli *Établissements* scorgere tutt'al più il primo germe dei posteriori rimedî della *proposition d'erreur* (21) o della *requête civile* (22).

---

(18) *De l'autorité judiciaire, Introduction,* chap. V.

(19) GLASSON, *Histoire,* VI, pag. 261: « Questa supplicazione, fondata su un testo mal compreso del diritto romano, supponeva una sentenza resa contro il diritto, espressione molto generale, *che comprendeva tanto l'errore di fatto quanto l'errore di diritto* ».

(20) ZINK, *Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im Französischen Civilprocesse,* I. Bd. (München, 1860), trova nelle ordinanze di S. Luigi *eigentlich den ersten Grund zum Cassationsrecurse* (pag. 398, nota 12). Così SCHLINK, *Kommentar über die französische Civilprozess Ordnung,* I. Bd. (Coblenz, 1843), pag. 17, che attinse evidentemente dall'HENRION; così LEUE, *Ideen,* citato appresso, pag. 123. Contro l'insegnamento dell'HENRION, DALLOZ, *Rép.,* v. *Cassation,* n. 4; CHENON, *Cassation,* 15, nota 1; PISANELLI, *Cassazione,* pag. 21, nota 1.

(21) TARBÉ, *Lois, Introduction.*

(22) VIOLLET, *Établiss.,* vol. I, pag. 278; GLASSON, *Histoire,* VI, 261.

102. — L'intervento del sovrano nella risoluzione delle controversie civili, meglio che nel periodo al quale appartengono gli *Établissements*, si sviluppa e si determina a partire dal secolo XIV, quando la *Curia regis* ebbe assunto la netta funzione di un tribunale autonomo e inappellabile (*souverain*) e il potere giurisdizionale del re ebbe trovato il suo strumento nelle *lettres de justice*.

Gli storici del diritto francese non sono concordi nel determinare con precisione in che momento dalla *Curia regis*, collegio di nobili attorniante il sovrano per consigliarlo negli affari di Stato e per coadiuvarlo nell'esercizio della giurisdizione, si sia staccato il *Parlement*, organo esclusivamente giudiziario, ed in che momento esso si sia fissato stabilmente a Parigi (23), separandosi dal vero e proprio consiglio (*concilium*) del re, al quale seguitò ad essere attribuita una funzione consultiva sugli affari di Stato. Certo è che, fin dai primi anni del secolo XIV il Parlamento appare già fornito di tutte le caratteristiche di un supremo tribunale di appello, al quale si portavano in ultima istanza i ricorsi di ogni natura contro le sentenze dei tribunali regî e, col graduale affermarsi della monarchia sulla feudalità, contro le sentenze delle corti feudali (24). Il Parlamento, per naturale conseguenza della sua funzione derivata dalla sovranità regia, decideva inappellabilmente: espressamente l'Ord. del 23 marzo 1302, art. 12, stabilì: *Item volumus, sancimus et etiam ordinamus quod iudicata arresta et sententiae quae de nostra curia sive nostro communi consilio processerint, teneantur et sine appellatione aliqua executioni mandentur* (25). Per questa inappellabilità attribuita al Parlamento, si usò dire che il Parlamento era fornito di sovranità (*souveraineté*); e quando, col volger degli anni, accanto al Parlamento di Parigi si andarono formando in

---

(23) Si insegnava tradizionalmente che ciò avvenne per l'Ord. di Filippo il Bello del 21 marzo 1302 (riportata in ISAMBERT, II, 790 e segg.): cfr. HENRION DE PANSEY, Introd., cap. VI. Ma oggi questa opinione è superata e si fa risalire più oltre l'avvenimento; cfr. WARNKOENIG, I, pag. 336-341; FOURNIER, *Essai*, 189; GLASSON, *Histoire*, VI, 159 e segg.; LUCHAIRE, *Histoire des inst. monarchiques de la France sous les premiers Capétiens*, 2ª ed., Paris, 1891, vol. I, 277; II, 327; LANGLOIS, *Les origines du Parlement de Paris*, « Rev. hist. », XLII; VIOLLET, *Histoire des Inst.*, III, 295 e segg. Si cfr. anche DUCOUDRAY, *Origines*, che a pag. 65 e segg. dà una tavola riassuntiva delle ordinanze che regolarono il Parlamento; e HOLTZMANN. *Fr. Verf. Gesch.*, pag. 235 e segg.

(24) HENRION DE PANSEY, *Aut. jud.*, pag. 162; CHENON, *Cassation*, pag. 17; GLASSON, *Histoire*, VI, 262.

(25) Testo in *Recueil*, II, 768. Cfr. GLASSON, VI, 262, che alla nota 2 opina che tale disposizione si riferisca non solo al Parlamento (*Curia*), ma anche al consiglio regio (*commune consilium*); e non, quindi, che questi due termini siano sinonimi; cfr. anche DUCOUDRAY, pag. 557 e SCHWALBACH, *Der Pariser Parlement*, pag. 159-160.

diverse parti di Francia altri Parlamenti minori (26), ad ognuno di essi fu attribuita la qualifica di *Cour souveraine,* ossia, secondo il FERRIÈRE (27), di *Cour supérieure qui sous l'autorité du Roi connaît des différens des particuliers souverainement et sans appel.*

La concentrazione nei diversi Parlamenti del potere di decidere in ultima istanza le controversie di tutto il regno di Francia, avrebbe, se fosse stata assoluta, spogliato il re da quel suo diritto di controllo sulla giustizia che, come a giudice supremo, a lui spettava per effetto della sovranità; ma, come già si è accennato, la delegazione del potere di ultimo appello fatta dal monarca ai Parlamenti, non portò seco una rinuncia del sovrano a ingerirsi direttamente nell'amministrazione della giustizia ogni volta che gli sembrasse opportuno; e la istituzione del Parlamento di Parigi e di quelli successivi a sua somiglianza, mentre aveva avuto da principio lo scopo di alleggerire il sovrano dal carico della giurisdizione, confermò al contrario il principio che il sovrano, anche al disopra dei Parlamenti, restava sempre il giudice supremo; onde, nel seno del *Concilium* che, dopo la separazione del Parlamento destinato alla funzione giudiziaria, era restato con funzioni consultive intorno al re, rigerminò un organo di natura giudiziaria, incaricato di ricevere le domande dei privati che da tutto il regno venivano deferite al sovrano come giudice supremo: tale organo giudiziario fu detto le *Requêtes de l'Hostel du Roy,* e i membri che per delegazione del re lo componevano furono detti i *maîtres des requêtes* (28) adibiti a raccogliere le suppliche dirette al monarca, per riferirne a lui. Alle richieste che per questo tramite giungevano al re, e che riguardavano per lo più controversie vertenti dinanzi ai tribunali inferiori, il sovrano rispondeva con degli ordini scritti, nei quali erano indicati i provvedimenti che nel caso dovevano esser presi; e a questi ordini scritti, che possono lontanamente paragonarsi alle *epistulae* colle quali gli imperatori romani davano provvedimenti per ordinare un processo dinanzi ai giudici inferiori (retro, n. 36), si dette il nome di *lettres de justice* (29) o, più in generale, di *lettres de la Chancellerie,* perchè esse, quantunque fossero firmate dal sovrano, erano in realtà preparate e sigillate, spesso con frodi e raggiri, nella Cancelleria della Corte (30).

---

(26) WARNKOENIG, I, n. 186; HOLTZMANN, *Franz. Verf. Gesch.*, III. Periode, 2. Kap., pag. 335 e segg.

(27) *Dictionnaire de droit et de pratique* (12ª ed., vol. I, Paris, 1740).

(28) WARNKOENIG, I, pag. 349; STEIN, III, pag. 475; GLASSON, VI, pag. 191-192; cfr. anche HENRION DE PANSEY, c. VI; HOLTZMANN, pag. 252.

(29) Cfr. VIOLLET, *Inst.*, II, pag. 229.

(30) STEIN, III, pag. 477-481; FERRIÈRE, *Dictionnaire,* I, v. *Chancellerie,* dice che questa « est le lieu où l'on scelle les lettres qui sont émanées de Sa Majesté, pour le fait de la Justice... ».

Gli scopi ai quali, nell'àmbito dell'amministrazione della giustizia, servivano queste *lettres,* che costituiscono uno degli istituti più importanti della monarchia francese (31), potevano essere diversissimi: esentare alcuno dalla giurisdizione dei tribunali ordinarî, avocare alla cognizione del Consiglio sovrano la decisione di una controversia, restituire una parte contro il decorso di un termine, e così via (32). Ma a tutte, nelle molteplici loro forme, era comune il concetto informatore, secondo il quale al sovrano, fonte originaria della giurisdizione e giudice supremo di tutto il regno, spetta in ogni caso il diritto di intervenire nell'amministrazione della giustizia, sospendendo il corso dell'ordinaria giurisdizione o avviandolo e modificandolo secondo il suo volere, e di sostituire la sua cognizione di delegante a quella dei giudici suoi delegati; è un punto, questo, che per determinare in modo esatto l'origine storica del ricorso per cassazione, devo qui mettere in speciale rilievo: il sovrano, cioè, tutte le volte che con queste *lettres de Chancellerie* interveniva nell'amministrazione della giustizia, prendendo il posto dei giudici ordinarî, non agiva se non in funzione di giudice supremo, esercitando fra i diversi poteri che nella sua sovranità si riassumevano, soltanto quel potere di giurisdizione che da lui, come già si è visto, traeva la prima sorgente. In una monarchia assoluta com'era quella di Francia, tutti quanti i poteri pubblici mettevano capo al sovrano, il quale di conseguenza aveva la possibilità di esercitarli tutti: così, ad esempio, poteva il re, a quel modo stesso che poteva decidere una controversia in funzione di giudice, emettere delle ordinanze in funzione di legislatore; orbene, l'attività che il re esercitava sull'amministrazione della giustizia per mezzo delle *lettres de Chancellerie* rispondeva esclusivamente alla funzione giurisdizionale del sovrano, e non mirava affatto a salvaguardare nel sovrano prerogative diverse da quella di render giustizia, come, ad esempio, quella di legiferare. Vedremo fra poco come nella monarchia francese il sovrano esercitò sull'amministrazione della giustizia una speciale censura, volta ad impedire che i giudici si sottraessero all'osservanza delle ordinanze regie, e preordinata così a far rispettare il potere regio nella sua funzione legislativa; ma con questa speciale censura (da cui doveva nascere, come vedremo, il ricorso per cassazione) non ha nulla di comune questo diritto di intervento nella giustizia che il re esercita colle *lettres de*

---

(31) Stein, III, 477.

(32) Specificazione in Stein, loc. cit.; Ferrière, nel suo *Dictionnaire,* vol. 2°, pag. 134, col. 2, dopo aver detto in generale che « Lettres royaux sont des secours de droit émanez du Prince, en faveur de l'impétrant », enumera in seguito e spiega più di cinquanta specie di *lettres* diverse.

justice (33). In quest'ultimo caso il re, come giudice supremo, mira a raggiungere, sia pur talvolta deviato da fini politici o da personali favoritismi, lo scopo a cui mira tutto l'ordinamento giudiziario, che è quello di decidere le controversie insorte fra i privati; nell'altro caso, invece il re, come legislatore, obbedisce ad un interesse ben diverso da quello per il quale è stabilita l'amministrazione della giustizia, e mira a raggiungere un fine che, in un certo senso (si vedrà oltre ai nn. 113 e seg.), è in antagonismo con quello della giurisdizione.

Di questa istituzione così generale delle *lettres de Chancellerie,* pel tramite delle quali in tanti molteplici sensi si sviluppò l'intervento del re nella giustizia, si giovò il sovrano anche per riaffermare il proprio diritto di giudice supremo sulle decisioni emanate dal Parlamento di Parigi e dagli altri sorti in seguito in altre città di Francia; contro queste decisioni *souveraines,* che non erano sottoposte al rimedio ordinario dell'appello, si svilupparono infatti a poco a poco diverse forme di rimedî straordinarî, coi quali la parte che si trovava gravata da tali sentenze si rivolgeva al re per ottenere da lui delle *lettres de Chancellerie,* volte a rimuovere gli effetti della cosa giudicata che, secondo le regole ordinarie, sarebbe ormai stata irrevocabile. Sorse così nel diritto francese la possibilità di un ulteriore ricorso contro le sentenze inappellabili, che deve essere considerato appunto come una più specifica e più precisa determinazione di quel generale istituto delle *lettres de Chancellerie,* per mezzo delle quali si manifestava l'ingerenza del sovrano in tutti i campi della giustizia (34): questo ricorso, però, non si sviluppò in una forma unica, ma assunse, pur obbedendo sempre allo stesso principio informatore, costruzione e modalità diverse, secondo la natura dei vizî inerenti alla sentenza contro la quale si proponeva il reclamo. Bisogna, a tale proposito, considerare che i difetti intervenuti nelle sentenze dei Parlamenti potevano, come quelli di ogni sentenza, essere raggruppati in tre classi, secondochè si trattasse di errori di giudizio relativi al fatto o al diritto (*errores in iudicando*), di irregolarità processuali (*errores in procedendo*), o di evidente opposizione

---

(33) Erroneamente dunque, a parer mio, il VIOLLET, *Inst.*, II, pag. 224, riannoda l'origine del *pourvoi en cassation* alla funzione di *souverain juge,* che resta al re anche contro le sentenze del Parlamento; erroneamente anche il LA GRASSERIE, *Cassation,* pag. 6-7, considera sotto l'ipotesi della *justice retenue* tanto il caso delle *lettres de justice* (in cui il re compie un vero atto giudiziario), quanto quello della cassazione, che ha solo natura politica. Cfr. anche HOLTZMANN, III. Per., Kap., n. 3, pag. 362-365.

(34) STEIN, III, pag. 655, dice che la *Requête civile* « ist nichts anderes, als die genauere Organisation der Lettres de la Chancellerie »; lo stesso si può dire per la *proposition d'erreur.*

tra la cosa giudicata e l'equità: a queste tre categorie di difetti della sentenza non corrisposero, peraltro, tre diverse forme di ricorso al sovrano e quindi tre diverse specie di *lettres de justice;* ma alla prima categoria ed all'ultima corrisposero due istituti nettamente diversi, cioè la *proposition d'erreur* e la *requête civile,* mentre per i vizî della seconda categoria non si ebbe un rimedio particolare, ma servirono, come si vedrà, ora l'uno ora l'altro dei due rimedî sopra accennati. Dedicherò le pagine seguenti a una breve indagine su questi due istituti, studiando prima la loro origine ed il loro svolgimento nell'età anteriore all'Ordinanza del 1667, e notando poi le modificazioni che tale Ordinanza portò in questa materia.

103. — Già l'Ordinanza ricordata del 23 marzo 1302, dopo aver espressamente riconosciuto la inappellabilità delle sentenze del Parlamento, aggiungeva per altro che al re si poteva ricorrere contro tali sentenze, *si aliquid ambiguitatis vel erroris continere viderentur, ex quibus merito suspicio induceretur* (35). Da questo ricorso al re, che poteva dar luogo a una nuova trattazione della causa per parte di una commissione di ciò incaricata dal re (*providam deliberationem specialis mandati nostri, et de nostra licentia speciali*), ha origine quell'istituto che già il Bouteiller (36) chiamò il rimedio degli *erreurs* e che assume poi, nell'ulteriore sviluppo del diritto francese, il nome di *proposition d'erreur* (37); tale rimedio consistè in una *requête* diretta al re con cui, allegandosi che la sentenza pronunciata dal Parlamento si basava su di un errore, si chiedeva al sovrano che volesse concedere una nuova trattazione nella causa stessa: se il sovrano accoglieva il ricorso, i *maîtres des requêtes* rilasciavano al ricorrente un ordine del re (tali ordini prima si chiamarono *lettres de grâce de dire contre arrêt* e poi *lettres de proposition d'erreur*) (38) col quale si dava incarico al consiglio regio, o, a partire dall'Ord. del dec. 1320 (39), allo stesso Parlamento che aveva pronunciato la sentenza contro cui si ricorreva, di riesaminare il giudicato riformandolo in quanto fosse errato. Numerose sono, nella serie delle Ordinanze pubblicate dai re francesi, quelle che si riferiscono alla *proposition d'erreur,* quasi tutte intese a limitare questo

---

(35) *Recueil,* II, 768; Chenon, *Cassation,* pag. 17; Ducoudray, 558; Henrion de Pansey, 162; Glasson, *Histoire,* VI, 262.

(36) *Somme rural,* lib. I, tit. XX, rub. *De erreur sur arrest de Parlement.* Cfr. Schwalbach, 159-160.

(37) Cfr. Garsonnet, *Traité,* VI.

(38) Glasson, VI. 263; Chenon, *Cassation,* 19; Henrion de Pansey, 163.

(39) *Recueil,* III, 260.

istituto (40): la procedura del quale, giunta al più alto sviluppo, era per sommi capi, quale il REBUFFE la descrive (41), la seguente.

La parte che volesse valersi della *proposition d'erreur* contro una sentenza inappellabile, poteva (purchè non si trattasse di sentenze contro le quali tale rimedio era vietato, come le interlocutorie (42) o quelle rese in materia possessoria (43); e purchè non fosse decorso il termine per l'esercizio del ricorso, che fu fissato prima in due anni (44), e poi ridotto ad un anno dalla pubblicazione della sentenza) (45), rivolgersi al re, depositando in Cancelleria una supplica scritta (46) destinata ai *Maîtres des requêtes,* la quale doveva contenere, a pena di irricevibilità, la specificata enumerazione dei motivi di errore che il supplicante sosteneva essere intervenuti nella sentenza (47). La supplica veniva consegnata, insieme coi documenti in appoggio, ad uno dei membri del *Conseil,* affinchè ne riferisse all'intero collegio dei *Maîtres des requêtes,* i quali delibando la causa *ut a prima facie apparere potest* (48), decidevano se la asserita esistenza di errori presentava parvenza di fondatezza e, quindi, se la revisione doveva concedersi; la risposta dei *Maîtres des requêtes* era data al Cancelliere, che la trasmetteva al re, il quale, sulla relazione di lui, ordinava o negava il rilascio delle *lettres* (49). Se le *lettres* erano concesse, esse si rivolgevano di regola al Parlamento che ave-

---

(40) Oltre quelle già citate del 1302 e 1320, si riferiscono a questo argomento le ordinanze, anteriori a quella del 1667: 1331 (*Recueil,* IV, 401); 1340 (*ib.,* X, 819, in nota); 1344 (*ib.,* IV, 494); 1453 (*ib.,* IX, 227-228); 1479 (*ib.,* X, 818); 1498 (*ib.,* XI, 359); 1535 (*ib.,* XIII, 447); 1539 (*ib.,* XIII, 628); 1566 (*ib.,* XV, 206).

(41) *Tractatus de supplicationibus seu errorum propositionibus,* in *Comm. in cost. seu ordin. regias* cit., n. 16 e segg. Cfr. anche BOUTEILLER, *Somme rural* (ed. CHARONDAS LE CHARON), tit. XX, rub. *De erreur sur arrest de Parlement;* IMBERT, *Institutions,* II, c. 16.

(42) Ord. di Filippo di Valois del 1344, c. 9. Cfr. *Recueil,* IV, 494; TARBÉ, *Cassation,* pag. 11; HENRION DE PANSEY, 164; CHENON, *Cassation,* 19-20; CREPON, *Cassation,* nn. 11-15.

(43) Ord. di Plessis-les-Tours di Luigi XII, 1479, art. 88. Cfr. *Recueil,* XI, 559; HENRION, 171, nota 1.

(44) Ord. di Luigi XI del 1479, *Recueil,* X, 818 e segg.

(45) Ord. di Villers-Cotterets di Francesco I, dell'agosto 1539, art. 136 (*Recueil,* XIII, 628). Cfr. REBUFFE, l. c., nn. 56-57.

(46) Cfr. un modello di tali suppliche in BOUCHEL, *Bibliothèque,* vol. II, voce *Proposition d'erreur,* pag. 1104.

(47) Ord. 1344, cap. 9, cit. *Recueil,* IV, 494. Cfr. BOUTEILLER, l. c.

(48) Citata Ord. del 1344; l'art. 135 dell'Ord. di Villers-Cotterets del 1539 prescrisse però ai *Maîtres des requêtes* di esaminare accuratamente se l'errore era reale e se i documenti corrispondevano all'elenco.

(49) REBUFFE, l. c.; *Recueil,* l. c., II, 16, pag. 383.

va pronunciato la sentenza (50) (salvo casi eccezionali, in cui il re avocava la decisione al suo consiglio), ordinandogli di riesaminare il giudicato per correggere gli errori che eventualmente vi trovasse; insieme con tale ordine, la Cancelleria rilasciava una busta sigillata, entro la quale erano chiusi la sentenza impugnata, la supplica contenente i motivi di errore ed il parere dei *Maîtres des requêtes* (51).

Dopo questa prima fase del procedimento, che aveva carattere meramente introduttivo e che si svolgeva tutto presso la corte del re senza intervento della parte contraria, si iniziava, presso il Parlamento che aveva pronunciato la prima sentenza, una seconda fase con carattere decisamente contraddittorio. Colui che aveva ottenuto le *lettres*, doveva depositarle presso il Parlamento, con una supplica in cui chiedeva al Parlamento stesso di aprire la busta contenente gli errori e di stabilire un giorno per la citazione della parte avversaria; ma, per essere udito in questa sua richiesta, era obbligato anzitutto ad adempiere la importante formalità del deposito di una cauzione (52), la quale doveva servire in caso di soccombenza del supplicante, a indennizzare la parte avversaria dei danni e delle spese ed a pagare al sovrano una multa (53). Adempiute tali formalità, il Parlamento, adunato non in seduta plenaria, come secondo le Ordinanze più antiche, ma in collegio parziale, composto dai giudici che avevano pronunciato la sentenza impugnata e da alcuni giudici aggiunti nominati dal re o dal Parlamento stesso (54), ordinava l'apertura della busta contenente i motivi di errore, la comunicazione di questi alla parte avversaria, e assegnava un termine per lo scambio delle difese e l'udienza per comparire (55); e, ove non verificasse a prima vista che la proposizione d'errore era solo un mezzo fraudolento per mandare in lungo la lite, nel qual caso poteva senz'al-

---

(50) Citata Ord. del 1344. GLASSON, VI, 263; BOUTEILLER, l. c.: « et si l'erreur est recevable, les seigneurs des requestes du Roy envoyent aux seigneurs des Parlement la requeste, et les erreurs formez par articles avec un mandement, contenant que la requeste avec lesdicts erreurs soient visitez et veus et receus, et soient commis des seigneurs du dit Parlement à ce voir et recevoir, tellement que les parties puissent estre ouyes sur ce; et sera mesmes la Cour de Parlement juge ».

(51) REBUFFE, l. c.

(52) Salvo che si trattasse di un supplicante povero, nel qual caso bastava anche una *cautio iuratoria*: cfr. REBUFFE, l. c., sulla multa per *fol apel.*

(53) Disposizione introdotta per la prima volta dall'Ord. del 1331 (*Recueil*, IV, 401) e dall'Ord. del 1340 (*Recueil*, X, 819, nota). Francesco I, nell'Ord. di Villers-Cotterets, elevò la misura della multa a 240 lire (art. 136). Cfr. CHENON, *Cassation*, 28 e BORNIER, *Conférences*, I, pag. 270.

(54) Ord. di Villers-Cotterets, art. 137; cfr. REBUFFE, op. cit., n. 83.

(55) REBUFFE, l. c.

tro negare la revisione (56), procedeva, in base ai soli documenti del precedente giudizio (57), ad un riesame del giudicato diretto a decidere *an erratum sit* (58), condannando in caso di decisione negativa il supplicante ai danni ed alle spese in favore dell'avversario, nonchè alla perdita del deposito, e riformando, in caso di decisione affermativa, la precedente sentenza nei punti errati (59).

La *proposition d'erreur* non aveva effetto sospensivo (60); e, poichè questi processi di *proposition d'erreur*, quantunque si dovessero limitare ad un semplice riesame del giudicato, in realtà andavano molto per le lunghe (61), l'Ord. del 1539, art. 138, impose che la sentenza in base alla revisione dovesse esser pronunciata nel termine di cinque anni dall'ammissione del rimedio.

104. — Se ora, in base a questa schematica descrizione del procedimento della *proposition d'erreur*, cerchiamo di cogliere la natura caratteristica e sostanziale dell'istituto, troviamo in esso una grande analogia con quella *supplicatio* del diritto romano imperiale, per mezzo della quale si otteneva dal sovrano una *retractatio* di una sentenza inappellabile dinanzi allo stesso magistrato che l'aveva pronunciata. Per altro, mentre la *supplicatio romana* aveva, per quanto riguarda i motivi di gravame, la stessa estensione dell'appello ed era quindi ammessa ogniqualvolta il soccombente si ritenesse a torto condannato (*contra jus laesos se adfirment*: retro, n. 37), la *proposition d'erreur* francese andò assumendo una singolare conformazione, in quanto si plasmò come un rimedio limitato ad una sola categoria di vizî del giudicato.

Anzitutto, come il nome stesso dell'istituto indica, la *proposition d'erreur* ebbe come suo presupposto la esistenza di un *error in iudicando* nella sentenza impugnata, da parte del giudice: essa, come dice il Bouchel (62), era un rimedio *par lequel on pretend avoir esté jugé par erreur*, concesso, secondo il Rebuffe (63), *ut errores corrigantur*. Inizialmente, quando l'istituto non era giunto ancora al suo pieno sviluppo, non si distinsero le diverse specie di errori di giudizio e tutti

---

(56) Ord. di Carlo VII del 1453, art. 66 (*Recueil*, IX, 227-228); cfr. Chenon, pag. 23; Crepon, I, n. 17.

(57) Rebuffe cit., n. 80.

(58) Id., n. 81.

(59) Id., nn. 93, 101, 103.

(60) Ord. del 1344 cit. Rebuffe, l. c., nn. 38-42.

(61) Rebuffe, op. cit., n. 80.

(62) *Bibliothèque* cit., vol. II, v. *Proposition d'erreur.*

(63) Op. cit., n. 14.

indifferentemente si considerarono come motivi validi per l'esercizio di questo gravame: l'Ordinanza del 1302 suppone in genere che la sentenza contenga *quid ambiguitatis vel erroris* senza distinguere — nonostante la contraria affermazione dell'HENRION DE PANSEY (64) — tra errori di fatto ed errori di diritto, nè ad alcuna consimile distinzione allude ancora il BOUTEILLER, che parla in genere di *erreur* (65). In seguito però, per uno svolgimento puramente dottrinario dell'istituto, si andò affermando la regola che la *proposition d'erreur* poteva esperimentarsi soltanto per errore di fatto, non mai per errore di diritto: *n'est permis d'alleguer en proposition d'erreur* — scrive IMBERTO (66) — *autres erreurs que de fait et non de droit* (67). La ragione di questa regola, la quale sembra partire da un'idea assolutamente opposta a quella che sta a base del nostro ricorso per cassazione (dall'idea cioè che sia necessario contro le sentenze inappellabili garantire alle parti un ulteriore rimedio limitato ai soli errori di fatto, quasichè l'errore di fatto debba considerarsi più grave dell'errore di diritto), dev'essere ricercata nel principio di disposizione che, anche nel processo francese, signoreggiava la raccolta del materiale di decisione. Mentre, per ciò che si riferisce al diritto, vigeva la nota massima *Iura novit Curia*, per la quale i giudici dovevano conoscere ed applicare d'ufficio le regole di diritto ai fatti (68), per quanto si riferisce al fatto i giudici erano di regola limitati dall'attività delle parti: talchè, mentre per quello che si riferiva alla decisione delle questione di diritto, si poteva ritenere assai difficile un errore da parte dei giudici che dovevano essere a conoscenza di tutti gli elementi necessarî a risolverle (presunzione tanto più verosimile quando si trattava di una sentenza proveniente da giudici così autorevoli come i Parlamenti sovrani), più giustificabile appariva un errore relativo ad un punto di fatto, sul quale i giudici dovevano attendere ogni informazione dalle parti e subire quindi nel loro giudizio le conseguenze della deficiente informativa. Esclusa era quindi la *proposition d'erreur* in questioni di diritto, perchè *sicut omnia iura in scrinio pecto-*

---

(64) Secondo questo autore, op. cit., pag. 170, gli errori di diritto erano decisi dal re, quelli di fatto dallo stesso Parlamento. Contro: CREPON, I, *Cassation*, n. 6.

(65) *Somme rural*, l. c. Cfr. GLASSON, VI, pag. 263, nota 3.

(66) *Institutions*, II, c. 16 (pag. 384 dell'ed. cit.).

(67) Regola comunemente accettata nel diritto francese intermedio. BOUCHEL, *Bibliothèque*, vol. II, voce *Proposition d'erreur*, pag. 1104; FERRIÈRE, *Dictionn.*, II, 40, voce *Prop. d'erreur*; REBUFFE, l. c., n. 70; cfr. anche CHENON, *Cassation*, pag. 26-27; HENRION DE PANSEY, pag. 170; STEIN, III, pag. 654; cfr. bibliografia francese in GARSONNET, *Traité*, VI, § 2299, nota 9.

(68) Cfr. JOUSSE, *Idée générale ou abrégé de l'administration de la justice* (Paris, 1767), tit. III, parte II, sez. II, § XV, n. 5, pag. 86.

ris habet princeps, quod est intelligendum per suos consiliarios... ideo in iure isti consiliarii non praesumuntur errasse (69); perchè *on ne peut pas présumer qu'une Cour souveraine pèche par ignorance du droit et des ordonnances* (70). E si ammetteva solo il ricorso per errore di fatto, come quello che non portava menomazione alcuna alla dignità ed alla dottrina dei giudici. Non sembra tuttavia che tale esclusione del rimedio in caso di errore di diritto sia stata in pratica osservata rigorosamente: lo stesso IMBERTO, dopo aver posto la regola che è permesso allegare solo errori di fatto, aggiunge: *combien que sovent on en alegue qui sont de droit* (71). Come, infatti, l'abilità degli avvocati d'oggi si affatica spesso nel presentare alla Cassazione sotto parvenza di violazione di legge quello che è in realtà un puro errore di fatto, così all'inverso l'arte forense tentava in Francia, allo scopo di eludere la inappellabilità del giudicato, di mascherare da errori di fatto quelli ch'erano in sostanza veri errori di diritto: e, quando la decisione del Parlamento appariva erronea in diritto, *ut iudices non notentur, allegatur error facti, ob quem error iuris secutus est* (72).

La *proposition d'erreur* contro le sentenze *souveraines* appare dunque nel diritto francese come un ricorso diretto al re nella sua qualità di giudice supremo affinchè ordini alla stessa magistratura che ha pronunciato la sentenza impugnata una revisione (73) della

---

(69) REBUFFE, l. c., n. 7.

(70) FERRIÈRE, *Dictionnaire,* voce *Proposition d'erreur* cit.; BOUCHEL, v. *Requeste civile,* vol. III, pag. 255. La spiegazione che comunemente si dà di questa limitazione della *proposition d'erreur* ai soli errori di fatto, è, sull'autorità dell'HENRION DE PANSEY (chap. XXXI, sez. VI), assai differente: si dice infatti che siccome nel secolo XIV tutto il diritto francese era ridotto in *coutumes* che dovevano essere allegate e provate dalle parti in giudizio come i semplici fatti, così ogni errore relativo alla *coutume* si considerava un errore di fatto, in modo che l'errore di diritto vero e proprio era divenuto impossibile (così anche CHENON, *Cassation,* pag. 21). L'inconcludenza di questo ragionamento è palese: se infatti nei tribunali francesi non fosse stato possibile l'errore di diritto, non si intende che importanza pratica avrebbe avuto il divieto di proporre errore di diritto! Del resto l'errore di diritto in antagonismo all'errore di fatto è considerato fin dal BOUTEILLER, che parla di una sentenza *donnée contre droict escrit et ancien usage de pays* (retro, n. 98, nota 50). Più razionale, quantunque, secondo me, non esauriente, è la spiegazione data dal LA GRASSERIE, *Cassation,* il quale dice che siccome quasi tutto il diritto francese era consuetudinario e quindi meglio apprezzabile sul luogo, era vietato il ricorso al re per errore di diritto, perchè il re non era al caso di decidervi meglio dei tribunali locali (pag. 7).

(71) Loc. cit. Cfr. STEIN, III, 654.

(72) REBUFFE, l. c., n. 70.

(73) Anche gli scrittori francesi dicono esplicitamente che la *proposition d'erreur* conduceva ad una *revision.* Cfr. FERRIÈRE, *Dictionnaire,* I, voce *Revision* (pag. 605).

questione di fatto ed una eventuale riforma del giudicato, nel caso che la revisione dimostri la esistenza di errori di fatto nel giudicato stesso. Alcuni scrittori dicono che questo rimedio è un rimedio ordinario (74); più giustamente il REBUFFE (75) osserva che la *proposition d'erreur* è concessa solo *contra iudicatum, quod per appellationem retractari non potest; nam si competat appellatio et sic remedium ordinarium, non competet hoc extraordinarium,* e accenna così che essa è un rimedio estremo, basato esclusivamente sulla *gratia* del re e non, come l'appello, sul *jus commune* (76).

105. — Natura sostanzialmente diversa dalla *proposition d'erreur* ma forme in parte comuni con essa ebbe la *requête civile,* che non si trova espressamente disciplinata da Ordinanze regie anteriori a quella del 1539, ma che già esisteva nella pratica al tempo di IMBERTO, il quale parla *de faire retracter un arrest par requeste civile* (77). Mentre la *proposition d'erreur* era un rimedio esclusivamente riserbato contro le sentenze delle corti sovrane, avverso alle quali non era mai dato appello, la *requête civile* era ammessa contro ogni specie di sentenze, cioè non solo contro quelle inappellabili fin dall'origine, ma anche contro quelle dei giudici inferiori dopo la decadenza del diritto d'appello (78); ma, come la *proposition d'erreur,* essa era volta ad ottenere dal re delle *lettres en forme de requeste civile,* per mezzo delle quali il sovrano ordinava ai giudici che già avevano pronunciato la prima sentenza di esaminare se non fosse il caso *par équité et grace* di revocare il giudicato.

Il carattere distintivo di questo istituto è dato dai motivi per i quali poteva essere esperimentato. IMBERTO insegna che il motivo fondamentale che dava luogo a questo rimedio era il fatto che la decisione fosse stata originata dalla frode di una parte: *quand par dol, circonvention ou précipitation la partie adverse a obtenu l'arrest;* ma aggiunge però che sarebbe *bien équitable* che questo rimedio venisse ammesso anche quando la sentenza fosse basata su un errore o un'omissione commessi da una delle parti nella propria difesa (79). In gene-

---

(74) IMBERT, *Institutions,* II, 16 (pag. 382 della ed. cit.): « Après qu'il est « jugé par arrest, si l'une des parties se sent grevée, le remède ordinaire est de se « pourvoir par proposition d'erreur »; BOUCHEL, *Bibliothèque,* II, v. *Proposition d'erreur.*

(75) L. c., n. 12.

(76) L. cit., n. 84 e segg.

(77) II, c. 16, pag. 385 della ed. cit.

(78) REBUFFE, *Tractatus de literis civilibus,* Gl. II, n. 51; STEIN, III, pag. 655.

(79) *Institutions,* l. c.

rale si può dire che la *requête civile* del diritto francese corrispondeva in modo perfetto alla *restitutio in integrum* del diritto comune (80), colla sola differenza che in Francia essa diventò un rimedio diretto esclusivamente al potere sovrano, nel concetto che *il étoit raisonnable que dans un état monarchique on expédiât sous l'autorité du Prince tous les acts de justice dont les Magistrats prenoient la connaissance dans les États populaires* (81): si può dunque dire che la *requête civile* era esercitabile tutte le volte che la raccolta del materiale di lite era avvenuta attraverso tali influssi perturbatori, per i quali la sentenza da esso risultante, se per lo stretto diritto doveva esser considerata valida, non poteva esser lasciata sussistere senza violare l'equità. Il REBUFFE infatti, contrappone la *proposition d'erreur* alla *requête civile*, dicendo che *in propositione erroris detegitur error iudicantis, in supplicatione civili iniquitas vel dolus partis* (82); mentre colla prima si lamentava un *error in iudicando* del giudice, colla seconda si faceva valere un vizio esteriore al processo che aveva menomato la libera disposizione delle parti nella loro difesa, talchè si diceva essa appunto *requête civile*, perchè di regola (tolto il caso di dolo del giudice) non criticava l'operato del giudice, *parce qu'elle non offense pas les Juges* (83).

Le regole e i termini relativi alla richiesta ed al rilascio delle *lettres en forme de requête civile* erano gli stessi della *proposition d'erreur* (84). Ma l'istituto che da taluno, in contrapposizione alla *proposition d'erreur*, viene qualificato come *remède extraordinaire* (85),

---

(80) Alla *restitutio in int.* del diritto romano riportano la *r. c.* tutti i giuristi francesi: cfr. REBUFFE, *Tr. de suppl.*; D'ESPEISSES, tit. XII, sect. I, art. 1; BOUTARIC, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV* (1743), tit. XXXV, art. 1: « ... dans la requête civile l'objet d'une partie n'est point de faire reparer l'iniustice, « comme il l'est dans les appellations, mais d'être restitué en entier envers le « jugement ou l'arrêt qui l'a condamnée ». D'ESPEISSES, l. c., n. 24, dà un modello di *lettres* rilasciate dal sovrano, in cui egli così si esprime: « ... nous vous « mandons s'il vous appert de ce que dessus et autres choses à suffisance, sans « avoir égard au dit Arrêt, restituïez en entier envers icelui, et remettiez les « parties en tel état qu'elles étaient avant icelui ». Cfr. ENGELMANN, *Rom. kan. Pr.*, 192.

(81) D'ESPEISSES, I. *Des contrats*, parte IV, tit. XI, sect. I, n. 5, pag. 808.

(82) La cosid. *surprinse de la partie, ibid.*, n. 47. Cfr. in particolare sui motivi di *requête civile, ib.*, Gl. II, n. 15 e segg.; BOUCHEL, *Bibliothèque*, III, v. *Requeste civile;* D'ESPEISSES, tit. XII, sect. II, art. 1.

(83) FERRIÈRE, II, 569, v. *Requeste civile;* BORNIER, *Conférences des ordonn. de Louis XIV* (Nouv. éd., Paris, 1760), tit. XXXV, art. 42.

(84) Cfr. REBUFFE, op. cit., Gl. II, n. 41. Però la *Déclaration* del 10 luglio 1566 (*Recueil*, XV, 216), art. 15, stabilì per la *r. c.* dei termini più brevi.

(85) BOUCHEL, *Bibliothèque*, II, voce *Proposition d'erreur.*

aveva pure qualche norma sua propria, corrispondente allo scopo che gli era caratteristico. L'art. 128 dell'Ord. del 1539, avendo di mira solo la *requête civile* volta contro sentenze di corti sovrane, stabilì contro il ricorrente che fosse respinto nella sua domanda una multa non inferiore a quella del *fol appel* e un indennizzo alla parte avversaria (86); e, in quanto al giudice competente per decidere sulla restituzione, sebbene IMBERTO affermi che spesso il sovrano riservava a sè o al suo privato Consiglio tale decisione (87), di regola invece, poichè con questo rimedio *nil allegatur contra ipsos iudicantes* (88), ne furono investiti i primi giudici senza alcun membro aggiunto, salvo il caso previsto dall'art. 61 dell'Ord. di Moulins del 1566 (89), *qu'il fût questions du fait et faute des juges, auquel cas les requestes civiles seront renvoyées en autre chambre que celle ou aura esté donné le jugement* (90). Un altro punto nel quale la *r. c.* si differenziò dalla *proposition d'erreur* fu nella possibilità di dedurre per mezzo di essa nuovo materiale di decisione nel giudizio rescissorio che seguiva al rescindente: e ciò perchè, mentre nella *proposition d'erreur,* dovendosi *probare errasse iudicantem, hoc debet fieri ex productis,* nel secondo nuove deduzioni dovevano necessariamente ammettersi, in quanto *debet pars deducere ea, quae si adducta fuissent non sic fuisset iudicatum* (91).

106. — Come alla *supplicatio* del diritto romano imperiale corrispose in Francia la *proposition d'erreur,* destinata propriamente a correggere gli *errores in iudicando,* così alla *restitutio* di origine parimente romana corrispose nel diritto francese la *requête civile,* posta a sussidio della equità contro lo stretto diritto; questi due rimedî erano i soli permessi contro le sentenze dei giudici sovrani, poichè l'art. 92 dell'Ord. di Blois del 1579 (92) espressamente dispose che *les arrêts des nos Cours souveraines ne pourront être cassés ne retractés que par les voies de droit, qui sont la requête civile et la proposition d'erreur...* (cfr. oltre, n. 117). Ma ove una sentenza delle Corti sovrane fosse viziata da un di quegli *errores in procedendo* che nel diritto

---

(86) Senza però che occorresse alcun deposito preventivo. Cfr. REBUFFE, Gl. II, n. 52.

(87) *Institutions,* II, 16, pag. 385, cit.

(88) REBUFFE, Gl. II, n. 52.

(89) *Recueil,* XV, 206.

(90) Così anche nella cit. *Déclaration* del 10 luglio 1566, in *Recueil,* XV, 216.

(91) REBUFFE, Gl. II, n. 41.

(92) *Recueil,* XV, 404. Disposizione confermata dall'art. 18 dell'ed. di Rouen, del 1597, *Recueil,* XVI, 124.

comune davano luogo ad una querela di nullità, qual'era il rimedio idoneo a far valere questo vizio? Per le sentenze appellabili valeva, come si è visto (retro, n. 99), l'appello; ma le sentenze delle Corti sovrane non ammettevano appello. Qual mezzo offriva dunque il diritto francese per toglier vigore ad una sentenza di un Parlamento viziata da qualche nullità processuale?

Da un editto pubblicato nel 1545 a Chanteloup (93) appare che la pratica, allo scopo di evitare il deposito ed i termini della *proposition d'erreur*, aveva escogitato una nuova forma di ricorso al sovrano, col quale si chiedeva il rilascio di *lettres pour être reçu à alléguer nullité, griefs et contrariétés* che fossero intervenuti in una sentenza di una corte sovrana; con tale ricorso, che costituiva in fondo una vera e propria querela di nullità (94), si mirava ad ottenere la soppressione della prima sentenza e la reiterazione del giudizio *comme si c'etait une voie d'appel* (95). L'editto del 1545 si occupò di tali lettere *de nouvelle invention* non per disciplinarne l'uso, ma per sopprimerlo: stabilendo che ove la pretesa nullità o la pretesa contradditorietà tra due sentenze rese *dalla stessa Corte* (96) si verificasse in un caso in cui fosse esperimentabile la *proposition d'erreur*, a questo rimedio si doveva ricorrere, mentre soltanto nei casi che la *proposition d'erreur* non fosse esperimentabile, potevasi direttamente ricorrere alla stessa corte che aveva pronunciata la sentenza, affinchè essa potesse *faire droit sur la nullité et autrement pourveoir* (97). Per tal modo dunque la *proposition d'erreur*, che aveva in origine la funzione di una *revisio in facto*, veniva adibita insieme all'ufficio di una *querela nullitatis*, deducibile, previa permissione del sovrano, dinanzi lo stesso giudice che aveva deciso la prima volta (98).

Ma in realtà il reclamo per nullità contro le sentenze delle Corti

---

(93) Manca in *Recueil*; cfr. FONTANON, *Les édits et ordonnances des rois de France*, I, 586; HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. VII, pag. 171, nota 1; REBUFFE, *De suppl. seu err. prop.*, art. VIII, Gl. 1ª.

(94) Il GARSONNET, *Traité*, VI, § 2299, nota 26, lo chiama un saggio prematuro di ricorso per cassazione; ma questo si può dire soltanto da un punto di vista strettamente processuale.

(95) HENRION DE PANSEY, l. c.

(96) Così si deve intendere, come mostra il testo dell'Editto, la parola *contrariété*, e non, come interpreta l'HENRION, l. c., pag. 175: *l'opposition ou le peu de concordance entre les différentes parties du même arrêt.*

(97) *Ibid.*, REBUFFE, art. VIII, Gl. III, pag. 322. Tali disposizioni furono confermate dall'Ord. di Orléans del gennaio 1560 (*Recueil*, XV, 74); cfr. HENRION DE PANSEY, pag. 173; CHENON, *Cassation*, pag. 30.

(98) Per la risoluzione dei conflitti tra sentenze di Parlamenti diversi, oltre, n. 116.

sovrane si avvicinò nella pratica, anzichè alla *proposition d'erreur* che perse in breve ogni importanza, alla *requête civile*: e questo in conformità con quel principio del diritto francese (*les voies de nullité n'ont pas lieu en France*) secondo il quale, così nel campo processuale come in quello sostanziale, i motivi di nullità si concepivano meglio come motivi di restituzione e di rescindibilità, e non si ammetteva che i giudici potessero pronunciare direttamente la nullità di una sentenza, senza averne avuto il permesso dal sovrano (99). Considerandosi i motivi di nullità come i motivi di rescindibilità del giudicato, parve naturale che le nullità si facessero valere per via di *requête civile*, la quale rappresentava appunto, come si è visto, la restituzione nel campo processuale: e, quantunque la nullità non si trovi prima dell'Ord. del 1667 espressamente considerata come un capo di *r. c.*, tuttavia essa lo era in pratica, com'è dimostrato dal fatto che le lettere di restituzione venivano chiamate anche *lettres royaux en déclaration de nullité* (100) e che si insegnava che la *r. c.* aveva effetto sospensivo quando serviva a far valere un motivo di nullità del giudicato (101).

107. — Modificazioni esteriormente molto notevoli, ma in sostanza corrispondenti a quelle trasformazioni che già si erano compiute nella pratica, portò al sistema dei mezzi per impugnare le sentenze delle Corti sovrane l'*Ordonnance civile* data da Luigi XIV nel 1667, la quale da una parte abolì la *proposition d'erreur*, dall'altra integrò e disciplinò la *requête civile*, restringendola alle sole sentenze pronunciate *en dernier ressort* (102).

La *proposition d'erreur* aveva nella pratica perduto ogni impor-

---

(99) Merlin, *Répertoire*, voce *Nullité*, § VII: « ... voyant que dans le droit « romain c'était le préteur qui accordait les restitutions en entier pour dol, crainte « ou lésion, et comparant cette pratique avec celle qui était déjà établie de leurs « jours, de prendre des lettres du prince, lorsqu'on voulait faire rescinder un acte « pour l'une de ces trois causes, ont tiré de cette différence, bornée par elle-même « à des cas particuliers, la conséquence générale, que les juges ne pouvaient plus « prononcer aucune nullité de droit sans un commandement exprès du souverain; « c'est-à-dire, qu'ils *ont appliqué aux nullités ce qui n'avait été introduit que « pour les restitutions en entier, et qu'ils ont confondu les acts nuls en soi, avec « les actes sujets à revision* ». Cfr. anche Pothier, *Traité de la proc. civile*, parte V, cap. IV, art. 2; e Crome, *Parte generale del diritto privato francese* (traduzione Ascoli e Cammeo, Milano, 1906), pag. 248-249; Breuning, *Ueber die Cassationsinstanz* (Coblenz, 1820), I. *Abschnitt*, § 2.

(100) D'Espeisses, *Contrats*, IV, tit. XI, sect. I, pag. 808.

(101) Id., tit. XI, sect. III, n. 7.

(102) Tit. XXXV, art. 1: cfr. Stein, III, pag. 655.

tanza anche prima dell'Ord. del 1667 (103), dalla quale fu formalmente abolita coll'articolo 42 del Titolo XXXV, poichè, a dir del BORNIER (104), tale rimedio era estremamente odioso, come quello che col solo suo nome tacciava i giudici d'errore e d'ignoranza. Fu conservata invece ed estesa la *requête civile,* che diventò così l'unico rimedio considerato dall'Ordinanza contro le sentenze inappellabili: l'art. 1 del Tit. XXXV dispose infatti che *les arrests et jugemens en dernier ressort ne pourront estre retractez que par lettres en forme de requeste civile.*

Già si è veduto che in origine la *requête civile* aveva il carattere di una *restitutio in integrum,* e che, per un concetto tutto proprio al diritto francese, essa servì anche a far valere dei motivi di vera nullità, mentre alla *proposition d'erreur* fu riservato l'esercizio degli *errores in iudicando*: è interessante ora osservare qual natura ebbero i motivi di *requête civile,* quand'essa, dal 1667, fu diventata l'unico rimedio contro le sentenze inappellabili.

Le *ouvertures de requestes civiles* (105) che sono enumerate negli artt. 34 e 35 del Tit. XXXV dell'Ord. 1667 si possono distinguere in due gruppi: il primo comprende, in conformità colla natura originaria dell'istituto, dei veri e proprî motivi di restituzione; il secondo, invece, comprende diversi casi di *errores in procedendo.* Al primo gruppo appartenevano i casi di *dol personnel;* di decisione basata su *pièces fausses* o seguita da *desaveu;* di *pièces décisives nouvellement recouvrées et retenües par le fact de la partie;* di mancata comunicazione della causa all'avvocato generale in materie pubbliche (art. 34) o di mancata difesa a favore della Chiesa, comunità o minori (art. 35). Al secondo gruppo appartenevano i casi di trasgressioni alla procedura stabilita dall'Ordinanza (106); la pronuncia *extra petita;* la pronuncia *ultra petita*; l'omessa pronuncia; la contrarietà tra sentenze inappellabili emesse nella stessa causa *dallo stesso giudice*; la inconciliabilità tra diverse disposizioni della stessa sentenza (art. 34).

La semplice enumerazione di questi due gruppi di motivi che per l'Ord. del 1667 potevano dar luogo a *r. c.* dimostra come sia giusta la definizione che di questo istituto dà il MITTERMAIER (107), che lo chiama *Mischung der Nullitätsquerel und der Restitution.* Ma se per

---

(103) D'ESPEISSES, tit. XII, sect. II, art. 2.

(104) *Conférences* cit. a questo articolo.

(105) Cfr. POTHIER, *Des Obligations,* nn. 855-859.

(106) Art. 34: *si la procédure par Nous ordonnée n'a point esté suivie.* Secondo il BOUTARIC, *Explication de l'Ordonn. de Louis XIV* (1743), pag. 393, tale disposizione si limita alla sola Ord. del 1667.

(107) *Gem. Pr.,* III, pag. 88.

via di *requête civile* potevansi far valere da una parte i motivi di restituzione, dall'altra gli *errores in procedendo* (108), resta da vedere se questo rimedio poteva in qualche modo tutelare le parti contro gli *errores in iudicando*. L'art. 42 del Tit. XXXV che aboliva, come si è visto, la *proposition d'erreur* e più l'art. 32 del Tit. stesso, secondo il quale *ne seront le Arrests et jugemens en dernier ressort retractez sous prétexte dū mal jugé au fonds* rispondono negativamente: in verità, durante i lavori preparatorî sull'Ordinanza si era proposto di porre tra i motivi di *requête civile* anche *l'erreur en un fait décisif ou point de Coutume* (109), ma la proposta fu scartata, per evitare il moltiplicarsi dei reclami. Talchè, a partire dall'Ord. 1667, l'*error in iudicando* intervenuto in una sentenza inappellabile non ebbe più in Francia un rimedio appropriato, posto nell'interesse delle parti: non l'errore di fatto, a meno che derivasse dal dolo della parte avversaria, nel qual caso si rientrava in un caso di restituzione (110); non l'errore di diritto che, come non era stato mai un motivo di *proposition d'erreur* (retro, n. 104), non potè essere, dopo il 1667, un motivo di *requête civile* (111).

Per ciò che si riferisce al procedimento proprio di questo istituto, esso conservò la linea caratteristica che aveva in origine la *proposition d'erreur*, dividendosi in un primo stadio in cui, presso la Cancelleria reale, si chiedevano le *lettres en forme de requeste civile* (art. 1 del Tit. XXXV) con una richiesta motivata, accompagnata dal parere di due avvocati anziani, in unione coll'avvocato relatore (art. 13); ed in uno posteriore in cui, dinanzi al giudice incaricato da tali *lettres*, si svolgeva il nuovo giudizio. Il termine per ottenere le *lettres* e per iniziare in base ad esse il nuovo giudizio, fu di sei mesi (art. 5) con diversa decorrenza secondo i motivi di *requête* (art. 13); si conservò la necessità, sorta originariamente per la *proposition d'erreur*, di un pre-

---

(108) Cfr. Fleury, *Institution du Droit français* (ed. Laboulaye, Paris, 1858), II, pag. 272: *pour les nullités, elles passent ordinairement en ouverture de requêtes civiles*. Cfr. Chenon, *Cassation*, 43. Anche il Pothier, *Des obligations*, nn. 875 e 885, insegna che, siccome in Francia *les nullités n'ont pas lieu de plein droit*, esse devono esser fatte valere contro le sentenze *en dernier ressort, par la voie de la requête civile*.

(109) Cfr. Jousse, *Nouveau Commentaire sur l'Ord. civ. du mois d'avr. 1667* (Nouv. éd., Paris, 1767), all'art. 34 del tit. XXXV, pag. 686; Pothier, *Procédure*, P. III, sect. III, § 11, in fine.

(110) Jousse, l. c.; Ferrière, *Dictionn.*, voce *Proposition d'erreur*: « L'er- « reur de fait ne peut plus se proposer aujourd'hui que par requête civile, sous « prétexte du dol personnel, procédant du fait de celui qui a obtenu gain de « cause ».

(111) Jousse, l. c.; Ferrière, l. c.

ventivo deposito di lire trecento per la multa al fisco e di lire centocinquanta per il risarcimento della parte avversaria (art. 16); ugualmente si conservò la regola che il nuovo giudizio, in virtù del quale non si sospendeva l'esecuzione della sentenza impugnata (112), doveva svolgersi dinanzi lo stesso collegio che aveva deciso la prima volta (art. 20 e segg.), a meno che le *lettres* non disponessero altrimenti, come avveniva, ad esempio, quando vi era contrarietà tra decisioni appartenenti a Parlamenti diversi, nel qual caso il nuovo giudizio spettava al *Grand Conseil* del sovrano (art. 24) (113). Espressamente si dispose che, ottenute le *lettres*, si dovesse anzitutto giudicare sui motivi di *r. c., sans entrer aux moyens du fond* (art. 37) e che, se si trovavano sufficienti, dovessero le parti esser rimesse *en pareil estat qu'elles estoient auparavant l'Arrest* (art. 33), salvo poi procedere separatamente sul merito, come se la sentenza tolta di mezzo non fosse mai stata pronunciata: si rese così obbligatoria la distinzione tra il *rescindens* e il *rescissorium*, il primo destinato a distruggere la sentenza anteriore, il secondo a porre al suo posto una sentenza nuova (114).

(112) Art. 18. Cfr. POTHIER, parte III, sez. III; art. 1, § VIII.

(113) Cfr. oltre, n. 116.

(114) Cfr. i commentarî di BORNIER, BOUTARIC, JOUSSE, RODIÈRE agli articoli corrispondenti; esposizione sistematica di questo procedimento in POTHIER, *Procédure*, parte III, sez. III, §§ IV e segg.

Capitolo XVI

ORIGINE E SVILUPPO DEL DIRITTO SOVRANO DI ANNULLARE LE SENTENZE DEI PARLAMENTI CONTRARIE ALLA VOLONTA' DEL RE

Sommario: 108. Lotta tra monarchia e Parlamenti, originata dall'autorità quasi legislativa acquistata da questi: diretto nesso tra tale lotta e l'origine del ricorso per cassazione. — 109. *a*) La cassazione ha luogo originariamente per trasgressione dei Parlamenti all'ordine sovrano contenuto nelle *lettres de justice*. — 110. *b*) Ulteriore sviluppo: cassazione per violazione di singole norme processuali. — 111. *c*) Sviluppo definitivo: cassazione per violazione di ogni ordinanza (Ord. di Blois, art. 208). — 112. La contravvenzione all'ordinanze concepita fondamentalmente come un *error in procedendo*. — 113. Scopo della cassazione sotto l'*ancien régime*: non mantenere l'osservanza del diritto obiettivo, ma difendere contro i Parlamenti le prerogative subiettive del sovrano. — 114. L'annullamento delle sentenze dei Parlamenti, è una prerogativa esclusiva del re, e non ha carattere giurisdizionale.

108. — Il Parlamento di Parigi, staccatosi, come si è veduto (retro, n. 100) dal consiglio di corte del sovrano, non dimenticò mai che ripeteva le proprie origini da un consesso investito di funzioni politiche; in conseguenza di che, nè esso nè, in seguito, gli altri Parlamenti sorti in diverse città francesi sul suo modello, contennero mai la propria attività entro il campo strettamente giudiziario e pretesero ininterrottamente di esercitare, oltrechè la giurisdizione in ultima istanza, anche attribuzioni di natura diversa, confinanti colla potestà legislativa. Una prerogativa dei Parlamenti, colla quale essi venivano a partecipare al potere sovrano di legiferare, era quella della registrazione (*enregistrement*) delle ordinanze regie, in virtù della quale le leggi emanate dal re non si consideravano obbligatorie nella giurisdizione di un Parlamento finchè questo non ne avesse preso atto e riconosciuta la obbligatorietà (1). Accanto a tale partecipazione al potere legislativo generale, riserbata ai Parlamenti per mezzo di questa specie di sanzione

(1) Seligman, *Justice*, pag. 36. Cfr. Holtzmann, *Verfassungsgeschichte*, pag. 218 e segg.

alle ordinanze, che poteva esser rifiutata con una deliberazione in cui si esponevano al sovrano i motivi contro l'ordinanza (*remontrance*), le Corti sovrane godevano della facoltà di emanare, in forma di pronuncia giudiziaria, risoluzioni di carattere regolamentare le quali, purchè non fossero contrarie alle ordinanze regie o alle *coutumes*, avevano vigore anche per il futuro (2); tali risoluzioni, la cui efficacia era ristretta al territorio su cui si stendeva la competenza del Parlamento, miravano quasi sempre a disciplinare l'amministrazione della giustizia e si chiamavano *Arrêts de règlement*, cioè, come le definisce il FERRIÈRE (3), *décisions que les Cours souveraines font, pour être observées comme loi dans l'étendüe de leur ressort*. Notevole è poi, a dimostrare come i poteri dei Parlamenti fossero assai più estesi di quelli degli altri giudici non sovrani, che le Corti sovrane, anche quando si limitavano a esplicare una funzione puramente giurisdizionale emanando una sentenza limitata al caso singolo, godevano, nell'applicare la legge, una libertà d'interpretazione quale non era concessa ai giudici inferiori: questi erano tenuti a seguire con cieca obbedienza la lettera della legge, e, ove questa sembrasse loro oscura, a riferirne al re; i Parlamenti invece *peuvent en certains cas, et pour de justes tempéramens, s'en écarter de manière néanmoins qu'il ne paroissent pas entièrement les détruire; en un mot, ce sont des Juges qui peuvent donner aux loix une interprétation, que l'équité peut suggerer; mais les autres juges n'ont pas ce privilège* (4).

La facoltà di controllare per via di *enregistrement* gli atti del potere legislativo centrale; il diretto esercizio di un potere regolamentare entro la propria giurisdizione; la maggior libertà nell'applicare ai casi concreti le leggi di dubbia interpretazione, tutte queste prerogative dei Parlamenti trasformarono notevolmente la loro natura, e da organi giurisdizionali supremi li trassero ad aspirare, in concorrenza col re, a funzioni di sovranità politica: accadde in tal modo che la monarchia, la quale in origine si era servita dei Parlamenti per esten-

---

(2) FERRIÈRE, *Dictionnaire*, I, 431, voce *Cour souveraine*.

(3) *Dict.* cit., II, 526, voce *Règlement*; cfr. anche I, 125, voce *Arrest de règlement*; DENISART, *Décisions* (ed. 1783), voce *Arrêt*, § V, n. 1: « ... arrêts célèbres, en matière d'ordre public, sont les arrêts de règlement: non pas seulement « règlements de police, mais règlements sur des points de droit qui étoient contestés, « et que le parlement a voulu fixer »; BONCENNE, *Théorie*, I, pag. 125; HOLTZMANN, pag. 219; SIREY, *Recueil*, 1808, II, 38; id., 1824, II, 19. Cfr. SELIGMAN, *Justice*, pag. 36, che parla di decisioni di Parlamenti *qui réglementent le fonctionnement d'un service public*.

(4) FERRIÈRE, *Dict.*, II, 325, voce *Parlement*; ivi, pag. 62, voce *Interprétation de Loix*; e I, 431, voce *Cour souveraine*; DIDEROT e D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, vol. IX, voce *Justice*, pag. 53, col. 1ª.

dere la giurisdizione regia a detrimento della giustizia baronale e per affermare, accentrando la giurisdizione suprema in mano a loro, il principio unitario sul frazionamento feudale, si trovò di fronte come antagonisti quegli stessi Parlamenti, i quali, da strumenti dell'accentramento monarchico, miravano a farsi fieri oppositori dell'assolutismo (5).

Lunga e ricca di vicende è la storia della lotta secolare tra i monarchi francesi ed i Parlamenti, i quali, dai primi isolati e temporanei rifiuti di registrare qualche ordinanza regia, giunsero nel secolo XVIII a collegarsi ufficialmente tra di loro, a costituire un corpo politico nazionale contrapposto e ribelle al monarca (6): e si può dire che la storia dei Parlamenti, fautori sempre delle idee novatrici, sia la storia delle origini e della preparazione della Rivoluzione francese. Per seguire, sia pure nei soli episodî salienti, lo svolgimento di una sì complicata ed agitata lotta, non è luogo opportuno questo: al conflitto, durato fino alla catastrofe dell'*ancien régime,* in cui da una parte il monarca lottava per il mantenimento del proprio assolutismo e dall'altra i Parlamenti, sforzando le loro attribuzioni originariamente giudiziarie, tentavano di stabilire sul potere sovrano un primo controllo costituzionale (7), basti qui aver soltanto accennato, al solo scopo di affermare che da questo conflitto appunto, e non da altra causa che da questo conflitto, nasce in Francia per la prima volta il potere sovrano di cassare le sentenze dei Parlamenti ed il corrispondente istituto processuale del ricorso per cassazione (8).

Nelle indagini storiche che abbiamo condotto finora, seguendo nell'età intermedia l'incontro di concetti nati da una parte nel diritto romano, dall'altra nei diritti germanici, ci siamo limitati a rintracciare qualche elemento isolato dell'istituto che qui studiamo, e molte volte abbiamo intrapreso e condotto un'indagine al solo scopo di ritrarne un resultato negativo. Ma qui, accennando finalmente a questa lotta tra la monarchia e i Parlamenti francesi, ci accostiamo alla origine diretta ed immediata della Cassazione e possiamo assistere al concreto e positivo combinarsi dei diversi elementi, finora separati, intorno ad

---

(5) Cfr. MAURY, *L'administration française avant la Révolution de 1789,* in « Revue des deux Mondes », vol. CVII (1873), pag. 581.

(6) SELIGMAN, *Justice,* pag. 66 e segg.

(7) Una succosa esposizione di questo secolare conflitto si trova in HOLTZMANN, *Franz. Verf. Gesch.,* III. Periode, 3. Kap., nn. 3 e 4, pag. 346 e segg.

(8) I processualisti tedeschi colgono con molta precisione questa origine politica della cassazione; cfr. MITTERMAIER, *Gem. Pr.,* III, pag. 135; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel,* pag. 5 e segg.; ENGELMANN, *Rom. kan. Pr.,* pag. 193-194; WEISMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung,* in « Z », 1885, pag. 173.

un unico nucleo vitale. Si sono studiate finora istituzioni diverse dal ricorso per cassazione, avvicinando artificiosamente nello studio, allo scopo di mettere in evidenza analogie e differenze, prodotti di età e di civiltà disparate: da questo momento, invece, lo studio storico al quale mi accingo non avrà più lo scopo di raggiungere remote analogie fra istituti che nella loro esplicazione concreta ebbero esistenza totalmente separata, ma seguirà immediatamente quel movimento politico al quale in pratica risale la nascita della Cassazione, e attraverso il quale si può giungere, senza ulteriore interruzione nè di luoghi nè di tempi, all'istituto foggiato dalla Rivoluzione francese e da essa trasmesso agli ordinamenti processuali contemporanei.

109. — Il conflitto tra re e Parlamenti, da cui doveva sorgere l'istituto della Cassazione, non nacque, per ciò che si riferisce al mio tema, tutto in un punto, nè ebbe fin da principio quel carattere e quella estensione da esso raggiunti negli ultimi due secoli della monarchia: nacque bensì originariamente, attraverso tanti episodii sporadici, limitato ai casi singoli che lo occasionavano, e soltanto in seguito assunse una portata più generale, che ne fissò in modo caratteristico la natura.

a) La prima e più semplice forma in cui si manifesta il conflitto tra il monarca e le Corti sovrane si ricollega a quel diritto di intervento nella giustizia che il re, come giudice supremo di tutto lo Stato, ampiamente esercitava per mezzo delle *lettres de Chancellerie*. Già si è visto come il sovrano, per l'unico scopo di disciplinare l'attività dei tribunali nell'interesse del buon andamento della giustizia (quantunque assai spesso, sotto questo scopo confessato si celasse quello di ostacolare il regolare cammino della giustizia con arbitrarî favoritismi), usasse rivolgersi ai giudici inferiori, ed in ispecie ai Parlamenti, con degli ordini scritti, per mezzo dei quali sospendeva o modificava l'andamento di un processo, limitando o addirittura eliminando la competenza dei tribunali ordinarî. Finchè i tribunali inferiori si mostravano ossequenti a questi ordini sovrani e, appena la giurisdizione regia si era sovrapposta alla loro giurisdizione, si spogliavano di ogni cognizione sul processo in corso senza procedere ad atti ulteriori, nessun conflitto si manifestava tra il potere regio e gli organi giudiziarî; ma poteva accadere che i Parlamenti, sia perchè la giurisdizione si considerava allora, più che una funzione pubblica, un vero diritto dell'organo che la esercitava, sia perchè l'intervento del monarca mascherava molte volte le più sfacciate iniquità, e d'altra parte era molto facile ai privati ottenere, per via di corruzione dei cortigiani, le lettere di cancelleria anche nei casi ove ne mancasse ogni presupposto, si ribellassero all'ordine regio e procedessero alla deci-

sione della controversia di cui erano investiti, senza curarsi della ingiunzione sovrana che imponeva loro di sospendere il processo o ne toglieva loro definitivamente la cognizione. Ecco sorgere così, da questa possibilità, il conflitto tra il monarca e le Corti sovrane: da una parte il re, come giudice supremo di cui i giudici inferiori erano semplici delegati, rivolgeva un comando ai suoi rappresentanti, vietando loro di compiere qualche atto processuale; dall'altra i giudici inferiori, senza prestar obbedienza al comando del loro mandante, procedevano contro la sua espressa volontà a compiere l'atto vietato, usurpando per tal modo un potere che, per il singolo atto, era stato ad essi revocato. Il fatto che un Parlamento avesse pronunciato una sentenza nonostante che il sovrano gli avesse vietato di pronunciarla non è da paragonarsi alla ipotesi di una sentenza pronunciata da un Parlamento nel legittimo esercizio dei suoi poteri, ma viziata da qualche difetto di forma o di sostanza: per quest'ultimo caso provvedevano, come si è visto, i rimedî straordinarî della *proposition d'erreur* e della *requête civile,* i quali miravano a correggere una sentenza lesiva dell'interesse delle parti, ma non specificamente diretta contro un comando del re. Nel primo caso invece il solo fatto della esistenza di una sentenza in un processo in cui era stato interdetto al Parlamento di sentenziare, costituiva una ribellione alla specifica volontà del sovrano; e il re che interveniva a reprimere questa ribellione, non agiva come giudice supremo nell'interesse della giustizia, ma come monarca a difesa della propria autorità menomata da chi non obbediva ai suoi ordini.

Il provvedimento che il sovrano prendeva in questi casi in cui i Parlamenti procedevano ad atti giudiziarî che per il singolo caso erano stati loro vietati da un ordine regio, era quello di distruggere senz'altro l'atto compiuto contro la sua volontà, annullandolo con un decreto del suo Consiglio. Esempi pratici di simili conflitti tra re e Parlamenti, limitati ad una singola controversia e seguiti da un annullamento deliberato dal sovrano volta per volta, appaiono numerosi nella storia del diritto francese. Mi limiterò qui a citare tre casi. Anzitutto quello delle *lettres d'évocation,* colle quali il sovrano, di *motu proprio* o dietro una supplica degli interessati, usava (e così di frequente da sovvertire ogni garanzia di giustizia) (9) rivolgersi ai giudici inferiori per spogliarli della cognizione di una causa, della quale voleva decidere direttamente egli stesso o investire qualche altro organo

(9) Cfr. CHENON, *Cassation,* pag. 24 e segg.; SELIGMAN, *Justice,* pag. 54, nota 1.

giudiziario (10): se il giudice inferiore, obbedendo all'ordine regio, sospendeva senz'altro ogni atto nel giudizio evocato, nessun conflitto nasceva tra lui ed il sovrano; ma se, noncurante dell'ordine, pronunciava la sentenza, questa, che costituiva una patente infrazione alla volontà del re, poteva essere annullata dal monarca, poichè *acta facta post evocationem intimatam non subsistere, sed esse ipso iure nulla* (11). Un altro caso in cui poteva nascere un consimile conflitto e quindi la necessità di un annullamento da parte del re era quello delle *lettres de committimus,* con cui il sovrano esentava i suoi funzionarî dalla giurisdizione ordinaria e concedeva loro di esser giudicati dalle *Requêtes de l'Hôtel du Roy* o da altro foro privilegiato (12): se, nonostante le lettere di esenzione debitamente presentate in giudizio, i giudici ordinarî decidevano un processo in cui era parte un funzionario regio, il sovrano interveniva ad annullare la decisione, come quella ch'era stata resa in disobbedienza al suo comando (13). Si può finalmente citare in terzo luogo, come causa di conflitto tra il sovrano e i Parlamenti, le *lettres d'état,* colle quali, a favore di qualche cittadino che fosse assente dal regno per motivi d'ordine pubblico (per es. per combattere in guerra), *Rex judicibus mandat, ut causam in eodem statu relinquant, quamdiu impetrans pro causa ista erit absens* (14); se i giudici, senza obbedire all'ordine di sospensione, mandavano innanzi il processo fino alla sua definizione, i loro atti costituivano tante in-

---

(10) Sulle avocazioni, cfr. REBUFFE, *Tractatus de evocationibus,* in op. cit., vol. I, il quale definisce la avocazione (ivi, n. 9) come *causae pendentis coram inferiore ad principem vel alium superiorem legitime facta revocatio seu translatio;* JOUSSE, *Idée générale ou abrégé de l'adm. de la justice,* tit. III, sez. IV, P. I, § 5, *Des évocations par main souveraine.*

(11) REBUFFE, *Tract.* cit., art. I, n. 82. Tale nullità fu espressamente riconosciuta nell'Ord. dell'agosto 1669, tit. I, art. 2, secondo la quale « les procès « évoqué seront jugés par les Juges pardevant lesquels le renvoi a été fait « suivant les Coutumes des lieux d'ou les procès auront été évoqués, à peine de « nullité et cassation des Jugements et Arrêts qui auront été rendus, pour raison « de quoi les Parties se pourront pourvoir en notre Conseil »; cfr. commento in BORNIER, *Conférences* cit., II, pag. 327.

(12) Cfr. STEIN, III, 474; JOUSSE, op. cit., tit. III, sez. IV, P. I, § 6.

(13) Ord. agosto 1669, tit. IV, art. 10: « ... et ou il y aurait quelques proce- « dures faites au préjudice, la cassation en sera requise judiciairement... et « tout ce qui aura été fait au préjudice du renvoi sera cassé ». Cfr. BORNIER, *Conférences,* II, pag. 342 e segg.; GAURET, *Stile universel,* I, 65, ed ivi formule.

(14) REBUFFE, *Tract. de literis dilatoriis,* in op. cit., II, 376; secondo questo A. il nome di tali lettere si spiegava « quia in eodem statu et conditione remanet « causa illa in quo erat tempore quo istae literae praesentantur », così secondo BORNIER, *Conférences,* II, 372; ma secondo altri (CHENON, *Cassation,* 24) il nome alludeva al fatto che tali lettere erano concesse per ragioni pubbliche, *di Stato.*

frazioni della volontà sovrana, e il re provvedeva ad annullarli per mantenere rispettata la propria autorità (15).

I primi esempi di cassazione di sentenze dei Parlamenti compiuta in Francia dal monarca si riferiscono dunque a questi conflitti sorti tra il re e le Corti sovrane nell'àmbito di una singola controversia: il Parlamento, procedendo ad atti giudiziarî che il re aveva per quella singola controversia vietati, veniva a ribellarsi alla volontà del sovrano e il sovrano agiva per ristabilire il rispetto e l'osservanza della propria autorità. Si noti peraltro che in questi conflitti limitati ad una controversia singola, poichè il re, nell'emanare le *lettres de justice* relative ad un unico processo, agiva non come legislatore ma come giudice supremo, i Parlamenti non si ribellavano ad una volontà generale ed astratta posta dal sovrano come norma per una serie di casi, ma alla sua volontà concreta manifestata per il solo giudizio in corso; talchè quando il monarca interveniva ad annullare la sentenza pronunciata in disobbedienza a questo suo concreto comando, non agiva a tutela del suo potere sovrano di legislatore, ma a tutela del suo potere sovrano di giudice supremo, al quale i Parlamenti, non curando l'ordine da lui dato in questa qualità, avevano portato una menomazione. La infrazione al comando sovrano commessa dai Parlamenti costituiva, del resto, essenzialmente un *error in procedendo,* un vizio di attività, per cui nasceva una divergenza tra il modo in cui il Parlamento aveva agito e il modo in cui il re avrebbe voluto che il Parlamento agisse: non già un *error in iudicando* per cui il Parlamento avesse affermato come volontà di legge per il caso concreto una norma contraria alla volontà legislativa del sovrano.

110. — *b*) Un passo decisivo verso la formazione definitiva del ricorso per cassazione viene compiuto allorquando il sovrano interviene ad annullare delle sentenze, che i Parlamenti avevano pronunciato violando qualche norma processuale imposta dal sovrano a pena di nullità, o seguendo forme processuali, che il re non con un ordine singolo limitato al giudizio attuale, ma con una norma generale estesa a tutti gli eventuali giudizî, avesse specificatamente vietato. In questo caso la infrazione commessa dai Parlamenti era ancora un *error in procedendo,* in quanto essi agivano in modo diverso da come per

---

(15) Ord. agosto 1669, tit. V, art. 4: « Faisons défenses à tous juges d'en « connaître, ni de passer outre à l'instruction et jugement des procès, au préjudice « de la signification des lettres; et aux Parties de continuer leur poursuites, ni de « s'aider des jugemens qui pourront être intervenus, à peine de nullité, cassation « de procédure, dépens, dommages et intérêts ». Cfr. BORNIER, *Conférences,* 377.

legge avrebbero dovuto agire: ma questo *error in procedendo* andava contro, anzichè alla volontà regia manifestata in un singolo comando emesso in qualità di giudice supremo, alla volontà regia proclamata in qualità di legislatore in una norma di carattere generale. Di conseguenza il sovrano, che interveniva ad annullare l'atto commesso dai Parlamenti contro la sua volontà, mirava con questo suo intervento a mantenere intatta non tanto la sua prerogativa di giudice supremo, quanto quella di legislatore, i cui comandi dovevano essere obbediti da tutti i funzionarî sottoposti.

Un esempio caratteristico di questo intervento del sovrano per mantenere presso i Parlamenti la osservanza di singole norme processuali, si ha nell'annullamento delle sentenze rese dai Parlamenti non secondo la procedura ordinaria ma con una procedura speciale detta *par petits commissaires*. A troncare gli abusi cui questa arbitraria forma di procedimento, per la quale il giudizio veniva delegato dal Parlamento a una commissione detta appunto dei *petits commissaires* (16), aveva dato luogo presso i Parlamenti francesi, l'Ordinanza sulla giustizia del gennaio 1563 la vietò in modo assoluto: e prevedendo la possibilità che le Corti sovrane, noncuranti del divieto, continuassero ancora a servirsene, aggiunse (art. 30): *Le tout ce que dessus, à peine de nullité desdits arrests et jugements, dont nous avons réservé et rétenu la connaissance* (17). Ripetendo la proibizione, anche più esplicitamente stabilì l'Ordinanza di Moulins del 1566 al suo art. 68: *déclarons les jugemens qui autrement seront donnez nuls et de nul effet, réservans aux parties contre les juges leur dommages et intérest procédant de la contravention à cette nostre ordonnance et se pourvoir pour ce égard pardevers Nous et en nostre conseil* (18); e lo stesso divieto e la stessa minaccia di annullamento in caso di trasgressione fu ripetuto da altre Ordinanze (19), e per norme processuali diverse (20). Si trattava, come si vede, di una misura limitata a tutela di singole norme, colla quale il sovrano tendeva a difendere con spe-

---

(16) MERLIN, *Rép.*, voce *Commissaire*, n. VII. I *petits commissaires* erano consiglieri che una Corte incaricava, di solito, di esaminare un processo per poi riferirne per la decisione alla Corte; ma pare che fosse invalso l'uso di affidare ad essi non solo l'esame del processo, ma anche la decisione.

(17) *Recueil*, XV, pag. 167.

(18) *Recueil*, XV, pag. 207. Cfr. D'ESPEISSES, tit. XI, sect. II, n. 36; DENISART, voce *Cassation*, § 1, n. 2.

(19) Ord. di Rouen del 1597, art. 23.

(20) Per es. Ord. di Blois, art. 179. Un altro caso fu quello di annullamento delle sentenze dei Parlamenti per aver ammesso l'appello contro le sentenze dei giudici presidiali, ch'erano inappellabili (Decl. 27 dec. 1574, art. 4, in *Recueil*, XIV, 272); cfr. CHENON, *Cassation*, pag. 33; GARSONNET, *Traité*, VI, pag. 366.

ciale rigore l'osservanza di certi divieti, che facilmente, senza questa sanzione espressa, sarebbero stati trasgrediti dai giudici: non si era ancora giunti, dunque, all'annullamento generico di ogni sentenza pronunciata contro qualsiasi ordinanza regia, nè al rimedio generale della cassazione per mantenere l'osservanza di qualunque legge. Ed erroneamente lo Stolfi (21) fa risalire l'origine della Cassazione, come rimedio generale contro qualunque contravvenzione alle Ordinanze, a quella Ordinanza di Moulins che nel suo art. 68 chiaramente limitava la sanzione di nullità al solo caso di violazione del divieto specifico dei giudizî *par petits commissaires* (... *contravention à c e t t e nostre ordonnance...*).

111. — *c*) Ma il rimedio generale della cassazione di qualunque sentenza resa contro le Ordinanze regie, anche se non accompagnate da specifiche minaccie di nullità contro gli atti compiuti in contravvenzione di esse, non doveva tardare a manifestarsi.

Già nelle più antiche ordinanze dei re francesi si trovavano disposizioni che imponevano la rigorosa osservanza di ogni norma derivante dal sovrano (22), e, con misure che ricordano quelle date dai nostri Statuti per lo stesso scopo, si stabilivano speciali funzionarî incaricati di sorvegliare il mantenimento delle ordinanze o pene contro i trasgressori (23), si disponeva che, due volte all'anno, *c'est a sçavoir le lendémain de la saint Martin et le lendémain de Quasimodo* (24), le ordinanze regie venissero lette nelle udienze dei tribunali, e che i giudici fossero sempre muniti di *un livre desdites ordonnances* (25). Ma se, oltre a queste specifiche cautele, in tutte quante le Ordinanze, e con tanta maggior energia quanto più esse son recenti, si ingiungeva ai giudici che *icelles gardent, entretiennent et observent, facent garder, entretenir et observer* (26), prima dell'Ordi-

---

(21) Scritto cit., pag. 212.

(22) Cfr. Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. VIII, in fine.

(23) Cfr. Ord. di Carlo VIII del luglio 1493 sull'amministrazione della giustizia (*Recueil,* XI, pag. 247-248) in cui (art. 110-111) « a ce que les ordonnances « des nos prédécesseurs, et les nostres présentes soient doresnavant gardées et « observées » si nominava una commissione e si comminavano pene. Lo stesso nell'Ord. del marzo 1498, art. 162 (*Recueil,* XI, 377).

(24) Citata Ord. marzo 1498, art. 78 (*Recueil,* XI, 356); Ord. ottobre 1535 per la Provenza, Dispos. gen., art. 1 (*Recueil,* XIII, 490).

(25) Citata Ord. ottobre 1535, art. 3.

(26) Ord. di Villers Cotterets dell'agosto 1539, art. 132 (*Recueil,* XIII, 640); Ord. di Orléans, gennaio 1560, art. 150 (*Recueil,* XV, 97); Ord. di Moulins 1566, art. 86 (*Recueil,* XV, 212). Prima dell'Ord. di Blois si trovano decisioni del *Conseil privé,* che terminavano i conflitti ingiungendo semplicemente che venissero os-

nanza di Blois non si era giunti a porre come sanzione generale di tale ingiunzione la conseguenza della nullità di tutte le sentenze rese contro le Ordinanze. La crescente potenza dei Parlamenti e quella larghezza sempre maggiore nella interpretazione delle ordinanze che essi si attribuivano in virtù della loro *souveraineté* rendeva però sempre più frequenti le violazioni delle ordinanze da parte dei giudici; e quantunque i giudici, nell'entrare in carica, giurassero di osservarle fedelmente, il Cancelliere dell'Hôpital, nel *Lit de justice* tenuto a Rouen nel 1563, era costretto ad ammonirli con queste parole: *Vous jurez à vos réceptions de garder les ordonnances, et entrez en vos charges par serment, jurez et promettez les garder: les gardez vous bien? La pluspart d'icelles est mal gardée; il y a pis, car vous dites estre par-dessus les ordonnances et n'estre obligez par icelles, si n'est en temps qu'il vous plaist. M. M., faites que l'ordonnance soit par dessus vous. Vous dites estre souveraines: l'ordonnance est le commandement du roy, et vous n'êtes pas par-dessus le roy* (27).

Da questo acuto conflitto, che appare in piena luce dalle parole dell'Hôpital, tra l'autorità legislativa del re e la indipendenza delle Corti sovrane, nacque finalmente la necessità di mantenere l'osservanza delle ordinanze con qualche mezzo più efficace delle semplici ingiunzioni tante volte inutilmente ripetute. Questo mezzo fu per la prima volta applicato dalla Ordinanza di Blois del maggio 1579, la quale, nel suo art. 208, dopo aver comandato a tutti i giudici e magistrati di osservare e fare osservare le ordinanze regie *tant es jugement de procès qu'autrement*, aggiunse una norma ch'è veramente la consacrazione della Cassazione come istituto generale a tutela della legge: *déclarant les jugemens, sentences et arrestes qui seront donnez contre la forme et teneur d'icelles nuls et de nul effet et valeur*. Simile dichiarazione di nullità per ogni sentenza resa contro le leggi emananti dal re, fu ripetuta in successive ordinanze, come nell'art. 32 dell'Editto di Rouen del gennaio 1597 (pur limitata alle ordinanze *concernant le faict de la justice*) e nell'art. 54 dell'Ord. gennaio 1629 (28); e fu accolta definitivamente nell'Ord. del 1667, la quale impose con particolare energia l'osservanza delle ordinanze negli articoli 6-8 del Tit. I, imponendo che esse fossero rigorosamente mantenute *tant aux jugemens des procès qu'autrement sans y contrevenir* e senza che i giudici

---

servate le ordinanze: cfr. le decisioni del 30 nov. 1563, del 23 febbraio, 24 aprile e 28 agosto 1564, riportate da VALOIS, *Le conseil du Roi aux XIV, XV, XVI siècles* (Paris, 1888), pag. 200-201.

(27) *Recueil*, XV, 147-148.

(28) *Recueil*, XVII, 240.

potessero *s'en dispenser ou en modérer les dispositions, en quelque cas et pour quelque cause que ce soit* (art. 6), riservando al sovrano il diritto di interpretarle (art. 7), e finalmente dichiarando la nullità di ogni sentenza ad esse contraria, in questi termini: *Déclarons tous Arrests et Jugemens qui seront donnez contre la disposition de nos Ordonnances, Édits et Déclarations, nuls et de nul effet et valeur; et les Juges qui les auront rendus, responsables des dommages et intérests des parties, ainsi qu'il sera par nous avisé* (art. 8).

112. — Colla disposizione — introdotta per la prima volta dall'Ordinanza di Blois e mantenuta, coll'Ordinanza del 1667, fino alla Rivoluzione — colla quale si dichiarava la nullità di ogni sentenza data in genere contro le norme legislative emananti dal potere regio, l'intervento del sovrano volto a distruggere gli atti del potere giudiziario costituenti una disobbedienza al suo comando diventa sistematico: non più l'isolata distruzione di una sentenza pronunciata in ribellione a un ordine riguardante il singolo processo; non più la sanzione di nullità limitata a qualche sporadica violazione di norme processuali più rigorose; ma l'annullamento generale di ogni sentenza resa in contravvenzione ad una qualsiasi ordinanza del monarca. Il re rivendica così, in modo definitivo ed assoluto, la sua prerogativa di emanare nel regno leggi per tutti obbligatorie: e, di fronte ai Parlamenti, che si ritenevano superiori alle Ordinanze e che si affermavano tenuti ad osservarle solo in quanto ne approvassero il contenuto, il sovrano dichiara che nessun valore giuridico deve avere la pronuncia, colla quale il giudice è venuto a negare l'autorità delle ordinanze regie e a mettersi così in contrasto col potere legislativo spettante al solo monarca. L'annullamento delle sentenze rese contro le ordinanze diventa dunque un istituto di uso largo e importante, un'arma potente in mano al sovrano contro le ribellioni del potere giudiziario; esso diventa, come bene osserva il WEISMANN (29), « il mezzo con cui il re difende l'autorità delle sue ordinanze di fronte ai Parlamenti ».

Spontaneo torna, dinanzi a questa minaccia di nullità posta dai re francesi contro ogni sentenza resa in contravvenzione delle ordinanze, il ricordo di quell'analoga sanzione di invalidità che le nostre legislazioni comunali ponevano contro ogni atto del giudice contrario allo Statuto (retro, n. 79); e bisogna qui ripetere con maggior insistenza per il diritto francese un'osservazione che già feci alla sfuggita per il diritto statutario. L'osservazione è questa: che, quando i re francesi stabilivano la nullità delle sentenze rese in contravvenzione

(29) Scritto cit., pag. 173.

alle ordinanze, non intendevano distinguere tra *errores in procedendo* ed *errores in iudicando,* tra violazione di leggi relative al processo e violazione di leggi concernenti il merito; anzi, per dir meglio, non solo non distinguevano le due categorie di vizî, ma addirittura concepivano ogni violazione di ordinanze come un *error in procedendo,* come un *atto* contrario alla ordinanza, in quanto, l'ordinanza comandava di *agire* in modo diverso da come il giudice aveva *agito.* I monarchi francesi, insomma, non vedevano l'attentato dei Parlamenti alla prerogativa sovrana di legiferare nel fatto che i Parlamenti giudicassero contro le ordinanze, ossia applicassero ai fatti controversi norme non rispondenti alle ordinanze; ma principalmente nel fatto che i Parlamenti disobbedissero al comando delle ordinanze, ossia non facessero quello che le ordinanze comandavano loro di fare: l'offesa che il sovrano riceveva dalla contravvenzione alle sue ordinanze, non traeva la sua gravità dalla circostanza che fosse compiuta *da giudici,* con tutti quei danni che possono venire dal malo uso del potere giurisdizionale; ma dalla circostanza che i giudici erano *funzionarî regi,* i quali, come ogni altro ufficiale addetto ai servizi del sovrano, dovevano obbedire senza protesta alle leggi emananti dal loro signore. I grandi pericoli che possono derivare all'ordinamento pubblico quando l'errore di diritto sia compiuto dal giudice proprio in quel delicato momento in cui applica la legge al fatto, non furono avvertiti dai re francesi quando stabilirono quelle misure, dalle quali doveva aver origine la nostra Cassazione. La prova migliore della verità di tale osservazione è questa: che la maggior parte delle ordinanze regie in cui si trova la suddetta sanzione di nullità sono ordinanze processuali, in cui si regola il modo con cui i giudici devono procedere; che in ispecial modo quell'Ordinanza del 1667 in cui tale sanzione di nullità è con particolar vigore espressa, rappresenta proprio il codice di procedura civile dell'*ancien régime;* che, finalmente, come vedremo a suo tempo, la maggior parte degli annullamenti che venivan decisi dal *Conseil,* si basavano, almeno nei primi tempi, su trasgressione di leggi processuali.

In seguito, durante l'ultimo secolo del monarcato, si cominciò a considerare tra i motivi di cassazione anche l'*error in iudicando,* consistente in una violazione di una ordinanza che avrebbe dovuto applicarsi al caso concreto sottoposto a decisione (il Boutaric si riferisce a questo caso quando parla della *contravention aux ordonnances en ce qui regarde la décision du fonds*) (30); e, come vedremo tra poco, quando i giureconsulti francesi cominciarono a rendersi conto dell'isti-

(30) *Explication* cit. in nota all'art. 34 del tit. XXXV, pag. 393.

tuto della Cassazione ed a studiarne i presupposti, distinsero essi, nell'enumerare i motivi che potevan dar luogo ad annullamento, le violazioni delle norme di diritto sostanziale dalle contravvenzioni alle formalità processuali (oltre, n. 121). Ma tuttavia la concezione della contravvenzione alle ordinanze come *error in procedendo* continuò a prevalere e ad esser considerata come la base fondamentale dell'istituto della Cassazione (31). Ciò è provato da una lettera notevolissima rivolta il 5 giugno 1750 dal cancelliere D'Aguesseau alle Corti sovrane di Francia, in cui, dandosi ai Parlamenti le istruzioni per il modo con cui essi dovevano redigere le memorie a difesa delle loro sentenze contro le quali si fosse ricorso in cassazione al sovrano, si avvertiva che *la demande en cassation ne soit fondée que sur des moyens tirés de la forme;* e che *il est très-rare que des moyens de cassation tirés du fond même de la contestation* [*errores in iudicando*] *soient écoutés au Conseil* (32).

113. — La distanza che passa, apprezzandola con i nostri criterî, tra l'annullamento di una sentenza perchè emanata in disobbedienza a un comando specifico e singolare del sovrano giudice supremo, e l'annullamento di una sentenza perchè emanata in contravvenzione ad una norma generale ed astratta posta dal sovrano legislatore, è assai lata; perocchè solo nella seconda ipotesi troviamo il germe e la sostanza caratteristica dell'istituto che doveva poi svilupparsi fino a diventare il supremo custode del mantenimento del diritto obiettivo. Ma, nella forma che la Cassazione, più per pratica graduale elabo-

---

(31) Holzschuher, *Der Rechtsweg* (Nürnberg, 1831), pag. 125, nota **, ritiene che la prima origine della cassazione si trovi nella vigilanza delle norme di diritto processuale, che poi, dalla costituzione del 1791, sarebbe stata estesa anche alle norme sostanziali: tale opinione è erronea, sia perchè la cassazione sorse non per vigilare la regolarità del processo, ma per difendere l'autorità del sovrano, per scopo, dunque, politico, non processuale; sia perchè anche sotto l'*ancien régime* la violazione delle ordinanze relative al *fond* costituisce, sia pure meno frequente, un motivo usuale di cassazione.

(32) *Œuvres de M. le Chancellier* D'Aguesseau, vol. X (Paris, 1777), pag. 24. Anche più esplicitamente, quantunque erroneamente, nell'indice di quel volume, pag. 237, col. 1, si detrae da questa lettera il principio che *la demande en cassation doit n'être fondée que sur des moyens tirés de la forme*. Che le cassazioni per violazione di ordinanze rese in materia sostanziale (p. es. in tema di donazioni o testamenti) fossero rarissime è affermato dallo stesso D'Aguesseau in un'altra lettera del 29 ottobre 1736 al Parlamento di Tolosa (*Œuvres*, vol. IX, Paris, 1776, pag. 445). Si cfr. anche quanto dice il difensore del controricorrente nel processo del falso Caille, secondo il quale la cassazione può avvenire solo per vizî di forma (oltre, n. 132, nota).

razione che per decisa disciplina di norme, raggiunse sotto l'*ancien régime*, la differenza tra le diverse ipotesi non fu avvertita e l'animo col quale il sovrano annullò le sentenze dei Parlamenti ribelli fu sempre lo stesso, sia che questi avessero trasgredito all'ordine contenuto in una *lettre de justice*, sia che avessero nel giudicare contravvenuto alla norma generale di un'ordinanza.

La Cassazione fu in tutti i casi un'arma della quale il monarca si servì per reprimere una disobbedienza ad un suo comando: e poichè nell'assolutismo francese la *lettre de justice*, derivante dal giudice supremo, e l'*ordonnance* derivante dal legislatore, erano in realtà atti di una stessa persona, il re, e di uno stesso potere, la sovranità, così la disobbedienza all'ordine singolo nel primo caso e la contravvenzione alla norma astratta nel secondo furono considerate alla stessa stregua come ribellioni alla volontà del sovrano (33). L'idea della legge, come norma obiettiva staccata dall'organo che l'aveva emanata, e quindi l'idea della sentenza contraria alla legge perchè obiettivamente non coincidente con essa, non esistevano nè potevano esistere nel diritto

---

(33) Il carattere di arma del sovrano contro i Parlamenti che la Cassazione conservò sotto l'*ancien régime* è provato dalla ostilità colla quale i Parlamenti considerarono sempre questo istituto, in cui essi non vedevano un sussidio per il miglior andamento dello Stato, ma una repressione contro i loro diritti. Si intende così come dei Parlamenti si siano rifiutati di *enregistrer* delle nuove ordinanze per il solo timore che esse dessero luogo a possibili violazioni e a conseguenti cassazioni: è curiosa a questo proposito la lettera del D'Aguesseau del 29 settembre 1736 (*Œuvres*, IX, 439) in cui egli nota che per i Parlamenti *la crainte des demandes en cassation est une terreur panique!* Notevoli sono anche a questo proposito le diverse lettere scritte dal D'Aguesseau ai Parlamenti francesi in materia di *cassations et revisions* (*Œuvres*, VIII, pag. 251 e segg.), tra le quali, in quella scritta il 3 giugno 1744 (*ibid.*, pag. 259), il Cancelliere cerca di placare l'indignazione di un Parlamento che aveva veduto nella cassazione di una propria sentenza un'offesa fatta ai giudici: « ... je ne m'attendois pas... qu'un « jugement... exciteroit une si grande fermentation et une doleur si vive dans « l'esprit de vôtre compagnie. J'ai vu casser un grand nombre d'Arrêts de tous « les Parlements du Royaume depuis que j'ai l'honneur de présider au Conseil « du Roi; aucune de ces Compagnies ne s'est crue deshonorée par là, et la « cassation, qui est l'objet de vôtre lettre, devoit d'autant moins toucher le Par- « lement de *, qu'il a été notoire qu'elle étoit uniquement fondée sur des moyens « tirés de la forme et sur des nullités qui échappent quelquefois aux yeux des « meilleurs juges ». In seguito le lamentazioni dei Parlamenti per l'abuso di cassazioni che faceva il *Conseil*, provocarono un'inchiesta sull'argomento da parte di Luigi XV, il quale ordinò ai due consiglieri Joly de Fleury e Gilbert de Voisins la redazione di due memorie sull'argomento, riportate in parte da Henrion de Pansey, *Autorité judiciaire*, cap. XXXI, sez. X. Sulla lotta tra *Conseil* e Parlamenti cfr. anche l'*Arrêt de Conseil* 8 luglio 1661 (Tarbé, *Lois*, n. 10) e Chenon, *Cassation*, pag. 40-41.

pubblico della monarchia francese: le ordinanze regie, infatti, anche quando si erano staccate dal monarca che le aveva emanate, mantenevano in sè, immanente e viva, la volontà del sovrano che le aveva prodotte, l'intenzione di comando che il principe aveva avuto nel pronunciarle: e la sentenza che contravveniva alle ordinanze, più che una materiale non coincidenza col diritto obiettivo, significava una infrazione dell'imperativo contenuto in ogni norma, una ribellione contro quella sovrana ingiunzione ch'era presente in ogni ordinanza e che manteneva, pur nella formula astratta di un'ordinanza, una destinazione individuale e diretta di fronte ad ogni suddito (34).

Anzichè come un mezzo per unificare e coordinare il retto funzionamento dell'organismo statuale, la Cassazione nacque come uno strumento di battaglia tra il potere regio che comandava e il potere giudiziario che non obbediva; anzichè come una difesa del diritto obiettivo, essa dall'urto di due antagonisti, la monarchia e i Parlamenti, nacque a tutela di pretese subiettive da una parte affermate e dall'altra misconosciute (35).

Poichè, originariamente, l'annullamento delle sentenze dei Parlamenti non fu volto a distruggere il fatto antigiuridico di una pronuncia del giudice discordante dal diritto obiettivo, ma a reprimere l'atto

---

(34) Mi sembra dunque che il WEISMANN, scritto cit., pag. 174, quando afferma che già sotto l'*ancien régime* il diritto di cassazione appariva come « un « elemento (*Bestandtheil*) del potere legislativo stesso; fra la legge e i tribunali « chiamati alla sua applicazione, si pose un organo speciale, per vegliare alla « sua applicazione; esso è l'organo di sorveglianza del potere legislativo del so- « vrano », anticipa di un secolo la concezione che della Cassazione si ebbe dopo la rivoluzione francese. Io direi invece che sotto la monarchia il diritto di cassazione, anziché come un sussidio del potere *legislativo*, appare come una difesa della sovranità, del potere di *comando* spettante in genere al monarca, sia esso espresso in norme generali o in ordini specifici. Si intende però che, quanto più ci si avvicina alla rivoluzione, tanto più si delinea il concetto di cassazione a difesa del potere *legislativo* del sovrano. DENISART, *Décision* (ed. 1786), v. *Cassation*, § 1, n. 1, insegna infatti che « le droit d'inspecter les jugemens et de les casser, « lorsqu'ils sont opposés aux lois, fait donc partie intégrante du pouvoir législatif; « sans lui, ce pouvoir seroit, en quelque sorte, nul ». Cfr. anche l'*Arrêt du Conseil* del 18 dec. 1775, di cui oltre, n. 119 (*Recueil*, XXIII, 289), e ALGLAVE, *Action du Ministère public*, Note II, pag. 636.

(35) Lo stesso DENISART, v. cit., § II, n. 1, dimostra del resto che la Cassazione era posta a difesa non tanto della legge, quanto della volontà del sovrano, anche se manifestata in forma diversa dalla legge generale: egli infatti ammette la cassazione anche per violazione di « lettres-patentes qui accorderoient le pri- « vilège d'une entreprise quelconque: si l'on jugeoit contre ce privilège, celui « qui l'auroit obtenu, pourroit se pourvoir, parce que le jugement seroit une « contravention à *la volonté du prince*, manifestée par des lettres-patentes, et « que l'autorité du roi seroit illusoire si l'on pouvait mépriser *sa volonté...* ».

rivoluzionario del giudice che si ribellava al comando del sovrano, si intende come da principio la Cassazione, presupposto della quale era un atto compiuto dal giudice contro la volontà del monarca, fu destinata a tutelare, tra le molteplici norme di diritto obiettivo che vigevano da fonti diverse in Francia, solamente quelle che direttamente provenivano dal sovrano (36). L'annullamento delle sentenze dei Parlamenti fu infatti da prima minacciato solo per la contravvenzione alle *Ordonnances* (Ord. di Blois, art. 208) o per qualsiasi norma emessa, anche con diverso nome, dal potere regio (*Ordonnances, Édits et Déclarations,* Ord. 1667, tit. I, art. 8); esclusa fu così la cassazione per contravvenzione alle regole del diritto romano o del *droit coutumier,* che pure costituivano la parte più importante del diritto vigente in Francia, e la cassazione per violazione degli *arrêts de règlement,* che pure, nei distretti di ogni Parlamento, avevano forza di legge (37). Originariamente, dunque, la Cassazione fu destinata, anzichè al mantenimento del diritto obiettivo in generale, al mantenimento di una piccola parte di esso, cioè di quelle norme ch'erano state direttamente poste dal potere sovrano. Ed anche quando, in seguito, si cominciò ad ammettere la cassazione per violazione di leggi romane (38) o di *coutumes* (39), si ebbe cura di avvertire che la cassazione aveva

---

(36) Cfr. WEISMANN, scritto cit., 173.

(37) DENISART, voce *Cassation* (ed. 1786), § II, n. 3.

(38) DENISART, *Décisions* (ed. 1786), v. *Cassation,* § II, n. 2. Son capitali su questo argomento due lettere del Cancelliere d'AGUESSEAU al Parlamento di Tolosa, una del 29 settembre 1736 (*Œuvres,* IX, pag. 439) e l'altra, già citata, del 29 ottobre 1736 (*ib.,* pag. 445), nella prima delle quali esplicitamente si afferma che, in quelle parti di Francia ove si seguiva il *Droit écrit,* la contravvenzione a un testo del diritto romano è motivo di cassazione « lorsque, d'un coté, la « disposition de ce droit est certaine, et de l'autre que la contravention est « évidente; autrement, la distinction célèbre et constante des Provinces du Royaume « où le Droit écrit tien lieu de la Loi, et de celles où il n'a pas la même autorité, « seroit inutile et illusoire » (l. c., pag. 440). E nella seconda: « Ceux de M. M. « du Parlement qui vous ont dit qu'on ne fondoit point les moyens de cassation « sur des dispositions du droit romain, ne sont pas bien informés des maximes « du Conseil... Si un Parlament avoit confirmé un testament fait par un fils de « famille, il n'est pas douteux que son arrêt ne fût cassé tout d'une voix au « Conseil... Il faut seulement y ajouter, que cela ne peut avoir lieu lorsque il « s'agit d'une règle tombée en désuétude... » (*Œuvres,* IX, 446-447). Cfr. DALLOZ, *Rép.,* v. *Cassation,* n. 1389.

(39) DENISART, *Décisions* (ed. del 1777), voce *Cassation,* n. 7; ID. (ed. del 1786), § II, n. 2: cfr. anche la memoria di GILBERT DE VOISINS, riportata da DALLOZ, *Rép.,* voce *Cassation,* di cui oltre, n. 118, e la lettera del D'AGUESSEAU citata alla nota precedente. Anche il FERRIÈRE, *Dict.,* I, 244, voce *Cassation,* pone tra i motivi di cassazione il caso in cui la sentenza è stata resa *contre les termes exprès des Coutumes;* così POTHIER, *Procedure,* P. III, sez. III, art. II; MERLIN,

luogo anche in tali casi a difesa della volontà del sovrano, il quale, approvando l'uso del diritto romano o del diritto consuetudinario, era venuto ad imprimere su queste norme la inviolabile autorità del suo comando (40) (v. oltre, n. 135).

Si deve per altro notare che, quantunque l'unificazione del diritto obiettivo non fosse lo scopo diretto della cassazione, pur tuttavia essa potè indirettamente e quasi inconsciamente servire a tale unificazione: si pensi infatti che la lotta tra il sovrano ed i Parlamenti significò la lotta tra il potere monarchico accentratore e i poteri locali disgregatori; e che la riluttanza delle corti sovrane a seguire nel render giustizia le ordinanze del re fu tanto maggiore quanto sulle concezioni giuridiche di questi diversi corpi giudiziarî più forte agì con discordi influssi la tradizione della *coutume* locale (41).

Nel conflitto tra la monarchia e i Parlamenti si può scorgere quindi una lotta tra il diritto regio unitario e il diritto consuetudinario regionale, simile a quella che già esistè nell'impero romano tra il diritto imperiale e le concezioni giuridiche popolari proprie alle diverse provincie (retro, nn. 26-27). Il ravvicinamento, si intende, è fatto più che altro a titolo di curiosità: chè, per poter scorgere nella Cassazione francese una filiazione del diritto imperiale di Roma, bisognerebbe dimenticare la distanza, anzi l'inconciliabilità, che passa dal lato processuale tra il concetto romano di inesistenza giuridica della sentenza data *contra ius constitutionis* (retro, n. 25) e quello francese di cassabilità della sentenza contenente una *contravention aux ordonnances* (oltre, n. 120).

114. — Le decisioni delle Corti sovrane, erano, come si è veduto, inappellabili e solo potevano perdere la loro irrevocabilità quando intervenisse a toglier loro vigore il sovrano. Simile intervento del sovrano, volto a toglier vigore alla *souveraineté* delle sentenze dei Parlamenti, poteva esser provocato dall'interesse dei privati litiganti e destinato quindi a garantire a loro una miglior giustizia: è questo il caso delle *lettres* provenienti dalla Cancelleria regia colle quali si am-

---

Rép., voce *Cassation*, § 2, n. 5; DALLOZ, *Rép.*, voce *Cassation*, n. 1395; DENISART, voce *Coutumes*, § II, n. 2.

(40) DENISART, voce *Cassation* (ed. 1786), § II, n. 2: « ... nos roys ayant « consenti que quelques-unes de leurs provinces vécussent sous l'empire du droit « romain, et que ce droit y eut force de loix, ce droit est consideré dans ces « provinces, comme s'il étoit émanée directement du roi »; lo stesso (*ibid.*) per le *coutumes*, che, per mezzo della *homologation* « sont adoptées par le législateur « et mises au rang des loix ».

(41) DE LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 7.

metteva una *proposition d'erreur* od una *requête civile;* in simile ipotesi, infatti, il sovrano, come giudice supremo dello Stato, intendeva unicamente a rimediare le ingiustizie commesse dai tribunali inferiori, a detrimento della pretesa fatta valere in giudizio dalla parte a torto soccombente. Ma in altri casi lo stesso intervento del sovrano volto a toglier vigore alla *souveraineté* dei Parlamenti, era provocato non già dall'interesse dei litiganti lesi nel loro diritto da una sentenza ingiusta, ma da un interesse proprio del monarca che in un atto compiuto da qualche organo giudiziario scorgeva un attacco contro la sua autorità, un attentato a qualche sua prerogativa: cosicchè, mentre in una ipotesi, l'intervento del sovrano nel corso della giustizia mirava a garantire e ad attuare diritti *altrui,* nella seconda ipotesi il monarca interveniva al solo scopo di garantire e di attuare un diritto *proprio,* totalmente prescindendo dall'interesse privato delle parti in causa (42).

La facoltà di annullare, nei casi che si sono accennati nelle pagine precedenti, le sentenze dei Parlamenti contrarie alla volontà sovrana, non era dunque un potere che il re, come giudice supremo, esercitasse in comune cogli altri organi giurisdizionali; ma era un diritto esclusivo del monarca col quale egli mirava a reprimere gli attacchi diretti contro la sua autorità, e che egli solo poteva esercitare come sovrano contro i giudici che si sottraevano al suo comando di sovrano.

La cassazione degli *Arrêts* dei Parlamenti contrarî alle ordinanze appare dunque nel diritto francese come una prerogativa esclusivamente riservata al re. Corte sovrana è, secondo il Ferrière (43), quella *dont les jugemens ne peuvent être cassez que par le roi;* il Jousse, parlando delle *cassations d'arrêts et jugemens en dernier ressort,* espressamente avverte che « questa sorta di cassazioni non possono essere accordate che dal re in cui risiede la potenza sovrana » (44); e il Denisart (45), scrive che il re *peut seul casser les arrêts de Cours souveraines; parce que dans sa personne réside la plénitude de la justice, et que les magistrats ne tiennent que de lui le pouvoir de la rendre à ses sujets.* D'altra parte, se nelle ordinanze che ho già riferite (retro, n. 111) si allude solo indirettamente all'organo cui spetta pronunziare

---

(42) Erra dunque lo Stein, *Geschichte,* III, 656, affermando che la Cassazione è in sostanza una applicazione della *requête civile* a determinati casi. I due istituti, confusi in parte alla fine del secolo XVIII (oltre, n. 123), hanno origine totalmente separata.

(43) *Dict.,* I, v. *Cour souveraine,* pag. 431.

(44) *Idée générale* cit., pag. 102. Cfr. anche Denisart (ed. 1786), v. *Cassation,* § 1, n. 1.

(45) *Décisions,* v. *Cassation.*

la cassazione, in un *Arrêt* del Consiglio di Stato del gennaio 1669 (46) si dichiara espressamente, rinnovando la proibizione di contravvenire alle ordinanze: ... *réservant Sa Majesté à sa Personne la connaissance de toutes les contraventions qui pourront être faites par ses Cours et Juges de dernier ressort, et d'y pourvoir selon l'exigence des cas, ainsi qu'il sera avisé par sa Majesté.*

Per tal modo la parola *cassation,* che in origine aveva il significato generico di annullamento (oltre, n. 117), prese il significato tecnico e specifico di quell'annullamento che il re solo poteva compiere su una sentenza per ragioni di indole politica (47); è peraltro opportuno notare a questo proposito che l'atto col quale il sovrano annulla la sentenza di un Parlamento perchè contraria alla sua volontà, non ha in origine la sostanza di un atto giurisdizionale; tenendo per ora in disparte il fenomeno che tra poco studieremo (oltre, n. 119), per cui il monarca, giovandosi dell'interesse privato come strumento del proprio interesse, concesse ai litiganti la facoltà di presentare una *demande en cassation,* certo è che finchè il re si limita ad esercitare direttamente e di propria iniziativa il suo potere di cassare le decisioni dei Parlamenti, non si può dire che con ciò egli *giudichi.* L'atto ch'egli compie in tale ipotesi è atto del potere esecutivo, non del potere giudiziario; e se la nozione più elementare della giurisdizione riporta al concetto di un terzo imparziale che si asside a decidere tra due parti in conflitto, non si può certo pensare che il monarca compia atto di giurisdizione, decidendo come giudice un conflitto in cui egli stesso, di fronte ai Parlamenti ribelli, è parte direttamente interessata. Vedremo tra poco che i re francesi, nel pronunciare la cassazione delle sentenze contrarie alle ordinanze, non agirono mai senza consultare i proprî consiglieri di Corte, ed anzi investirono di simili affari il loro *Conseil* di governo, che, presieduto dal re, decideva gli annullamenti con deliberazioni collegiali; l'esistenza di un simile *Conseil* non deve però indurre a credere che la decisione sulle cassazioni fosse affidata a un organo autonomo ed imparziale, che potesse, nel conflitto tra re e Parlamenti, giudicare con garanzia di indipendenza: il *Conseil,* infatti, non era altro che un consesso scelto dal sovrano per esser coadiuvato nel disbrigo degli affari di Stato, e quindi era un organo essenzialmente esecutivo, non giurisdizionale. Allorchè il Consiglio di Stato, presieduto dal re, cassava un *arrêt* di un Parlamento, non giudicava in quel senso in cui giudica oggi la Corte di Cassazione, ma semplicemente deliberava; come oggi un'autorità amministrativa può deli-

---

(46) Lo riferisce il BORNIER, *Conférences,* I, pag. 8 e segg.

(47) Cfr. TARBÉ, *Lois,* pag. 13, in principio.

berare, senza per questo compiere un atto di giurisdizione, di annullare un atto compiuto da un funzionario gerarchicamente inferiore.

L'annullamento delle sentenze dei Parlamenti per violazione delle ordinanze nasce, in conclusione, come una funzione riservata al monarca, a tutela della sua sovranità e non della giustizia, nell'interesse di lui e non nell'interesse dei privati; essa non è una funzione giurisdizionale, ma una funzione di carattere esecutivo con cui il re impedisce agli organi giudiziarî di eccedere i loro poteri e di invadere quelli riservati al sovrano: *parce que les Juges* — come osserva il Bornier (48) — *dépendent du Prince et de l'autorité de la Loi. Quand il leur donne la puissance de juger souverainement, ce n'est pas pour exercer une autorité absolue, mais pour s'en servir dans les bornes qu'il leur a prescrites, et suivant les règles qu'il veut qu'ils observent.* La vera natura della cassazione resulta in modo efficacissimo dalle parole di Gilbert de Voisins (49): *La cassation est moins un acte de juridiction que de puissance. Il suit de là qu'il appartient au roi seul de l'interposer et qu'elle ne peut régulièrement partir que de lui ou de son Conseil, où il est toujours réputé agir de lui-même.*

---

(48) Bornier, *Conférences,* all'art. VIII del tit. I.

(49) Citata memoria, riportata da Tarbé, n. 518. Cfr. anche Boncenne, *Théorie de la procédure,* I, pag. 489, che vede nella cassazione sotto l'*ancien régime* il carattere di un *acte de souveraineté législative.*

Capitolo XVII

IL RICORSO PER CASSAZIONE, MEZZO CONCESSO AI PRIVATI PER PROVOCARE L'ESERCIZIO DEL POTERE DI ANNULLAMENTO SPETTANTE AL SOVRANO

Sommario: 115. L'esercizio del potere politico di cassazione è in origine rimesso all'iniziativa del re, che cassa « *de son propre mouvement* ». — 116. La cassazione politica si distingue dalla cassazione per sentenze contraddittorie esercitata dal *Grand Conseil*. — 117. Origine della *demande en cassation* su iniziativa delle parti: confutazione dell'opinione comune sul momento di tale origine. — 118. Sviluppo pratico dell'istituto: fonti. — 119. Significato dell'istituto, in cui l'iniziativa privata viene posta a servizio dell'interesse del sovrano. — 120. La *demande en cassation* dal punto di vista processuale: rapporti e differenze colla *querela nullitatis*. — 121. Presupposti della *demande en cassation*: i motivi di cassazione negli scrittori francesi. — 122. Distinzione della cassazione secondochè avvenga per contravvenzione alle ordinanze processuali o alle ordinanze sostanziali. — 123. La *demande en cassation* per il primo motivo si avvicina nella pratica alla *querela nullitatis*. — 124. La *d. en cassation* per il secondo motivo si avvicina nella pratica a una revisione nell'interesse privato. — 125. Altri presupposti della *d. en cassation*: chi può ricorrere e contro quali sentenze; la cassazione è un rimedio « estremo ».

115. — La cassazione delle sentenze delle Corti sovrane contrarie alla volontà del re, sotto qualunque forma manifestata, appare in origine come una prerogativa del monarca, il quale esercita questo suo potere unicamente nell'interesse della propria autorità menomata dalla disobbedienza dei Parlamenti. Nell'istituto della Cassazione appare dunque connaturata la diretta iniziativa del sovrano (1), il quale, vigile del proprio interesse, si faceva attivo, senza che altri lo sollecitasse, a reprimere gli attentati volti contro di lui: e allo stesso modo che molte volte la avocazione dei processi dai Parlamenti al Consiglio di Stato veniva, per ragioni politiche, ordinata direttamente dal re

---

(1) Giustamente il Bonnecase, *Des pourvois en cassation dans l'intérêt de la loi et pour excès de pouvoir*, nota (pag. 37) che la « conception sur laquelle « repose le pourvoi dans l'intérêt de la loi a apparu en même temps que l'idée « même de cassation et lui est inhérente ».

senza che alcun privato la richiedesse (2), così la cassazione poteva avvenire per diretto impulso del monarca, il quale, ritenendo che una sentenza di un Parlamento contenesse un attacco alle sue prerogative, procedeva senz'altro, senza punto curarsi dei diritti privati decisi in tale sentenza, al suo annullamento. Questo avveniva con tanto maggior frequenza quanto minori erano, nei più antichi tempi della monarchia francese, le disposizioni espresse relative alla cassazione: finchè essa, infatti, anzichè un rimedio generale e costante per il mantenimento delle ordinanze, fu un mezzo irregolare ed arbitrario di coazione con cui il monarca reprimeva volta per volta le contravvenzioni a qualche suo singolo comando, si intende che essa fu rimessa unicamente al discernimento del sovrano, che se ne serviva a suo piacimento quando ne scorgeva la opportunità. L'ufficio di deliberare sulle cassazioni delle sentenze dei Parlamenti, fu infatti dal re gelosamente conservato al suo Consiglio di Stato (3), ch'era il consesso col quale il monarca aveva continuo ed immediato contatto nel disbrigo dei più importanti affari di governo: e quando, al principio del secolo XIV, i re francesi distinsero il consesso che li attorniava in tre organi diversi (*Conseil* propriamente detto per gli affari politici; *Chambre des comptes* per gli affari finanziarî; *Parlement* per la giustizia) (4), la trasmissione della giustizia suprema al Parlamento non tolse al *Conseil* che seguitò ad attorniare il sovrano la prerogativa di avocare i processi dai giudici inferiori e di annullare le sentenze contenenti una ribellione al comando sovrano (5); e quell'influsso notevolissimo esercitato sull'amministrazione della giustizia dalle *lettres de Chancellerie* (retro, n. 102) si partì appunto dal *Conseil*, di cui i *Maîtres des requêtes* facevano parte. Il diritto di avocare e di cassare nell'interesse del re si mantenne come prerogativa del Consiglio di Stato anche quando alla fine del secolo XV una nuova scissione si verificò nel consesso che

---

(2) REBUFFE, *Tr. de evocationibus*, n. 18: *et in hoc non potest adsignari regula, quia pro ratione voluntas.*

(3) Uso questa espressione in senso generico, senza riferirmi a quella speciale denominazione di *Conseil d'État* che, in varî momenti della monarchia francese, fu assunta da una speciale sezione del Consiglio regio. Cfr. oltre, n. 126.

(4) Cfr. su questa tripartizione MAURY, *Les premières conquêtes de la centralisation*, in « Revue des deux Mondes », CVII, pag. 846; MORTET, v. *Conseil du Roi*, in « Grande Enc. », vol. XII, pag. 495.

(5) Non si può per altro dire, senza cadere in un anacronismo, che il *Conseil*, già nel secolo XIV « come corte di cassazione annullava per errore di fatto o « per violazione delle ordinanze le sentenze in ultima istanza » (MORTET, pag. 497). Le prime cassazioni, come si è visto, non seguivano infatti per motivi predeterminati, ma per trasgressioni singole a concreti comandi del re.

circondava il monarca (6), e di fronte al *Conseil étroit,* incaricato degli affari politici, assunse il carattere di una corte autonoma il *Grand Conseil,* al quale furono attribuite funzioni giudiziarie che finora aveva esercitate il sovrano come giudice supremo, tra cui principale quella di annullare le sentenze contradditorie originate da conflitti di competenza tra diverse corti sovrane (oltre, n. 116).

Nell'interno del Consiglio di Stato, che assisteva il re nell'esercizio di tutte le sue prerogative, la cassazione delle sentenze contrarie alla volontà del monarca si compieva così senza che alcun privato ne facesse richiesta, per il solo impulso e per la sola volontà del sovrano. Questo fu regola finchè la cassazione costituì una misura isolata ed eccezionale contro infrazioni commesse dai Parlamenti ad ordini singoli e specifici del re; ma quando la cassazione fu elevata ad essere un rimedio generale e regolare contro la violazione di qualsiasi ordinanza, l'iniziativa del sovrano apparve insufficiente a scoprire ed a reprimere in tutto il regno le molteplici violazioni alle ordinanze che potevano essere compiute dai giudici: talchè la monarchia, a difesa del proprio interesse, fu costretta, come dirò tra breve, a servirsi dell'interesse dei privati, dando ai litiganti l'incarico di denunciare al *Conseil,* per mezzo della *demande en cassation,* le violazioni delle ordinanze che i Parlamenti avessero commesso nel decidere le controversie tra i litiganti stessi.

Così, mentre in origine la cassazione avveniva in prevalenza per immediato impulso del sovrano, coll'ulteriore sviluppo dell'istituto accadde che il maggior numero di cassazioni derivò dall'impulso dei privati. Ma questa inversione dei termini primitivi non portò mai alla esclusione della cassazione direttamente promossa dal re. Nei secoli XVII e XVIII, allorquando l'istituto ch'io studio raggiunse una relativa perfezione, si distinse a questo proposito tra le ordinanze che regolavano materie concernenti l'ordine pubblico, e le ordinanze che disciplinavano invece materie di interesse privato; e mentre per le contravvenzioni a questa seconda categoria di ordinanze si lasciò l'impulso della cassazione ai litiganti, per le contravvenzioni alle ordinanze della prima categoria il re continuò anche in pratica a procedere alle cassazioni di sua propria iniziativa.

Simile distinzione portò anche ad una materiale separazione di organi: poichè mentre, per decidere sulle domande di cassazione presentate dai litiganti in materia di interesse privato, fu creata fin dal 1578 una speciale sezione del Consiglio di Stato detta *Conseil des parties* (oltre, n. 126), la cassazione per violazione di ordinanze in ma-

(6) Oltre, n. 116.

teria d'ordine pubblico fu riservata ad altre sezioni dello stesso Consiglio. Nel *Règlement pour le Conseil d'État et Finances* del 21 maggio 1595, si stabilì espressamente *qu'il connaîtra des contraventions qui seront faites aux ordonnances, en ce qui concernera l'État et repos public* (7); e tale attribuzione passò poi al *Conseil des dépêches,* sezione del Consiglio di Stato che fu incaricata, come scrive DENISART (8), di vigilare su *tout ce qui intéresse la grande administration et la grande police de l'État.* Ad altre sezioni del Consiglio di Stato spettò poi la cassazione per violazione di leggi concernenti l'ordine pubblico in materie speciali; al *Conseil des finances,* la cassazione per violazione di ordinanze finanziarie (9); al *Conseil du Commerce* quella per violazione di ordinanze commerciali (10). In tutte queste sezioni del Consiglio di Stato, diverse dal *Conseil des parties,* le quali vigilavano al mantenimento delle ordinanze concernenti l'interesse pubblico, le cassazioni, pur potendo avvenire anche su domanda di un privato, avvenivano di regola per impulso del sovrano o del Consiglio che lo rappresentava, per mezzo di decisioni che si chiamavano *arrêts du propre mouvement du roi* (11), od anche, secondo TOLOZAN (12), *arrêts en commandement* (13).

Cassazioni *du propre mouvement du roi* potevan del resto avvenire, sia pure eccezionalmente, anche in controversie di indole privata: anche in tale materia, infatti, secondo DENISART (14), *il y a des exemples de cassations ordonnées du propre mouvement du roi. Cela arrive lorsque la législation est directement attaquée par des arrêts rendus sans le procureur général, ou non conformément à ses conclusions;* e lo stesso autore ne riferisce un caso pratico (15). Con queste

---

(7) CHENON, *Cassation,* pag. 36; HENRION, *Autorité judiciaire,* pag. 174. Fonti in GARSONNET, *Traité,* VI, § 2299, nota 26.

(8) *Décisions* (ed. 1786), v. *Conseil du roi,* § II, n. 3.

(9) DENISART, *ibid.,* § II, n. 4.

(10) DENISART, *ibid.,* § II, n. 5.

(11) DENISART, *ibid.,* § II, n. 6.

(12) *Règlement du Conseil* (Paris, 1786), pag. 24, citato da CHENON, *Cassation,* pag. 37 e da BONNECASE, *Cass. dans l'intérêt de la loi,* pag. 40.

(13) A queste decisioni che il Consiglio regio prendeva di sua propria iniziativa, e dalle quali talvolta una sentenza del Parlamento veniva annullata nel giorno stesso in cui era stata pronunciata, fanno risalire gli scrittori francesi l'origine del nostro ricorso nell'interesse della legge (CHENON, *Cassation,* pag. 37) e del ricorso *pour excès de pouvoir* (BONNECASE, *op. cit.,* pag. 41); meglio direi ch'esso risalga invece al ricorso presentato dal *Procureur général* nell'interesse pubblico, chè nelle cassazioni decise dal re *de son propre mouvement* non vi era alcun ricorso.

(14) V. *Cassation* cit., § IV, n. 1.

(15) V. *Censeurs royaux* nello stesso volume, n. 8.

cassazioni che il re di sua iniziativa compieva a tutela della sua autorità di legislatore, che dalla contravvenzione all'ordinanza, sia pure commessa in una controversia di privato interesse, era stata menomata, non si deve confondere il caso in cui, avendo il re, come un qualsiasi privato, figurato come parte dinanzi a un Parlamento in una controversia relativa al suo patrimonio privato (*en matière démaniale*), i suoi rappresentanti ricorrevano in cassazione contro la sentenza emessa in tale controversia: in questo caso, infatti, preveduto dall'articolo 16 del Tit. IV del Reg. 28 giugno 1738 (16) l'impulso alla cassazione era dato, sì, dal re, ma a tutela immediata di un suo diritto patrimoniale più che a tutela della sua sovranità offesa dalla contravvenzione a un'ordinanza (17). Differiva anche dalla cassazione *du propre mouvement du roi*, quella provocata dai procuratori generali contro le sentenze emanate in un giudizio in cui essi fossero stati parti o avessero pronunciato una requisitoria nell'interesse pubblico (art. 17, Tit. IV, Reg. 28 giugno 1738) (18).

Gli annullamenti delle sentenze delle Corti sovrane per mezzo di *arrêts du propre mouvement du roi*, che, nell'ultimo secolo della monarchia costituivano la regola solo nei casi di contravvenzioni a ordinanze concernenti l'ordine pubblico, bastano a provare in modo evidente che la Cassazione, anche nel periodo del suo massimo sviluppo sotto l'*ancien régime*, fu considerata come un istituto posto nell'interesse del re: talchè se, per pratiche necessità, si dovè utilizzare, per il funzionamento dell'istituto stesso, la iniziativa dei privati, ammettendoli a valersi del *recours in cassation*, non per questo si trasformò, come si dirà tra poco, la natura fondamentale del potere di cassazione, il quale restò pur sempre, anche se messo in moto dall'impulso privato, un'arma del sovrano, destinata a tutelare l'interesse di lui e a difendere le sue prerogative.

116. — Prima di studiare come a poco a poco il sovrano, pur continuando a considerare il potere di cassazione quale prerogativa a lui riservata, delegò ai privati l'impulso all'esercizio di esso, debbo sgombrare il cammino di una confusione, a mio parere erronea, che si fa tra la cassazione derivante da un conflitto tra il monarca e le Corti sovrane e la cassazione che il sovrano come giudice supremo, o un organo da lui delegato, poteva compiere allo scopo di regolare i conflitti di competenza tra i Parlamenti o di dirimere in genere ostacoli

---

(16) Denisart, v. *Cassation*, § 4, n. 1; Tarbé, *Lois*, n. 208.

(17) Cfr. su questo caso, oltre, n. 127.

(18) Denisart, l. c.; Tarbé, *Lois*, n. 209.

che si frapponessero al buon andamento della giustizia: e a torto, secondo me, il WEISMANN, che pure ha colto in modo così preciso i caratteri fondamentali della genesi della Cassazione, pone accanto al caso in cui un Parlamento violasse in qualsiasi modo la volontà sovrana, quello in cui « essendo nella stessa causa pronunciate sentenze tra loro contradditorie da Parlamenti diversi, non si aveva per risolvere il conflitto nessun altro potere che quello del re » (19). In quest'ultimo caso, infatti, quel conflitto tra la volontà del re e il fatto dei Parlamenti, che, come ho mostrato, è il motivo caratteristico della cassazione, non esisteva affatto; il re non interveniva per difendere un proprio diritto menomato, ma unicamente per risolvere come giudice supremo un conflitto nato tra giudici inferiori: il suo intervento non era dunque determinato da un suo interesse, ma dall'interesse della giustizia, da quel medesimo interesse, cioè, da cui erano esteriormente giustificate le *lettres de Chancellerie* (retro, n. 102).

Poche osservazioni varranno a mostrare come questa materia sia sostanzialmente estranea alla cassazione di cui io mi occupo qui. Si deve anzitutto ricordare che, quando, come già si è avvertito (retro, n. 108), furono creati, accanto al Parlamento di Parigi, altri Parlamenti nelle diverse provincie francesi, nacque la possibilità che di una stessa controversia fossero investite contemporaneamente due Corti sovrane o che di una stessa controversia due Corti sovrane, gelose ambedue della propria giurisdizione, reclamassero la cognizione. In tale ipotesi, poichè si produceva un conflitto fra due organi giurisdizionali sulla delimitazione delle rispettive attribuzioni — *si sit discordia inter duo parlamenta,* dice il REBUFFE (20), *quia forte agitur de limitibus utriusque* — era necessario l'intervento di un'autorità superiore ai Parlamenti in contesa: e quest'autorità non poteva essere che il re, il quale, come giudice supremo, avocava a sè la causa intorno alla quale era sorto il conflitto e decideva a quale delle due Corti dovesse appartenerne la cognizione. Tale procedimento, detto di *règlement des juges,* che, svolgendosi prima della sentenza, non dava luogo a cassazione (questa poteva avvenire, se mai, quando uno dei Parlamenti fosse giunto a decider la causa nonostante l'avocazione), fu disciplinato da diverse ordinanze, la più importante delle quali fu quella dell'agosto 1669 (21), in gran parte riprodotta nell'ordinanza

(19) *Einheitliches Recht,* pag. 173.

(20) *Tract. de evoc.* citato, n. 69.

(21) *Nouvelle Ordonnance du mois d'août 1669,* in BORNIER, *Conférences,* I, pag. 295 e segg. Specialmente tit. II, art. 1: « Il y aura Règlement de juges « lorsque deux de nos Cours et autres Jurisdictions inférieures, indépendantes « l'une de l'autre et non ressortissant en même Cour, seront saisies d'un même

dell'agosto 1737 (22); e in modo analogo fu regolata la procedura nei casi di suspicione contro i giudici per parentela con una delle parti o per altri motivi (23).

Ma se il conflitto positivo tra due Parlamenti non dava luogo a cassazione quando, prima della pronuncia di ogni sentenza il sovrano procedeva, come supremo giudice al *règlement des juges*, più complicata era la situazione quando, essendosi su una stessa causa ritenuti competenti due Parlamenti diversi, ambedue erano giunti a deciderla con due sentenze tra loro contraddittorie. A prescindere dall'ipotesi di un'unica sentenza contenente diversi capi tra loro inconciliabili, contro la quale, per l'ord. 1667, potevano le parti provvedervi per *requête civile* (24), abbiamo veduto che un caso di *requête civile* era pur quello in cui *uno stesso Parlamento* avesse nella stessa causa pronunciato due sentenze con diverso dispositivo (25); ma quando le due sentenze contraddittorie erano state emesse da due Corti diverse, non era possibile deferire ad una di esse la decisione di questo conflitto, che ognuno dei due Parlamenti in contrasto avrebbe voluto risolvere in favor proprio (26), ed occorreva di conseguenza alla risoluzione l'intervento di un organo superiore ad ambedue le Corti sovrane, il quale, in origine, non potè essere che il monarca. In simili casi il re, nel suo Consiglio di Stato, esaminava quale delle due Corti che avevano sentenziato sulla stessa causa doveva ritenersi competente per la controversia decisa, e, in base a tale esame, annullava la sentenza dell'altra Corte. L'annullamento che aveva luogo in tale ipotesi, giustificato dalla necessità pratica di portare la certezza giuridica in una controversia decisa da due sentenze tra loro discordanti, differiva profondamente, come ognun vede, dall'annullamento derivante da un conflitto tra il re e l'autorità giudiziaria: nel caso presente, infatti, il Parlamento che aveva deciso una controversia,

---

« différend... » etc. Già l'art. 73 dell'Ord. del luglio 1493 (*Recueil*, XI, 239), riportata anche da REBUFFE, *de evoc.*, art. I, affidava al *Conseil* sovrano di risolvere preventivamente i conflitti di competenza.

(22) Cfr. TARBÉ, *Lois*, nn. 147 e segg.

(23) Cfr. Reg. 28 giugno 1738, tit. I, in TARBÉ, *Lois*, n. 188. Cfr. anche REBUFFE, *De evocationibus, passim.*

(24) Ord. 1667, tit. XXXV, art. 34; DENISART, *Décisions*, v. *Contrariété d'Arrêts*, § 1, n. 3.

(25) DENISART, *ibid.*, § II, n. 1. Ord. 1667, tit. XXXV, art. 34; cfr. anche l'Ed. del 1545 e l'Ord. d'Orléans del 1560, retro, n. 106, nonchè l'art. 68 dell'Ord. 1629 (*Recueil*, XVII, 245) secondo la quale « pour le regard dez contrariétéz pre- « tendües, par les arrests d'un même parlement entre mêmes parties l'on se « pourvoira audit parlement par requeste civile ou proposition d'erreur ».

(26) Cfr. BORNIER, *Conférences*, I, pag. 279, all'art. 34 del tit. XXXV, Ord. 1667.

sulla quale già un'altra Corte sovrana aveva sentenziato, non intendeva con questo contrapporsi alla superiore volontà del sovrano, ma solo affermare, di fronte a un organo suo pari, il proprio diritto di giurisdizione. Così il monarca, al quale per necessità gerarchica veniva deferito il conflitto, non cassava per tutelare il rispetto della propria sovranità, ma per rimuovere un ostacolo che impediva il pratico raggiungimento dei fini della giustizia.

Del resto la miglior dimostrazione che la cassazione per contraddittorietà di sentenze ebbe un fondamento unicamente giudiziario e non politico, è data da questo fatto: che, mentre della cassazione per scopo politico il sovrano conservò sempre gelosamente l'esercizio a sè ed al suo Consiglio di Stato (retro, n. 115), delegò invece ad un organo giudiziario autonomo, il *Grand Conseil*, la funzione di cassare le sentenze contrarie a quelle già pronunciate nella stessa causa da un altro Parlamento. A causa del numero sempre maggiore di affari giudiziarî che venivano deferiti alla diretta cognizione del re, questi fu costretto a separare dal suo Consiglio un organo giudiziario autonomo, che, assumendo il nome di *Grand Conseil* riserbato finora a tutto il Consiglio del sovrano, perdurò fino alla caduta dell'*ancien régime*, col carattere di un tribunale supremo unico per tutto il regno (il suo motto era *unico universus*) (27). Le attribuzioni di questo nuovo organo giudiziario, la cui stabile fondazione si fa risalire a un'ordinanza del 2 agosto 1497 (28), furono molteplici; ma la principale tra esse (29), che gli restò anche quando le altre furono a poco a poco riassunte dal Consiglio di Stato, fu quella di cassare le sentenze contraddittorie provenienti da due Parlamenti diversi (30). Un'ordinanza del 1629, art. 68, confermò infatti che *les instances en contrariétéz d'arrests seront jugées en nostre Grand Conseil, auquel toutefois les parties ne se pourront pourvoir en la dite contrariété, sinon que les arrêts fussent donnéz entre mêmes parties, pour même sujet, par diverses cours et contenant disposition manifestement contraire* (31); ed anche nel sec. XVIII al *Grand Conseil* spettava sempre questo ufficio, come insegna il De-

---

(27) Si cfr. Tarbé, *Lois*, pag. 14; Maury, scritto cit., pag. 847; Mornet, v. *Conseil du roi*, pag. 499-500; Seligman, *Justice*, pag. 59; Chenon, *Cassation*, pag. 24-25.

(28) In *Recueil*, XI, 296, è detto che il testo di questa ordinanza è perduto; il Tarbé, *Lois*, pag. 14, parla invece di un'ord. del 2 agosto 1477. L'istituzione del *Grand Conseil* fu confermata da un'ord. del 13 giugno 1498 (*Recueil*, XI, 296).

(29) Secondo Denisart, *Décisions*, v. *Contrariété d'Arrêts*, § II, n. 1, la prima ordinanza che attribuì questa funzione al *Grand Conseil* è del sett. 1552.

(30) Cfr. Chenon, *Cassation*, pag. 36.

(31) *Recueil*, XVII, 245.

NISART, secondo il quale *si la contrariété est reconnue, le Grand Conseil casse toujours le dernier arrêt* poichè *le second arrêt est vicieux, en ce qu'il est contraire au premier, déjà devenu loi inviolable entre les parties* (32). Si intende che questa funzione di cassazione veniva riassunta direttamente dal Consiglio di Stato quando una delle due sentenze in conflitto proveniva o dal *Grand Conseil* o da una sezione del Consiglio di Stato stesso: in questo caso, mancando al *Grand Conseil* l'imparzialità o l'autorità per dirimere il conflitto, la risoluzione spettava al sovrano, nella sua qualità di capo supremo della giustizia (33).

117. — Tornando ora alla vera e propria cassazione politica, originata da un conflitto tra l'atto di una Corte sovrana e la volontà del re, è necessario renderci conto del modo come da essa nacque un rimedio processuale rispondente in via immediata all'interesse privato, pur sempre avendo lo scopo di servire mediatamente all'interesse del monarca. L'idea fondamentale su cui si basò la nascita di questo rimedio fu la seguente: poichè nella decisione di un processo dinanzi alle Corti sovrane, poteva la sentenza, pur senza contenere alcun di quei vizî che legittimavano l'esercizio della *proposition d'erreur* o della *requête civile,* costituire, nei modi già visti (retro, nn. 109 e segg.), una contravvenzione alla volontà del re ed esser quindi soggetta ad annullamento da parte di lui, apparve naturale che la parte soccombente si facesse attiva per richiamare l'attenzione del sovrano sulla contravvenzione contenuta nella sentenza e per provocare da lui quell'annullamento, dal quale anch'essa avrebbe ritratto un vantaggio; ma siccome la qualità nella quale il re veniva invocato in simile ipotesi dalla parte non era quella di giudice supremo, custode dei privati interessi, ma quella di monarca direttamente offeso dalla disobbedienza dei funzionarî da lui dipendenti, così questo ricorso diretto al re, per spingerlo a cassare la sentenza di un Parlamento, ebbe uno sviluppo del tutto separato da quello dei veri rimedî processuali dati alle parti contro le sentenze delle Corti sovrane, e si maturò a poco a poco fuori del processo come un istituto di natura politica che nulla avesse a che fare coll'amministrazione della giustizia.

Inutile riesce per questo ogni tentativo vòlto a rintracciare la genesi del ricorso in cassazione, come rimedio concesso alle parti, in quelle ordinanze processuali in cui si disciplinano contro le sentenze dei Parlamenti i mezzi di ricorso al re stabiliti nell'interesse delle parti:

---

(32) Voce *Contrariété d'Arrêts,* § II, n. 4.

(33) DENISART, *ibid.,* § II, n. 11. Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. VI, riportato da TARBÉ, *Lois,* nn. 234-240.

e, lasciando da parte il fantastico richiamo agli *Établissements* di S. Luigi, del quale ho già mostrato l'infondatezza (retro, n. 101), del tutto insoddisfacente riesce il ragionamento fatto dall'HENRION DE PANSEY (34), e seguìto poi da quasi tutti gli scrittori francesi (35), per dimostrare che, come nell'art. 208 dell'Ord. di Blois è per la prima volta esplicitamente dichiarata la nullità di tutte le sentenze date in genere contro le ordinanze regie (retro, n. 111), così nell'art. 92 dell'Ordinanza medesima (36), riprodotto poi dall'art. 18 dell'Editto di Rouen (37), è per la prima volta espressamente contemplato il ricorso per cassazione, come un rimedio concesso alle parti accanto alla *proposition d'erreur* ed alla *requête civile*. L'art. 92 dell'ord. di Blois dice testualmente: *Déclarons que les arrêts de nos Cours souveraines ne pourront être cassés ne retractés que par les voies de droit, qui sont la requête civile et la proposition d'erreur, et par la forme prescripte par nos ordonnances.* Il significato di quest'articolo, a chi lo legga senza preconcetti, è chiarissimo: ad evitare tutti quei mezzi *de nouvelle invention* coi quali i litiganti cercavano di eludere l'autorità irretrattabile delle sentenze dei Parlamenti (un esempio ne abbiamo veduto retro, n. 106) l'ordinanza di Blois ripete nell'articolo surriferito la limitazione di tali mezzi a quei due soli che le precedenti ordinanze avevano ammesso, e conferma, inoltre, che questi due mezzi sono esperimentabili solo nella forma rigorosamente prescritta dalle ordinanze stesse, relativa ai termini, al deposito preventivo, ecc. Ma l'HENRION DE PANSEY (38), volendo a tutti i costi trovare in questo testo un accenno anche alla Cassazione, insegna che esso chiaramente contempla tre maniere di provvedersi contro una sentenza di una Corte sovrana, cioè da una parte la *proposition d'erreur* e la *requête civile*, che sarebbero le *voies de droit*, e dall'altra il ricorso per cassazione, che sarebbe *la forme prescripte par nos ordonnances;* e gli scrittori più recenti ripetono senza discussione il sorprendente insegnamento, contro il quale, tanto appare di per sè stesso assurdo (si potrebbe per esempio chiedere quali sono queste *ordonnances* alle quali l'art. 92 si riferisce!), non è il caso di spendere parole di confutazione. La verità è che nè questo art. 92 nè l'art. 18 dell'Editto di

---

(34) *Autorité jud.*, cap. XXXI, sez. VIII.

(35) TARBÉ, *Lois*, pag. 166; CHENON, *Cassation*, pag. 35; CRÉPON, *Cassation*, I, nn. 19-20; DELANGLE, v. *Cour de Cassat.*, in SEBIRE e CARTERET, n. 21; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2299: contro il PETIET, in una memoria inedita citata dal GARSONNET, *ib.*, nota 31.

(36) *Recueil*, XV, pag. 404.

(37) *Recueil*, XVI, pag. 124.

(38) Cap. XXXI, sez. VIII.

Rouen si riferiscono per nulla al ricorso per cassazione che non era finora considerato come un rimedio normale e che veniva d'altra parte ritenuto come un istituto estraneo al processo. Nè il contrario si può sostenere appoggiandosi unicamente alla frase *ne pourront être cassés ne retractés* nella quale, secondo l'opinione prevalente, la *retractation,* effetto proprio della *requête civile* e della *proposition d'erreur,* si contrapporrebbe alla *cassation,* effetto proprio di un terzo rimedio: le parole *casser, cassation* non avevano infatti assunto ancora, nel francese giuridico del secolo XVI, quel significato tecnico che dovevano assumere nei secoli seguenti, e contenevano quindi soltanto, come nel basso latino del diritto comune, l'idea generica di *annullare, annullamento* (39); basterebbe a provarlo, per portare un esempio tra mille, il fatto che il D'Espeisses parla di *lettres royaux en cassation ou déclaration de nullité* in tema di restituzione in intero contro gli effetti di un contratto! (40). Quando dunque l'art. 92 dell'ord. di Blois parla di sentenze che possono essere *cassés,* nulla vieta di riferire anche questa parola, come la seguente *retractés* ai due rimedî della *proposition d'erreur* e della *requête civile,* l'effetto delle quali, e specialmente della seconda, poteva essere senza dubbio, come ho già dimostrato (retro, n. 106), anche quello di produrre un vero e proprio annullamento per vizî processuali. Del resto un argomento decisivo per dimostrare come nel secolo XVI il ricorso per cassazione non aveva ancora alcun esplicito riconoscimento, è dato non solo dal fatto che gli autori espressamente negano per i litiganti ogni possibilità di attaccare un *arrêt* di un Parlamento per errore di diritto (retro, n. 104) (41), ma dal fatto ben più significante che gli scrittori del sec. XVI, anche posteriori all'Ordinanza di Blois, tacciono affatto nell'enumerare i rimedî contro le sentenze delle Corti sovrane, del ricorso per cassazione. Così, ad esempio, il Rebuffe, che nel suo Commento alle ordinanze tratta largamente della *proposition d'erreur* e della *requête civile,* nep-

---

(39) Cfr. Du Cange, *Glossarium ad scriptores mediae et infimae latinitatis* (Francofurti, 1710), *Cassare, Irritum reddere, Gallis Casser, vox frequens in Edictis principum.* Il verbo « cassare » nel significato di togliere efficacia giuridica si trova già nel latino delle Fonti: L. 3 pr. C. Th., XIV, 4; L. 4, c. IV, 38 (cfr. Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts* (Jena, 1907), v. *Cassare*); anche nei documenti medievali italiani la parola è di uso comune (Ficker, *Forschungen,* IV, Doc. 171, pag. 214, Pavia, 1187: ... *sententiam regia auctoritate cassamus;* doc. n. 238, pag. 286: *tanquam nullas anichilandas et cassandas*).

(40) Vol. I, *Des contrats,* P. IV, tit. XI, sez. I, n. 5. Anche si parla di *cassation* di un testamento, o di altro negozio privato.

(41) Così il Petiet, nella citata memoria inedita, confutato dal Garsonnet, *Traité,* VI, § 2299.

pure nomina (quantunque egli scrivesse circa alla metà del sec. XVI) il rimedio della cassazione, nè, a maggior ragione, lo nomina IMBERTO nelle sue *Institutions* scritte nel 1535 (42): così il D'ESPEISSES, che pure scriveva dopo l'Ord. di Blois, insegna, sì (43), che *les arrêts des Cours souveraines peuvent être cassés et rétractés par les voies de droits, sçavoir, par requête civile, par proposition d'erreur, suivant l'art. 92 Ord. Blois, par lettres en opposition et en quelque façon par requête en interprétation;* ma di ricorso in cassazione, pur ripetendo la parola *cassés* dell'ordinanza di Blois, non parla affatto.

118. — In conclusione, lo sviluppo del ricorso per cassazione come rimedio concesso alle parti non avviene in modo contemporaneo e parallelo collo sviluppo del potere di cassazione inerente al potere sovrano; e mentre il diritto del re di annullare una sentenza contraria alla sua volontà non venne mai messo in dubbio, come prerogativa che il sovrano esercita nel suo esclusivo interesse, i Parlamenti protestarono sempre contro l'ingerenza del *Conseil* nelle controversie dei privati e mal si adattarono a vedere che l'annullamento delle loro sentenze potesse esser chiesto dalle parti al monarca, come un vero e proprio rimedio processuale (44).

Dai più antichi *arrêts* del Consiglio regio appare del resto in modo evidente che la cassazione su domanda di parte non era considerata come un procedimento legittimo: per portare un unico esempio, in una decisione del *Conseil* del 22 aprile 1455 (45), alla richiesta di un privato che chiedeva l'annullamento di una sentenza di una Corte sovrana, *comme s'aucun jugement n'eust ésté donné,* si risponde: *... a semblé que le Grand Conseil du Roy n'en doit pas prendre la cognoissance, et n'a pas acoustumé de cognoistre des debas de partie à partie. Car ce seroit contre l'ordonnance nouvellement faicte par le Roy. Est s'ainsi estoit, seroit ordonner juges sur la court de Parlement, qui est court souveraine. Et le remettre en l'estat, ecc., seroit du tout en tout anichiler et mettre au neant le dit arrest, sans veoir le procès ne oïr la partie, et seroit contre la forme ordinaire gardée en tous temps, en telz caz, qui est de proposer erreur.* In seguito però queste cassazioni su istanza di parte dovettero essere sempre più frequenti; ed anzi, in alcuna di quelle disposizioni in cui si stabiliva l'annulla-

---

(42) Cfr. STEIN, *Geschichte,* III, 656.
(43) Tit. XII, sez. III, n. 1.
(44) Cfr. CHENON, *Cassation,* pag. 21 e segg.
(45) VALOIS, *ibid.,* pag. 376.

mento delle sentenze dei Parlamenti per trasgressione di singole norme processuali, si faceva accenno alla possibilità di una richiesta di tale annullamento proveniente dalle parti: così l'ord. di Moulins nell'art. 68 minacciando (retro, n. 110) la nullità delle sentenze date *par petits commissaires*, aggiungeva: *réservans aux parties... se pourvoir pour ce regard pardevers Nous et en nostre Conseil.* Ma si trattava semplicemente di accenni; chè, come ho detto, lo sviluppo del ricorso per cassazione avvenne per lenta formazione pratica più che per disciplina di norme, e, anche se fu regolato da precise disposizioni, queste non si trovarono mai nelle ordinanze processuali: perfino nella celebre *Ordonnance civile* del 1667 nessuna norma si incontra, nella quale accanto alla *requête civile* sia esplicitamente contemplato il rimedio processuale della cassazione nell'interesse dei litiganti.

Lo sviluppo pratico del ricorso per cassazione esperimentabile dalle parti dovè compiersi tra la metà del secolo XVI e la metà del secolo XVII. Già più di dieci anni prima che l'Ord. di Blois affermasse come misura generale la nullità di ogni sentenza data contro le ordinanze, si trovano decisioni del Consiglio regio che annullano sentenze dei Parlamenti dietro istanza di parte: cito, ad esempio, l'*arrêt* del 21 giugno 1566 (46), in cui, su un ricorso di privati che chiedevano, per violazione dell'Editto di pacificazione tra cattolici e protestanti, la cassazione di una sentenza del Parlamento di Grenoble, fu deciso: *Le Roy en soudict Conseil, ayant esgard à ladicte requeste, a cassé, revocqué et adnullé ledict arrest, comme contraire à l'édict de pacification...*; il ricorso per cassazione è già formato nei suoi tratti caratteristici in questo annullamento per violazione di legge deciso dal re su richiesta di una parte. Il numero delle cassazioni di sentenze su richiesta dei privati dovè rapidamente aumentare, se nel 1578 il re sentì il bisogno di creare nel suo Consiglio una speciale sezione incaricata di accogliere i ricorsi delle parti in materia giudiziaria (*Conseil des parties*: oltre, n. 126); e mentre finora la domanda per cassazione di un *arrêt* era stata considerata come un ricorso eccezionale, sciolto da ogni regola e rimesso alla onnipotenza sovrana, essa cominciò, dopo l'art. 208 della Ord. di Blois, che dichiarava la nullità di ogni sentenza contraria alle Ordinanze, ad assumere la funzione specifica di un rimedio dato alle parti contro le violazioni di legge, e come tale si maturò nella prima metà del secolo XVII (47). Certo è però che il massimo sviluppo della cassazione sotto l'*ancien régime* non fu raggiunto prima dell'Ordinanza del 1667, la quale,

---

(46) Riportata da VALOIS, *Le Conseil du roi aux XIV, XV et XVI siècles* (Paris, 1888), pag. 240.

(47) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2299, in fine.

ripetendo con speciale solennità il divieto di contravvenire alle ordinanze, rese di uso più frequente il ricorso dei privati contro le sentenze dei Parlamenti: il DENISART (48) fa risalire infatti all'*Ordonnance civile* la frequenza delle cassazioni, quando scrive che *depuis l'ordonnance de 1667, nos rois ont fréquemment cassé des arrêts contre lesquels ils ont cru devoir user de leur autorité;* e la verità delle sue asserzioni è dimostrata dalla raccolta di *Arrêts du Conseil d'État du Roy, donnéz en interprétation des nouvelles Ordonnances de Sa Majesté et en cassation des Arrêts rendus contre la disposition d'icelles,* che il BORNIER riporta in appendice al I° volume delle sue *Conférences* e che è costituita da decisioni appartenenti quasi tutte agli anni 1667 e 1669 (49).

Ho già avvertito che le norme positive sulla formazione del ricorso per cassazione non si possono cercare nelle Ordinanze relative al processo: difatti, se vogliamo trovare le fonti di legge sull'istituto, bisogna rintracciarle nei Regolamenti del Consiglio Regio ed in ispecie in quello del *Conseil des Parties* (50), i quali vennero tutti rifusi e

---

(48) V. *Cassation* cit.

(49) Lo STEIN, *Geschichte* cit., III, pag. 656, insegna che il r. per c., « come « mezzo di impugnativa di per sè stante appartiene agli ultimi anni del se- « colo XVII ».

(50) Se non si conta il Reg. del 21 maggio 1595 (sul quale cfr. GIRARD, *Offices de France,* Paris, 1645, I, pag. 624; HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. VIII, nota ultima; CHENON, *Cassation,* pag. 36), le fonti in cui è disciplinato il modo di procedere dinanzi al Consiglio regio sono: *Règlement et Style de procéder au Conseil Privé du Roy* del 30 giugno 1597 (un sunto di esso in BOUCHEL, *Bibliothèque* cit., voce *Conseil du Roy,* § *L'estroit du privé Conseil,* pag. 645; cfr. GAURET, *Style du Conseil du roi,* e TARBÉ, *Cassation. Lois et règl.,* n. 8), il quale però nulla contiene sulla cassazione; *Ordonnance du Roy qui règle la procédure à suivre au Conseil privé,* 27 febbr. 1660 (*Recueil,* XVII, 375, ove sono riportati solo gli art. 10-85; TARBÉ, l. c., n. 9), nel cui art. 14 si stabilisce che le domande in cassazione devono esser firmate da due avvocati anziani; *Ord. sur les évocations et les règlements des juges,* agosto 1669 (BORNIER, *Conférences,* I, pag. 29 e segg.; TARBÉ, l. c., n. 13); *Règlement que le roi veut être observé en son Conseil,* 3 gennaio 1673 (BORNIER, *Conférences,* II, 633; TARBÉ, l. c., n. 14); *Règlement fait par le Roy pour les Maîtres des Requêtes,* 27 ottobre 1674 (BORNIER, *Conférences,* II, 637; TARBÉ, l. c., n. 15); *Règlement pour les Conseils du roi,* 2 luglio 1676 (GAURET, *Style du Conseil du roi;* TARBÉ, l. c., n. 16); *Règl. concernant les requêtes respectives et celles en cassation* del 10 gennaio 1681 (GAURET, *Style du Conseil du roi;* TARBÉ, l. c., n. 17); *Arrêt du Conseil privé* del 14 settembre 1684 (riportato per intero da TARBÉ, l. c., n. 18); *Règl. concernant la procédure du Conseil,* 17 giugno 1687 (TARBÉ, l. c., n. 19); *Arrêt du Conseil privé,* 3 sett. 1698 (BORNIER, *Conférences,* II, 639); *Arrêt du Conseil,* 3 febbraio 1714 (*Recueil,* XXI, pag. 615; TARBÉ, l. c., n. 20); *Ordonnance concernant le faux principal* etc., luglio 1737 (TARBÉ, l. c., n. 21); *Ord. concernant*

riassunti nel celebre *Règlement concernant la procédure que Sa Majesté veut-être observée en son Conseil* del 28 giugno 1738, opera del Cancelliere D'AGUESSEAU, nel quale l'intero Tit. IV della II[a] parte tratta *Des demandes en cassation d'arrêts ou de jugements rendus en dernier ressort* (51). Molto interessante è anche l'Editto 20 agosto 1716, emanato da Leopoldo duca di Lorena, *qui abroge la proposition d'erreur, introduite par l'Ordonnance de 1607 et permet de se pourvoir au Conseil en Cassation d'Arrêt,* nella quale la cassazione è regolata in modo ampio, ma anche è un po' trasformata (52).

Come le disposizioni positive nel ricorso per cassazione si debbono cercare, anzichè nelle Ordinanze sul processo, in quelle sul Consiglio del re, così gli insegnamenti della dottrina non debbono esser cercati nelle opere degli scrittori di procedura: i commentatori dell'Ordinanza del 1667 dànno sul ricorso per cassazione pochi cenni (53) e il POTHIER, nel suo *Traité de la procédure* si sbriga con poche parole di questo argomento, perchè, a parer suo, *le détail de cette procédure n'est pas de nôtre dessein, et nous renvoyons à cet égard aux règlements du Conseil.* La spiegazione delle disposizioni procedurali sul ricorso in cassazione si trova invece nelle opere relative al Consiglio del re: specialmente nello *Style du Conseil* del GAURET e nel *Règlement du Conseil* del TOLOZAN; ma in questi scritti è studiata piuttosto la parte formale ed esteriore dell'istituto, che il suo signi-

---

les évocations et les règlements des juges, agosto 1737 (BORNIER, II, 641; TARBÉ, l. c., nn. 147 e segg.). Queste sono le fonti anteriori al Reg. 28 giugno 1738; dopo questo, sulla cassazione si hanno solo degli *Arrêts* del Consiglio di Stato, tra i quali importanti quelli del 19 agosto e 4 novembre 1769 (TARBÉ, l. c., nn. 506-513) e del 18 dec. 1775 (*Recueil,* XXIII, 289; TARBÉ, l. c., n. 515). Le più importanti disposizioni sulla cassazione, anteriori al 1738, sono riportate da FERRIÈRE, *Dict.,* I, v. *Cassation.* Cfr. anche DENISART, *v. Conseil du roi,* § II, n. 10.

(51) Il Regolamento 28 giugno 1738, che costituisce, secondo il TARBÉ, il *Code de procédure de la Cour de cassation* e che viene in molte parti osservato anche oggi in Francia, è riportato in *Recueil,* XXII, 42; dal DALLOZ, *Répert.,* v. *Cassation,* in nota, e da TARBÉ, *Cassation,* pag. 194 e segg. Fu commentato dal TOLOZAN, *Règlement du Conseil* (Paris, 1786). Per la sua compilazione e le sue decisioni, cfr. CHENON, *Cassation,* n. 16, pag. 48 e segg.

(52) In appendice a *Ordonnance pour l'adm. de la justice donnée a Lunéville,* 1707 (Nancy, 1725, pag. 480). Le deviazioni che in questa ordinanza subisce la cassazione sono probabilmente dovute a influssi del diritto comune tedesco (specialmente la *summa gravaminis* e il *rescissorium* deciso dallo stesso tribunale che giudica il *rescindens*).

(53) Cfr. BOUTARIC, *Explication* cit., in nota agli art. VIII del tit. I e art. XXXIV del tit. XXXV; BORNIER, *Conférences,* I, in nota all'art. VIII, del tit. I; JOUSSE, *Commentaire,* tit. I, art. VI-VIII.

ficato giuridico, alla concezione del quale sono invece prezioso sussidio le due memorie presentate a Luigi XV nel 1762 dai consiglieri di Stato JOLY DE FLEURY e GILBERT DE VOISINS (54) e le lettere del cancelliere D'AGUESSEAU ai Parlamenti. All'intelligenza del ricorso per cassazione sotto *l'ancien régime* dànno infine utili elementi le trattazioni delle più antiche raccolte giuridiche per voci, tra le quali cito quella del FERRIÈRE (55) e, sopratutto, quella del DENISART (56).

119. — Il WEISMANN, a spiegare in che modo il rimedio germanico della *Revision*, il cui esercizio è totalmente rimesso alla iniziativa privata, sia stato in realtà introdotto a servizio dell'interesse pubblico, si esprime con parole che possono adattarsi senza variazione a descrivere la genesi del ricorso per cassazione in Francia: « la realizzazione del pubblico interesse è affidata alle parti in causa e soltanto ad esse: l'interesse privato è posto al servizio dell'interesse pubblico. L'interesse pubblico trova osservanza solamente in quanto un interesse privato va di pari passo con esso... » (57). La nascita della *demande en cassation* in Francia è dovuta infatti ad un fenomeno caratteristico di sfruttamento dell'interesse privato fatto dal sovrano nel suo proprio interesse: poichè il moltiplicarsi delle ordinanze da una parte e dall'altra il cresciuto numero dei Parlamenti impedivano ormai ai re francesi di vigilare in modo efficace su tutte le contravvenzioni alla loro volontà che potevano esser commesse dalle Corti sovrane e di reprimerle con cassazioni *de propre mouvement*, essi si indussero a poco a poco a delegare tacitamente ai privati la vigilanza sul mantenimento delle ordinanze in giudizio, riconoscendo alle parti che fossero state condannate dalla sentenza di un Parlamento la facoltà di denunciare al *Conseil* regio le violazioni di legge che fossero contenute in essa e di provocarne così, da parte del monarca, l'annullamento. In questo modo il sovrano, impossibilitato ad esercitare un diretto controllo su tutte le decisioni dei Parlamenti, volgeva a suo profitto lo spirito di litigiosità delle parti in causa, sempre meglio di ogni altro poste in grado, per il loro immediato intervento in giudizio, e più di ogni altro inclinate, per la loro bramosia di sottrarsi alla irrevocabilità di una cosa giudicata sfavorevole, a scoprire nella decisione dei giudici anche i vizî più

---

(54) Queste due memorie non si trovano stampate, ma ne dà un largo estratto l'HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. X.

(55) *Dictionnaire* cit. (ed. del 1740), I, v. *Cassation*.

(56) *Décisions nouvelles* (ed. 1786), vol. IV, v. *Cassation*, pag. 289 e segg.

(57) *Einheitliches Recht*, pag. 181.

nascosti; ma con questo il potere di cassazione riservato al monarca non veniva a cambiar natura nè a porsi al servizio dell'interesse privato, poichè, non appena che la denuncia dei litiganti lo aveva posto in moto, esso si esercitava nel solo interesse del re, al solo scopo di reprimere un attacco alla sovranità e non mai a quello di correggere una ingiustizia fatta ad una parte in causa. Il principio fondamentale che vigeva per le sentenze dei Parlamenti, era, come si è visto, quello della loro irrevocabilità: ma, come eccezioni necessarie a questa sovrana autorità della cosa giudicata, le ordinanze processuali avevano dovuto ammettere la possibilità di esperimentare anche contro le sentenze dei Parlamenti certi rimedî straordinarî, quando si potesse dimostrare in tali sentenze la presenza di certi vizî più gravi, che venivano a distruggere ogni garanzia di giustizia per i privati. Tra questi vizî più gravi, ai quali, nell'interesse delle parti in giudizio, si attribuiva l'effetto di distruggere la irrevocabilità della cosa giudicata, non rientrava peraltro l'errore di diritto, l'effetto del quale di fronte alle parti non era più grave di quello prodotto da ogni altro *error in iudicando* e si riduceva, in fondo ad un *mal jugé*, che, per l'art. 32, Tit. XXXV, Ord. 1667, non autorizzava l'esperimento di alcun rimedio contro le sentenze delle Corti sovrane (retro, n. 107); ma se l'errore di diritto, o, per dirla con altre parole, la contravvenzione alle ordinanze, non costituiva dal punto di vista del privato interesse, un vizio più grave e quindi meritevole di speciale repressione, tale speciale gravità esso assumeva quando entrava in giuoco l'interesse politico del monarca, il quale, se non si sentiva per nulla minacciato nelle sue prerogative di sovranità quando un Parlamento pronunciava una sentenza ingiusta per errore di fatto, scorgeva invece un attacco diretto contro di lui nella ingiustizia causata da una contravvenzione a qualche sua propria ordinanza. E quindi, se da una parte l'esistenza di certi più gravi difetti nella sentenza autorizzava i rimedî della *proposition d'erreur* e della *requête civile*, coi quali le parti ricorrevano al re come a giudice supremo, affinchè egli tutelasse in tal qualità il loro diritto leso, la esistenza di un vizio consistente in una contravvenzione alla ordinanza autorizzò il rimedio della *demande en cassation*, col quale le parti ricorrevano al re, non come a giudice supremo ma come a sovrano legislatore, affinchè egli tutelasse le sue proprie prerogative menomate dalla sentenza di un Parlamento; nel primo caso la parte ricorrente chiedeva l'attuazione di un suo proprio diritto di impugnativa, del quale il sovrano, nel concedere le *lettres de Chancellerie* con cui permetteva la revisione o la restituzione, esaminava la fondatezza; nel secondo caso, invece, la parte ricorrente chiedeva soltanto l'attuazione di un potere di cassazione proprio del sovrano, il quale, mes-

so sull'avviso da tale richiesta, non esaminava già se la parte aveva diritto ad ottenere l'annullamento, ma se egli monarca aveva interesse ad annullare (58).

Tale essendo la genesi e la natura del ricorso per cassazione sotto l'*ancien régime,* parrebbe naturale che i re francesi avessero con ogni facilitazione favorito lo sviluppo di questo istituto, dal momento che esso rappresentava un'efficace cooperazione dell'attività privata al mantenimento dell'autorità regia e che le parti in causa si facevano per mezzo di esso volonterosi custodi delle ordinanze. Ma la storia degli istituti processuali mostra come di ogni rimedio, creato per contribuire alla giustizia, ben presto si impadronisce la *chicane,* allo scopo di impedire e di ritardare l'irrevocabile formarsi di un giusto giudicato. Questo avvenne in Francia anche per il ricorso in cassazione, il quale, concesso in origine alle parti al solo scopo che esse, nel loro interesse mediato, denunciassero al re le violazioni di legge intervenute negli *arrêts* dei Parlamenti, provocandone così la cassazione nell'interesse immediato del sovrano, fu dai litiganti piegato a servire al loro unico interesse, in quanto si cercò di ottenere per mezzo di esso l'annullamento di ogni sentenza viziata da *mal jugé,* anche se questo *mal jugé* non derivava da una contravvenzione alle ordinanze. Contro simili abusi, per i quali l'istituto veniva deviato dal suo vero scopo e il sovrano era importunato da una quantità di domande non giustificate da alcun attentato alle sue prerogative, dovettero esser prese delle misure repressive, simili a quelle che erano state prese contro gli abusi dei rimedî straordinari creati nell'interesse privato: infatti il *Conseil d'État privé,* riconfermando in un *arrêt* del 3 settembre 1698 (59) la multa contro coloro che ricorrevano in cassazione senza fondato motivo, osservava che *ils ne causent pas moins de vexation et ne sont pas moins odieux que les demandeurs en requête civile;* anzi *l'on peut dire, qu'il y a plus de lieu de condamner à l'amende ceux qui intentent de mauvaises demandes en cassation, par ce qu'ils abusent, pour ainsi dire, de l'autorité du Conseil du roi.*

La *demande en cassation,* cioè il ricorso col quale una parte chiedeva al re di esercitare contro una sentenza il suo potere di cassazione, restò dunque, sebbene affidata all'iniziativa dei privati, un

---

(58) Si cfr. quanto l'HOLTZMANN *scrive* (*Verf. Gesch.*, III. Per., 3. Kap., n. 3, pag. 362) in genere sui ricorsi al re contro le sentenze dei Parlamenti: « ... non si « trattava di *un diritto delle parti* (non vi era un vero appello contro le corti « sovrane), ma dell'applicazione del diritto di avocazione operata dal re *su ri-* « *chiesta delle parti* ». Forse l'espressione dell'H. generalizza troppo (cfr. oltre, n. 120); ma certo è giusta per ciò che si riferisce al ricorso per cassazione.

(59) In BORNIER, *Conférences,* II, 639.

istituto funzionante nell'interesse del re. Simile carattere viene accentuato con particolare energia nella memoria presentata da JOLY DE FLEURY a Luigi XV, nella quale si insegna che nel decidere sulle domande in cassazione *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 introduite plutôt pour le maintien des ordonnances que pour l'intérêt des justiciables* (60). Notevolissima a questo proposito è anche la espressione usata da un *Arrêt du Conseil* del 18 decembre 1775 (61), il quale, proibendo la esibizione di memorie stampate da parte del controricorrente prima che il ricorso sia dichiarato ammissibile, afferma che la cassazione *n'est qu'un remède extrême qui ne peut avoir pour objet que le maintien de l'autorité législative et des ordonnances.*

120. — Spiegato così quale fu la genesi della *demande en cassation* e quale restò, anche nell'ultimo secolo della monarchia, il suo scopo fondamentale, è tempo oramai di studiare l'istituto da un punto di vista più strettamente processuale e, — poichè esso, nato fuor del processo con fini estranei al processo, estese tuttavia la sua efficienza nel campo giudiziario — di metterlo in relazione con i veri e proprî mezzi di impugnativa sorti fin da principio a difesa dell'interesse privato.

Abbiamo veduto (retro, n. 111) che i re francesi dichiaravano in modo assoluto e categorico gli *arrêts* dati contro le loro ordinanze *nuls et de nul effet et valeur*; appena importa avvertire, che, nonostante l'energia della frase non si tratta qui di una vera e propria inesistenza giuridica, di una nullità secondo il concetto romano, ma di una semplice possibilità di annullamento, rispondente al principio germanico della validità formale della sentenza, particolarmente osservato in Francia (retro, n. 99). *Cette nullité* — osserva il JOUSSE (62) — *ne se fait de plein droit; mais il faut pour la faire prononcer, se pourvoir en cassation au Conseil...* E il POTHIER conferma con chiarezza questa osservazione (63).

---

(60) In HENRION DE PANSEY, *Autorité judiciaire*, cap. XXXI, sez. X. Lo stesso JOLY DE FLEURY, citato da TARBÉ, *Lois*, pag. 9, definisce il ricorso per cassazione come le *recours au prince contre les entreprises de ses officiers;* questa definizione però non mette bene in luce il carattere essenziale dell'istituto, che, cioè, le *entreprises* contro cui si ricorre, sono dirette non contro un diritto del privato ricorrente, ma contro una prerogativa del principe.

(61) *Recueil*, XXIII, 289.

(62) *Commentaire sur l'Ord.*, in nota all'art. VIII del tit. I.

(63) *Traité des obbligations*, n. 871: « Observez aussi que les jugements, qui « prononçaient expressément contre les lois, étaient, chez les Romains, nuls de

Ciò premesso, se ci si domanda a quale dei rimedî che finora abbiamo conosciuti nel diritto comune si può paragonare la *demande en cassation*, essa, come quella che mira ad ottenere l'annullamento di una sentenza per un determinato vizio, richiama senz'altro l'idea della *querela nullitatis*: e « *querela nullitatis* riservata contro le sentenze sovrane » la chiama appunto lo STEIN (64). Il modo più semplice per spiegare la natura processuale del ricorso in cassazione sarebbe infatti questo: considerando che all'antico diritto francese rispecchiato nello *Stylus Curiae* non era estranea la querela di nullità come rimedio separato dall'appello (retro, n. 98), e che essa querela era scomparsa soltanto perchè assorbita dall'appello, ammesso entro lunghissimi termini (retro, n. 99), parrebbe naturale considerare il ricorso per cassazione come un residuo, come una sopravvivenza dell'antica *querela nullitatis*, istituto comune a tutti i diritti romano-germanici, rimasta nel diritto francese solo in quei casi in cui non era ammissibile l'appello; ed una conferma a questa concezione parrebbe provenire dal fatto che la nullità derivante da contravvenzione alle ordinanze costituiva un semplice motivo d'appello, quando viziava la sentenza di un giudice inferiore che non avesse il privilegio della *souveraineté* (65). Ma questa molto chiara concezione, secondo la quale la *demande en cassation* non sarebbe altro che la antica *querela nullitatis* restata contro le sentenze dei Parlamenti, ossia un istituto del diritto comune, sopravvissuto in Francia senza soluzione di continuità ed ivi utilizzato per speciali necessità politiche, non credo che sia storicamente esatta; in realtà, mentre la querela di nullità contro le sentenze dei giudici inferiori era stata resa inutile dall'appello, la funzione di querela di nullità contro le sentenze *en dernier ressort* era stata assunta, come si è visto, dalla *requête civile* (retro, nn. 106 e 107); talchè, siccome il vero succedaneo della *querela nullitatis* contro le sentenze inappellabili era costituita dalla *requête civile*, nessuna necessità processuale di un rimedio contro le nullità delle sentenze dei Parlamenti avrebbe mai dato origine alla Cassazione, se una necessità

« plein droit; chez nous, il faut se pourvoir contre ces jugements au conseil en « cassation, lorsqu'il il n'y a pas lieu à la voie ordinaire de l'appel ».

(64) *Geschichte*, III, pag. 656.

(65) JOUSSE, *Abrégé* cit., tit. III, P. I, sez. IV, § VI; ID., *Comment.*, sotto tit. I, art. VIII: « ... il faut pour la faire prononcer [cette nullité] se pourvoir... par la voie d'appel devant le juge supérieur, s'il s'agit d'une sentence rendue par un juge inférieur ». Cfr. anche *Arrêt* del gennaio 1669 (in BORNIER, *Conférences*, I, 8), secondo il quale « à l'égard des contraventions qu'on prétendra avoir été faites dans les justices subalternes, Sa Majesté en a renvoyé la connaissance aux Cours et Juges, qui par leur institution sont compétens d'en connoître ... ».

politica, tutta propria alla costituzione francese, non avesse richiesto la creazione di un istituto interamente nuovo, inspirato ad un concetto del tutto diverso da quello che aveva dato origine all'antica querela di nullità del diritto comune.

In realtà il punto di vista dal quale nel diritto comune si era determinato il concetto di *annullabilità* di una sentenza era ben differente dal punto di vista dal quale nel diritto francese si era stabilita l'idea di *cassabilità*. Sentenza annullabile era, nel diritto comune, una sentenza giuridicamente esistente come tale, ma inquinata da qualche vizio, per lo più relativo alla costruzione del processo, a causa del quale la parte aveva il diritto di ottenere l'annullamento della sentenza stessa: si aveva dunque, di fronte al giudicato valido, la minaccia di un diritto di impugnativa spettante alla parte, la quale, quando intendeva di valersi di questo diritto esperimentando la *querela nullitatis*, ricorreva al giudice al solo scopo di farlo accertare e di ottenerne in conseguenza l'attuazione (retro, n. 56). L'annullamento della sentenza viziata avveniva così per pronuncia di giudice, ma questa pronuncia non costituiva l'esercizio di un diritto di annullamento proprio del giudice, sibbene il riconoscimento e l'attuazione di un diritto di impugnativa proprio della parte; il rapporto di annullabilità correva, per dir così, tra la sentenza e la parte, non tra la sentenza ed il giudice, il quale veniva invocato non per provocare l'esercizio di una prerogativa di annullamento a lui riservata, ma per ottenere quell'attuazione di un diritto preesistente alla quale mira ogni invocazione dell'organo giurisdizionale. L'annullamento di una sentenza, provocato dalla *querela nullitatis*, non era, in altre parole, nient'altro che un atto di giurisdizione.

La cassazione, al contrario, non era, come si è veduto, un atto di giurisdizione, ma un atto del potere esecutivo (retro, n. 114); il monarca, con essa, non accertava e non attuava un diritto altrui all'annullamento della sentenza, ma esercitava un potere proprio, a lui spettante non come giudice, ma come sovrano (66). La *demande en cassation* non era dunque, come la *querela nullitatis*, l'esercizio di un diritto di impugnativa spettante alla parte: la parte non aveva alcun diritto ad ottenere la cassazione della sentenza, e il so-

---

(66) Cfr. quanto scrive il BREUNING, *Kassationsinstanz*, « Anmerkungen und Zusätze », n. 2 (pag. 80-81), secondo il quale si può avere la querela di nullità, colla quale il diritto di annullamento si fa valere presso qualunque giudice, solo in un ordinamento giudiziario in cui i tribunali siano tutti dipendenti dall'autorità suprema dello Stato; mentre il ricorso per cassazione, esperimentabile solo presso il sovrano, corrisponderebbe alla eterogeneità dell'ord. giudiziario francese, nel quale i tribunali signorili avevano origine diversa dai tribunali regî.

vrano, nel deliberare la cassazione, non intendeva affatto accertare ed attuare un diritto del ricorrente. In verità la sentenza contenente una contravvenzione alle ordinanze regie era, di fronte alle parti, pienamente valida: e nessun giudice, competente ad attuare qualunque diritto delle parti, avrebbe potuto per questa contravvenzione negare la piena validità di tale sentenza.

Per annullare una sentenza nel diritto comune bastava *un* giudice; per cassare una sentenza nel diritto francese occorreva il *sovrano*, poichè la sentenza era cassabile non di fronte alle parti, ma solo di fronte al sovrano. La *demande en cassation*, anzichè l'esercizio di un diritto di impugnativa (67), era dunque piuttosto una supplica, rivolta al sovrano, per chiedergli se non gli sembrasse opportuno di distruggere nel suo proprio interesse una sentenza che, di fronte alle parti, sarebbe stata pienamente valida; una denuncia (68) portata al monarca non già del vizio di una sentenza, ma dell'atto colpevole commesso dai giudici (i quali, come si vedrà (oltre, n. 127), usavano difendere con dei *motifs* inviati al *Conseil* la legittimità della loro decisione); una lagnanza non contro l'ingiustizia toccata alla parte, ma contro il disconoscimento dell'autorità regia (69). L'istituto differiva così profondamente dai rimedi straordinari contro le sentenze dei Parlamenti (*proposition d'erreur* e *requête civile*), i quali contenevano l'esercizio, sia pure condizionato ad una permissione sovrana, di un vero e proprio diritto di impugnativa spettante alle parti nel presupposto di determinati vizî del giudicato.

Credo di aver mostrato così in che cosa la *cassabilità* del diritto francese differiva dall'*annullabilità* del diritto comune e che in origine la *demande en cassation* ebbe un significato diverso da quello della *querela nullitatis*, se pure i due istituti, identici negli effetti pratici, si fusero poi e si sovrapposero nelle legislazioni moderne, ed

---

(67) Cfr. HOLTZMANN, *Verf. Gesch.*, pag. 362 cit.

(68) Anche nel linguaggio forense contemporaneo si parla di sentenze *denunciate* in cassazione.

(69) Si è visto retro, n. 113, come i giudici considerassero la cassazione, anzichè come una misura processuale, una punizione diretta contro la loro dignità. Da una quantità di indizî risulta del resto che il ricorso per cassazione era in stretta connessione coll'atto colpevole del giudice: lo stesso TOLOZAN (cfr. oltre, n. 130) insegna che per aversi cassazione occorre « qu'il y ait une loi vivante et connue des juges que l'on accuse d'y avoir contrevenu » ed ha riguardo quindi all'elemento subiettivo, all'intenzione del giudicante. Notevole e significativo l'*Arrêt* del 24 dic. 1668 (BORNIER, *Appendice*, pag. 25), in cui il re, cassando una sentenza, ingiunge al giudice che l'ha redatta « de venir incessament rendre compte a S. M. des contraventions faites a son Ordonnance par lesdits deux Arrêts de 6 septembre et 17 derniers. Et cependant l'a S. M. interdit de l'exercice et fonction de sa charge ».

anche, come vedremo tra poco (oltre, n. 122), nella dottrina francese del secolo XVIII. L'annullabilità di una sentenza era una situazione giuridica che aveva esistenza e rilevanza pratica di fronte alle parti, in quanto, mentre dalla forza di un giudicato valido esse non potevano in alcun modo sottrarsi, stava ad esse distruggere ogni efficacia del giudicato annullabile; ma la *cassabilità* era una situazione giuridica perfettamente irrilevante, almeno in diritto, di fronte alle parti, poichè la cassazione poteva avvenire soltanto in quanto il re la volesse, e la vera causa determinante della cassazione non era il vizio della sentenza, ma la volontà del sovrano (70). Quanto dico è provato in modo eloquente da un *arrêt* del Consiglio di Stato del gennaio 1669 (71), col quale, poco più di un anno dopo che l'*Ordonnance civile* aveva riaffermato la nullità delle sentenze date contro le leggi regie, il re dichiarava di condonare qualunque contravvenzione commessa finora contro la stessa *Ordonnance* e stabiliva che, salva la pena di nullità per le contravvenzioni future, tutti gli *arrêts* già pronunciati fossero eseguiti *selon leur forme et teneur, et en la même manière qu'ils auraient pu être auparavant la dite Ordonnance, encore que par les dits Arrêts, Jugements et Sentences en dernier ressort, il y eut été contrevenu.* Come la contravvenzione alle ordinanze era un attacco diretto unicamente contro il sovrano, e la cassazione una misura stabilita nel solo interesse di lui, così egli si riteneva autorizzato a condonare gli effetti delle contravvenzioni ed a rinunciare al diritto di annullamento, che a lui solo spettava: l'interesse delle parti ad ottenere la cassazione non veniva preso in considerazione, appunto perchè la cassazione non costituiva alcun diritto nelle parti. Ma notevole nel citato *arrêt* del Consiglio è questo fatto: che, mentre il re condonava gli effetti della contravvenzione alle ordinanze, rinunciando al proprio diritto di cassazione, espressamente dichiarava di non voler con questo sanare tutte le altre cause di nullità che potevano esser fatte valere, *nell'interesse delle parti,* con rimedî diversi dalla cassazione: *... n'entendant nèanmoins Sa Majesté couvrir par le present Arrêt les autres nullités, moyen de requête civile et autres défauts qui pourraient s'y rencontrer.* Sembra quasi che in questa riserva sia riconosciuta la profonda differenza intercedente tra il concetto di *cassabilità* nell'in-

---

(70) Secondo il BREUNING, *Kassationsinstanz,* II. *Asbsch.,* § 2, l'intervento del sovrano che cassava sentenze relative a controversie private, era giustificato dal fatto che, sotto l'*ancien régime* il diritto privato non era emancipato come oggi è dal diritto pubblico; talchè anche nelle controversie di diritto privato il sovrano era interessato direttamente (per es. la proprietà terriera privata si concepiva come il possesso concesso dal signore).

(71) In BORNIER, *Conférences,* I, pag. 8.

teresse del sovrano e quello di *annullabilità* nell'interesse delle parti; mentre il sovrano dispone a piacer suo del potere di cassazione che, creato dalle nuove contingenze politiche, a lui solo spetta, e vi rinuncia nei limiti che gli sembrano opportuni, egli lascia intatto il diritto di impugnativa che, come derivazione dell'antica *querela nullitatis*, le parti esercitano nel loro esclusivo interesse pel tramite della *requête civile*.

121. — Poichè l'istituto della Cassazione non nacque per raggiungere fini processuali, ma per rimediare a un dissidio politico esorbitante d'assai dal processo, i suoi presupposti non furono determinati con quella specificazione che abbiamo visto usata dall'Ordinanza del 1667 per la *requête civile* (retro, n. 107), ma fu soltanto in modo generico ripetuto che la Cassazione era esperimentabile ogni qualvolta i giudici avessero commesso una contravvenzione alle ordinanze (retro, n. 111), senza approfondire se potessero dal punto di vista processuale distinguersi diverse categorie di vizî della sentenza sotto il concetto, unico dal punto di vista politico, di un atto del giudice contrario alla volontà del re (retro, n. 112).

Ma poichè è mio intento cogliere ora il lato più propriamente processuale del ricorso per cassazione, mi è necessario determinare con più precisione, cogli stessi criterî già seguiti per gli altri rimedî, la natura dei motivi per i quali esso poteva essere esperimentato: e, poichè in nessuno dei Regolamenti che disciplinano il procedimento dinanzi al *Conseil* si enumerano i vizî che dànno luogo a cassazione (72), sarà opportuno aver riguardo alle enumerazioni date in materia dagli antichi scrittori giuridici francesi.

Il Fleury (73) riassume così i diversi motivi di cassazione: *Les causes de cassation sont la nullité de l'arrêt ou le fait des juges. La nullité est ou dans la forme, savoir l'omission de quelque procédure portée par les ordonnances, ou dans le fond, lorsqu'on a prononcé sur ce qui n'était point contesté, ou qu'on a adjugé à une partie plus qu'elle ne demandait. L'arrêt peut être cassé pour le fait des juges, s'ils étaient valablement recusés et récusables... ou s'ils ont jugé contre l'ordonnance...*

---

(72) Nell'Editto di Leopoldo duca di Lorena, 20 agosto 1716, che introduceva nel suo ducato il ricorso per cassazione, gli art. II-V ne enumerano i motivi: 1° *contravention à nos ordonnances, ou celles de nos prédecesseurs ducs, ou a quelque disposition des coutumes de nos États;* 2° *contravention aux Traitéz et concordats;* 3° *Arrêts rendu par l'une de nos Cours, par entreprise de jurisdiction sur celle de l'autre;* 4° *dispositions qui blessent les droits de nôtre couronne.*

(73) *Institution* cit., vol. II, pag. 272; cfr. Chenon, *Cassation*, 43.

Il Ferrière (74), oltre che nei casi di contrarietà tra *arrêts*, di pregiudizio recato da un *arrêt* a un terzo, e di contumacia, ammette che si esperimenti il ricorso in cassazione: *quand les Arrêts ent été rendus contre les Ordonnances ou contre les termes exprès des Coutumes; quand les formes prescrites par les Ordonnances n'ont pas été observées, comme si une Cour avait jugé un Procès, dont la connaissance ne lui appartenait pas...; enfin* — egli soggiunge — *une injustice évidente et manifeste, qui se trouveroit dans un Arrêt, serait un moyen de cassation très favorable..*

Il Jousse accenna che a ricorso per cassazione può dar luogo la incompetenza del giudice (75) o la contravvenzione alle ordinanze (76).

Joly de Fleury, nella Memoria citata, insegna che tutti i *moyens* di cassazione devono essere *fondés sur une contravention claire et précise aux ordonnances* (77).

Gilbert de Voisins, nell'altra Memoria consegnata a Luigi XV contemporaneamente alla precedente, specifica in modo molto più minuzioso i motivi di cassazione, che raggruppa nelle seguenti categorie: 1° *Si dans la manière de procéder aux arrêts, et dans leur formation, il s'est trouvé quelques irrégularités vicieuses et quelques défauts essentiels;* 2° *lorsque les Cours excèdent leur pouvoir, soit en entreprenant sur ce qui est réservé au roi par la législation, pour le règlement de l'ordre public, la dispensation des grâces et des privilèges, et autres choses de ce genre, soit en donnant atteinte aux titres émanés de sa puissance, et revêtus de solemnités légitimes; soit en donnant à leur juridiction plus d'étendue qu'elle n'en doit avoir, en entreprenant sur celle des autres...;* 3° *la contravention aux ordonnances fait une ouverture à cassation, qui est régardée comme la principale* (78).

Il Pothier (79) scrive che *le cas ordinaire, auquel on peut se pourvoir par cette cassation, est celui auquel le jugement renfermerait une contravention formelle aux Coutumes, Ordonnances, édits et déclarations;* ma aggiunge che *on admet aussi cette voie, quoique très rarament, dans le cas d'une énorme et manifeste injustice.*

La *Enciclopedia* di Diderot e D'Alembert (80) enumera tre casi in cui si può chiedere la cassazione di una sentenza di un Parla-

---

(74) *Dictionnaire,* I, v. *Cassation;* l'edizione da me consultata (12ª) è del 1740, ma il testo è più arretrato e non tien conto, per es., del Reg. 1738.

(75) *Abrégé* cit., tit. III, P. I, sez. IV, § VI.

(76) *Comment. sur l'Ord. 1667,* tit. I, art. VIII.

(77) In Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X.

(78) *Ibidem.*

(79) *De la procédure,* P. III, sez. III, art. II.

(80) V. *Cassation.*

mento: 1° *si ce jugement se trouve être en contrariété avec un autre rendu précédemment dans la même cause et contre la même partie;* 2° *s'il contient des dispositions directement contraires à celles des ordonnances ou des coûtumes;* 3° *s'il a été omis quelqu'une des formalités prescrites par les ordonnances à peine de nullité.*

Il DENISART (81) insegna che *on peut se pourvoir en cassation contre un jugement en dernier ressort, toutes les fois qu'il contrevient à une loi du royaume* (82) (ed alla legge assimila la *Coutume* o il diritto romano) (83); e avverte poi che *en général le simple mal jugé n'est point un moyen de cassation,* salve peraltro quattro eccezioni, cioè: 1° *lorsque le jugement renverse une de ces idées naturelles qu'il n'a pas été nécessaire, qu'il eut même été ridicule d'ériger en loi* (84); 2° *lorsque le jugement renverse un point de jurisprudence constamment établi, et qui tient au répos des familles et à l'ordre public;* 3° *lorsque le jugement est vicieux, par dol, fraude ou concussion, ou qu'il y a faute manifeste des juges, pour laquelle ils doivent être condamnés en leur nom;* 4° *lorsqu'il s'agit du domaine du roi, et qu'un jugement en dernier ressort y porte atteinte* (85). Di inosservanza delle formalità non si parla; ma più oltre (86), a proposito della cassazione in materia penale, si dice che ad essa *on a recours, soit parce que le juge qui a connu de l'affaire, était incompétent, soit parce que la procédure est irrégulière, soit enfin parce que le tribunal a prononcé ce que la loi défendait.*

Il DOMAT (87) insegna che *on se pourvoit en cassation d'Arrêt au Conseil du Roi, quand les Arrêts ont été rendus directement contre les Ordonnances, ou contre les Coutumes. Ainsi les moyens de requête civile se tirent de la qualité et du fait de la partie, et les moyens de cassation du fait du Juge.*

122. — Da questi diversi insegnamenti, raccolti tutti nella dottrina francese dei secoli XVII-XVIII, appare che l'istituto del ricorso in cassazione aveva già, sotto l'*ancien régime,* sentito i potenti influssi

---

(81) *Nouv. décisions,* v. *Cassation* cit., § II: *Cas où l'on peut se pourvoir en cassation.*

(82) *Ib.,* n. 1.

(83) *Ib.,* n. 2 e segg. Cfr. retro, n. 113.

(84) « Par exemple, s'il déchargeoit un débiteur de payer un billet, quoique celui-ci n'opposât aucun moyen valable contre, comme prescription, et qu'il se contentât de dire qu'il a payé, sans le prouver ». *Ibid.*

(85) *Ibidem.*

(86) § III, n. 3.

(87) *Les loix civiles* (Nouv. éd., Paris, 1756), *Supplément, Livre quatrième du droit public,* lib. IV, tit. IX, n. VIII.

dello svolgimento pratico, il quale, nell'unico motivo originario della *contravention* alle ordinanze, aveva a poco a poco distinto e separato molteplici motivi di natura processualmente diversa. Ma, in questa analisi compiuta dalla pratica di un concetto che le ordinanze francesi avevano enunciato sinteticamente, dobbiamo vedere due diverse tendenze, la prima di semplice sviluppo, la seconda di vera e propria trasformazione: infatti alcuni di quei motivi che la dottrina enumera come cause di cassazione, sono tratti, come una naturale e logica derivazione, da quel complesso motivo della *contravention aux ordonnances,* che solo era contemplato dalle leggi positive; altri invece rappresentano una deviazione da questo concetto, e la loro ammissione costituisce, anzichè un'attuazione della portata potenziale dell'istituto, una aggiunta ad esso, una corruzione della sua natura fondamentale.

Una prima specificazione dei motivi di cassazione — quella che è semplicemente un logico sviluppo dell'istituto — derivò dal considerare che, dal punto di vista del processo, non tutte le ordinanze regie hanno la stessa funzione e la stessa importanza, e non tutte le contravvenzioni ad esse, che i giudici possono commettere, hanno di conseguenza la medesima natura. In origine, dal punto di vista politico, i re francesi videro nella contravvenzione del giudice alle loro ordinanze, qualunque fosse la materia ch'esse disciplinavano, lo stesso atto di ribellione alla volontà sovrana (retro, n. 112), che, per adoprare le parole di Gilbert de Voisins, *a lieu en toutes sortes de matières, soit du fond, soit de la forme* (88); ma, da un punto di vista processuale, si cominciò in seguito a distinguere tra le ordinanze che regolavano lo svolgimento e le forme dei giudizî e le ordinanze che regolavano invece materie di diritto privato sostanziale, e, come conseguenza di tal distinzione, si cominciò a percepire la differenza tra la contravvenzione commessa dal giudice contro l'ordinanza che regolava la sua attività nel procedimento (*error in procedendo*) e quella commessa da lui contro l'ordinanza che regolava il rapporto di diritto sostanziale sottoposto a giudizio (*error in iudicando*). Si intende così come nacque la contropposizione che si trova, pur con diversa forma, in quasi tutti gli autori citati, tra il caso in cui durante il procedimento *il a été omis quelqu'une des formalités prescrites par les ordonnances à peine de nullité* e il caso in cui la sentenza *contient des dispositions directement contraires à celles des ordonnances ou des coutumes* (89): questi due casi non erano in sostanza che due diverse configurazioni di *contravention aux ordonnances,* ma nel pri-

(88) In Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X.

(89) *Encyclopédie* cit.

mo caso si venivano a raggruppare tutti quei vizî di costruzione inerenti al processo che nel diritto comune avevano costituito la parte più rilevante dei motivi di nullità (retro, n. 60). Il ricorso per cassazione veniva per tal modo ad essere un rimedio contro alcuni casi di vera e propria nullità processuale intervenuta nelle sentenze dei Parlamenti: quegli stessi vizî che nel diritto comune erano colla *querela nullitatis* fatti valere come irregolarità del rapporto processuale o delle solennità esteriori della sentenza, poterono, con un lieve spostamento del punto di vista, essere considerati in Francia come motivi di cassazione, quando si scorse in ciascuno di essi la contravvenzione alle ordinanze regie che imponevano al giudice di seguire nel procedimento certe regole e certe solennità. Quella omissione di forme che nel diritto comune dava luogo alla querela di nullità, perchè del vizio si scorgeva piuttosto l'elemento obiettivo, l'effetto che da esso derivava al rapporto processuale, fu in Francia un motivo di ricorso per cassazione, quando dello stesso vizio si considerò in prevalenza l'elemento subiettivo, la causa consistente nell'atto del giudice contrario alla volontà sovrana. Avvenne così nel diritto francese, in relazione al ricorso in cassazione, un'evoluzione inversa a quella che era avvenuta nel diritto comune in relazione alla querela di nullità; mentre in questo, partendo dal concetto obiettivo della nullità come vizio di costruzione processuale, si era giunti a considerare come un caso speciale di nullità l'*error contra ius,* nel diritto francese, partendo dal concetto generico della contravvenzione commessa dal giudice contro le ordinanze, si giunse a considerare come un motivo speciale di cassazione il vizio di costruzione processuale, quando esso derivava da una trasgressione alle ordinanze di procedura.

Con questa bipartizione dell'unico motivo originario di cassazione (*contravention aux ordonnances*) nei due motivi dell'inosservanza delle regole processuali (*error in procedendo*) e della mancata applicazione delle regole sostanziali (*error in iudicando*) non cessò dunque di essere il substrato della cassazione il conflitto tra la sovranità e i Parlamenti, in quanto questi nel commettere una nullità processuale disobbedivano al comando del sovrano contenuto nelle ordinanze regolatrici del processo, come nel commettere un errore di diritto relativo al merito della controversia, disobbedivano al comando del sovrano contenuto nelle ordinanze regolatrici dei rapporti sostanziali.

Senonchè, mentre la bipartizione dei motivi di cassazione in queste due categorie non fu altro che un logico svolgimento dell'istituto, dobbiamo vedere ora come la dottrina allontanò ciascuna di queste due categorie di motivi dal loro significato iniziale, fino a trasformare profondamente l'istituto stesso.

123. — Per ciò che si riferisce agli *errores in procedendo,* questi poterono in origine dar luogo a cassazione solo in quanto derivassero da una contravvenzione a un'ordinanza: di quei molteplici vizî processuali che il diritto comune aveva considerati come cause di nullità, furono motivo di cassazione solo quelli che urtavano contro una regola espressamente posta dai re francesi per disciplinare il processo. Di simili cassazioni per contravvenzioni a regole di procedura si ha una serie notevolissima in quella raccolta di *Arrêts* del Consiglio che il Bornier pone in appendice alle sue *Conférences* (90): e in alcuna di queste decisioni è facile sorprendere il particolare punto di vista, partendo dal quale il diritto francese cominciò ad ammettere come motivi di cassazione alcune nullità processuali. Vediamo, ad esempio, che il *Conseil* del re, con suo *arrêt* del 1° aprile 1669 (91), cassa una sentenza del Parlamento di Parigi resa da un giudice incompetente: il diritto comune, di fronte ad una simile sentenza, avrebbe trovato il motivo di nullità nel vizio obiettivamente considerato, e l'avrebbe quindi dichiarata nulla *ratione incompetentiae,* il *Conseil* francese, invece, giunge allo stesso resultato con una motivazione diversa, in quanto cassa la detta sentenza « *comme contraire à son Ordonnance du mois d'Avril 1667* », cioè come derivante da una contravvenzione a quelle norme processuali dalle quali la competenza era stata disciplinata e ripartita. Ma, se, in questa ed altre decisioni del *Conseil* appartenenti al secolo XVII, si può rintracciare sempre, in ogni motivo di cassazione, il conflitto tra l'autorità regia e il potere giudiziario, certo è che tale conflitto viene assai spesso perduto di vista dalla dottrina del secolo XVII. Mentre, quando Gilbert de Voisins insegna che ha luogo la cassazione *lorsque les cours excèdent leur pouvoir... en entreprenant sur ce qui est réservé au roi par la législation,* è evidente in tale ipotesi il contrasto tra la prerogativa sovrana e l'usurpazione dell'organo giudiziario, questo contrasto non appare, o sol con artificiose costruzioni può esser fatto apparire, in altri motivi di cassazione che la dottrina già riportata ammette: così nel motivo di contraddittorietà tra due sentenze sovrane (92), per il quale l'annullamento deriva, come già ho mostrato (retro, n. 116) da tutt'altra causa che da una lotta tra giudici e monarca; così nel motivo di *ultra petita* (93), per il quale l'annullamento non deriva dalla violazione di alcuna espressa ordinanza, ma dalla inosservanza di un canone processuale tramandato

(90) Vol. I cit.
(91) *Appendice* citata, pag. 7-9.
(92) Considerato tra i motivi di cassazione dal Ferrière e dalla *Encyclopédie.*
(93) Ammesso tra i motivi di cassazione dal Fleury citato.

dalla tradizione del diritto comune. Avvenne per tal modo che mentre in origine furono motivo di cassazione solo quelle nullità processuali che derivavano da una contravvenzione ad una ordinanza, a poco a poco, per lenta evoluzione esclusivamente dottrinaria, divennero motivo di cassazione tutti quei vizî che il diritto comune considerava causa di nullità, *anche se non contenevano una violazione di un'ordinanza regia.* Così i giuristi francesi, nel dare una interpretazione processuale di quell'istituto che si era formato attraverso speciali contingenze politiche, ne perdevano di vista la ragione iniziale e ne allargavano il significato attraverso concezioni tradizionali del diritto comune; e dimenticando che l'istituto aveva potuto reprimere i vizî processuali solamente in quanto potesse scorgersi in essi un contrasto politico tra l'atto dei giudici e la volontà del sovrano, trassero il ricorso per cassazione a reprimere qualunque vizio intervenuto nella costruzione del processo, anche se a base di esso non stava alcun conflitto tra il potere giudiziario ed il monarca. La cassazione per *error in procedendo* perdeva così a poco a poco la sua natura di lagnanza contro l'atto del giudice e si andava avvicinando, per opera della dottrina, ad un'azione di impugnativa per vizî processuali, ossia alla *querela nullitatis* (94), nonostante che in origine una profonda differenza passasse tra i due istituti (retro, n. 120); la prova più manifesta di questo riavvicinamento si ha nel fatto che, alla fine del secolo XVIII, la cassazione poteva essere esperimentata per alcuni di quei vizî processuali che davano anche adito alla *requête civile,* la quale, come si è visto (retro, n. 106), cumulava in sè le funzioni di una vera e propria querela di nullità: e quantunque alcuni autori volessero distinguere tra le nullità derivanti dal fatto del giudice e quelle derivanti dal fatto delle parti, le prime considerando motivi di cassazione e le seconde motivi di *requête civile* (95), la verità è che tra i due istituti si verificava alla fine del secolo XVIII una vera e propria concorrenza per certi motivi di nullità, come, ad esempio, per il vizio di *ultra petita* che il Fleury ammette tra le cause di cassazione e che l'Ord. 1667,

---

(94) Cfr. la lettera del D'Aguesseau del 9 giugno 1744 (*Œuvres,* VIII, 251) riferita retro, n. 113, in nota.

(95) Domat cit. al n. 121: « ... les moyens de Requête civile se tirent de la qualité et du fait de la partie, et les moyens de cassation du fait du Juge ». Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X: « ... on partageait en deux classes les lois relatives aux formalités judiciaires, et l'on distinguait celles qui commandent aux juges de celles qui s'adressent aux officiers ministériels, et règlent la forme des actes. La violation de ces dernières donnait ouverture à la requête civile; et le recours en cassation avait lieu toutes les fois que le juge n'avait pas rempli les obligations que la loi lui imposait ». Cfr. Chenon, *Cassation,* n. 42.

tit. XXXV, art. 34, espressamente comprende tra le *ouvertures de requête civile.*

124. — Anche per gli *errores in iudicando* come motivo di ricorso per cassazione valse in origine quella limitazione che già si è considerata a proposito degli *errores in procedendo*: non ogni ingiustizia contenuta nel dispositivo della sentenza fu considerata un valido motivo di cassazione, ma solo quella ingiustizia che derivasse da una *contravention aux ordonnances,* come nel diritto romano il concetto di nullità fu esteso anche, per un motivo politico, ad alcuni speciali casi di ingiustizia (retro, n. 16). L'errore sulla questione di fatto non dette adito alla cassazione, poichè, quando il giudice si ingannava sulla esistenza e sul modo di essere del rapporto concreto sottoposto a decisione, non veniva con questo a disconoscere l'autorità del sovrano contenuta nel precetto generale ed astratto delle ordinanze. Per il ricorso in cassazione si capovolsero così i principî che il diritto francese più antico aveva stabiliti per la *proposition d'erreur*: per questo rimedio, costruito nell'interesse delle parti, poteva esser reclamato soltanto l'errore *in facto* (retro, n. 104); per il ricorso in cassazione, costruito nell'interesse del sovrano, veniva in considerazione soltanto lo errore *in iure.*

Sulla natura di questo errore *in iure* e sui requisiti ch'esso doveva avere per dar luogo a cassazione, dirò tra breve, analizzando qual'era la funzione del *Conseil des parties.* Per ora debbo invece avvertire che, come per gli *errores in procedendo* la dottrina cominciò ad ammettere tra i motivi di cassazione anche quei vizî processuali che non derivavano da un conflitto tra i giudici e l'autorità sovrana, così per gli *errores in iudicando* si giunse a poco a poco ad annoverare tra i motivi di cassazione anche la semplice ingiustizia *in facto,* quantunque essa non contenesse in alcun modo una contravvenzione alla volontà del re manifestata nelle ordinanze. Si è visto poco fa: il Ferrière dichiara che *une injustice évidente et manifeste... serait un moyen de cassation très favorable;* ugual principio ammette il Pothier per una *énorme et manifeste injustice;* e il Denisart, se pure esclude la cassazione per semplice *mal jugé,* tempera però il rigore di tale esclusione con diverse eccezioni che quasi la rendono nulla (luoghi citati retro, n. 121). Accadeva così nella dottrina francese qualcosa di simile a quello che era avvenuto nella dottrina canonica a proposito della nullità per errore di giudizio: come nel diritto canonico, al concetto politico, derivante dal diritto romano, di nullità per *error contra ius constitutionis,* si era sostituito quello di nullità *ex capite notoriae iniustitiae* (retro, nn. 63, 85), così nel diritto francese al concetto politico della cassazione per *contravention aux ordonnances* la pratica,

sotto l'influsso dell'interesse privato, sostituiva quello di cassazione per qualunque ingiustizia lesiva dei diritti delle parti. Era questa la necessaria conseguenza di quello sfruttamento della iniziativa privata che i re francesi avevano tentato in difesa della loro sovranità coll'ammettere le parti a provocare la cassazione (retro, n. 119): la parte soccombente in un giudizio dinanzi ad un Parlamento vedeva nella *demande en cassation* al *Conseil* soltanto un rimedio processuale a difesa dell'interesse proprio, e facilmente perdeva di vista lo scopo politico in virtù del quale l'istituto era sorto; ed era quindi tratta per naturale tendenza a tentare la cassazione anche quando ne mancavano i presupposti, e ad allargare i confini di questo ricorso ad ogni sorta di ingiustizia, senza più curarsi della distinzione, che per essa non aveva nessun significato, tra errore di fatto ed errore di diritto. Si tendeva così a trasformare il ricorso per cassazione, i cui caratteri originarî, che mi son sforzato di mettere in chiaro, non permettevano di confonderlo con nessun altro mezzo di reclamo contro le sentenze, in un semplice rimedio processuale per mal giudicato, mirante ad ottenere nell'interesse delle parti la revisione *in iure* ed *in facto* della sentenza, e destinato a prendere a poco a poco il posto dell'appellazione vietata (96). Il ricorso per cassazione, il quale era diretto, come si è visto (retro, n. 113), al re nella sua qualità di sovrano direttamente offeso dalla ribellione del giudice alla sua volontà, si avvicinava ad essere, come il rimedio processuale della *requête civile*, un ricorso al re nella sua qualità di giudice supremo, chiamato a correggere le ingiustizie commesse dai giudici a danno dei privati: la linea caratteristica della cassazione si annebbiava; il lato processuale dell'istituto la vinceva a poco a poco sul lato politico (97). Di questa trasformazione,

---

(96) Il D'Aguesseau, nella lettera del 5 giugno 1750 (*Œuvres*, X, 24), ammonisce però i Parlamenti che tra i motivi di cassazione basati sul *fond* della controversia, solo quelli basati sulla contravvenzione alle Ordinanze possono fare impressione sullo spirito del Consiglio « et c'est à l'éclaircissement de ces sortes de moyens que l'on doit s'attacher presqu'uniquement dans le cas où la connoissance du fond peut influer dans le jugement de la demande en cassation ». Il Cancelliere cercava così di mantenere nel suo vero significato il rimedio della cassazione.

(97) Una tale trasformazione è sensibilissima nell'*Édit* 20 agosto 1716 di Leopoldo, Duca di Lorena, « qui abroge la proposition d'erreur contre les Arrêts, introduite par l'Ordonnance de 1607, et permet de se pourvoir au Conseil en cassation d'Arrêt »; quantunque la cassazione derivi qui evidentemente dal modello francese, essa ha tuttavia il deciso carattere di un rimedio processuale nell'interesse delle parti: sostituisce la *proposition d'erreur;* è istituita, come dice il proemio dell'Editto, allo scopo di *donner à nos sujets par ce recours à Nous, le moyen de conserver leur droit;* ed ha regole improntate alla tutela dell'interesse privato.

silenziosamente operata dalla pratica, sono testimonianza eloquente anche altri insegnamenti dati dai giuristi francesi: quando il DENISART, ad esempio, opinava che si potesse ricorrere in cassazione per dolo o corruzione del giudice (retro, n. 121) egli, coll'ammettere che pel tramite del ricorso in cassazione potesse esser fatto valere un vizio che più propriamente sarebbe stato un motivo di restituzione, chiaramente dimostrava di aver dimenticato che la cassazione aveva per presupposto un conflitto tra re e giudici, e che, se si fosse dovuto rigorosamente obbedire al suo scopo politico, non era adatta a procurare alle parti un rimedio di pura equità.

125. — L'analisi dei motivi di cassazione enumerati dagli scrittori francesi ci ha permesso di renderci conto del cammino fatto dallo istituto attraverso la pratica dell'*ancien régime*. Nata come mezzo di repressione della generica *contravention aux ordonnances*, la *demande en cassation* fu distinta in seguito secondochè essa dovè servire a reprimere le contravvenzioni alle ordinanze di procedura (*errores in procedendo*) o le contravvenzioni a quelle di diritto sostanziale (*errores in iudicando*); ma da questa naturale e logica bipartizione, che manteneva intatto il carattere politico dell'istituto, riaffermato sempre con energia dal *Conseil* (retro, n. 119), la pratica giudiziaria trascorse all'ammissione di ulteriori motivi di cassazione, tendendo, nell'interesse dei privati litiganti, a trasformare la cassazione per contravvenzione alle ordinanze di procedura in una vera e propria querela di nullità per ogni vizio inerente al processo, e la cassazione per contravvenzione alle ordinanze di diritto sostanziale in una revisione *in facto* ed *in iure* della giustizia della sentenza.

Per accennar brevemente agli altri presupposti della facoltà di chiedere la cassazione, devo ora indicare, seguendo le traccie dei dottori francesi, quali erano le persone alle quali competeva tale facoltà, e contro quali sentenze essa era ammissibile.

In verità, se si dovesse spingere alle ultime conseguenze il principio che la cassazione, anche se pronunciata su istanza di un privato, avveniva nell'esclusivo interesse del re, il quale si serviva dell'iniziativa dei privati per un fine suo proprio, bisognerebbe ammettere che chiunque potesse domandare la cassazione di un *arrêt*, anche se emanato in un giudizio a cui egli non aveva partecipato, dal momento che al re doveva giungere ben accetta da qualunque parte la denuncia di una contravvenzione commessa contro le sue ordinanze; se la domanda in cassazione era, in origine, un servizio reso alla sovranità dalla iniziativa privata, non si intende perchè il re avrebbe dovuto porre dei limiti a tale iniziativa e restringere l'esercizio di un ricorso che tornava in definitiva a suo vantaggio. Ma, in pratica, la

necessità di limitare l'esperimento del ricorso in cassazione, del quale altrimenti si sarebbero prevalsi i litiganti di mala fede a danno della giustizia, indusse ben presto il principio che la cassazione poteva essere chiesta solo da chi aveva un reale interesse ad ottener l'annullamento della sentenza, e quello ancor più rigoroso che la cassazione di una sentenza poteva essere chiesta solo da chi fosse stato parte nel giudizio che l'aveva preceduta. Il FERRIÈRE ammetteva che *ceux qui n'ont point été parties dans un procès ou düement appellés, peuvent demander la cassation des arrêts rendus contre eux, ou contre ceux qui ont été rendu contre d'autres personnes, quand ces arrêts portent préjudice* (98); ma questo autore confondeva forse la vera e propria cassazione con il rimedio della *tierce opposition.* Certo è che alla fine del secolo XVIII la regola per la quale *on n'est pas reçu à se pourvoir en cassation contre un arrêt, si on n'en a été partie* era, a dire di GILBERT DE VOISINS, *regardé comme un principe en matière de cassation* (99); e il DENISART (100) conferma che i terzi non erano ammessi a provvedersi in cassazione *par ce qu'ils peuvent attaquer le jugement par la tierce opposition* (101). Per tal modo le *demande en cassation* perdeva a poco a poco il suo carattere originario di supplica, di denuncia (retro, n. 120), per assumere quello, ch'essa riveste, come vedremo, nel diritto odierno, di una vera e propria azione di impugnativa.

Quello che ho detto sui limiti posti al ricorso per cassazione per ciò che si riferisce alle persone che potevano esperimentarlo, si potrebbe ripetere sui limiti posti ad esso per ciò che si riferisce alle sentenze contro le quali poteva essere esperimentato: logicamente la *demande en cassation,* come quella che doveva servir ad uno scopo

---

(98) *Dictionnaire,* I, v. *Cassation.*

(99) In HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. X. Anche GILBERT DE VOISINS ammette però che « il n'y a qu'un cas où peut-être, contre des arrêts susceptibles d'opposition, l'usage de la cassation ne paraitrait pas déplacé, ce serait celui de quelque entreprise de pouvoir ou de jurisdiction d'un excès si manifeste qu'elle semblerait ne pouvoir être arrêtée trop tôt ».

(100) *Décisions* (ed. 1786), v. *Cassation,* § IV, n. 1.

(101) Sulla *tierce opposition,* v. D'ESPEISSES, tit. XII, sez. II, art. III, *Des lettres en opposition;* POTHIER, *Procédure,* parte III, sez. II, § II. Era considerato come parte in causa e quindi ammesso a ricorrere in cassazione nell'interesse pubblico il *procureur général* (DENISART, *ibid.*); il ricorso di questo, come ho già notato, deve considerarsi come dovuto a una iniziativa di parte e non ha nulla a che vedere colla cassazione fatta dal re *de son propre mouvement* (retro, n. 115). Sulla facoltà di ricorrere in cassazione concessa ai *procureurs généraux* sotto l'*ancien régime,* cfr. ALGLAVE, *Action du ministère public* (2ª ed.), Paris, 1871, vol. I, pag. 210.

totalmente diverso da quello dei rimedî processuali posti nell'interesse delle parti, avrebbe dovuto essere ammessa contro qualunque sentenza contenente una contravvenzione alle ordinanze, anche se pronunciata da un giudice inferiore. Difatti, come osserva il DENISART (102), da diversi *Arrêts* del Consiglio contenuti nella Raccolta del BORNIER già da me citata (103), appare che nel secolo XVII il re ammetteva il ricorso per cassazione al *Conseil* anche contro le sentenze dei giudici inferiori, contro le quali sarebbe stato esperimentabile l'appello. In seguito però questa possibilità cadde in disuso, poichè il sovrano, che vedeva sempre più aumentare il numero dei ricorsi al *Conseil,* ritenne che contro le contravvenzioni alle ordinanze commesse dai giudici inferiori fosse tutela sufficiente l'appello alle *Cours souveraines;* ed essendo restata la via della cassazione soltanto contro le sentenze *en dernier ressort,* contro le quali non fosse esperimentabile, nonchè l'appello, neppure qualche altro rimedio ordinario o straordinario, fu necessario, affinchè la sentenza fosse denunciabile in cassazione, non solo che essa emanasse da una *Cour souveraine,* ma anche che più non si potesse contro di essa ricorrere a uno di quei rimedî che le ordinanze ammettevano contro le sentenze dei giudici sovrani, cioè la *simple opposition* in caso di contumacia (104), la *tierce opposition,* e, principalmente, la *requête civile.* Anche questo è enunciato da GILBERT DE VOISINS come un principio fondamentale dell'istituto (105).

In virtù di questo principio (il quale sembra peraltro che ammettesse qualche eccezione in quei casi in cui vi era concorrenza tra la cassazione e la *requête civile*) la *demande en cassation* aveva veramente quel carattere di *rimedio estremo* in senso negativo che non poteva vedersi, a parer mio, nella *querela nullitatis* del diritto comune (retro, n. 73); la cassazione, infatti, non era ammissibile fino a che contro una sentenza era aperta la possibilità di qualche altro rimedio. Il DENISART spiega questa regola in un modo alquanto in-

---

(102) V. *Cassation,* § III, n. 1.

(103) Il D. indica le decisioni contenute nelle pagine 37, 78, 115, 147, 186, 152, 172; ma non tutte corrispondono.

(104) POTHIER, parte III, sez. II, § 1.

(105) « La cassation naturellement ne trouve sa place que lorsque l'ordre des jurisdictions est épuisé, ainsi que les voies de droit, et que les arrêts ont reçu le dernier sceau de l'autorité publique. On le remarque d'abord par rapport à la voie de droit de la requête civile, qui, lorsqu'elle est ouverte, exclut celle de la cassation. A plus forte raison, il en est de même lorsqu'il y a la voie d'opposition contre les arrêts par défaut ou sur requête, ou celle de la tierce opposition contre des arrêts qui n'ont pas été rendus avec celui qui veut les attaquer ». In HENRION DE PANSEY, l. c. Cfr. anche DENISART, *Cassation,* § III, n. 2.

genuo, dicendo che al ricorso per cassazione, il quale implicava un biasimo contro i giudici portato ad un giudice superiore, dovevano preferirsi gli altri rimedî perchè *sont plus conformes au respect du tribunal* (106). La vera spiegazione di questa regola deve invece trovarsi nel carattere tutto speciale della cassazione, che faceva di essa un istituto del tutto distinto dai veri rimedî processuali ordinarî e straordinarî. Quantunque qualche scrittore tratti della *demande en cassation* insieme colla *requête civile*, comprendendo ambedue gli istituti sotto l'intitolazione *des voies extraordinaires pour se pourvoir contre le jugemens* (107), non si deve credere che la *demande en cassation* sia da considerarsi come un istituto parallelo della *requête civile*, con diversi presupposti, ma con origine e finalità conformi (108): in realtà, mentre la *requête civile* era un vero e proprio rimedio processuale, una vera e propria *voie de droit* destinata a garantire alle parti una miglior giustizia e poteva quindi, messa a fronte dell'appello, *voie de droit ordinaire*, esser qualificata come una *voie de droit extraordinaire*, la *demande en cassation* non era una *voie de droit*, non era un rimedio processuale nè quindi un istituto classificabile in categoria con altri rimedî processuali (109). La *demande en cassation* (a parte la corruzione che la pratica, nell'interesse privato, tentava di esercitare sul suo carattere primitivo: retro, nn. 122 e segg.) teneva un posto a sè, che non poteva dividere con alcun altro istituto; quando contro una sentenza erano ormai esauriti tutti i rimedî processuali posti nell'interesse delle parti, ordinarî o straordinarî che fossero, la *demande en cassation* interveniva a portare nella controversia un criterio nuovo, la tutela politica dell'autorità sovrana. Logicamente adunque non si dovevano nell'antico diritto francese (diversamente nel diritto francese moderno, ove il *pourvoi en cassation* è diventato un vero mezzo di impugnativa, oltre, n. 197) contrapporre le *voies ordinaires de droit* alle *voies extraordinaires de droit* e tra quest'ultime comprendere anche la *demande en cassation;* ma si doveva contrapporre alle *voies ordinaires* ed *extraordinaires de droit* l'istituto della cassazione, il quale proprio dalla sua natura politica ed extraprocessuale derivava il carattere di rimedio estremo, esperimentabile solo quando ogni rimedio processuale fosse esaurito.

---

(106) V. *Cassation*, § III, n. 2.

(107) Pothier, *Procédure*, P. III, sez. III, art. I, § I. Peraltro, nel trattato *Des obligations*, n. 855, parla solo della *voie extraordinaire* della *requête civile*.

(108) Tale era in Lorena, ove per l'art. XV dell'*Édit*. 1716, i due rimedî della *requête civile* e della *cassation* erano concorrenti e si escludevano a vicenda.

(109) Cfr. le parole del Pothier, *Procédure*, citate retro, n. 118.

Ogni sentenza *en dernier ressort*, contro cui più non fossero esperimentabili le *voies de droit*, era del resto denunciabile in cassazione; definitiva o interlocutoria (110), e di qualunque tribunale inappellabile, anche dei più eminenti: *quelqu'éminent que soit le tribunal qui les a rendus, parce que tous les tribunaux sont soumis à l'autorité législative* (111). Notevole è, a questo proposito che persino contro gli *arrêts* del Consiglio potevasi allo stesso Consiglio ricorrere in cassazione (112); il che dimostra come la *demande en cassation* funzionava talvolta come una vera *querela nullitatis*, destinata a rimediare, anzichè l'attentato all'autorità regia, che non è concepibile in un atto del *Conseil* rappresentante del re, il vizio procedurale obiettivamente considerato.

---

(110) DENISART, *Cassation*, § III, n. 2: per es. la sentenza che ammettesse una prova testimoniale in un caso in cui le ordinanze la vietavano.

(111) DENISART, *ibid.* Un esempio di cassazione di un *Arrêt* del *Grand Conseil* in BORNIER, *Appendice*, pag. 72.

(112) Reg. 1738, tit. IV, art. 31, in TARBÉ, *Lois*, n. 223; DENISART, v. *Conseil du roi*, § III, n. 11. Però non potevasi ricorrere in cassazione contro un *Arrêt* del *Conseil* di rigetto di una domanda in cassazione: art. 39 *ib.*, in TARBÉ, *Lois*, n. 231.

Capitolo XVIII

LA FUNZIONE DEL « CONSEIL DES PARTIES » NELLA MONARCHIA FRANCESE, E IL PROCEDIMENTO DINANZI AD ESSO

Sommario: 126. Origine e funzioni del *Conseil des parties*. — 127. Requisiti formali del ricorso per cassazione: procedimento dinanzi al *Conseil des parties*. — 128. Il *Conseil des parties* non giudica il merito delle controversie: in che senso si deve intendere questo principio. — 129. Estensione della cognizione del *Conseil* nel *iudicium rescindens*: *a*) *errores in procedendo*. — 130. *b*) *Errores in judicando*: teoria del Tolozan e contrario insegnamento del Boutaric. — 131. *α*) Errori relativi alla premessa maggiore: interpretazione delle norme. — 132. *β*) Id. alla premessa minore: la cassazione per *iniquité manifeste*. — 133. Provvedimenti consequenziali della cassazione: *judicium rescissorium*. — 134. Confronto tra il *Conseil des parties* e la Corte di Cassazione: fondamentali differenze. — 135. *a*) Mancanza di garanzie processuali. — 136. *b*) Cumulo di diverse funzioni inerenti alla sovranità. — 137. *c*) Mancanza della funzione di unificare la interpretazione giurisprudenziale.

126. — Abbiamo veduto, nell'accennare all'origine del Parlamento di Parigi prima (retro, n. 100) e del *Grand Conseil* dopo (retro, n. 116), come la suprema giurisdizione esercitata dai monarchi francesi portasse alla creazione di organi giudiziarî separati dal Consiglio del sovrano (1), e come la nascita di questi organi, che avevano la funzione di esercitare in modo autonomo attribuzioni finora personalmente esercitate dal re, non tolse al *Conseil* che circondava il sovrano quegli uffici giudiziarî che si consideravano inseparabili dalla sovranità, come, ad esempio, quello di rilasciare ai privati le *lettres de justice*. Il diritto del re di attrarre alla propria immediata cognizione le controversie dei privati, se fu oggetto di lagnanze da parte dei Parlamenti e di limitazioni da parte delle ordinanze (2), non cessò mai in pratica di essere ampiamente esercitato, a detrimento delle giurisdizioni ordina-

(1) Anche il Bouchel, *Bibliothèque*, I, v. *Conseil du Roy*, pag. 638, nota la identità del procedimento per cui dal Consiglio politico del re si staccarono ad assumer funzioni giudiziarie prima il *Parlement*, poi il *Grand Conseil*.

(2) Cfr. per maggiori particolari Chenon, *Cassation*, n. 11, pag. 31 e segg.

rie: ma quest'uso mai interrotto nella pratica di immischiare il *Conseil* del sovrano nella decisione di controversie private, si sviluppò grandemente quando la *demande en cassation,* da un rimedio eccezionale diretto a reprimere isolate ribellioni di Parlamenti all'autorità regia, diventò un istituto regolare destinato a mantenere attraverso l'iniziativa privata il rispetto delle ordinanze generali. Accadde in tal modo che il Consiglio di governo del sovrano, il quale, al momento in cui il *Grand Conseil,* era divenuto un organo giudiziario autonomo, si era riserbato, col nome di *Conseil étroit* o *privé* soltanto gli affari politici, le *matières d'État* (3), tornò a poco a poco ad occuparsi anche delle private controversie, specialmente quando, nella prima metà del secolo XVI, il Cancelliere Poyet *commença de prêter l'oreille aux parties privées* (4): si stabilì in seguito, per il regolare funzionamento del Consiglio di governo, che esso in determinati giorni della settimana si adunasse non per discutere di affari politici, ma per dare ascolto ai ricorsi *des parties* in materia giudiziaria (5); e finalmente la necessità di separare l'esercizio di funzioni così diverse portò nel 1578 (6) alla divisione del Consiglio di governo in due sezioni, una il *Conseil d'État,* per gli affari politici, l'altra, il *Conseil des parties,* per gli affari giudiziarî. Le numerose riforme che, fino al regno di Luigi XIV, aumentarono il numero delle sezioni del Consiglio regio, ne cambiarono i nomi, ne modificarono gli uffici (7), lasciarono intatto il *Conseil des parties,* che continuò ad essere fino alla Rivoluzione quella sezione del *Conseil du roi* in cui il sovrano dava ascolto alle domande dei privati che a lui ricorrevano in materie attinenti all'amministrazione della giustizia (8).

Molteplici erano, nell'àmbito di questa generica attribuzione del *Conseil des parties,* le specifiche categorie di affari ad esso deman-

---

(3) Cfr. Bouchel, v. cit., pag. 640; Mortet, v. *Conseil* cit., pag. 497.

(4) Pasquier, *Recherches de la France,* II, 6, citato da Chenon, *Cassation,* pag. 33; Bouchel, v. cit., pag. 640.

(5) Mortet, pag. 499; Boislisle, *Les Conseils sous Louis XIV,* pag. 376 e segg., che a pag. 380 spiega l'etimologia della locuzione *Conseil des parties,* dimostrando lo sviluppo di essa nei Regolamenti dal 1560 in avanti.

(6) Mortet cit., pag. 500; Chenon, *Cassation,* pag. 34. Ciò avvenne col Reg. 11 ag. 1578, che si trova in Girard, *Offices de France* (Paris, 1645), I, 623.

(7) Su queste modificazioni e sul definitivo assestamento del *Conseil du Roi,* cfr., oltre gli scritti citati del Valois, Mortet, Boislisle: Tolozan, *Règlement du Conseil,* pag. 16-20; Denisart, *Décisions* (1786), v. *Conseil du roi;* Merlin, *Répertoire,* v. *Conseil du roi;* Tarbé, *Lois,* pag. 13 e segg.; Chenon, *Cassation,* pag. 45; Holtzmann, *Verf. Gesch.,* III. Periode, 1. Kap., pag. 331 e segg.

(8) Sulla composizione personale del *Conseil des parties,* cfr., oltre gli scritti precedenti, Seligman, *Justice,* pag. 50 e segg.

date; senza indugiarmi qui ad enumerarle tutte (9), osservo per altro ch'esse potevano classificarsi in due gruppi, a base dei quali stavano due principî essenzialmente diversi. Da un lato, infatti, le parti ricorrevano al re, rappresentato dal *Conseil des parties*, come al giudice supremo, come al supremo regolatore del buon andamento della giustizia: e in tal qualità rientravano nella competenza del *Conseil des parties* le avocazioni per suspicione legittima (10), il regolamento di giudici (11), la concessione di *lettres de justice* (12), l'annullamento per contrarietà di sentenze inappellabili nei casi non spettanti al *Grand Conseil* (13), ecc. Da un altro lato, invece, le parti ricorrevano al re rappresentato dal *Conseil des parties*, come al sovrano legislatore custode del mantenimento delle sue leggi: e per tal motivo spettavano al *Conseil des parties* le *demandes en cassation* per violazione delle ordinanze contro le sentenze inappellabili (14).

Delle attribuzioni appartenenti al primo gruppo non intendo occuparmi: limito qui le mie indagini a stabilire con quali forme esteriori e con quale intrinseco fine il *Conseil des parties* decideva sui ricorsi per cassazione ad esso presentati dai privati, ed in qual misura la funzione ch'esso esercitava nella monarchia francese si può paragonare con quella che esercita oggi nello Stato moderno la Corte di Cassazione. Io mi occupo, insomma, del *Conseil des parties* solo in quanto esso aveva più di ogni altra sezione del *Conseil du roi*, l'ufficio di cassare, su domanda di parte, le sentenze contrarie alle ordinanze regie; pur ricordando che in qualunque sezione del *Conseil du roi* poteva esser decisa la cassazione di una sentenza per iniziativa del re, con un *arrêt de son propre mouvement*, e che anche le domande di cassazione presentate dai privati potevano essere dirette a una sezione diversa dal *Conseil des parties*, quando l'ordinanza violata si riferiva a materie d'ordine pubblico (15).

127. — Bisogna anzitutto accennare ai requisiti formali del ricorso in cassazione ed al procedimento che si seguiva per la sua decisione nel *Conseil des parties*.

I requisiti formali erano quasi tutti la conseguenza di un'estensione al ricorso per cassazione di regole procedurali già stabilite dalle

(9) Cfr. DENISART cit., v. *Conseil du roi*, § 2, n. 9; TARBÉ, *Cassation*, pag. 15; BOISLISLE, scritto cit., pag. 382.

(10) Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. I.

(11) Ord. 7 agosto 1737; Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. I.

(12) Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. III.

(13) Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. VI.

(14) Reg. 28 giugno 1738, parte II, tit. IV.

(15) Retro, n. 115, e i luoghi di DENISART, v. *Conseil du roi*, ivi citati.

antiche ordinanze per i rimedî della *proposition d'erreur* e della *requête civile;* la *demande en cassation,* la quale nella sua sostanza aveva, come si è veduto, natura totalmente diversa da quella delle vere e proprie *voies de droit,* derivò così da queste le sue forme esteriori, giustificate da un'unica necessità di impedire gli abusi dei litiganti, sempre disposti a prevalersi dei ricorsi per mandare in lungo i processi: *parce que la partie condamnée ou abonde dans son sens, ou se flatte qu'en fatiguant sa partie elle en aura meilleure composition* (16). A tale scopo la *demande en cassation* era limitata entro un termine, che, come quello per la *requête civile,* era ordinariamente di sei mesi, salva una maggiore estensione in casi speciali (17); doveva essere presentata per mezzo di una *requête* contenente i motivi per cui si chiedeva la cassazione (18), e firmata, a garanzia di serietà, da due avvocati anziani, oltrechè dal difensore del ricorrente (19); doveva essere accompagnata da una copia della sentenza di cui si chiedeva la cassazione (20) e dalla quietanza di un deposito — di 150 lire, in caso di sentenza resa in contraddittorio e di 75 lire in caso di sentenza contumaciale —, il quale, ove il ricorso fosse respinto, andava a beneficio del re a titolo di multa contro il ricorrente temerario (21).

---

(16) GUILLARD, *Histoire du Conseil,* pag. 94-95, riportato da BOISLISLE, scritto citato, pag. 419.

(17) Reg. 1738, P. II, tit. IV, art. 8-17 (in TARBÉ, *Lois,* nn. 200-209); DENISART, voce *Cassation* cit., § V. Cfr., per il parallelismo colla *requête civile,* l'art. 5 del tit. XXXV, Ord. 1667. Per l'Editto di Lorena 1716, art. VII, il termine ordinario era di 1 anno; e vi era una *summa cassationis* di 1000 franchi (art. IX).

(18) Reg. 1738, P. II. tit. IV, art. 1 (in TARBÉ, n. 193). La necessità della motivazione risale all'Ord. del 1344, art. 9, relativa alla *proposition d'erreur.* Il DENISART, *Cassation,* § VI, n. 3, dà la formula di questa *requête,* in cui, dopo riferita la sentenza contro cui è diretto il ricorso ed i motivi di ricorso, il *suppliant* conclude « qu'il plût à sa Majesté casser et annuller l'arrêt rendu par ... comme contraire à telle loi, ensemble tout ce qui l'a suivi ». Uguale disposizione nell'*Édit* 1716 di Lorena, art. VI.

(19) Reg. 1738, P. II, tit. IV, art. 2-3 (in TARBÉ, nn. 194-195). Questa disposizione già si trovava nell'art. 10 del Reg. citato del 1660; cfr. per la *requête civile* art. 13, tit. XXXV, Ord. 1667. L'*Édit* di Lorena voleva la firma di *tre* avvocati anziani, oltre il ricorrente (art. VI).

(20) Reg. 1738, P. II, tit. IV, art. 4 (TARBÉ, n. 196). L'art. XIX dell'Editto di Lorena impone anche la produzione di documenti.

(21) Reg. 1738, P. II, tit. IV, art. 5 (TARBÉ, n. 197). Anche questa disposizione trova i suoi precedenti nelle multe, da depositarsi preventivamente, che le ordinanze francesi disponevano in caso di *proposition d'erreur* e di *requête civile* (cfr. retro, n. 103, nota). Per la cassazione l'obbligo del deposito preventivo fu introdotto, secondo BORNIER, *Conférences,* I, 271, dal Reg. 1660; il Reg. 3 gennaio 1673, art. 62, conformemente all'art. 16, tit. XXXV, Ord. 1667 per la *requête*

Erano tutte formalità stabilite a pena di irricevibilità del ricorso, allo scopo di reprimere quella che il BORNIER (22) chiama *cupidité de plaider* dei privati: ed erano quindi esenti dall'osservanza del termine e dal preventivo deposito della multa i ricorsi fatti dai *procureurs généraux* in *matière dèmaniale* o nel pubblico interesse (23).

Il procedimento che si seguiva per la decisione dinanzi al *Conseil des parties* era alquanto complicato, e può dividersi in due fasi con caratteri distinti.

La prima fase, in cui meglio si rivela la natura tutta speciale del ricorso per cassazione, il quale, più che un rimedio riflettente il merito della controversia tra le parti, era una lagnanza fatta da una parte al sovrano contro l'operato dei giudici, si svolgeva senza contraddittorio e senza pubblicità, allo scopo di permettere al *Conseil des parties* di esaminare la domanda del ricorrente, e di rendersi conto, lasciando per ora da parte le ragioni dell'avversario, della sua serietà. Presentata la domanda al *greffier* del *Conseil*, senza alcun effetto sospensivo sull'esecuzione della sentenza denunciata (24), doveva anzitutto esser nominato, su richiesta del ricorrente, un relatore (25). Ma prima di esser portato alla decisione del *Conseil*, il ricorso doveva passare per un primo esame dei *sieurs Commissaires, nommés en général pour l'examen des demandes en cassation* (26), i quali, a somiglianza di moltissimi *bureaux* costituiti nell'interno del *Conseil* per prepararne ed istruirne gli affari (27), costituivano il cosidetto *bureau des cassations* (28), incaricato di verificare se le do-

---

civile, disponeva un deposito di 300 lire per il re e 150 per la parte avversaria; il Reg. 27 ottobre 1674, art. VIII (in BORNIER, II, 638), abolì il deposito preventivo, mantenendo però la multa da pagarsi dopo che il ricorso fosse stato respinto, ma un *Arrêt*, già citato, del 3 sett. 1698, confermò l'obbligo del deposito preventivo; l'*Arrêt* del 3 febbraio 1714 divise la multa in due metà: la prima, da depositarsi all'introduzione del ricorso, la seconda, quando fosse dichiarato ammissibile, prima della decisione. Il Reg. 1738 conservò il deposito solo per la prima (cfr. TARBÉ, annotazione al n. 197 citato). Per l'*Édit* di Lorena, art. X, il deposito era di 600-300 franchi, di cui $^2/_3$ al principe e $^1/_3$ all'avversario.

(22) *Conférences*, I, 270.

(23) Reg. 1738, P. II, tit. IV, art. 16-17.

(24) Reg. 1738, art. 29. Così fin dall'Ord. del 1344 per la *proposition d'erreur;* cfr. per la *req. civ.* Ord. 1667, tit. XXXV, art. 18, e per la cassazione, Regol. 3 genn. 1673, art. 65 e Reg. 17 giugno 1687, art. 41. Editto di Lorena, art. VI.

(25) Reg. 1738, tit. cit., art. 7-8 (TARBÉ, nn. 199 e 200).

(26) Reg. 1738, tit. cit., art. 21 (TARBÉ, n. 21).

(27) Sui quali cfr. DENISART, v. *Conseil du roi*, § III.

(28) Cfr. sulla composizione di questo *bureau*, che si chiamava più propriamente il *bureau pour la communication des requêtes en cassation*, DENISART, v. *Conseil du roi*, § III, n. 1; TOLOZAN, *Règlement*, pag. 457; CHENON, *Cassation*,

mande di cassazione *ne sont pas dénuées de tout fondement, de manière qu'il soit inutile de les examiner au Conseil* (29); i *commissaires* delibavano la fondatezza del ricorso (30) e potevano anche respingerlo senz'altro, purchè all'unanimità, mentre, se anche uno solo era contrario al rigetto, dovevano trasmettere la decisione definitiva al *Conseil* (31). Allorquando la *demande en cassation* aveva superato questa prima indagine, la quale aveva luogo senza intervento del ricorrente e senza comunicazione all'avversario, essa passava alla decisione del *Conseil des parties*, che vi deliberava del pari senza alcuna formalità di udienza o di contraddittorio: sulla relazione fatta dal consigliere ch'era stato nominato a questo scopo fin dall'introduzione del ricorso e che rispecchiava l'opinione del *bureau*, il *Conseil des parties* esaminava la fondatezza della domanda in base alle sole deduzioni del ricorrente e prendeva su queste la propria decisione. Due circostanze stanno a mostrare la caratteristica tutta propria di questa prima fase del procedimento, rispondente alla natura sostanziale del ricorso per cassazione: la prima, l'assoluto divieto al *greffier* del Consiglio di comunicare all'avversario del ricorrente la presentazione della *demande en cassation*, prima che il Consiglio vi avesse deciso, e di accettare in questa fase e di trasmettere ai consiglieri *aucune requête ni mémoire pour répondre aux demandes en cassation* (32); la seconda, la facoltà che aveva il *Conseil*, quando non trovava nel ricorso elementi decisivi per formarsi una convinzione, di richiedere alla Corte, dalla quale era stata pronunciata la sentenza, l'invio dei *motifs* sui quali la sentenza stessa si basava.

52; CREPON, *Cassation*, I, nn. 50 e segg.; SELIGMAN, *Justice*, pag. 52. Questo *bureau*, il quale era per il *Conseil des parties* ciò che nei Parlamenti erano i « bureaux des grands et des petits commissaires, qui dans les cours examinent les instances et procès avec le rapporteur, avant que ce dernier fasse son rapport à la chambre » (DENISART, l. c.), è l'origine della *Section des requêtes* dell'attuale *Cour de cassation* francese. Il suo scopo fondamentale, anche sotto l'*ancien régime*, era quello di diminuire il numero dei ricorsi infondati: tantochè essendo stato abolito nel 1673, fu dovuto ristabilire nel 1684, perchè aumentavano i ricorsi vessatorî: FAYE, *Cassation*, n. 22.

(29) DENISART, v. *Cassation*, § VI, n. 10.

(30) Il TARBÉ, in nota al n. 213, afferma che i *Commissaires* dovevano esaminare *la verité des faits et la pertinence des moyens*.

(31) DENISART, v. *Cassation*, § VI, n. 10. Cfr. CREPON, *Cassation*, n. 68.

(32) Reg. 1738, tit. cit., art. 32 (in TARBÉ, n. 224). Così già l'art. 37 del Reg. 17 giugno 1687. Gli *Arrêts* del 19 agosto 1769, art. 6, e 4 nov. 1769, vietarono perfino di far stampare memorie relative alla cassazione durante questa prima fase del procedimento, e l'*Arrêt* del 18 dicembre 1775 estese questo divieto allo stesso ricorrente, per evitare ogni pubblicità sul ricorso (in TARBÉ, *Lois*, nn. 506 e segg.; DENISART, v. *Conseil du roi*, § II, n. 10).

Queste due peculiarità dimostrano, la prima — che l'esame introduttivo del ricorso avveniva senza nessun riguardo ai diritti dei privati litiganti: *les demandes en cassation doivent rester inconnues jusqu'à ce qu'il eût été jugé si elles méritaient d'être instruites* (33), perchè la loro introduzione riguardava anzitutto l'interesse del re; la seconda — che il ricorso era in sostanza un attacco diretto contro i giudici, ai quali si dava il mezzo, coll'inviare i motivi della loro sentenza, di difendere il loro operato e di sostenere la fondatezza della loro decisione (34), ammettendosi così in questa prima fase del procedimento in cui era escluso il contraddittorio fra le parti, una parvenza di contraddittorio tra il ricorrente ed i giudici del merito.

Quando il Consiglio, o dal semplice esame delle deduzioni del ricorrente, o dalla lettura dei motivi richiesti ai giudici aveva tratto elementi sufficienti per decidere, emetteva un *arrêt*, col quale poteva rigettare il ricorso perchè *mal fondé* nei motivi su cui si basava, o *non recevable* per ragioni di forma (35), oppure, quando la contravvenzione denunciata nel ricorso era evidente, cassare senz'altro la sentenza, *de plano, sur l'exposé de la requête, sans communication à l'autre partie* (36). In tali due ipotesi l'*arrêt* del Consiglio aveva un valore definitivo, perchè nel primo caso il ricorso era respinto senza possibilità di riproposizione (37) e nel secondo la cassazione era senz'altro pronunciata. Senonchè poteva darsi che il Consiglio da questa prima fase del procedimento non avesse tratto elementi sufficienti per respingere il ricorso, ma d'altra parte non fosse convinto a pieno della sua fondatezza: in questa ipotesi, si limitava a riconoscere che *la demande en cassation mérite d'être instruite contradictoirement avec toutes les parties intéressées* (38), e, riserbandosi di prendere una decisione definitiva dopo aver udito le ragioni delle altre parti, chiedeva intanto ai giudici l'invio dei motivi, ove già non l'avesse richiesto prima di pronunciare l'*arrêt*, e ordinava la comunicazione della domanda di cassazione agli interessati (39). Questo *arrêt*, che prendeva

(33) Citato *Arrêt* del 18 dec. 1775.

(34) Si cfr. la lettera 5 giugno 1750 del D'AGUESSEAU, colla quale (*Œuvres*, X, 22) cerca di limitare l'uso dei Parlamenti di trasformare i *motivi* che inviavano al *Conseil* in vere e proprie difese del merito del loro giudicato.

(35) Reg., tit. cit., art. 25 (in TARBÉ, n. 217).

(36) DENISART, v. *Cassation*, § VI, n. 14, il quale però avverte che « comme on ne peut priver personne de son droit sans l'entendre, celui qui a obtenu cet arrêt, et à l'insu duquel il a été cassé, peut, s'il trouve que la cassation a été surprise, former opposition à l'arrêt qui la prononce ». Cfr. CHENON, *Cassation*, 53.

(37) Reg. 1738, tit. cit., art. 39 (in TARBÉ, n. 231).

(38) *Ib.*, art. 28 (in TARBÉ, n. 220).

(39) *Ibidem*.

il nome di *arrêt de soit communiqué* (40), non significava affatto l'accoglimento del ricorso, ma solo, per così dire, la sua presa in considerazione, talchè dopo di esso si diceva che *la requête est admise, parce qu'elle est admise pour être discutée* (41); l'effetto dell'*arrêt de soit communiqué* era dunque quello di chiudere la prima fase del procedimento non contraddittorio, per aprire la seconda fase in cui si ammetteva il contraddittorio di tutti gli interessati.

L'*arrêt de soit communiqué* doveva essere entro tre mesi notificato, all'avversario del ricorrente (42), e da questa notificazione aveva origine, tra coloro che erano stati parti nel giudizio di merito, il rapporto processuale di cassazione. Enumerare minuziosamente tutti i singoli atti di cui si componeva questa seconda fase del procedimento sarebbe per me ozioso (43); mi basta notare che la parte alla quale veniva notificato l'*arrêt* poteva, entro precisi termini, costituire avvocato, esaminare le deduzioni del ricorrente, produrre controdeduzioni, finchè, terminata l'istruttoria, che si svolgeva interamente per iscritto, il *Conseil des parties* decideva definitivamente sulle ragioni addotte in contraddittorio dalle parti. In origine il *Conseil*, prima di deliberare, dava udienza alle parti o ai loro avvocati (44); ma in seguito sparve anche questa traccia di oralità, e il procedimento si svolse interamente per iscritto, senza udienza e senza pubblicità (45). Riserbandomi di esaminare tra breve entro quali limiti si estendeva la cognizione del *Conseil des parties*, noto fin d'ora che quest'ultima fase del procedimento portava necessariamente o all'accoglimento o al rigetto della domanda di cassazione: in questo caso la via della cassazione era definitivamente preclusa (46), mentre nel primo caso si producevano, secondo il motivo per cui la cassazione era avvenuta, effetti diversi, che tra poco esaminerò.

Per riassumere in linea sistematica il procedimento di cassazione dinanzi al *Conseil des parties*, esso dividevasi in due fasi, la prima secreta ed unilaterale, la seconda colla partecipazione in contraddittorio di tutti gli interessati; la prima fase però si suddivideva a sua volta in due minori stadî, il primo dei quali si svolgeva dinanzi al *bureau* dei *commissaires*, per il semplice esame del ricorso, mentre nel secondo, che svolgevasi dinanzi al *Conseil*, potevano essere udite,

---

(40) Denisart, *Cassation*, § VI, n. 11.
(41) Denisart, *ibid.*
(42) Reg. 1378, tit. cit., art. 30 (in Tarbé, n. 222).
(43) Cfr. Chenon, *Cassation*, nn. 18 e 19.
(44) Tolozan, *Règlement*, pag. 411; Chenon, *Cassation*, pag. 54.
(45) Chenon, *Cassation*, 54-57.
(46) Reg. 1738, tit. cit., art. 39.

a difesa della fondatezza della sentenza denunciata, le ragioni dei giudici che l'avevano pronunciata; nella seconda fase, in contraddittorio colle deduzioni del ricorrente, si teneva conto da un lato delle ragioni dei giudici che avevano pronunciato la sentenza denunciata, e dall'altro delle controdeduzioni presentate da colui che nel giudizio di merito era stato parte vincitrice. Il rigetto del ricorso poteva avvenire così o per decisione del *bureau* all'unanimità, o per decisione del *Conseil des parties* prima dell'apertura del contraddittorio, o, finalmente, per decisione dello stesso *Conseil,* dopo l'istruttoria in contraddittorio; l'accoglimento del ricorso, invece, poteva esser deciso solo dal *Conseil,* o sull'esame della domanda, o dopo l'istruttoria in contraddittorio.

Il rigetto del ricorso aveva effetti diversi secondochè avvenisse nella prima o nella seconda fase del procedimento. Se il rigetto avveniva, o dinanzi al *bureau* o dinanzi al *Conseil,* prima dall'*arrêt de soit communiqué,* il ricorrente perdeva a favore del re la somma di L. 150 o di L. 75, che doveva aver depositata al momento della presentazione del ricorso (47); se invece il rigetto avveniva dopo l'*arrêt de soit communiqué,* la multa a favore del re saliva, per il maggior disturbo che il *Conseil* aveva avuto dal ricorrente, a L. 300 o a L. 150 (nella qual somma si intendeva compreso il deposito fatto al momento dell'introduzione) e poteva anche essere aumentata *s'il est ainsi ordonné* (48); inoltre, in questo caso, poichè era stata tratta in causa senza fondamento anche la parte avversaria, chiamata in contraddittorio, il ricorrente doveva pagare ad essa la somma di L. 150 o di L. 75 a titolo di risarcimento (*indemnité*) (49).

128. — Avendo così un'idea del provvedimento esteriore col quale il *Conseil des parties* deliberava sopra le *demandes en cassation,* dobbiamo soffermarci ora ad esaminare i limiti entro i quali nel deliberare su tali *demandes* si estendeva la cognizione del *Conseil,* il procedimento logico col quale questo supremo consesso giungeva ad accogliere o a respingere la richiesta del ricorrente.

Abbiamo veduto a suo tempo che l'atto col quale il sovrano cassava una sentenza contraria alla sua volontà non era in origine un atto di giurisdizione (retro, n. 113), e che il ricorso per cassazione concesso ai privati non sorse come l'esercizio di un vero diritto di

---

(47) Reg. 1738, tit. cit., art. 25 (in TARBÉ, n. 217).

(48) Reg. 1738, tit. cit., art. 35-36 (TARBÉ, nn. 227-228).

(49) Art. 35 cit. Già il rigetto della *proposition d'erreur* dava luogo, per l'Ord. del 1331 (retro, n. 103, nota), a una *duplex emenda.*

impugnativa, ma come una denunzia destinata a mettere in moto un potere sovrano (retro, n. 119). In correlazione con questi principii posti per l'istituto della Cassazione, si deve ritenere che, come il ricorso per cassazione non poteva dirsi una *voie de droit* nell'ordinario significato processuale, così il *Conseil des parties,* in quanto si occupava dei ricorsi per cassazione, non poteva esser considerato un vero e proprio tribunale destinato a decidere sul merito delle controversie per l'accertamento dei diritti subiettivi delle parti. La trattazione, che aveva luogo dinanzi al *Conseil des parties,* non aveva dunque la natura di un grado di giurisdizione, di una nuova istanza superiore a quella delle Corti sovrane: soltanto contro le sentenze *en dernier ressort* poteva esperimentarsi il ricorso per cassazione (retro, n. 125), e il ricorso per cassazione non apriva un ulteriore *ressort,* in cui si tornasse a trattare il merito della controversia. Gilbert de Voisins (50) si esprime su questo punto in modo efficacissimo: *La voie de cassation, n'étant pas une voie de ressort, n'engage pas le jugement du fond, et il ne doit pas être cumulé avec elle. C'est en quoi la cassation diffère de l'appel; différence qu'il importe essentiellement de maintenir, pour ne pas confondre insensiblement les tribunaux de premier ordre avec ceux soumis à l'appel. L'appel remet le fond en question; la cassation, au contraire, attaque un arrêt revêtu d'une pleine autorité dont il ne peut être depouillé qu'autant qu'il se trouve en excéder les bornes legitimes;* e l'*Arrêt* del 18 decembre 1775 (51) espressamente disapprova chi volesse *envisager la ressource de la cassation comme une voie ordinaire et comme une espèce d'appel au Conseil.*

Se, adunque, il *Conseil des parties,* esaminando la fondatezza dei ricorsi per cassazione proposti dalle parti, agiva come sorvegliante delle Corti sovrane e controllava ch'esse non eccedessero i limiti della giurisdizione, non veniva con questo ad assumer la veste di un organo giurisdizionale, nè a far parte dell'ordinamento giudiziario, ma restava sempre un organo esclusivamente politico. Che il *Conseil des parties* non fosse un vero e proprio tribunale, affermano concordemente gli scrittori francesi del secolo XVIII. *Le caractère propre du Conseil du roi* — insegna Gilbert de Voisins (52) — *est de tenir les tribunaux en règle et non pas de prendre leur place.* Il Denisart (53) scrive che il *Conseil des parties n'est point juge des différends des*

---

(50) In Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X.
(51) In Tarbé, n. 515.
(52) In Tarbé, pag. 63.
(53) Voce *Conseil du Roi,* § II, n. 9.

parties, mais seulement de la compétence des juges et de la validité de leur arrêt. Ed il MERLIN: *En général, le Conseil du roi ne diffère pas moins des tribunaux ordinaires de justice dans sa forme extérieure que dans son objet, qui n'est point la justice distributive, mais seulement la manutention de l'ordre établi par les lois et ordonnances du royaume pour l'administration de l'État. Il n'est point directement juge des différends des particuliers, mais seulement de la compétence des juges et de la validité de leurs arrêts* (54). La funzione del *Conseil des parties* non era dunque quella di un tribunale supremo, posto al disopra di tutti gli organi giudiziarî inferiori, ma destinato a servire al loro stesso scopo; esso non si curava di quello che il MERLIN chiama la *justice distributive,* ossia del risolvere le controversie private coll'applicare il diritto al fatto concreto, ma esaminava soltanto se nei giudizî svoltisi dinanzi ai veri e proprî tribunali erano state fedelmente osservate le ordinanze del re: non reprimeva le violazioni dei diritti delle parti, ma la ribellione dei giudici alla volontà sovrana contenuta nelle leggi. Il *Conseil,* insomma, non si trovava dinanzi ad un rapporto controverso di diritto sostanziale da decidere, ma dinanzi ad una sentenza definitiva: il rapporto sostanziale, il merito, il *fond* era stato ormai deciso da un *arrêt* passato in giudicato; e *tant que l'arrêt subiste, tout est terminé; il faut qu'il soit détruit pour que le fond renaisse* (55). L'esame del *Conseil* non si spingeva adunque sulla controversia, ma si limitava a controllare la regolarità del giudicato, per vedere se fosse il caso di distruggerlo; e se riteneva necessario di toglierlo di mezzo, non veniva con questo a decidere il merito, ma a creare la necessità di far nuovamente decidere, dall'autorità competente, il merito: *comme dans la cassation, l'autorité n'agit que sur l'arrêt, en le détruisant elle laisse le fond à juger de nouveau* (56). Quando dunque GILBERT DE VOISINS afferma che *c'est la maxime inviolable du Conseil privé, de ne jamais toucher au fond dans le jugement de la cassation* (57), si deve intendere questa massima in due sensi: anzitutto nel senso che il *Conseil,* per decidere se il giudicato doveva essere cassato, non doveva ingerirsi della sua giustizia intrinseca nè metterlo a confronto col rapporto sostanziale esistente nella realtà, ma soltanto esaminare se nella sentenza, in sè e per sè considerata, apparissero delle *contraventions aux ordonnances* o altre irregolarità formali; in secondo luogo nel senso che, ove il *Conseil,* accertata la

(54) MERLIN, *Répertoire,* v. *Conseil du roi,* n. VIII. Cfr. anche *Encyclov.* di DIDEROT e D'ALEMBERT, v. *Conseil du roi,* vol. IV, pag. 18, col. 2ª.

(55) GILBERT DE VOISINS (in TARBÉ, pag. 63).

(56) *Ibid.*

(57) *Ibid.*

irregolarità della sentenza denunciata, la cassasse, non doveva procedere ad una decisione positiva del merito, ma doveva lasciare ai giudici ordinarî l'ufficio di giudicare definitivamente la controversia. Esposta così, sommariamente, la natura della funzione che il *Conseil* avrebbe dovuto teoricamente compiere in relazione al suo scopo politico, dobbiamo ora vedere come questi principî ricevevano nella pratica numerose smentite: ciò si vedrà, studiando, prima, quali erano i limiti della cognizione del *Conseil* nell'accertare i vizî del giudicato sui quali si fondava la cassazione, e secondariamente quali provvedimenti il *Conseil* prendeva quando, pronunciando la cassazione di una sentenza, veniva a riaprire la trattazione sul merito.

129. — Nell'esaminare entro quali limiti si estendeva la cognizione del *Conseil* è opportuno distinguere due ipotesi: *a*) che il ricorso in cassazione si basasse su un *error in procedendo*, *b*) che si basasse su un *error in iudicando*.

a) Quando il ricorso per cassazione veniva motivato su una violazione delle ordinanze relative alla procedura o, nell'ultimo periodo dell'istituto sotto l'*ancien régime*, su qualsiasi nullità processuale, la cognizione del *Conseil des parties* consisteva in un riesame delle attività processuali compiute dinanzi ai giudici di merito, per rendersi conto se esse corrispondevano a quelle attività che secondo le ordinanze avrebbero dovuto svolgersi affinchè si avesse un processo regolare e valido. La cognizione del *Conseil* mirava in questo caso a mettere a confronto il modo nel quale il processo si era svolto col modo nel quale avrebbe dovuto svolgersi: la non coincidenza di questi due termini, la divergenza tra quello che l'ordinanza voleva si facesse e quello che in realtà si era fatto, dimostrava senz'altro fondato il ricorso per cassazione, senza necessità di indagare se il giudice, operando in modo diverso da quello voluto dall'ordinanza, aveva con questo voluto negare il valore generale dell'ordinanza stessa. Così, per ciò che si riferisce agli *errores in procedendo*, non si può dire che il *Conseil* si occupasse soltanto del diritto, poichè, per giudicare se il diritto era stato violato, gli era necessario accertare come si era svolta in concreto l'attività processuale dei giudici e delle parti, ossia estendere la propria cognizione anche a quella serie di atti svoltisi nella realtà, di cui si componeva il processo di merito. Il modo col quale il *Conseil des parties* procedeva a decidere sui ricorsi in cassazione derivanti da vizî di attività intervenuti nel giudizio di merito, si può seguire in quella raccolta di *Arrêts* riportati dal Bornier, che quasi tutti si riferiscono a cassazioni basate su qualche *error in procedendo*. Cito due esempi soli: con *arrêt* del 6 agosto 1668, il *Conseil* cassa una sentenza resa dal Parlamento di Bordeaux perchè la ci-

tazione introduttiva del giudizio non conteneva la elezione di domicilio richiesta dagli artt. 2 e 12 del Tit. II dell'Ordinanza 1667 (58); con *arrêt* 27 agosto 1668, il *Conseil* cassa una sentenza perchè alla deliberazione di essa aveva preso parte un giudice ricusato, il quale avrebbe dovuto esserne escluso per l'art. 6 del Tit. IV dell'Ordinanza 1667 (59). In questo ed in simili casi il motivo di cassazione non risiede nel tenore della sentenza, ma consiste in un fatto estraneo ed antecedente alla sentenza, che il *Conseil* doveva accertare prima di pronunciare la cassazione: per giudicare se l'ordinanza, che proibisce l'intervento alla deliberazione di un giudice ricusato, fosse stata violata, occorreva che il *Conseil* indagasse in fatto quali giudici fossero stati in realtà ricusati dalle parti, quali avessero preso parte in realtà alla sentenza; e lo stesso si può dire nei casi analoghi, in cui la cognizione del *Conseil* si estendeva ad accertare la reale esistenza ed il concreto modo di essere di tutte le circostanze da cui resultava il processo.

130. — *b*) Più difficile è stabilire i limiti entro i quali si estendeva la cognizione del *Conseil* quando il ricorso per cassazione si basava su un motivo relativo al merito, cioè sopra un *error in iudicando.* Si sa che per principio generale il semplice *mal jugé,* come non poteva dar luogo a *requête civile,* così non costituiva un motivo sufficiente per ricorrere in cassazione (retro, n. 124); il *Conseil,* quindi, non si curava di esaminare se la conclusione del sillogismo compiuto dai giudici di merito, nella quale si affermava o si negava la esistenza di una volontà di legge specifica e concreta, corrispondesse alla realtà del rapporto sostanziale, ma indagava soltanto se nelle premesse i giudici del merito avessero obbedito a dei principî giuridici in qualche modo contrarî alle ordinanze regie (60). Diremo dunque che, di regola, il *Conseil* non entrava ad indagare la questione di fatto; ma potremo dire inversamente che il *Conseil* estendeva il suo esame ad ogni questione di diritto? Se dobbiamo accettare gli insegnamenti dati dai giuristi francesi, bisogna ritenere che non tutti gli errori di diritto davano luogo a cassazione, ma solo i più gravi ed evidenti: si insegna infatti che, per aversi cassazione, occorre una *contravention claire et précise aux ordonnances* (61), una *contravention formelle* (62),

(58) Bornier, *Appendice,* pag. 1.

(59) *Ibidem,* pag. 100.

(60) Denisart, v. *Cassation,* § II, n. 4: « ... il peut y avoir beaucoup de cas où, quoique le jugement soit injuste, on ne peut le faire casser ».

(61) Joly de Fleury, Memoria cit.

(62) Pothier, *Procédure,* parte III, sez. III, art. II.

una decisione *directement contraire* alle ordinanze (63). E il TOLOZAN riassume questi insegnamenti con parole che non posso esimermi dal riportare, tanta è la loro importanza per il punto di cui qui mi occupo: *Un moyen de cassation ne peut être solide qu'autant qu'il renferme une contravention claire et précise à une loi connue des juges, c'est-à-dire, qu'autant qu'il fait voir que la disposition de la loi et celle du jugement sont tellement opposées, qu'elles se détruisent, pour ainsi dire, respectivement et ne peuvent subsister ensemble. Car, si la disposition du jugement peut être exécutée sans que la loi puisse en recevoir d'atteinte, il serait contre toute raison de présumer que les juges eussent voulu rendre une décision contraire à la loi. La présomption est, au contraire, qu'ils ont mis dans leur jugement la disposition dont on se plaint par des motifs qui peuvent être alliés avec la loi. Ainsi trois conditions sont principalement requises pour qu'un moyen de cassation puisse réussir: 1) qu'il y ait une loi vivante, et connue des juges que l'on accuse d'y avoir contrevenu; 2) que la disposition de leur jugement soit contradictoire avec celle de cette loi; 3) qu'il n'y ait rien, dans le fait particulier, qui puisse faire disparaître cette contradiction* (64).

Se in queste parole del TOLOZAN fosse fedelmente rispecchiato quello che era il funzionamento pratico del ricorso per cassazione, si troverebbe una grande analogia, per non dire una coincidenza perfetta, tra il principio che giustifica questo istituto e il principio che sta a base nel diritto romano della nullità per errore *contra ius constitutionis* (retro, n. 19): nel diritto romano, come si è veduto, l'unico *error in iudicando* che producesse la nullità della sentenza, era quello relativo alla esistenza ed alla obbligatorietà di una norma; e nel diritto francese, la cassazione poteva avvenire, secondo le parole di TOLOZAN, soltanto quando il giudice si ricusasse di considerare come obbligatoria una norma esistente, quando nella sua decisione dimostrasse di non aver tenuto conto di un'ordinanza regia colla quale la sua sentenza era inconciliabile. Tale analogia, del resto, si potrebbe giustificare anche in base all'affinità del motivo politico che originò in Roma la nullità della sentenza *contra ius constitutionis* ed in Francia la cassazione della sentenza contenente una contravvenzione alle ordinanze: nel diritto romano la impersonale *Constitutio* riaffermava contro il giudice la sua autorità disconosciuta, nel diritto francese il sovrano in persona interveniva a reprimere la insubordinazione dei giudici alla sua sovranità; ma il concetto giuridico fondamentale era

---

(63) *Encyclopédie*, v. *Cassation* cit.; DOMAT, cit.

(64) Riportato da HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. X.

uguale nei due casi, e la repressione era diretta soltanto contro quegli *errores in iure* che contenessero un attentato alla santità della norma in generale, un'usurpazione compiuta dai giudici a danno del potere legislativo. Si dovrebbe dunque concludere che l'unico errore di diritto che legittimava in Francia la cassazione era quello stesso che il diritto romano chiamava errore *contra ius constitutionis,* quello che il diritto comune chiamava *error expressus contra ius,* ed il diritto tedesco *error contra ius in thesi clarum* (retro, n. 62); e, se così fosse, si dovrebbe anche di conseguenza ritenere che l'indagine del *Conseil des parties* investito di un ricorso in cassazione per *error in iudicando* si limitava a controllare se il giudice di merito avesse nella premessa maggiore del suo sillogismo posto una affermazione generale di diritto inconciliabile con una ordinanza, senza occuparsi se lo stesso giudice avesse errato nell'intendere il significato di un'ordinanza o erroneamente apprezzato i caratteri giuridici del fatto sottoposto a decisione. L'insegnamento del Tolozan, in sostanza, si riassume dicendo che la cassazione poteva avvenire soltanto quando il giudice avesse negato in generale il valore obbligatorio di una ordinanza (e *scientemente* negato, poichè la cassazione, a differenza della nullità romana, aveva riguardo all'elemento intenzionale del giudice); non quando il giudice, disposto ad osservar fedelmente il comando della ordinanza, avesse commesso un errore nell'interpretarla, o quando, *in hypothesi,* avesse errato nell'applicarla al fatto.

Questa conclusione, che corrisponderebbe al carattere politico dell'istituto vòlto a reprimere non ogni errore di diritto, ma solo quello che ledesse l'autorità sovrana, non il vizio della sentenza obiettivamente considerato, ma solo la subiettiva volontà di agire contro il comando del re, è però contraddetta da un commentatore dell'*Ordonnance civile,* il Boutaric, il quale, spiegando il significato dell'articolo VIII del Tit. I (retro, n. 111), si richiama alle distinzioni che le leggi romane facevano tra la sentenza *contra ius constitutionis,* data dal giudice *en ordonnant que la Loi ne doit pas être observée,* e quella *contra ius litigatoris,* pronunciata *en décidant que la loi ne trouve aucune application à la cause;* e conclude: *L'article que nous expliquons rejette toutes ces distinctions; la contravention aux ordonnances, édits et déclarations, de quelque manière et en quelques termes qu'ils soient conçus, emporte nullité, et pour ce qui regarde les sentences ou jugements, la manière de prononcer ne garantit pas la nullité, s'il paraît en effet par l'état du procès que la disposition des ordonnances. édits et déclarations n'ait pas été suivie* (65).

(65) *Explication* cit., pag. 9.

131. — α) In verità, se dagli *arrêts* del *Conseil des parties* e dalle esemplificazioni che gli scrittori portano per dimostrare il funzionamento pratico della Cassazione, cerchiamo quali erano gli *errores in iudicando* sui quali il *Conseil* estendeva la propria cognizione, non si giunge a porre una regola fissa e corrispondente ad un criterio scientifico: il ricorso per cassazione, istituto sorto più che altro per formazione pratica ed abbandonato all'arbitrio del sovrano onnipotente, mostra sotto l'*ancien régime* una quantità di contraddizioni e di illogismi, tra i quali sarebbe inutile artificio voler cercare il sistema. Così, quando si cerchi quali tra gli *errores in iure* rientrassero nel concetto di *contravention aux ordonnances*, non si riesce a stabilire un principio unico come si è potuto fare per il diritto romano e per il diritto comune.

Questa incertezza regna anzitutto, per ciò che si riferisce agli errori intervenuti nella premessa maggiore del sillogismo, in tema di interpretazione delle ordinanze. Se il principio informatore della Cassazione francese fosse stato, come le parole del Tolozan farebbero credere, simile a quello della nullità per errore di diritto nel diritto romano e nel diritto intermedio, si dovrebbe dire che l'errore di interpretazione non costituisce quella *contravention aux ordonnances* che sola poteva dar luogo a cassazione; al contrario vediamo nel diritto francese che non solo la falsa interpretazione, ma addirittura qualunque interpretazione delle ordinanze costituiva un motivo di cassazione. L'art. VII del Tit. I dell'Ordinanza del 1667 riservava espressamente, evidentemente inspirandosi alle famose leggi giustinianee (retro, n. 36), ogni interpretazione della legge al sovrano (66), cosicchè, se un giudice, trovandosi dinanzi a un'ordinanza regia di dubbio significato, presumeva di interpretarla senza consultare il re, commetteva *ipso facto*, anche se la interpretazione da lui raggiunta era sostanzialmente giusta, una contravvenzione al divieto categorico di interpretare: l'interpretazione delle ordinanze adunque, anche se non era un *error in iudicando* (*falsa* interpretazione), era sempre un *error in procedendo* e come tale dava luogo a cassazione. Si trova infatti nella pratica francese invocato come *moyen de cassation* contro una

---

(66) « Si dans le jugement des procès, qui seront pendans en nos cours de parlament et autres nos cours, il sourvient aucune 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 ayent à se retirer par devers nous, pour apprendre ce qui sera de notre intention ». Anche i commentatori (Bornier, Boutaric, Jousse) richiamano, a spiegazione di questo articolo, le leggi romane. Cfr. anche *Causes célèbres*, IV, pag. 118.

sentenza il semplice fatto che essa si basa su una interpretazione di ordinanza, compiuta arbitrariamente dai giudici anzichè dal sovrano (67); e si hanno esempî di cassazioni pronunciate per questo motivo: ricordo un *Arrêt* del 27 luglio 1668 con cui il *Conseil* cassa una sentenza del Parlamento di Bordeaux, che, interpretando le norme date sulla *requête civile* dall'Ordinanza del 1667, le aveva ritenute inapplicabili ad una *requête civile* iniziata prima di questo anno (68). Senonchè, se per le cose dette finora parrebbe che i poteri del *Conseil des parties* si estendessero costantemente a riesaminare anche la interpretazione delle ordinanze data dai giudici del merito, vediamo d'altra parte che l'assoluto divieto della interpretazione giurisprudenziale, basato, come quello giustinianeo, sulla utopistica illusione che la legge scritta prevedesse nella sua lettera tutti i possibili casi di controversia, urtò anche in Francia, come già in Roma (retro, n. 36), colle necessità della pratica, in cui non si può concepire giurisdizione senza facoltà nei giudici di interpretare la legge da applicare al caso concreto. Ed ecco, allora, che GILBERT DE VOISINS, dopo aver detto che la *contravention aux ordonnances* è il motivo più frequente di cassazione, è costretto ad aggiungere: *Il faut avouer cependant que, entre l'application des ordonnances pleinement confiées aux Cours et leur interprétation, la différence est souvent si délicate, que ce serait souvent confondre les Cours souveraines avec les juges de l'ordre plus subalterne.* Ecco che, anche dopo il divieto di interpretazione posto dall'Ord. del 1667, gli scrittori francesi (retro, n. 108) trovano il carattere distintivo della *souverainété* dei Parlamenti nella facoltà concessa loro di interpretare le leggi secondo l'equità (69); senza contare poi che il divieto di interpretazione era limitato per i giudici alle sole ordinanze regie, nè si estendeva alle altre fonti di diritto, quali i testi romani o le *coutumes* (oltre, n. 137).

---

(67) *Causes célèbres*: oltre, n. 132 in nota.

(68) BORNIER, *Appendice,* pag. 19, 22: il re cassa perchè il Parlamento ha violato l'art. VII del tit. I dell'Ord. 1667, in quanto « sans consulter S. M., comme elle l'ordonne, on a voulu distinguer le jugement des affaires nées avant la publication de ladite Ordonnance, d'avec celles qui sont venues depuis... », e ordina « que si dans les jugemens de procès qui seront pendants esdites Cours, il sourvient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelque article d'elle, elles ayent a se retirer par devers S. M., pour apprendre ce qui sera de ses intensions ».

(69) Il FERRIÈRE, *Dictionnaire,* II, 62, per conciliare il divieto di interpretazione colla *souverainété* dei Parlamenti, conclude (v. *Interprétation de Loix*) che « il faut conclure que, quand l'interprétation de la loi se peut tirer d'elle même les Cours souveraines peuvent la faire; mais si l'interprétation, qu'il faudroit lui donner, est contraire non seulement aux termes, mais au sens de la loi, il faut avoir recours au souverain ».

Dovremo dunque concludere che, per ciò che riguarda gli errori di diritto commessi dal giudice nella premessa maggiore del suo sillogismo, a tutti poteva estendersi il controllo del *Conseil des parties*, tanto se consistevano nella diretta negazione di un'ordinanza, quanto se erano originati dal desiderio di meglio intendere il significato dell'ordinanza stessa; ma che, se era vietata ai giudici di merito quella interpretazione delle ordinanze che, sotto specie di meglio intenderne il significato, portava in realtà a trasgredire al loro comando, rientrava praticamente nei loro poteri quella necessaria esegesi senza la quale non è possibile intendere il vero valore di ogni norma giuridica.

132. — β) Passando a considerare gli *errores in iudicando* che si riferiscono alla premessa minore del sillogismo, parrebbe che nessuno di essi potesse rientrare sotto il controllo del *Conseil des parties*, destinato a impedire che i giudici contravvenissero in astratto al comando generale delle ordinanze, non ad assicurare l'esatto apprezzamento giuridico del caso concreto posto in decisione. Ma il Boutaric, come si è veduto (retro, n. 130), insegna che ogni errore di diritto poteva dar luogo a cassazione, e quindi anche quello commesso dal giudice nello stabilire la relazione che passa tra la norma e il fatto; e gli esempî dimostrano che la cassazione poteva avvenire anche per una erronea applicazione di legge, per una inesatta qualifica giuridica della fattispecie controversa, e che, per conseguenza, il *Conseil des parties* si spingeva a riesaminare in concreto i caratteri giuridici del rapporto sostanziale. Con un *Arrêt* del 28 maggio 1668 (70) il *Conseil* esamina se certi oggetti pignorati da un creditore abbiano i caratteri di impignorabilità previsti dall'Ord. 1667, tit. XXXIII, art. 16, e quindi se questo articolo possa applicarsi al caso concreto; il Denisart, d'altra parte (71), portando un esempio di cassazione in cui l'*arrêt est cassé, parce qu'il confirmoit une donation nulle*, dimostra che l'errore di diritto che poteva dar luogo a cassazione non era solo quello *in thesi*, ma benanche quello *in hypothesi*, derivante, anzichè da un fraintendimento della norma astratta, da un erroneo apprezzamento degli estremi giuridici del rapporto sostanziale.

Ma vi è di più. Già si è veduto, enumerando i motivi di cassazione (retro, n. 124), che gli scrittori francesi consideravano un efficace *moyen de cassation* la *injustice évidente et manifeste*. Qui si trattava dunque non più di un errore in astratto, e neppure di un errore *in iure*, ma di un vero e proprio errore di fatto relativo al me-

(70) Bornier, *Appendice*, pag. 127-128.
(71) V. *Cassation*, § VII, n. 5.

rito della controversia concreta: spariva del tutto il concetto politico della *contravention aux ordonnances* e tornava a prevalere il concetto processuale del mal giudicato. Così il *Conseil des parties,* chiamato a decidere su una cassazione per *injustice évidente,* non doveva limitare la sua indagine agli errori di diritto intervenuti nella premessa maggiore, e neppure gli era sufficiente estendere la sua cognizione fino ai caratteri giuridici del fatto accertato dai giudici del merito; ma doveva anche decidere se il fatto ritenuto per vero dai primi giudici poteva, allo stato degli atti, considerarsi vero, e riesaminare quindi tutto il materiale istruttorio raccolto dinanzi ai giudici di merito, per dedurre da questo la verità del rapporto sostanziale. Il *Conseil des parties* si trasformava così da un organo di controllo politico in un vero e proprio tribunale di revisione; e in questi casi in cui, con una corruzione del significato primitivo della Cassazione (retro, n. 124), si ammetteva il ricorso per semplice *injustice,* non era più vero il principio così energicamente ripetuto dagli scrittori (retro, n. 128) secondo il quale il *Conseil du roi* « n'est point juge des differends des parties », e la sua cognizione « n'engage pas le jugement du fond ». A dimostrare come il giudizio di cassazione dinanzi al *Conseil* esorbitava dal suo campo originario in questi casi di ricorsi basati sul mal giudicato, è pieno di insegnamenti un processo, narrato tra le *Causes célèbres* (72), che si svolse in Francia dinanzi ai Parlamenti di Provenza e di Parigi e dinanzi al *Conseil du Roi* ai primi del secolo XVIII. Un tal Pierre Mege, un abilissimo truffatore di infima condizione, riuscì con una serie di inganni a farsi credere figlio di un gentiluomo calvinista defunto, il Signor di Caille; e tale qualità gli fu riconosciuta, in contradditorio coi veri eredi del defunto, da un *arrêt* 17 luglio 1706 del Parlamento di Provenza, che gli assegnò l'eredità del defunto. Il processo che si svolse dinanzi a questo Parlamento per accertare l'identità del preteso erede ebbe una laboriosa istruttoria, in cui, tra prove e controprove, furono uditi più di cento testimoni per il riconoscimento; ed alla fine il Parlamento, apprezzando i risultati dell'istruttoria, dichiarò che dalle prove appariva chiaramente che Pierre Mege era in realtà il figlio del Signor di Caille, e che quindi gli apparteneva di diritto l'eredità di costui. Tutto il processo, adunque, si svolse sopra una questione di fatto: accertare la vera paternità del sedicente figlio del signor di Caille; e non parrebbe quindi che contro tale decisione abbia potuto darsi un ricorso in cassazione al *Conseil.* Eppure, contro la sentenza del

---

(72) Gayot de Pitaval, *Causes célèbres et intéressantes avec les jugemens qui les ont décidées,* Nouv. Édition (Haye, 1746), vol. II, pag. 1 e segg.

Parlamento di Provenza, il vero erede del signor di Caille ricorse per cassazione al re; e l'avvocato del ricorrente *négligeant les moyens qui étoient fondés sur des prétendues contraventions aux Ordonnances, mit toute sa confiance dans l'iniquité évidente de l'Arrêt du Parlement de Provence. Voilà son unique moyen de cassation, qu'il fit valoir avec éloquence solide* (73). L'avvocato del preteso erede oppose tutta la sua abilità per dimostrare come il *Conseil* non poteva conoscere del merito di questa controversia ed ingerirsi della questione di fatto (74); ma il difensore del ricorrente, senza neppure tentare di dare al suo motivo di ricorso l'apparenza di una contravvenzione alle ordinanze, si limitò ad una critica delle prove raccolte dai giudici di merito: e seppe farlo con tanta eloquenza da superare il giudizio del *bureau* e da ottenere il 12 luglio 1708 un *arrêt* del *Conseil* che cassando la sentenza del Parlamento di Provenza, rinviava la decisione del merito al Parlamento di Parigi (75); dinanzi al quale la truffa del falso Caille fu definitivamente riconosciuta. In questa causa, dunque, la cassazione

---

(73) *Causes célèbres*, II, pag. 29.

(74) « S'il étoit vrai — egli argomentava — que l'iniquité évidente fût un moyen de cassation des arrêts, ce seroit la lois la plus étendue et de la plus grande conséquence qui se puisse imaginer; parce qu'elle feroit du Conseil l'unique Parlement du Royaume, qu'elle mettroit les biens, la fortune, l'honneur de tous les peuples de France dans ses mains, et qu'elle réduiroit tous les Parlements au rang de simples Bailliages. Il faut qu'une Loi si importante soit quelque part. Qu'on montre où elle est; quand a-t-elle été publiée? où est l'ordonnance, l'édit, le règlement qui la contiennent? il n'y en a aucuns, cette loi n'est nulle part... Mais, dit-on, est-ce que le Roi n'est pas assez puissant pour faire casser par son Conseil un Arrêt dont l'injustice sera visible? C'est sortir de la question. Il ne s'agit pas ici si le Roi le peut faire, nous en convenons. Il s'agit de savoir s'il l'a fait, parce que nous ne devons point être jugés sur les Loix qu'il peut faire un jour, mais sur celles qu'il a faites... ». Dopo aver mostrato che in tal modo i Parlamenti perderebbero ogni autorità e che le liti sarebbero enormemente allungate, sèguita: « La maxime qui veut que les Arrêts puissent être cassés pour des contraventions à l'Ordonnance sur la procédure, nous montre que le roi ne veut point qu'il soient cassés sous d'autres prétextes. Lorsqu'on le casse pour ce contraventions c'est qu'étant destitués de formalités, il ne sont plus regardés comme des jugemens; car si on les regardoit comme tels, il faudroit nécessairement les laisser subsister. Ainsi cette maxime touchant l'iniquité évidente n'étant établie par aucune Ordonnance, ni aucun Règlement, et étant d'ailleurs contraire au bien de l'État, au repos des familles, à l'institution des parlements, et à l'autorité du roi qu'ils ont en dépôt, on ne doit point admettre un pareil moyen de cassation ». Il narratore delle *Causes célèbres*, di fronte a questa argomentazione che riduce il ricorso per cassazione ad una pura querela di nullità, osserva però che l'avvocato « ne pris pas garde qu'il suppose que tous les moyens de cassation se réduisent aux contraventions aux Ordonnances sur la procédure; il sont aussi fondés sur la contravention aux Coutumes et aux Loix qui sont en usage » (op. cit., pag. 38-45).

(75) Cfr. il testo, ivi, pag. 48.

avvenne per una ragione tratta dal merito della controversia, per un motivo riflettente l'apprezzamento del materiale istruttorio: ossia, per usare l'espressione tecnica, per un *error in facto* commesso nella premessa minore del sillogismo (76). La regola che il *mal jugé* non è un mezzo di cassazione riceve da questo esempio la più palese smentita; e il narratore di questo processo è tratto ad osservare che *il faut convenir au fond que dans les questions d'état le moyen de cassation fondé sur l'iniquité évidente est très favorable* (77).

Dovremo dunque, per riassumere, tener per fermo che il *Conseil des parties,* per giudicare sulla fondatezza di un ricorso per cassazione motivato su un *error in iudicando,* estendeva costantemente la sua cognizione anche agli errori di diritto che fossero stati commessi nella premessa minore del sillogismo; ed in casi eccezionali anche agli errori di puro fatto, consistenti in un erroneo apprezzamento del materiale di lite raccolto nel giudizio di merito.

133. — L'indagine volta a determinare i limiti della cognizione del *Conseil des parties* ci ha dimostrato come non sempre essa si riferisse a questioni astratte di diritto, ma discendesse anche all'esame giuridico del rapporto concreto, ed anche talvolta ad una vera e propria indagine di fatto, il che accadeva sempre quando si trattava di *errores in procedendo* e solo eccezionalmente in caso di *errores in iudicando.* Resta ora da esaminare quali erano i provvedimenti che il *Conseil des parties* prendeva quando, per mezzo di tali indagini, riteneva accoglibile il ricorso per cassazione; mentre si è già veduto che se il ricorso era respinto, la sentenza diveniva sotto ogni aspetto assolutamente inattaccabile (retro, n. 127).

Vale qui come regola quella che si può chiamare la funzione negativa del *Conseil des parties,* il quale, poichè aveva in origine il solo scopo di reprimere quegli atti dei Parlamenti che costituivano un attentato all'autorità del sovrano, e poichè d'altra parte il ricorso per cassazione era una domanda di annullamento e non di riforma, si limitava a distruggere la sentenza viziata (totalmente o parzialmente, secondochè il vizio per cui avveniva la cassazione, investisse la sentenza interamente o solo in qualche capo) (78), rilasciando agli organi

---

(76) Un altro esempio di ricorso in cassazione basato in gran parte su una critica dell'apprezzamento delle prove si trova in *Causes célèbres,* IV, pag. 102 e segg. (causa della Damoiselle Gardel).

(77) *Ib.,* pag. 48.

(78) Gilbert de Voisins (in Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X): « ... lorsque il y a lieu, on y distingue en particulier ce qui donne prise à la cassation, pour ne casser qu'en ce point, sans toucher au reste ».

giudiziarî l'ufficio di porre una nuova sentenza al posto di quella cassata, ove ne apparisse la necessità (retro, n. 128). Poteva darsi in realtà che il provvedimento col quale il *Conseil,* accogliendo il ricorso per cassazione, toglieva ogni efficacia giuridica alla sentenza denunciata, esaurisse senz'altro lo svolgimento della controversia: se, ad esempio, il *Conseil* annullava un *arrêt* di un Parlamento per un eccesso di potere compiuto *en entreprenant sur ce qui est réservé au roi par la législation* (GILBERT DE VOISINS), ossia per aver usurpato una prerogativa sovrana che, non solo quel Parlamento, ma *nessun giudice* avrebbe potuto esercitare, è evidente che alla cassazione non poteva seguire una reiterazione dell'atto annullato da parte di qualsiasi organo giudiziario. Si aveva così in questo caso ed in casi analoghi una cassazione senza rinvio (79), la quale, anzichè lasciare impregiudicata la questione di merito per la ulteriore decisione dell'organo giudiziario, veniva a chiudere la via ad ogni altro provvedimento sul merito stesso.

Ma, di regola, ogni qualvolta la cassazione avveniva per un vizio della singola sentenza, non per assoluta inammissibilità di ogni sentenza, il provvedimento del *Conseil,* anzichè terminare la controversia, veniva a riaprirla, in quanto il merito, che prima della cassazione era deciso con un *arrêt* sovrano, restava *toujours à juger et à instruire de même que s'il n'y avait point eu d'arrêt* (80); ed in tal caso il *Conseil,* esaurito il suo ufficio negativo, rinviava la decisione positiva ai giudici ordinari: la cognizione che il *Conseil* aveva sulla controversia, nei limiti sopra accennati, gli serviva dunque soltanto a determinare se la sentenza denunciata doveva essere mantenuta in vigore o doveva essere tolta di mezzo; ma, una volta avvenuta la cassazione, il *Conseil* non si giovava dell'accertamento, da esso compiuto, dei vizî del giudicato, per ricostruire in modo corretto ciò che aveva per tali vizî distrutto. Il *Conseil* conosceva della correttezza del giudicato al solo scopo di apprezzarne la validità, solo per compiere il *iudicium rescindens;* per il *rescissorium* rinviava, di regola, ai giudici di merito. *Ainsi le Conseil,* — scrive il DENISART (81), — *en décidant qu'un juge est incompétent, ou que sa procédure est nulle, renvoie devant les juges qui en doivent connoître, ou bien commet d'autre juges pour décider de la contestation.*

---

(79) Cfr. CHENON, *Cassation,* pag. 58. Anche GILBERT DE VOISINS (in TARBÉ, pag. 63) ammette che « il peut arriver qu'il n'y ait aucun renvoi à prononcer en cassant un jugement ». Un esempio è contenuto nell'art. 19 del Reg. 1738, titolo citato (TARBÉ, n. 211) in caso di ricorso in cassazione contro sentenze che ammettessero l'appello nei casi in cui era proibito.

(80) GILBERT DE VOISINS, citato in TARBÉ, 63.

(81) V. *Conseil du roi,* § II, n. 9.

Senonchè è opportuno studiare come questo principio veniva applicato in pratica, e distinguere a questo proposito il caso in cui la cassazione avveniva per *error in procedendo* da quello in cui avveniva per *error in iudicando*. Non si creda, in base a tale distinzione, che il *Conseil des parties* esercitasse in Francia una diversa funzione nelle due ipotesi e che fosse avvertita fin da allora quella differenza, che il CHIOVENDA analizza nel funzionamento della Corte di Cassazione odierna (82), tra l'*annullare* per vizio di attività ed il *cassare* per vizio di giudizio: in realtà le ordinanze regie consideravano le sentenze che contravvenissero alla legge *in iudicando, de nul effet et valeur* come le sentenze viziate da una vera e propria nullità processuale per difetto di qualche essenziale elemento; e la parola *cassation*, come si è veduto (retro, n. 117), aveva, nel francese giuridico, il significato di annullamento, talchè la formula sovrabbondante, adoprata dal *Conseil* in caso di accoglimento del ricorso, era la stessa per i ricorsi basati su *errores in procedendo* come per quelli basati su *errores in iudicando: Le Roi a cassé et annulé, casse et annule...* (83). Ma, quantunque nessuna differenza fosse concepita tra i due casi (84), e la contravvenzione alle ordinanze di diritto sostanziale si considerasse come un motivo di vera nullità (così nel diritto romano; retro, n. 17), certo è che in pratica il ricorso per cassazione si andava a poco a poco sdoppiando, secondo le due grandi classi di motivi che potevano fondarlo, in due istituti profondamente diversi, come già si è veduto (retro, n. 122 e segg.); e questa diversità si manifesta anche nelle differenti conseguenze che poteva avere la cassazione, secondochè essa avvenisse per un vizio inerente al processo o per un errore di diritto intervenuto nella decisione del rapporto sostanziale controverso. Allorquando il *Conseil des parties* annullava una sentenza perchè contraria a un'ordinanza di procedura o in generale perchè affetta da un *vice de forme* (85), statuiva sul rapporto processuale, in quanto accertava il difetto a questo inerente e la necessità di correggerlo col ripetere in modo regolare l'atto difettoso; e rinviava il processo a un organo giudiziario ordinario, il quale, libero di decidere secondo giustizia il merito della controversia, era però obbligato a riparare, se-

---

(82) *Principii*, pag. 1023. Cfr. però il capit. XI del vol. II di questo lavoro.

(83) Esempi di sentenze di cassazione fondate su *errores in procedendo* cfr. nell'*Appendice* citata dal BORNIER, e per sentenza di cassazione fondata su *errores in iudicando*, cfr. *Causes célèbres*, II, pag. 48.

(84) La differenza, peraltro, è avvertita dal MERLIN, *Rép.*, v. *Conseil du roi*, n. VIII.

(85) DENISART, *Cassation*, § VII, n. 4.

condo la via tracciata dal *Conseil*, il vizio di attività che aveva prodotto la cassazione della precedente sentenza (86). In simili casi il *Conseil* rinviava sempre, senza eccezione: *on n'évoque jamais l'affaire au Conseil pour y être jugé* (87); e il tribunale di rinvio, che di regola era *un tribunal souverain, de la classe de celui qui a prononcé l'arrêt ou jugement* (88), poteva anche essere lo stesso tribunale che aveva pronunciato la precedente sentenza cassata (89), poichè non era una diminuzione di dignità per i giudici del merito il riparare una nullità processuale da loro stessi compiuta, senza che fosse con ciò menomata la loro libertà di apprezzamento sulla decisione del merito (90).

Diversamente, invece, andavano le cose quando la sentenza era cassata per un *error in iudicando*. In questo caso, compiuto colla cassazione il *iudicium rescindens*, lo stesso *arrêt* che cassava la sentenza denunciata, toglieva ai giudici che l'avevano emessa l'ulteriore trattazione della controversia e l'avocava al Consiglio (91); il quale poteva allora scegliere una di queste due vie: o rimettere la decisione del *iudicium rescissorium* a qualche organo giudiziario diverso dai giudici precedenti, o ritenerla alla sua propria cognizione. Se il *Conseil* seguiva la prima via, che era la normale, rinviava la decisione sul merito ad un tribunale scelto dal Cancelliere, che era di regola il più vicino a quello che aveva emesso la sentenza cassata, ma che, a differenza dall'ipotesi di cassazione per *error in procedendo*, non poteva mai essere lo stesso tribunale che aveva pronunciato quella sentenza, perchè esso si era ormai formata sulla controversia un'opinione difficilmente correggibile (92). Quando il *Conseil* cassava per *error in iudicando* non veniva con questo a statuire sul merito della controversia, e teoricamente si può ritenere che il Parlamento al quale veniva affi-

---

(86) Tolozan, *Règlement*, pag. 280 e segg.; cit. da Chenon, *Cassation*, pag. 57; Merlin, v. *Conseil du roi*, n. VIII.

(87) Denisart, *ibidem*.

(88) Denisart, *ibidem*.

(89) Chenon, *Cassation*, pag. 57.

(90) Nota però giustamente il Denisart, *Cassation*, § VII, n. 4, che anche la cassatione per un vizio di forma poteva, indirettamente, pregiudicare il merito: « si l'arrêt a permis la preuve testimoniale dans un cas prohibé, l'arrêt qui le casse et qui juge par là que cette preuve n'est pas admissible, peut avoir une très-grande influence dans l'affaire, en ce que, si celui qui a obtenu permission de faire cette preuve, ne peut démontrer ce qu'il avance, par un autre voie, il doit perdre la cause ».

(91) Cfr. citato *Arrêt* 12 luglio 1708 (*Causes célèbres*, II, 49): « ... Sa Majesté les a évoquées à Elle et à son Conseil et icelles en l'état qu'elles sont à renvoyer et renvoye au Parlement de Paris pour y être fait droit ».

(92) Cfr. Chenon, *Cassation*, pag. 57, che attinge da Tolozan.

data la nuova decisione fosse libero di pronunciare una sentenza simile a quella cassata, senza uniformarsi all'opinione giuridica che aveva indotto il *Conseil* alla cassazione. Nessuna prescrizione esplicita obbligava infatti il tribunale di rinvio a decidere in un senso piuttosto che in un altro (93); senonchè nella pratica, poichè la cassazione pronunciata dal *Conseil* importava una riprovazione del giudicato, essa appariva ai nuovi giudici come il comando di giudicare in modo diverso. Molte volte, infatti, l'*arrêt* con cui il Consiglio cassava per contravvenzione a qualche ordinanza, ammoniva i giudici in generale, e quindi anche quelli di rinvio, ad osservare d'ora in avanti rigorosamente l'ordinanza stessa (94); ma anche il semplice fatto della cassazione, basata *sur des moyens du fond* costituiva, secondo il Denisart (95), *un grand préjugé pour celui qui l'a obtenue, puisqu'elle semble prescrire aux nouveaux juges de décider le contraire du premier arrêt.* In questo modo, dunque, se l'attività del *Conseil* aveva sulla decisione della controversia un'efficacia puramente negativa, praticamente essa concorreva coll'attività dei giudici di rinvio a formare la nuova sentenza, determinando positivamente i principî giuridici sui quali essa doveva basarsi. Del resto, in pratica, anche se i nuovi giudici si ostinavano a decidere come i precedenti, doppiamente violando l'autorità del re, il *Conseil* aveva a sua disposizione un mezzo assai semplice per terminare questo conflitto: cassava anche la sentenza pronunciata dai giudici di rinvio e ritenendo l'affare alla propria cognizione, decideva definitivamente sul merito (96).

Molto più breve era il procedimento quando il *Conseil* fin da principio prendeva la seconda via; ossia, dopo aver deciso sul *rescindens* passava senza rinvio alla decisione del *rescissorium.* Questo procedimento era peraltro eccezionale, poichè il *Conseil* non riteneva per sè la decisione del merito *si ce n'est pour de grandes et importantes considérations* (97); ciò avveniva, secondo il Tolozan (98), quando *le fond de contestations se trouve si intimement lié avec le moyen de cassation, ou d'une si grande importance, que le Conseil se trouve dans une espèce de necessité d'en retenir la connoissance,* per evitare alle parti le spese di una nuova decisione di merito, di cui è ormai

---

(93) Cfr. Merlin, v. *Conseil du roi,* n. VIII.

(94) Si cfr. gli *Arrêts* nell'*Appendice* del Bornier.

(95) *Cassation,* § VII, n. 6.

(96) Henrion de Pansey, cap. XXXI, sez. X, pag. 181; Crepon, *Cassation,* I, n. 502; Leue, *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung für Deutschland* (Leipzig, 1861), pag. 129.

(97) Denisart, *Conseil du roi,* § II, n. 9.

(98) *Règlement,* pag. 280 e segg., citato da Chenon, *Cassation,* pag. 58.

certo il contenuto; e JOLY DE FLEURY (99) insegna che nelle materie *qui intéressent essentiellement les droits du roi et qui exigent souvent une grande célérité et peu de frais, on cumule quelquefois le rescindant et le rescisoire et, en cassant un jugement, on prononce sur le fond.* In simili casi il *Conseil,* dopo aver deciso sul *rescindens* in qualità di organo di controllo diverso dagli organi giudiziarî, assumeva nel decidere il *rescissorium* la qualità di un vero e proprio tribunale supremo: lungi dal vedere in ciò un abuso (100), si deve scorgere in questo fatto la naturale conseguenza del cumulo di tutti i poteri pubblici nel sovrano e nel suo *Conseil;* il quale poteva, quando il re lo ritenesse opportuno, esercitare quel supremo potere giurisdizionale del quale il sovrano non si era virtualmente giammai spogliato (101).

In tal modo noi vediamo che la massima *inviolable* del *Conseil des parties* di *ne jamais toucher au fond dans le jugement de la cassation* (retro, n. 128) era nella pratica violata tanto nel primo quanto nel secondo dei significati, nei quali, come abbiam veduto, doveva essere intesa: se infatti da una parte il *Conseil,* per determinare nel *iudicium rescindens* la validità del giudicato, scendeva talvolta a riesaminare non solo la qualifica giuridica del rapporto accertato dai giudici di merito, ma addirittura la correttezza dell'accertamento di fatto (retro, n. 132 e n. 133 in principio), dall'altra il *Conseil,* sia pure in casi eccezionali, poteva riservare a sè stesso quel *iudicium rescissorium* sul merito di cui la cassazione creava la necessità; ed anche quando rinviava ad un tribunale ordinario la nuova decisione, concorreva in sostanza alla risoluzione della controversia, poichè indicava ai giudici la via da seguire nel pronunciare la sentenza sul merito.

134. — Dopo aver analizzato i limiti entro i quali il *Conseil des parties* estendeva, in qualità di organo di cassazione, la propria attività, conviene dalla compiuta analisi ricostruire in sintesi la posizione che questo consesso aveva nell'ordinamento giudiziario dell'*ancien régime,* principalmente allo scopo di mettere in evidenza i lati in cui differiva nella sostanza dall'attuale Corte di Cassazione, che da esso formalmente deriva.

A prima vista, esaminando nel loro complesso le diverse attribuzioni del *Conseil des parties* e le forme esteriori del suo funziona-

---

(99) Riportato da TARBÉ, *Lois,* pag. 63.

(100) Così CHENON, *Cassation,* pag. 57-58.

(101) Quello che in Francia era l'eccezione, era la regola in Lorena, ove per l'*Édit* 1716, art. XII, « si l'arrêt est cassé, notre Conseil prononcera sur le fond de la contestation, ainsi que de raison, par un seul et même arrêt »; il rinvio avveniva solo in caso di *requête civile* (art. XIII).

mento, par di scorgere in esso una profonda analogia, se non addirittura una perfetta identità, colla moderna Corte di Cassazione; qualche scrittore, infatti, per riassumere in una frase la funzione del *Conseil des parties* nella monarchia francese, dice che esso esercitava la suprema giurisdizione civile che nello Stato odierno esercita la Corte di Cassazione (102). Ed in realtà i punti di contatto tra i due istituti sono molti: l'accentramento amministrativo, compiutosi già sotto l'*ancien régime* (103), aveva, pur con qualche eccezione (104), dato al *Conseil des parties* quel carattere di organo unico, posto al vertice dell'ordinamento giudiziario, che doveva essere poi una qualità distintiva della Corte di Cassazione: e, senza contare che sotto l'*ancien régime* erano cumulate nel *Conseil des parties* molte di quelle funzioni giudiziarie accessorie, diverse dalla cassazione, che si cumulano oggi nella Corte di Cassazione (retro, n. 126), certo è che il concetto fondamentale dal quale i due istituti muovevano era lo stesso, poichè lo scopo primitivo di ambedue era quello di controllare l'esercizio della giurisdizione da parte dei giudici e di impedire che essi se ne servissero per fini e con modi diversi da quelli legittimi (105).

Ma con tutto questo, la differenza tra i due istituti resta profonda: poichè, mentre la Corte di Cassazione fin dal suo sorgere ebbe il preciso carattere di un organo destinato a sorvegliare soltanto il potere giudiziario e sempre più nel suo sviluppo limitò la sua efficienza nel campo strettamente giurisdizionale, il *Conseil des parties* non nacque come un tribunale, ma come una sezione del *Conseil du roi,* incaricato *d'éclairer le roi sur l'exercice d'attributions qui lui sont propres* (106), e, come tale, non ebbe una posizione autonoma e nettamente delineata dalle leggi, ma, emanazione del sovrano che lo presiedeva, cumulò in sè tutti quanti i poteri inerenti alla sovranità e di essa rispecchiò tutti gli arbitrî. Le differenze che passano tra il *Conseil des parties* e la moderna Corte di Cassazione possono dunque essere riassunte intorno a questi tre punti: *a*) l'assoluta mancanza, così nel concetto informatore del *Conseil des parties* come nel suo procedimento pratico, di quelle garanzie di imparzialità, senza le quali non può pensarsi un organo giurisdizionale; *b*) la riunione in esso di tutti

---

(102) Boislisle, scritto cit., pag. 379 e pag. 382; Mortet, scritto cit., pag. 505.

(103) Cfr. Tocqueville, *L'ancien régime et la révolution* (1860), pag. 71 e 103.

(104) Si è visto retro, nn. 115, 126, che la cassazione in materie speciali poteva essere chiesta anche ad altre sezioni del *Conseil du roi.*

(105) Crepon, *Cassation,* I, n. 66; Glasson, *Cassation,* pag. 682; Geny, *Méthode,* pag. 69.

(106) Seligman, *Justice,* pag. 51.

quanti i poteri proprî del sovrano, e quindi la possibilità che sotto provvedimenti formalmente identici, esso esercitasse in sostanza funzioni sostanzialmente diverse e non soltanto giudiziarie; *c*) la totale assenza, tra le attribuzioni del *Conseil des parties,* dell'ufficio di unificare l'interpretazione giurisprudenziale.

Esaminiamo brevemente, per concludere, ciascuno di questi tre punti.

135. — *a*) Poichè il *Conseil des parties* non era sorto fin da principio come un corpo di natura giudiziaria, ma come una sezione di un organo esclusivamente politico, il procedimento che fu usato dinanzi ad esso per la risoluzione dei ricorsi presentati dai privati non ebbe mai alcuna di quelle garanzie processuali che si trovano costantemente negli organi destinati fin dall'inizio a esercitare la giurisdizione. Già si è veduto (retro, n. 127) come i ricorsi per cassazione venissero in gran parte esaminati e risoluti senza contraddittorio, senza la possibilità di un pubblico dibattimento, e di difese orali. Nessun obbligo di motivazione costringeva il *Conseil* a giustificare le proprie decisioni (oltre, n. 137); ma, sopra tutto, l'arbitrio imperava nella composizione del collegio giudicante, che dipendeva esclusivamente dal potere politico. Sotto la presidenza nominale del sovrano e sotto quella effettiva del Cancelliere (107), i consiglieri che facevano parte del *Conseil des parties* non godevano punto di quella indipendenza e di quella inamovibilità di cui godono i giudici nello Stato moderno e di cui erano in parte forniti anche sotto l'*ancien régime* i consiglieri dei Parlamenti: al contrario i membri del *Conseil des parties* non erano altro che funzionarî dell'autorità politica, sottoposti ad ogni ordine che l'onnipotenza sovrana rivolgesse loro; essi non erano costituiti in collegio regolare per la decisione delle *demandes en cassation* e degli altri ricorsi presentati dai privati, poichè il re poteva, di volta in volta, variare la disposizione e il numero dei giudici, allo scopo di preparare in qualunque caso una decisione conforme al suo desiderio (108).

S'intende, per tal modo, come il *Conseil des parties* non poteva inspirare nessuna fiducia di imparzialità e come, coll'influsso eserci-

---

(107) Sulla composizione personale del *Conseil des parties,* che si componeva di più di trenta consiglieri presieduti dal Cancelliere ed aiutati da funzionarî ausiliarî, cfr. DENISART, v. *Conseil du roi,* § II, n. 8; SELIGMAN, *Justice,* pag. 52-53; BOISLISLE, scritto cit., pag. 407 e segg.

(108) Cfr. BONCENNE, *Théorie,* I, 490 e segg.; CHENON, *Cassation,* pag. 56; GLASSON, *Cassation,* pag. 682; CREPON, *Cassation,* I, nn. 67-71; BREUNING, *Kassationsinstanz,* I. Absch., § 3.

tato in questo consesso dal potere politico, i favoritismi avevano larga parte nelle sue decisioni (109). Ma simili inconvenienti, la gravità dei quali sembra a prima vista risiedere non tanto nel fondamento concettuale dell'istituto quanto nella sua costruzione pratica, trovavano invece a parer mio la loro origine proprio nella sua idea originaria, la quale, come si sa, non era tanto la difesa degli interessi privati, quanto il mantenimento dell'autorità regia contro gli attentati dei Parlamenti. Il *Conseil des parties,* in quanto decideva sui ricorsi per cassazione, non era stato istituito, infatti, per amministrar la giustizia a somiglianza dei tribunali ordinarî, ma per servire ad un interesse politico del sovrano: mancavano ad esso, per conseguenza, tutte quelle garanzie che assicurano ai privati una buona amministrazione della giustizia, e ad esse si sostituivano tutti quei procedimenti che, sia pure a detrimento della giustizia di fronte ai privati, erano efficaci a raggiungere lo scopo dell'istituto, cioè a riaffermare con ogni mezzo l'autorità del monarca. Si è veduto che l'atto col quale il sovrano annullava *de son propre mouvement* la sentenza di un Parlamento non aveva in sè nulla di giurisdizionale (retro, n. 115); si è veduto anche che, quando il sovrano, nel suo proprio interesse, cominciò a servirsi dell'iniziativa privata per scoprire le contravvenzioni alle ordinanze, la *demande en cassation* non ebbe il carattere di un'azione di impugnativa, ma di una denuncia, presentata da un privato, di un atto contrario all'autorità del re (retro, n. 119). Per tal modo, anche quando la frequenza dei ricorsi per cassazione presentati dai privati, fece sorgere nel *Conseil des parties* un organo che aveva l'apparenza di un tribunale, la decisione di questo consesso non si preoccupò mai dello interesse dei litiganti, non ebbe mai per oggetto un vero e proprio diritto di impugnativa appartenente alle parti, ma solo fu volta a deliberare se la contravvenzione denunciata dal ricorrente fosse tale da giustificare da parte del sovrano, e nell'esclusivo interesse di lui, l'esercizio di quel diritto di cassazione, che era una prerogativa politica del monarca. Il *Conseil des parties,* insomma, non decideva, come un ordinario tribunale, *se il ricorrente aveva diritto ad ottenere la cassazione della sentenza impugnata,* ma solo indagava *se, data la contravvenzione alle ordinanze denunciata dal ricorrente, il re aveva interesse a valersi contro la sentenza denunciata del suo potere di cassazione.* Può sembrare che questa distinzione sia più di parole che di concetti: e in verità si è veduto nella pratica come il ricorso per cassazione, avvicinandosi per un lato a una vera *querela nullitatis,* assunse alla fine del secolo XVIII il carattere di un'azione di impugna-

(109) Cfr. SELIGMAN, *Justice,* pag. 53-54.

tiva. Ma tale distinzione può servire forse a spiegare la vera ragione per cui il *Conseil des parties* non poteva offrire ai privati alcuna garanzia di imparzialità, quando si pensi che esso *Conseil,* incaricato di tutelare, attraverso le controversie private, soltanto gli interessi ed i diritti del sovrano, era in sostanza una diretta emanazione del sovrano, e veniva così a cumulare in un certo senso la qualità di giudice a quella di parte.

Quantunque nell'ultimo secolo della monarchia francese il re in pratica non intervenisse più alle sedute del *Conseil des parties* (110), certo è che questo venne sempre considerato come un organo funzionante sotto la immediata presidenza del sovrano, in nome del quale, quasi fosse presente in ispirito, si pronunciavano gli *arrêts* che tutti si iniziavano colla formula: *Le roi en son Conseil...* (111). Il *Conseil des parties* si identificava col sovrano: talchè, mentre nei giudizî di cassazione il *Conseil des parties* aveva esteriormente l'apparenza di un consesso indipendente che rendesse giustizia dietro richiesta dei privati, in realtà dentro quest'organo si celava il potere sovrano, sollecito unicamente di difendere le proprie prerogative contro gli attacchi dei corpi giudiziarî. Il conflitto tra i due privati litiganti era solo il motivo occasionale del giudizio di cassazione, ma l'oggetto vero ed ultimo ne era il conflitto politico tra il monarca ed i Parlamenti, nel quale il sovrano, non come giudice imparziale delle controversie private, ma come interessato custode del suo diritto, leso dall'atto che il ricorrente gli denunziava, mirava anzitutto a tutelare la propria autorità compromessa. Si intenderà dopo ciò come la etimologia scherzosa data nel 1560 da un deputato agli Stati generali (112), il quale disse che il *Conseil des parties* era *ainsi appellé parce que les juges y sont parties,* possa esser tratta ad un significato assai più profondo di quello che era nelle intenzioni del suo autore: più che alla corruttibilità dei consiglieri, deviazione patologica dell'istituto, la frase può infatti riferirsi al concetto fondamentale cui obbediva, nel suo normale funzionamento, l'istituto stesso, attraverso il quale il sovrano, giudice e parte ad un tempo, difendeva coll'arma della cassazione il proprio diritto minacciato dalle Corti sovrane. Anche si intenderà come sotto l'*ancien*

---

(110) Denisart, v. *Conseil du roi,* § II, n. 7, dice che vi era sempre al *Conseil* nel posto d'onore una poltrona per il re.

(111) Boislisle, scritto cit., pag. 416; Mortet, 507. Quando il re interveniva veramente alla seduta, la formula era: *Le Roi étant en son Conseil* (cfr. quasi tutti gli *arrêts* riferiti nell'*Appendice* del Bornier): cfr. anche Denisart, *Conseil du roi,* § II, n. 7; Alglave, *Action du ministère public,* Note II, pag. 636.

(112) In Mortet, scritto cit., 500.

régime il *Conseil des parties* non abbia mai raggiunto, agli occhi del pubblico, quella considerazione e quell'autorità che doveva raggiungere, dopo la Rivoluzione, la *Cour de Cassation* (113): i litiganti, infatti, diffidavano del *Conseil* (114), quasichè comprendessero che lo scopo vero della sua istituzione non era la difesa della giustizia, ma, prima di tutto, la difesa del monarca, e che, se la cassazione poteva servire all'interesse del ricorrente, togliendo di mezzo una sentenza a lui sfavorevole, ciò avveniva non per diretto riconoscimento dell'ingiustizia della sentenza stessa, ma per indiretta ripercussione di un provvedimento del monarca, il quale aveva creduto opportuno, nel suo proprio interesse, reprimere un atto contrario alla sua volontà (115). I privati sentivano, insomma, che dinanzi al *Conseil des parties* essi diventavano strumenti passivi dell'interesse sovrano, e che le loro singole controversie si trasformavano dinanzi a quel consesso in tanti episodi di una lotta secolare tra monarchia e Parlamenti, la cui importanza politica faceva porre in disparte ogni considerazione relativa ai diritti privati dei singoli ed alla giustizia della sentenza che doveva risolvere la loro lite (116).

136. — *b*) Se la rivoluzione francese, preoccupata fino all'utopia di rispettare nei suoi ordinamenti il canone della separazione dei poteri (oltre, n. 147), potè assegnare alla Corte di Cassazione un ufficio nettamente definitivo, non può in ugual modo esser definita sotto l'*ancien régime* la natura del *Conseil des parties*, il quale, poichè nel re culminavano, tra loro confusi in un unico potere di sovranità, tutti i poteri pubblici, esplicò funzioni di indole molteplice e, sotto forme

---

(113) CHENON, *Cassation*, pag. 58; GLASSON, *Cassation*, l. c.

(114) Si veda un'eco di questa diffidenza nell'opera postuma dell'ABBÉ DE MABLY, *Des droits et des devoirs du citoyen* (Kell., 1789), il quale, nella lettera settima, mira all'abolizione di « cette juridiction que le Conseil s'est attribuée, et en vertu de laquelle il casse les arrêts des Parlements ».

(115) Le cassazioni delle sentenze dei Parlamenti non avvenivano infatti con criterî obiettivi e costanti, desunti unicamente dal rispetto della giustizia; ma v'erano dei periodi di concordia tra il sovrano e i Parlamenti, durante i quali nessun ricorso per cassazione, anche fondato, era accolto, mentre in altri periodi, in cui nascevano dissapori tra i Parlamenti e l'autorità centrale, tutti i ricorsi avevan buon esito. Dicevano allora scherzosamente gli avvocati: *Le temps est à la cassation* (cfr. discorso del PRUGNON all'Assemblea, seduta del 18 novembre 1790, in « Moniteur », 1790, pag. 1338).

(116) Cfr. BREUNING, *Kassationsinstanz*, II. Absch., § 2, il quale nota giustamente che quando il giudice è anche legislatore tende naturalmente a fare atto legislativo anche nella sentenza ed a applicare il precedente diritto solo in quanto non gli sembri opportuno, nel suo interesse, di variarlo all'atto stesso della sentenza.

apparentemente identiche, compiè atti che, analizzati coi nostri odierni criterî, appaiono di volta in volta nella sostanza come estrinsecazione di poteri profondamente diversi.

Limitandoci a studiare la funzione del *Conseil des parties* come organo di cassazione, si è veduto che in questa funzione astrattamente considerata esso non poteva dirsi un organo giurisdizionale (retro, n. 128), poichè mirava a reprimere la contravvenzione dei giudici, non ad applicare positivamente il diritto ai casi concreti posti in controversia; è ovvio anche che la cassazione non era un atto propriamente legislativo, poichè essa non aveva uno scopo normativo astratto e generale. La cassazione rientrava dunque nel cosidetto potere esecutivo, o, se si vuol dire in modo più esatto, in quel potere di controllo giuridico di cui parlano i pubblicisti tedeschi (117): e il *Conseil des parties* esercitava pertanto, come organo di cassazione, una funzione di natura esecutiva, destinata a controllare il mantenimento delle ordinanze da parte dei giudici.

Senonchè, quando noi ci poniamo ad esaminare singolarmente gli *arrêts* del Consiglio, ci accorgiamo che anche quelli pronunciati in materia di cassazione (lascio dunque deliberatamente in disparte tutte le altre attribuzioni del *Conseil des parties*) contengono spesso provvedimenti che esorbitano dal semplice potere di controllo ed hanno natura giurisdizionale o legislativa.

Se diamo una scorsa agli *Arrêts* del *Conseil des parties* raccolti dal Bornier (118), restiamo sorpresi dalla disparata varietà di casi che queste decisioni regolano e risolvono. La cassazione di una sentenza contenente una contravvenzione alle ordinanze è spesso accompagnata da una multa contro i procuratori colpevoli (119) o da una sospensione dall'ufficio dei giudici (120), che vengono talvolta invitati dinanzi al re a render conto dei loro atti (121). Ma, accanto a questi provvedimenti che hanno scopo affine a quello della cassazione, in altri *arrêts* il Consiglio agisce non più come custode delle ordinanze, ma come regolatore disciplinare dell'amministrazione della giustizia; ora conciliando un conflitto sorto tra *Greffiers* per la ripartizione di certe sportule (122), ora riconoscendo a qualche abbazia il diritto di render giu-

---

(117) Schmidt, *Allgemeine Staatslehre,* I, 206. Cfr. oltre, n. 177; e Vol. II, capit. I.

(118) *Appendice* citata.

(119) *Arrêt* del gennaio 1668, Bornier, *App.*, pag. 16.

(120) *Arrêt* 27 luglio 1668, Bornier, pag. 19; 23 sett. 1668, *Ib.*, 112.

(121) Stesso *Arrêt,* e *Arrêt* 6 agosto 1668, Bornier, pag. 37; cfr. anche l'*Arrêt* a pag. 104.

(122) *Arrêt* marzo 1669, *ib.*, pag. 12.

stizia sopra un certo territorio (123), o reprimendo l'atto di un giudice che ha arbitrariamente esteso la sua giurisdizione territoriale (124), ora accogliendo le lagnanze dei *Commissaires Enquêteurs,* restati senza lavoro dopo che l'Ordinanza 1667 aveva permesso l'istruttoria dinanzi al giudice della causa (125). Notevole sopratutto è poi, in queste risoluzioni, la circostanza che molte volte esse non si limitano a provvedere per il caso singolo, ma dispongono con norme generali, anche per il futuro; qui in particolar modo si scorge la profonda differenza tra la Corte di Cassazione ed il *Consueil des parties,* il quale, facendo capo al sovrano, poteva, quando questi volesse, diventare un organo legislativo, senza commettere un eccesso di potere: la voce del legislatore si sente in quasi tutti gli *arrêts* di cassazione, che, accanto all'annullamento della singola sentenza, contengono l'ammonimento generale di osservare per il futuro le ordinanze del re (126); e carattere più legislativo che giudiziario hanno quei provvedimenti del *Conseil* con cui si ripete ai giudici che nei casi di ordinanze dubbie spetta al re l'interpretazione (127), o si dà l'interpretazione autentica di qualche articolo ambiguo (128), o si stabilisce la norma secondo la quale saranno per il futuro regolati certi rapporti, specialmente relativi alle competenze pecuniarie dei procuratori, cancellieri ed uscieri (129), o addirittura si sospende per il singolo caso il precetto di una ordinanza (130). Accanto a questi provvedimenti che tengono del potere legislativo, il *Conseil des parties* poteva d'altra parte compiere atti che avevano un contenuto strettamente giurisdizionale: per tacere dei casi nei quali il *Conseil des parties* era un vero e proprio tribunale d'appello (131), e limitare le indagini al solo campo dei giudizi di cassazione, abbiamo veduto che « pour de grandes et importantes considérations » il *Con-*

---

(123) *Arrêt* 27 agosto 1668, *ib.*, pag. 12; cfr. anche i due *arrêts* precedenti a questo, a pag. 9 e segg.

(124) *Arrêt* 23 settembre 1668, pag. 26.

(125) *Arrêt* 6 agosto 1668, *ib.*, pag. 41 e segg.

(126) Per es. *Arrêt* 19 sett. 1669 (*ib.*, pag. 3): « Le Roy, etant en son Conseil, a ordonné et ordonne que les articles... etc. de son Ordonnance... etc. seront éxécutés selon leur forme et teneur... ».

(127) *Arrêt* 27 luglio 1668, pag. 19-22.

(128) *Arrêt* 23 settembre 1668, pag. 82; e 28 maggio 1668, pag. 127-128. *Arrêt* 25 agosto 1692, pag. 179.

(129) *Arrêts* 28 maggio 1668 e 29 maggio 1669, pag. 42 e segg.; *Arrêt* maggio 1668, pag. 8.

(130) Così l'*Arrêt* 9 settembre 1669 (pag. 92) ordina che una prova testimoniale sia eseguita eccezionalmente *par turbes,* quantunque tal forma sia vietata dall'Ord. 1667, art. 13 del tit. *Des enquêtes.*

(131) In materie speciali, cfr. DENISART, *Conseil du roi,* § II, n. 9.

seil des parties, dopo pronunciata la cassazione, poteva ritenere alla propria immediata cognizione il merito della causa; in simili casi il Consiglio, da organo di controllo, si trasformava in un vero e proprio tribunale, e neppure coi far ciò commetteva un eccesso di potere, quale lo commetterebbe la nostra Corte di Cassazione che pretendesse di decidere senza rinvio, poichè diventava organo legittimo di quel supremo potere di giurisdizione, del quale, come si è visto, il monarca poteva a piacer suo valersi.

Il *Conseil des parties* non aveva dunque un ufficio semplice e nettamente definibile. Organo di controllo sull'amministrazione della giustizia, era in origine destinato a reprimere solo quegli atti dei giudici che fossero diretti contro l'autorità del sovrano, ma si spingeva poi anche a dirigere e a disciplinare l'andamento dei giudizî nell'interesse dei privati litiganti; scendeva talora, come un tribunale ordinario, a conoscere e a decidere sul merito delle controversie; e anche poteva, come un organo legislativo, emettere norme astratte di carattere generale: mutando così natura e destinazione da un caso all'altro, secondochè fosse investito di uno o di altro tra quei poteri supremi, che tutti si concentravano nella persona del sovrano (132).

137. — *c*) Ma la profonda differenza che passa tra la attuale Corte di Cassazione e l'antico *Conseil des parties* meglio si scorge quando si pensa che a questo era del tutto estraneo lo scopo, per il quale oggi vive la Corte di Cassazione, di mantenere la uniformità nella interpretazione giurisprudenziale e quindi la unità del diritto obiettivo: sotto l'*ancien régime,* infatti, non poteva essere concepita con chiarezza la importanza politica di siffatta uniformità giurisprudenziale e la necessità di un organo destinato a mantenerla, poichè non ancora si era giunti a intendere l'autorità obiettiva di ogni norma di diritto in sè considerata, ma solo si rispettava nella *ordonnance* la volontà subiettiva del sovrano; e poichè, sopra tutto, non ancora la giurisdizione era stata assunta dallo Stato, come funzione pubblica ad esso riservata.

Sulla Francia divisa in terre *iuris scripti* e terre *iuris consuetudinarii,* dove ogni tribunale aveva un suo proprio *stylus,* dove ogni giudice era libero di interpretare a suo modo i testi spesso fraintesi del diritto romano o le norme frammentarie ed incerte della *coutume* (133),

---

(132) Il DOMAT, *Loix civiles, Droit public,* lib. II, tit. I, sez. II, n. XXII, dice che il *Conseil* ha giurisdizione su « toutes les matières dont il peut connoître, ce qui comprend toutes sortes de matières indistinctement; car il n'y en a aucune qui ne puisse y être portée... ».

(133) Cfr. un quadro vivace di questa disformità del diritto in Francia in HENRION DE PANSEY, cap. XXXI, sez. VI, riportato anche in PISANELLI, *Cassazione,* pag. 24.

la prevalenza del potere monarchico sul feudalismo decentratore segnò l'inizio della unificazione legislativa, quando i monarchi cominciarono ad emanare nelle *ordonnances* norme che valevano per tutto il regno, o a sottoporre ad omologazione le *coutumes* delle diverse regioni dopo averne imposta la redazione per iscritto (134). Ma l'unificazione, continuata dai re francesi fino alla Rivoluzione, non fu mai compiuta: e anche alla fine del secolo XVIII, di fronte alle *ordonnances* regie che senza un piano sistematico avevano, secondo le contingenze, regolato le più disparate materie giuridiche, vigevano ancora, nella maggior parte del diritto privato, i testi giustinianei o le consuetudini, la interpretazione dei quali veniva rilasciata quasi totalmente all'arbitrio dei Parlamenti. Così, non tutte le norme di diritto avevano lo stesso valore: il diritto romano era considerato, più che una legge, una *ratio scripta* (135), la *coutume* aveva carattere locale e la sua applicazione in giudizio era spesso rilasciata all'iniziativa delle parti; i *règlements* emanati dalle Corti sovrane avevano vigore solo entro i confini di una giurisdizione (136). Soltanto nella *ordonnance* derivante dal sovrano risiedeva la pienezza della forza obbligatoria, estesa inderogabilmente su tutto il territorio del regno; e, quantunque nell'ultimo secolo della monarchia si affermasse dai giuristi che anche per violazione di norme consuetudinarie o di diritto romano doveva ammettersi la cassazione, certo è che questo rimedio, nella sua origine concettuale ed anche nel suo funzionamento pratico, servì a mantenere il rispetto delle ordinanze regie, non di ogni norma di diritto (retro, n. 113). Se già sotto l'*ancien régime* si faceva risalire al sovrano ogni fonte di diritto (137), l'unità della legislazione non fu raggiunta in Francia prima della Rivoluzione; e poichè i monarchi francesi, pur rivendicando il potere esclusivo di far le leggi, non spazzarono via con una riforma radicale quella congerie di fonti disparate che costituivano il diritto obiettivo e non posero al suo posto una codificazione organica e ri-

---

(134) Cfr. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, II, 2, 539. Cfr. l'artic. *Coutume* in « Encyclopédie », vol. IV, pag. 411 e segg.; e DENISART, *Décisions*, vol. V, v. *Coutume*, §§ II-III.

(135) D'AGUESSEAU, lettera cit. del 29 sett. 1736 (*Œuvres*, IX, pag. 440). DIDEROT e D'ALEMBERT, *Encycl.*, IV, v. *Coutume*, pag. 415 (specialmente in paese di diritto consuetudinario). Si veda sulle diverse fonti del diritto francese e sul loro diverso valore, DOMAT, *Loix civiles*, I, cap. XIII, n. IX.

(136) Cfr. SIREY, 1824, II, pag. 19, v. *Interprétation royale*.

(137) DIDEROT e D'ALEMBERT, *Encyclopédie*, vol. IX, v. *Loi*, p. 655, e vol. IV, v. *Coutume*, pag. 414: « En France, toute la puissance législative réside en la personne du Roi, et lui seul peut donner force de loi aux coutumes »; DENISART, *Décisions* (1786), vol. V, v. *Coutume*, § II, n. 1.

spondente ad un criterio unico, si ebbe in Francia la convivenza di norme giuridiche dotate in intensità ed in estensione di un diverso grado di obbligatorietà. Sol per mantenere l'osservanza di alcune si istituirono controlli e vigilanze: ma non per questo cessarono di esser fonte di diritto le altre, sia pur con efficienza limitata a singole zone di territorio o temperata dall'apprezzamento dei giudici. Si tendeva così a garantire con ogni mezzo il rispetto dell'autorità sovrana; ma neppure si avvertiva la necessità di dare allo Stato l'unità di tutto il diritto obiettivo, qualunque fosse la fonte da cui esso nasceva, e di mantenere l'unità di ogni norma nella uniforme interpretazione giurisprudenziale.

Ma, se anche sotto la monarchia francese l'unità del diritto positivo fosse stata un fatto compiuto, e l'efficacia obbligatoria e l'estensione territoriale delle singole norme fosse stata eguale per tutto il regno, sarebbe mancato in Francia il mezzo pratico per mantenere l'unità del diritto nella concreta applicazione giudiziaria, e per coordinare e disciplinare in modo uniforme l'interpretazione giurisprudenziale dei precetti giuridici. Per raggiungere tale intento sarebbe stata infatti necessaria l'omogeneità e l'organicità dell'ordinamento dei tribunali, prima condizione per poter disciplinare in ognuno di essi l'esercizio del potere giurisdizionale sotto una sola regola; e sarebbe stato necessario sopra tutto che l'ordinamento giudiziario avesse avuto a base questo principio unificatore: che la giurisdizione è un potere unico riservato allo Stato, e che se numerosi sono i tribunali investiti dallo Stato di questo potere, tutti quanti devono essere considerati come organi coordinati di una stessa funzione, non come titolari primarî ed immediati di tanti poteri autonomi ed anche antagonistici. Sotto l'*ancien régime,* al contrario, lungi dal considerarsi la giurisdizione come una funzione esclusivamente riservata allo Stato, si scorgeva in essa un diritto patrimoniale proprio di colui che ne era investito, e si ammetteva quindi che l'amministrazione della giustizia entro un determinato distretto fosse venale e trasmissibile a titolo privato, come un qualsiasi bene oggetto idoneo di proprietà e di commercio. Accanto alla giurisdizione regia, nella quale i giudici avevano il carattere di funzionari del sovrano, esistevano in Francia, ove soltanto la Rivoluzione tolse di mezzo la venalità degli uffici, una quantità di giurisdizioni particolari, esercitate come un beneficio da nobili terrieri, da abbazie, da privati: si viveva allora dei redditi di un tribunale, costituiti dalle sportule pagate dai litiganti, come oggi si vivrebbe dei proventi di un'azienda commerciale. Traccia e derivazione dell'ordinamento feudale, in cui l'amministrazione della giustizia rientrava fra i diritti del barone, restò in Francia la patrimonialità della giurisdizione anche quando il feudalismo fu definitivamente abbattuto dalla monarchia: *toutes les*

justices des seigneurs particuliers — scriveva infatti il D'Espeisses (138) — *soit qu'ils ayent toute justice ou une espèce d'icelle, sont patrimoniales en France.* Così, specialmente nell'amministrazione della giustizia di prima istanza, ogni tribunale, anzichè sentirsi organo coordinato e cooperante di un'unica funzione pubblica, considerava l'esercizio della giurisdizione come un vero e proprio diritto ad esso spettante, e vedeva negli altri tribunali non dei collaboratori operanti per lo stesso pubblico fine, ma dei rivali minacciosi, pronti sempre ad allargare la competenza propria a detrimento dei corpi giudiziarî limitrofi; nascevano, così, tra i diversi tribunali « quelle gelosie, quegli antagonismi, quelle usurpazioni, che sogliono sorgere, ad esempio, fra le varie proprietà » (139): si parlava, come in tema di proprietà, dell'azione spettante all'investito della giurisdizione per *vendiquer ses justiciables* (140); e il diritto di render giustizia era gelosamente difeso dai suoi titolari, come sarebbe difesa oggi la concessione di un appalto, ed era perfino oggetto di liti giudiziarie, come un qualsiasi diritto patrimoniale (141).

Facilmente si intende ora come il concetto della patrimonialità della giurisdizione, così profondamente diverso dal concetto moderno della giurisdizione funzione di Stato, abbia esercitato anche nel campo dell'interpretazione giurisprudenziale quel profondo influsso che, in ogni parte del diritto processuale, è stato mirabilmente intuito dal Chiovenda (142): là dove l'amministrazione della giustizia, invece di esser retta da un unico interesse e indirizzata ad un'unica meta, era agitata dai contrasti disgregatori di tanti interessi desiderosi di soverchiarsi a vicenda, non avrebbe potuto farsi valere un mezzo praticamente ef-

---

(138) Vol. III (1750), *Des droits seigneuriaux*, tit. V, art. III, sez. VI, n. 1. Neppure nella *Encyclopédie* di Diderot e D'Alembert, vol. IX, v. *Juridiction, Justice*, si trova il concetto che la funzione giurisdizionale sia una prerogativa dello Stato; ma si parla di *juridiction royale* e di *juridiction féodale*, di *justice ecclesiastique* e di *justice seigneuriale*.

(139) Chiovenda, *Principii*, pag. 312; e per la competenza, ivi, pag. 536.

(140) D'Espeisses, l. c.

(141) Cfr. i citati *Arrêts* del *Conseil*, 25 giugno, 23 luglio e 27 agosto 1668 in Bornier, *Appendice*, pag. 9 e segg.

(142) Un bellissimo quadro dei tribunali sotto l'*ancien régime* fa lo stesso Chiovenda, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, n. 5 (*Saggi*, pag. 320): « Nell'immenso frazionamento delle giurisdizioni, corrispondente al frazionamento dei territorî, nell'intreccio delle signorili, comunali, ecclesiastiche, colle privilegiate che si formano e moltiplicano seguendo il riguardo delle persone più che delle cause; le giurisdizioni, talune private, patrimoniali, ereditarie, appaiono come altrettanti diritti degli investiti in perenne collisione tra loro... », ecc. Cfr. anche Boncenne, *Théorie de la procéd.*, I, cap. I, pag. 11-13.

ficace per garantire che tutti i tribunali interpretassero in un modo uniforme il diritto obiettivo. Una disciplina unificatrice può, infatti, facilmente imporsi sopra un organismo retto dallo stesso intento: non sopra una congerie eterogenea di egoismi tra loro cozzanti.

Il *Conseil des parties* non poteva avere dunque, nè per lo stato del diritto positivo nè per quello dell'ordinamento giudiziario, l'ufficio di unificare l'interpretazione giurisprudenziale: e difatti vediamo che esso non l'ebbe. Non si deve credere con questo che in Francia prima della Rivoluzione passassero inavvertiti i gravissimi danni che alla sicurezza ed alla stabilità del diritto derivavano dalla disformità dell'interpretazione giurisprudenziale in tutti quei campi che non erano stati regolati da ordinanze regie. Tanto questi danni erano avvertiti, che i monarchi francesi, nelle materie giuridiche più controverse, sentivano il bisogno di emanare disposizioni definitive proprio *pour fixer la jurisprudence* (143), e nei proemi di queste loro ordinanze esponevano con grande vigore i vantaggi dell'uniformità della giurisprudenza e i pericoli della sua instabilità (144); e il popolo stesso protestava contro tale inconveniente, come lo provano i *cahiers*, rimessi nel 1789 ai deputati degli Stati generali, in cui si chiedeva, tra i diversi desiderata, *que la jurisprudence soit uniforme dans tous les tribunaux* (145). Ma se già sotto l'*ancien régime* si era sentito qual danno producesse all'amministrazione della giustizia ed alla stessa vita del diritto la discordanza delle risoluzioni date da diversi tribunali alla stessa questio-

---

(143) In Bornier, I, *Appendice*, pag. xii, sono riportate una *Ordonnance du Roy pour fixer la jurisprudence sur la nature, la forme, les charges ou les conditions des donations* del febbraio 1731, ed una allo stesso scopo sui testamenti dell'agosto 1735.

(144) Proemio alla Ord. 1731 cit. nella nota precedente: « La justice devroit être aussi uniforme dans ses jugemens, que la loi est une dans sa disposition, et ne dépendre de la différence des temps et des lieux, comme elle fait gloire d'ignorer celles des personnes. Tel a été l'esprit de tous les législateurs, et il n'est point des loix qui ne renferment le vœu de la perpétuité et de l'uniformité: leur principal objet est de prévenir les procès encore plus que de les terminer, et la route la plus sûre pour y parvenir est de faire regner une telle conformité dans les décisions, que si les plaideurs ne sont pas assez sages pour être leurs premiers juges, il sçachent au moins que dans tous les tribunaux ils trouveront une justice toujours semblable à elle-même par l'observation constante des mêmes regles. Mais comme si les loix et les jugemens devoient éprouver ce caractère d'incertitude et d'instabilité qui est presque inséparable de tous les ouvrages humains, il arrive quelquefois que soit par un defaut d'expression, soit par les différentes manières d'envisager les mêmes objets, la varieté des jugements forme d'une seule loi comme autant de loix différents, dont la diversité et souvent l'opposition, contraire à l'honneur de la justice, le sont encore plus au bien public ».

(145) Seligman, *Justice*, pag. 492.

ne giuridica, l'unico rimedio contro siffatta disformità si era scorto nel troncare per mezzo di ordinanze le più vessate controversie giurisprudenziali, nè si era nemmeno concepita la possibilità di elevare al culmine dell'ordinamento giudiziario un organo supremo, coll'ufficio specifico di dirimere i dubbi di diritto sorti nella giurisprudenza e di unificare l'interpretazione delle norme giuridiche attraverso un'ultima revisione *in iure*. Tale organo non era evidentemente il *Conseil des parties*: esso era, in verità, la rocca forte del potere centrale, e poichè la cassazione era in sua mano un'arma per superare le riluttanze dei corpi giudiziarî locali sottoposti all'influsso del *droit coutumier*, esso contribuiva in un certo senso a difendere il diritto unitario creato dal re (retro, n. 113 in fine); ma a mantenere in modo generale l'uniformità della interpretazione di tutte le norme giuridiche il *Conseil* non era chiamato, poichè esso vegliava solo a reprimere la contravvenzione alle norme di una certa categoria, cioè alle ordinanze del sovrano. Se anche la diretta negazione di un principio giuridico contenuto nelle fonti romane o nel *droit coutumier*, poteva nell'ultimo secolo della monarchia (retro, n. 113) dar luogo a cassazione, quantunque non fosse attaccata un'ordinanza sovrana, si è veduto però che alle sole ordinanze si estendeva il divieto d'interpretazione rivolto dal monarca ai giudici (retro, n. 131); talchè la semplice interpretazione di oscuri testi romani o di ambigue consuetudini, cioè della maggior parte del diritto positivo francese, era rilasciata, senza controllo alcuno, ai giudici di merito. Ma, anche per quel che riguarda l'interpretazione delle ordinanze, che il re riserbava al suo Consiglio, non si deve credere che l'art. VII del Tit. I dell'Ord. 1667 fosse stato dettato dall'intento di unificare la giurisprudenza: tale articolo, di fatto, anzichè a unificare la giurisprudenza, mirava a distruggerla; e il *Conseil*, quando cassava una sentenza perchè data in contravvenzione all'articolo suddetto, non mirava a scegliere, tra diverse interpretazioni della stessa norma, la più appropriata, non si soffermava ad esaminare se la interpretazione suggerita dal giudice di merito fosse giusta o falsa: cassava per il solo fatto che il giudice di merito aveva voluto interpretare — non importava come — un'ordinanza regia, attribuendosi un potere riservato al solo monarca (retro, n. 131) (146).

---

(146) Un caso nel quale potrebbe scorgersi nel *Conseil des parties* lo scopo di mantenere l'unità della giurisprudenza, si ha in quella cassazione di una sentenza « lorsque le jugement renverse un point de jurisprudence constamment établi, et qui tient au repos des familles et à l'ordre public », di cui parla il DENISART, *Cassation*, § II, n. 4. Ma è un caso sporadico, che non varia la fisionomia generale dell'istituto. Anche il MABLY, *Des droits et des devoirs* cit., let-

Si trattava, dunque, non di disciplinare l'interpretazione giurisprudenziale, ma di sopprimerla anche se corretta: e il dir ciò equivale a negare al *Conseil des parties* quella funzione unificatrice che è propria della nostra Corte di Cassazione (147).

In pratica, del resto, l'influsso che il *Conseil des parties*, considerato come organo di cassazione, esercitò sulla formazione del diritto obiettivo francese fu assai poco notevole: la mancanza di motivazione nei suoi *arrêts* (148) rendeva quasi nulla la loro efficacia giurisprudenziale; ed anche quando il Consiglio, invece di limitarsi alla semplice cassazione negativa, si estendeva nei suoi *arrêts* a dare l'interpretazione di qualche ordinanza o anche ad emettere norme generali assolutamente nuove, il che, secondo il DENISART (149), non avveniva quasi più nel secolo XVIII, l'autorità di queste risoluzioni non aveva natura giurisprudenziale, ma legislativa; e si scorgeva in esse non la opinione unificatrice del tribunale supremo, ma l'interpretazione autentica del legislatore. Solo in questo senso possono essere accettate le parole del BOISLISLE (150), secondo il quale, *quoique rendus en l'absence du roi, les arrêts du conseil privé avaient la même autorité que s'ils eussent été donnés en sa présence, et on les considerait comme le répertoire de la jurisprudence suprème. Aujourd'hui encore, c'est une source inépuisable des renseignements;* gli *arrêts* del Consiglio erano spesso, sotto una veste giudiziaria, veri e proprî atti legislativi, e come tali avevano importanza; onde, meglio che ad un *repertoire de la jurisprudence suprème*, si sarebbe potuto paragonarli, se mai, a un repertorio di legislazione.

Il *Conseil des parties* francese non può, neppure per i suoi effetti pratici, esser paragonato a quei tribunali supremi che, negli Stati italiani (retro, n. 94), potevano, col decidere in ultima istanza il merito delle più importanti controversie, lasciare nella giurisprudenza un'impronta vivificatrice: i ricorsi che venivano presentati al *Conseil des parties* erano in numero incommensurabilmente inferiore a quello dei

---

tera settima, dice che « il est nécessaire d'appeller en cassation au Conseil, pour maintenir une certaine uniformité dans la jurisprudence, et empêcher que les Parlaments ne se fassent une routine de procédures et des jugemens contraire aux Loix ». Ma lo dice solo per artificio dimostrativo, per poi subito negarlo, sostenendo anzi che, se mai, tale funzione deve attribuirsi ai Parlamenti.

(147) Il GLASSON, *Cassation*, pag. 682, riconosce che lo scopo principale della Corte di Cassazione, l'unità della giurisprudenza, mancava al *Conseil des parties*. Cfr. anche CHENON, *Cassation*, pag. 64; GENY, *Méthode*, pag. 69.

(148) Cfr. GLASSON cit., pag. 682; BOISLISLE, scritto cit., pag. 421.

(149) *Cassation*, § II, n. 2.

(150) Scritto cit., pag. 423.

ricorsi che si presentano oggi alla Corte di Cassazione (151); la *voie de cassation* era in realtà, sotto l'*ancien régime*, un rimedio straordinario ed eccezionale, di scarsissimo uso; le spese ed i disagi che doveva incontrare chi, dalle più eccentriche provincie francesi, si recava alla capitale per ricorrere al *Conseil des parties*, erano enormi: *il abandonnait ses affaires* — per usar le parole di un oratore dell'Assemblea rivoluzionaria (152) — *sa femme, ses enfants; et même en gagnant sa cause, son triomphe lui devenoit funeste.*

Se vogliamo trovare in Francia organi giudiziarî da paragonare ai tribunali supremi degli Stati italiani, non dobbiamo pensare al *Conseil des parties*, che di tribunale supremo non ebbe nè la destinazione originaria, nè i pratici effetti, ma, se mai, ai Parlamenti, che decidevano in ultima istanza il merito delle più gravi controversie, e specialmente al Parlamento di Parigi, che fu il centro della vita giudiziaria francese (153): l'inappellabilità di cui godevano le Corti sovrane, e, sopra tutto, quel largo potere di interpretazione ch'esse potevano esercitare sul diritto romano e consuetudinario ed anche, sia pure in più ristretta misura, sulle ordinanze (retro, n. 131), dava alle loro decisioni, anche quando non assumevano espressamente il carattere di *arrêts de règlement* destinati a fissare con forza quasi legislativa un punto controverso di giurisprudenza (retro, n. 108 e note), un carattere di grande autorità, che le faceva prendere a modello ed a guida dai giudici inferiori. Prova dell'autorità di cui godevano in Francia gli *arrêts* dei Parlamenti, sono le numerose raccolte di essi, che, a somiglianza delle collezioni di *decisiones* dei tribunali supremi, così frequenti nella pratica italiana, andavano per le mani dei giurisperiti francesi (154).

Il grande influsso che sulla formazione e lo sviluppo del diritto obiettivo esercita oggi in Francia la *Cour de Cassation* colle sue decisioni così autorevoli e così diffuse, può dunque paragonarsi nell'*ancien régime* anzi a quello dei Parlamenti che a quello minimo del

---

(151) Cfr. la statistica in « Archives parlementaires », I serie, vol. XVII, pag. 739, col. 1; GENY, *Méthode*, pag. 69.

(152) MONGINS DE ROQUEFORT, nella seduta del 25 maggio 1790 (in « Moniteur », 1790, pag. 593).

(153) Cfr. DUCOUDRAY, *Les origines du Parlement de Paris*, cap. XXXII, pag. 1016.

(154) Cfr. *Recueil d'Arrêts du Parlement de Paris*, pris de memoires de feu M. P. BARDET, *avec les Notes et Dissertations de* M. CLAUDE BERROYER. Nouv. éd. par LALAURE (Avignon, 1773); nella prefazione del raccoglitore si discute sulla efficacia della giurisprudenza posta a confronto colla efficacia della legge, e si citano le più diffuse raccolte di *Arrêts* parlamentari.

Conseil des parties, dei cui *arrêts* non conosco raccolte fatte a scopo giurisprudenziale (155).

Il KOHLER (156), nell'accennare all'origine storica della Corte di Cassazione, scrive che la posizione singolare assunta da quest'istituto nello Stato moderno non è che una reminiscenza del potere dei Parlamenti, e neppur nomina, fra i suoi precursori, il *Conseil des parties*; vi è in ciò una evidente esagerazione, poichè, dal lato esteriore e formale, la Corte di Cassazione rappresenta per l'appunto la immediata e diretta continuazione del *Conseil des parties*; ma in sostanza al processualista tedesco non si può dare tutto il torto, quando si pensi che è eredità trasmessa alla Corte di Cassazione dai Parlamenti e non dal *Conseil des parties* quell'ufficio che oggi è il preminente e caratteristico dell'istituto: l'ufficio, cioè, di vigilare sulla giurisprudenza dei giudici inferiori, per porre, in luogo di tante disformi interpretazioni delle norme di legge, una sola, che tutte le coordini e le unifichi.

---

(155) La raccolta contenuta nella citata *Appendice* del BORNIER riguarda solo gli *Arrêts* relativi all'Ord. 1667.

(156) *Zivilprozess*, in *Enz. der Rechtswiss.*, III. Bd., 1913, pag. 355.

SEZIONE SECONDA

NASCITA DELLA CASSAZIONE MODERNA E SUA FORTUNA NELLE LEGISLAZIONI

CAPO QUINTO

L'OPERA DELLA RIVOLUZIONE FRANCESE E IL SUO SVOLGIMENTO IN FRANCIA

LETTERATURA.

a) CABERLOTTO, « *Cassazione e Corte di cassazione civile* » (in « Dig. it. », vol. VI, P. 1ª); CAPONE, *Discorso sulla storia delle leggi patrie*, cit.; CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile* (3ª ediz.), pag. 1020-1021; CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata* (Napoli, 1836); FERRONE, *Processo civile moderno* (S. M. Capua Vetere, 1912), pag. 35; GARGIULO, « *Cassazione* », in « Enc. Giur. »; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile* (5ª ediz., vol. I e IV); MORTARA, *Commentario del C. e delle leggi di pr. c.*, I; PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche* (Torino, 1881, 2ª ediz.), I, pag. 423 e segg.; PISANELLI, *Della Corte di cassazione*, cit.; STOLFI, *La riforma della Corte di cassazione*, cit.; VENZI, « *Cassazione* » (in « Diz. d. priv. »).

b) ALGLAVE, *Action du Ministère public*, citato; ARGENSON (D'), *Considérations sur le gouvernement de la France* (Amsterdam, 1765); AUBERT, *Des causes d'ouverture à cassation en matière civile* (1884); BARDOT, *Du pourvoi en cassation* (Tesi per il dottorato), Paris, 1873; BERNARD, *Manuel des pourvois et des formes de procéder devant la Cour de cassation en matière civile et en matière criminelle* (2ª ediz., 1868), 2 volumi; BERRIAT SAINT-PRIX, *Théorie du droit constitutionnel français* (Paris, 1851-53); *Cours de procédure civile* (7ª ediz., Paris, 1855); BONCENNE, *Théorie* cit.: CAJAC, *De la distinction des lois constitutionnelles et des lois ordinaires* (1911); CHENON, *Origines, conditions et effets de la cassation*, cit.; *Code (Le) civil - 1804-1904 - Livre du centenaire* (2 volumi, Paris, 1904); COLIN, *Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère* (« Journ. de droit int. privé », 1890, 406); COURNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances* (Paris, 1851); COURTIN, « *Cassation* » (« Encycl. moderne », 1825); CREPON, *Du pourvoi en cassation en matière civile*, I (Paris, 1892); DALLOZ, *Rép.*, v. « *Cassation* »; DUGUIT, *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789* (« Rev. d'écon. pol. » 1893, 99 e segg.); FAYE, *La Cour de cassation* (Paris, 1903); FENET, *Recueil des travaux prép. du Code civ.* (Vol. I: *Précis hist.*); GARSONNET, *Traité* cit., vol. I (trad. LESSONA) e VI; *Gazette (La) Nationale ou Moniteur Universel, commencé le 5 mai 1789* (Paris, l'an IV de la Rép.: contiene i discorsi parlamentari citati nel testo); GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* (Paris, 1899); GLASSON, « *Cassation* » cit.; *Précis théor. et prat. de proc. civ.* (2ª ediz., TISSIER, Paris, 1908); GOBLET, *Proposition de loi sur l'org. judiciaire*, 27 genn. 1880; GODARD DE SAPONNAY, *Le Manuel de la Cour de cassation* (1832); GRASSERIE (DE LA), *De la fonction et des juridictions de cass.* (Paris, 1911); GUICHARD, *Le Code ou Mémorial du Tribunal de cassation* (Paris, an IV); HENRION, *De l'autorité judiciaire*, cit.; HOUYVET, *La Chambre des requêtes de la Cour de cassation* (Tesi per il dottorato, Paris, 1906); JAPIOT, *Traité élémentaire de proc. civ. et comm.* (Paris, 1916); LANGLOIS, *Guide de la proc. en matière civile devant la Cour de cass.* (1887); LAVAUX, *Manuel du Tribunal de cassation* (Paris, 1797); *Exposition de l'esprit des lois concernant la cassation en matière civile* (1809); LOCRÉ, *Esprit du Code Napoléon*, vol. I;

LOLME (DE), *Constitution de l'Angleterre ou État du Gouvernement anglais;* LURO, *Des suites d'un arrêt de cassation en matière civile* (Toulouse, 1905); MABLY (ABBÉ DE), *Des droits et des devoirs du citoyen,* cit.; MARCADÉ, *Explication théor. et pratique du Code Napoléon* (5ª ed., Paris, 1855); MARILLOT, *La Cour de cassation, Conseil supérieur de la Magistrature* (Tesi per il dottorato, Toulouse, 1910); MATTELIN, *La Cour de cassation* (Tesi per il dott., Paris, 1880); MELLIS, *Le principe de la sép. des pouvoirs d'après l'Abbé de Mably* (Toulouse, 1907); MERLIN, *Répertoire* e *Questions,* v. « *Cassation* »; MORNET, *Du rôle et des droits de la jurisprudence* (Paris, 1904); ODILON-BARROT, *De l'organisation judiciaire en France* (« Comptes-rendus de l'Académie des Sciences morales et politiques », XCVI, 1871); PERRIN, *Du pourvoi en cass.* (Tesi dott., Paris, 1879); RENOUARD, *Le Tribunal et la Cour de cassation* (Paris, 1879); REVERCHON, *La Chambre des requêtes de la Cour de cassation* (« Revue pratique de droit français », XI, 1861, 305); RODIÈRE, *Cours de procédure civile,* I (Paris, 1850); ROGERY, *Du recours en cassation pour non application ou violation de la loi étrangère* (Tesi dott., Paris, 1910); ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne,* II partie; ROYER (DE), *Des origines et de l'autorité de la Cour de cassation* (Discorso inaugurale del 3 nov. 1854, « Gaz. des Trib. », 1854); SAGNAC, *Législation civile de la Révolution française* (Paris, 1898); SELIGMANN, *La justice en France,* cit.; SIREY, *De la Cour de cassation, Notice* (*Jurispr. de la Cour de cass.,* 2ª ediz., Paris, 1809, vol. I, pag. I-XIV); *Recueil,* cit.; TAINE, *Les origines de la France contemporaine* (1876); TARBÉ, *Lois et règlements de la Cour de cass.,* cit.; THOURET, *Analyse des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme* (Procès verbal de l'Ass., 1° agosto 1789); TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la révolution,* cit.; VARAMBON, *Propos. de loi tendant à la réforme de l'org. judiciaire* (27 gennaio 1880).

c) BÄHR, *Das Rechtsmittel II. Instanz im deuts. C. P.* (Iena, 1871); BOYENS, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage* (« Sächs. A. », 1904, 154); ENGELMANN, *Der romanisch-kanonische Prozess,* cit., §§ 63-67; FEUERBACH, *Betrachtungen über die Oeffentlickeit und Mundlickeit der Gerechtigkeitspflege* (Giessen, 1825, II Bd.); FULD, *Das deutsche Reichsgericht verglichen mit den obersten Gerichtsthöfen der wichtigsten Staaten* (« Arch. für öff. Recht », II, 1887); GERAU, *Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation des franz. Proz. und dessen Aufnahme in die deuts. Prozessgesetzgebung* (« Zeits. fur Civilrecht und Prozess » di LINDE, vol. VI, pag. 41 e segg.); HAEGER, *Der Französische Zivilprozess und die deutsche Zivilprozessreform;* HARRASOWSKY, *Die Rechtsmittel im Civilprocesse* (Wien, 1879); JELLINEK, *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* (1895); JONAS, *Studien aus dem Gebiete des franz. Civilrechts und Civilprocessrechts* (Berlin, 1870); LEUE, *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung für Deutschland* (Leipzig, 1861); LINDE, *Handbuch,* cit.; MEYER, *Origine, spirito e progressi delle istituz. giud.* (cit.), vol. IV; MITTERMAIER, *Der gem. deuts. bürg. Prozess,* III, cit.; REDSLOB, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789* (Leipzig, 1912); SAVIGNY, *Von Beruf unserer Zeit für Gesetzegebung und Rechtswissenschaft,* 3ª ed., 1840; SCHLINK, *Kommentar über die franz. Civilprozessordnung* (Coblenz, 1843); SCHMIDT, *Lehrbuch des deuts. Zivilprozessrechts* (2ª ediz., Leipzig, 1906); *Die Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft,* cit.; STEIN, *Das private Wissen des Richters* (Leipzig, 1893); WALDEK, *Die Nichtigkeitsbeschwerde als das alleinige Rechtsmittel höchster Instanz* (Berlin, 1861); ZACHARIAE, *Handbuch des Französischen Civilrechts* (8ª ed., bearb. v. CROME), Freiburg, 1894, I; ZINK, *Ueber die Ermittlung der Sachverhaltes im franz. Civilprozesse* (München, 1860).

Capitolo XIX

IL COEFFICIENTE STORICO ED IL COEFFICIENTE DOTTRINARIO NELLA CREAZIONE DELL'ISTITUTO

Sommario: 138. Il *Tribunal de cassation* è il prodotto di fattori storici e di fattori dottrinarî. — 139. *a*) Il fattore storico. Idea fondamentale dell'istituto derivante dal *Conseil des parties*. — 140. Necessità di impedire le invasioni nel campo legislativo commesse sotto l'*ancien régime* dai Parlamenti. — 141. Necessità di limitare il potere di interpretazione dei giudici. — 142. Ostilità della Rivoluzione contro il *Conseil des parties*. — 143. *b*) Il fattore dottrinario: Rousseau e la dottrina del contratto sociale. — 144. La teoria della divisione dei poteri di Montesquieu. — 145. *c*) Si nega che nell'origine dell'istituto abbia avuto influsso l'esempio delle costituzioni inglese e nordamericana.

138. — È stato giustamente notato dagli storici della Rivoluzione francese come la costituzione politica che scaturì dalle discussioni della Assemblea Nazionale, rappresenti per l'origine sua un fenomeno del tutto nuovo nella storia del diritto: imperocché essa, anzichè dallo svolgimento o dalla riforma o dalla imitazione di una costituzione già in pratica esistente, derivò unicamente da un sistema di principî dottrinarî accettati in astratto come regola fondamentale di ogni concreto ordinamento, in tal modo che non la teoria risultò dall'osservazione degli istituti positivi, ma questi furono con un processo deduttivo modellati sulla teoria (1). Questo singolare fenomeno, per cui la dottrina, perdendo la sua normale funzione di criticare le istituzioni già esistenti nella concreta realtà, assunse l'ufficio di prevenire la realtà e di crearla, se può nitidamente cogliersi nella maggior parte dell'opera rivoluzionaria, non con altrettanta evidenza si manifesta nella origine di quel *Tribunal de cassation*, che, dell'opera

---

(1) Redslob, *Staatstheorien*, nella *Einleitung*, pag. 1-2; ed Ercole, nella *Recensione* a questo volume, in « Arch. stor. it. » (seconda dispensa del 1914), pag. 3-4 dell'Estratto. Sul dottrinarismo dell'opera dell'Assemblea cfr. anche Taine, *La Révolution*, I, lib. II, cap. III, pag. 243 e segg.; Duguit, *Séparation des pouvoirs*, pag. 99 e segg.

legislativa compiuta dalla Rivoluzione, fu certo uno dei monumenti più notevoli e più vitali. Se, infatti, la creazione di questo istituto avvenne sotto l'influsso innovatore delle ideologie rivoluzionarie, sicchè esso potè integrare, in perfetta armonia di principî, l'edificio politico costruito dall'Assemblea Nazionale, non si può dire che la sola teoria sia bastata a determinarne la nascita.

Il Tribunale di cassazione non può considerarsi un prodotto puramente dottrinario: se esteriormente esso porta evidente la traccia di quei postulati astratti, ai quali tutta la costituzione rivoluzionaria si inspirò, il suo nucleo centrale è un retaggio storico tramandato dall'*ancien régime*; anzi, più che il nucleo centrale, ha origine storica nel Tribunale di Cassazione quella che si potrebbe dire la sua « armatura » elementare, il suo scheletro semplice e nudo, che la rivoluzione poi seppe sfruttare per i suoi scopi, nascondendolo sotto un rivestimento di nuovi principî e di significati nuovi. Se, per la parte maggiore della costituzione politica, l'Assemblea francese rase a terra le vecchie istituzioni per riedificare *ex novo* dalle fondamenta, per ciò che si riferisce al Tribunale di cassazione l'Assemblea ricostruì sull'antico: e quantunque nella seduta del 24 marzo 1790 l'Assemblea, colla sua enfasi consueta, affermasse di voler ricostituire anche l'ordinamento giudiziario su basi interamente nuove (2), certo è che la nascita del Tribunale di cassazione non potrebbe essere interpretata nel suo vero significato, se, tra i varî elementi che ad essa cooperarono, il fattore storico venisse trascurato a esclusivo vantaggio del fattore dottrinario: bisogna, voglio dire, intender ben chiaro che dalle teorie dei filosofi rivoluzionarî l'attuale Corte di cassazione non sarebbe mai nata, se alla nuova creazione l'età anteriore non avesse offerto l'esempio, sia pure imperfetto e primordiale, di un istituto positivo, e non avesse trasmesso alla dottrina, che sol dai canoni astratti deduceva i rimedî, la pratica esperienza dei mali da rimediare.

Sarebbe in verità un modo di vedere troppo semplicistico quello di chi considerasse il Tribunale di cassazione come un geniale ritrovato delle fervide menti rivoluzionarie: al contrario una rapida rassegna degli elementi che contribuirono alla nascita dell'istituto, ci mostrerà che la sua genesi non si maturò interamente nelle astratte concezioni dei giuspubblicisti, ma fu in parte notevole preparata dalle istituzioni politiche vigenti in Francia nell'ultimo secolo dell'*ancien régime*.

---

(2) « Moniteur », 1790, pag. 344.

139. — *a*) Il definitivo trionfo dell'assolutismo accentratore sulle tendenze disgregatrici della feudalità aveva già reso comune in Francia sotto l'*ancien régime* l'idea di un controllo unico che dal vertice dello Stato sorvegliasse il retto funzionamento dei molteplici organi giurisdizionali, fra i quali il territorio francese era repartito, e che ne coordinasse e ne disciplinasse in base a criterî omogenei l'attività: si è veduto, infatti (retro, n. 100 e sgg.), che il monarca francese era considerato come il giudice supremo di tutto lo Stato e che egli esercitava in mille diverse guise il suo potere di ispezione e di revisione sui giudici inferiori. Ma non soltanto questo concetto — comune, del resto, anche alle antiche monarchie (retro, n. 49 e 87) e consequenziale dell'idea di assolutismo — di un unico controllo supremo su tutta l'amministrazione della giustizia, fu trasmesso ai riformatori rivoluzionarî dalla realtà storica: già, infatti, sotto l'*ancien régime* si era delineata la tendenza a separare questo potere supremo di controllo dal sovrano, ed a creare nel *Conseil des parties* un organo speciale incaricato del suo esercizio; e se nel *Conseil des parties* non troviamo ancora, come si è veduto, un istituto pienamente autonomo, poiché esso costituiva soltanto una sezione specializzata del Consiglio di Stato, una diretta emanazione del sovrano in funzione di giudice supremo, certo è che nella sua esistenza può vedersi già un primo passo verso quella separazione dei pubblici poteri, dalla quale doveva nascere poi, nella costituzione rivoluzionaria, un Tribunale di cassazione indipendente dal sovrano. Ma vi è di più: che, cioè, già sotto la monarchia il controllo supremo esercitato su tutta l'amministrazione della giustizia rispondeva a uno scopo diverso da quello per cui erano istituiti i tribunali ordinarî; nel funzionamento del *Conseil des parties*, arma del sovrano nella lotta contro i Parlamenti, già si verificava infatti quella subordinazione del potere giudiziario a un interesse politico di altra natura, dalla quale poi — con significato profondamente diverso — il Tribunale di cassazione trasse la ragion d'essere e di sopravvivere alla età rivoluzionaria.

Non può, dunque, mettersi in dubbio che dal *Conseil des parties* dell'età monarchica derivò ai riformatori della Rivoluzione l'idea, sia pur embrionale ed informe, del Tribunale di cassazione. Già a metà del secolo XVIII, nei primi disegni di riforme dell'ordinamento giudiziario, si trova comunemente accolta l'idea di un consesso supremo destinato a disciplinare l'attività di tutti i tribunali: e tale idea appare evidentemente suggerita dall'esempio concreto del *Conseil des parties*. Il D'Argenson, in una sua memoria edita a stampa nel 1765, ma già prima diffusa in manoscritti (3), comprendeva, in

(3) *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France.*

un suo piano di ordinamento giudiziario, un Consiglio supremo di cassazione, istituito per reprimere la *chicane* e per regolare la giurisprudenza (4); ed il MAUPEAU, in un suo memoriale indirizzato a Luigi XVI, affermava che già nel 1771 egli aveva avuto l'idea di istituire « *au sommet de l'ordre judiciaire un tribunal dont les lumières commandent le respect aux autres tribunaux, qui les rappelle à la lettre des lois lorsqu'ils s'en écartent, qui leur en développe l'esprit et le motif, qui, dans la mobilité des moeurs et des usages, indique les changements que doit éprouver la législation, en rapproche les parties, leur donne cet ensemble et cette harmonie qui leur assure la vénération du peuple et en garantit la durée* ». Queste espressioni, ed altre colle quali il memoriale continua (5), dimostrano come, anche prima che la Rivoluzione avesse costruito in obbedienza alla teoria un edifizio politico interamente nuovo, già l'idea del Tribunale di cassazione era sorta dalla concreta esperienza del *Conseil des parties*: nei *cahiers*, coi quali gli elettori francesi esponevano i loro *desiderata* ai deputati per gli Stati generali del 1789, il Tribunale di cassazione veniva considerato come un istituto ormai consacrato in massima dalla pratica, per la perfezione del quale si richiedeva soltanto qualche piccolo ritocco nei dettagli (6).

Del resto che il Tribunale di cassazione sia, almeno nella sua parte esteriore, un successore del *Conseil des parties* creato dall'*ancien régime* (7), è dimostrato dalla continuità colla quale avvenne il passaggio dall'uno all'altro istituto, in modo tale che il *Conseil des parties* non cessò di funzionare prima che il *Tribunal de cassation* fosse pronto a raccoglierne immediatamente tutta la eredità. Fra il funzionamento del *Conseil des parties* e quello del *Tribunal de cassation* non si ebbe alcuna interruzione (8): infatti con decreto del 20 ottobre 1789 (9) l'Assemblea nazionale stabilì che il Consiglio del re continuasse a funzionare, pur con limitati poteri, come organo di cassazione finchè la riforma giudiziaria non fosse un fatto com-

---

(4) Cfr. in SELIGMAN, *Justice*, pag. 73, nota 2.

(5) In SELIGMAN, *Justice*, pag. 90.

(6) Il SELIGMAN pubblica in appendice al suo volume una *Notice raisonnée* in cui sono riassunte le richieste contenute nei *cahiers*: gli art. 49-50 di tale *Notice* trattano appunto della cassazione, di fronte alla quale si chiedono soltanto limiti più rigorosi e misure contro gli abusi (op. cit., pag. 498, cfr. oltre, n. 142).

(7) Cfr. STEIN, *Geschichte* cit., pag. 656; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 6-7; ENGELMANN, *Rom. Kan. Pr.*, III, pag. 193.

(8) CREPON, *Cassation*, I, n. 76.

(9) Cfr. « Moniteur », 1789, pag. 308.

piuto (10), e quando, dopo più di un anno, il decreto 27 novembre 1790 venne a regolare in modo definitivo il nuovo *Tribunal de cassation,* esso stabilì contemporaneamente, col suo art. 30, che « *le Conseil des parties est supprimé et il cessera ses fonctions le jour que le Tribunal de cassation aura été installé* » (11); nè per la soppressione del *Conseil des parties* venne ad esser soppresso quel Regolamento del 1738, il quale continuò, come tuttora, dopo quasi due secoli, in parte continua, a regolare il procedimento della cassazione dinanzi al nuovo consesso (oltre, n. 195).

Il Tribunale di cassazione fu così, più che l'erede universale del *Conseil des parties,* lo stesso *Conseil des parties* ringiovanito e vivificato dai nuovi principî: allorchè, in una delle discussioni tenute dall'Assemblea Nazionale (12), l'abate Royer, già consigliere al *Conseil du roi,* volle rilevare l'analogia che correva tra i due istituti, l'Assemblea lo fece tacere in mezzo agli zittii, poiché essa voleva credere, illudendo anche sè stessa, di aver ideato nel *Tribunal de cassation* un istituto perfettamente originale, libero da ogni derivazione dal precedente ordinamento. Ma in realtà anche i membri dell'Assemblea partecipi di tale illusione cadevano inconsciamente, nei loro discorsi, in continui riferimenti al *Conseil des parties* (13): e nella discussione del 10 novembre 1790 (14), l'abate Maury, per ben definire il carattere che avrebbe dovuto avere il nuovo *Tribunal de cassation,* non sapeva trovare frase più efficace di quella che il cancelliere D'Aguesseau aveva usata per il *Conseil des parties*: « *la garde du corps des lois* ».

140. — L'idea di un controllo centrale su tutta l'amministrazione della giustizia non sorse dunque dalle teorie rivoluzionarie; essa era già acquisita sotto l'*ancien régime,* il quale la trasmise alla Rivoluzione insieme coll'esperienza di quegli abusi e di quegli incon-

---

(10) Crepon, *Cassation,* I, n. 75; Chenon, *Cassation,* pag. 65; Tarbé, *Lois,* n. 547 nota.

(11) Tarbé, *Lois,* n. 547; Crepon, *Cassation,* I, n. 76, nei quali cfr. anche i particolari pratici della successione.

(12) Il 25 maggio 1790; cfr. « Moniteur », 1790, pag. 594.

(13) Cfr. per es. i discorsi di Mongins de Roquefort del 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 593) e di Loys del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 597).

(14) « Moniteur », 1790, 1306. Contro coloro che nell'Assemblea Nazionale volevano dividere il Tribunale di cassazione in diverse sezioni con sedi diverse, i fautori della unicità citavano l'esempio del *Conseil des parties*: Loys, nella seduta del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 598) diceva: « Le Conseil étoit l'unique tribunal de cassation du Royaume et il n'avoit pas de grands inconvénients ».

venienti, a reprimere i quali tale controllo si dimostrava necessario. Probabilmente, infatti, quell'odio cieco col quale i rivoluzionari tendevano a distruggere tutti quanti gli istituti creati dal regime assolutistico, avrebbe allontanato l'Assemblea nazionale dal creare un tribunale supremo che avesse una parentela col *Conseil des parties,* se sulle deliberazioni dell'Assemblea non avesse fatto sentire il suo peso il ricordo delle pretese che sotto la monarchia i Parlamenti avevano accampato di fronte al sovrano, attribuendosi, da un ufficio puramente giurisdizionale, funzioni quasi legislative (retro, n. 108 e segg.). Giungeva ancora potente, dal periodo storico che stava per chiudersi, l'eco della lotta tra i Parlamenti ed il monarca: l'esperienza di un secolare contrasto ammoniva anche qui le menti dei riformatori a difendere l'autorità della legge da essi instaurata, dai possibili attacchi di quei corpi giudiziarî troppo potenti che già con tanta pertinacia si erano posti di fronte al potere sovrano. Quantunque, durante i decenni che prepararono la Rivoluzione, assai spesso i Parlamenti avessero sostenuto la causa del progresso e delle idee innovatrici, certo è che in essi la Rivoluzione scorgeva i più eminenti rappresentanti di un ordinamento giudiziario ormai condannato a sparire, i campioni di pericolose tendenze disgregatrici che volevano sovrapporsi all'autorità centrale, gli emuli indisciplinati del potere legislativo: i Parlamenti rappresentavano, agli occhi dei riformatori, la venalità degli uffici, la giurisdizione feudale, la complicazione della giustizia (15). Per questo, quando l'Assemblea nazionale dovè accingersi a ricostruire *ex novo* l'ordinamento politico della Francia ed in ispecie l'ordinamento della giustizia, essa considerò con sacro terrore la possibilità che si riproducessero nella nuova costituzione gli abusi delle Corti sovrane e accolse tutti i mezzi che potessero valere ad impedirne la resurrezione. L'ostilità contro i Parlamenti, dalla quale è animato il discorso in cui il Thouret, nella seduta del 24 marzo 1790, espose all'Assemblea i principî fondamentali del nuovo ordinamento giudiziario (16), e nella quale appaiono concordi tutti gli oratori che parlarono sul tema (17), non solo dette luogo all'espresso divieto di quegli *arrêts de règlement* che dei Parlamenti erano stati la più singolare prerogativa (18), non solo originò

---

(15) Tocqueville, *Ancien régime,* lib. III, c. 3.

(16) « Moniteur », 1790, pag. 344. Già anche nella relazione presentata dal Bergasse il 17 agosto 1789 all'Assemblea (« Moniteur », 1789, 17-19 agosto) si manifesta l'ostilità contro i poteri politici dei Parlamenti.

(17) Cfr. il discorso del Beumetz del 26 maggio 1790, « Moniteur », 1790, 598.

(18) Tal divieto, che già si trovava nel tit. I del Progetto presentato al *Comité de Constitution* il 22 decembre 1789 dal Thouret (« Moniteur », 1789,

quelle più generiche proibizioni fatte a tutti i giudici di immischiarsi in qualsiasi modo nel potere legislativo (19), ma indusse l'Assemblea a prendere dei provvedimenti pratici di maggiore efficacia, caratteristico fra tutti quello per cui gli appelli contro una sentenza di un tribunale di prima istanza dovevano introdursi presso un altro tribunale dello stesso grado, poichè si temeva che, se si fossero istituiti dei tribunali speciali d'appello con autorità superiore a quella degli altri giudici, la loro preminenza li avrebbe spinti a rinnovare gli eccessi delle Corti sovrane (20).

Tra queste misure pratiche volte a impedire il rinnovarsi di quegli abusi degli antichi Parlamenti, dei quali si voleva ad ogni costo impedire il ritorno, si può annoverare anche, in un certo senso, l'istituzione del Tribunale di cassazione. L'Assemblea nazionale non si sarebbe probabilmente indotta alla creazione di questo organo supremo di disciplina, se non avesse avuto dinanzi l'esempio recente della indisciplinatezza dei Parlamenti: anche qui, nelle deliberazioni degli innovatori, interveniva potente il fattore storico, collo spettro pauroso dei mali che avevano afflitto per secoli il regime ora tramontato.

141. — L'ostilità contro i Parlamenti derivava nei riformatori specialmente da ragioni di natura politica, in quanto essi scorgevano in questi potenti consessi giudiziarî dell' *ancien régime* un pericolo contro l'unità dello Stato ed un attentato alla sovranità del potere legislativo; ma è certo d'altra parte che, anche dal punto di vista dell'interesse privato, il regime monarchico lasciava alla Rivoluzione un'eredità di odio contro tutto l'ordinamento giudiziario ed in ispecie contro le Corti sovrane, ed una comune aspirazione a una radicale riforma dell'ordinamento giudiziario sotto un'unica legge. La necessità di riordinare, e, sopra tutto, di unificare l'amministrazione della giustizia era profondamente ed urgentemente sentita dalle classi borghesi e popolari, che, nella incertezza e nella molteplicità delle norme di diritto, nella instabilità e nella disformità delle interpretazioni, nella intricata complicazione degli organi giurisdizionali, invocavano una sola legge, una giustizia semplice ed imparziale, un controllo disinteressato che con un criterio unico mantenesse tutti i giudici

---

pag. 496), fu poi definitivamente posto dal Decreto del 16 agosto 1790, tit. II, art. 12. Cfr. Redslob, *Staatstheorien*, pag. 331, nota 2.

(19) Cost. del 3 settembre 1791, tit. III, cap. 5, articolo 3; cfr. Redslob cit., pag. 330-331.

(20) Legge sull'ord. giudiziario 16-24 agosto 1790, tit. V. Cfr. Seligman, *Justice*, pag. 299; e « Moniteur », 3-5 nov. 1789.

entro i limiti del loro potere e vietasse loro di trasgredire, sotto colore di interpretarlo, il diritto obiettivo.

Abbiamo accennato quale fosse, nella Francia monarchica, la incertezza delle fonti giuridiche e la loro disformità nelle diverse regioni dello stesso Stato; e abbiamo veduto come tale incertezza e tale disformità venisse aumentata dal largo potere di interpretazione che veniva di fatto esercitato dai Parlamenti (retro, n. 108); per rimediare a tale anarchia giuridica, se da una parte si facevano sempre più frequenti nel secolo XVIII le invocazioni di una legislazione più semplice ed omogenea o addirittura di un codice unico per tutta la Francia (oltre, n. 149), si chiedevano dall'altra provvedimenti efficaci contro gli arbitrii del potere giudiziario, il quale invadeva a poco a poco, cogli *arrêts de règlement* e colla quasi illimitata facoltà di interpretazione, il campo del potere legislativo. Se nei *cahiers* degli elettori per gli Stati generali si trovava di frequente formulato il desiderio di una codificazione unica per tutta la Francia (21), alla quale già nel 1771 il Cancelliere MAUPEAU aveva avuto in animo di accingersi (22), un altro voto veniva espresso con pari energia dai *cahiers*: *Que la jurisprudence soit uniforme dans tous les tribunaux; leur défendre d'en introduire une contraire aux lois* (23). Esisteva dunque, suggerita dal puro interesse privato, una comune aspirazione di tutto il popolo francese alla omogeneità della amministrazione della giustizia: l'uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge, che la Rivoluzione doveva porre a canone del nuovo ordinamento, desumendola da astratte costruzioni filosofiche, già era stata reclamata, come urgente necessità pratica, da chi, sotto l'ordinamento giudiziario della monarchia, aveva esperimentato l'arbitrio e i favoritismi dei consessi sovrani, e aveva veduto accomodare un unico testo di legge a tanti significati diversi quanti erano i giudici ed i processi.

142. — Sorge ora naturale una domanda: se dall'*ancien régime* la Rivoluzione aveva ricevuto in eredità l'idea di un controllo centrale su tutta l'amministrazione della giustizia (retro, n. 139), se il mantenimento di tale controllo anche nella nuova costituzione era consigliato, oltrechè dalla opportunità politica di impedire il rinnovarsi della invadenza dei Parlamenti nel potere legislativo (retro, n. 140), anche dall'interesse privato che reclamava l'unificazione

---

(21) Cfr. SELIGMAN, *Justice* cit., pag. 89-90 ed ivi riferimenti.

(22) Cfr. SELIGMAN, *Justice*, pag. 172 e citati i luoghi della *Notice raisonnée*, in cui tali voti sono riassunti a pag. 489-492: cfr. anche SAGNAC, *Législation civile*, pag. 11 e testi nella nota 3.

(23) È l'art. 19 della citata *Notice raisonnée;* cfr. SELIGMAN, *Justice*, 492.

dell'ordinamento giudiziario (retro, n. 141), perchè mai i riformatori non accolsero dall'ordinamento monarchico il *Conseil des parties,* e non lo lasciarono in piedi così come era, a continuare la funzione ch'esso aveva esercitato finora?

In verità, in quelle discussioni attraverso le quali l'Assemblea Nazionale volle nel *Tribunal de cassation* creare un organo interamente nuovo, qualcuno pose questa domanda, in apparenza tanto stringente: fu l'abate Roger, il quale candidamente confessava di stupirsi, vedendo quanta fatica si perdeva a creare ciò che esisteva già: *Je suis étonné de voir mettre en question s'il sera établi un tribunal de cassation..., puisque cette fonction a toujours été attribuée au pouvoir exécutif...* (24). Alle osservazioni del Roger l'Assemblea, che si affrettò a far tacere in mezzo alle disapprovazioni l'antico membro del *Conseil des parties,* non fece neppure l'onore di una confutazione. Ma certo è che al mantenimento del *Conseil des parties* nella nuova costituzione si opponevano due ordini di ragioni, alcune di carattere pratico, altre di carattere teorico. Delle ragioni di questo secondo gruppo dirò tra poco (oltre, n. 143), quando mostrerò come la struttura originaria del *Conseil des parties* era inconciliabile con i principî fondamentali posti dai riformatori a base del nuovo ordinamento, primo fra tutti quello della separazione dei poteri; alle ragioni di indole pratica possiamo invece accennare fin d'ora, poichè tale accenno, dimostrando come il *Conseil des parties* era stato già prima della Rivoluzione condannato a morte dal sentimento popolare, viene a integrare l'enumerazione dei coefficienti storici che ebbero influsso sulla creazione del Tribunale di cassazione.

Se dall'*ancien régime* veniva trasmessa alla Rivoluzione un'eredità di diffidenza contro le Corti sovrane, non minore era la sfiducia accumulata da secoli contro il *Conseil* regio, il quale, se pur talvolta aveva saputo reprimere gli eccessi compiuti dai Parlamenti nell'amministrar la giustizia, assai volte era divenuto esso stesso tramite di favoritismi e di arbitrio. Si è veduto come originariamente il controllo su tutti i tribunali del regno attribuito al *Conseil des parties* era stato destinato a difendere un interesse politico proprio del monarca, non a garantire, nel puro interesse della giustizia, l'imparzialità e la regolarità dei giudizî ai privati litiganti: si è visto anche, a prescindere dall'origine fondamentale dell'istituto, che il suo organamento esteriore, la sua composizione personale, i riti che si osservavano dinanzi ad esso risentivano della sua origine politica e ne facevano, meglio che un corpo giudiziario equanime, capace di misurare e di reintegrare il diritto, un consesso partigiano creato dall'auto-

(24) Seduta del 25 maggio 1790: « Moniteur », 1790, pag. 594.

crazia per particolari suoi fini. Per questo il *Conseil des parties* era in Francia temuto ed odiato: in esso il popolo, più che il supremo vindice della giustizia violata scorgeva lo strumento della tirannide che tentava di asservire, con esso, sotto specie di mantener la giustizia, anche l'esercizio della funzione giurisdizionale. I *cahiers* del 1789, pur senza giungere a reclamare l'abolizione del *Conseil,* chiedevano riforme che ne semplificassero e ne disciplinassero il funzionamento: pochi e tassativamente determinati i motivi di cassazione; garanzie nel reclutamento dei consiglieri; proibizione di presentare più di un ricorso nello stesso affare (25). Ma questi voti dei *cahiers* esprimevano soltanto pallidamente la sfiducia che l'opinione pubblica provava contro il *Conseil*: tale sfiducia appare invece tutta intera in una frase del MIRABEAU, il quale nel maggio 1789 scriveva ai suoi elettori: *Personne n'ignore, aujourd'hui, que les arrêts du Conseil sont de faux éternels où les ministres se permettent d'apposer le sceau du roi* (26).

Mantenere in vita un istituto del quale l'opinione pubblica aveva siffatta stima, la Rivoluzione non avrebbe potuto, anche se esso non fosse stato inconciliabile col sistema di principî filosofici da essa adottato. Se, nel costruire il nuovo ordinamento i riformatori ebbero cura di distruggere interamente le traccie delle precedenti istituzioni, dovettero abbattere per primo questa creatura del despotismo, che rappresentava agli occhi loro la illecita ingerenza del principe nella sfera intangibile della giurisdizione, l'asservimento della funzione giudiziaria ai fini politici della Corona (27).

Per riassumere ora i diversi fattori storici che cooperarono alla nascita del Tribunale di cassazione, e la diversa direzione secondo la quale fecero sentire il proprio impulso, vediamo dunque che l'*ancien régime* trasmise alla rivoluzione due tendenze: una, volta a conservare in sostanza il supremo controllo sulla giustizia eserci-

---

(25) SELIGMAN, *Justice,* pag. 498: Art. 49. « Que les 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 ». Art. 50. « 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 des cours souveraines ».

(26) Cfr. SELIGMAN, *Justice,* pag. 188. Cfr. anche il discorso fatto all'Assemblea dal deputato CAMUS nella seduta del 15 ottobre 1789 (« Moniteur », 1789, pag. 304): « Il ne nous fait pas déguiser que c'est le conseil du roi qu'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 », etc.

(27) Cfr. CREPON, *Cassation,* I, n. 72.

tato finora dal *Conseil des parties*; l'altra, volta ad abolire nella forma l'organo dal quale questo controllo era stato esercitato fin qui. L'ordinamento monarchico aveva dato l'esempio nel *Conseil des parties* di un consesso, unico per tutto lo Stato, destinato a mantenere i giudici nei limiti del loro potere; la esperienza della indisciplinatezza dei giudici, così minacciosa sotto la monarchia, consigliava il mantenimento di un tal consesso disciplinatore; ma, insieme, la esperienza delle gravi imperfezioni dalle quali in parecchi secoli di vita esso si era rivelato affetto, ne consigliavano una fondamentale riforma. L'insegnamento storico, in altre parole, affermava la necessità di un controllo supremo simile a quello esercitato finora dal *Conseil des parties*; ma negava che il modo col quale il *Conseil des parties* l'aveva esercitato fosse il migliore. Fino a questo punto giunge l'elemento storico, ma non oltre: poichè a questo punto la creazione del *Tribunal de cassation* non si intenderebbe nel suo significato vero, ove non si tenesse conto dell'elemento filosofico, il quale interviene qui non solo a suggerire ai riformatori il disegno secondo il quale deve essere ricostruito il nuovo organo di controllo supremo, ma bensì a dare dell'ufficio esercitato finora dal *Conseil des parties* una interpretazione del tutto nuova, che, spostando brevemente il punto di vista, intona mirabilmente alle nuove idee ed alla nuova costituzione quella funzione di controllo sui giudici, che, per fini ormai superati, era stata istituita dall'agonizzante ordinamento monarchico.

143. — *b*) Prendendo, forse inconsciamente, dall'*ancien régime* gli esempî e le tendenze di cui finora si è discorso, la Rivoluzione intese di creare nel Tribunale di cassazione un istituto in armonia con quel sistema di principî filosofici secondo il quale doveva essere costruito il nuovo ordinamento politico; se noi volessimo dunque ricercare tutte quante le premesse teoriche colle quali il Tribunale di cassazione può considerarsi connesso, dovremmo probabilmente enumerare tutti quanti i canoni che i riformatori tennero presenti nell'edificare la nuova costituzione, nella quale tutti gli istituti non furono che conseguenze ed applicazioni molteplici di pochi fondamentali assiomi. In tutte quante le dottrine politiche che precedono e preparano la Rivoluzione si può rintracciare qualche proposizione alla quale si riannoda, sia pur lontanamente, il concetto che informa il Tribunale di cassazione; tutta quanta l'opera legislativa dell'Assemblea può fornire l'opportunità di raffronti e di ravvicinamenti, nei quali il nostro istituto meglio si illumina e si colorisce in presenza di istituti derivanti dalle medesime premesse teoriche. Ma se, tra queste premesse teoriche, che tutte tra loro si integrano in un solo

sistema, vogliamo scegliere quelle alle quali più immediatamente e direttamente il Tribunale di cassazione si connette, vediamo che questo istituto, come del resto tutta quanta l'opera dell'Assemblea Nazionale, risente da una parte l'influsso delle teorie del ROUSSEAU, dall'altra quello del pensiero politico del MONTESQUIEU (28).

Sulla fondazione del Tribunale di cassazione e sulla grande importanza che l'Assemblea attribuiva al suo regolare funzionamento ebbe certo notevole influsso il nuovo significato che il concetto di « legge » assunse attraverso la teoria del contratto sociale. Mentre, sotto l'autocrazia, in cui aveva forza obbligatoria tutto quel che il principe ordinava, *quod principi placuit*, la legge non era che la volontà spesso arbitraria di un monarca irresponsabile, nella costituzione edificata dall'Assemblea Nazionale la legge era l'espressione della volontà generale (29), il comune comando di tutto quanto il popolo associatosi spontaneamente nello Stato (30); talchè, di fronte al *Conseil des parties*, ch'era stato il custode del volere e spesso del capriccio di un solo, altra dignità assumeva agli occhi dei riformatori il *Tribunal de cassation*, destinato a vigilare sull'osservanza di quel complesso di norme, che esprimevano, all'infuori di ogni personale arbitrio, la solenne volontà del popolo sovrano. Trasformatasi la legge, da comando di un tiranno in consentimento di tutto un popolo, e realizzatosi ora per la prima volta il cosidetto Stato di diritto (31), in cui non poteva trovar posto un principe *legibus solutus*, l'organo incaricato di difender la legge doveva assurgere alla dignità di un istituto posto a difesa della base fondamentale dello Stato stesso.

La nascita del Tribunale di cassazione è dunque connessa a questo nuovo contenuto che le dottrine del ROUSSEAU dettero in generale al concetto di legge. Ma essa, più in particolare, si riannoda anche ad un principio che la Rivoluzione, nella dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, proclamò sulle traccie della teoria del contratto sociale: il principio della originaria uguaglianza giuridica di tutti i membri della consociazione, e la conseguente

---

(28) Per l'influsso, di frequente antagonistico, del ROUSSEAU e del MONTESQUIEU su tutta l'opera rivoluzionaria, cfr. REDSLOB, *passim* e la citata *Recensione* dell'ERCOLE, in cui è citata anche la più recente letteratura italiana sull'argomento.

(29) Art. 6 della *Déclaration des droits*: « La loi est l'expression de la volonté générale ».

(30) Sui precedenti di questo concetto, specialmente nelle teorie del LOCKE, cfr. SCHMIDT, *Allgemeine Staatslehre*, I, 57-66; II, parte I, pag. 798.

(31) Si confronti, sulla storia e sulla evoluzione di questo concetto, D'ALESSIO, *Dalla dichiarazione dei diritti dell'uomo al moderno Stato di diritto* (Roma, 1915) ed ivi bibliografia sull'argomento.

uguaglianza di tutti i cittadini dinanzi alla legge (32). *Les hommes* — afferma l'art. 1 della *Déclaration des droits* — *naissent et demeurent libres et égaux en droits* (33); e, in armonia con tale premessa, l'art. 6 della stessa *Déclaration* proclama che *la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle permisse* (34). Dati ora questi principî, posti nella *Déclaration* tra i canoni fondamentali della vita statuale, s'intende quanta importanza assumesse agli occhi dei riformatori il ritrovamento di un mezzo pratico idoneo a garantire che, anche nell'applicazione concreta, la legge fosse veramente uguale per tutti: la proclamazione teorica dell'uguaglianza di ogni cittadino dinanzi alla legge, la creazione di un unico corpo di leggi uguali in astratto per tutti, si sarebbero trasformate nella realtà in una caotica disuguaglianza, quando, nel positivo adattamento della legge alle singole fattispecie, una stessa norma avesse potuto, in casi diversi, esser tratta dai giudici a diversi significati. Il *Tribunal de cassation* veniva elevato così non solo a custode di quella volontà generale che, secondo la dottrina del Rousseau, era la prima fonte dello Stato, ma benanche a difensore di quella uguaglianza giuridica di tutti i consociati che, del contratto sociale disegnato dal Rousseau, era insieme il presupposto e la conseguenza (35).

144. — Il *Tribunal de cassation* sorse dunque, come tutti gli istituti rivoluzionarî, all'ombra delle astratte ideologie del Rousseau; ma un influsso assai più concreto e diretto sulla sua costituzione positiva gli derivò dalle dottrine del Montesquieu, specialmente dal famoso principio della separazione dei poteri, al quale l'Assemblea volle con tanta fedeltà inspirare tutta l'opera sua.

Il dogma fondamentale della separazione dei poteri che l'Assemblea, accettandolo direttamente dagli scritti del Montesquieu (36),

---

(32) Per la connessione della Dichiarazione dei diritti dell'uomo colla dottrina del Rousseau, negata dal Jellinek, *Die Erklärung der Menschen und Bürgerrechte* (1895), cfr. Schmidt, *Allgemeine Staatslehre*, II, 2, 804; Redslob, *Staatstheorien*, 4. Kap.; Ercole, *Recensione* cit., n. 3, e bibliografia in nota. Cfr. anche Taine, *Les origines de la France contemporaine: Ancien régime*, pag. 303 e segg. (Paris, 1876); *La Révolution*, pag. 283 e segg. (Paris, 1878).

(33) Cfr. il *Bill of rights* di Virginia del 12 giugno 1776, art. 1: « That all men are by nature equally... ».

(34) Cfr. sull'art. 6 quanto nota acutamente il Redslob a pag. 96-97 del citato volume, affermando che quest'articolo non è una conseguenza *necessaria* di quella uguaglianza giuridica che sta a fondamento del contratto sociale.

(35) Sull'importanza che ebbe nell'opera dell'Assemblea Nazionale il principio dell'uguaglianza giuridica dei consociati, cfr. specialmente il Taine, ai luoghi già citati nella nota precedente.

(36) Cfr. Redslob, *Staatstheorien*, Kap. IX.

introdusse anche nella *Déclaration des droits*, il cui art. 16 proclamava che *toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminé, n'a pas de constitution*, ebbe influsso sulla creazione del Tribunale di Cassazione in duplice modo: da una parte, confermando con ragioni filosofiche la necessità, già dimostrata dall'esperienza storica (retro, n. 141), di impedire che il potere giudiziario invadesse il campo del potere legislativo; dall'altra, escludendo che la funzione di controllo volta ad impedire tale invasione, continuasse ad essere, com'era stata sotto l'*ancien régime*, affidata al potere esecutivo.

Il MONTESQUIEU, il quale, sostituendo al principio della bipartizione dei poteri quello della tripartizione, affermava per la prima volta la necessità che il potere giudiziario fosse indipendente da quello legislativo e da quello esecutivo (37), metteva d'altra parte in luce tutti i pericoli che potevano derivare al retto funzionamento dello Stato da una usurpazione delle funzioni legislative commessa dal potere giudiziario. Egli, partendo dal principio che « *il n'y a point de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* » (38), notava che, ove la funzione giurisdizionale non fosse stata nettamente separata dalla funzione legislativa, sarebbero cadute in balia dell'arbitrio la vita e la libertà dei cittadini, poichè il giudice, non più tenuto dalla stretta osservanza della legge, si sarebbe trasformato in onnipotente legislatore; e in più luoghi del suo *Esprit des lois* tornava ad affermare che i giudici devono nelle loro sentenze osservare rigorosamente la lettera della legge, senza potersene in alcun modo allontanare. « *Plus le gouvernement approche de la république*, egli osserva, *plus la manière de juger devient fixe... Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi...* » (39). E altrove: « *... les jugemens doivent être fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi* » (40). L'Assemblea nazionale, che da una parte seguì l'insegnamento del MONTESQUIEU nel fare del potere giudiziario un terzo potere indi-

---

(37) *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI; cfr. REDSLOB, *Staatstheorien*, X. Kap., specialmente pag. 288; *contra*, il DUGUIT, *Séparation des pouvoirs* cit., il quale, pag. 106 e segg., afferma che anche il MONTESQUIEU si basava sul principio della bipartizione e faceva del potere giudiziario una branca del potere esecutivo.

(38) *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI.

(39) *Esprit*, lib. VI, cap. III.

(40) *Ibid.*, lib. XI, cap. VI. Cfr. GENY, *Méthode* cit., pag. 66-67. Anche D'AGUESSEAU, *Discours* (Nouv. éd., Lyon, 1822), vol. I, diceva (1706) che il magistrato *est la loi vivante*.

pendente dagli altri due (41), cercò d'altra parte di impedire in tutti i modi che lo stesso potere giudiziario, che il MONTESQUIEU aveva chiamato « *si terrible parmi les hommes* » (42), uscisse dal campo assegnatogli per ingerirsi nella funzione legislativa, ed espressamente proclamò che « *les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif* » (43). Tornerò in seguito su questo punto per mostrare quali provvedimenti pratici l'Assemblea escogitò allo scopo di impedire che il potere giudiziario varcasse i limiti che lo separano dal potere legislativo (oltre, n. 148); ma fin d'ora si può intravedere quale influsso ebbero sulla nascita del *Tribunal de cassation* gl'insegnamenti del MONTESQUIEU, in virtù dei quali i riformatori furono spinti a istituire nella nuova costituzione un organo di controllo, che, impedendo ai giudici di considerarsi superiori alla legge, mantenesse anche nei rapporti tra gli istituti giudiziari e legislativi il dogma fondamentale della separazione dei poteri.

Da un secondo punto di vista, come ho annunciato, tale dogma fondamentale esercitò una grande efficacia sull'origine del *Tribunal de cassation*: in quanto mostrò che la funzione di mantenere nei giusti limiti il potere giudiziario non poteva, senza che il canone della separazione dei poteri venisse ad esser violato, essere affidata al Consiglio regio, cioè a un organo appartenente al potere esecutivo. Vedremo in seguito come, per l'esercizio di tale funzione, l'Assemblea creò un istituto nuovo ed indipendente, il quale fu appunto il *Tribunal de cassation;* e vedremo come nelle discussioni dinanzi alla Assemblea si tentò definire la natura di questo organo (oltre, n. 154); certo è, però, che la creazione di questo istituto indipendente fu in larga misura dovuta a quel principio della separazione, in obbedienza al quale « *le pouvoir judiciaire ne peut... être exercé par le roi* » (44), e « *les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives* » (45). L'ufficio di controllare il potere giudiziario non avrebbe potuto esser conservato al *Conseil des parties*, senza che venisse per tal modo ad essere affermata una certa dipendenza del potere giudiziario dal potere esecutivo: contri-

---

(41) Costituzione del 3 settembre 1791, tit. III, chap. V, art. 1: « Le pouvoir judiciaire ne peut en aucun cas être exercé par le corps législatif et par le roi »; cfr. REDSLOB, *Staatstheorien*, pag. 313.

(42) *Esprit des lois*, lib. XI, cap. VI. La frase fu riferita da GOUPIL DE PRÉFELN, nella seduta del 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, pag. 590).

(43) Cost. 3 settembre 1791, tit. III, cap. V, art. 3; cfr. REDSLOB, *Staatstheorien*, pag. 330-331 ed ivi note.

(44) Cost. 3 sett. 1791, tit. III, cap. V, art. 1.

(45) Decr. 16 agosto 1790 su l'org. giudiziaria, tit. II, art. 13. Cfr., anche per la nota precedente, REDSLOB, pag. 344 e segg.

buirono così all'abolizione del *Conseil des parties* e alla sua sostituzione per mezzo del nuovo istituto anche le teorie del MONTESQUIEU, il quale aveva affermato in modo esplicito che *il y a, par la nature des choses, une espèce de contradiction entre le Conseil du monarque et ses tribunaux* (46).

Per quel che riguarda, dunque, la creazione del *Tribunal de cassation*, gli scritti del MONTESQUIEU non fecero che rafforzare le tendenze derivanti dalla tradizione storica (retro, n. 143): imperocchè, se il principio della separazione dei poteri incitava da una parte a istituire un organo di controllo, che avesse la funzione di mantenere inviolati i confini tra i giudici e il legislatore, lo stesso principio dimostrava la impossibilità di lasciare affidata tale funzione al *Conseil des parties* dell'età monarchica, istituto politico di natura prevalentemente esecutiva (47).

145. — *c*) Dopo avere accennato, così, come alla creazione del *Tribunal de cassation* abbiano cooperato da una parte i precedenti storici dell'*ancien régime*, dall'altra le vedute filosofiche poste a base di tutta la nuova costituzione, si può domandare se l'Assemblea, nel costruire questo supremo organo di controllo posto al disopra di tutto l'ordinamento giudiziario, non ebbe presente anche il modello pratico di un istituto consimile già funzionante in qualche Stato costituzionale diverso dalla Francia. L'indagine può sembrare senz'altro superflua, dal momento che la nascita del Tribunale di cassazione è il naturale effetto — come già si è veduto e come meglio in seguito si vedrà (oltre, Cap. XX) — di cause storiche e dottrinarie proprie della Francia, in base alle quali essa esaurientemente si giustifica, senza bisogno di ricorrere a impulsi stranieri; ma anche se a tale indagine volessimo procedere, noi vedremmo che nessuno dei due Stati la cui costituzione potè esser presa a modello dai riformatori francesi, dico la monarchia inglese e la confedarazione nordamericana, possedeva nei suoi ordinamenti un istituto che potesse coll'esempio suggerire alla Rivoluzione francese l'idea del Tribunale di cassazione.

Non si può negare che su tutta l'opera dell'Assemblea nazionale

---

(46) *Esprit des lois*, lib. VI, cap. III. Anche ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne*, IIe partie, lettre VII, trova che sono due cose « partout incompatibles... l'administration des affaires de l'État et l'exercice suprême de la justice ».

(47) Un altro precursore della Rivoluzione, l'abate MABLY, negava anche la necessità di questo supremo controllo, proponendo addirittura che contro le sentenze dei Parlamenti non fosse dato alcun ricorso ad autorità superiore (*Droits et devoirs du citoyen*, lettre septième). Cfr. MELLIS, *Séparation des pouvoirs*, pag. 149.

l'esempio della costituzione inglese, conosciuta attraverso gli scritti del MONTESQUIEU e la descrizione del DELOLME (48), esercitò un potente influsso, del quale si trova frequente la traccia anche nelle discussioni sull'ordinamento giudiziario (49). Ed è notevole, anzi, che il MERLIN, in una di queste discussioni, mostrava di scorgere proprio negli ordinamenti dell'Inghilterra un precedente del Tribunale di cassazione: *Avoir un tribunal unique* — egli diceva — *c'est le grand moyen d'empêcher dans l'État toute scission, toute division. Les Anglois vous en ont donné l'exemple: c'est à leur Chambre Haute qu'ils ont confié le pouvoir de la cassation* (50). Dando soverchio peso a quest'analogia tutta esteriore fra un istituto inglese e l'istituto creato dalla Rivoluzione francese, qualcuno (51) affermò decisamente che il *Tribunal de cassation* deve la sua origine all'ordinamento giudiziario dell'Inghilterra, poichè qui, spettando alla Camera dei Lords giudicare in ultima istanza sui ricorsi contro le sentenze dei tribunali inferiori, basate su un *error in law* (oltre, Capit. XXVIII), si trova il primo tipico esempio di un controllo esercitato dal potere legislativo sul potere giudiziario, allo scopo di impedire che i giudici esorbitino dai confini del loro ufficio. Ma, in realtà, il ricorso per cassazione dell'ordinamento francese fin dalla sua nascita nulla ebbe di comune coll'*appeal* inglese alla Camera dei Lords, nel quale non si trova neppur la traccia di quello scopo politico di nomofilachia che fu in Francia la ragion d'essere dell'istituto: l'ufficio di tribunale supremo è infatti attribuito in Inghilterra alla Camera dei Lords non in quanto essa è un organo legislativo, ma in quanto essa formava storicamente il *great council* del sovrano, al quale spetta, come a giudice supremo, dare l'ultima sentenza sulle controversie già decise dai giudici inferiori (52): e l'*appeal* alla Camera dei Lords non è un ricorso all'organo legislativo per avvertirlo che il potere giudiziario si è rifiutato di obbedire alla legge, ma è sem-

---

(48) *Constitution de l'Angleterre ou Etat du Gouvernement anglais,* di cui ho dinanzi una traduzione italiana edita in Siena, 1778. Cfr. ERCOLE, citata *Recensione* al REDSLOB, pag. 23 dell'estr.; e DUGUIT, *Séparation des pouvoirs,* pag. 109-110.

(49) Cfr. le discussioni del 6, 7, 8, 28, 29 aprile e 1° maggio 1790 in « Moniteur », in cui le istituzioni inglesi vengono tenute presenti sia a proposito dei giurati in civile, sia a proposito dei giudici ambulanti; anche l'espressione di *Juge de paix* deriva dalla costituzione inglese. Cfr. GLASSON, *Cassation,* pag. 681.

(50) Discussione del 24 maggio 1790: « Moniteur », 1790, 589.

(51) CONZO, *Cosa giudicata;* anche il WALDECK, *Nichtigkeitsbeschwerde,* pag. 31, pare che riporti l'origine della Cassazione all'Inghilterra; ma si limita ad affermare senza dimostrare.

(52) BRODIE-INNES, *Comparative Principles of the Laws of England and Scotland, Courts and Procedure* (Edinburgh, 1903), pag. 92; PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren* (Berlin, 1908), pag. 41.

plicemente, come dimostrano anche le formule che il ricorrente deve adoperare dinanzi a questo consesso (53), un reclamo indirizzato, nel puro interesse della giustizia, al sovrano, fonte di ogni giurisdizione (54).

Ancor meno che nella costituzione inglese si può trovare qualche precedente del Tribunale di cassazione nella costituzione nordamericana, il cui esempio tuttavia, come mostra il Duguit (55), esercitò in altri campi qualche influenza sull'opera dell'Assemblea. Alla Suprema Corte che esisteva nell'ordinamento americano fino da quando fu fondata la confederazione, era attribuito infatti l'ufficio di controllare la costituzionalità delle leggi, e di accogliere i reclami dei privati lesi da qualche legge incostituzionale (56); e ben s'intende che questo sindacato sulla conformità delle leggi ai principî fondamentali dello Stato, nulla ha di comune colla funzione propria del *Tribunal de cassation*, consistente nel controllare il modo col quale le leggi vengono osservate ed applicate dai giudici.

Vano dunque sarebbe ricercare fuori dalla Francia il primo germe di quel Tribunale di cassazione, che doveva in Francia acquistare tanta importanza e tanta autorità; giova ricordare anche qui che l'Assemblea, tutta entusiasmata dei principî filosofici da lei posti a base dell'opera sua, disdegnava i consigli dell'esperienza e le traccie dei modelli positivi (57), onde, anche nel fondare il Tribunale di cassazione, essa aveva la coscienza di creare un istituto nuovo nella storia degli ordinamenti pubblici: dopo aver dimostrato la necessità di istituire un mezzo per difendere la legge dagli attentati dei giudici, Goupil de Prefeln, nella seduta del 24 maggio, affermava solennemente: *Ce moyen a manqué jusqu'à présent à toutes les nations modernes* (58).

---

(53) Cfr. Peters, op. cit., pag. 41.

(54) È notevole che il De Lolme, enumerando nel cap. VIII della sua *Costituzione inglese* (pag. 78 della citata traduzione italiana) i più importanti tribunali dell'Inghilterra, non trova nella giurisdizione della Camera dei Lords nessuno scopo politico di nomofilachia, diverso da quello di tutti gli altri consessi giudiziarî.

(55) *Séparation des pouvoirs*, pag. 111 e segg.

(56) In conformità colla costituzione americana, art. III, sez. II, § 1, secondo cui il potere giudiziario può sindacare la costituzionalità delle leggi. Cfr. Duguit, *Séparation des pouvoirs*, pag. 111; Carlier, *La république américaine* (Paris, 1890), II, pag. 179 e segg.; Taine, *La Révolution*, pag. 275.

(57) Taine, *La Révolution. L'assemblée constituante et son œuvre*, pag. 154 e segg.

(58) « Moniteur », 1790, pag. 590.

Capitolo XX

IL « TRIBUNAL DE CASSATION » QUALE DOVEVA ESSERE NEGLI INTENDIMENTI DELL'ASSEMBLEA NAZIONALE

Sommario: 146. Scopo della trattazione: preparazione parlamentare dell'istituto. — 147. Il *Tribunal de cassation* come organo destinato a garantire la separazione fra il potere legislativo e quello giudiziario. — 148. Divieto ai giudici di emanare norme generali. — 149. Inalzamento del concetto di potere legislativo e trasformazione del concetto di giurisdizione. — 150. Idea dei riformatori che il potere legislativo sia invaso dal giudice che viola la legge o la interpreta: divieto assoluto della interpretazione giurisprudenziale. — 151. Il *référé* facoltativo e la cassazione. — 152. In quale dei tre poteri pubblici rientra la funzione di cassazione. — 153. A quale organo dovesse essere affidata tale funzione. — 154. Il *Tribunal de cassation*, nell'intenzione dei fondatori, non è un organo giudiziario. — 155. In che la Rivoluzione innovò sul *Conseil des parties*.

146. — Non a torto il Taine ha accusato tutti i discorsi degli oratori rivoluzionarî di imprecisione e di astrattezza, ed ha veduto in essi *enfilades d'abstractions creuses... comme dans une conférence d'écoliers de rhétorique qui s'exercent ou dans une société de vieux lettrés qui s'amusent* (1); ma il soverchio sfoggio di dottrinarismo e di argomentazioni desunte dalla teoria, che si trova nelle discussioni dell'Assemblea nazionale, è prezioso per chi, come me, ricerca il significato filosofico di qualche istituto creato dalla Rivoluzione, il principio fondamentale al quale i riformatori hanno inspirato l'opera loro. Per questo, volendo io rendermi conto, prima di vedere quello che il Tribunale di cassazione concretamente fu, dell'idea astratta che ne ebbero, prima di crearlo, i suoi fondatori, ricorrerò fruttuosamente alle discussioni che si svolsero sull'argomento dinanzi all'Assemblea nazionale, povere di notizie positive e di dati pratici, ma ricche di ragionamenti sull'importanza teorica dell'istituto: e solamente quando avrò, attraverso la parola degli oratori rivoluzionarî, mostrato quello che avrebbe dovuto essere il Tribunale di cassazione negli intendimenti dell'Assemblea

(1) *La Révolution*, I, pag. 161; cfr. però, contro, Seligman, *Justice*, pag. 281.

nazionale, passerò ad esaminare in qual misura il suo funzionamento concreto corrispose alle intenzioni dei fondatori, e come il suo contatto colla realtà pratica lo volse a fini diversi da quelli che avevano concorso alla sua nascita.

Se il movimento legislativo intorno alla Cassazione dura ininterrotto durante la Rivoluzione e durante l'Impero, e non si chiude mai definitivamente neppur sotto la Restaurazione, la formulazione di quelle norme che dovevano consacrare le linee caratteristiche dell'istituto risale a quegli anni 1789 e 1790, che rappresentano in ogni campo il periodo più fecondo dell'opera rivoluzionaria: e la creazione del *Tribunal de cassation*, già preannunciata in quel decreto del 20 ottobre 1789 che lasciava in funzione il *Conseil des parties* solo provvisoriamente (retro, n. 139), potè dirsi compiuta quando il decreto del 27 novembre 1790 venne a regolare in modo sistematico le attribuzioni del nuovo supremo consesso. Il periodo di tempo che corre tra queste due date vide affermarsi e maturarsi nell'Assemblea nazionale l'idea del nuovo istituto, vide concretarsi in modo sempre più preciso le linee della sua fisionomia: nell'agosto del 1789 il THOURET, in una sua dissertazione sulla riforma della costituzione (2), dimostrava, in ciò che si riferisce alla Cassazione, di non aver ancora oltrepassato il punto di vista dell'*ancien régime*, se scriveva che *les actes du pouvoir judiciaire contraires aux lois peuvent être annulés par le roi en son Conseil* (3); nè l'idea di un organo di cassazione si affacciava in quel *Rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire* che il BERGASSE presentò all'Assemblea nella seduta del 17 agosto 1789 (4). Ma cinque mesi dopo lo stesso THOURET già aveva compiuto il passo decisivo verso il nuovo istituto, quando, a nome del *Comité de constitution*, presentava all'Assemblea, il 22 dicembre 1789, il *Nouveau projet sur l'ordre judiciaire* (5), il cui titolo X proponeva la istituzione di una *Cour suprème de revision, qui, maintenant l'exécution des lois et les formes de la procédure, devrait remplacer le Conseil des parties, dont la composition avait été calculée pour d'autres temps et pour un autre régime* (6). Pur sotto altro nome e con attribuzioni non ancora del

---

(2) *Analyse des idées principales sur la reconnaissance des droits de l'homme en société et sur les bases de la Constitution* (Procès verbal de l'Ass., n. 38, 1° agosto 1789. Supplément; in SELIGMAN, *Justice*, pag. 199, nota 2).

(3) In SELIGMAN, loc. cit.

(4) « Moniteur », 1789, pag. 171 e segg.

(5) V. un riassunto in SELIGMAN, pag. 285, nota 1. Cfr. « Moniteur », 1789, pag. 496.

(6) Cfr. CHENON, *Cassation*, pag. 66.

tutto precisate (7), il *Tribunal de cassation* può dirsi dunque già concepito nel titolo X di quel progetto 22 dicembre 1789, che poneva le basi di tutto il nuovo ordinamento giudiziario: ma lunghe furono le discussioni e varie le vicende parlamentari prima che il disegno potesse giungere all'attuazione. Il tema della cassazione fu da principio sottoposto alle discussioni dell'Assemblea insieme colle altre materie concernenti la riforma dell'ordinamento giudiziario; e quando il BARRÈRE fece la proposta che il dibattito dovesse svolgersi intorno a dieci questioni fondamentali (8), il problema relativo all'istituendo organo di cassazione costituì la ottava domanda del questionario, in questi termini: *Y aura-t-il un Tribunal de cassation ou des grands juges d'assises?* (9). Della proposta, fatta da un membro dell'Assemblea (10), che al creare per la cassazione un organo separato riteneva preferibile l'attribuire ai tribunali di appello un potere reciproco di revisione, neppur si tenne conto, tanto parve che l'importanza della funzione rendesse necessaria l'autonomia dell'organo; e di fronte alla tendenza, per primo difesa dall'ANDRÉ (11), di coloro che, sull'esempio inglese (12), volevano che quest'organo autonomo fosse costituito, anzichè di un unico consesso immobile, da numerosi magistrati ambulanti incaricati di ispezionare in giro per la Francia il funzionamento dei tribunali, l'Assemblea nazionale, attraverso le discussioni dell'8, 24, 25 e 26 maggio 1790 (13), affermò che la funzione della cassazione doveva essere esercitata da un organo sedentario, e dette incarico al *Comité de constitution* di preparare, in obbedienza a questo concetto, un nuovo disegno di legge, separato dalla legge concernente tutte le altre parti dell'ordinamento giudiziario (14). Il nuovo disegno di legge, il quale, isolando la Cassazione dai veri e proprî organi giudiziarî, parve voler riconoscere che l'istituto, data la sua singolare importanza politica, meritava di

---

(7) Nel « Moniteur », 1789, pag. 496, si dice, con assai poca precisione, che la nuova *Cour suprème de révision* dovrà essere « chargée de la révision en matière criminelle, de connoître des prises à parties, contre le tribunaux ou contre les gens du roi, etc. ».

(8) Cfr. SELIGMAN, *Justice* cit., pag. 290.

(9) Cfr. « Moniteur », 1790, pag. 524.

(10) DELLEY D'AGIER; cfr. CHENON, *Cassation*, pag. 66.

(11) « Moniteur », 1790, pag. 524.

(12) GLASSON, *Cassation* cit., pag. 681.

(13) « Moniteur », 1790, pag. 524, 589-590, 593-594, 597-598. Resoconti e sunti della discussione sull'argomento in SELIGMAN, *Justice*, pag. 321 e segg.; e in CREPON, *Cassation*, I, nn. 77-81.

(14) Seduta del 26 maggio 1790, « Moniteur », 1790, 598; CHENON, *Cassation*, pag. 69.

esser disciplinato a parte (15), proponeva all'Assemblea, alla quale fu presentato il 12 agosto 1790 (16), che l'organo di cassazione fosse composto di sette diverse sezioni sedentarie, residenti sei nelle principali città di provincia per le istruttorie, ed una centrale a Parigi per le decisioni (17); ma l'Assemblea, respingendo questo sistema di frazionamento, decretò, su proposta del DUPORT, che *le Tribunal de cassation sera unique et sédentaire auprès du corps législatif* (18), e per tal modo, ponendo l'unicità a canone fondamentale dell'istituto, venne a imprimergli definitivamente quella fisionomia ch'esso tuttora conserva. Il decreto del 12 agosto, tanto importante per la storia del Tribunale di cassazione (19), rese così necessaria l'elaborazione di un ultimo disegno di legge, il quale, presentato all'Assemblea nella seduta del 25 ottobre 1790 (20), diventò, attraverso le discussioni del 10, 11, 17, 18, 21 novembre 1790 (21), il decreto del 27 novembre - 1° dicembre 1790 (22), cioè il testo di diritto positivo rispecchiante nella forma più genuina l'originaria concezione che del *Tribunal de cassation* ebbero i suoi fondatori. Con questo decreto la genesi del *Tribunal de cassation* può dirsi compiuta: e le molteplici disposizioni legislative che negli anni immediatamente seguenti, come a tempo opportuno accennerò, vennero a ritoccare ora un punto ora un altro dell'istituto, introdussero (a eccezione della l. 1° aprile 1837) modificazioni accessorie nel suo funzionamento esteriore, non variazioni sostanziali nel suo primitivo concetto.

147. — Se, nelle pagine precedenti, ho voluto dimostrare come in sostanza la nascita dell'istituto che qui studio fu il resultato di fattori storici e di fattori dottrinarî, bisogna avvertire subito che l'Assemblea Nazionale si preoccupò quasi esclusivamente del significato dottrinario dell'istituto stesso, e lo considerò soltanto come necessaria conseguenza di quei canoni astratti ai quali essa ispirava tutta l'opera sua; sicchè, se noi vorremo percorrere ancora il cammino logico attraverso il quale i membri dell'Assemblea Nazionale giunsero a istituire il *Tribunal de cassation*, dovremo partirci da qualcuno di quei principî teorici, che essi, nelle loro discussioni, tennero costantemente presenti.

---

(15) Cfr. HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 5, nota 6.
(16) « Moniteur », 1790, pag. 930.
(17) SELIGMAN, *Justice*, pag. 321; CHENON, *Cassation*, pag. 69.
(18) TARBÉ, *Lois*, n. 516; « Moniteur », 1790, pag. 930.
(19) Cfr. SELIGMAN, *Justice*, pag. 321.
(20) Il testo si trova in « Moniteur », 1790, pag. 1239.
(21) « Moniteur », 1790, pag. 1306 e segg., 1334, 1336, 1337, 1350.
(22) Testo in TARBÉ, *Lois*, n. 517 e segg.

Possiamo ora affermare che il dogma fondamentale al quale, nel pensiero dell'Assemblea Nazionale, si riannoda la fondazione del *Tribunal de cassation*, è, innanzi tutto, il principio della separazione dei poteri: imperocchè il *Tribunal de cassation* nasce appunto come un organo destinato a mantenere nella costituzione statuale l'osservanza di questo principio.

Tutto quanto l'ordinamento pubblico nato dalla Rivoluzione fu, in ogni sua parte, costruito in modo da mantenere, più o meno rigorosamente, la separazione di quei tre poteri fondamentali, che il MONTESQUIEU aveva considerato distinti nella sovranità: talchè non avremmo da meravigliarci se l'Assemblea Nazionale, per mantenere in ogni campo inviolata tale separazione, avesse pensato ad istituire, al disopra della costituzione, un organo supremo di controllo, destinato a vigilare sui reciproci rapporti tra gli organi dei tre poteri, e ad evitare scambievoli sconfinamenti di uno qualunque di essi nel campo riservato a ciascuno degli altri due. Il *Tribunal de cassation* nasce appunto allo scopo di impedire che un potere pubblico esorbiti dal proprio dominio: ma il suo controllo, anzichè essere esteso alle relazioni fra tutti e tre i poteri in ogni campo della costituzione (23), si limita alle relazioni che passano tra due di questi poteri, quello legislativo e quello giudiziario; e neppure in questo campo più ristretto il *Tribunal de cassation* esercita una sorveglianza bilaterale, volta a mantenere nei giusti limiti tanto l'uno quanto l'altro di questi due poteri: sibbene si preoccupa unicamente di impedire che il potere giudiziario invada il territorio spettante al potere legislativo, senza in alcun modo curarsi degli eventuali sconfinamenti commessi dal potere legislativo nel territorio del potere giudiziario. Il *Tribunal de cassation* nasce, dunque, come un organo di controllo destinato a sorvegliare che il potere giudiziario non violi, a danno del potere legislativo, il canone fondamentale della separazione dei poteri.

148. — Se il potere legislativo, per sua elementare definizione, è quello che pone in astratto, senza attuarle in concreto, delle norme generali ed obbligatorie per la futura condotta di tutti i consociati, ben s'intende che il caso tipico nel quale si potrebbe dire

(23) Sul modo con cui la Rivoluzione francese cercò di tutelare praticamente il mantenimento della costituzione cfr. REDSLOB, *Staatstheorien*. La costituzione dell'anno VIII attribuì al senato la funzione di annullare gli atti di tutti i poteri contrarî alla costituzione (*Sénat conservateur*). Si poté dunque parlare in tale caso di una *Cour de cass. politique* in opposizione alla *C. d. cass. judiciaire*: tale istituto fu riprodotto dalla Cost. 14 gennaio 1852, art. 29. Cfr. BERRIAT SAINT-PRIX, *Droit const. français* (Paris, 1851-53), n. 98 e pag. 760.

che il potere giudiziario ha invaso il campo del potere legislativo sarebbe quello in cui il giudice, per mezzo di una sentenza (atto destinato normalmente ad applicare nel caso concreto una regola già posta in astratto dal legislatore), avesse preteso di stabilire un precetto di carattere generale, inteso a regolare coattivamente una serie indeterminata di casi. Il fatto del giudice che del suo potere di sentenziare *inter partes* si vale invece per emettere comandi generali con carattere di legge, sembrerebbe oggi assurdo e quasi praticamente inconcepibile; ma l'ordinamento pubblico dell'*ancien régime,* coi suoi Parlamenti sempre pronti a sostituire, nei territorî ad essi sottoposti, norme proprie alle ordinanze dell'autorità centrale, aveva dato esempio frequente di simile traviamento del potere giudiziario: la storia delle lotte tra Parlamenti e monarchia intorno al diritto di *enregistrement* delle ordinanze regie, e la facoltà concessa alle Corti sovrane di emettere *arrêts de règlement* con efficacia eccedente il singolo caso (retro, n. 108), mostrano in modo evidentissimo nella realtà la tendenza dei più potenti corpi giudiziarî francesi a usurpare a poco a poco le funzioni del legislatore.

A impedire il rinnovarsi di consimili usurpazioni, per effetto delle quali veniva veramente a trasferirsi negli organi giudiziarî una parte del potere legislativo, la Rivoluzione francese mirò con rigorose disposizioni ad evitare in modo assoluto che i giudici potessero valersi del loro potere per emanare norme di carattere generale. Se la Costituzione del 3 settembre 1791 vietò in modo generico, come si è veduto (retro, n. 144), a tutti i tribunali di immischiarsi nell'esercizio del potere legislativo (24), altri testi di legge espressero con più energica determinazione il divieto. Il Decreto del 16 agosto 1790 (Tit. II, art. 10) disponeva: *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;* ed anche (Tit. II, art. 12): *Les tribunaux ne pourront point faire des règlements* (25). E quest'ultima proibizione venne poi ripetuta sotto altra forma nell'art. 5 del Codice Napoleone, secondo il quale: *Il est*

---

(24) Nel *Rapport* presentato dal Bergasse all'Assemblea il 17 agosto 1789, che enumerava le condizioni senza le quali non poteva sussistere un buon ordinamento giudiziario, si raccomandava: « ... en second lieu, que les dépositaires du pouvoir judiciaire ne participent en rien à la puissance législative ».

(25) Già nel progetto presentato dal Thouret, a nome del *Comité de Constitution,* il 23 dicembre 1789 all'Assemblea, il tit. I contiene questo divieto (« Moniteur », 1789, 496).

défendu aux juges de prononcer, par voie de disposition générale et réglementaire, sur les causes qui leur sont soumises. D'altra parte la Cost. del 3-14 sett. 1791 vietava il cumulo in una stessa persona di funzioni giudiziarie e funzioni legislative, stabilendo che *l'exercice des fonctions judiciaires sera incompatible avec celles de représentant de la nation, pendant toute la durée de la législature* (26).

Poiché siffatte disposizioni proibitive prevedevano il caso nel quale tipicamente si manifesta la violazione del canone della separazione dei poteri commessa dall'autorità giudiziaria a danno del legislatore, vien fatto di pensare che l'ufficio del *Tribunal de cassation,* organo destinato a raggiungere praticamente lo stesso scopo, fosse appunto quello di impedire che le concrete statuizioni dei giudici si trasformassero in disposizioni di carattere generale ed astratto, ossia che attraverso sentenze venissero emanate leggi. Ma in realtà l'ufficio del *Tribunal de cassation* fu, fin dalla sua origine, assai più lato: non perchè, logicamente, siano concepibili altri casi, diversi da quello ricordato sopra, in cui si possa dire che il potere giudiziario ha invaso il campo del potere legislativo, ma perchè gli uomini della Rivoluzione, per una strana aberrazione teorica, furon proclivi, nel considerare le relazioni tra il potere legislativo e il potere giudiziario, a esagerare fuori di misura a detrimento di questo il campo attribuito a quello; talchè considerarono come sconfinamenti dei giudici nel campo legislativo e quindi sottoposero al controllo della Cassazione, non solo il caso tipico in cui il giudice avesse dato disposizioni generali, ma anche molti altri casi che in realtà non avevano molto a che fare col dogma della separazione dei poteri.

149. — Tutta quanta l'opera dei riformatori rivoluzionarî appare inspirata come da un cieco feticismo per la onnipotenza della Legge, per la illimitata autorità del potere legislativo; il diritto obiettivo, anzichè un prodotto storico in continua evoluzione, viene considerato come il resultato di alcuni principî filosofici astratti, buoni per tutti i tempi e per tutti i luoghi, fissato in modo definitivo dalla volontà del legislatore che tutto prevede. Nasce così, da tale concezione, quella che, con una espressione del Brugi si può chiamare la « illusione del codice » (27): reputando di essere saliti al culmine della civiltà e fidando nella infallibilità della ragione, i filosofi della fine del secolo XVIII pensarono che fosse giunto il momento di riu-

---

(26) Cost. 3-14 sett. 1791, cap. I, sez. 3ª, art. 5 (Tarbé, *Lois,* 579).

(27) È il titolo di una conferenza che il prof. Brugi tenne qualche anno fa per l'inaugurazione del Circolo giuridico fiorentino.

nire una volta per sempre in un testo assolutamente compiuto tutte le norme che esaurissero in ogni campo le possibili contingenze giuridiche; e vollero quindi che il Codice, la cui redazione fu, fino dagli inizi della Rivoluzione, uno dei più tenaci propositi dei riformatori, dovesse a tutto bastare nel dominio giuridico (28). Il concetto dominante nella filosofia della così detta *età dei lumi*, secondo il quale l'ufficio del legislatore non era quello di registrare di volta in volta in norme scritte principî che già la coscienza giuridica nazionale avesse elaborati attraverso le necessità della vita pratica, ma quello di stabilire *ex novo* un sistema di regole immutabili tratte deduttivamente da pochi assiomi teorici, ingrandì eccessivamente l'idea della funzione legislativa, a tutto detrimento della funzione giurisdizionale. Unica fonte di diritto fu considerata la legge: unica norma giuridica la parola uscita dalla bocca del legislatore (29); e siccome si aveva l'idea che la legge, attraverso la codificazione, sarebbe stata in ogni sua parte chiara e compiuta, in modo che in essa avrebbe trovato facile e sollecito regolamento ogni concreta fattispecie che fosse per verificarsi nel mondo giuridico, si pensò che la funzione del giudice dovesse limitarsi in ogni caso a un semplice lavoro di ricerca per trovare tra i diversi articoli del Codice quello che si adattava al caso da decidere e che, in un corpo di leggi privo di lacune, non poteva assolutamente mancare.

A questo ingrandimento del concetto di funzione legislativa corrispose d'altro lato un radicale mutamento nel concetto di funzione giurisdizionale, la quale dalla Rivoluzione fu riportata ad essere una funzione propria esclusivamente dello Stato ed esercitata dai giudici non *ex iure proprio*, ma soltanto come pubblici funzionarî. Se sotto l'*ancien régime* la facoltà di render giustizia poteva esser considerata come un diritto patrimoniale (retro, n. 137), spettante ai giudici come privati e non come agenti dello Stato, la Rivoluzione fin dal suo inizio subito proclamò, per bocca del Bergasse, che *un pouvoir public ne peut être la propriété de personne*, e ritenne necessario che *les charges de magistrature ne soient pas vénales et que le droit de faire rendre la justice ne soit la propriété ou la prérogative d'aucun citoyen dans l'État* (30); sicchè, aboliti in modo assoluto la venalità degli uffici e il diritto patrimoniale di render

---

(28) Geny, *Méthode*, pag. 19 e segg.; specialmente pag. 67 e segg.; Mittermaier, *Gem. Proz.*, III, pag. 143 e segg. Cfr. anche Savigny, *Beruf*, pag. 6-7.

(29) Nota giustamente il Redenti, *Intorno al concetto di giurisdizione* (Parma, 1914), pag. 13, che già per Montesquieu il diritto sta tutto nella legge.

(30) Relazione sull'ordin. giudiziario, seduta dell'Assemblea 17 agosto 1789: « Moniteur », 1789, pag. 171-173.

giustizia (31), che era, secondo TOURET, *le plus bizarre et le plus malfaisant de tout les abus* (32), la giurisdizione veniva ad essere una funzione assolutamente pubblica e statuale, e i giudici assumevano la qualità di organi dello Stato (33). Per tal modo, sparite tutte quelle multiformi autonomie giurisdizionali che, nel periodo regio, avevano dato occasione agli investiti di esse di allargare i proprî poteri a detrimento dell'autorità sovrana o di mantenere gelosamente le proprie prerogative, i giudici furono tutti quanti, senza più differenza alcuna tra loro, pubblici funzionarî: e poterono i riformatori, che vedevano nei giudici soltanto funzionarî istituiti a servizio dell'interesse pubblico, limitare ad arbitrio il loro campo d'attività, e, in obbedienza alle concezioni filosofiche signoreggianti, svalutare l'importanza della funzione giurisdizionale a profitto della funzione legislativa.

150. — In verità, in tutte quelle discussioni preparatorie dalle quali doveva nascere il *Tribunal de cassation,* continua appare la tendenza a estendere esageratamente il campo del potere legislativo e a restringere in corrispondenza il dominio del potere giurisdizionale. Si vuole impedire (retro, n. 148) che i giudici emanino norme di carattere generale, poichè si pensa — e non a torto — che ciò produrrebbe un attentato al canone della separazione dei poteri; ma, forse sotto lo stimolo degli insegnamenti del MONTESQUIEU che limitano con tanto rigore le facoltà dei giudici di fronte alla legge (retro, n. 144), si vedono attentati al canone della separazione dei poteri anche in casi nei quali il giudice, pur venendo meno agli obblighi del suo ufficio, nulla fa per usurpare l'ufficio proprio del legislatore. Al legislatore, si dice, sta il porre la legge in astratto, al giudice l'applicarla nel caso concreto: il giudice, quindi, deve limitarsi ad accettare la legge quale gli viene offerta dal legislatore, e a trarne meccanicamente, automaticamente, le conseguenze particolari; chè, ove il giudice nel dare la sua sentenza, volesse sottrarsi al comando della legge, egli verrebbe a usurpare le attribuzioni del legislatore, violando in tal modo il principio della separazione dei poteri. Questo concetto (di cui mi è avvenuto trovare un accenno sporadico già in un commentatore dei

---

(31) Decr. 10 agosto 1789 che abolisce in genere la venalità degli uffici; Decr. 14 agosto 1790, tit. II, art. 2, per gli uffici giudiziarî. Cfr. BONCENNE, *Théorie,* I, cap. VIII, pag. 147.

(32) Relazione sulla giustizia, seduta dell'Assemblea del 24 marzo 1790: « Moniteur », 1790, 344.

(33) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 312.

canoni, il quale scrive che *si contra ius expresse iudex pronuntiat, functionem iudicis egressus legislatorem se facit*) (34) predomina in tutti i discorsi degli oratori rivoluzionarî: ROBESPIERRE, per citare uno dei più significativi, afferma appunto che *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* (35). È un concetto erroneo, evidentemente, poichè il giudice usurperebbe la funzione del legislatore soltanto quando si arrogasse la facoltà di emanare disposizioni di carattere generale, il che non avviene quand'egli viola la legge in una decisione limitata al caso concreto (36), ma è proprio questo concetto che dev'essere tenuto presente quando si voglia intendere come i riformatori, creando un organo che dovesse impedire ai giudici di violare la legge nelle loro decisioni, credevano di salvaguardare sempre meglio il principio della separazione dei poteri.

Ma v'è di più: che, cioè, i riformatori intesero di mantenere rigidamente il canone della separazione tra il potere legislativo e quello giudiziario, quando in modo energico ed assoluto posero ai giudici il divieto di interpretare in qualsiasi modo la legge. Raccogliendo il divieto già contenuto nell'Ordinanza del 1667 (retro, n. 131) (37), e suffragandolo coll'autorità dei testi romani male intesi (retro, n. 35), i riformatori confusero in un'unica nozione l'interpretazione autentica in astratto e la interpretazione giurisprudenziale o dottrinaria in concreto: e proclamarono che l'interpretazione delle leggi, di qualunque genere essa fosse, doveva rientrare nella sfera del potere legislativo (38). Si è veduto come già nei desiderati espressi dai *cahiers*, si esponessero doglianze contro la troppo lata facoltà di interpretare le leggi che tante ingiustizie aveva permesse ai giudici dell'*ancien régime* (retro, n. 141): e una delle idee fondamentali che si trovano in quasi tutti i disegni di riforme giudiziarie compilati dagli uomini della Rivoluzione, è appunto quella di limitare, o addirittura di abolire il potere interpretativo dei giu-

---

(34) GONZALES-TELLEZ, ad c. 1, X, *de sent. et re iud.*, II, 27, n. 10; cfr. il mio *Error in iudicando*, n. 62.

(35) Seduta dell'Assemblea del 10 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, pag. 1302).

(36) GENY, pag. 181: « Si étendue soit la faculté d'appréciation personnelle, que nous reconnaissons aux juges, son exercice ne saurait constituer une emprise sur le terrain législatif, du moment que l'autorité de la décision judiciaire reste limitée à l'espèce sur laquelle elle statue ».

(37) GENY, *Méthode*, pag. 67 e segg.

(38) Cfr. ampiamente GENY, pag. 67 e segg. e note, ed ivi riferimenti a legislazioni antiche e straniere; cfr. anche MORTARA, *Commentario*, I, n. 64, nota.

dici (39). Nelle discussioni svoltesi dinanzi all'Assemblea sulla Cassazione, ROBESPIERRE espresse in modo categorico il principio, secondo lui derivante dal diritto romano, che la facoltà di interpretare la legge fa in ogni caso parte del potere legislativo (40): e in base a tale principio, accettato come indiscutibile da tutti i riformatori, il divieto ai giudici di interpretare la legge passò nel diritto positivo (41) senza che in nessun modo si pensasse di limitarlo alla sola interpretazione autentica.

In verità, mentre il negare ai giudici la facoltà di interpretare le leggi in astratto rispondeva alla più retta nozione dei confini tra potere legislativo e potere giudiziario, il negar loro anche la facoltà di interpretare le leggi in concreto, caso per caso, per adattarle via via che l'opportunità si presentasse alle sempre varie e nuove fattispecie controverse, veniva da una parte a negare al potere giurisdizionale il suo pratico funzionamento (42); e dall'altra, attribuendo al potere legislativo l'interpretazione in concreto, travisava quel carattere di generalità e di astrattezza che devono avere tutte le disposizioni date da questo potere (43). Per questo, considerando che la rigorosa osservanza di tale così assoluto principio avrebbe reso impossibile ai giudici l'esercizio del loro ufficio, qualcuno ha tentato di attenuare la portata del divieto, che, preso nel suo significato letterale, sembrava innaturale ed assurdo (44): il MERLIN, ad esempio, insegnava che il divieto d'interpretazione fatto ai giudici dalla Rivoluzione non mirava al di là della interpretazione autentica (45); e tra i moderni, il REDSLOB suppone che il divieto d'interpretazione non abbia voluto impedire ai giudici di trarre dalle leggi esistenti per via d'analogia conseguenze giuridiche (*Rechtssätze*) limitate al singolo caso da decidersi, ma piut-

---

(39) THOURET, *Analyse des idées principales*, etc., sez. IV: « Les juges appliqueront la loi au sens littérale sans s'en écarter ni l'interpréter », in SELIGMAN, *Justice*, pag. 200; BERGASSE, *Rapport* del 17 agosto 1789: « Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé, si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions » (« Moniteur », 1789, 172); « ... qu'aucun juge ... n'ait le droit d'interpréter la loi, ou d'en étendre les dispositions à son gré » (*ib.*, 173).

(40) Seduta del 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 593); seduta del 10 novembre 1790 (*ib.*, 1790, 1302).

(41) Decr. 16-29 agosto 1790, tit. II, art. 10 e 11; Decr. 14-16 frim., anno II, sect. II, art. 11. Cfr. GENY, *Méthode*, pag. 67 e note; REDSLOB, *Staatsth.*, pag. 331.

(42) Così si esprimeva TRONCHET nella discussione sull'art. 5 del Codice Napoleone. Cfr. MERLIN, *Rép.*, v. *Interprétation*, n. 111.

(43) La stessa Corte di cassazione riconobbe questo controsenso: cfr. MERLIN, *Rép.*, v. *Référé au législateur*.

(44) SELIGMAN, *Justice*, pag. 200; GENY, l. c.

(45) *Rép.*, v. *Interprétation*, III.

tosto abbia voluto allontanare la possibilità che dalle leggi esistenti si traessero per via d'interpretazione altri principî generali di diritto (*Rechtsregeln*) applicabili anche a casi futuri (46). Ma di simili distinzioni non v'è ombra nei testi che ci conservano il pensiero dei riformatori: e le reputo quindi estranee alle originarie concezioni di questi. Credo piuttosto che gli oratori dell'Assemblea nel formulare un principio così assoluto, neppure si resero conto di quello che esso avrebbe significato in pratica, nè intesero come esso si trovasse in inconciliabile dissidio coll'idea più elementare di giurisdizione (47): infatuati com'erano dall'idea che il diritto codificato avrebbe da sè provveduto a tutto, e sarebbe, per così dire, andato da sè incontro ai giudici, essi credettero veramente che tutte le sentenze avrebbero potuto essere, d'ora in avanti, *un texte précis de la loi,* come le voleva il MONTESQUIEU (retro, n. 144). *Dans un État qui a une constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi,* affermava con enfasi il ROBESPIERRE (48): parole solenni che certo dovevano trovar plauso nella Assemblea, così calda assertrice della onnipotenza della legge, ma dalle quali possiamo fin d'ora imparare a non meravigliarci se l'istituto della Cassazione, basato su premesse teoriche così poco rispondenti alla realtà positiva, sembrerà nel suo pratico funzionamento smentire gran parte di quei principî astratti che erano stati invocati per giustificare la sua istituzione (49).

151. — Dopo aver visto in base a quali criterî la Rivoluzione definiva i limiti di attività tra potere legislativo e potere giudiziario a tutto svantaggio di quest'ultimo, e in che ristretti confini voleva che il giudice si mantenesse per non invadere il dominio riservato al legislatore (retro, nn. 148-150), dobbiamo vedere ora quali furono i mezzi pratici che i riformatori escogitarono, per far sì che, non solo nella teoria astratta, ma benanche nella concreta esplicazione della vita statuale, il potere giurisdizionale fosse mantenuto rigorosamente nel campo d'azione ad esso con tanta ristrettezza riservato.

---

(46) REDSLOB, *Staatstheorien,* pag. 331.

(47) BERGASSE, nel già citato *Rapport* 17 agosto 1789 (« Moniteur », 1789, 173) così giustificava il divieto: « On aperçoit sans peine que, si la loi peût être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mai sous la puissance de celui qui l'interprète... », etc. E così veniva a negare al giudice perfino la facoltà di applicare la legge secondo il proprio criterio; ossia negava il giudice!

(48) Seduta del 18 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1336).

(49) Quando, qualche anno dopo la istituzione del Tr. di cass., si tornò a distinguere tra interpretazione autentica e interpretazione giurisprudenziale (cfr.

Questi mezzi furono due: l'uno *preventivo*, e l'altro *repressivo*.

Quello *preventivo* fu il cosidetto *référé législatif* facoltativo (50), stabilito dall'art. 12 del Tit. II del Decr. 16 agosto 1790, in virtù del quale ai giudici era dato il permesso di rivolgersi per schiarimenti al Corpo legislativo *toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle* (51). Per questa disposizione (la quale dimostra che in fondo neppure i riformatori erano assolutamente sicuri della chiarezza e della compiutezza della loro codificazione!) si veniva a offrire ai giudici una via per trarsi d'impaccio tutte le volte che essi non riuscissero a trovare nel diritto positivo una norma che potesse letteralmente adattarsi alla fattispecie da decidere: per evitare che i giudici fossero tratti, dalla necessità di decidere a tutti i costi, a interpretare o a estendere il diritto vigente, veniva dato ad essi il mezzo di ricorrere per aver lume a colui che solo aveva il potere di interpretare o di completare il diritto positivo, cioè al legislatore. Si riaffermava così, per mezzo di questo *référé* facoltativo, che già si trovava nell'Ordinanza del 1667 (retro, n. 131) e che veniva in sostanza a trasformare il legislatore in giudice, la assoluta soggezione del potere giudiziario alla legge, e quell'assurdo disconoscimento dell'importanza della interpretazione giurisprudenziale, alla quale doveva essere restituita la dovuta considerazione solo dall'art. 4 del Codice Napoleone (52) (oltre, n. 179).

L'altro mezzo — quello *repressivo* — fu l'annullamento (integrato dal *référé* obbligatorio, di cui oltre, n. 166) delle sentenze dei giu-

---

oltre, n. 186-187), gli stessi Francesi compresero questa aberrazione dei riformatori. Diceva il PERSIL, discutendo il 21 febbraio 1837 dinanzi alla Camera dei Pari (« Moniteur », 1837, 352): « Il fut un temps où, abusant d'une règle de notre ancien droit, qui attribuait l'interprétation à celui-là qui avait fait la loi, on croyait pouvoir paralyser et même détruire l'interprétation doctrinale... ». Cfr. anche KERGORLAY, seduta del 19 luglio 1828 (« Moniteur », 1828, 1192). Già nei lavori preparatori del Codice Napoleone, dal quale fu restituita ai giudici la facoltà di interpretare la legge nel caso singolo (oltre, n. 179), il TRONCHET riconosceva che « l'on a abusé, pour réduire les juges à un état purement passif, de la défense que leur avait faite l'assemblée constituante, d'interpréter les lois et de réglementer » (in LOCRÉ, I, 229. Processo verbale del C. di S. del 14 term., anno IX).

(50) « Facoltativo » in quanto era rimesso al criterio dei giudici riconoscere quando vi fosse una legge da interpretare; ma, quando tale riconoscimento era avvenuto, allora era « obbligatorio » per il giudice ricorrere al *référé* suddetto, poichè, come si è detto, al giudice era vietata ogni sorta di interpretazione.

(51) Cfr. su questo punto GENY, *Méthode*, pag. 67 e segg., pag. 74 e segg. E MERLIN, *Rép.*, v. *Référé au législateur*, n. II-III.

(52) MERLIN, v. e l. cit., n. IV. Cfr. anche SIREY, *Recueil*, 1808, II, v. *Interprétation*, § II (pag. 38-39); *ibidem*, 1824, II, v. *Interprétation royale*, § 1 (pag. 18 e segg.).

dici che fossero state pronunciate in dispregio del principio della separazione dei poteri. Poichè, nonostante le rigorose proibizioni trasfuse in testi di diritto positivo e nonostante la facoltà del *référé* colla quale si cercava di garantire che tali proibizioni potessero essere in pratica osservate, era pensabile che qualche giudice avrebbe anche sotto il nuovo regime tentato di emanare per via di sentenza disposizioni di carattere generale, o, caso più frequente, avrebbe pronunciato sentenze contrarie alla legge o basate su interpretazioni più o meno arbitrarie della legge stessa, bisognava far sì che tali atti del giudice, contrarî al principio della separazione dei poteri, non potessero avere alcuna validità giuridica. Si pensò adunque a garantire il mezzo per invalidare questi atti del giudice nello interesse del legislatore; e si riconobbe a tale scopo nello Stato il potere di cassare le sentenze che contenessero una contravvenzione al principio della separazione dei poteri. Per esercitare questo potere statuale di cassazione si pensò di istituire un organo apposito, che fu poi, come vedremo, il *Tribunal de cassation*.

152. — Ammesso senza discussione da tutti gli oratori dell'Assemblea che nella nuova Costituzione dovesse esservi un controllo destinato a impedire ai giudici di invadere, nei modi sopra descritti, il campo proprio del legislatore (53), è interessante ricercare in quale dei tre poteri che, secondo la teoria del Montesquieu, esauriscono la sovranità dello Stato, veniva fatta rientrare dai riformatori questa funzione di controllo.

Rientrava essa, questa funzione di annullare le sentenze dei giudici che contenessero un attentato al canone della separazione dei poteri, nel potere giudiziario, ovvero in quello esecutivo, oppure in quello legislativo? Non mancano, nelle discussioni svoltesi innanzi all'Assemblea, argomentazioni in proposito.

Certo tutti gli oratori furono concordi nel ritenere che questa funzione di controllo non rientra assolutamente nel potere giudiziario: non solo perchè, concettualmente, annullare sentenze contrarie al principio della separazione dei poteri è cosa ben diversa dal giudicare (54), ma perchè in pratica sarebbe stato assurdo affidare l'ufficio di sorveglianza allo stesso potere che si voleva sorvegliare. Lo notavano con gran chiarezza il Robespierre (55): *Ce*

(53) « Il est donc nécessaire d'avoir une surveillance qui ramène les tribunaux aux principes de législation »: Robespierre, 10 novembre 1790 (« Moniteur », 1790, 1302).

(54) Cfr. il discorso di Chabroux, tenuto dinanzi all'Assemblea il 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 597).

(55) Sed. 10 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1302).

pouvoir de surveillance serat-il partie du pouvoir judiciaire? Non, puisque c'est le pouvoir judiciaire qu'on surveille; e il GOUPIL: *Anéantir un jugement, ce n'est pas juger* (56).

Escluso che la funzione di cassazione rientrasse nel potere giudiziario (57), pochi furono quelli che la vollero far rientrare nel potere esecutivo. Accennava il THOURET (58) che il potere giudiziario, quando viola la legge, dev'essere sottoposto alla sorveglianza del potere esecutivo; ed esplicitamente l'Abate ROYER proclamava dinanzi all'Assemblea (59) che la funzione di cassazione *a toujours été attribuée au pouvoir exécutif et on ne peut lui ravir ce pouvoir...* Ma il ROBESPIERRE, e con lui la maggioranza dei deputati, senza indagare se per avventura non fosse proprio il potere esecutivo il più adatto per vegliare alla retta esecuzione delle leggi da parte dei giudici, continuava: *Sera-ce le pouvoir exécutif? Non, il deviendrait maître de la loi;* e prima di lui LE CHAPELIER aveva affermato: *la cassation des jugemens en contravention à la loi n'est pas un droit du pouvoir exécutif, auquel appartient seulement celui de reprimande envers les juges...* (60).

Così la scelta non poteva essere dubbia; e ROBESPIERRE concludeva: *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* (61); e la sua conclusione riassumeva certo il pensiero di tutti gli oratori dell'Assemblea (62), convinti che, come spetta al legislatore il potere di creare le leggi, e quello di interpretarle (retro, n. 150), così a lui spetta *le pouvoir de veiller au mantien des lois* (63), *parce que* — per dirlo colle parole di LE CHAPELIER nel presentare all'Assemblea il disegno del Tr. di cassazione (64) — *après le pouvoir de faire la loi, venoit naturellement celui d'en surveiller l'observation.*

---

(56) Sed. 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 590).

(57) Cfr. peraltro REDSLOB, *Staatstheorien*, pag. 343 e il discorso di ANTOINE, del 20 ott. 1790, riportato ivi in nota 1.

(58) In quella sua già citata *Analyse*, riportata dal SELIGMAN, *Justice*, pag. 200.

(59) Nella seduta del 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 594).

(60) Seduta del 25 ottobre 1790 (« Moniteur », 1790, 1238).

(61) ROBESPIERRE, *ibid.*

(62) SAINT-MARTIN, 25 maggio 1790 (*ib.*, 594): « Dans les principes, le droit de prononcer contre la violation de la loi doit appartenir au pouvoir législatif »; il potere di cassazione è chiamato « émanation du pouvoir législatif », « émanation de l'autorité législative » da GOUPIL DE PREFELN, 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 590) e 10 nov. 1790 (*ib.*, 1790, 1302).

(63) È, ancora, una espressione di ROBESPIERRE, 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 593).

(64) Seduta del 25 ottobre 1790 (« Moniteur », 1790, 1238).

Non è questo il luogo adatto nè d'altra parte occorre lunga argomentazione per dimostrare che il considerare come proprio del legislatore l'annullamento di singole sentenze contrarie alla legge è idea che non regge alla critica (65). Certo è che per la precisa intelligenza dell'istituto, che qui studiamo, questa opinione, anche se errata, ha una importanza capitale, poiché ad essa, come vedremo, si inspirano tutte le norme che regolarono l'organo destinato a esercitare in pratica questa funzione di annullamento.

153. — Si è visto qual'era, secondo i concetti dei riformatori, la natura della funzione di cassazione e qual posto essi le attribuivano nel quadro dei pubblici poteri. Dobbiamo ora vedere, in corrispondenza, con quali intendimenti essi scelsero l'organo destinato a esercitare la funzione suddetta.

Nessuno pensò neppure lontanamente, per la ragione già detta poco fa, ad affidarla a qualcuno degli organi giudiziarî già esistenti (66). Sibbene, mentre tutti furono concordi su questo punto negativo, diverse furono le proposte sul modo di regolare positivamente la funzione di cassazione e di scegliere l'organo al quale tale funzione dovesse essere demandata.

Nell'Assemblea si manifestarono due tendenze: l'una riteneva opportuno affidare la funzione di cassazione a organi pubblici già esistenti nella costituzione, cumulando così tale ufficio in organi già investiti di altro ufficio più importante; l'altra mirava invece a creare per l'esercizio della cassazione un organo speciale diverso da tutti gli organi pubblici finora esistenti.

a) Alla prima tendenza appartengono due proposte, corrispondenti alle due diverse opinioni che abbiamo visto espresse dall'Assemblea a proposito della natura del potere di cassazione.

α) Coloro che reputavano la funzione di cassazione compresa nel potere esecutivo, proponevano che in pratica tale funzione dovesse essere attribuita a un organo di questo potere, o, per meglio dire, all'organo che questo potere cumulava e concentrava in sè, cioè al sovrano. THOURET (67) voleva che gli atti del

---

(65) Rimando alla critica del REDSLOB, *Staatsth.*, pag. 342-343, il quale scrive che quando la cassazione, atto con efficacia limitata al caso singolo, è paragonata alla legislazione, che si distingue dal suo carattere di generalità, si tenta la infelice unione di concetti inconciliabili. Cfr. anche HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 122.

(66) La proposta, affacciata da qualcuno (retro, n. 146), di trasformare la funzione di cassazione in un potere reciproco di revisione demandata ai diversi tribunali, non fu neppure messa in discussione.

(67) *Analyse* cit.; in SELIGMAN, *Justice*, pag. 200.

potere giudiziario contrarî alle leggi potessero essere annullati *par le Roi en son conseil;* e dinanzi all'Assemblea l'Abate Royer (già s'è visto: retro, n. 139) esplicitamente proponeva che l'ufficio di cassazione dovesse, come già accadeva sotto l'*ancien régime,* essere attribuito al re assistito dai suoi consiglieri di Stato (68). Ma tale proposta non poteva incontrare l'approvazione dell'Assemblea, che vedeva un pericolo per il potere legislativo in qualsiasi controllo sull'osservanza delle leggi affidato al potere esecutivo, e che d'altra parte ricordava gli ammonimenti del Montesquieu sulla inopportunità di dare al consiglio regio ingerenza sull'amministrazione della giustizia (retro, n. 144); tale proposta fu perciò clamorosamente respinta.

β) Da parte sua il Robespierre, che aveva dimostrato con tanto apparente rigore dialettico la natura legislativa della funzione di cassazione, proponeva puramente e semplicemente che tale funzione fosse affidata allo stesso organo nel quale risiedeva il potere di fare le leggi: *Mon avis est donc que le tribunal de cassation soit établi dans le sein du corps législatif, et qu'un comitat soit chargé de l'instruction et de faire le rapport à l'Assemblée qui décidera* (69). Ma questa proposta, in apparenza la più logica fra tutte, se riscosse l'approvazione di qualche membro dell'Assemblea (70), fu scartata anch'essa non perchè sembrasse teoricamente infondata (71), ma perchè si temeva che, scegliendo in seno alla Assemblea legislativa un comitato per l'istruzione dei procedimenti di cassazione, si sarebbe in pratica venuto a costituire una specie di Senato, cioè un istituto che i riformatori non volevano introdurre nella nuova costituzione (72).

b) Ebbero quindi facile vittoria coloro che volevano affidare la funzione di cassazione a un organo appositamente creato per questo scopo. Tale organo, sulla cui composizione esteriore si svolsero discussioni alle quali ho già accennato (retro, n. 146), fu un consesso autonomo che prese il nome di *Tribunal de cassation.*

---

(68) « La demande en cassation n'est autre chose qu'un appel au Prince: elle ne peût être séparable de sa personne », etc., 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 594).

(69) 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 593).

(70) Saint-Martin, *ibidem.*

(71) Anche quando ormai era stato deciso di affidare la funzione di cassazione a un consesso autonomo, Le Chapelier diceva che « si cela etoit possible, il seroit dans les véritables principes que les jugemens contraire à la loi fussent cassés par des Decrets » (« Moniteur », 1790, 1238: 25 ottobre 1790).

(72) Barrère de Vieusac, *ibidem.*

154. — Il nome di *Tribunal* (73), che nelle discussioni dell'Assemblea vediamo comunemente attribuito all'istituendo organo di cassazione, e la conseguente qualifica di *juges* che vediamo data ai suoi membri, non deve far credere che l'Assemblea intendesse di creare in esso un organo giurisdizionale, simile ai veri e proprî tribunali.

Già si è dimostrato chiaramente (retro, n. 152) come nella funzione di cassazione i riformatori vedessero una funzione tutt'altro che giurisdizionale: oltre a questo è facile constatare 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, secondo i varî modi di vedere, costituisce l'essenza della giurisdizione; al contrario i riformatori attribuiscono al *Tribunal de cassation* un ufficio che va molto al disopra dei conflitti di interessi fra i litiganti e delle singole volontà di legge invocate dai privati in contesa, un ufficio di natura costituzionale, destinato a mantenere nella sua integrità quel canone della separazione dei poteri ch'è la prima condizione per la normale esistenza dello Stato.

Mette conto cogliere, nelle discussioni svoltesi dinanzi all'Assemblea, alcune fra le più notevoli espressioni colle quali gli oratori tentavano di definire il còmpito dell'istituendo organo di cassazione. Ecco qui le frasi più caratteristiche: BARRÈRE: *La loi peut être violée, et il faut empêcher la violation de la loi; il faut donc établir un tribunal chargé de reprimer cette violation* (74); BARNAVE: *Il y a deux motifs principaux pour l'établissement d'une cour de cassation. Premièrement conserver l'unité monarchique, employer les moyens les plus propres a lier entre elles toutes les parties politiques de l'Empire, et prevenir une division qui conduiroit au gouvernement fédératif. Secondement, maintenir l'unité de législation et de prevenir la diversité de jurisprudence* (75); MERLIN: *L'intérêt de la nation est de fortifier les moyens d'assurer l'unité des tribunaux et d'écarter ce qui pourroit l'altérer... Avoir un tribunal unique, c'est le grand moyen d'empêcher dans l'état toute scission* (76); ROBESPIERRE: *... uniquement établie pour défendre la loi et la constitution...* (77); SAINT

(73) Cfr. GARSONNET, *Trattato* (trad. LESSONA), I, § 74, nota, il quale spiega che il nome di tribunale fu preferito a quello di Corte, perchè quest'ultima parola richiamava all'origine feudale degli organi giudicanti, che in origine erano corti del feudatario (seduta del 23 luglio 1790: « Moniteur », 25 luglio 1790, 848-849).

(74) Seduta 8 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 524).

(75) Sed. 8 maggio (*ibidem*).

(76) Sed. 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 589).

(77) Sed. 24 maggio (*ibid.*, 593).

MARTIN: *Le tribunal de cassation a pour objet de protéger la liberté et d'assurer l'exécution de la loi...* (78); GARAT: *Le but de ce tribunal étant le maintien des lois...* (79); CHABROUX: *Ses fonctions consisteroient à reprimer les écarts des juges, à preparer aux législateurs les moyens de réparer les erreurs et l'insufficience de la loi* (80).

Da queste citazioni emerge chiaramente che lo scopo dell'istituendo organo di cassazione non doveva essere, negli intendimenti dei suoi creatori, quello di render giustizia a somiglianza degli altri tribunali; e, anche in mezzo all'enfasi oratoria delle frasi sopra riportate, alcune delle quali tendono ad ingrandire l'ufficio della Cassazione oltre i suoi naturali confini, si riesce a intendere che lo scopo caratteristico dell'istituto doveva essere quello di difendere il potere legislativo dagli attentati dei giudici, e di assicurare da parte dei giudici la più scrupolosa osservanza delle leggi nell'interesse del buon andamento della pubblica costituzione: scopo di nomofilachia, cioè, di controllo sul funzionamento dello Stato; e niente affatto scopo giurisdizionale.

Il *Tribunal de cassation,* nonostante il suo nome, non doveva dunque avere i requisiti di un organo giudiziario. È detto esplicitamente nelle discussioni dell'Assemblea: *La Cassation, n'est pas une partie du pouvoir judiciaire, mais une émanation du pouvoir législatif. C'est par rapport à l'ordre judiciaire un hors d'oeuvre, une espèce de commission extraordinaire du corps législatif chargé de reprimer la rébellion contre la volonté générale de la loi* (81); *Nous devons la considérer non comme une partie de l'ordre judiciaire, mais comme placée entre le législateur et la loi rendue, pour réparer les atteints qu'on pourroit lui porter* (82). In considerazione di questa differenza sostanziale che doveva passare tra il cosidetto *Tribunal de cassation* e gli altri veri e propri tribunali, CHABROUX logicamente proponeva che i membri dell'organo di cassazione non si chiamassero *juges,* ma *inspecteurs de justice* (83), e che l'organo stesso, anzichè colla impropria qualifica di *tribunal,* fosse chiamato, in armonia colla sua funzione, *Conseil national pour la conservation*

---

(78) Id. (*ibid.*, 594).

(79) Sed. 26 maggio (*ibid.*, 597).

(80) Id. (*ibidem*).

(81) GOUPIL DE PREFELN, sed. del 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 590).

(82) ROBESPIERRE, sed. 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 593); cfr. anche i discorsi di BARRÈRE, CLERMONT TONNERRE (*ibidem*) e GARAT, 26 maggio (*ib.*, 597).

(83) Sed. del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, pag. 597). Cfr. MORTARA, *Comm.*, I, n. 66, che scorge una prova dell'originario carattere politico della Cassazione nel sistema elettivo, con cui originariamente furono nominati i suoi membri: cfr. oltre, n. 195, nota.

des lois (84); non diverso criterio veniva seguìto nel disegno di costituzione presentato tre anni più tardi da CONDORCET e dai Girondini alla Convenzione, per il quale, al posto del Tribunale di cassazione, si volevano mettere dei magistrati chiamati *censeurs judiciaires* (85).

Simili denominazioni, che avrebbero espresso senza possibilità di confusioni il vero carattere iniziale dell'istituto, non furono adottate. Esso si chiamò *Tribunal,* e i suoi membri *juges;* doveva accadere, così, col volger degli anni, quello che CHABROUX aveva previsto, quando avvertiva che *ceux que vous auriez nommés juges, voudroient juger* (86): doveva accadere, cioè, che l'istituto, chiamato al suo sorgere impropriamente *Tribunal,* avrebbe a poco a poco, nel suo svolgimento, assunto carattere e funzioni giudiziarî. Ma in origine — e questo basta per ora aver dimostrato — esso, negli intendimenti dei suoi fondatori, carattere giudiziario non aveva: era soltanto, per usar la imaginosa frase di PRIEUR (87), *une sentinelle établie pour le maintien des lois.*

155. — Ho cercato di porre in chiaro gli intendimenti coi quali i riformatori muovevano alla fondazione del *Tribunal de cassation.* Vedremo tra poco in quale misura e attraverso quale conformazione l'istituto da essi fondato corrispose in pratica ai loro disegni; ma fin d'ora possiamo domandarci in che cosa l'istituto da essi vagheggiato nella nuova costituzione si differenziava da quel *Conseil des parties* che aveva esercitato la funzione di cassazione sotto l'*ancien régime.*

In verità, se mettiamo a confronto la natura e lo scopo che la funzione di cassazione aveva sotto la monarchia con la natura e lo scopo della Cassazione nel regime rivoluzionario, troviamo una grandissima affinità tra i due termini di paragone: da una parte e dall'altra, infatti, abbiamo una facoltà di annullamento connessa a un pubblico potere per reprimere gli attacchi ad esso rivolti da un altro pubblico potere, insofferente di mantenersi entro un determinato campo d'azione; nel primo caso il sovrano annulla gli atti dei Parlamenti contenenti una violazione delle sue ordinanze, nel secondo caso il potere legislativo annulla gli atti dei giudici contenenti una violazione della legge. Cambiano, per il cambiare

---

(84) Sed. del 10 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1302).

(85) Seduta del 15 febbraio 1793 (« Moniteur », 1793, 225). Cfr. CHENON, *Cassation,* pag. 76-77; GLASSON, *Cassation,* 681. La caduta dei Girondini fece sì che il progetto neppure venne portato in discussione.

(86) Sed. del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 597).

(87) Sed. dell'11 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1306).

dell'ordinamento politico, i due soggetti del rapporto, ma non cambia la natura del rapporto stesso; il quale, sotto la monarchia come nella costituzione rivoluzionaria, è la conseguenza di una rivalità fra due poteri pubblici; l'esponente di un conflitto cronico esistente fra gli organi dello Stato. Cambiava, si capisce, il significato costituzionale di questo conflitto: poiché, mentre sotto l'*ancien régime* il re cassava per mantenere intatta la propria autorità di sovrano di fronte alle ribellioni di consessi giudiziarî che tendevano nel proprio interesse a trasformarsi in consessi politici, il dissidio diveniva più astratto e meno personale nel regime rivoluzionario, in cui la Cassazione mirava a mantenere intatto il principio della separazione di due poteri pubblici ambedue funzionanti nell'interesse dello Stato; ma insomma la Cassazione continuava ad essere anche qui, come sotto la monarchia, un'arma di combattimento (retro, n. 113).

Se la funzione di cassazione aveva dalla Rivoluzione riportato soltanto, meglio che un mutamento sostanziale, una maggior determinazione teorica, una più precisa interpretazione rispondente al sistema di principî al quale tutta la nuova costituzione era inspirata, la vera innovazione che i riformatori compierono in questo campo fu quella di affidare l'esercizio di questa funzione, strettamente connessa sotto l'*ancien régime* al sovrano e al suo consiglio, a un organo autonomo ed appositamente creato per essa. La Rivoluzione francese non creò *ex novo* nella Cassazione una funzione sconosciuta al precedente regime; sibbene creò *ex novo*, nel *Tribunal de cassation*, un organo separato, adibito a esercitare in modo esclusivo quell'ufficio di annullamento che finora era stato affidato senza precisa delimitazione al sovrano ed alla sua corte (88). Più che nella sostanza della funzione, la Rivoluzione innovò nella forma del suo esercizio, in quanto dette autonomia e conseguente autorità all'organo investito di questa funzione (89); e se poi nell'ulteriore sviluppo, anche la sostanza della funzione andò radicalmente trasformandosi (lo vedremo nelle prossime pagine), ciò non derivò da cosciente volontà dei riformatori, ma da una lenta evoluzione pratica dell'istituto, alla quale i suoi fondatori neppure avevano pensato.

---

(88) Anche MERLIN, *Rép.*, v. *Cassation*, § 1, n. III, vede l'innovazione della Rivoluzione in questo aver separato dal re la funzione di cassazione: « aujourd'hui ce droit est délégué à une autorité distincte du conseil d'État ».

(89) In questo senso scrive il MITTERMAIER, *Gem. Pr.*, III. Beitr., pag. 134 e segg., che la cassazione « nicht als eine neue Revolutionsschopfung betrachtet werden kann ». Così FEUERBACH, *Betrachtungen*, II. Bd., I. Abtheil, VI. Hauptstuch, pagg. 94-119, dice che il Trib. di cass. si differenzia dal *Conseil des parties* solo per la sua forma e indipendenza; IONAS, *Studien*, pag. 287; LEUE, *Ideen*, pag. 124. Cfr. WEISMANN, *Einheitliches Recht* cit., pagg. 173-174.

Capitolo XXI

IL TRIBUNALE DI CASSAZIONE QUALE FU NELLA SUA FORMA ORIGINARIA (ORGANO DI CONTROLLO COSTITUZIONALE SULL'ATTIVITÀ DEL POTERE GIUDIZIARIO)

Sommario: 156. Il principio del doppio grado giurisdizionale: il Tr. di cass. non costituisce un terzo grado. — 157. Decr. 27 nov. - 1° dic. 1790: divisione delle sue norme in due gruppi. — 158. *A*) Norme rispondenti alla concezione teorica dell'istituto. — 159. *a*) Divieto al Tr. di cass. di giudicare *le fond* delle controversie. — 160. *b*) Di quali vizî il Tr. di cass. si occupa: *errores in iudicando*: *contravention à la loi*. — 161. Significato di tale locuzione. — 162. Apparente contraddizione di essa col divieto fatto ai giudici di interpretare la legge. — 163. *c*) Carattere puramente negativo della cassazione. — 164. Sua giustificazione. — 165. *d*) Conflitto tra autorità giudiziaria e Tr. di cass.: *référé obligatoire* al legislatore. — 166. Significato di questo sistema. — 167. Asserita dipendenza del Tr. di cass. dal potere legislativo. — 168. *e*) Impulso alla cassazione: cassazione *dans l'intérêt de la loi*. — 169. Come da tale istituto appaia la natura non giurisdizionale del Tr. di Cass. — 170. Conferma tratta dall'annullamento per *excès de pouvoir*. — 171. *B*) Norme non rispondenti alla concezione teorica dell'istituto. — 172. *a*) La *demande en cassation*, come facoltà concessa ai privati di provocare la cassazione. — 173. *b*) La cassazione per *errores in procedendo*. — 174. Sua giustificazione storica. — 175. *c*) Attribuzioni eterogenee del Tr. di cass. — 176. Come nella cass. per *error in proc.* e nelle altre attribuzioni accessorie del Tr. di cass. non si applichino le regole fondamentali della cassazione. — 177. Conclusione sul carattere del Tr. di cass. nella sua forma originaria. — 178. Non serve a mantenere l'unità della giurisprudenza.

156. — In base al Decreto 27 novembre - 1° dicembre 1790 (retro, n. 146) il *Tribunal de cassation* iniziò il 20 aprile 1791 la sua esistenza pratica, insediandosi nell'antica aula del Parlamento di Parigi e raccogliendo l'eredità del *Conseil des parties*, che cessò di funzionare il giorno stesso (1). La sua costituzione e il suo funzionamento, come si è visto, non furono regolati dalla legge generale sull'ordinamento giudiziario del 16-24 agosto 1790; ma, ciò nonostante, si può dire che esso fin dalla nascita abbia avuto in realtà un suo posto entro l'ordinamento giudiziario, col carattere di un Tribunale supremo?

(1) Decr. 27 nov. - 1° dic. 1790, art. 30 (Tarbé, n. 547); L. 13-20 marzo 1791 e 14-17 aprile 1791 (Tarbé, nn. 566 e segg.). Cfr. Chenon, *Cassation*, pag. 73 e nota 2.

Il Decreto dell'Assemblea Costituente che porta la data del 1° maggio 1790 stabilì che nel nuovo ordinamento giudiziario *il y aurait deux degrés de jurisdiction en matière civile* (2); e in base a questo principio (3) fu ammesso contro le sentenze di prima istanza un solo appello, il quale, secondo il sistema adottato dal Decreto 16-24 agosto 1790, non doveva esser portato a speciali organi giudiziarî di secondo grado, ma reciprocamente da tribunale a tribunale limitrofo (4). Tale sistema dell'appello reciproco durò fino alla riforma giudiziaria dell'anno VIII (Legge 27 ventoso), la quale istituì, al disopra dei tribunali di prima istanza, degli appositi tribunali di secondo grado, che poi, sotto l'Impero, assunsero il nome di *Cours d'appel;* così l'ordinamento della giustizia civile risultò composto di una duplice serie di organi, corrispondente alla duplice trattazione alla quale ogni causa poteva successivamente aspirare. Per quanto riguarda i fini della giustizia, la Rivoluzione francese, dunque, reputò sufficiente alle esigenze di una corretta e sollecita risoluzione delle liti offrire ai litiganti la possibilità di provocare normalmente un solo riesame della decisione ottenuta in prima istanza: e quindi escluse la opportunità di costruire nell'ordinamento giudiziario, al disopra della suddetta doppia serie di organi, una terza serie per un'ulteriore trattazione dei processi già passati attraverso i giudizî inferiori. L'ordinamento giudiziario escogitato dalla Rivoluzione francese non può, come quello di altri Stati, esser schematicamente raffigurato come una piramide la quale culmini in un unico organo supremo di giurisdizione; l'idea di una *terza istanza,* propria, come si è visto (retro, nn. 87-95), del diritto comune italiano e tedesco, era nettamente estranea all'ordinamento francese, il quale, al disopra delle due stratificazioni di organi destinati ai giudizî di prima istanza e di appello, non comprendeva un Tribunale supremo che riassumesse e unificasse il potere giurisdizionale. L'ordinamento giudiziario francese non ebbe, nella sua concezione originaria, un vertice, un centro: si opponeva all'idea di questo organo centrale quel timore dei consessi giudiziarî troppo potenti, che fece sembrare pericolosa, agli autori del Decreto 16-24 agosto 1790, perfino la istituzione di speciali tribunali d'appello.

Quando ora affermano il Boncenne (5), che *un tribunal de cassa-*

---

(2) Cfr. Boncenne, *Théorie,* I, pag. 398.

(3) Sulla portata del quale nel nostro processo cfr. Zanzucchi (M. T.), *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello* (Milano, 1916), nn. 68 e segg.

(4) Cfr. Boncenne, *Théorie,* I, cap. XVI.

(5) *Théorie,* I, pag. 492.

tion fut institué comme le centre du pouvoir judiciaire, il WEISMANN che *il Tr. di cass. non deve essere come l'antico Conseil una magistratura posta fuori dell'ordinamento giudiziario, ma deve formare una parte essenziale di esso, il suo supremo culmine* (6), vengono evidentemente con ciò a contraddire a quel principio del doppio grado di giurisdizione che i riformatori posero a base del loro sistema. Il potere giudiziario, in realtà, si esauriva in un doppio ordine di tribunali; a fini assai diversi da quelli per i quali questo doppio ordine di tribunali era istituito, doveva servire, come vedremo, l'organo cui era affidato il potere di cassazione: il quale, come si esprimeva l'art. 1° del Decreto 27 nov. - 1° dec. 1790, non era posto al vertice dell'ordinamento giudiziario, ma sibbene *établi auprès du Corps législatif* (7).

157. — Non tribunale supremo di ultima istanza fu, pertanto, in pratica, il *Tribunal de cassation.* Ma quale dunque resultò nel diritto positivo la sua funzione e la sua posizione?

Numerosi furono, dopo il Decreto fondamentale del 27 nov. e 1° dec. 1790, i provvedimenti legislativi che regolarono nei minuti particolari il funzionamento dell'istituto; ma, non essendo mio intento, nè ora nè in seguito, narrare in forma episodica e in ordine cronologico la storia esterna dell'istituto (8), mi asterrò dal passarli in rassegna ad uno ad uno (9); se, nella Parte speciale di questo lavoro, potranno essere studiate, accanto ai testi italiani le particolari disposizioni delle leggi francesi relative al nostro tema, qui mi basta tener conto di quelle norme particolarmente significative, dalle quali si potrà de-

---

(6) *Einheitliches Recht* cit., pag. 175.

(7) Si cfr. anche, a conferma della relazione intercedente fra il principio del doppio grado e l'istituto della Cassazione, il parere del Consiglio di Stato, 18 genn. 1806, riportato da MERLIN, *Rép.*, v. *Cassation,* § II, 1; e da MORTARA, *Appello civile,* parte gen., n. 210.

(8) Rimando, per questo, ai notiziarî del DALLOZ e del CREPON, ed alla citata monografia dello CHENON.

(9) La raccolta del TARBÉ, *Lois et règlements,* più volte citata, contiene, nella *Deuxième Partie* (pag. 241 e segg.), l'elenco quasi completo delle leggi e regolamenti posteriori al 1789, coll'estratto degli articoli riguardanti la cassazione: l'elenco giunge fino al 1840. Anche in FAYE, *La Cour de Cassation* cit., si trova un *Code des lois qui régissent la cour de cassation en matière civile,* contenente per ordine di materia tutte le disposizioni che regolano oggidì la cassazione in Francia (pag. 601 e segg.); questo *Code* è seguìto (pag. 707 e segg.) da una tavola cronologica delle leggi e ordinanze relative alla cassazione dal 1667 al 1889; ma contiene solo quelle che, in tutto o in parte, sono ancora oggi in vigore. Scritti di carattere eminentemente pratico quelli di GUICHARD, LAVAUX, COURTIN, GODARD DE SAPONNAY.

durre se ed in che limiti la concezione astratta che dell'istituto avevano i suoi fondatori e che io ho già tentato di porre in luce, raggiungesse concreta attuazione nell'ordinamento positivo. Abbiamo veduto quale il *Tribunal de cassation* doveva essere, guardiamo ora quale fu: e in nessun testo potremo trovare rispecchiata la sua originaria fisonomia meglio che in quel primo Decreto del 27 nov. - 1° dec. 1790, il quale, pure in mezzo a disposizioni di indole tutt'altro che essenziale (sul procedimento, sull'organizzazione interna del consesso, di diritto transitorio, ecc.), contiene peraltro alcune norme fondamentali che dànno il carattere all'istituto.

Se i legislatori della Rivoluzione avessero potuto in realtà, come essi utopisticamente pretendevano, creare *ex novo* gli organi del nuovo ordinamento, dimenticando interamente le concezioni giuridiche del passato, avremmo forse trovato una perfetta corrispondenza tra la loro concezione astratta della Cassazione e la pratica attuazione di essa nei testi di legge usciti dall'Assemblea. Ma poichè tale assoluta astrazione dalla realtà storica non è che una utopia, dobbiamo accorgerci che, già in questo primo Decreto fondamentale, non tutte le norme che regolano la Cassazione sembrano in armonia con quelle idee che abbiamo trovate esposte con tanta enfasi dagli oratori della Rivoluzione: noi vediamo, cioè, che mentre alcune disposizioni corrispondono perfettamente a quel tipo « puro » di organo di cassazione che i riformatori vagheggiavano, altre disposizioni già sembrano iniziare un movimento di trasformazione e di evoluzione da questo tipo originario verso un istituto di natura diversa e più complessa. Esaminiamo separatamente questi due gruppi di disposizioni.

158. — *A*) Se tra i diversi articoli del Decreto 27 nov. - 1°dec. 1790 si vuole con opportuna scelta isolare alcune disposizioni che hanno speciale significato, mettendo da parte tutte le altre e provvisoriamente ignorandole, l'istituto del *Tribunal de cassation* balza fuori con singolare evidenza in perfetta corrispondenza cogli intenti dei suoi fondatori. Raccogliamo qui, per poterle confrontare in un quadro riassuntivo, questo gruppo di norme particolarmente significanti.

a) Sans aucun pretexte et en aucun cas, le Tribunal [de cassation] ne pourra connaître du fond des affaires (art. 3 cpv. 2) (10).

b) Il annullera... tout jugement qui contiendra une contravention expresse au texte de la loi (art. 3) (11).

---

(10) Cfr.: Cost. 3-14 sett. 1791, art. 20; Cost. 24 giugno 1793, art. 99; Cost. 5 frutt., anno III, art. 255; Cost. 22 frimaio, anno VIII, art. 66 (in Tarbé, *Lois*, nn. 588, 650, 713, 823).

(11) Cfr. articoli citati nella nota precedente.

c) Après avoir cassé... le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître (art. 3 in fine) (12).

d) Si le nouveau jugement est conforme à celui qui a été cassé, il pourra encore y avoir lieu à la cassation. Mais 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 Tr. de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif qui en ce cas portera un décret déclaratoire de la loi; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le roi, le Tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement (art. 21) (13).

e) Si le commissaire du Roi auprès du Tribunal de cassation apprend qu'il ait été rendu un jugement en dernier ressort directement contraire aux lois... il en donnera connaissance au Tribunal de cassation; et s'il est prouvé que les... lois ont été violées, le jugement sera cassé, sans que les parties puissent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudra transaction pour elles (art. 25) (14).

Queste poche disposizioni (ho tralasciato a bella posta le norme relative alle altre funzioni del *Tribunal de cassation*, all'annullamento per violazione di forme processuali, e alla facoltà di ricorso, *demande en cassation*, concessa ai privati; sulle quali oltre, n. 171 e segg.) ci dànno dell'istituto un profilo assolutamente logico ed omogeneo. Figuriamo per un momento che esse sole abbiano costituito la totalità delle regole positive dettate dall'Assemblea sull'organo di cassazione: e apprendiamo da esse quali furono i limiti del controllo da questo esercitato, quali i provvedimenti ch'esso doveva prendere in conseguenza di tale controllo, quale il mezzo pratico per provocare il funzionamento del controllo medesimo.

159. — *a*) Il Tribunale di Cassazione, stabilito a fianco dell'Assemblea, come organo complementare e sussidiario del potere legislativo, non doveva, per la proposizione riferita *sub a*), occuparsi in alcun caso e sotto alcun pretesto del *fond des affaires*, ossia del merito delle controversie insorte fra i privati cittadini. Questo divieto di conoscere il *fond* delle controversie porta, come già si è visto (retro, n. 128), una doppia limitazione; in quanto da una parte contiene entro un ristretto campo l'esame volto ad accertare l'esistenza del

---

(12) Cfr.: Cost. 3-14 sett. 1791, art. 20; Cost. 5 frutt., anno III, art. 255; Cost. 22 frim., anno VIII, art. 66 (TARBÉ, *Lois*, nn. 588, 713, 823).

(13) Cfr.: Cost. 3-14 sett. 1791, art. 21; Cost. 5 frutt., anno III, art. 256 (TARBÉ, *Lois*, 589, 714).

(14) Cfr. art. 88, L. 27 ventoso, anno VIII (TARBÉ, *Lois*, n. 855).

vizio, dall'altro limita il provvedimento che deve essere preso quando l'esistenza del vizio è stata accertata. Qui si parla del divieto di esaminare il *fond* solo nel primo senso (per il secondo, oltre, n. 163): in quanto cioè, all'organo di cassazione, nonostante ch'esso avesse il nome di *Tribunal,* era espressamente vietato di spingere le proprie indagini, com'è invece ufficio dei veri e propri tribunali, sul concreto rapporto giuridico che formava oggetto della lite. Stabilire chi delle due parti in causa avesse ragione o torto, o, per meglio dire, accertare se dalle norme astratte poste dal legislatore era nata in pratica una concreta e singola volontà di legge che garantisse ad un privato il bene controverso, non era, e non doveva essere, ufficio del *Tribunal de cassation.*

L'oggetto dell'attività demandata al Tr. di cassazione era dunque profondamente diverso da quello posto innanzi agli organi della ordinaria giurisdizione. Il Tr. di cass. doveva assolutamente ignorare quel mondo giuridico extra-processuale nel quale si producono le concrete volontà di legge che garantiscono ai privati un bene della vita, ma doveva conoscere solamente il resultato processuale delle indagini compiute in questo campo dal giudice di merito; il Tribunale di cassazione, in altre parole, non doveva indagare sul modo di essere del rapporto giuridico controverso, ma solo sul modo di essere della sentenza che pronunciava su tale rapporto. Questo è il concetto fondamentale che tutti gli Autori hanno presente, quando dicono che *les tribunaux et les cours jugent les procès: la cour de cassation juge les jugements et les arrêts* (15); che *les cours et tribunaux ordinaires jugent les parties, la cour suprême fut chargée de ne juger que les arrêts* (16). Il Tribunale di cassazione non si preoccupa di fare un paragone tra il diritto nato nella realtà e il diritto affermato dalla sentenza, ossia di controllare se la sentenza è giusta, il che implicherebbe un riesame della controversia in merito (*fond*); ma si preoccupa soltanto di controllare se la sentenza presa separatamente e isolatamente, contiene nel suo tenore alcuna proposizione che non si concilii con quella assoluta osservanza che il giudice deve alla legge (17), e

---

(15) Boncenne, *Théorie,* I, 498.

(16) Meyer, *Inst. jud.* (ed. francese), IV, 415. Così anche gli scrittori di procedura francesi più moderni: cfr. Glasson, *Précis* (1908), vol. II, pag. 168: « elle (la Cour de cass.) ne juge pas les affaires, mais les jugements ». Marcadé, *Explication du Code Napoléon,* I, n. 91: « Tout arrêt de cette cour revient à ceci: Le jugement attaqué a bien interprété la loi; donc je le laisse subsister, je rejette le pourvoi formé contre lui; — ou bien: le jugement a mal interprété la loi; donc je l'annule; les juges compétents en rendront un nouveau ». Cfr. anche Japiot, *Traité,* n. 393, e Conzo, op. cit., pag. 46, in nota.

(17) *Il prononce si le juge ne s'est pas écarté de la loi.* Clermont-Tonnerre, 25 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 594).

dimostri uno sconfinamento del giudice nel campo riservato al potere legislativo (18). S'intende con ciò il significato di alcune frasi che gli scrittori quasi per tradizione ripetono del nostro istituto, quando dicono figuratamente che il Tr. di cass. *ne prononce point entre un demandeur et un défendeur, tous simples particuliers, mais entre le pouvoir législatif et l'autorité judiciaire* (19); o che *ici le procès se meut entre l'arrêt et la loi* (20).

Quest'assoluto divieto fatto all'organo di cassazione di occuparsi del *fond* delle controversie (21) è in perfetta corrispondenza colle intenzioni manifestate, durante i lavori preparatorî, dai suoi fondatori, i quali a porre le basi del nuovo istituto erano stati tratti, come si è visto, da fini del tutto diversi da quello di garantire ai litiganti una più corretta amministrazione della giustizia.

160 — *b*) L'organo di cassazione non doveva occuparsi del *fond* delle controversie, ma solo controllare i *jugements*, purchè essi fossero in *dernier ressort*, purchè cioè essi non fossero più sottoposti a essere modificati in un'ulteriore fase del processo sul merito (oltre, n. 196) (22). Ma in tale funzione di controllo sulle sentenze rese in ultima istanza, su quali vizi doveva il *Tr. de cass.* portare la sua attenzione?

Notiamo anzitutto una cosa: che i vizî, i quali dovevano essere contenuti (*contiendra*, dice la proposizione *sub* β) nella sentenza, ossia apparire dal suo dispositivo e dalla obbligatoria sua motivazione (23), non potevano essere che *errores in iudicando*, anche perchè quegli attentati del potere giudiziario a danno del potere legislativo, per reprimere i quali l'Assemblea aveva istituito il Tribunale di cass., erano tali che il giudice può compierli solo nel momento in cui egli parla in nome della legge, cioè nel momento in cui giudica. Ma non tutte le sentenze viziate da un qualunque *error in iudicando* cade-

---

(18) Goupil de Prefeln, nella seduta del 24 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 590), così rappresentava il ragionamento della cassazione: « Telle loi existe; elle est conçue en ces termes; tel jugement a-t-il contrevenu à cette loi? Voilà le jugement en cassation ».

(19) Meyer, *Inst. jud.* (ed. francese), l. c.; Linde, *Rechtsmittel*, II, 646.

(20) Boncenne, *Théorie*, I, 403-404.

(21) Agli inizî della Rivoluzione, quando fu autorizzato il *Conseil des parties* a restare in funzione finchè non fosse stato insediato il *Tr. de cassation*, un Decr. 20 ott. 1789 gli proibì d'ora in avanti le *évocations avec retenue du fond des affaires*. Cfr. Chenon, *Cassation*, pag. 65.

(22) Decr. 27 nov. - 1° dic. 1790, art. 2 (Tarbé, n. 519). Regola già esistente sotto l'*ancien régime*: retro, n. 125.

(23) L. 24 agosto 1790, tit. V, art. 15.

vano sotto la censura della Cassazione: sibbene soltanto quelle contenenti *une contravention expresse au texte de la loi* (proposizione *sub b*) (24).

Esaminiamo il significato di questa formula, la quale, nei lavori preparatorî, non fu fissata senza qualche dibattito (25).

L'*error in iudicando* sottoposto alla censura del Tr. di cass. doveva consistere in un inconciliabile antagonismo (25) fra le affermazioni poste dal giudice nella sentenza e un articolo di legge: questa assoluta opposizione doveva essere *espressa*, cioè rilevabile alla prima lettura dal tenore della decisione, e doveva d'altra parte urtare non già contro lo spirito di una norma o contro un principio dedotto per

---

(24) Un parere dato dal Consiglio di Stato il 18 genn. 1806 parafrasa questa locuzione dicendo: « si un arrêt se trouve en opposition formelle avec une disposition textuelle de la loi ». Cfr. BONCENNE, *Théorie*, I, pag. 499, e, sulla sua traccia, ZINK, *Ermittlung der Sachsverhaltes*, I. Bd., pag. 397.

(25) Nel progetto originario (« Moniteur », 1790, pag. 1239) non erano specificati i motivi di cassazione; essendosi aperto dinanzi all'Assemblea il dibattito su questo quesito: *Quelle sera la compétence du Trib. de cassation?*, CHABROUX per il primo nella seduta del 10 nov. (*ib.*, 1303) precisò tali motivi e nella seduta dell'11 propose questa formula: *La demande en cass. sera admise... pour la violation des lois constitutionnelles.* GOUPIL obiettò che, limitando la cassazione alle sole leggi costituzionali (oltre, n. 177), le si dava un ufficio troppo ristretto. LANJUINAIS proponeva che la cassazione non potesse aver luogo « que pour une contravention à nos lois, tellement caractérisée qu'elle pourrait fournir un moyen d'exercer une prise à partie ». CHAPELIER propose allora la formula di *contravention directe au texte de la loi*, la quale fu accolta da applausi e passò poi nel testo del Decreto solo colla sostituzione di *expresse* a *directe* (« Moniteur », 1790, 1306). Cfr. anche CHENON, *Cassation*, pag. 70.

(26) Tale antagonismo non doveva essere meramente accademico, e derivare da un'erronea argomentazione in astratto posta dal giudice nella motivazione che non avesse poi conseguenze pratiche sul dispositivo. La *contravention* che il Tr. di cass. voleva reprimere non era già l'argomentazione dottrinaria che il giudice avesse esposto, come un qualunque giurista, nei motivi della sentenza, ma l'abuso di quel potere di decisione in concreto, in forza del quale il giudice poteva dar forza di *lex specialis* a una conclusione contraria alla legge. Finchè dunque il giudice si limitava a contravvenire alla legge coi ragionamenti, il Tr. di cass. rimaneva inerte; interveniva invece quando questi vizî di ragionamento portavano conseguenze sulla conclusione, cioè sull'atto di volontà, sul *comando* nel quale si riassume la funzione giurisdizionale. In questo senso deve intendersi la regola accolta concordemente fin dagli inizî dalla dottrina e giurispr. francese (cfr. CHENON, pag. 162, nota 2; FAYE, cit., n. 113) che la contravv. dev'essere nel dispositivo e non nei motivi; non già nel senso che l'errore debba proprio leggersi nel dispositivo, e non possa esser desunto dai motivi, senso che SCHLINK, *Komm. über die franz. C. P. O.* (Coblenz, 1843) attribuisce al CARRÉ, e giustamente confuta. Si tratta, insomma del principio che l'errore deve esser *causalis*, già affermato dal diritto comune (retro, n. 66).

interpretazione da altre norme del Codice, ma proprio contro il testo di una determinata disposizione scritta. Anche se non era necessario, come qualche autore insegna (27), che proprio nel tenore della sentenza fosse menzionato a sproposito l'articolo di legge violato, pure la formula adottata dai legislatori dell'Assemblea, la quale ricorda gli analoghi principii del diritto comune sull'*error expressus* (retro, n. 66) e sull'errore *contra litteram legis*, appare singolarmente restrittiva. Essa, in vero, di tutti gli errori *in iudicando* che il giudice può compiere durante il suo lavoro logico, escludeva senz'altro tutti gli errori di qualunque genere, che fossero stati commessi nella premessa minore, poichè la premessa minore contiene sempre affermazioni concrete, di diritto o di fatto, sul singolo rapporto sottoposto a decisione, sia sul merito della controversia (*fond*), nel quale, come si è visto, il Tr. di cassazione non doveva entrare per nessun motivo. Esclusa, quindi, ogni censura sui giudizî relativi a fatti (28) o alla qualifica giuridica di essi; ma neppure si può dire che la formula in esame comprendesse tutti i casi di errori di diritto intervenuti nella premessa maggiore, cioè tutti gli errori di diritto in astratto; il riferimento al *texte* della legge che in detta formula fu intenzionalmente introdotto, dimostra infatti che il *Tr. de cass.* non doveva indagare se il giudice di merito avesse violato *vim ac potestatem* di qualche legge, pur formalmente rispettandone la lettera. In altre parole, dunque, solo quegli errori cadevano sotto la censura del Tr. di cassazione coi quali il giudice avesse ritenuto inesistente una *loi*, o avesse ritenuto esistente come *loi* una legge che non esisteva; quelli che negavano la esistenza, la generale obbligatorietà di una legge letteralmente specificata, non già quelli che negavano il suo « spirito » o che ne travisavano il significato (29).

Si dirà che in questo modo l'ufficio del Tr. di Cass. veniva necessariamente ad essere limitatissimo, per non dire irrisorio; e si darà ragione al nostro PESCATORE (30), quando giustamente scriveva: « Povere cassazioni! Avevano un bell'aspettare le contravvenzioni che fossero *manifeste*, e che fossero dirette contro il *testo espresso* della legge ». Ma, d'altra parte, sul significato del principio posto dal

---

(27) Così, secondo il JONAS, *Studien*, pag. 299.

(28) CHABROUX, nella seduta del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, pag. 597), diceva: « Si l'on fait entrer le fait dans l'examen, ce tribunal devient inévitablement un troisième degré de jurisdiction ».

(29) GRASSERIE, *Cassation*, dice che questa *contravention* si verifica quando il giudice « estime l'application de la loi contraire à sa conscience, il se met en révolte contre elle ».

(30) *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, cap. XX, pag. 442.

Decr. 27 nov.-1° dec. 1790 non vi è da ingannarsi: e se gli scrittori francesi posteriori alla Rivoluzione, riferendosi tutti all'ulteriore evoluzione dell'istituto (oltre, n. 180), non ammettono una limitazione così rigida, è sufficiente testimonianza sulla esistenza di tale limitazione nella concezione originaria dell'istituto la parola dell'HENRION, il quale, per aver assistito alla fondazione del Tribunale di cassazione e averne fatto parte dal 1800, rappresenta perfettamente quello stadio mentale dal quale l'istituto ebbe origine. Energicamente egli afferma (31) che il Tr. di Cass. deve soltanto controllare *se le jugement et la loi sont en opposition diamétrale et se détruisent respectivement*; e che, secondo la sua destinazione originaria, sfugge del tutto alla sua censura l'errore di diritto commesso dal giudice nello interpretare una legge oscura, cioè la cosidetta *fausse interprétation de loi* (32).

161. — Dall'analisi della locuzione usata nel Decr. 27 nov. - 1° dec. 1790 risulta evidente che la *contravention expresse au texte de la loi* si verificava negli stessi casi in cui il diritto giustinianeo diceva che s'era prodotta una sentenza *contra ius constitutionis*. L'HENRION, difatti, rileva l'analogia (33); ed anzi i luoghi delle leggi romane da me già esaminati (retro, nn. 13-23) cita a commento e ad esplicazione della legge francese.

Le due espressioni, invero, hanno uguale estensione, perchè ambedue comprendono solo una parte degli errori di diritto relativi alla premessa maggiore; ma l'analogia non deve esser fatta esorbitare oltre questa identità di estensione delle due formule, perchè nel resto i criterî da cui muovono da una parte il diritto romano dall'altra il diritto francese sono profondamente diversi.

Il diritto romano negava validità alla sentenza data *contra ius constitutionis*, perchè, quando era chiaro che il giudice aveva posto a base del suo sillogismo la negazione generale ed astratta della norma giuridica, cessava la condizione prima che giustifica l'obbligatorietà della sentenza, veniva a mancare l'elemento essenziale dal

---

(31) *Autorité judiciaire*, chap. XXXI, sect. X.

(32) *Ibid.*, in fine. Anche il GARSONNET, *Traité*, VI, § 2333, nota 3, riconosce che questa fu la originaria ristretta concezione dell'ufficio del Trib. di cass., e cita alcune decisioni (5 floreale, anno V, D. A., v. *Cassation*, n. 1355; 5 genn. 1809, D. A., v. *Contrat de mariage*, n. 4236) che ammettevano la cassazione solo per violazione della lettera della legge. Cfr. anche CHENON, *Cassat.* cit., pag. 160, nota 2; confutazione dell'HENRION in DALLOZ, *Rép.*, v. *Cassation*, nn. 1351-1352.

(33) *Autorité judiciaire*, loc. cit. Anche CONZO, *Cosa giudicata* e TARBÉ, *Lois*, pag. 51.

quale appunto si riconosce e si qualifica l'attività giurisdizionale. Dato questo criterio, il diritto romano non si curava tanto della volontà del giudice di non osservare la legge, quanto della evidente non corrispondenza obiettiva della sentenza col diritto, qualunque fosse la fonte di questo: abbiamo veduto infatti che, quantunque gli esempi pratici portati dalle raccolte giustinianee contengano sempre violazioni di *constitutiones* imperiali, in realtà la nullità della sentenza per errore *contra ius constitutionis* si aveva qualunque fosse stata la fonte (anche la consuetudine!) da cui derivava la norma astratta di diritto negata dalla sentenza (retro, n. 23).

Il contrario avveniva per la legge francese. Troppo viva era negli uomini della Rivoluzione la esperienza dei contrasti accaniti svoltisi sotto l'*ancien régime* tra il sovrano e i consessi giudiziari, perchè essi non vedessero nella contravvenzione alle leggi commessa dal giudice l'attacco diretto e quasi direi personale contro il legislatore. Ho già detto che il Tr. di cass. nasce come uno strumento di lotta tra potere legislativo e potere giudiziario (retro, n. 113); perciò la mentalità dei riformatori vede nella sentenza contenente una *contravention expresse au texte de la loi* piuttosto il tentativo del giudice di invadere il campo del potere legislativo che non la corrispondenza della premessa, su cui la sentenza si basa, col diritto obiettivo; la violazione della legge dev'essere così una *violation annonçant chez le juge l'intention de se mettre en rébellion contre la loi* (34). È una osservazione che ho già fatto a proposito della Cassazione nell'*ancien régime* (retro, n. 113), e che trova conferma in quelle parole con cui l'Henrion, volendo dimostrare che la *fausse interprétation* di legge non è un motivo di cassazione, nega che in questo caso vi sia nel giudice l'*intenzione* di attaccare il potere legislativo e quindi la necessità di reprimerne l'attacco (35).

Si è visto (retro, n. 149) che per i riformatori il diritto obiettivo consisteva tutto ed unicamente nella legge: in conseguenza, il Trib. di cass. deve censurare non ogni violazione del diritto obiettivo, ma

---

(34) Japiot, *Traité*, pag. 689.

(35) *Autorité judiciaire*, loc. cit.: « On ne pouvait pas dire que le juge avait méprisé la loi, qu'il était en contradiction expresse avec elle: au contraire, il était évident qu'il l'avait respectée autant qu'il était en lui, puisqu'il n'avait ainsi jugé que dans la persuasion que tel était son véritable sens, et que le tribunal le plus intègre et le plus éclairé ne peut appliquer les actes législatifs que de la manière dont il les conçoit ». Questo concetto originario che vedeva nella cassazione una repressione personale contro il giudice è accolto anche dal Meyer, *Ist. giud.*, V, pag. 184.

solo la contravvenzione alla *loi* (36). Poichè la legge deve bastare a tutto, e il diritto è tutto nella legge, cioè nel comando emanato dal potere legislativo, non si ammette cassazione se non quando il giudice si sia posto in contrasto col legislatore, che materialmente si impersona nel testo delle leggi emanate da lui. Purchè la sentenza del giudice rispetti il legislatore, ossia non offenda, in modo diretto e specifico, l'*articolo* che porta il suo suggello, gli altri errori di diritto ch'essa eventualmente possa contenere lasciano indifferente il Tribunale di cassazione: esclusa, quindi, dal controllo dell'organo di cassazione la violazione del diritto consuetudinario, o dei principî generali del diritto, che, quantunque ammessi ed osservati nella pratica, non si trovano consacrati in un testo preciso di legge; esclusa del pari la violazione del diritto straniero, perchè, anche se trova applicazione nello Stato, non deriva dal potere legislativo dello Stato (37).

Il carattere dell'istituto si rivela anche in queste piccole questioni di dettaglio, che oggidì, per l'evoluzione avvenuta in esso, debbono invece risolversi in senso assolutamente contrario. Così è molto significativa una decisione del Trib. di cass. in data 13 brumaio dello anno IX (38), colla quale esso ritenne che la sua censura dovesse comprendere soltanto le contravvenzioni alle *leggi esistenti al momento della pronuncia* della sentenza censurata, non le contravvenzioni alle leggi sopravvenute. Questa soluzione, contraria a quella che oggi la dottrina adotta (39), derivava manifestamente dal considerare nella sentenza piuttosto l'elemento intenzionale imputabile al giudice che la materiale discrepanza fra la sentenza e il diritto obiettivo: se la sentenza del giudice di merito non corrispondeva a una legge emanata dopo la pronuncia della sentenza, non si poteva riscontrare in ciò nessuna offesa al potere legislativo, perchè il giudice si era trovato nella impossibilità di osservare una legge che ancora non conosceva; quindi, non essendovi offesa contro il potere legislativo, non c'era bisogno dell'intervento del Trib. di cassazione.

---

(36) Cfr. GENY, *Méthode*, pag. 82 e autori citati ivi, in nota 3. Conforme: SCHULTZ, *Zum Umgestaltung des Rechtsm. der Revision*, pag. 5 dell'estratto.

(37) Cfr. decisioni in TARBÉ, *Lois, Introduction*, pagg. 51-54; SAVIGNY, *Berufung*, pag. 78; ZINK, *Ermittlung*, pag. 402. Simile concezione signoreggia anche sul procedimento: il ricorso deve contenere, a pena di nullità, la indicazione degli articoli che si pretendono violati (GARSONNET, *Traité*, VI, § 2387); la sentenza di cassazione deve contenere la designazione del testo per cui si cassa (Decr. 1790, art. 17).

(38) TARBÉ, *Lois*, n. 520, nota 6.

(39) CHIOVENDA, *Principii*, 1025; HELLWIG, *System*, I, 855. Cfr. anche il mio *Error in iudicando*, n. 67.

162. — Dalle cose ora dette risulta che l'ufficio del Trib. di cassaz., se avesse dovuto limitarsi entro quei confini rigorosi che gli ponevano le norme del Decreto 27 nov.-1° dec. 1790, avrebbe trovato assai di rado in pratica l'occasione di esplicarsi. In verità la formula che determinava i limiti della censura del nuovo organo, pareva preoccuparsi sovra tutto di sottrarre più che fosse possibile al controllo del Trib. di cass. l'attività compiuta dai giudici di merito: mentre il Tr. di cassazione era sorto dal timore quasi ossessionante di un attacco dei giudici contro il potere legislativo, mentre gli oratori della Assemblea erano giunti per tale timore fino al punto di interdire al potere giurisdizionale qualunque forma di interpretazione del diritto, il Decreto che istituiva l'organo destinato a tutelare la legge contro ogni violazione dei giudici veniva in realtà a limitare talmente i poteri di quest'organo, che per necessità dovevano sfuggirgli e restare incensurate la maggior parte delle violazioni di legge commesse dai giudici nel decidere le controversie. C'è una contraddizione stridente tra le energiche proteste dei deputati rivoluzionarî contro ogni sorta di interpretazione giurisprudenziale e l'esclusione della *fausse interprétation* di legge dalla censura del Trib. di cass.: mentre questo avrebbe dovuto servire, nella intenzione dei suoi fondatori, a impedire ai giudici di interpretare *in qualunque modo* le norme emanate dal potere legislativo, gli si proibiva poi di intervenire perfino nei casi in cui i giudici di merito non solo avevano interpretato la legge, ma benanco l'avevano *faussement* interpretata!

La contraddizione potrebbe essere, sottilizzando, eliminata, col dire che, se il Tr. di cassazione non doveva spingersi a indagare se il giudice di merito aveva interpretato bene o male la legge (*fausse interprétation*), esso poteva però, qualora dalla sentenza apparisse chiaro che il giudice di merito aveva interpretato la legge, trovare *nel solo fatto della interpretazione* una contravvenzione espressa a quelle norme costituzionali (retro, n. 150) che vietavano ai giudici ogni tentativo di interpretare la legge (cfr. per l'*ancien régime*, retro, n. 131). Meglio si dirà invece che, quando i deputati della Assemblea passarono, dalle enfatiche dissertazioni sui caratteri generali dell'istituendo organo di cassazione, a discuterne praticamente i particolari, dovettero accorgersi che il dare una larga estensione al controllo del Tr. di cass. lo avrebbe trasformato in un terzo grado di giurisdizione e gli avrebbe tolto quel carattere di organo di controllo posto fuori del potere giudiziario ch'essi volevano dargli. Appunto nelle discussioni che si svolsero nel nov. 1790 dinanzi all'Assemblea sugli articoli del progetto che poi diventò il definitivo Decreto, CHAPELIER affacciò il timore che i motivi di cassazione venissero a essere estesi quanto i motivi di appello, e, dando un esempio

pratico, sia pur non molto chiaro, della differenza che passa tra contravvenzione alla legge e falsa applicazione di legge (40), propose per la cassazione la formula restrittiva che poi venne quasi integralmente adottata.

Noi vediamo così che la stessa Assemblea, dopo avere proclamato che qualunque specie di interpretazione doveva essere sottratta ai giudici, era costretta poi, colle positive disposizioni del Decreto 27 nov.-1° dec. 1790, a far giustizia di questo troppo assoluto principio; poichè, coll'ammettere la Cassazione solo per contravvenzione espressa al testo della legge, veniva implicitamente a riconoscere che la interpretazione *in concreto* delle leggi dubbie rientrava nei poteri incensurabili dei giudici di merito.

163. — *c*) Quando il Tr. di cass. dal semplice esame della sentenza, e totalmente prescindendo dalla decisione del *fond*, si persuadeva dell'esistenza di una *contravention expresse au texte de la loi*, quale provvedimento doveva prendere a difesa del potere legislativo? *Il annullera*, risponde l'art. 3 (*sub b*); e soggiunge: *après avoir cassé... le jugement, il renverra le fond des affaires aux tribunaux qui devront en connaître* (*sub c*). Si trovava in queste disposizioni energicamente affermato il carattere « negativo » dell'ufficio al quale era chiamato l'organo di cassazione; carattere che del resto risultava già implicitamente stabilito da quel divieto di conoscere il *fond* della lite, che appunto, come si è avvertito (retro, n. 128 e n. 159), significava anche limitazione del provvedimento da prendersi dopo accertata l'esistenza di una contravvenzione alla legge.

Questo carattere negativo dei provvedimenti che il Tr. di cass. doveva prendere quando una sentenza cadeva sotto la sua censura, importa due conseguenze.

1° Esso significa anzitutto che il Tr. di cass. si limitava a distruggere la sentenza contenente la contravvenzione alla legge senza mettere al posto di essa un'altra decisione corretta. Il Trib. di cass. invero, era chiamato a togliere l'efficacia giuridica (*casser*) alla sentenza viziata, non già a correggerla, a riformarla, a sostituirla con una pronuncia positiva: in modo che il rapporto giuridico contro-

---

(40) « Il faut bien distinguer les moyens d'appel et ceux de cassation; je sais bien qu'un moyen de cassation est aussi un moyen d'appel, mais tout moyen d'appel n'en est pas un de cassation. Vous avez décrété qu'il n'y aurait plus d'inégalité de partage des fiefs, à raison de l'ancienne noblesse de personnes et de choses. Si un juge portait un jugement contraire à ce décret, il y aurait contravention à la loi et lieu à une demande en cassation, mais lorsque la loi a été mal appliquée à des fiefs contestés, ce n'est qu'un moyen d'appel et non de cassation » (Seduta dell'11 novembre 1790, « Moniteur », 1790, 1306).

verso, dopo che il Tr. di cass. aveva preso il suo provvedimento sulla sentenza, non già veniva a trovarsi deciso in modo diverso da come lo aveva deciso il giudice di merito, ma veniva a trovarsi di nuovo indeciso ed incerto, com'era prima che fosse stata pronunciata la decisione censurata. Venuto a cadere l'effetto dell'accertamento giudiziario compiuto dal giudice di merito, occorreva di nuovo l'intervento della giurisdizione: e a tale scopo il Tr. di cass. rimetteva di nuovo la causa all'autorità giudiziaria, affinchè questa, poichè era caduta nel nulla senza raggiunger lo scopo la sua prima pronuncia, giudicasse una seconda volta.

2° Ma il carattere negativo del provvedimento che solo poteva prendere il Tr. di cassazione deve intendersi anche nel senso che, nel toglier forza giuridica alla sentenza contenente contravvenzione alla legge, il Tr. di cassazione non poteva in alcun modo esprimere il suo parere positivo sulla questione di diritto che aveva motivato la cassazione; non poteva cioè suggerire ai giudici di merito, sia pure nel solo punto di diritto, la traccia in base alla quale essi avrebbero dovuto risolvere la controversia. I giudici di merito dovevano restare assolutamente liberi nella loro nuova decisione, e non sottostare neppure all'influsso morale che sarebbe loro derivato dal conoscere l'opinione positiva del Tr. di cassazione. Osserva giustamente a questo proposito il GENY (41) che al Tr. di cass. bastava, per esercitare la sua missione, farsi della legge una concezione meramente negativa, in modo da poterne reprimere le violazioni flagranti, poichè esso non aveva l'ufficio di aggiungervi una concezione positiva, non spettandogli di troncare definitivamente il processo neppure nella questione di diritto.

Questa concezione così ristretta che si ebbe originariamente della Cassazione, appare espressa in modo caratteristico nelle discussioni che si svolsero il 18 nov. 1790 dinanzi all'Assemblea, sul modo di nominare e rinnovare i membri del *Tr. de cassation.* Si proponeva che ogni quattro anni i membri cessassero di carica tutti insieme: e qualcuno (MARTINEAU, BARNAVE) faceva notare che con tale sistema si sarebbe distrutto nel Tr. di cass. la continuità di giurisprudenza. Ma rispondeva energicamente lo CHAPELIER: *Le tribunal de cassation, pas plus que le tribunaux de district, ne doit avoir de jurisprudence à lui. Si cette jurisprudence des tribunaux, la plus détestable de toutes les institutions, existait dans le Tribunal de cassation, il faudrait la détruire. L'unique but des dispositions sur lesquelles vous allez délibérer, est d'empêcher qu'elle ne s'introduise.* E la chiusa delle sue

---

(41) *Méthode,* pag. 79.

parole era accolta dagli applausi dell'Assemblea (42). Così, in origine, il Tr. di cassazione non doveva in alcun modo esprimere nella sua decisione la sua opinione sul modo d'intendere la legge violata, nè cercare di dimostrare ai giudici di merito l'errore da essi commesso: in base all'art. 17 del Decreto 27 nov.-1° dic. 1790, prescrivente che nelle decisioni di cassazione *le dispositif contiendra le texte de la loi ou des lois sur lesquelles la décision sera appuyée*, gli *arrêts* del Tr. di cass. negli anni immediatamente seguenti alla sua formazione non erano, come quelli degli anni posteriori sino ad oggi, motivati con ampiezza e con cura, ma si limitavano a far menzione soltanto dello articolo violato, con formule di questo genere: *vu l'article de telle loi, casse;* oppure: *considérant que le jugement attaqué a violé les dispositions de telle loi, casse* (43).

Il Tr. di cass. era chiuso così nella sua funzione di controllo meramente negativo: poteva toglier di mezzo ciò che nelle sentenze dei giudici veniva a offendere il potere legislativo, ma non poteva in alcun modo, nè diretto nè indiretto, concorrere all'esercizio del potere giurisdizionale.

164. — A giustificazione del rigore con cui, nella concezione originaria del Tr. di cass., si trova accentuato il carattere puramente negativo del suo ufficio, si porta tradizionalmente questa ragione di carattere pratico: che se al Tr. di cass. fosse stato permesso di sostituire, al posto della decisione cassata, una propria decisione, e quindi gli fosse stata attribuita la facoltà di dire l'ultima parola su tutte le controversie già passate attraverso i due gradi di giurisdizione, esso avrebbe assunto nello Stato a danno degli altri poteri una posizione di assoluta onnipotenza non frenata da alcuna superiore censura (44). Questo timore apparve anche nelle discussioni dell'Assemblea, e fu uno degli argomenti portati dai fautori dell'organo di cassazione plurimo e ambulante (45); ma Barnave rispondeva che efficace correttivo di ogni eccesso nell'ufficio esercitato dal Tr. di cassazione doveva essere il suo carattere essenzialmente negativo:

---

(42) « Moniteur », 1790, pag. 1358.

(43) Tarbé, *Lois*, n. 534, e nota con citazioni delle più antiche decisioni del *Tr. de cass.* Altri esempî di simile concisione si possono vedere in Sirey, *Jurisprudence de la Cour de cass.* (2ª ed., Paris, 1809), vol. I, contenente le primissime decisioni del Tr. di cass.: per es. la decisione 3 agosto 1792 (*ib.*, pag. 7).

(44) Cfr. Meyer, *Ist. giud.*, V, pag. 173 e segg.; Harrasowsky, *Rechtsmittel*, pag. 6; Linde, *Rechtsmittel*, II, pag. 652.

(45) Cfr. discorsi di Chabroux e di Beumetz, nella seduta del 26 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 597 e 598).

La Cour nationale ne pourroit exercer aucune tyrannie, car elle n'auroit pas le pouvoir de mettre un autre jugement à la place de celui qui auroit été rendu... Elle n'aura nulle puissance pour le mal (46).

Questa è la spiegazione che si dà comunemente; ma il carattere negativo della Cassazione, meglio che colla pratica necessità di evitare i pericoli di eccessi derivanti dal soverchio potere, si giustifica colla natura extragiudiziaria che il Tr. di cass. doveva avere secondo le intenzioni dei suoi fondatori. Dal momento che il Tr. di cass. non doveva far parte della gerarchia giudiziaria e doveva agire per un interesse dello Stato del tutto diverso da quello al quale servono i tribunali ordinarî, ben s'intende che l'attribuirgli un qualsiasi potere positivo sulla decisione delle controversie sarebbe stato un'infrazione al principio della separazione dei poteri (47). Vedremo che in seguito, quando il Tr. di cass. si trasformerà in un vero e proprio organo giurisdizionale, il carattere negativo della sua giurisdizione potrà sembrare un anacronismo e un controsenso (oltre, n. 192); ma, finchè il Trib. di cass. restava fuori dell'ordinamento giudiziario, con funzione tutt'altro che giurisdizionale, doveva per forza la sua attività limitarsi a distruggere senza ricostruire, poichè ogni ricostruzione avrebbe portato con sè un'invasione nel territorio riservato ad un altro potere (48).

165. — *d*) Poichè la cassazione della sentenza contenente una contravvenzione alla legge rendeva necessaria una nuova decisione in merito, la causa veniva rinviata dal Trib. di cass. all'autorità giudiziaria ordinaria (oltre, n. 201). Questo nuovo tribunale dal fatto che la controversia aveva già dato luogo a una cassazione non era vincolato nella sua libertà di giudizio (*in iudicando*; ma non ugualmente aveva libertà *in procedendo*: cfr. oltre, n. 176) e decideva quindi unicamente secondo il suo criterio; poteva così accadere che il tribunale di rinvio, la cui libertà di decisione non era sottoposta a limiti (se non a quelli che gli derivavano dall'essere giudice *en dernier ressort*), commettesse ancora una volta nella nuova sentenza una

---

(46) Seduta dell'8 maggio 1790 (« Moniteur », 1790, 524).

(47) Goupil, nella seduta del 10 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1302) così rappresentava il potere negativo dell'organo di cassazione: « La cour de cassation doit dire: — Le juge a été infidèle à son mandat, il a appliqué la loi d'une manière injuste, allez trouver un mandataire qui jugera mieux ».

(48) Così correttamente il carattere negativo della Cassazione viene riferito al principio della separazione dei poteri da Holzschuher, *Rechtsweg*, pag. 127 e da Leue, *Ideen*, pag. 126.

contravvenzione alla legge, e magari proprio quella stessa contravvenzione per cui la precedente sentenza era stata una prima volta cassata. Valeva allora la regola (*sub d*) che *si le nouveau jugement est conforme à celui qui a été cassé, il pourra encore y avoir lieu à la cassation;* ma neppure la seconda cassazione, che toglieva di mezzo questa seconda sentenza, poteva stabilire una restrizione alla libertà di giudizio del terzo tribunale al quale di nuovo veniva rinviata la causa. Si sarebbe potuto in tal modo, continuando su questa strada, instaurare una specie di gara senza possibile uscita tra il Tribunale di cassazione da una parte e l'autorità giudiziaria dall'altra, ostinati ambedue, questa a decidere positivamente in modo contrario alla legge, quello a negare ogni efficacia giuridica alla sentenza contenente la contravvenzione (49).

Per mettere un termine a questo giuoco, il quale rivelava in modo palese un vizio di oscurità o di incompiutezza nella legge, in quanto non era supponibile che tre tribunali diversi si ostinassero a giudicare in un certo modo per la sola deliberata volontà di contravvenire alla legge, l'Assemblea trovò il rimedio che pareva più naturale e più logico: poichè nè l'autorità giudiziaria nè il Tr. di cassazione avevano la possibilità di risolvere il conflitto coi mezzi proprî, e poichè d'altra parte questo conflitto era rivelatore di un vizio esistente nell'opera del legislatore, logico parve che si dovesse invocare a troncare il dissidio l'intervento del legislatore stesso, il quale con una interpretazione autentica venisse a chiarire il senso della legge dubbia, indicando così la via per comporre il conflitto, ed evitando col suo chiarimento che altre volte questo conflitto avesse a ripetersi. A tale scopo il Decreto 27 nov.-1° dec. 1790 stabilì che quando anche il terzo tribunale avesse giudicato, dopo una seconda cassazione, in modo conforme alle due sentenze precedentemente cassate, il Tr. di cass., prima di decidere se fosse il caso di cassare anche la terza sentenza, doveva sottoporre la questione al *Corps législatif,* il quale con un decreto, sanzionato dal re, dava l'interpretazione autentica della legge che aveva originato il conflitto tra l'autorità giudiziaria e il Trib. di cass.; questo, in base alla legge interpretativa, decideva allora se fosse il caso di cassare anche la terza sentenza (retro, n. 158, *sub d*): e, quantunque nel Decr. 27 nov.-1° dec. 1790 non si trovi detto espressamente, se, in caso di terza cassazione in base a legge interpretativa, il quarto tribunale a cui la causa era rinviata fosse tenuto a uniformarsi all'interpretazione autentica, sembra probabile che questo sia stato l'intendimento dei redattori del Decreto suddetto,

---

(49) Cfr. CHENON, *Cassation,* pag. 205.

perchè, in caso contrario, l'aver provocato l'intepretazione del legislatore non sarebbe valso a impedire il continuar del conflitto.

166. — Questo sistema (non modificato nella sostanza dalla Cost. del 5 frutt., anno III, art. 256, la quale impose il *référé* al legislatore anche nel caso che, dopo *una* cassazione, la seconda sentenza di merito fosse denunciata per gli stessi motivi), col quale il Trib. di cass. nelle questioni di diritto più ardue provocava da parte del potere legislativo una interpretazione autentica (sistema che, in contrapposizione al *référé facultatif*, di cui retro, n. 151, è stato detto del *référé obbligatoire au législateur*), sembra in teoria perfettamente rispondente ai rigidi principî della separazione dei poteri. Poichè tra l'autorità giudiziaria e l'organo incaricato di reprimere gli attacchi di questa contro il potere legislativo, era sorto un dissidio sul modo d'intendere una legge, il legislatore, al quale solo spettava il diritto di interpretare in via generale le proprie leggi, era chiamato non già a risolvere la singola controversia che aveva dato luogo al dissidio, ma a chiarire in astratto, con un decreto di carattere generale e obbligatorio anche per il futuro, il punto di diritto dibattuto. Il legislatore, così, non era invitato a giudicare, il che avrebbe violato un canone fondamentale della Costituzione (50), ma era invitato a dare delle sue leggi l'interpretazione legislativa, con norme di carattere generale ed astratto; trarre da questa interpretazione in astratto le conseguenze relative al caso concreto spettava al Tr. di cassazione, in ciò che si riferiva a decidere se la sentenza dei giudici di merito fosse in contrasto colla legge interpretativa; e spettava sopra tutto all'autorità giudiziaria, in ciò che si riferiva alla risoluzione definitiva della controversia di merito.

Il Tr. di cass., anche da queste norme relative al *référé obligagatoire*, appariva così sempre meglio definito nella sua posizione di organo estragiudiziario posto in mezzo tra il potere giudiziario e il potere legislativo. Spettava al Tr. di cass., il quale in sè stesso nè giudicava nè faceva leggi, mettere in rapporto l'autorità giudicante coll'autorità legiferante: il *Tribunal de cassation* era come il tramite tra giudice e legislatore, come la zona neutra posta fra i due, la quale serviva a separarne e insieme a metterne in comunicazione i rispettivi dominî.

In pratica peraltro questo sistema aveva dei gravi inconvenienti: poichè, se da una parte sospendeva il sollecito corso della

---

(50) Cost. 3 sett. 1791, tit. III, chap. V, art. 1: « Le pouvoir judiciaire ne peut, en aucun cas, être exercé par le Corps législatif, ni par le roi ».

giustizia in attesa che il *référé* fosse preso in considerazione dal Corpo legislativo (51), dall'altra, chiamando il legislatore a emanare una legge in occasione di un processo non ancor chiuso, il cui esito doveva appunto dipendere da questa legge, metteva lo stesso legislatore in condizione di fare una legge con criteri parziali, la quale, invece di essere una interpretazione autentica della legge oscura, poteva essere in realtà una legge nuova: in questo senso dunque si può dire che il sistema adottato dal Decr. 1790, se era in teoria rispondente al principio della separazione dei poteri, era in pratica contrario ad esso, perchè, provocando l'emanazione di una legge in pendenza di lite, trasformava il legislatore in giudice (52). Da questo punto di vista posso essere d'accordo col REDSLOB (53), quando critica il sistema adottato dall'Assemblea, affermando che per esso il legislatore veniva a invadere il campo della giurisdizione; ma non intendo come questo A. appunti la sua critica contro il sistema del Decr. 1790 non tanto perchè esso chiamava il legislatore a emanare una legge in corso di lite, quanto perchè esso, a detta del REDSLOB, metteva in mano al potere legislativo la funzione di cassare le singole sentenze. In realtà, questa seconda accusa non si può fare al Decr. 1790: poichè, se l'Assemblea per bocca dei suoi oratori aveva affermato, con evidente errore (retro, n. 152), che il potere di cassazione rientra nel potere legislativo, bisogna riconoscere che proprio colla creazione di un Tribunale di cassazione, separato e indipendente dall'organo legislativo, l'Assemblea venne a fare ammenda volontaria di tale errore teorico, poichè col porre il Tr. di cass. in posizione intermedia tra i giudici e la legge, riconobbe implicitamente che la

---

(51) Il quale, in epoche di rivolgimenti politici com'erano quelle, a tutt'altro aveva da pensare che ai *référés!* Cfr. TARBÉ, *Introduction*, 83; CHENON, *Cassation*, pagg. 206-207.

(52) Questa considerazione fece abolire, dai redattori del Codice Napoleone, il *référé facultatif* (oltre, n. 179); cfr. PORTALIS, *Discours prélim. au C. C.*, n. 15: « Forcer le magistrat de recourir au législateur, ce serait admettre le plus funeste des principes; ce serait renouveler parmi nous la désastreuse législation des rescrits... » (in LOCRÉ, I, 159: e lo stesso LOCRÉ, *Esprit*, I, 212). La stessa considerazione fu fatta valere dal PORTALIS nel 1828 (oltre, n. 186, 3°) per l'abolizione anche di questo *référé obligatoire;* cfr. Relazione al progetto 30 luglio 1828, seduta del 25 marzo 1828 (« Moniteur », 1828, 362): « L'erreur du législateur de 1790 fut de subordonner l'issue du procès qui était devenu l'occasion de l'interprétation, au résultat de cette interprétation même »; PERSIL, *Relazione* alla legge 1° aprile 1837 (oltre, n. 188), in « Moniteur », 1837, 172. Sull'argomento, BONCENNE, *Théorie*, I, 540.

(53) *Staatstheorien*, pag. 340.

cassazione è una funzione di natura tutta particolare (54), la quale deve essere esercitata da un organo apposito collocato in posizione autonoma tra gli organi giudiziarî e gli organi legislativi (55).

167. — La posizione del Tr. di cass., il quale doveva servire da tramite tra il potere giudiziario e il potere legislativo, senza peraltro far parte di alcuno dei due o in qualsiasi modo dipenderne, è confermata da altre disposizioni accessorie che regolarono il funzionamento del Tr. di cass. L'art. 24 del Decr. 27 nov.-1° dic. stabilì che *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*; tale disposizione (56), che fu ripetuta poi anche da leggi posteriori (57), si trasformò nella legge 27 ventoso, anno VIII (1800) sull'organizzazione dei tribunali, in questi termini: *Le Tribunal de cassation enverra chaque année au gouvernement une députation pour lui indiquer les points sur lesquels l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation* (58); e,

---

(54) Il R. dice che il sistema del 1790 sarebbe immune da critica qualora si fosse basato su questo principio: che la norma, emanata dal legislatore in occasione della singola lite, dovesse avere carattere generale, in modo che il singolo processo rappresentasse non l'oggetto di tale decisione, ma l'adito ad essa. Ora, in verità, è proprio questo, come ho dimostrato nel testo, il significato del *référé* al legislatore. E il R., probabilmente, equivoca fra il sistema del Decr. 1790 e quello della int. *réglementaire* limitata al caso singolo, di cui oltre, n. 186, 2°.

(55) Gli uomini della Rivoluzione, ponendosi il dilemma (retro, n. 151) se la cassazione fosse atto di giurisdizione o di legislazione, erano tratti, dal negare il suo carattere giurisdizionale, ad ammettere necessariamente il suo carattere legislativo, senza neppure pensare che la cassazione potesse avere un carattere intermedio, che non rientrasse in nessuno di due. Ugualmente vien posto male il problema da Alglave, *Min. public*, Nota II (pag. 636 e segg.) quando si domanda: *Les attributions de la Cour de cassation rentrent-elles dans le pouvoir législatif ou dans le pouvoir judiciaire?* Escluso che la C. di cass. rientri nel potere giudiziario, egli è tratto naturalmente a concludere ch'essa rientra nel potere legislativo, mentre avrebbe dovuto dire che, in origine, non rientrava nè in questo né in quello. Anche il Redslob (op. e loc. cit.) cade nello stesso errore, quantunque in senso opposto: escludendo che la cass. sia atto legislativo, conclude che, *dunque*, è atto giurisdizionale! Così è viziata dallo stesso errore l'argomentazione del deputato Antoine, all'Ass., 22 ott. 1790, riportata in nota ivi, pag. 343.

(56) Tarbé, *Lois*, n. 541.

(57) Cost. 3-14 sett. 1791, cap. V, art. 22; Cost. 5 fruttidoro, anno III (1795), art. 257 (Tarbé, *Lois*, nn. 590 e 715).

(58) Tarbé, *Lois*, n. 853; cfr. anche l'*Arrêté* del 5 ventoso, anno X (1802), in Tarbé, *ib.*, n. 929. Cfr. su queste disposizioni Alglave, Nota cit., loc. cit.

in questa nuova redazione, chiaramente dimostra come il Tr. di cass. avesse la funzione di vigilare sull'andamento dell'amministrazione della giustizia, senza prendervi parte, per poi riferire al potere legislativo i risultati di questa vigilanza e provocare di conseguenza da parte del potere legislativo l'emanazione di opportune norme. L'organo di cass., anche in questa sua mansione, non partecipava nè alla giurisdizione nè alla legislazione: ma integrava e coordinava e metteva a contatto i due poteri.

Se è corretto dire che il Tr. di cass. era una emanazione (59) e un sussidio della funzione legislativa, non è lecito affermare che esso fosse un organo diretto del potere legislativo, nè che fosse alle sue dipendenze. Durante il periodo del Terrore, una sorta di dipendenza del Tr. di cass. dalla Convenzione nazionale venne a stabilirsi di fatto, poichè la Convenzione nazionale nella sua onnipotenza non si fece scrupolo di accogliere petizioni di privati cittadini contro le decisioni del Tr. di cass. e di revocare tali decisioni per mezzo di decreti (60); ma si trattò soltanto di un abuso derivante dalla crisi rivoluzionaria, che in seguito la stessa Convenzione, dopo aver tentato di disciplinare in modo stabile questa anomala forma di ricorso straordinario (61), abolì coll'art. 264 della Cost. del 5 fruttidoro, anno III, il quale riaffermò l'indipendenza del Tr. di cass. in questi termini: *Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture* (62).

168. — *e*) Abbiamo veduto quali erano i limiti dell'esame permesso al Trib. di cass., quale la natura del provvedimento ch'esso poteva prendere, quali gli effetti di questo provvedimento. Resta a vedere ora per qual mezzo l'attività del Tr. di cass. veniva provocata, da qual parte veniva cioè l'*impulso* all'esercizio della sua censura.

Poichè il Tr. di cass., per quanto abbiamo detto fin qui, derivava da un criterio fondamentale non dissimile da quello che aveva pro-

---

(59) GENY, *Méthode*, pagg. 70-71.

(60) Esempî: Decr. 1° brumaio, anno II (1793); 6 brumaio, anno II; 10 brumaio, anno II (in TARBÉ, *Lois*, nn. 676, 679, 680). Cfr. ALGLAVE, *Min. publ.*, l. c., che enumera altri decreti consimili; CREPON, *Cassation*, I, nn. 121 e segg.

(61) Decreto del 26 pluvioso, anno III (1795), art. 2 (in TARBÉ, *Lois*, n. 708).

(62) In TARBÉ, *Lois*, n. 722. Peraltro il senatusconsulto organico della costituzione del 16 termidoro, anno X (TARBÉ, *Lois*, n. 930), dispose (art. 55) che il senato potesse annullare le sentenze dei tribunali quando attentassero alla sicurezza dello Stato.

dotto in alcuni Stati italiani magistrature con ufficio di nomofilachia (*Conservatori delle leggi*, e simili: retro, n. 80 e segg.), sarebbe logico pensare che anche al Tr. di cass., come a quelle magistrature, spettasse un potere di iniziativa allo scopo di scoprire e reprimere *d'ufficio* le contravvenzioni alla legge commesse dai giudicanti (63). Si potrebbe imaginare, per esempio, che il Tr. di cass. avesse avuto la facoltà di compiere una inquisizione, una verifica periodica su tutte quante le sentenze *en dernier ressort* emesse dall'autorità giudiziaria, e che a tale scopo tutti quanti i giudici di appello fossero stati obbligati di far affluire al Tr. di cass. copia delle loro sentenze, per sottoporle all'esame dell'organo conservatore della legge (64). Ma questo sistema, che, almeno teoricamente, potrebbe parere il meglio rispondente al concetto originario dell'istituto, non venne neppure in mente ai riformatori, i quali, forse pensando che anche per l'organo di cassazione, che aveva il nome e l'apparenza di un tribunale, dovesse valere la regola giudiziaria *ne procedat judex ex officio*, non gli lasciarono l'iniziativa della sua funzione. A chi spettò dunque dare l'impulso alla cassazione? Dovremmo parlare qui della facoltà di ricorso concessa ai privati cittadini; ma ho già avvertito che intendo per ora lasciar da parte questo punto (sul quale oltre, n. 172), perchè esso ci mostra una fondamentale deviazione dall'intento iniziale dell'istituto. Figuriamo dunque, per ora, che la facoltà di ricorso concessa ai privati non esistesse, e che unico caso possibile di cassazione fosse la cosidetta *cassation dans l'intérêt de la loi*: questa avveniva dietro impulso partente dal *commissaire du roi*, che, per l'art. 23 del Decr. fondamentale, doveva risiedere presso il Trib. di cassazione (65). I *commissaires du roi*, corrispondenti all'attuale nostro P. M., avevano in genere, nell'ordinamento giudiziario sorto dalla Rivoluzione, funzioni di nomofilachia e di sorveglianza sul buon andamento dei tribunali (66); in armonia con questo carattere della loro funzione, il *commissaire du roi* residente presso il Tr. di cass., ove avesse appreso che in una sentenza resa dall'autorità giudiziaria in *dernier ressort* era intervenuta una contravvenzione alla legge, doveva darne notizia (*en*

---

(63) Grasserie, *Cassation*, pag. 19.

(64) Il Meyer, *Istituzioni giudiziarie*, libro VII, cap. 6° (pag. 361 del vol. IV della traduzione italiana), nota che un simile sistema, pur non contraddicendo al carattere originario della Cassazione, sarebbe peraltro praticamente inattuabile.

(65) In Tarbé, *Lois* cit., n. 540.

(66) Legge 16-24 agosto 1790, tit. VIII. Cfr. in Tarbé, *Lois*, riportati gli articoli più caratteristici al n. 540, n. 6. Cfr. Linde, *Rechtsmittel*, II, pag. 635; Holzschuher, *Rechtsweg*, pagg. 126-127.

donnera connaissance; cfr. retro, n. 158 *sub e*) al Tr. di cass. il quale, ove accertasse l'esistenza della contravvenzione, procedeva alla cassazione (oltre, n. 201).

169. — Questa cassazione *dans l'intérêt de la loi*, la quale non estendeva la sua efficacia alle parti della controversia di merito (67), è la prova più chiara del carattere non giurisdizionale che il cosid. Tr. di cass. aveva originariamente (68). Se è proprio della giurisdizione giudicare dei diritti altrui, ossia di una volontà di legge concernente altri (le parti in causa), tantochè il carattere distintivo dell'attività giurisdizionale si è voluto trovare nella *sostituzione* di un'attività pubblica a una attività altrui (69), non si potrà certo dire che il Tr. di cass., quando cassava nell'interesse della legge, compiesse un atto di giurisdizione. Certo, anche il Tr. di cass., prima di prendere la sua determinazione, giudicava, in quanto « non si agisce se non in base a un giudizio » (70); ma non *giudicava* in senso tecnico, poichè oggetto del suo giudizio non era un diritto altrui. Dinanzi al Tr. di cass., infatti, non comparivano in questo caso le parti a far valere le loro pretese; nè si può dire che, secondo il Decreto 27 nov.-1° dic. 1790, il *commissaire du roi* assumesse in quel procedimento la veste di attore (diversamente in seguito, cfr. oltre, n. 193), poichè esso non faceva valere un'azione per ottenere la cassazione, ma semplicemente *dava notizia* al Tr. di cass. dell'avvenuta contravvenzione alla legge. Forme giudiziarie, adunque, ma assoluta mancanza di contenuto giurisdizionale: la cassazione, anzichè come un diritto spettante alle parti, veniva concepita così come una funzione appartenente al Tr. di cass., il quale la esercitava *ex iure proprio*, senza alcuna sostituzione di attività (71). Il Tribunale di cass., insomma, impersonava in sè la facoltà dello Stato di toglier vigore giuridico alle sentenze contenenti una contravvenzione alla legge, il potere di cassazione delle sentenze

---

(67) Decr. 27 nov. - 1° dic. 1790, art. 25: « ... sans que les parties puissent s'en prévaloir pour éluder les dispositions de ce jugement, lequel vaudra transaction pour elles ».

(68) Contro, REDSLOB, l. cit.

(69) CHIOVENDA, *Principii*, pagg. 296-298.

(70) CHIOVENDA, l. c.

(71) Ancor meglio quant'io dico è confermato dal sistema adottato dall'articolo XXVI del progetto (« Moniteur », 1790, pag. 1239), il quale, nella supposizione che presid. del Tr. di cass. fosse, come stabiliva l'art. XXI poi abolito, il Ministro della Giustizia, stabiliva che, in caso di *jugement évidemment contraire aux Lois*, il Ministro doveva avvertire il Trib., che cassava *ex officio*. Il Tr. di cass. aveva dunque, per mezzo del suo presidente, iniziativa propria.

contrarie alla legge, che, come si è visto (retro, n. 152), la Rivoluzione aveva riconosciuto allo Stato; esso era creato per *cassare*, non per giudicare se altri avesse diritto alla cassazione: e la funzione di cassare per *error in iudicando* era una funzione tutta propria ed esclusiva di esso Tribunale, che non poteva in alcun modo essere esercitata dai veri e proprî tribunali investiti del potere giurisdizionale (72). Diremo dunque che la funzione di cassazione era una funzione *primaria*, come viene qualificata l'amministrazione (73); e quando si volesse sostenere che, nei casi di *cassation dans l'intérêt de la loi*, il Tr. di cass. compieva un atto di giurisdizione, dovremmo per analogia ritenere che esercitino anche oggidì funzioni giurisdizionali i numerosi organi di controllo amministrativo che si trovano nei nostri ordinamenti pubblici (74).

170. — Il carattere *primario* della funzione attribuita al Tr. di cass. appare anche da una disposizione contenuta nella Costituzione del 3-14 settembre 1791 (art. 27) (75), secondo la quale *le ministre de la justice dénoncera au Tribunal de cassation par la voie du commissaire du roi, et sans préjudice du droit des parties intéressées, les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leur pouvoir. Le Tribunal les annulera...* (76). Questa disposizione, la quale attribuiva al Ministro della Giustizia l'ufficio di provocare l'in-

---

(72) MERLIN, *Rép.*, v. *Cassation*, § 1, n. 3; ZINK, *Ermittlung* cit., pag. 396: « La *cassazione* è un privilegio del Tr. supremo; nessun altro tribunale può cassare, ma solo annullare sentenze ». Si hanno decisioni della Corte di cassazione che hanno cassato *dans l'intérêt de la loi* sentenze di Corti d'appello, le quali si erano permesse di cassare *dans l'intérêt de la loi* decisioni di giudici inferiori contro le quali non era stato interposto appello: Cass. 13 aprile 1809, in SIREY, *Recueil*, 1810, I, 358; Cass. 16 ag. 1811, SIREY, *Recueil*, 1811, 352.

(73) CHIOVENDA, l. c.

(74) Giustamente il Tr. di cass. viene qualificato come un *organo di polizia sui tribunali*. Cfr. oltre, n. 176.

(75) TARBÉ, *Lois*, n. 593. Cfr. anche art. 80 della Legge 27 ventoso, anno VIII, in TARBÉ, *Lois*, 847.

(76) Per il Decr. 1790, art. 25, combinato coll'art. 27 della Cost. 1791, la differenza tra la cassazione *dans l'intérêt de la loi* e questo annullamento era chiara, in quanto la prima avveniva per *contrav. à la loi* (retro, n. 169) o per violazione di forme, come si dirà (oltre, n. 176, nota), mentre il secondo avveniva per *excès de pouvoir*. Ma la l. 27 vent., anno VIII, ha complicato le cose, perchè, pur mantenendo l'annullamento per *excès de pouvoir* (art. 80), ha ammesso che la cass. *dans l'intérêt de la loi* possa avvenire anche per *excès de pouvoir* (art. 88). Sulla conciliazione di questi due articoli, cfr. la dottrina citata oltre, n. 201, nota.

tervento del Trib. di cass., tutte le volte che un giudice, con una sentenza o con un altro suo atto qualsiasi, avesse commesso non solo una *contravention* alla legge, ma un vero e proprio *excès de pouvoir*, cioè un attentato a quelle leggi costituzionali che ripartiscono i poteri nell'ordinamento pubblico, ha dato molto da fare agli scrittori francesi, specialmente per determinare il concetto di *excès de pouvoir* e gli effetti che sulle parti dovesse avere l'annullamento provocato dal Ministro della Giustizia (77); ma, senza entrare in disquisizioni esegetiche, che non avrebbero per me, ora, alcun interesse, mi basta notare come, anche nel caso di annullamento per eccesso di potere, il Tr. di cass., dietro una semplice *denunzia* (*dénoncera*), procedeva ad annullare l'atto viziato non perchè riconoscesse che alcuno avesse diritto a ottenere questo annullamento, non per dichiarare ed attuare una volontà di legge che garantisse ad altri questo annullamento, ma solo per porre in modo diretto ed immediato il suo « Veto » (78), solo per prendere quel provvedimento di *polizia costituzionale* che, anzichè col nome di sentenza, avrebbe dovuto chiamarsi, come proponeva il disegno di costituzione presentato dai Girondini, *act de censure judiciaire* (79).

171. — *B*) La natura e lo scopo del Tr. di cass. resultano chiari e precisi dalle disposizioni del Decreto fondamentale che abbiamo esaminato fin qui. Ma altre disposizioni, che mi son proposto di considerare a parte in un secondo gruppo, vengono a complicare alquanto il profilo fin qui semplicissimo dell'istituto, e ad introdurvi altri elementi che tendono ad alterarne la originaria funzione.

Non credo opportuno riportare qui in un quadro riassuntivo il testo delle norme appartenenti a questo secondo gruppo, poichè da esse non si ritrarrebbe, come dal gruppo precedente, un criterio unico ed omogeneo. Dirò soltanto che queste norme vengono a trasformare il concetto del Tr. di cass. che ci eravamo fatti fin qui, in quanto:

a) riconoscono ai privati la facoltà di dare impulso alla cassazione (art. 1 e segg.);

b) ammettono che la cassazione possa avvenire per vizî diversi dall'*error in iudicando* (art. 3);

---

(77) Cfr. HENRION, *Autorité judiciaire*, cap. XXXIII; CHENON, *Cassation*, nn. 34 e 57; FAYE, *Cassation*, nn. 454 e segg. Cfr. oltre, n. 201, in fine.

(78) Cfr. HOLZSCHUHER, *Rechtsweg* cit., pp. 126-127.

(79) Disegno di cost. presentato da CONDORCET nella seduta del 15 febbr. 1793, tit. X, sect. IV, art. 15 (« Moniteur », 1793, 225).

c) attribuiscono al Tr. di cass. funzioni diverse da quella di cassare le sentenze contenenti determinati vizî (art. 2).

Esaminiamo partitamente ciascuna delle norme appartenenti a questo secondo gruppo.

172. — *a*) Abbiamo già con ampiezza dimostrato come, sotto l'*ancien régime*, la facoltà di chiedere la cassazione al *Conseil des parties* fu concessa ai litiganti per un fenomeno di sfruttamento dell'interesse privato a favore dell'interesse regio (retro, n. 119). Nell'*ancien régime*, durante il quale l'istituto della Cassazione si andò formando a poco a poco attraverso tre secoli, si sono potuti rintracciare gli inizî di questa assunzione dell'attività privata a servigio dell'autorità del sovrano, e seguirne il successivo sviluppo: lo stesso non possiamo fare, invece, per questa Cassazione creata dall'Assemblea, la quale nacque, come tutti gli istituti sorti dalla Rivoluzione, da un unico atto legislativo, che la creava *ex novo* e la disciplinava in ogni sua parte; ma, ciò non pertanto, se non possiamo qui scoprire il nascere e lo evolversi del fenomeno, possiamo vederlo compiuto in quelle disposizioni colle quali anche l'istituto rivoluzionario ammise i privati cittadini a presentare una *demande en cassation* contro le sentenze rese in ultima istanza dall'autorità giudiziaria.

Invero, se la cassazione *dans l'intérêt de la loi* è quella che meglio serve a dimostrare il significato teorico, il principio animatore del Tr. di cass., nella pratica questo mezzo di impulso all'attività del Tr. ebbe assai scarsa applicazione ed importanza; e il provocare la cassazione delle sentenze che contravvenissero alla legge fu rimesso soprattutto all'iniziativa dei privati cittadini che fossero stati parti nei giudizî in ultima istanza in cui tali sentenze erano state emanate. Si permise, così, alle parti che si sentissero lese da una sentenza non impugnabile per altra via (oltre, n. 196), di presentare al Tr. di cass. una *demande en cassation* se credessero che la sentenza stessa contenesse una *contravention expresse au texte de la loi*; ed alla decisione che il Tr. di cass. doveva prendere su consimili domande si dettero forme *presque judiciaires* (80), con garanzie di pubblicità, con dibattimento orale in contraddittorio fra la parte interessata a ottenere la cassazione e quella interessata al mantenimento della sentenza (81), con quelle stesse norme di procedimento che erano state fissate dal Regolamento 1738 per il *Conseil des parties* (82).

---

(80) Cfr. la *Begründung* al *C. P. O.* germanico: oltre, n. 221.

(81) Cfr. art. 11, 12, 13 cit. Decr. in TARBÉ, *Lois*, nn. 528-530.

(82) Art. 28 cit. Decr. (in TARBÉ, *Lois*, n. 545): « Provisoirement et jusqu'à

Simili forme giudiziarie non devono trarci in inganno sulla vera natura della *demande en cassation*, nè farci credere che, per il solo fatto che il Tr. di cass. era chiamato a decidere su una domanda di parte, esso assumesse con questo natura schiettamente giurisdizionale nell'interesse dei privati contendenti. L'interesse privato, al contrario, continuava, nonostante la possibilità di una *demande en cass.*, ad aver disponibili soltanto due gradi di giurisdizione; le esigenze di una retta giustizia erano sufficientemente appagate da un doppio esame in merito delle controversie sottoposte all'autorità giudiziaria. Quando ora il Decr. 27 nov.-1° dic. permetteva alle parti di provocare su una sentenza ormai non revocabile nelle vie ordinarie l'intervento del Tr. di cass., esso non intendeva con questo di offrire alle parti un rimedio per sempre meglio raggiungere il loro scopo particolare di avere una sentenza giusta, nè si preoccupava in alcun modo della lesione che alla parte soccombente sarebbe derivata dalla irrevocabilità di una sentenza a lei ingiustamente sfavorevole; unico scopo del Decr. era quello di ottenere dai privati litiganti il mezzo per scoprire le contravvenzioni alla legge commesse dai giudici, gli attentati contro la volontà del legislatore compiuti dall'autorità giudiziaria durante la decisione delle private controversie (83). La *demande en cassation* serviva dunque soltanto a mettere in moto il Tr. di cass., a richiamare la sua attenzione su un abuso commesso a danno del potere legislativo; ma, quand'essa aveva servito a dare così l'impulso, la natura della deliberazione che il Tr. di cass. prendeva non era affatto diversa da quella che sarebbe stata se la cassazione, invece che da un privato, fosse stata chiesta dal *commissaire du roi* nel puro interesse della legge. La *demande en cassation* presentata da un privato non aveva la conseguenza di far diventare il Tr. di cass. giudice nell'interesse privato: essa era soltanto la spinta che, sia pure con forme apparentemente giudiziarie, metteva il Tr. di cass. sulla via di esercitare la sua funzione non giurisdizionale.

Non starò a ripetere qui quanto in precedenza fu detto ampia-

---

ce qu'il en ait été autrement statué, le règlement qui fixait la forme de procéder au conseil des parties sera exécuté au tribunal de cassation... ». Questa misura « provvisoria » è tuttora in vigore!

(83) Così il più recente procedurista francese, il JAPIOT, *Traité*, pag. 285: « Le législateur a senti que le moyen le plus sûr d'atteindre le but qu'il se proposait, en instituant la Cour de cassation, était de faire concourir au service de l'intérêt général le zèle et le soin qu'inspire l'intérêt particulier. Les plaideurs, l'expérience le démontre chaque jour, mettent une activité infantigable à signaler jusqu'aux plus légères infractions. Leur intérêt, leur passion même, vient ainsi contribuer à l'ordre général ».

mente (retro, n. 120) sulla natura della *demande en cassation*. Essa anche nella prima concezione dell'istituto creato dalla Rivoluzione, ebbe piuttosto carattere di lagnanza, di denuncia, di supplica (84) che di vera e propria azione: essa non fu nè un mezzo di gravame volto a ottenere il riesame della controversia in un ulteriore stadio del processo, nè un'azione di impugnativa volta ad ottenere l'annullamento di una sentenza viziata. La sentenza contenente una *contravention à la loi*, era, per le parti, pienamente valida; nè il Decr. 27 nov-1° dic. riconosceva alle parti un diritto *ad ottenere* la cassazione di tale sentenza. Il suddetto Decr. riconosceva alle parti solamente la facoltà *di chiedere* la cassazione (85); ma, se questa avveniva, non era perchè il Tr. di cass. intendesse di soddisfare il diritto del ricorrente, ma perchè riteneva con questo di compiere un atto rispondente alla pubblica finalità per cui esso era istituito.

Nel dibattimento che avveniva tra il ricorrente e il controricorrente dinanzi al Tr. di cass., essi agivano ed esponevano le loro ragioni come se il Tr. fosse stato creato per servire ai loro fini. In reltà essi erano lo strumento del Tribunale, che delle loro argomentazioni si valeva soltanto per meglio essere edotto sulla offesa fatta dal giudice alla legge e sulla opportunità di esercitare il proprio potere di censura (86).

La facoltà di chiedere la cassazione, concessa ai privati, non altera dunque all'origine la qualità non giurisdizionale dell'organo di cassazione: bisogna peraltro riconoscere che questa facoltà fu la porta aperta attraverso la quale si insinuò nel Tr. di cass. quel carattere di organo giurisdizionale ch'esso, nella mente dei suoi fondatori, non doveva avere. Già, il solo fatto di aver concesso ai privati la facoltà di ricorrere, subordinata a certe condizioni di tempo e di forma, faceva nascere dinanzi al Tr. di cass. questioni preliminari sulla *ammissibilità*

---

(84) « Supplica al legislatore » (*eine Bitte an den Gesetzgeber*) la chiama il REDSLOB, *Staatstheorien*, pag. 340.

(85) SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, pag. 796, chiama il ricorso in cassazione « una richiesta della decisione della Corte di cassazione ».

(86) L'introduzione dell'interesse privato a servizio dell'interesse pubblico, e la conseguente possibilità di tentativi da parte dei privati di far apparire una *contrav. à loi* là dove si trattasse soltanto di un *mal jugé*, spiega l'introduzione dinanzi al *Tr. de cass.* (come già dinanzi al *Conseil des parties*, retro, n. 127) di misure restrittive destinate, secondo l'espressione del MERLIN (24 maggio 1790, in « Moniteur », 1790, pag. 590), a *mettre des entraves aux demandes en cassation*: quali il deposito preventivo dell'*amende* e il preventivo esame del *Bureau* (poi *Chambre*) *des requêtes* sulla ammissibilità del ricorso: misure che non si applicavano, s'intende, ai ricorsi *dans l'intérêt de la loi* (oltre, nn. 195 e 201).

del ricorso presentato dalle parti, e quindi, per risolvere tali questioni, vere e proprie decisioni con carattere giurisdizionale, colle quali il Tr. di cass. giudicava se esistesse o no a favore del ricorrente una volontà di legge che gli garantisse il diritto di ricorrere (se non, ancora, il diritto di *ottenere* la cassazione). L'ulteriore decisione relativa alla cassazione non aveva carattere giurisdizionale; ma intanto questo carattere cominciava a delinearsi nelle questioni pregiudiziali di natura processuale.

173. — *b*) All'infuori di tali questioni preliminari, la tendenza della Cassazione ad assumere, insieme colle forme, anche un contenuto giurisdizionale, fu singolarmente favorito dal fatto che, nell'ordinamento dato dalla Rivoluzione all'istituto, la cassazione fu ammessa non solo per quei più gravi *errores in iudicando* che ho finora considerato, ma anche per dei semplici *errores in procedendo*.

Infatti le norme del Decr. 27 nov.-1° dic. 1790, quando contemplano i vizî per i quali una sentenza può essere cassata, non si riferiscono soltanto, come per maggiore chiarezza di esposizione ho supposto fin qui, alla *contravention expresse au texte de la loi*, ma anche all'annullamento di *toutes procédures dans lesquelles les formes auront été violées*, purchè si tratti di *formes de procédure prescrites sous peine de nullité* (87), ossia a vizî del rapporto processuale i quali non hanno niente di comune con quella inosservanza della legge relativa al merito che finora ho considerato come il necessario presupposto della cassazione. Non è questo il momento di indagare nella dottrina francese quali siano i singoli casi di nullità processuali che rientrano sotto queste disposizioni del Decreto 1790, nè quali altri motivi di cassazione per *error in procedendo* siano stati determinati in leggi posteriori (oltre, nn. 197-198); basta osservare qui che quando le leggi fondamentali del Tr. di cassazione ammettono che la cassazione possa avvenire anche per inosservanza di forme processuali, si allontanano inconsapevolmente dalla concezione dell'istituto che finora abbiamo rintracciata in esse, e tengono conto di criterî ben diversi da quelli, in considerazione dei quali è stabilita la repressione della contravvenzione alla legge *in iudicando*. Il pensiero iniziale per il quale i fondatori del *Tribunal de cass.* si indussero senza discussione (88) ad

---

(87) Decr. 1790, art. 3; Cost. 24 giugno 1793, art. 99 cpv.; Cost. 5 fruttidoro, anno III, art. 255; Cost. 22 frim., anno VIII, art. 66 (in TARBÉ, *Lois*, nn. 650, 713, 823).

(88) Il primo accenno alla cassazione per violazione della *forme de l'instruction* si trova in un discorso di CHABROUX, fatto all'Assemblea il 26 maggio 1790

ammettere la cassazione anche per *error in procedendo*, sembra essere stato questo: che, essendo istituita la Cassazione per reprimere le violazioni di legge commesse dall'autorità giudiziaria, essa naturalmente deve reprimere anche la inosservanza delle formalità processuali, dal momento che anche le norme processuali sono leggi che il giudice deve rispettare; la cassazione per inosservanza di forme non avverrebbe dunque per considerazioni di natura processuale, ma, anche qui, per considerazioni di natura politica, in quanto il difetto del processo ha la sua origine in una inosservanza della norma giuridica. Questo ragionamento, il quale sembra a prima vista d'una logica inconfutabile — tanto che lo ripetono anche autori moderni (89) e lo accoglie in pratica una legislazione positiva (oltre, n. 216 *a*) — viene in realtà a travisare il significato politico della cassazione, in quanto non tien conto della profonda differenza che passa dal punto di vista politico tra la violazione di legge commessa dal giudice *in iudicando* e quella commessa da lui *in procedendo*: la prima, infatti, costituisce un abuso di quella facoltà di « dichiarare » la legge in concreto, di comandare in vece della legge, che forma l'ufficio caratteristico ed esclusivo del giudice, mentre la seconda non differisce da quella semplice inesecuzione di un precetto giuridico che può esser commessa da ogni funzionario e da ogni cittadino (90), cosicchè nella prima e non nella seconda può vedersi quella sostituzione della volontà del giudice alla volontà del legislatore che la Rivoluzione francese tanto paventava, e per impedire la quale istituì appunto il Tr. di cassazione (91). Ma questa differenza sfuggì ai legislatori della Costituente: dominati ancora, sia pure incoscientemente, da concezioni giuridiche proprie del precedente ordinamento (retro, n. 112), essi

---

(« Moniteur », 1790, 597). Lo stesso CHABROUX, nelle sedute del 10 e dell'11 nov. ripetè che la cassazione doveva avvenire anche « quand on n'aura pas observé les formes » e propose che la cassazione dovesse essere ammessa « pour la violation des formes prescriptes pour la procédure ». La formula « violation des formes dont l'exécution est prescripte à peine de nullité » è di CHAPELIER (« Moniteur », 1790, 1239 e 1306).

(89) LA GRASSERIE, *Cassation*, 16: « ... ces formes étant exigées expressément ou implicitement par la loi, cela rentre dans la violation de la loi ». MORTARA, *Comm.*, IV. Ampiamente sviluppato questo concetto in MEYER, *Ist. giud.*, lib. VII, cap. 6°.

(90) Cfr. il mio scritto: *Distinzione tra « error in iudicando » ed « error in procedendo »*, n. 2.

(91) Se la Cassazione fosse stata istituita per le semplici *inesecuzioni* di legge, non si intende perchè l'Assemblea non sentì il bisogno di estenderla a reprimere le inesecuzioni commesse da qualunque ordine di funzionarî.

consideravano la cassazione come un'arma di difesa contro l'attacco del giudice, e ritenevano che la condizione sufficiente per ricorrere ad essa si fosse verificata tutte le volte che il giudice aveva agito contro la legge, anche se questo « agire » non era stato un « giudicare » contro la legge; essi cioè, così nella *contravention à la loi* relativa al *fond* della causa come nella inosservanza delle forme processuali, avevano riguardo più che al diverso effetto obiettivo, alla uguale causa subiettiva, cioè all'intenzione del giudice di agire in modo diverso da come avrebbe dovuto agire secondo la legge.

Questa concezione, la quale aboliva ogni differenza tra *error in iudicando* ed *error in procedendo* in un unico concetto di *violation de la loi* (sostanziale o formale) imputabile al giudice, è diffusa in tutta la dottrina francese, la quale, anche quando deve determinare (oltre, n. 198) quali nullità processuali dànno luogo a cassazione e quali a *requête civile*, cerca sempre il criterio di distinzione nella intenzione o nella responsabilità del giudice, richiedendo, perchè si possa ricorrere alla cassazione, che sia dimostrata la volontà e la coscienza del giudice di mettersi in contrasto colla legge.

Senonchè, qualora l'Assemblea avesse voluto applicare tale concezione nelle sue conseguenze logiche, avrebbe dovuto stabilire che la trasgressione di qualunque legge processuale dà luogo a cassazione, appunto perchè in ogni trasgressione, anche se con diversa gravità d'effetto sulla validità della costituzione processuale, esiste ugualmente grave la volontà di offendere la legge (92). In origine, infatti, nelle discussioni svoltesi dinanzi all'Assemblea, CHABROUX aveva proposto che la cassazione potesse avvenire in genere *pour la violation des formes prescriptes pour la procédure*; ma in seguito questa disposizione fu limitata nel testo del Decreto alle forme *prescriptes sous peine de nullité*; e questa limitazione, che, quantunque abolita dal Decr. 4 gennaio, anno II (93), fu poi accolta definitivamente dall'art. 1030 del *CPC* del 1806 e dall'art. 7 della legge 20 aprile 1810 (94), introdusse indubbiamente, accanto al criterio politico, il criterio processuale, in quanto considerava come motivi di cassazione non ogni trasgressione della legge processuale (criterio politico), ma

---

(92) La inesecuzione *in procedendo* di una legge processuale, che non è imposta a pena di nullità, può dar luogo a ricorso in cassazione per violazione di legge? Lo afferma il PIGEAU, *Traité* (6ª ed.), vol. I, lib. II, P. IV, tit. I, ch. I, n. 576; contro BERRIAT-SAINT PRIX, *Cours* (7ª ediz.), vol. II, tit. IV, § 3, n. 3, nota 23, 2; MERLIN, *Rép.*, v. *Cassation*, § II, n. IX, 2.

(93) Art. 2, in TARBÉ, *Lois*, n. 692.

(94) *Ib.*, n. 1170.

solo la trasgressione di quelle leggi che prescrivono formalità essenziali per il processo, la cui mancanza, obiettivamente considerata, produce *nullità* (criterio processuale).

174. — L'ammettere che la cassazione potesse avvenire non per ogni inosservanza di forme processuali prescritte per legge, ma soltanto per la inosservanza di quelle forme che già, per dottrina tradizionale derivante dal diritto comune, erano state considerate essenziali alla validità del processo, piegava la cassazione a scopi interamente diversi da quelli per cui era stata istituita, in quanto da un rimedio costituzionale contro gli attacchi del potere giudiziario a danno del potere legislativo, ne faceva un rimedio giudiziario contro la irregolarità formale dei processi: l'istituto che, per servire all'*interêt de la loi*, avrebbe dovuto interamente prescindere dalla giustizia concreta delle singole decisioni giudiziarie, veniva così a porsi a servizio della giustizia, in quanto, col garantire ai litiganti la regolarità delle forme processuali, assicurava ad essi il retto funzionamento dello strumento attraverso il quale la giustizia vien resa. Poichè, come gli autori francesi riconoscono, quando la legge impone l'esatta osservanza delle forme giudiziarie essenziali, mira a tutelare, anzichè il principio della separazione dei poteri, le esigenze di una corretta giustizia (95), la cassazione per *error in procedendo* ammessa fin dal Decr. del 1790 non tendeva più a eliminare un conflitto fra legislatore e giudice, ma solo a toglier efficacia giuridica ad una decisione viziata da qualche difetto di costruzione. Talchè diverso significato aveva la cassazione, secondochè avveniva per *contravention à la loi* o per *violation des formes*: nel primo caso la sentenza, pienamente valida dal lato processuale, veniva tolta di mezzo da una causa esterna, cioè da un interesse pubblico superiore, distinto da quell'interesse pubblico per cui è istituita la giustizia civile, che si opponeva al mantenimento di essa; nel secondo caso la sentenza, nata da un procedimento viziato e quindi affetta essa stessa da un difetto di origine, veniva a perdere il suo vigore per una causa interna, perchè cioè una parte metteva in evidenza e faceva accertare le conseguenze della imperfezione da cui la sentenza era affetta: potremmo dire che qui la sentenza moriva di morte violenta.

La *demande en cassation* per vizî di forma si avvicinava dunque ad una vera e propria azione di impugnativa, vale a dire alla *querela nullitatis* del diritto comune. Il Decr. del 1790, ammettendo la cas-

(95) TARBÉ, *Introd.*, pag. 51; CHENON, *Cassation*, n. 41.

sazione per vizî processuali, veniva a riconoscere ai privati un diritto d'annullamento, ch'essi potevano far valere nel loro interesse dinanzi al Tr. di cass.; e questo, quando annullava delle sentenze perchè basate su un procedimento nullo, non compieva in sostanza un atto di censura giudiziaria, ma un vero e proprio atto di giurisdizione consistente nell'accertare se esistesse nel ricorrente l'interesse e il diritto a ottenere l'annullamento della sentenza denunciata.

Qualcosa di simile era già accaduto (retro, n. 124) per il ricorso in cassazione del periodo regio, che la dottrina aveva a poco a poco tratto a funzioni di *querela nullitatis*: e forse il motivo principale per cui la legislazione rivoluzionaria accolse accanto alla cassazione per *contravention expresse in iudicando* anche quella per nullità processuali, senza avvertire la profonda differenza che passava tra queste due ipotesi, fu un motivo storico, in quanto ormai nella mentalità dei giuristi francesi era acquisito per tradizione che la cassazione delle sentenze pronunciate dalle *Cours souveraines* potesse avvenire anche per nullità di forma.

Certo è che, per questo modo di vedere ormai tradizionale, anche il nuovo istituto di cassazione venne ad accogliere una norma che non si trovava in armonia col suo scopo fondamentale, e che, anzi, indubbiamente nuoceva alla sua chiarezza ed alla sua semplicità. Non solo dunque dal riconoscere in genere ai privati la facoltà di provocare la cassazione (retro, n. 172) ma anche principalmente dall'ammettere la cassazione per motivi puramente processuali che non contenevano un'offesa al canone della separazione dei poteri, ha inizio quella tendenza, che vedremo in seguito attuata del Tribunale di cass., a trasformarsi in un organo giurisdizionale del tutto diverso da quell'organo politico di censura che i suoi fondatori avevano inteso di creare in esso (96).

175. — *c*) Il Tr. di cass. fu istituito, come dice la storia della sua genesi e il suo stesso nome, colla funzione di toglier vigore giuridico

---

(96) La cassazione per vizî processuali rappresenta dunque una deviazione dal profilo originario dell'istituto. Non intendo perciò come HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pag. 125, nota **, il quale peraltro riannoda il Tr. di cass. al principio della separaz. dei poteri, possa dire che la prima origine della cassazione sta nella vigilanza delle norme processuali, che poi, dalla Cost. del 1791, sarebbe stata estesa anche alle norme sostanziali! Anche l'ALMENDIGEN, *Metaphysik*, I, pag. 323, trova l'origine della cassazione nella necessità di un organismo supremo vigilante a che la giustizia sia amministrata in modo efficace e regolare: ma il Trib. di cass. ha ben altri fini che quelli di una corretta giustizia!

a quegli atti del potere giudiziario che urtassero contro l'autorità della legge. Ma al Tr. di cass. il Decr. 1790 e poi le leggi successive attribuirono, insieme con quello fondamentale della cassazione, altri ufficî di natura profondamente diversa, dai quali la fisionomia dell'istituto veniva ad essere notevolmente alterata.

L'art. 1° del Decr. 1790, il quale enumerava le funzioni che avrebbe dovuto esercitare il Tribunale, dopo aver fatto menzione prima di tutto di quella fondamentale (*prononcer sur toutes les demandes en cassation contre les jugements rendus en dernier ressort*) attribuiva al Tr. di cass. la cognizione dei seguenti oggetti: *demandes de renvoi d'un tribunal à un autre pour cause de suspicion légitime; conflits de juridiction et règlement de juges; demandes de prise à partie contre un tribunal entier* (oltre, n. 195). Oltre a queste funzioni, il cui esercizio fu modificato nelle sue modalità da leggi posteriori, ma mai tolto al Tr. di cass., alla Cassazione fu in seguito attribuito il supremo potere di sorveglianza e censura disciplinare sulla gerarchia dei funzionarî giudiziarî (oltre, n. 195).

Non intendo soffermarmi a esaminare ciascuna di queste attribuzioni del Tr. di cass., che esorbitano dalla sua attribuzione principale e caratteristica. Ma voglio soltanto notare che esse non ci sembrano in armonia con quella concezione del Tr. di cass. che finora, in relazione cogli intenti dei suoi fondatori, ci eravamo formata.

Nella sua funzione di organo destinato a censurare i giudici come investiti del potere giurisdizionale e a impedir loro di invadere in questa veste il dominio del potere legislativo, il Tr. di cassazione ci è apparso un istituto posto fuori dell'ordinamento giudiziario, e funzionante per un interesse pubblico del tutto diverso da quello per cui è istituita l'amministrazione della giustizia. In quest'altro gruppo di attribuzioni, invece, il Tr. di cass. non più si occupa dei rapporti che possano correre tra potere giudiziario e potere legislativo, ma esercita funzioni appartenenti all'ordinamento giudiziario, e, col disciplinare e coordinare gli elementi dei quali quest'ordinamento risulta, contribuisce a garantire allo Stato un più perfetto funzionamento della giustizia. Qui, dunque, il Tr. di cass. non ha più la funzione di risolvere il conflitto costituzionale tra due poteri dello Stato, ma quella assai più modesta di adoprarsi al raggiungimento pratico dei fini per i quali uno solo di questi poteri è costituito (97).

---

(97) Benissimo il FEUERBACH, *Betrachtungen*, II, p. 94, parla qui di « funzioni secondarie che non derivano dalla natura speciale di quella che dà il nome al Tr. di cassazione, e che esso, pur con diversi presupposti, *ha in gran parte in*

In verità, questo gruppo di funzioni secondarie che il Decr. 1790 attribuì al Tr. di cass., meglio che a un organo di controllo posto fuori, per la natura del suo ufficio, dall'ordinamento giudiziario, avrebbero dovuto essere affidate ad una vera e propria Suprema Corte di giustizia, che avesse costituito il centro e il culmine dell'ordinamento giudiziario. Se i riformatori avessero voluto essere assolutamente coerenti ai principî che avevano inspirato la loro opera legislativa, essi avrebbero dovuto creare, invece di questo ibrido Tr. di cass. sovraccarico di funzioni profondamente diverse tra loro, due organi ben distinti: un organo di cassazione posto fuori e al disopra dell'ordinamento giudiziario, incaricato di cassare d'ufficio le sentenze contenenti una contravvenzione alla legge *in iudicando*; e un supremo organo di giustizia, posto a capo dell'ordinamento giudiziario, incaricato di ricevere le querele di nullità per vizî *in procedendo* contre le sentenze inappellabili (retro, n. 173) e di esercitare tutte quelle altre mansioni giudiziarie e disciplinari di cui abbiamo sopra discorso. Ma si opponeva a questa bipartizione, dalla quale il profilo del Tr. di cass. sarebbe uscito chiarissimo, la ragione storica, cioè l'esempio del *Conseil* regio, il quale, raccogliendo in sè senza alcuna distinzione la somma di tutti e tre i poteri dello Stato, aveva potuto cumulare, accanto alla funzione di cassazione che certo non aveva intenti giurisdizionali, attribuzioni proprie di un giudice supremo: e i legislatori dell'Assemblea, che con tanta energia affermavano di voler porre il loro ordinamento su basi interamente nuove, si piegarono anche qui inconsciamente alla forza della tradizione, ammettendo nel Tr. di cass. un cumulo di attribuzioni che, in teoria, ci appariscono oggi assolutamente eterogenee.

176. — È necessario tener presente come all'attività compiuta dal Tr. di cass. quando annullava per *error in procedendo* o quando esercitava una qualunque delle attribuzioni diverse dalla cassazione di cui abbiamo finora discorso (retro, n. 175), non sono applicabili quelle norme fondamentali dalle quali resulta, come già si è visto (retro, n. 158), il profilo caratteristico dell'istituto.

Per quanto si riferisce all'annullamento per *error in procedendo* (retro, nn. 173-174), non veniva neppure in discussione il principio secondo il quale il Tr. di cass. non può conoscere il *fond* della causa,

---

comune con altri tribunali ». Anche il LA GRASSERIE distingue nella Cassazione le attribuzioni relative alla cassazione, da quelle « relatives à la qualité de Cour suprême » (*Cassation*, pag. 15).

poichè la cassazione per violazione delle forme presupponeva un riesame del rapporto processuale viziato, non già un riesame del rapporto sostanziale controverso che costituiva il *fond.* D'altra parte, per quanto attiene all'indagine sul vizio *in procedendo* del rapporto processuale e alla consequenziale statuizione del Tr. di cass., non era applicabile il principio che il Tr. di cass. non può conoscere dei fatti (retro, n. 159) e che la sua decisione ha carattere puramente negativo (retro, n. 163): in verità, per tutti quei motivi di ricorso che consistevano in un vizio di attività del giudice, il Tr. di cass., se voleva adempiere alla sua missione, doveva spingersi a riesaminare in concreto qual'era stato il fatto del giudice costituente *error in procedendo* (98), e poteva annullare solamente quando questa indagine sui fatti processuali avesse dato resultati affermativi; mentre, d'altra parte, la decisione del Tr. di cass. colla quale annullava per violazione di forma una sentenza viziata da qualche inesecuzione di legge processuale, era insieme (quando non terminava addirittura la causa, nei casi di cassazione senza rinvio) (99) positiva ingiunzione al giudice di rinvio di osservare nel nuovo procedimento la formalità trascurata nel procedimento precedente. Un esame anche superficiale degli art. 20 Decr. 1790 e 24 L. brum., anno IV (100) ci dimostra che quando la cassazione era pronunciata per *error in procedendo*, il giudice di rinvio era tenuto a osservare la formalità processuale la cui inosservanza era stata rilevata dal Tr. di cass.: *dans les cas où la procédure aura été cassée, elle sera recommencée à partir du premier acte où les formes n'auront pas été observées*, dicono i due articoli, e la locuzione *sera* mostra che il giudice di rinvio non era libero a suo piacere di ripetere quella violazione di forma che aveva dato luogo al precedente annullamento (cfr. retro, n. 133). E s'intende; poichè quella libertà di ribellarsi all'opinione del Tr. di cass. che, nelle questioni di merito, doveva esser garantita al giudice in ossequio al canone della separazione dei poteri (retro, n. 164), sarebbe stata assurda là dove la cassazione significava soltanto il riconoscimento di un vizio estrinseco di co-

---

(98) La giurisprudenza della Corte di cass. e la dottrina sono oggi concordi nell'ammettere che la Corte può spingersi all'esame dei singoli fatti processuali, per accertare l'esistenza di un *error in procedendo*: cfr. FAYE, nn. 180-182. Cfr. BÄHR, *Das Rechtsmittel II. Instanz im deutsch. C. P.* (Jena, 1871), il quale afferma che dinanzi alla nullità processuale il giudice di cassazione non esamina se si è errato nel principio giuridico (*rechtsgrundsätzlich*), poichè può dar luogo a nullità anche una inesatta decisione di fatto (concreta) (pag. 9).

(99) Così, per es., nel caso di annullamento per eccesso di potere. Cfr. però sugli altri casi, GARSONNET, *Traité*, VI, § 2427.

(100) TARBÉ, *Lois*, nn. 537 e 750.

struzione processuale, che non menomava affatto nell'autorità giudiziaria la libertà della decisione in merito.

In questo caso, dunque, la cassazione, fin dal Decr. 1790, aveva di fronte al giudice di rinvio qualcosa più di un puro effetto negativo (101): il che non significa, si capisce, che il giudice di rinvio non potesse in pratica commettere nel nuovo procedimento qualche altro vizio di forma, e magari uno identico a quello che aveva già dato origine alla cassazione. Ma questo secondo *error in procedendo* uguale al primo, non costituiva mai quel conflitto tra l'autorità giudiziaria e il Tr. di cass. che poteva dar luogo a *référé* al legislatore: salvo il caso che il giudice di merito avesse espressamente pronunciato sulla esistenza di una volontà di legge processuale (nel qual caso si poteva avere un *error in iudicando* sulla interpretazione di una legge processuale) (102), il persistere dell'autorità giudiziaria nell'omettere le forme processuali contro la statuizione del Tr. di cass. era solo un motivo per nuovo annullamento (103); infatti il Tr. di cass., quando annullava per *error in procedendo*, non agiva come controllo politico di natura esecutiva, ma come autorità gerarchicamente superiore investita di una *querela nullitatis* (retro, n. 173), e il tribunale che, nonostante l'annullamento, ricadeva in quel vizio di attività che dell'annullamento era stato causa, non riaffermava con questa la propria indipendenza di organo del potere giudiziario di fronte a un organo di un altro potere, ma si sottraeva a un preciso obbligo che gli derivava dalla decisione di un'autorità giudiziaria gerarchicamente superiore (104). L'annullamento per *error in procedendo*, d'altra parte,

---

(101) Cfr. in BONCENNE, *Théorie*, I, pagg. 548-549, esempî da cui si vede in qual modo, in caso di annullamento per *error in procedendo*, il Tr. di cass. può decidere il *fond* della controversia di diritto processuale.

(102) Cfr. il mio scritto *Distinzione*, ecc.

(103) Inesattamente il SIREY, *Recueil*, 1824, II, v. *Interprétation*, § III, suppone che questo conflitto possa verificarsi anche in caso di *error in procedendo*: in tal caso anch'egli riconosce che non può esservi interpretazione autentica: « supposons qu'il y ait contrariété persistante, entre la Cour de cassation et les cours royales, dans l'un des cas que nous venons d'indiquer (*error in procedendo*), la discordance ne saurait être terminée par une loi interprétative, puisqu'il s'agit de contexture d'arrêts ou des dispositions d'actes, ou même des faits plus ou moins constants » (pag. 21); ma poi deduce da questa impossibilità di una legge interpretativa la opportunità di quella decisione regolamentare con carattere singolare che era ammessa sotto la legge 1807 interpretata dal Cons. di Stato nel 1823!

(104) Se questa fondamentale differenza tra i due casi di cassazione fosse stata avvertita dai fondatori del *Trib. de cass.* il ricorso nell'interesse della legge avrebbe dovuto essere ammesso solo per *error in iudicando*, contrariamente a quanto invece stabilirono l'art. 25 del Decr. 1790 e l'art. 88 L. 27 ventoso,

non era un'attività esclusiva del Tr. di cass., com'era invece (retro, n. 169) la cassazione per *error in iudicando*: quando il Tr. di cass. annullava per vizio di forma, non faceva nulla di diverso da quello che fa ogni giudice superiore quando annulla per difetti di attività la decisione di un giudice inferiore (105). Questa fondamentale differenza tra gli *errores in iudicando* e gli *errores in procedendo* di fronte all'attività del Tr. di cass. appare del resto anche dalla locuzione usata dall'art. 7 della L. 20 aprile 1810 (106), la quale stabilisce che gli *arrêts* delle *Cours royales, quand ils sont revêtus des formes prescrites à peine de nullité, ne peuvent être cassés que pour une contravention expresse à la loi*: da tale locuzione appare che di vera e propria cassazione si poteva parlare soltanto quando si fosse dinanzi a sentenze formalmente valide, e che quindi l'annullamento per vizî formali non aveva nulla di comune colla cassazione per *error in iudicando* sul *fond*. Si intende d'altra parte come la regola per la quale il Tr. di cass. non doveva nè conoscere i fatti nè decidere il *fond* non trovava alcuna applicazione quando il Tr. di cass., non come organo di cassazione, ma come suprema autorità disciplinare dell'ordinamento giudiziario, esercitava quelle attribuzioni di natura diversa dalla cassazione, che sopra ho enumerate (retro, n. 175): quando il Tr. di cass. era investito, per esempio, di una *prise-à-partie* contro un tribunale, la sua attività doveva spingersi appunto a esaminare e a decidere il *fond* della lagnanza presentata dalla parte, e quindi a giudicare in modo positivo con piena cognizione dei fatti (107).

177. — Esaminate finora le disposizioni positive più caratteristiche, dalle quali si può trarre la nozione di quello che fu, nella sua forma

---

anno VIII (TARBÉ, *Lois*, nn. 542 e 855), i quali furono dettati da quella concezione che vedeva nell'*error in procedendo* una *violation de loi* processuale (retro, n. 173). Particolare gravità politica poteva peraltro in realtà rivestire anche l'*error in procedendo*, quando assumeva il carattere di un *excès de pouvoir*; e in questo caso si intende perchè l'annullamento avvenisse d'ufficio (Cfr. l'annullamento d'ufficio pronunciato dal Trib. di cass. il 1 sett. 1792 di una sentenza, colla quale il tribunale, nell'accordo delle parti, aveva variato una sua sentenza già precedentemente pubblicata, in SIREY, *Jurisprudence de la Cour de cass.*, vol. I, pag. 18).

(105) MERLIN, *Rép.*, v. *Cassation*, § III.

(106) TARBÉ, *Lois*, 1170.

(107) Cfr. anche l'art. 80 della L. 27 ventoso, anno VIII, che investe la sezione civile della cognizione dei delitti commessi dai giudici in occasione delle loro funzioni (TARBÉ, *Lois*, n. 847); su questi casi v. ALGLAVE, *Du principe que la Cour de cassation ne juge pas au fond, et des exceptions que reçoit ce principe*, (in *Min. publ.*, App. III, pag. 641); GARSONNET, *Traité*, I, § 95.

originaria, il Tr. di cass. creato dalla Rivoluzione, non ci resta ora che riassumere brevemente i risultati del nostro esame.

Se già all'inizio di queste indagini avevo preannunciato (retro, n. 147) che il Tr. di cass. sorge come un organo posto a salvaguardia del canone della separazione dei poteri, debbo ora riconoscere che l'attuazione pratica dell'istituto conferma questo concetto, poichè vediamo che veramente esso ha, nella sua attribuzione fondamentale, l'ufficio di vigilare sui rapporti fra potere giudiziario e potere legislativo, e di annientare tutto ciò che il primo compia in dispregio o in menomazione dell'autorità del secondo. Il Tr. di cass. è dunque un organo che, stando fuori così dal potere giudiziario come da quello legislativo, si pone tra essi intermedio: e istituto intermedio (*Mittelinstitution*) lo chiama appunto l'HOLZSCHUHER (108). Non dunque organo di natura giudiziaria lo diremo, e neppure, come piacque agli oratori dell'Assemblea, organo di natura legislativa; se mai, ove si voglia classificarlo in uno dei tre poteri della teoria tradizionale, lo dovremo ritenere in origine un istituto di natura esecutiva (109), in quanto la sua funzione, essenzialmente « primaria », di censura, di controllo, di polizia sul potere giudiziario, meglio si accorda col carattere del potere amministrativo che non con quelli degli altri due poteri (110). Ma il carattere iniziale del Tr. di cass. meglio si intende quando, con RICCARDO SCHMIDT (111), si consideri nella vita dello Stato

---

(108) *Rechtsweg*, pag. 123.

(109) HENRION DE PANSEY, *Aut. jud.*, cap. XXXI: « Le pouvoir exécutif..., comme gardien du depôt des lois, il doit s'assurer par la surveillance la plus sévère, si les décisions des tribunaux sont conformes à leurs dispositions... ». Cfr. le parole del PATAILLE, alla fine di questo n. 177. Nel progetto di decreto che fu discusso dall'Assemblea e che poi diventò il Decr. 27 nov. - 1° dic., l'art. XXI stabiliva: « Le ministre du Roi chargé du département de l'administration de la justice sera président du Trib. de cassation » (« Moniteur », 1790, pag. 1239); ma, nella discussione che avvenne sugli articoli il 10-11 nov. (« Moniteur », 1790, 1306 e segg.) l'articolo fu abolito. La sua inserzione nel progetto è peraltro significativa. Disposizione simile passò nella legge 16 settembre 1807, per il solo caso di cassazione a Sezioni riunite. Cfr. oltre, n. 184, 2°.

(110) ANTOINE, dinanzi all'Assemblea, il 25 ott. 1790 (in REDSLOB, 347, nota 1), diceva: « Il est clair que les membres de la cour de cassation sont de véritables juges; car on ne peut opérer sur la loi que de trois manières: en la faisant, ce qui est la fonction du Corps législatif; en en ordonnant ou en procurant l'exécution, par l'intervention de la force publique, ce qui est la fonction du pouvoir exécutif. Ce n'est pas des deux premières manières que la cour de cassation opère sur la loi, c'est donc de la troisième: ils appliquent donc la loi ». Ma in realtà la funzione della cassazione, anzichè ad applicare la legge, era volta a « procurarne l'esecuzione », e rientrava, se mai, nel potere esecutivo.

(111) *Allgemeine Staatslehre*. Cfr. su quest'argomento il Capitolo I del II volume di questo lavoro.

uno speciale potere di controllo giuridico (*Rechtskontroll*), a esplicazione del quale viene creata tutta una categoria di organi destinati a vigilare che siano eseguite e rispettate le norme poste dal potere legislativo: il Tr. di cass. è appunto un organo di controllo giuridico destinato ad assicurare la retta osservanza di quelle norme costituzionali che regolano i rapporti e determinano i limiti fra potere giudiziario e potere legislativo. Il potere di cassare certe sentenze, che abbiamo visto spettare allo Stato (retro, n. 151), rientra infatti in questo più comprensivo potere di controllo giuridico su tutto quanto l'andamento della vita statuale: e il Tr. di cass., organo che esercita il potere di cassazione spettante allo Stato, è dunque un organo che vigila sulla costituzione, che si preoccupa non dell'interesse singolo dei cittadini, ma del mantenimento della vita dello Stato; e da questo punto di vista esso può esser messo accanto a quelle istituzioni che in qualche diritto positivo ci appaiono destinate a vigilare sulla conservazione dei principî fondamentali da cui la vita dello Stato dipende, quale potrebbe esser considerata, sotto certi aspetti, la Suprema Corte degli Stati Uniti d'America destinata a sindacare la costituzionalità della legge (retro, n. 145; oltre, n. 243), e quale era, nell'ordinamento uscito dalla Rivoluzione francese, la *Haute Cour nationale*, creata per reprimere i delitti contro la *sûreté générale de l'État* (112). Su questa *Haute Cour nationale* il Duport, innanzi all'Assemblea nazionale (113) si esprimeva in questi termini: *Cette institution n'entre pas dans le plan judiciaire proprement dit; c'est une partie, une pièce, pour ainsi dire, de la constitution générale, faite pour la maintenir et la consolider. Ce n'est pas un dernier terme de iuridiction, mais un moyen de contenir tous les pouvoirs constitués et de les ramener au but de leur institution*; ora queste stesse parole servirebbero perfettamente, se limitate ai rapporti tra potere legislativo e potere giudiziario, a caratterizzare la posizione costituzionale del Tr. di cassazione (114).

Il Tr. di cass. era dunque un organo di controllo giuridico destinato a mantenere, sia pure in un campo limitato, i principî fondamentali dello Stato, *costituzionali*: questo suo carattere avrebbe avuto anche un più chiaro risalto estrinseco, qualora l'Assemblea, nel de-

---

(112) Su questa istituzione, stabilita dalla Cost. 3 sett. 1791, tit. III, cap. V, art. 23, cfr. Redslob, *Staatstheorien*, pag. 335 e segg.

(113) Seduta del 29 marzo 1790.

(114) Ugualmente potrebbero essere applicate al Tr. di cass. le parole che il Redslob dice per caratterizzare gli organi che vegliano sulla costituzionalità delle leggi (pag. 334): « Si tratta di un potere intermedio (*Zwischengewalt*) posto tra legislazione e giurisdizione. Non crea nuove leggi, non applica leggi... ».

terminare le attribuzioni del Tr. di cass. avesse adottato la formula proposta da CHABROUX (115), secondo la quale la cassazione doveva essere ammessa solo *pour la violation des lois constitutionnelles* (116); ma in sostanza non avrebbe dato al Tr. di cass. un carattere diverso da quello che esso ebbe, poichè, anche colla formula adottata dall'Assemblea (retro, n. 161) il Tr. di cass. ebbe sempre l'ufficio di far rispettare il canone costituzionale per il quale i giudici devono applicare scrupolosamente la legge (Vol. II, cap. I).

Dato questo carattere del Tr. di cass., quando noi ci domandiamo se esso, nella concezione originaria dei suoi fondatori, doveva far parte dell'ordinamento giudiziario, e doveva costituire, come qualcuno ha asserito (retro, n. 156), il suo centro e la sua sommità, dobbiamo rispondere negativamente, non tanto perchè, formalmente, il Tr. di cass. fu quasi sempre (117) regolato a parte dai veri tribunali, ed anzi fatto oggetto di speciale menzione negli atti costituzionali, come istituto specialmente importante per l'ordinamento pubblico (118), quanto perchè, sostanzialmente, la funzione di cassazione non serviva a integrare l'organismo giudiziario, a cooperare al raggiungimento di una corretta giustizia, ma obbediva a fini del tutto diversi da quelli per i quali l'amministrazione della giustizia è istituita. Pur tuttavia dobbiamo riconoscere che l'attribuzione, avvenuta per ragioni storiche fin dalla creazione del nuovo istituto (retro, n. 175), di funzioni secondarie di natura giudiziaria a quel Trib. di cass. che per la sua funzione tipica non doveva far parte dell'ordinamento giudiziario, ed anche l'influsso di denominazioni e forme giudiziarie che furono conservate nell'organo di cassazione per tradizione dell'*ancien régime*, ebbero in pratica la conseguenza di far considerare, sia pure erroneamente, il Tr. di cass. come una suprema corte di giustizia, posta al vertice dell'ordinamento giudiziario (119).

---

(115) Seduta dell'11 nov. 1790, in « Moniteur », 1790, 1306. Cfr. retro.

(116) Sul concetto di *loi const.* cfr. REDSLOB, *Staatstheorien*, e CAJAC, *De la distinction de lois constitutionnelles et de lois ordinaires.*

(117) Soltanto nella L. 27 ventoso, anno VIII, *sur l'organisation des tribunaux*, il tit. VI disciplinava anche il Tr. di cass. (in TARBÉ, *Lois*, nn. 825 e segg.).

(118) Cfr. le Cost. del 1791, 1793, anni III-VIII, i cui articoli sono citati in nota al n. 158.

(119) Già nella definizione che veniva data del *Trib. de cass.* dalla *Instruction* del 24 sett. - 21 ott. 1791 (TARBÉ, *Lois*, n. 608) si negava che il *Trib. de cass.* fosse un organo giurisdizionale, ma insieme si adombrava questo carattere di centro dell'ordinamento giudiziario che il Trib. di cass. avrebbe poi dovuto assumere: « Le Tribunal de cassation n'est point en effet un degré d'appel ni de juridiction ordinaire, et il n'est institué que pour ramener perpétuellement

Risposta parimenti negativa dobbiamo darci quando ci domandiamo se la funzione di cassazione abbia avuto originariamente carattere giurisdizionale; nè starò qui a ripetere le ragioni che tale risposta negativa giustificano (retro, n. 169). Soltanto anche qui bisogna avvertire che in pratica nell'ordinamento positivo del Tr. di cass. la facoltà concessa ai privati di provocare la cassazione, e sopratutto l'estensione della cassazione alle vertenze viziate da *errores in procedendo*, per la quale veniva attribuita al Tr. di cass. la cognizione di vere e proprie *querelae nullitatis*, preparavano la trasformazione dell'organo di controllo in un vero e proprio organo giurisdizionale, in quanto lo adibivano ad accertare la esistenza di concrete volontà di legge a favore di singoli privati.

Ma, con tutto questo, il profilo del Tr. di cass. al suo inizio è ben chiaro: esso è un istituto di natura amministrativa, non di natura giudiziaria. Sulla determinazione di questo carattere si nota un'assoluta divergenza tra molti scrittori francesi e gli scrittori tedeschi: i primi, quando parlano di Trib. di cassazione, gli attribuiscono fin da principio quel carattere giudiziario, che esso poi, come vedremo, assunse; i secondi, invece, cadono nell'eccesso opposto, in quanto colgono bene il carattere politico ch'esso ebbe al suo sorgere, ma non s'accorgono, come si dirà (oltre, n. 192), della sua successiva evoluzione. In ogni modo, per ciò che si riferisce a questo momento iniziale dell'istituto, non possiamo approvare l'opinione di chi vede nel Tr. di cass. fin dall'inizio un *corps exclusivement judiciaire* (120), di chi afferma che fin dall'inizio il nuovo istituto fu *soigneusement enfermé dans son rôle purement judiciaire* (121); ma meglio troviamo conformi alla realtà storica le espressioni di chi qualifica il Tr. di cass. un « istituto più politico che giudiziario » (122), una « manifestazione del potere di vigilanza del sovrano sull'esatta applicazione della legge » (123), un organo del « controllo dello Stato sul diritto » (124), un « organo di

---

à l'exécution de la loi toutes les parties de l'ordre judiciaire qui tendraient à s'en écarter ».

(120) Crepon, *Cassation*, I, 105.

(121) Renouard, *Le Tribunal et la Cour de cassation*. Introduction, pag. XV.

(122) Linde, *Rechtsmittel*, II, 627.

(123) Gerau, *Bemerkungen*, pag. 42.

(124) Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 796: « Non è un organo della tutela giuridica privata che agisca nell'immediato interesse delle parti, ma un organo del controllo dello Stato sul diritto [*ein Organ des staatlichen Rechtskontrolle*], che è mosso dall'interesse pubblico all'osservanza ed all'uniforme applicazione delle norme giuridiche ».

polizia sul diritto » (125), un « organo del supremo potere di vigilanza dello Stato » (126), un « custode della legge » (127). Non mancano peraltro, anche tra gli scrittori francesi, alcuni che hanno colto con precisione il carattere iniziale del *Tribunal de cassation*: l'HENRION DE-PANSEY così qualifica la cassazione: *ce jugement du jugement n'est pas un act de juridiction, mais un acte de surveillance ou, si l'on veut, de haute police* (128); il MARCADÉ dice che: *la Cour de cassation n'est donc point une assemblée de juges; c'est une commission d'interprétation et de conservation des lois* (129). E con grande efficacia, sia pure in ritardo, si esprimeva il PATAILLE alla camera dei Deputati francese, quando, nel 1837, diceva: *Nos lois actuelles placent la cour de cassation au dessus, mais en dehors du pouvoir judiciaire, et il a été connu, au moment même où la dénomination de tribunal lui a été donnée, que cette dénomination était impropre. Dans la réalité, c'est un démembrement du conseil du roi, qui jadis exerçait les fonctions dont elle est investie aujourd'hui; c'est une section du conseil d'état ayant une existence séparée et pour attribution spéciale la mission de surveillance qui appartient au pouvoir exécutif sur l'ordre judiciaire, pour empêcher que les juges, sortant de la souveraineté qui leur est propre, n'attentent à celle de la loi* (130).

178. — Sul carattere iniziale del Tr. di cass. creato dalla Rivoluzione resta da aggiungere ora una sola considerazione: sulla assoluta mancanza in questa sua prima incarnazione, dello scopo, poi divenuto predominante, di unificare la giurisprudenza dei tribunali.

Già nelle discussioni preparatorie svoltesi dinanzi all'Assemblea si accennava, tra gli scopi dell'istituendo organo, a quello di *prévenir la diversité de jurisprudence* (retro, n. 154); e dopo pochi anni dalla sua creazione, nell'anno VIII, il ministro della giustizia ABRIAL (131)

---

(125) SCHMIDT, *ib.*, pag. 805: *Rechtspolizeiorgan.*

(126) PETERSEN, *C. P. O.*, vol. II, pag. 54: *Organ der oberaufsehenden Gewalt des Staates*; così HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, 122; FEUERBACH, *Betrachtungen*, 95; cfr. anche FULD, *Das deutsche Rechtsgericht*, pag. 255.

(127) KOHLER, Z. P. (1913), 355: *Wächter des Gesetzes.* HOLZSCHUHER, ampliando una imagine già usata dal PRIEUR (retro, n. 154), dice che il Tr. di cass. è la sentinella della legge che grida: Altolà! quando la magistratura, ecc. (pag. 127).

(128) In CHENON, *Cassation*, pag. 80.

(129) *Explication du Code Nap.*, I, 91. Contro: CAPONE, *Discorso*, II, 266 e segg.

(130) Seduta del 30 marzo 1837 (« Moniteur », 1837, 742). Cfr. anche la Relaz. CALEMAND DE LAFAYETTE (« Moniteur », 1828, 615).

(131) In CHENON, *Cassation*, pag. 80.

affermava che il merito principale dell'istituto doveva esser quello di *porter dans tous les tribunaux de la République cette uniformité de jurisprudence qui sera sans doute un des plus grands bienfaits de notre révolution.*

Ma, senza dire che nei primi anni della Rivoluzione, finchè la codificazione fu un proposito ma non una realtà, l'unità della giurisprudenza, che va di pari passo coll'unità del diritto scritto (oltre, n. 179), non poteva essere che un'utopia, è facile accorgersi invece che lo scopo di unificare la giurisprudenza era, nella concezione dominante tra i giuristi della Rivoluzione, risolutamente respinto. Non si voleva unificare la giurisprudenza, ma distruggerla: dinanzi all'Assemblea, MONGIN proclamava che la *jurisprudence des tribunaux sera désormais la disposition de la loi* (132); e ROBESPIERRE (133): *Ce mot de jurisprudence des tribunaux doit être effacé de notre langue. Dans un État 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.* Non dunque si mirava a provvedere affinchè i giudici interpretassero la legge in modo uniforme e corretto, ma si voleva che non la interpretassero in nessun modo (retro, n. 178); abolita ogni sorta di interpretazione, non c'era bisogno di un organo che scegliesse tra le diverse interpretazioni la migliore (134).

Ma, ammettendo anche che negl'intenti dei fondatori vi fosse anche quello di creare un organo per la unificazione della giurisprudenza, certo è che il Trib. di cass., quale lo abbiamo visto nella sua prima forma, *non era praticamente idoneo a raggiungere tale scopo.* Ciò per due ragioni: prima di tutto perchè l'esame del Trib. di cass. non si estendeva mai alle questioni di interpretazione della legge, ma si limitava alla ricerca delle più evidenti contravvenzioni al testo di essa (retro, n. 161); in modo che non si capisce come avrebbe potuto unificare la giurisprudenza un organo che della interpretazione giurisprudenziale non si curava affatto. In secondo luogo, anche se l'esame del Trib. di cass. si fosse spinto alle questioni di interpr., il carattere assolutamente negativo della sua funzione (retro, n. 163), che gli vietava di esprimere qualunque opinione sulla questione di diritto risolta dalla sentenza, lo metteva nella impossibilità di scegliere una tra le diverse interpretazioni e di unificare la giurisprudenza coll'insegnarle positivamente qual'era la soluzione unica da seguire.

---

(132) Sed. 18 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1236).

(133) *Ibidem.*

(134) Cfr. GENY, *Méthode*, pag. 67, nota 2, e pag. 90, nota 2 e gli autori e fonti ivi citati.

In pratica, infatti, la prova più evidente di questa incapacità del Trib. di cass. a influire in qualunque modo sull'unificazione della giurisprudenza, ci viene offerta da alcune tra le più antiche decisioni del Tr. di cass., le quali respingono puramente e semplicemente la domanda di cassazione, perchè riflettente una questione giuridica incerta nella giurisprudenza e non risolta in modo preciso da un chiaro testo di legge. *Attendu que sur le point de droit il n'existait ni la série de décisions conformes, ni l'unanimité de l'opinion des jurisconsultes qui pourraient constituer une jurisprudence constante; ce qui suffit pour éloigner les reproches de contravention à une loi précise, seule base légitime d'une ouverture à cassation...*: così motiva per respingere una domanda in cassazione una decisione del 1° sett. 1808 (135). Anche più tipico è il caso che si ricava dal confrontare la decisione del 28 pratile, anno III con quella del 20 agosto 1806 (136); la stessa questione di diritto testamentario risolta in modo assolutamente contrario in due cause diverse da due tribunali d'appello, dà luogo successivamente a due *demandes en cassation*: è questo il caso tipico della diversità di giurisprudenza, contro la quale il Tr. di cass., se avesse avuto intento di unificare la giurisprudenza stessa, sarebbe dovuto intervenire. Invece il Tr. di cass. respinge tutt'e due i ricorsi, lasciando così che restino in vita due sentenze che risolvono in modo difforme la stessa questione di diritto, in base a questa riflessione: *que la jurisprudence était controversée sur la question, et que par conséquent les deux arrêts attaqués, qui l'avaient résolue de deux manières différentes, n'avaient pu, ni l'un ni l'autre, violer une loi* (137). La evidente diversità di giurisprudenza, anzichè condizione sufficiente per il pronto agire del Tr. di cass., era dunque, nella prima concezione dell'istituto, condizione sufficiente perchè il Tr. di cassazione ritenesse inutile e ingiustificato il proprio intervento!

---

(135) Tarbé, *Lois*, n. 696, nota.

(136) *Ibidem*.

(137) Tarbé, l. c.

Capitolo XXII

L'ORGANO DI CASSAZIONE NEL SUO SVOLGIMENTO (REGOLATORE GIUDIZIARIO DELL'UNIFORMITÀ DELLA INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE)

Sommario: 179. Cause iniziali della trasformazione dell'organo di cassazione: leggi attraverso le quali essa si compie. — 180. *A*) Allargamento delle specie di *error in iudicando,* sulle quali si estende il riesame della *Cour de cassation*: *a*) errore contro lo spirito della legge. — 181. *b*) *Fausse interprétation* di legge. — 182. *c*) *Fausse application* di legge: ogni errore di diritto dà luogo a cassazione. — 183. *B*) Trasformazione della attività della Corte di cass. da negativa in positiva: *a*) trasformazione di fatto. — 184. α) In relazione alla decisione della singola controversia. — 185. β) In relazione alle controversie future. — 186. *b*) Trasformazione di diritto: sistemi transitorî delle leggi anno VIII, 1807, 1828. — 187. Significato di questi tre sistemi. — 188. Legge 1° aprile 1837. — 189. Trasformazione che la Corte di cass. riceve da essa: α) in relazione alla decisione della singola controversia. — 190. β) In relazione alle controversie future. — 191. La Corte di cassazione, istituto giudiziario per la unificazione della interpretazione giurisprudenziale. — 192. Carattere giurisdizionale della Cassazione. — 193. Conseguente trasformazione del ricorso per cassazione e del ricorso *dans l'intérêt de la loi.* — 194. Come la cass. per *error in procedendo* non risponda neppure al nuovo scopo dell'istituto.

179. — L'ufficio di unificare la giurisprudenza, al quale, come si è detto (retro, n. 178), qualche voce già aveva alluso durante i lavori preparatorî o nel periodo immediatamente seguente alla fondazione dell'organo di cassazione, non poteva essere praticamente assolto dal Tribunale che abbiamo finora descritto, sorto dalla diffidenza dell'Assemblea contro il potere giudiziario, e tutto inspirato a quella concezione rivoluzionaria che negava non solo ogni utilità, ma addirittura il diritto di esistere alla giurisprudenza.

Ma il Tr. di cass. non doveva restare quello che il Decr. 1790 disciplinava entro un campo così ristretto e così rigoroso: esso portava in sè i germi della propria trasformazione ed era destinato, non appena fosse stato provato dal contatto della pratica, a iniziare la sua evoluzione verso un istituto interamente diverso da quello che avevano imaginato i suoi fondatori. La trasformazione del Tr. di cass. da

controllo politico del potere giudiziario a regolatore giudiziario dell'interpretazione giurisprudenziale, fu favorita da due fatti, senza i quali essa non sarebbe stata possibile: dalla avvenuta codificazione del diritto obiettivo, e dal tramonto di quella diffidenza contro il potere giudiziario che gli uomini della Rivoluzione avevano ereditato dall'*ancien régime.*

Evidentemente, il parlare di giurisprudenza uniforme prima che il diritto obiettivo fosse stato ordinato ed unificato per tutta la Francia in un sol Codice non poteva essere che una frase vuota di contenuto: anzi lo stesso art. 3 del Decr. 1790, quando stabiliva che *jusqu'à la formation d'un Code unique de lois civiles, les contraventions aux lois particulières aux différentes parties de l'Empire donneront ouverture à la cassation* (1), veniva a riconoscere, coll'ammettere la multiformità del diritto obiettivo vigente nelle diverse parti dello Stato, la impossibilità di raggiungere in pratica una uniforme interpretazione del diritto. L'unità del diritto obiettivo è la prima condizione della uniformità della giurisprudenza (2). E dovette correre più di un decennio prima che la codificazione auspicata dall'articolo suddetto fosse, sotto Napoleone, un fatto compiuto.

Ma più che dalla avvenuta codificazione, il profondo cambiamento della Cassazione fu principalmente favorito dal tramonto di un'idea utopistica della Rivoluzione, secondo la quale ogni tentativo di giurisprudenza doveva considerarsi come un attentato all'autorità del legislatore (retro, n. 150); tale utopistica idea aveva confuso in un unico concetto la interpretazione giurisprudenziale colla interpretazione autentica del diritto e, fidando nell'assoluta compiutezza della legge, aveva condannato ogni forma di giurisprudenza da parte dei tribunali, sostituendola coll'obbligo di *référé* al legislatore ogniqualvolta in un processo il testo della legge si dimostrasse abbisognevole di interpretazione (retro, n. 151). In base a questa concezione, che prevalse nei primi tempi della Rivoluzione, accadde in pratica che i giudici francesi, tutte le volte che nel giudicare si trovavano di fronte a una questione di diritto un po' complicata ed oscura, sospendevano il giudizio e si rivolgevano agli organi legislativi per avere una legge interpretativa: in modo che il Corpo legislativo si trovava ad esser sovraccarico di questi *référés* che giungevano da tutte le parti, mentre d'altra parte i litiganti, che dovevano attendere l'esito della lite fino alla emanazione dell'interpretazione autentica, si trovavano messi nella impossibilità pratica di ottenere giustizia. Per rimediare a tali inconve-

---

(1) In Tarbé, *Lois*, n. 520.

(2) Cfr. Mittermaier, *Gem. pr.*, III, pag. 143 e segg.

nienti furono prese misure da parte del Ministro della Giustizia, che faceva respingere sistematicamente dal Corpo legislativo i *référés*, negando che vi fosse necessità di interpretazione autentica (3); e, sopratutto, dal *Tribunal de cassation*, che annullava per eccesso di potere (denegata giustizia) le sentenze colle quali i giudici sospendevano la decisione sotto il pretesto di oscurità della legge (4). Ma questi rimedî costituivano un controsenso stridente: poichè da una parte si vietava ai giudici di interpretare la legge, e dall'altra si annullavano le loro decisioni perchè non interpretavano la legge!

A sanare definitivamente questo dissidio venne il Codice Napoleone, i cui lavori preparatorî dimostrano come nella coscienza giuridica francese già si erano venute modificando quelle idee utopistiche che avevano dato luogo al dissidio stesso. Si tornava ormai a distinguere, in modo netto e preciso, tra la interpretazione autentica e quella giurisprudenziale, e si riconosceva che, mentre la prima spetta unicamente al potere legislativo, la seconda deve essere affidata al potere giudiziario, se non si vuol togliergli la possibilità di funzionare in pratica (5); si veniva ad ammettere che un codice, per quanto accurata ne sia la redazione, non può prevedere tutti i casi della vita giuridica ed ha bisogno di essere di volta in volta integrato e dichiarato dalla

---

(3) SIREY, *Recueil*, 1808, II, v. *Interprétation*, § II, pag. 39.

(4) Il Trib. di cass. annullava per tale motivo non solo i *référés* ordinati per sapere se una certa legge era o no applicabile a una certa controversia, ma anche quelli ordinati per sapere, *in corso di lite*, quale era, in astratto, il significato di una legge; cfr. decisioni del 21 fruttidoro, anno VII, e del 6, 12, 26 vendemmiaio, 8 brumaio, 1 nevoso, 13 piovoso, 14 ventoso, 18 fiorile e 19 pratile, anno VII, in MERLIN, *Répertoire*, v. *Référé au législateur*, n. III. Secondo il Tr. di cass. il *référé* in corso di lite urtava contro l'art. 202 della Cost. 5 frutt., anno III, che vietava al corpo legislativo di esercitare funzioni giudiziarie: tale opinione poteva teoricamente esser giusta, ma, nel diritto positivo allora vigente, urtava contro l'istituto del *référé* obbligatorio (retro, n. 165), il quale appunto mirava a ottenere dal potere legislativo una interpretazione autentica in corso di lite. Secondo il Tr. di cass. il *référé facultatif* doveva intendersi limitato ai casi in cui, all'infuori di ogni processo in corso, i tribunali intendessero provocare, per sola curiosità scientifica (!), un'interpretazione legislativa in astratto.

(5) PORTALIS, *Discours préliminaire*, n. 14 (in LOCRÉ, *Législation civile*, vol. I, *Code civil*, pag. 158): « Il est deux sortes d'interprétations: l'une par voie de doctrine, et l'autre par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. *Sans cette espèce d'interprétation, pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge?* L'interprétation par voie d'autorité consiste à resoudre les questions et les doutes par voie de règlements ou de dispositions générales. Ce sort d'interprétation est le seul qui soit interdit au juge ».

interpretazione giurisprudenziale (6); e si restituiva alla giurisprudenza la dovuta parte nell'evoluzione del diritto, considerandola, anzichè come una pericolosa rivale della onnipotente *Loi*, una preziosa collaboratrice del legislatore nella pratica applicazione della norma (7). In base a questi nuovi concetti il Codice Napoleone, mentre da una parte interdiceva al potere giudiziario la emanazione di qualunque norma di carattere generale e quindi anche la interpretazione autentica (retro, n. 148), dall'altra riconosceva al potere giudiziario il diritto di interpretare la legge per il caso singolo, ed anzi (abolendo il *référé facultatif*, che veniva a trasformare il legislatore in giudice) (8) gli faceva di ciò un dovere d'ufficio quando prescriveva (art. 4) che *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* (9). La concezione rivoluzionaria era così addirittura capovolta: poichè, ferma restando al potere legislativo la riserva della interpretazione autentica, la interpretazione giurisprudenziale, anzichè vietata, era ai giudici, non solo permessa, ma fin anche imposta!

Quando ormai l'esperimento della nuova costituzione politica aveva dimostrato che la temuta rivalità tra potere legislativo e potere giudiziario non aveva più ragion d'essere in uno Stato costituzionale ove i giudici erano pubblici funzionarî (retro, n. 149) (10), la trasformazione dell'organo di cassazione potè, in modo quasi inconsapevole, iniziarsi e progredire. Ma non fu una evoluzione rapida: occorsero quasi cinquant'anni prima che nel 1837 (oltre, n. 188) essa potesse dirsi compiuta. E un indice chiaro della irrequietezza per così dire *dinamica* in cui per un cinquantennio si elaborò l'istituto fondato dalla Rivoluzione, è dato dal numero notevole di leggi che in questo periodo furono pubblicate sulla Cassazione, quasi a indicare che non

---

(6) PORTALIS, *ib.*, n. 9.

(7) PORTALIS, *ib.*, n. 18: « 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 ».

(8) PORTALIS, *ib.*, n. 15, già citato retro, 166.

(9) Giustamente nei lavori preparatorî del Codice Napoleone fu osservato che questo articolo e il seguente avrebbero meglio trovato posto nel Codice di procedura. *Rapport* di ANDRIEUX al tribunato del 3 dic. 1801, n. 14 (LOCRÉ, I, 243).

(10) Nella Relazione fatta dal THOURET il 10 maggio 1792 all'Assemblea per render conto dei lavori compiuti dal Tr. di cass. nel primo anno della sua fondazione, egli rilevava che fino da allora l'andamento dell'ord. giud. era in massima buono e che le ultime rare deviazioni dei tribunali erano « les derniers effets de cette fausse doctrine par laquelle le pouvoir judiciaire, antérieurement dénaturé, avait rompu les digues et s'élevant au dessus des lois, tentait de s'associer tant au pouvoir de les faire qu'à celui de l'exécuter administrativement ».

ancora si era prodotto per questo istituto il definitivo assestamento e ch'esso si trovava ancora in uno stato di irrequieto *divenire*: cito a questo proposito, senza voler fare inutili elenchi (cfr. l'avvertenza data retro, n. 157), la l. del 2 brumaio, anno IV (11); la l. del 27 ventoso, anno VIII, tit. VI (12); la l. 16 sett. 1807 (13); la l. 30 luglio 1828 (14). Il *Code de proc. civ.* del 1806 non si occupò della Cassazione, la quale quindi continuò anche in seguito ad essere regolata da leggi a parte.

Queste, ed altre leggi di minor importanza, contribuirono alla trasformazione dell'istituto di cassazione, cui il Senatusconsulto del 28 floreale anno XII, che trasformò il consolato in impero, dette quel nome di *Cour de cassation* che tuttora conserva (15). Ma la trasformazione, più che per espliciti provvedimenti legislativi, avvenne in gran parte per graduale evoluzione pratica, che si compiè all'infuori delle leggi e, talvolta, contro la lettera di esse. Questo svolgimento dell'istituto che d'ora in avanti chiameremo la *Cour de cassation* si può seguire specialmente in relazione a due punti:

A) in quanto si riferisce ai limiti della censura esercitata dalla *Cour de cassation*, la quale tende a estendersi a un esame sempre più ampio dei vizî della sentenza pronunciata dai giudici di merito;

B) in quanto si riferisce alla natura del provvedimento che la *C. de c.* può prendere, il quale tende a perdere sempre più il suo iniziale carattere assolutamente negativo.

180. — *A*) A chi segua da vicino la vita della *Cour de cassation*, qual'essa traspare dalla dottrina e dalla stessa sua giurisprudenza, si rivela in essa un processo di graduale allargamento del suo campo d'azione, nel quale vengono a poco a poco ad esser compresi sempre nuovi casi di *error in iudicando*, che finora parevano sottratti alla sua censura (16).

Questo successivo allargamento dei rigorosi limiti tra i quali al suo sorgere si trovava ristretto l'istituto, è un fenomeno che si compie

---

(11) Tarbé, *Lois*, nn. 726 e segg. Su questa legge, importante specialmente per ciò che riguarda la composizione personale ed interna della *Cassation*, cfr. Glasson, *Précis*, I, 46.

(12) *Ib.*, nn. 824 e segg.

(13) *Ib.*, nn. 1039 e segg.

(14) *Ib.*, nn. 1331 e segg.

(15) Senatusc. citato, art. 136, in Tarbé, *Lois*, n. 952.

(16) Si veda la enumerazione delle principali fasi di questa evoluzione in Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 442; e in Stolfi, *Riforma della Corte di cassazione.*

in massima nella pratica, quasi all'insaputa del legislatore; ma di esso si ha una debole eco anche nel tenore delle leggi positive.

Invero, mentre la formula adottata nel primitivo Decreto del 1790 (retro, n. 158) limitava la cassazione per *error in iudicando* alla sola *contravention expresse au texte de la loi*, le leggi successive, a partire dall'art. 20, Tit. III, cap. V della Costituzione 3-14 settembre 1791 (17), fino all'art. 7 della L. sull'organizzazione dell'ordinam. giud. 20 aprile 1810 (18), non richiesero più che la contravvenzione dovesse essere diretta contro il testo della legge, ma ammisero che la cassazione potesse avvenire per *contravention expresse à la loi* (19); mentre il Decr. 1790 ammetteva la cassazione *dans l'intêret de la loi* solo nel caso che la sentenza fosse *directement contraire aux lois* (20), le leggi successive ammisero che questa cassazione potesse avvenire tutte le volte che ci fosse un *jugement contraire aux lois* (21). Si cercava così di attenuare le espressioni troppo assolute, sostituendo ad esse locuzioni che lasciassero all'organo di cassazione una maggiore libertà di movimenti: sfumature verbali, s'intende, ma sempre indici di una tendenza.

a) Il primo passo fatto dalla Corte di cassazione verso un più ampio suo sviluppo consistè dunque in questo: che non più, per la Cassazione, si richiese la contravvenzione *letterale* della legge, ma si ammise che una sentenza potesse essere cassata anche perchè contraria allo *spirito* di una legge (22); questo significava dunque che, per aversi cassazione, occorreva sempre, come si è detto già (retro, n. 160), che il giudice di merito si fosse ingannato sulla esistenza o sulla obbligatorietà di una legge, ma che, per determinare se tale errore vi era stato, la Corte di cassazione poteva tener conto, meglio che del *texte*, della intenzione razionale della norma negata.

181. — *b*) Ma un passo ulteriore (e questo sol nella pratica, senza che alcuna traccia se ne trovi nei testi positivi) fu fatto di assai maggiore importanza, quando si cominciò ad ammettere la cassazione non

---

(17) In Tarbé, *Lois*, n. 588.

(18) Tarbé, *Lois*, n. 1170; così la Cost. 24 giugno 1793, art. 99; Cost. 5 fruttidoro, anno III (1795), art. 255; Cod. 22 frimaio, anno VIII, art. 66 (in Tarbé, *Lois*, nn. 650, 713, 823).

(19) Cfr. Chenon, *Cassation*, pag. 159; Faye, *Cassation*, n. 110.

(20) Art. 25. Tarbé, *Lois*, n. 542.

(21) L. 27 vent., anno VIII, tit. VI, art. 88, in Tarbé, *Lois*, 855.

(22) Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pagg. 442 e segg. Cfr. la sentenza del Tr. di cass. 4 termid., anno IX (in Sirey, *Jurisprudence du Trib. de cass.*, anno X, pagg. 39-41), in cui il Trib. scende a indagare se vi sia contravvenzione all'*intention* della legge, pur essendone rispettata la *lettre*.

più perchè il giudice di merito si fosse ingannato sulla esistenza o sulla obbligatorietà di una norma, ma solo perchè il giudice, pur avendo rettamente riconosciuto la esistenza e la obbligatorietà di una norma, si era poi ingannato sul significato di essa: quando cioè si cominciò ad ammettere la cassazione per *fausse interpétration de la loi* (23). Se si deve credere a quanto scrive l'HENRION, questo nuovo motivo di cassazione, che, come si è veduto (retro, n. 178), non era ammesso dal *Tribunal* primitivo, fu originato dalla pubblicazione del Codice Napoleone; il quale, mentre da una parte, col suo art. 4, abolì il *référé facultatif* e restituì quindi al potere giudiziario la facoltà di interpretare le leggi (24), dall'altra aumentò notevolmente in pratica, nel periodo immediatamente seguente alla sua andata in vigore, il lavorio di interpretazione che i Tribunali dovevano compiere per comprendere a pieno lo spirito del nuovo testo di diritto positivo. Ecco rinascere quindi, in pieno rigoglio, quella giurisprudenza che la Rivoluzione aveva voluto bandire per sempre dai tribunali francesi: ed ecco manifestarsi anche dopo l'unificazione della legge, quella multiformità di interpetrazioni, contro la quale era necessario un rimedio che impedisse nella Francia costituzionale il ripetersi di quelle incertezze nel diritto obiettivo che tanto avevano afflitto la Francia del periodo regio. Di qui la cassazione per erronea interpetrazione di legge, la quale, non avendo niente a che fare colla *contravention expresse à la loi*, divenne in pratica, nonostante le sterili opposizioni di chi voleva mantenersi fedele alla concezione originaria dell'istituto (25), il motivo più largamente invocato dai ricorrenti, e la causa prima della sostanziale trasformazione dell'organo di cassazione (26); come già, d'altra parte, avevano riconosciuto i preparatori del Codice civile francese, i quali, nel restituire al potere giudiziario la facoltà esclusiva di compiere la interpretazione giurisprudenziale, avevano previsto che unica salvaguardia contro gli abusi di tale facoltà sarebbe stata la Cassazione (27).

---

(23) HENRION, *Autorité judiciaire*, cap. XXXI, in fine; CHENON, *Cassation* cit., 158; FAYE, *Cassation*, n. 110; CREPON, *Cassation*, III, nn. 1 e segg.; TARBÉ, *Lois, Introduction*, pag. 52. Su questo progresso, cfr. CAPONE, *Discorso*, II, § CLXXVII e specialmente Appendice, pagg. 178, 238, 244.

(24) Cfr. TARBÉ, *Lois*, n. 157, nota.

(25) FENET, *Recueil complet des travails prép. du Code civ.*, III, 178, riferisce che il Trib. d'app. di Bordeaux chiedeva che si abolisse la cassazione per falsa interpretazione di legge.

(26) Cfr. GENY, *Méthode*, pagg. 81 e segg.

(27) FAURE, discorso del 14 ventoso, anno IX, n. 10, in LOCRÉ, I, 318. LOCRÉ, *Esprit*, 210.

Così, quando fu ammessa la cassazione prima per contravvenzione allo spirito della legge, poi per falsa interpetrazione della legge ambigua, l'esame della Corte di cassazione si estese *a tutte quante le questioni di diritto relative alla premessa maggiore del sillogismo.* Già nel diritto comune i Decretalisti avevano ritenuto che fosse nulla la sentenza data *contra rationem legis* (28); e in questo quindi la Cassazione francese non costituiva una innovazione (salvo le differenze tra annullabilità e cassabilità, cui si accennò retro, n. 120). Ma la novità introdotta dalla Corte di cassazione fu, in confronto del diritto comune, quella di ammettere che potesse esser cassata una sentenza data *contra legem quae habet plures intellectus, contra communem opinionem Doctorum* (retro, n. 62). L'istituto francese si allontanava così tanto dai dettami del diritto comune, quanto da quelli del diritto romano; ma finora esso si conteneva nel campo delle questioni giuridiche *astratte* (29): esso non entrava ancora a verificare come il giudice di merito avesse deciso il rapporto giuridico, e si limitava a discutere, in modo puramente accademico, come una certa legge dovesse intendersi in generale. Risolveva dubbî giuridici, non giudicava controversie: era, come dice lo ZINK (30), una specie di « areopago di giureconsulti », che non prendeva in considerazione le questioni di fatto e le questioni di diritto relative alla premessa minore.

182. — *c*) Ma quando la censura della *Cour de cassation* fu giunta, così, a comprendere tutti quanti gli errori di diritto intervenuti nella premessa maggiore, ossia tutti gli errori sulla esistenza o sulla intelligenza di una norma in astratto, l'evoluzione dell'istituto non si fermò: e si cominciò ad ammettere la cassazione anche per errori di diritto intervenuti nella premessa minore, ossia, come si disse, per *fausse application de la loi.* Questa locuzione si trova adoprata fino dai primi anni della Rivoluzione in leggi relative alla cassazione in materia criminale (31), in relazione alla particolare struttura delle norme penali; ma in seguito la *fausse application de la loi* diventò un mezzo di cassazione anche in materia civile (32) specialmente quando si am-

---

(28) *Error in iudicando*, n. 22.

(29) Cfr. HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, 123; MEYER, *Ist. giud.*, lib. VII, cap. VI (vol. IV, pag. 361 della trad. italiana).

(30) *Ermittlung*, 400.

(31) L. 16-29 sett. 1791, tit. VIII, art. 23; Decr. 29 sept. - 21 oct. 1791, art. 1: « Les demandes en cassation ne pourront être formées que pour cause de nullités... ou par fausse application de la loi » (in TARBÉ, *Lois*, nn. 604 e 608).

(32) CHENON, *Cassation*, pag. 160 e segg.; CREPON, *Cassation*, III, nn. 4 e segg.; FAYE, *Cassation*, n. 111 (ma con esempî che non calzano). I più antichi

mise che la *Cour de cassation* potesse estendere la propria censura fino ad esaminare se il giudice del merito avesse esattamente apprezzato la *qualification légale* (33) del rapporto controverso, il *caractère légal* dei fatti costituenti la sostanza della lite (34). In questo caso l'organo di cassazione non si limitava più a ricercare il significato astratto della legge, e, in base a questo, se nella sentenza denunciata apparisse qualche errore giuridico teorico; ma scendeva a esaminare la relazione che il giudice del merito aveva istituito tra la norma di diritto e il fatto controverso, in quanto indagava se il giudice avesse rettamente fatto rientrare tale fatto concreto tra quelli ipotizzati dalla norma, ossia, il che è lo stesso, se il giudice avesse a ragione riconosciuto nella fattispecie concerta gli estremi giuridici di una fattispecie *definita* dalla legge (per un ulteriore sviluppo di questa tendenza nella Corte di cassazione contemporanea, cfr. oltre, n. 199). Si trattava anche qui di una questione di diritto, ma di una questione di diritto singola e concreta, che non aveva davvero quel carattere di astrattezza e di generalità che abbiamo trovato finora in tutte le questioni sottoposte alla censura della Cassazione: ora alla Corte di cassazione, per risolvere una simile questione relativa al singolo rapporto controverso, non bastava più leggere la sentenza del giudice di merito, per vedere se in essa si trovava l'enunciazione di erronee « dottrine » giuridiche, ma occorreva rendersi conto anche del materiale di fatto raccolto dal giudice sul merito della lite, per vedere se esso giustificava quelle conseguenze di diritto che la sentenza ne aveva tratte. L'indagine della Corte di cassazione, così, doveva fermarsi dinanzi ai fatti accertati dal giudice di merito, senza poter paragonare questo accertamento processuale colla realtà materiale. Ma tutte le conseguenze giuridiche

---

scrittori sulla cassazione sono restii ad ammettere la cass. per *fausse application* e dicono ch'essa si può verificare soltanto quando la falsa applicazione presuppone insieme una *contravention*, ossia quando, in luogo della legge applicata, se ne doveva applicare un'altra; criterio non ben chiaro in verità: cfr. SIREY, *Notice*, pag. 1; TARBÉ, *Lois, Intr.*, 52.

(33) FAYE, *Cassation*, nn. 157-158; JAPIOT, *Traité* cit., 1123, 2°.

(34) FAYE, n. 159. Cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2340 e segg. ed ivi giurisprudenza, la quale peraltro, scelta tra la più recente, è tutta posteriore alla legge 1837. Ma anche prima di questa legge si hanno numerose decisioni in questo senso: cfr., per es., la decisione 26 luglio 1823, Sez. riunite (SIREY, *Recueil*, XXIII, I, 380) con questa motivazione: « Attendu que la Cour de cassation a le droit d'apprécier le mérite des arrêts des Cours royales, lorsque ces arrêts déterminent le caractère des contracts dans leurs rapports avec les lois qui en assurent la validité, etc. »; la dec. 13 giugno 1814, Sez. unite (SIREY, *Recueil*, 1814, I, 154); contro, invece, la decis. 2 febbraio 1808, Sez. unite, in SIREY, *Recueil*, 1808, 187.

che da tali fatti il giudice di merito aveva fatto derivare, essa poteva riesaminarle e discuterle (35).

In questo modo, dunque, la Corte di cassazione veniva ad attrarre sotto la sua censura anche le questioni di diritto che si riferivano al solo caso pratico oggetto di lite, ossia le questioni di diritto relative alla premessa minore: in questo modo tutte le questioni di diritto, astratte o concrete, potevano essere prese in esame dalla Corte di cassazione, e poteva in conclusione stabilirsi la regola che *contravention à la loi « est synonyme d'erreur de droit »* (36).

In verità, questa cassazione per falsa applicazione di legge, la quale presupponeva un riesame del merito della controversia limitatamente alle questioni di diritto, sembra inconciliabile con quel principio fondamentale posto dal Decr. 1790 e ripetuto poi da tutte le leggi successive, secondo il quale l'organo di cassazione non doveva in nessun modo ingerirsi del *fond* della lite (37). Ma ho già avvertito che la Cassazione si sviluppa nella pratica indipendentemente dai suoi canoni originarî e talvolta in opposizione con essi. Certo è che questo ufficio assunto dalla Corte di cassazione di riesaminare come il giudice di merito avesse applicato il diritto al fatto è una novità che non ha esempio nella storia del diritto. Già una novità era costituita, come si è detto (retro, n. 181), dalla cassazione per falsa interpretazione della legge; ma questa cassazione per errore *contra ius in hypothesi*, questo riesame delle questioni di diritto in concreto costituisce il lato più originale dell'istituto francese. Tale originalità viene lodata specialmente dagli scrittori tedeschi, che, prima dell'andata in vigore del *C. P. O.*, conoscevano nella loro tradizione giuridica sol-

---

(35) Il procuratore generale DUPIN, dinanzi alla Corte di cass. a Sez. riunite (SIREY, *Recueil*, 1834, I, pagg. 819-820), diceva: « Si le juge, après avoir posé des faits bien caractérisés, les qualifiait mal... je conçoit la cassation... On ne peut pas dire que jamais la Cour n'aura le droit d'examiner les faits... Prenons des exemples des faits matériels définis par la loi. Sur une question d'homicide. L'arrêt reconnaît en fait que l'accusé s'est caché derrière une haie; qu'il était porteur d'une arme à feu, qu'il l'a dirigée sur un passant; que le passant est tombé à l'explosion de l'arme et qu'il a été tué; mais que ces faits ne constituent pas l'homicide: évidemment il y aura lieu à cassation ».

(36) GARSONNET, VI, § 2335; CREPON, III, 7. V. riassunto il cammino fatto dalla Cassazione per giungere a questa estensione della censura, in SIREY, *Recueil*, XXIV, pag. 22, col. 11; COURNOT, *Essai sur les fondements de nos connaissances*, n. 298.

(37) CHAPELIER, nella seduta dell'11 nov. 1790 (« Moniteur », 1790, 1306), aveva espressamente detto che « lorsque la loi a été mal appliquée... ce n'est qu'un moyen d'appel et non de cassation » (cfr. retro, n. 162).

tanto la rigida querela di nullità per *error contra ius in thesi clarum* (38); ed anche oggi, processualisti germanici trovano che il carattere più notevole della Cassazione francese è quello di aver ammesso la censura per errore di diritto nella sussunzione del fatto sotto la norma giuridica corrispondente (39).

183. — *B*) Abbiamo veduto come nella concezione originaria dell'istituto di cassazione fosse con rigore stabilito il carattere assolutamente negativo della sua funzione, talchè non solo gli era interdetto di porre al posto della sentenza cassata una nuova sentenza (retro, n. 163-1°), ma anche di accompagnare la cassazione con ragionamenti giuridici atti a dare una direttiva alla sentenza del giudice di rinvio (retro, n. 163-2°) o ad esercitare comunque un influsso sulla giurisprudenza degli altri tribunali (retro, n. 177).

Questo carattere assolutamente negativo, asserito dalla teoria, fu ben presto vulnerato nella pratica, nella quale, *di fatto* se non di diritto, l'efficacia della Cassazione andò estendendosi in limiti sempre più vasti fin dagli anni immediatamente seguenti alla sua fondazione.

a) L'indizio più chiaro di questo accrescimento dell'efficacia esercitata dalla C. di cass., che avviene *in fatto*, si ha nell'importanza sempre maggiore che fu data nelle sue decisioni alla parte motiva, la quale, se consisteva inizialmente solo nella menzione del testo di legge violato, assunse in seguito uno sviluppo assai più grande (40), e fu resa obbligatoria per legge, anche nelle decisioni di *rejet* (41), mentre nei primi tempi si usava inserirla solo nelle decisioni di *cassation*.

Così, quanto più era ampia ed elaborata la esposizione dei motivi giuridici ai quali si appoggiavano le decisioni della C. di cass., tanto più esse acquistavano autorità sui tribunali inferiori, i quali vedevano in esse, *di fatto* se non di diritto, una specie di ammaestramento e di suggerimento. Da questa autorità sempre maggiore acquistata dalle decisioni della C. di cass. derivò che ogni sua decisione, contenente la

---

(38) Feuerbach, *Betrachtungen* cit., pag. 103; Holzschuher, *Rechtsweg*, 124-125, nota **; e 501-503 con note.

(39) Fischer, *Revision und Revisionsumme* (Berlin, 1905).

(40) Questo sviluppo sempre più complesso ed accurato dei motivi nelle decisioni del Trib. di cass. si può seguire nelle raccolte delle decisioni dei primi anni, per es. nel Sirey, *Recueil*, 1791 e segg.

(41) Decr. 4 germ., anno II, art. 6, e 9 mess., anno II, art. 111 (Tarbé, *Lois*, nn. 696 e 700). Cfr. anche *ib.*, *Introduction*, 141 e segg.; Crepon, I, n. 120. Sulla importanza della motivazione delle decisioni della Cassazione, cfr. Meyer, *Ist. giudiz.*, lib. VIII, cap. 10°.

risoluzione in astratto di una questione giuridica, potè avere un influsso positivo:

α) sulla risoluzione della singola controversia che già era stata decisa dalla sentenza cassata;

β) sulla risoluzione di tutti i casi analoghi che potessero in seguito presentarsi dinanzi ai giudici in altri processi.

184. — α) Per ciò che si riferisce alla decisione della singola controversia, la C. di cass. doveva limitarsi a censurare la sentenza di merito, e a levarla di mezzo, lasciando poi piena libertà di decisione al nuovo giudice di rinvio. Questo in teoria; ma in pratica, poichè la decisione di cassazione era largamente motivata, essa, mentre in diritto si occupava solo di porre nel nulla il giudicato, di disfare quello che l'autorità giudiziaria aveva fatto male, veniva a designare al nuovo giudice qual'era la via da tenere nella nuova sentenza, poichè dimostrava con opportune argomentazioni l'erroneità della concezione giuridica sulla quale si era basata la sentenza cassata. Il giudice di rinvio era libero, si sa, di seguire o di non seguire la opinione dell'organo di cassazione; ma nella massima parte dei casi la seguiva, sia perchè essa era di solito persuasiva ed autorevole, sia anche perchè il giudice sapeva che, seguendo l'opinione contraria, esponeva la sua sentenza ad una nuova cassazione.

La decisione della C. di cass. veniva dunque in pratica ad esercitare quasi sempre un influsso positivo sulla decisione della singola controversia, in quanto quasi sempre concorreva a formare, colla motivazione contenuta nel suo *arrêt*, l'opinione giuridica del giudice di rinvio. Si tendeva così inconsciamente a trasformare l'organo di cassazione in una vera e propria suprema corte di giustizia con potere di decisione positiva, come già, sia pure con esito negativo, aveva pensato di fare, il 26 pluvioso, anno III, la Convenzione, quando incaricò il Comitato di legislazione di esaminare questo problema di diritto costituendo: se non fosse opportuno *d'étendre les attributions données par les lois précédentes au Tribunal de cassation, et de le charger soit de reformer soit d'annuler soit de réviser les jugements rendus par les tribunaux inférieurs* (42).

185. — β) Questo influsso positivo della C. di cass. sulla risoluzione della singola controversia, non deve essere confuso colla efficacia che le decisioni dell'organo di cassazione potevano esercitare sulla riso-

---

(42) In TARBÉ, *Lois*, n. 707.

luzione di altre controversie nascenti in processi diversi ma sullo stesso punto di diritto: in verità, poichè le sentenze della Cassazione avevano il carattere di consultazioni su questioni giuridiche astratte, ben s'intende come esse potessero servire a far prevalere nella giurisprudenza dei tribunali un certo indirizzo dottrinario piuttosto che un altro, e come un giudice che si trovava a decidere un punto di diritto sul quale già, in un altro processo, si era pronunciata la Cassazione, fosse naturalmente inclinato a seguire il parere di quel supremo consesso, che avrebbe potuto, in seguito, cassare anche la sua sentenza se basata su contraria opinione giuridica. La prova di questo influsso *positivo* che le decisioni della C. di cass. esercitavano fino dai suoi primi tempi sulla giurisprudenza dei tribunali, si ha in quelle disposizioni colle quali gli stessi governi rivoluzionarî cercavano di rendere note ai tribunali le decisioni della Cassazione e di diffonderle perchè servissero di regola alla coscienza giuridica nazionale. Già il Decr. 1790 aveva prescritto nel suo art. 22 (43) che ogni decisione del Tr. di cass. fosse stampata e iscritta sui registri del tribunale la cui decisione era stata cassata; ma il carattere di questa disposizione, che nelle discussioni dell'Assemblea passò sotto silenzio (44), si rileva da un *Arrêté* del Direttorio esecutivo in data 28 vendemm. anno V (1796), il quale, nello stabilire che d'ora in avanti le decisioni della Cassazione dovevano essere stampate in fascicoli costituenti il *Bulletin officiel*, aggiungeva che questo sistema sarebbe riuscito di grande utilità *pour l'instruction des juges, et pour extirper une foule de procès sans cesse renaissant sur les mêmes questions* (45). Queste parole costituivano la più esplicita testimonianza dell'autorità positiva che il Tr. di cass. aveva già assunto, dopo sei anni dalla sua fondazione, sull'andamento della interpretazione giudiziaria, e il più palese riconoscimento della utilità della sua giurisprudenza (46). Com'erano lon-

---

(43) Tarbé, *Lois*, n. 539.

(44) Si trovava tale e quale nel *Projet*, art. XXVII (« Moniteur », 1790, 1239).

(45) In Tarbé, *Lois*, n. 778.

(46) Un'altra prova caratteristica dell'influsso positivo che la opinione della Cassazione esercitava sull'autorità giudiziaria si ha in alcune sentenze, le quali, in questioni di diritto dubbie, si conformano all'opinione della Corte di cassazione con questa motivazione: « Attendu que, dans l'incertitude de cette législation, *il peut être prudent* de suivre le système qui a été embrassé par la Cour de cassation... » (App. Agen, 28 aprile 1824, in Sirey, 1824, II, 356); Attendu qu'au milieu des incertitudes dans lesquelles l'on se trouve placé par la contrariété des arrêts, *il est prudent* de s'attacher à la doctrine consacrée par les derniers arrêts de la Cour de cassation ». In questo modo, anche prima della legge 1837, la Corte di cass. funzionava da unificatrice della giurisprudenza, non tanto per la

tane, ormai, le parole di CHAPELIER (retro, n. 163) proclamanti in modo solenne che il Tr. di cass. *ne doit avoir de jurisprudence à lui*!

186. — *b*) Questa graduale trasformazione che si compieva di fatto nell'organo di cassazione venne riconosciuta e resa perfetta *di diritto* dalla legge 1° aprile 1837 che ho già ricordata, la quale regolava l'ipotesi di una seconda cassazione della sentenza di rinvio per lo stesso motivo. Ma prima che questa legge segnasse, in questo campo, il raggiungimento di una condizione *statica*, tre sistemi diversi vennero a delimitare i poteri che all'organo di cassazione spettavano contro l'autorità giudiziaria, quand'essa, non ostante una prima cassazione, s'ostinasse *in iudicando* a violare la legge; appunto perchè si comprendeva che tale delimitazione costituiva il punto vitale e caratteristico dell'istituto.

Esaminiamo brevemente questi tre sistemi (47).

1) *Primo sistema.* — Il *référé* al legislatore, imposto al Tr. di cass. dal Decr. 1790 e dalla Cost. anno III (retro, n. 165 e 166), il quale si era dimostrato inattuabile, perchè, col sospendere il corso della lite fino alla emanazione di una legge interpretativa, costringeva i litiganti a intollerabili indugi, fu abolito dalla legge 27 ventoso, anno VIII, art. 78 (48): essa invece stabilì che, ove contro la seconda sentenza di merito fosse presentato un secondo ricorso in cassazione per gli stessi motivi, anzichè riferirne al legislatore il Tr. di cass. avrebbe dovuto decidere in adunanza plenaria di tutte e tre le Sezioni che lo costituivano (« *sections réunies* »: *consultis classibus*, come usavano gli antichi Parlamenti quando dovevano emettere un *arrêt de règlement*). La legge non diceva quello che doveva avvenire, quando la causa, se le Sezioni unite decidevano la cassazione, venisse rinviata dinanzi a un terzo giudice; ma pare che essa, pur senza prescrivere al giudice di conformarsi all'opinione del Tr. di cass., supponesse che mai in pratica, dinanzi a un responso autorevole com'era quello delle

---

forza dei suoi ragionamenti, quanto per il timore che inspirava nei giudici la possibilità di veder cassare la propria sentenza. Contro questa *déférence obséquieuse*, cfr. SIREY, ivi, in nota (358). In seguito, dopo la legge 1837, si sono avute sentenze di Corti d'appello che hanno, dopo una seconda cassazione, applicato la risoluzione della Corte di cass., pur confessando di disapprovarla: cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2337.

(47) Cfr. CAMMEO, *Interpretazione autentica* (« Giur. it. », 1907, IV), n. 6, nota 56. Per la storia e il significato di questi sistemi successivi, nessun autore è esauriente e completo come il BONCENNE, *Théorie, Introduction*, I, pagg. 514-552.

(48) In TARBÉ, *Lois*, n. 845.

tre Sezioni, si sarebbe trovato un giudice capace di seguire opinione diversa (49). Invece, in pratica, giudici capaci di questa ribellione si trovarono (50): e allora, di fronte al silenzio della legge che non diceva come dovesse regolarsi la terza cassazione e come si dovesse porre termine al conflitto, si vide che la legge dell'anno VIII era su questo punto insufficiente, come fece notare la Corte di cassazione, l'anno XI, nel suo resoconto annuale sulle manchevolezze della legislazione (51).

2) *Secondo sistema.* — La legge 16 sett. 1807 tornò al *référé*, rendendolo obbligatorio nel caso di un terzo ricorso per gli stessi motivi in una causa ov'erano già intervenute due cassazioni, e meramente facoltativo nel caso di un secondo ricorso in cassazione per gli stessi motivi (52); nella quale ipotesi, se la Corte di cassazione non intendeva far uso di tale facoltà, doveva giudicare a Sezioni unite, sotto la presidenza del Ministro della giustizia (53). La peculiarità di questa riforma consistè in ciò: che l'interpretazione autentica a cui dava luogo il *référé*, non doveva esser resa per mezzo di una legge, ma *dans la forme des règlements d'administration publique* (54), ossia dall'Imperatore assistito dal Consiglio di Stato; il che, se rispondeva al larvato assolutismo della costituzione imperiale (55), costituiva una evidente spogliazione del potere legislativo a vantaggio del potere esecutivo. Questo, tuttavia, non alterava la posizione della Corte di cassazione: il Consiglio di Stato, infatti, risolveva, in forma di *règlement* generale, la questione di massima, in modo ipotetico e astratto, valevole per tutti i casi futuri (56); la Corte di cassazione, sulla traccia di questa risoluzione, decideva se si doveva togliere efficacia nel caso singolo alla sentenza denunciata (57); e ove ritenesse necessaria la

---

(49) Boncenne, *Théorie*, I, 515; Chenon, *Cassation*, pag. 207; Crepon, *Cassation*, I, 171; Faye, *Cassation*; Sirey, *Interpr.*, § II, in *Recueil*, 1824, II, pag. 20.

(50) Chenon, l. c.

(51) Tarbé, *Lois*, n. 853, nota.

(52) V. in Tarbé, *Lois*, nn. 1039-1044, il testo di questa legge e la relazione esplicativa colla quale fu accompagnata; cfr. anche Sirey, *Recueil*, 1808, II, v. *Interprétation*, pag. 37 e segg.; Garsonnet, *Traité*, I, § 91.

(53) Art. 3-5. *Ibid.*, nn. 1042-1044.

(54) Art. 2: in Tarbé, *Lois*, n. 1041.

(55) Boncenne, *Théorie*, I, 517.

(56) Boncenne, *Théorie*, I, pag. 530.

(57) Sirey, *Interpr.* cit. (*Recueil*, 1808, II, 38), § II: « ... en dernière analyse ce sera l'arrêt rendu par la Cour de cassation, sur le deuxième ou sur le troisième pourvoi, qui, dans chaque affaire, décidera le point de droit ».

cassazione, rinviava per l'ulteriore decisione all'autorità giudiziaria, la quale era tenuta, come resulta dalla Relazione governativa (58), a decidere in conformità del principio consacrato dal decreto interpretativo. Per eliminare la infrazione al principio della separazione dei poteri, la quale, fin dal 1814, aveva dato luogo a proteste da parte del potere legislativo, che reclamava per sè il diritto di interpretare le leggi (59), il Consiglio di Stato, convocato il 27 nov. 1823 per esaminare se, sotto il regime della Restaurazione, dovesse intendersi sempre in vigore la legge 1807, decise ch'essa era compatibile col regime costituzionale stabilito dalla Carta, purchè si intendesse che l'interpretazione attribuita al Consiglio di Stato non aveva il carattere di interpretazione autentica, ma quello di una interpretazione giurisprudenziale, che *legalément bornée au cas particulier pour lequel elle aurait été donnée, ne serait pas la règle nécessaire pour tous les cas analogues, ce qui la distinguerait essentiellement de la loi* (60). In questo modo, il temperamento adottato dal Consiglio di Stato, se salvava il principio della separazione dei poteri da una parte, lo violava per un altro verso: in quanto il potere esecutivo cessava di esser legislatore per diventare giudice (61). Le interpretazioni del Consiglio di Stato non avevano dunque più il carattere di leggi, ma di vere e proprie sentenze (62), talchè si ritornava così alle istituzioni dell'*ancien régime*, per le quali era « posto nelle mani del principe l'ultimo fato delle liti » (63).

3) *Terzo sistema.* — Allo scopo di stabilire nettamente la differenza tra l'interpretazione autentica e l'interpretazione giurisprudenziale, e di togliere al potere esecutivo ogni ingerenza sulla decisione delle liti, la legge 30 luglio 1828 (64) stabilì che, qualora la Corte di

---

(58) In TARBÉ, *Lois*, n. 1039, in nota: « ... le nouveau tribunal saisi du fond ne pourra s'écarter des principes consacrés par le décret ».

(59) Per particolari, cfr. BONCENNE, *Théorie*, I, 518, 525; GARSONNET, *Traité*, I, § 92; in difesa della legge 1807, cfr. SIREY, *Recueil*, 1824, II, *Interpr. royale*, § III, pag. 20 e segg., il quale tenta di dimostrare com'essa è compatibile colla Carta costituzionale.

(60) Parere del Cons. di Stato, 27 nov. 1823, in TARBÉ, *Lois, Intr.*, pagg. 85-86; cfr. BONCENNE, *Théorie*, I, 524.

(61) CHENON, *Cassation*, 209.

(62) Così avvenne nella pratica: esempî in BONCENNE, *Théorie*, I, 531.

(63) MORTARA, *Commentario*, I, 78; CREPON, *Cassation*, I, 508.

(64) TARBÉ, *Lois*, n. 1331 e segg. Lavori preparatorî: Progetto e relazione del min. PORTALIS, 24 marzo 1828 (« Moniteur », 1828, 362); Relaz. alla Camera dei Deputati di CALEMARD DE LAFAYETTE, 10 maggio (*ib.*, 614), discussioni 22, 23, 26, 27 maggio (*ib.*, 691-726); Relaz. alla Camera dei Pari di MOLÉ, 19 luglio (*ib.*, 1185), discussioni 22, 23, 24 luglio (*ib.*, 1193-1195; 1203-1205; 1221-24).

cassazione avesse, a Sezioni unite, cassato una seconda volta per gli stessi motivi, la ulteriore decisione sul merito fosse sempre rinviata a una *Cour royale* (65), la quale doveva giudicare a Sezioni unite in modo assolutamente sovrano, senza, cioè, che il suo *arrêt*, anche se disforme dall'opinione della Corte di cassazione, potesse essere più denunciato in cassazione (art. 2). Nel conflitto di opinioni tra la Corte di cassazione e l'autorità giudiziaria, la vittoria doveva dunque restare a quest'ultima, poichè ad essa sola competeva l'interpretazione giurisprudenziale: il *référé* volto ad ottenere l'interpretazione autentica non era abolito, ma, invece di aver luogo in corso di lite sospendendo la decisione della controversia, doveva essere esperimentato dopochè la *Cour royale* aveva deciso irrevocabilmente, e doveva essere diretto al re, affinchè, nella sessione seguente, proponesse alle Camere una legge interpretativa, valevole, s'intende, soltanto pei casi futuri (art. 1) e immune, quindi, da qualsiasi parziale riferimento al singolo caso controverso (66). In questo modo, se il principio della separazione dei poteri veniva ad esser rispettato, in pratica si toglieva ogni serietà ed efficacia all'organo di cassazione, dal momento che l'autorità giudiziaria sapeva che il mezzo migliore per aver ragione contro l'intervento censorio di quest'organo era quello di perseverare nell'errore (67).

187. — Nessuno di questi tre sistemi, pur estendendo in diversa misura il potere della Corte di cassazione di fronte all'*error in iudicando* dell'autorità giudiziaria, venne ad alterare quel carattere assolutamente negativo che l'organo di cassazione aveva per legge, e a sanzionare con un riconoscimento di diritto quell'influsso positivo che la decisione della Corte di cassazione aveva assunto di fatto così sulla decisione del singolo caso controverso (retro, n. 183), come sul generale andamento della giurisprudenza (retro, n. 185).

Ma queste riforme, che si succedevano a così breve distanza, mostrano quello stato di incertezza che nella coscienza giuridica francese regnava sul modo di intendere la funzione della Corte di cassazione, quell'oscillazione tra la concezione originaria del Tr. di cass., che ne faceva un organo di controllo con funzione assolutamente negativa, e la realtà pratica dell'istituto, che aveva assunto a poco a poco

---

(65) Questo fu fatto allo scopo di dare maggiore autorità alla terza sentenza, che poteva allontanarsi dall'opinione della Cassazione: cfr. Relaz. PORTALIS, « Moniteur », 1828, pag. 363, col. 1ª.

(66) PORTALIS, *ib.*, pag. 363, col. 3ª; CALEMARD DE LAFAYETTE, seduta Camera Deputati del 10 maggio (*ib.*, 614, col. 3ª).

(67) Cfr. per le critiche BONCENNE, *Théorie*, pag. 537 e segg.; CHENON, *Cassation*, n. 62; GARSONNET, *Traité*, I, § 92.

funzione positiva e regolatrice sull'andamento della giurisprudenza. Si direbbe quasi che i legislatori francesi comprendessero che l'organo di cassazione non stava tutto quanto nelle leggi scritte, e sentissero la necessità di fermare in nuove disposizioni quello che nella pratica esso era divenuto; ma che, pur comprendendolo, non riuscissero a cogliere con precisione la sua individualità giuridica, a trovare qual'era la riforma che sola avrebbe potuto conciliare il dissidio.

I tre successivi sistemi di cui ho fatto cenno mostrano in modo evidente questo dissidio di opposte concezioni. La legge dell'anno VIII, che abolisce il *référé* al legislatore e si basa sull'errato presupposto che l'autorità giudiziaria non avrebbe osato ribellarsi all'opinione della Corte di cass. adunata in sezioni unite (retro, n. 186), sembra voler favorire il positivo influsso della Corte stessa sulla risoluzione definitiva delle liti, e riconoscere di conseguenza il suo ufficio di regolatrice e unificatrice della interpretazione giurisprudenziale; ma la legge del 1807, nuovamente introducendo l'obbligatorietà del *référé*, venne a togliere alla Corte di cass. ogni ingerenza positiva sulla interpretazione della legge, e a considerarla ancora come un semplice tramite fra l'autorità giudiziaria e la legge, tornando, sia pure con diversità di disposizioni, alla concezione del Decr. 1790. Ancor meglio tal concezione si accentua nella legge 1828, la quale si basa su questa idea caratteristica, espressa in modo chiarissimo dal CORNUDET (68): che la cassazione, potendo avvenire solo in caso di contravvenzione espressa alla legge, non deve intervenire quando si tratta di interpretare una legge oscura; e che quindi, quando il dissidio tra la Corte di cassazione e l'autorità giudiziaria dimostra che siamo di fronte a una questione giuridica dubbia, l'autorità giudiziaria deve aver vittoria, perchè non può esistere contro una legge dubbia quella espressa contravvenzione che sola autorizza la cassazione. La legge 1828 nega assolutamente alla Corte di cassazione l'ufficio di unificare la giurisprudenza: e riafferma la rigorosa concezione dell'Assemblea nazionale, alla quale certo s'inspira il CORNUDET quando proclama che *l'unité de doctrine que l'on invoque, doit sortir des termes mêmes de la loi, et non d'une glose arbitraire que la Cour de cassation substituerait à son texte* (69).

188. — Ma, nonostante queste ripetute riaffermazioni di quella concezione ristretta che aveva presieduto alla fondazione del nostro

---

(68) Discorso alla Camera dei Pari, 22 luglio 1828 (« Moniteur », 1828, pag. 1195). Uguale concezione è espressa nella Relaz. alla Camera del CALEMARD DE LAFAYETTE, cit.

(69) Loc. cit.

istituto, la Corte di cassazione, come s'è visto, continuava a esercitare in pratica una funzione assai più larga e complessa di quella che i legislatori si ostinavano a volerle assegnare: finchè la legge 1° aprile 1837 (70) venne a legittimare questo stato di fatto, e a riconoscere legalmente l'evoluzione ormai compiuta dalla Corte di cassazione. Questa legge, di fronte a un possibile conflitto fra la Corte di cassazione e l'autorità giudiziaria che si ostinasse *in iudicando* a violare la legge, scartò il sistema adottato dal Decr. 1790 e dalla legge 1807 di ricorrere alla interpetrazione autentica per via di *référé*, e scartò ugualmente il sistema adottato dalla legge 1828 di far prevalere l'opinione dell'autorità giudiziaria: e scelse, di conseguenza, l'unico sistema che restava, cioè quello, già larvatamente adottato dalla legge dell'anno VIII, di dare la prevalenza irrevocabile all'opinione della Corte di cassazione. A tale scopo, l'art. 2 della legge stabiliva che quando la Corte aveva pronunciato, a Sezioni unite, la seconda cassazione di una sentenza già cassata per lo stesso motivo, l'autorità giudiziaria di rinvio *se confermera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour* (71); in tal modo la questione di diritto dubbia veniva risoluta dalla Corte di cassazione con una decisione limitata al caso singolo, la quale aveva forza obbligatoria per il giudice di rinvio, ma non per gli altri giudici che in seguito si fossero trovati a dover risolvere in altri processi questioni di diritto analoghe (72). La legge aboliva del tutto il *référé* obbligatorio, sia quello precedente alla decisione definitiva della controversia voluto dal Decr. 1790 e dalla l. 1807, sia quello posteriore voluto dalla l. 1828; ma con questo non veniva a trasferire nella Corte di cassazione la facoltà di emanare interpetrazioni autentiche, poichè l'interpetrazione della Corte aveva efficacia limitata al caso singolo (73), mentre, d'altra parte, il potere le-

---

(70) In TARBÉ, *Lois*, nn. 1395-1397. Lavori preparatori: Progetto e relazione del guardasigilli PERSIL, 25 gennaio 1837 (« Moniteur », 1837, 172-73); Camera dei Pari, relazione del ROY, 18 febbraio (*ib.*, 330-331), discussioni 21 febbraio (*ib.*, 352-354); Camera dei Deputati, relazione PARANT, 14 marzo (*ib.*, 575-76), discussioni 30 marzo (*ib.*, 739 e segg.). Cfr. GARSONNET, *Traité*, I, § 93.

(71) In TARBÉ, *Lois*, 1396.

(72) CHENON, *Cassation*, n. 63.

(73) Il CAMBON, nella discussione dinanzi alla Camera dei Pari (21 febbraio, « Moniteur », 352), aveva proposto di dare alla decisione della Corte di cass. valore di interpretazione autentica; ma il PERSIL si oppose: di questa opinione è anche MARCADÉ, *Expl. théor. et prat. du Code Napoléon*, I, n. 92 (contro il quale, il nostro CAPONE, *Discorso* cit., II, pag. 254 e segg.); cfr. LA GRASSERIE, *Cassation*.

gislativo poteva valersi, quando gli sembrasse opportuno, del suo esclusivo diritto di emanare leggi interpetrative (74).

La legge ebbe, durante le discussioni parlamentari, vivaci critiche: si diceva che essa trasferiva nella Corte di cassazione una parte del potere legislativo e che veniva a distruggere la *souveraineté* del giudice di rinvio (75); ma sopratutto i suoi avversarî opponevano ch'essa, col dare alla decisione della Corte efficacia obbligatoria, veniva a investire della decisione di merito l'organo di cassazione, contrariamente a quel principio fondamentale che gli vietava la cognizione del *fond*, e che in tal modo essa toglieva alla Corte di cassazione il suo carattere originario, trasformandola in un vero e proprio organo giurisdizionale (76).

Non si può dire che queste ultime obiezioni fossero infondate, poichè veramente la legge 1837 venne a trasformare radicalmente, come ora si dirà, la funzione della Corte di cassazione; ma è interessante notare come i sostenitori di questa legge, invece di riconoscere apertamente l'innovazione ch'essa, in armonia colla pratica, introduceva nel diritto obiettivo, cercavano di confutare i contraddittori, negando che la nuova legge fosse in opposizione coi principî iniziali della Cassazione, e ch'essa possedesse quel carattere di fondamentale riforma, che costituiva, senza dubbio, il suo innegabile pregio (77). Invero, se pure i legislatori mostravano di non accorgersene, colla riforma del 1837, alla Corte di cassazione, la quale finora aveva avuto in teoria un ufficio meramente negativo, fu riconosciuta per legge quella facoltà, finora maturata nella pratica, di influire positivamente:

α) sulla risoluzione della singola controversia che già era stata decisa dalla sentenza cassata (retro, n. 183);

β) sulla risoluzione di tutti i casi analoghi che potessero in seguito presentarsi in altri processi (retro, n. 184). Esaminiamo separatamente ciascuno di questi due punti.

---

(74) Così tutti gli oratori che difendevano il progetto, tra i quali specialmente PERSIL (« Moniteur », 1837, 173, 353, 745). Tanto alla Camera dei Pari, quanto a quella dei Deputati vi fu chi propose di mantenere il *référé* posteriore alla decisione nella forma della legge 1828 (VILLEMAIN, *ib.*, 354; SALVERLE, *ib.*, 745); ma gli emendamenti furono respinti come superflui.

(75) CAMBON, 21 febbraio (« Moniteur », 1837, 352); GAILLARD DE KERBERTIN, 30 marzo (*ib.*, 739); DELESPAUL (*ib.*, 740).

(76) Caratteristico è su questo argomento il discorso tenuto da PATAILLE alla Camera dei Deputati il 30 marzo 1837 (« Moniteur », 741 e segg.).

(77) GENY, *Méthode*, pag. 83, dice che tali spiegazioni « riposavano su un sofisma. Sarebbe stato molto meglio confessare francamente che si rompeva... col principio della Costituente ».

189. — α) Per apprezzare in tutta la sua portata la modificazione che si introduceva nell'indole della Corte di cassazione, prescrivendo che, dopo la seconda cassazione, il giudice di rinvio dovesse conformarsi all'opinione giuridica espressa dalla Corte, bisogna mettere in relazione questa norma con quanto abbiamo detto più indietro (nn. 180-182) sui limiti di quella facoltà di riesame che la Corte di cassazione aveva sugli *errores in iudicando* commessi dal giudice di merito. Si è veduto, infatti, che la Corte di cassazione, a poco a poco, era giunta nella pratica a riesaminare tutte quante le questioni di diritto, non solo quelle astratte relative alla premessa maggiore, ma benanche quelle concrete relative alla premessa minore: ora, combinando questo potere di fatto col potere di diritto stabilito dalla legge 1837, vediamo che da questo momento alla Corte di cassazione era riconosciuta la facoltà di far prevalere la propria opinione nella risoluzione di tutte le questioni di diritto che insorgessero *in iudicando* in un processo, ossia, il che è lo stesso, la facoltà di *decidere positivamente e concretamente sul punto di diritto* le controversie portate dai privati dinanzi all'autorità giudiziaria.

In verità, nella divergenza di opinioni giuridiche tra la Corte di cassazione e l'autorità giudiziaria, il parere della Corte di cassazione doveva sempre prevalere; poichè, se l'autorità giudiziaria, dopo una prima cassazione, non si conformava volontariamente all'opinione della Corte, doveva conformarvisi per forza dopo una seconda cassazione pronunciata per gli stessi motivi. E l'attività che la Corte di cassazione spiegava sulla decisione della singola controversia non si limitava a imporre al giudice di rinvio una certa dottrina giuridica in astratto, a indicargli in generale quale era la norma ipotetica da applicare al caso; ma giungeva anche a compiere in vece del giudice la concreta applicazione della norma al fatto, a determinare se e come, tenuti fermi i fatti accertati nel precedente giudizio di merito, una certa norma potesse ritenersi idonea a dar loro una qualifica giuridica. Poichè la Corte di cassazione non solo indicava al giudice qual'era la norma e qual'era il suo significato, ma scendeva anche, esaminando la *fausse application*, a indicargli come la norma doveva essere applicata, si intende che la funzione del giudice di merito si riduceva al puro e semplice accertamento dei fatti, alla risoluzione delle sole questioni di fatto.

La norma fondamentale dell'istituto di cassazione, che gli inibiva ogni partecipazione alla decisione del *fond* — la quale già in pratica era stata violata quando la Corte di cassazione si era spinta a riesaminare questioni di diritto concrete, relative alla premessa minore (retro, n. 182) — veniva ora anche più palesemente ad esser trasgredita, poichè l'organo di cassazione, già creato per distruggere e non

per costruire, si spingeva ad influire sulla ricostruzione della nuova sentenza, a cooperare coll'autorità giudiziaria alla risoluzione della controversia di merito. In verità, da questo momento, la decisione della Corte di cassazione non era più un *jugement du jugement*, ma era una decisione, sia pure limitata al punto di diritto, del rapporto giuridico controverso.

I sostenitori della legge 1837, durante i lavori preparatorî, negavano che questa riforma costituisse una infrazione al divieto di decidere il *fond* della controversia; e affermavano che la libertà di decisione del giudice di rinvio restava intatta, dal momento che la Corte di cassazione metteva dinanzi a lui una norma di diritto, generale ed astratta come la legge, dalla quale egli era libero di dedurre a piacer suo le conseguenze limitate al caso singolo (78). Ma con questo essi volevano nascondere anche a sè stessi che oramai dalla Corte di cassazione era stata assunta la risoluzione di tutte le questioni di diritto, anche se limitate al caso singolo: e la miglior smentita di queste loro proteste si trova nei loro stessi discorsi, nei quali l'obbligo del giudice di rinvio di uniformarsi al parere della Corte di cassazione viene spiegato come un fenomeno di cosa giudicata (79), il che implica, evidentemente, che essi consideravano la pronuncia della Corte di cassazione come una vera e propria sentenza, ossia come un atto di giurisdizione.

La Corte di cassazione, nonostante le opposte argomentazioni di coloro che pur variandone la sostanza volevano mantenerne le formali apparenze originarie, assumeva così la decisione del *fond* in concorrenza col giudice di rinvio, costituendo un nuovo esempio di quel fenomeno, non raro negli ordinamenti giudiziarî, di una separazione tra l'organo che decide le questioni di diritto e quello che decide le questioni di fatto. Si avverava in tal modo quello che un oppositore della legge 1837 aveva con chiarezza preveduto: *La Cour de cassation deviendra un troisième degré de juridiction, car le procès sera jugé de compte à demi. La Cour de cassation jugera une moitié, l'autre moitié sera jugée par la Cour royale* (80); parole che descrivono la posizione della Corte di cassazione nel processo in modo non molto diverso da come la descrive oggi un nostro illustre processualista, quando dice che

---

(78) Cfr. Relazione Roy, 18 febbr. 1837 (« Moniteur », 1837, 331, col. 2ª).

(79) Roy, *ib.*; Persil. Lo nota Marcadé, *Explication*, I, n. 92, pag. 65.

(80) Gaillard de Kerbertin, Camera dei Deputati, 30 marzo 1837 (« Moniteur », 1837, pag. 739). Cfr. anche Relazione Calemard de Lafayette alla legge 1828 (« Moniteur », 1828, pag. 615, col. 1ª); Marcadé, *Explication*, I, n. 92, pag. 65.

« l'attività della Cassazione combinata con quella del giudice di rinvio costituisce una forma di terza istanza » (81).

Se i sostenitori della legge 1837 si ingannavano pensando ch'essa non venisse ad alterare la funzione originaria della Cassazione, altrettanto si ingannavano gli oppositori quando obiettavano che con questa legge si veniva a violare il principio della separazione dei poteri, dal momento che la sovranità dell'autorità giudiziaria era menomata ed usurpata da un organo di controllo negativo, qual'era la Corte di cassazione (82). In verità questo ragionamento conteneva una petizione di principio: poichè, da quando la Corte di cassazione aveva assunto la decisione positiva delle questioni di diritto concrete, essa aveva *ipso facto* cessato di essere un organo di controllo di natura esecutiva, ed aveva assunto il carattere di un organo giurisdizionale; in modo che il potere giudiziario non poteva soffrire usurpazioni dalla Corte di cassazione, appunto perchè anche la Corte di cassazione era entrata a far parte del potere giudiziario (83).

190. — β) La legge 1837, nell'abolire il *référé* volto a ottenere da parte del potere legislativo la interpretazione autentica di una legge dubbia, non aveva inteso in nessun modo, come si è detto, di trasferire nella Corte di cassazione il potere di interpretare la legge in modo obbligatorio per tutti. L'interpretazione, della quale si attribuiva alla Cassazione il monopolio, era la cosidetta interpretazione *giurisprudenziale*, che, insieme colla interpretazione *dottrinaria*, costituisce la interpretazione *scientifica* contrapposta a quella *legislativa*, con efficacia obbligatoria limitata al solo processo nel quale era sorto il dubbio giuridico; la Cassazione, in altre parole, quando decideva che un certo dubbio giuridico doveva essere risolto in un dato modo, non poteva obbligare a uniformarsi a tale risoluzione tutti i cittadini e tutti i giudici nei possibili casi futuri, come sarebbe avvenuto se questa risoluzione avesse avuto carattere di legge; ma poteva obbligare a uniformarsi alla sua opinione solamente il giudice al quale veniva rinviata la decisione della controversia concreta. La Cassazione, dunque, non aveva l'ufficio di stabilire come doveva essere intesa, in generale e nel futuro, una certa norma giuridica, in modo da fare senz'al-

---

(81) Chiovenda, *Principii*, pag. 398; cfr. La Grasserie, *Cassation*, pag. 4: « On a beau aller répétant que la cassation n'est pas un 3e degré de juridiction, ç'en est bien un troisième en réalité, seulement qui s'applique uniquement un droit »; ed anche a pag. 13.

(82) Cfr. Cambon, 21 febbr. 1837 (« Moniteur », 1837, 352).

(83) Engelmann, *Rom. kan. Pr.*, III, 194.

tro entrare la sua interpretazione nel diritto obiettivo; ma aveva semplicemente l'ufficio di stabilire come doveva essere intesa, *in quel dato processo*, una certa norma giuridica su cui era sorta controversia e dubbio.

Senonchè bisogna d'altra parte considerare che in tutte le decisioni della Corte di cassazione, quantunque limitate, per la loro forza obbligatoria, al caso concreto, era sempre contenuta la risoluzione di una questione di diritto astratta: ciò, è evidente, avveniva sempre tutte le volte che la cassazione era pronunciata per un errore di diritto relativo alla premessa maggiore (retro, n. 180); ma anche quando la cassazione era pronunciata per *fausse application* della legge, cioè per un errore di diritto relativo alla premessa minore, si trovava sempre implicata nel responso della Corte una risoluzione in astratto sulla portata della legge che era stata male applicata: se, ad esempio, la sentenza era cassata perchè aveva ritenuto come vendita un negozio giuridico che era in realtà una donazione, stava sempre a base di questa cassazione una dissertazione generica di carattere dottrinario sugli estremi giuridici che, in astratto, costituiscono l'essenza della vendita o della donazione (84). In ogni decisione della Cassazione poteva dunque e doveva ritrovarsi l'affermazione di un principio: quella che in linguaggio forense si chiama la *massima*.

Ho detto che la decisione della Cassazione aveva efficacia obbligatoria limitata al caso singolo: il che significa che, esaurito il processo nel quale aveva avuto luogo la cassazione, i giudici che in altri processi si trovassero a dover decidere una questione di diritto simile a quella che una *massima* della Corte di Cassazione aveva già risoluta in un certo senso, erano liberi di risolverla nel senso perfettamente contrario. Ma questo, *in fatto*, non avveniva nella maggioranza dei casi: poichè, a parte l'ossequio che i giudici potessero avere di fronte all'autorevolezza ed alla forza persuasiva delle risoluzioni emesse dalla Corte di cassazione, i giudici, di fronte all'innovazione introdotta dalla legge 1837, sapevano che la Cassazione non solo aveva potere di cassare anche nel futuro tutte le sentenze che fossero basate su una *propositio maior* contraria alla opinione giuridica da essa già espressa in astratto in occasione di un altro processo, ma aveva potere di *imporre* questa sua opinione giuridica ai giudici che una prima volta tentassero ribellarsi ad essa. In questo modo dal fatto che la decisione di diritto della Corte di cassazione aveva forza obbligatoria nel singolo processo,

---

(84) Cfr. oltre, n. 199, sulla funzione della Cassazione nel precisare i concetti di *colpa, forza maggiore*, ecc. Cfr. per la revisione tedesca, oltre, n. 216, *a*.

derivava agli opinamenti della Corte un carattere di autorità e di coazione morale anche negli altri processi: poichè i giudici, conoscendo che la Corte di cassazione avrebbe potuto, ove il caso si presentasse, costringerli a decidere una lite secondo la interpretazione di diritto che ad essa pareva preferibile, erano inclinati ad accettare in precedenza le interpetrazioni da essa manifestate in occasione di altri processi e a conformarsi ad esse *come se avessero avuto la forza di leggi interpetrative* (85).

L'opinione della Corte di cassazione, quantunque non dovesse avere di diritto efficacia obbligatoria oltre il caso concreto, esercitava *di fatto* una disciplina sull'interpetrazione giurisprudenziale di tutti i tribunali: imperocchè, se questi non si conformavano volontariamente al modello delle sue decisioni, essa aveva modo di togliere efficacia alle sentenze discordanti e di obbligare anche i ribelli a adottare le sue massime giuridiche; in tal modo, poichè tutta la giurisprudenza doveva passare sotto questo controllo della Cassazione, che, essendo un organo unico, non poteva avere sul modo di risolvere ogni questione di diritto più di una opinione, avveniva automaticamente una specie di cernita tra le diverse interpetrazioni che di una stessa norma fossero state eventualmente manifestate da tribunali diversi: e la interpetrazione giurisprudenziale, attraverso la Corte di cassazione, si unificava e si fissava senza disformità e senza incertezze.

La Corte di cassazione veniva così ad assumere a pieno nello Stato l'ufficio di unificare la interpetrazione giurisprudenziale, che prima del 1837 aveva potuto esercitare soltanto imperfettamente: mai prima del 1837 si era potuto affermare con pari energia che *la Cour de cassation n'a été établie que pour rendre la jurisprudence conforme... Si elle n'atteignait pas ce but, elle serait inutile* (86). Se non si può dire che ad essa sola fosse attribuita come prerogativa la interpretazione giurisprudenziale, poichè questa, senza la quale non può esservi giurisdizione, spettava a tutti i giudici, certo è che caratteristico della Cassazione era l'ufficio di rendere uniforme questa interpetrazione, di fare valere come vera interpetrazione quella sola che fosse approvata da lei (87). L'attività sua, di conseguenza, non solo

---

(85) Cfr. La Grasserie, pag. 61 e segg., il quale vorrebbe addirittura, per tale considerazione, dare sempre alle decisioni della Cassazione la forza di interpretazioni autentiche (cfr. vol. II, cap. XIII).

(86) Persil, Guardasigilli, Camera dei Pari, 21 febbraio 1837 (« Moniteur », 1837, 353).

(87) Il Meyer, *Ist. giud.*, libro VIII (vol. V della trad. italiana), dopo aver trattato della *Uniformità della legge* (cap. V), passa a trattare della necessità di

aveva un effetto positivo sulla decisione delle singole liti, ma cominciava a esercitare, quantunque non avesse autorità legislativa, un potente influsso sul diritto obiettivo che si sviluppa e si forma attraverso la giurisprudenza dei tribunali (88).

191. — La Corte di Cassazione, quale uscì da quella legge del 1837 che venne a sanzionare definitivamente l'evoluzione ch'essa aveva già compiuto in pratica, appare così un istituto profondamente diverso da quel *Tribunal de cassation* che venne fuori dalle discussioni dell'Assemblea Nazionale, il quale era stato posto in posizione intermedia fra il legislatore e i giudici come custode del principio della separazione dei poteri (retro, n. 177). L'originario *Tribunal de cassation* era un organo situato fuori del potere giudiziario, che, senza curarsi della sostanza delle decisioni giudiziarie, doveva soltanto occuparsi di toglier forza giuridica ad ogni *contravention expresse* colla quale il potere giudiziario avesse invaso il campo riservato alla *Loi*: presupponeva dunque una specie di rivalità tra il legislatore e il giudice, uno stato di contrasto anormale e patologico tra questi due poteri, ch'esso doveva neutralizzare per mezzo della propria censura. Ma la Corte di cassazione della legge 1837 perde di vista il principio della separazione dei poteri, e questo stato di dissidio ch'essa in origine era stata chiamata a sorvegliare ed a reprimere: e assume, nell'interno dell'ordinamento giudiziario, una funzione normale e, per dire così, fisiologica, attraverso la quale essa, invece di un organo di polizia che distrugge il malfatto, coopera al raggiungimento di un positivo scopo di pubblico bene (89).

---

una *Uniformità dell'applicazione di una legge* (cap. VI) e tre garanzie ritiene adatte a mantenerla: 1° la pubblicità delle udienze (cap. VII); 2° la motivazione delle sentenze (cap. VIII); 3° la cassazione, che egli studia da questo punto di vista (cap. IX-XI, pag. 118 e segg. del vol. V della trad. italiana).

(88) Anche su questo punto prevedeva giusto GAILLARD DE KERBERTIN, quando ammoniva, contro chi opinava che l'efficacia della Cassazione era limitata al caso singolo: « Prenez-y garde, Messieurs; on ne dissimule pas que le but de la loi est d'amener *forcément* l'uniformité de la jurisprudence » (30 marzo 1837, « Moniteur », 1837, 739). Già nell'opera *De l'administration de la justice* del D'EYRAUD (Paris, 1825) la Cassazione viene considerata esclusivamente come organo unificatore della giurisprudenza (*ib.*, vol. II, cap. XXV, *Jurisprudence - Cour de cassation*).

(89) Il merito di aver analizzato e posto in luce l'importanza di questa trasformazione spetta indubbiamente al GENY, *Méthode et sources* cit.; di essa ora cominciano, sulle sue traccie, a parlare anche i nostri scrittori, per es. il FERRONE, *Processo civile moderno* (S. Maria C. V., 1912), pag. 35, nota. Accenni ad essa si trovano anche in HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 501, e in BOYENS, *Tatfrage*

Abbiamo veduto che, nei primi tempi della Rivoluzione, si credeva che la codificazione avesse definitivamente soppresso la interpretazione giurisprudenziale: *il fut un temps* — avvertiva il PERSIL nel rispondere agli oppositori della legge 1837 (90) — *où on croyait pouvoir paraliser et même détruire l'interprétation doctrinale*; ma in seguito si comprese come questa credenza fosse un'utopia, e come nella pratica fosse assolutamente impossibile ricorrere per schiarimenti al legislatore ogni volta che in un processo sorgeva dubbio sull'interpretazione di una norma. Si comprese allora che la giurisprudenza, anzichè nemica del diritto obiettivo, era la sua migliore collaboratrice; e nella interpretazione giurisprudenziale, anzichè un pericolo per la codificazione, si vide la più naturale continuazione, il più opportuno svolgimento del diritto codificato. La Corte di cassazione, di conseguenza, non fu più chiamata a distruggere la giurisprudenza, ma a disciplinarla e a unificarla; non più a impedire ai giudici di interpretare la legge, ma a regolare e rendere omogenea la loro interpretazione.

Si capisce così come, essendo variato siffattamente l'ufficio dell'organo di cassazione, non fosse più possibile ch'esso contenesse la sua attività alla sola censura della *contravention expresse au texte de la loi*: poichè, proprio in quei rari casi nei quali la violazione di legge era palese e indubitabile, mancava assolutamente quello stato di incertezza giuridica dal quale nasce la necessità della interpretazione giurisprudenziale. Il caso tipico nel quale, d'ora in avanti, l'opera della Corte di cassazione diventava efficace era proprio quello della *fausse interprétation*, che, nei primi tempi dell'istituto, si affermava estranea ai suoi fini; la variazione era stata profonda: e ben se ne accorgeva, durante le discussioni della legge 1837, il deputato PATAILLE, il quale, dopo aver riassunti i principî che avevano presieduto alla creazione del *Tribunal de cassation*, notava: *Le système du projet de loi est évidemment contraire à ces principes: il suppose, admet et consacre les cassations, alors même qu'il n'y aura pas contravention claire et précise à une loi, mais simplement divergence d'opinions sur le sens obscur et caché d'une loi* (91). Queste parole erano dette per criticare il disegno di legge; ma colpivano giusto e mettevano bene in luce quello che era non il difetto, ma il pregio fondamentale della riforma.

---

und Rechtsfrage, nota 1, il quale riconosce (come gli scrittori tedeschi per solito non fanno) che il ricorso per cassazione, nato come una repressione della violazione della legge, assunse a poco a poco, sotto l'influsso di pratiche necessità, una forma meno vigorosa nell'interesse del diritto sostanziale. Cfr. anche CAPONE, *Discorso* cit., II, 178, 238, 244.

(90) « Moniteur », 1837, pag. 352.

(91) Seduta del 30 marzo 1837 (« Moniteur », 1837, 742).

La Corte di cassazione, la quale fino ad ora era stata un organo situato fuori dell'ordinamento giudiziario (retro, n. 177), veniva da questo momento a farne parte, a costituirne il culmine ed il centro. La ragione principale per la quale dovevamo considerare finora l'organo di cassazione come situato fuori dell'ordinamento giudiziario (92), cioè la necessità ch'essa fosse un organo imparziale posto fuori dell'amministrazione della giustizia per sorvegliare e giudicare i giudici, cessava ormai di esistere, poichè l'interesse pubblico al quale essa rispondeva non era più quello di reprimere la contravvenzione del giudice contro la legge, ma quello di portare la luce dove il diritto positivo era manchevole o oscuro: essa non presupponeva più, da ora in poi, una volontà di ribellione alla legge da parte del giudice (retro, n. 161), la quale non può mai scorgersi in un involontario errore di interpretazione (93), e quindi essa non doveva più, da ora in poi, sorvegliare il giudice, ma cooperare col giudice al miglior raggiungimento della interpetrazione giurisprudenziale. La sorveglianza della Corte di Cassazione, in tal modo, non era più ristretta entro i limiti della *Loi*, cioè della legge *formale* emanata dal potere legislativo al quale la Rivoluzione voleva riservare la creazione del diritto obiettivo, dalla quale fossero nate norme giuridiche che il giudice avesse applicato nella sua sentenza: talchè la cassazione era ammissibile anche quando la sentenza di merito, pur senza contenere una violazione precisa di un testo di legge scritta, si basava su una norma giuridica desunta da altre fonti di diritto che la Corte ritenesse erroneamente desunta. La Corte di cassazione, dunque, non cassava più perchè il giudice avesse violata la legge, ma perchè esso, in una questione giuridica dubbia, aveva adottato una opinione diversa da quella che alla Cassazione sembrava la migliore: si mirava, così, non tanto a ottenere una interpetrazione giurisprudenziale conforme alla legge, quanto una interpetrazione in sè e per sè uniforme (94). S'intende da questo (e

---

(92) Cfr. le parole del PATAILLE, già citate retro, n. 177.

(93) Cfr. le parole di HENRION DE PANSEY, retro, n. 161, nota; LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 16: « Le juge veut bien suivre la loi, mais se trompe en l'interprétant »; cfr. JAPIOT, *Traité*, 686.

(94) Nota giustamente il FEUERBACH, *Betrachtungen*, 103: « Naturalmente la Corte di cass. considera come vero senso della legge nelle interpretazioni dubbie soltanto la sua opinione e cassa per *contravention* sentenze che si basano su una interpretazione di legge diversa da quella ammessa da lei ». Nella sua forma originaria il *Trib. de cass.* mirava anche, nei casi assolutamente dubbî, a ottenere l'interpretazione del vero senso della legge, mediante il *référé* al legislatore, che solo può dire qual è della legge il *vero* significato; ma ora che la interpretazione veniva fatta direttamente dalla Corte, non c'era nessuna garanzia che essa rappre-

meglio lo vedremo nella parte dommatica ove tutta questa materia sarà svolta con maggiore ampiezza) come molte questioni pratiche, che, sotto l'impero della concezione originaria del Trib. di cass. dovevano essere risolte in un modo, dovettero, quando la natura e gli intenti della Corte di cassazione vennero così a modificarsi, essere risolte in senso perfettamente opposto: si cominciò ad ammettere, sia pure con assai lenta evoluzione di autori e di giudicati, che potesse dar luogo a cassazione non più soltanto la violazione d'una legge scritta proveniente dal potere legislativo dello Stato, ma anche la violazione di ogni norma giuridica, qualunque fosse la sua fonte e la sua forma, purchè fosse dimostrato ch'essa facesse parte del diritto obiettivo vigente (95): per esempio la violazione dei principî generali del diritto (96) o, in certi casi, quella della consuetudine (97) o del diritto straniero (98). Già prima che la legge del 1837 fosse venuta a consacrare questo nuovo punto di vista, il SIREY insegnava infatti che *il y a cassation toutes les fois que sur l'effet, l'étendue et la sanction de la loi, il y a contravention aux règles usuelles d'application, aux traditions de la magistrature, à la philosophie de la jurisprudence* (99).

---

sentasse la vera volontà del legislatore: cfr. HOLZSCHUHER, *Rechtsweg*, pagg. 131-132. Cfr. però vol. II, capitolo IV.

(95) GENY, *Méthode* cit., pagg. 85 e 560.

(96) Il GARSONNET, *Traité*, VI, § 2334, pag. 420, ammette la cassazione per violazione « de principes universellement reconnus par le droit de gens ou par le droit français », come potrebbero essere quello del secreto delle lettere confidenziali, o la massima *Nul ne plaide par procureur*, quantunque non scritta in alcun testo di legge. Contro, in genere: CREPON, *Cassation*, II, 1909-1928; a favore: FAYE, *Cassation*, n. 104.

(97) Cfr. in GARSONNET, *Traité*, VI, § 2334, nota 16, gli esempî dei casi in cui la giurisprudenza ammette la cassazione per violazione di *usages*, in genere peraltro negata dagli autori (CHENON, 157; CREPON, *Cassation*, II, n. 1886 e segg.; FAYE, *Cassation*, n. 104, peraltro ammettendo eccezioni). Il GENY, *Méthode*, pag. 562, vorrebbe logicamente che la violazione del diritto consuetudinario desse sempre luogo a cassazione; contro: GLASSON, *Précis*, II, 1087.

(98) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2334, pag. 420, ammette che possa dar luogo a cassazione la violazione di legge straniera *lorsqu'elle est applicable en France*, e cita nelle note la giurisprudenza in proposito; in questo senso GENY, pag. 85. Contro: CHENON, *Cassation*, pag. 155; CREPON, *Cassation*, II, n. 1929 e segg. Nota il GENY (l. c.) che queste opposizioni sono « un vestige bien net de l'étroitesse du rôle primitivement assigné au Tribunal de cassation ». Sulla questione cfr. gli scritti del COLIN (1890) e del ROGERY (1910) favorevole ad ammettere in ogni caso il ricorso in cassazione anche per legge straniera.

(99) *Recueil*, vol. XXIV (1824), parte II, pag. 22. La dottrina francese ammette d'altra parte che nei casi in cui la cassazione non si appoggia alla violazione di un testo formale di legge, non è richiesta nel ricorso a pena di nullità la enunciazione specifica degli articoli violati; cfr. GARSONNET, *Traité*, § 2387, nota 14; GENY, *Méthode*, l. c.

192. — La Corte di cassazione, in questo suo nuovo uffizio, serviva ancora ad un interesse immediato dello Stato; ma non più a quell'interesse costituzionale e politico al quale obbediva il Tr. di cass. primitivo. L'organo di cassazione funzionava non più *dans l'intêret de la loi*, ma, se così potesse dirsi, nell'interesse della uniforme giurisprudenza (100). Lo Stato, attraverso la Corte di cassazione, non mirava ormai più a difendere la sfera giuridica del potere legislativo dagli attacchi del potere giudiziario, a difendere cioè la propria esistenza costituzionale (si noti che mentre, durante la Rivoluzione, dell'organo di cassazione si faceva sempre menzione nelle numerose *Constitutions* politiche, tale menzione non si trova più nelle carte costituzionali posteriori alla Restaurazione) (101), ma a disciplinare l'andamento di quella interpretazione giurisprudenziale, la cui efficacia sul diritto obiettivo veniva così di fatto ad essere riconosciuta, e a garantire a tutti i cittadini il canone fondamentale dell'uguaglianza dinanzi alla legge (retro, n. 143). Senonchè bisogna notare che, mentre per adempiere al suo primitivo ufficio l'organo di cassazione poteva limitarsi a esaminare solo superficialmente le sentenze pronunciate dall'autorità giudiziaria allo scopo di verificare alla prima lettura se nel tenore di esse si trovasse qualche manifesta contravvenzione alla legge, per adempiere a questo secondo ufficio doveva addentrarsi molto più a fondo nel riesame della decisione denunciata, e scendere addirittura alla cognizione del rapporto giuridico controverso, sia pure nei limiti delle sole questioni di diritto; ossia, con altre parole, mentre il *Tribunal de cassation*, organo politico di controllo negativo, poteva esercitare la sua funzione senza giudicare, la *Cour de cassation*, organo giudiziario di unificazione della giurisprudenza, non poteva adempiere alla sua funzione se non riesaminando e correggendo l'applicazione del diritto al fatto, se non compiendo, cioè, un lavoro di natura prettamente giurisdizionale.

L'interesse pubblico al quale la Corte di cassazione rispondeva nello Stato era dunque anche qui diverso da quell'interesse privato al soddisfacimento del diritto subiettivo che muoveva le parti a ricorrere al giudice; e, quando anche si ammetta che gli organi della giurisprudenza civile sono istituiti per servire non l'interesse privato, ma l'interesse dello Stato all'attuazione del diritto obiettivo in concreto,

---

(100) *Ne sententia ad exemplum trahatur.* Cfr. ZACHARIAE-CROME, *Franz. Civilrecht*, I, § 35, pag. 125.

(101) La Cost. 4 nov. 1848, agli artt. 85 e 87, parla del modo di nomina e della inamovibilità dei membri della Cassazione, ma non della Corte di cass.; così la Cost. 14 gennaio 1852 (BERRIAT-SAINT-PRIX, *Droit const. franç.*, Paris, 1851-53, pagg. 595 e segg., 760 e segg.).

bisogna riconoscere che l'interesse pubblico, del quale la Cassazione era dal 1837 in poi posta al servizio, differiva profondamente da quell'interesse pubblico per il quale al disotto di essa funzionavano gli altri tribunali. Infatti, se l'interesse che lo Stato mira a soddisfare attraverso i tribunali è quello di ottenere che le volontà di legge, derivanti in concreto dalle norme astratte in corrispondenza colle circostanze della vita reale, siano di volta in volta dichiarate ed attuate, l'interesse che lo Stato mira a soddisfare attraverso la Corte di cassazione non riflette la singola attuazione concreta di legge, che è poi la conclusione del sillogismo, ma la retta interpetrazione della norma giuridica, la *massima* giuridica che del sillogismo costituisce una delle premesse (retro, n. 189); mentre i tribunali ordinarî mirano a ottenere l'attuazione concreta della legge nel singolo processo, la Corte di cassazione si preoccupa dell'influsso dannoso che in altri processi e nella coscienza giuridica in generale possa esercitare l'esempio di una sentenza nella quale la questione di diritto non sia correttamente risolta (cfr. vol. II, capit. III).

Lo scopo ultimo della Corte di cassazione non era dunque quello di cooperare alla migliore attuazione delle concrete volontà di legge, il che l'avrebbe parificata a una suprema Corte di giustizia; ad essa sfuggivano tutte le questioni di mero fatto, e alla sua censura non erano sottoposte le sentenze che, pur avendo rettamente applicato la norma giuridica, avessero errato *in facto* e dichiarato quindi come esistente una volontà concreta di legge in realtà inesistente. Del resultato del lavoro logico compiuto dal giudice, la Corte di cassazione non si occupava; ad essa interessava soltanto che fosse rettamente costruita nel sillogismo la premessa di natura giuridica. Dicendo questo, non veniamo per altro a negare che la Corte di cassazione, a partire dalla legge 1837, abbia assunto in realtà una funzione di natura giurisdizionale: dal momento che essa aveva facoltà di riesaminare *in iure* il rapporto giuridico controverso, e di stabilire positivamente il modo col quale *in iure* detto rapporto doveva essere deciso, non si può negare che con questo essa cooperasse mediatamente alla sentenza, e che quindi esplicasse ufficio giurisdizionale. Ma bisogna tener presente (e meglio si vedrà quando studieremo la teoria) (102) che lo scopo per il quale la Corte di cassazione assumeva ufficio giurisdizionale, non era lo scopo di attuazione del diritto obiettivo per il quale la funzione giurisdizionale è istituita nello Stato, ma uno scopo diverso, cioè quello di mantenere l'uniformità della giurisprudenza.

Centro e vertice dell'ordinamento giudiziario diveniva dunque da

---

(102) Si cfr. i capit. I-IV del II volume di questo lavoro.

questo momento la Corte di cassazione (103), e insieme diveniva un organo giurisdizionale. E quando lo STEIN (104) afferma che la Corte di cassazione è sì « un organo dell'amministrazione della giustizia » (*Organ der Justizverwaltung*) ma non è « un organo di giurisdizione » (*Organ der Rechtsprechung*), ignora evidentemente, come gli scrittori tedeschi sembrano in maggioranza ignorare, quale profonda modificazione la legge 1837 apportò all'organo di cassazione. Non deve trarre in inganno il fatto che, anche dopo la legge 1837, l'attività della Corte di cassazione abbia continuato ad essere apparentemente una pura e semplice negazione, onde pare che anche qui si possa ripetere che *casser un jugement, ce n'est pas juger*. Se l'attività della Corte di cassazione, in sè considerata, continuava ad avere una efficacia meramente negativa, non bisogna mai dimenticare che la risoluzione della questione di diritto data dalla Corte di cassazione doveva passare tale e quale nella sentenza del giudice di rinvio; talchè, mentre nell'originario *Tribunal de cassation* il carattere negativo della sua funzione si giustificava in base al principio della separazione dei poteri (retro, n. 164), in questa sua nuova incarnazione il mantenimento del carattere negativo può sembrare ingiustificato ed anacronistico, poichè può apparire strano che i riformatori del 1837 non abbiano addirittura attribuito alla Corte di cassazione l'ufficio di applicare direttamente e definitivamente la sua interpretazione di diritto al fatto già accertato dal precedente giudice di merito, o almeno la facoltà di imporre subito la sua opinione giuridica al primo giudice di rinvio, senza attendere una seconda cassazione per gli stessi motivi (105). Ma, anche qui, pregiudizî storici impedirono alla riforma di essere conseguente a pieno: senza considerare che altre ragioni di natura pratica (che meglio esamineremo in seguito) — prima fra tutte la opportunità di mantenere anche materialmente ben distinta nelle pronuncie della Corte di cassazione la risoluzione di diritto da quella di fatto — possono aver consigliato i riformatori a non trasformare in modo così radicale il funzionamento esteriore dell'istituto.

193. — Se la Corte di cassazione, per raggiungere praticamente questo scopo di unificare la giurisprudenza, doveva compiere una vera

---

(103) Così la Corte di cass. era proclamata fin dall'Ord. 15 febbraio 1815 (in TARBÉ, *Lois*, n. 1193) « la première de nos cours dans l'ordre hiérarchique des tribunaux ».

(104) *Private Wissen*, pag. 108.

(105) LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 44 e segg.; egli chiama il sistema del doppio rinvio conservato nel diritto francese « la chinoiserie la plus singulière de toute notre législation ». Cfr. vol. II, capit. XIII.

e propria funzione giurisdizionale, viene di conseguenza che la sua attività, attraverso la evoluzione sanzionata dalla legge 1837, aveva perduto quel carattere di attività *primaria* che possedeva in origine (retro, n. 168) ed aveva assunto, come ogni attività giurisdizionale, il carattere di una attività *secondaria*. Nella sua concezione primitiva l'organo di cassazione cassava *ex iure proprio*, perchè era in giuoco un interesse dello Stato direttamente leso, e non perchè a ciò la autorizzasse una volontà di legge concernente altri; invece, in seguito all'avvenuta trasformazione, la Corte di cassazione si addentrava a riesaminare il rapporto giuridico di cui erano soggetti le parti in causa, ed allorchè, cassando e rinviando, imponeva al giudice di rinvio di dare una certa decisione alla questione di diritto, concorreva con questo alla attuazione di una volontà di legge concernente altri, concernente cioè i privati litiganti, ai quali anche la Corte di cassazione veniva, come ogni altro giudice, a sostituirsi, sia pur parzialmente, nella attuazione del diritto obiettivo.

La Corte di cassazione, in tal modo, si occupava dell'attuazione di volontà di legge concernenti altri, poichè soltanto in questo modo essa si trovava in grado di assolvere il suo ufficio e di soddisfare quell'interesse specifico che ad essa, e non agli altri giudici, era prefisso: essa giudicava perchè soltanto giudicando dei diritti delle parti essa poteva *de visu* sorvegliare quella fase preparatoria della sentenza, che costituiva lo speciale oggetto della sua censura. Il giudicare, l'esercitare, sia pur parzialmente, la giurisdizione, costituiva per la Cassazione solamente un mezzo: il fine era per essa la possibilità di mantenere, attraverso gli atti di giurisdizione, la uniformità della giurisprudenza.

Da questo profondo mutamento avvenuto nella sostanza dell'attività esercitata dall'organo di cassazione deriva, si intende, un profondo mutamento nella natura processuale del ricorso per cassazione: il quale, mentr'era in origine un mero reclamo contro il fatto del giudice, una semplice denuncia per provocare da parte del Tr. di cass. l'esercizio di un'attività primaria che non era giurisdizione, assumeva ormai il carattere di una vera e propria azione volta ad ottenere l'attuazione di una volontà di legge relativa al rapporto controverso, cioè una prestazione pubblica di natura essenzialmente giurisdizionale. Vedremo più avanti (n. 196) come questo ricorso per cassazione dev'essere sistemato nel quadro dei mezzi di impugnativa ammessi dal diritto francese: basti per ora aver accennato come esso, già espressione di una semplice facoltà di supplica, veniva ad essere la espressione di un vero e proprio diritto subiettivo di impugnativa (*diritto alla cassazione*).

Era, così, profondamente alterato, in seguito a questa variata natura dell'organo di cassazione, anche il significato di quel ricorso *dans*

l'intérêt de la loi, che, nel primitivo *Tribunal de cassation*, abbiamo considerato come la denuncia di un funzionario dello Stato intesa a provocare l'intervento di quell'organo esecutivo che impersonava il diritto subiettivo dello Stato a togliere efficacia giuridica alle sentenze contrarie alla legge. Ormai, poichè la Corte di cassazione si era trasformata da organo esecutivo in organo giurisdizionale, essa non poteva più, neppure nella ipotesi di un ricorso presentato dal P. M., esercitare un'attività primaria come accadeva al tempo del *Tribunal de cassation*: essa poteva giudicare diritti altrui, non attuare direttamente poteri suoi proprî. Per questo il ricorso *dans l'intérêt de la loi* dev'essere ora, come meglio vedremo in seguito (vol. II, cap. V), costruito in modo diverso: e non si può più considerare l'attività del P.M. come una semplice informazione data a un organo esecutivo affinchè direttamente provveda, ma come una vera e propria *azione*, capace di mettere in moto un organo giurisdizionale (cfr. vol. II, capit. V) (106).

194. — Abbiamo già avvertito (retro, n. 174) studiando la concezione originaria del *Tribunal de cassation*, che l'annullamento per *error in procedendo* che l'Assemblea Nazionale attribuì al *Tribunal* accanto alla cassazione per *error in iudicando*, non rispondeva a quel particolare interesse dello Stato che aveva dato origine all'istituto, e rappresentava quindi una sovrapposizione storica di un concetto di tutt'altra natura. Pur tuttavia, anche se nella forma originaria dell'istituto, la cassazione per *error in procedendo* può essere legittimata colla considerazione che ogni inosservanza di forma porta seco la violazione di una legge processuale (retro, n. 173), nessuna giustificazione è possibile escogitare quando lo scopo della Corte di cassazione ci appare non più il controllo politico sul potere giudiziario, ma il positivo esercizio della giurisdizione per il raggiungimento di una uniforme interpretazione giurisprudenziale. In verità, l'unico vizio della sentenza che può mettere in pericolo l'uniformità della interpretazione, è l'*error in iudicando*, la genesi del quale trasparisce dalla motivazione; non già l'*error in procedendo*, che, consistendo in una mera inesecuzione di un precetto giuridico, non dà luogo ad una erronea dichiarazione del significato di una norma in astratto e non costituisce, quindi, un pericoloso esempio per la giurisprudenza futura (107).

---

(106) Cfr. GRASSERIE, *Cassation*, 66.

(107) Cfr. il mio scritto: *Sulla distinzione fra « error in iudicando » ed « error in procedendo »*, n. 7. In questo senso GERAU, scritto cit. in nota al n. 206; BAEHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz in deuts. Civilpr.* (Jena, 1871), pag. 18.

Capitolo XXIII

LA CASSAZIONE NEL DIRITTO POSITIVO FRANCESE CONTEMPORANEO

Sommario: 195. La Cassazione nel diritto positivo francese: A) La *Cour de cassation* nell'ordinamento giudiziario; sua composizione personale, sue attribuzioni. — 196. *B*) Il *pourvoi en cassation* nel diritto processuale. Condizioni sostanziali del diritto alla cassazione: *a*) contro quali sentenze; *b*) da quali persone; *c*) per quali motivi può essere esperimentato. — 197. Tendenza pratica dell'istituto ad allargare il suo campo d'applicazione. — 198. Collocazione del *pourvoi en cassation* nel sistema dei mezzi di impugnativa ammesso dal diritto francese. — 199. Requisiti formali: procedimento. — 200. Limiti del potere di decisione: *a*) del giudice di cassazione (teoria dei *moyens nouveaux*); *b*) del giudice di rinvio. — 201. Struttura processuale del ricorso in cassazione: rinvio alla Parte teorica. — 202. *C*) Fortuna e meriti dell'istituto della Cassazione nel diritto francese.

195. — Studiando nelle pagine precedenti i caratteri fondamentali che la Cassazione francese ebbe nella sua origine e nel suo successivo svolgimento, ho cercato di cogliere qua e là, tra le disparatissime disposizioni che nel diritto positivo francese si riferiscono ad essa, solamente quelle che meglio servono a ricostruire nei suoi tratti più notevoli la fisionomia dell'istituto. La trattazione dev'essere ora integrata da alcuni cenni che, in un quadro generale e complessivo, riassumano tutte le norme che il diritto positivo francese contiene sulla Cassazione, sia per quanto attiene all'ordinamento giudiziario, sia per quanto si riferisce al diritto processuale; le quali norme, come più volte si è veduto, non si trovano raccolte in un testo unico che le assommi e le coordini, ma sono sparse in una numerosa serie di provvedimenti legislativi emanati nel corso di quasi due secoli, dal famoso Regolamento del 1738 fino ai giorni nostri (1).

---

(1) Guide pratiche sulla procedura di cassazione: Langlois, *Guide de la procédure en matière civ. devant la Cour de cass.* (Paris, 1887); Bernard, *Manuel des pourvois et des formes de procéder devant la Cour de cass.* (2ª ed., 1868), 2 volumi. Sulla Cassazione sono state pubblicate anche varie tesi di dottorato, tra le quali ricordo le seguenti: Bardot, *Du pourvoi en cassation* (Paris, 1873);

A) Per ciò che si riferisce alle norme di ordinamento giudiziario, la *Cour de cassation*, residente a Parigi ed unica per tutta la Francia e colonie (2), è posta in cima della gerarchia giudiziaria, ne costituisce l'apice e il centro: talchè oggi, contrariamente a quanto si è detto per l'ordinamento originario istituito dall'Assemblea Nazionale (retro, n. 156), l'ordinamento giudiziario francese può essere raffigurato schematicamente come una piramide, al vertice della quale sta la Cassazione (3).

La Corte di cassazione, nella sua composizione personale (4), comprende quarantanove giudici (un primo presidente, tre presidenti di sezione, quarantacinque *conseillers*) (5); sette rappresentanti del ministero pubblico (un *procureur général* e sei *avocats généraux*); cancellieri ed uscieri (6). Presso la Corte di cassazione è istituita una corporazione speciale d'avvocati (*avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*), i quali soli possono firmare i ricorsi e patrocinare dinanzi alla Corte (7).

La Corte di cassazione si divide in tre Sezioni (s. dei ricorsi, s. civile, s. criminale: *chambre des requêtes, ch. civile, ch. criminelle*) composte ciascuna di sedici membri, compreso il presidente di sezione (il primo presidente può presiedere a sua scelta una delle tre sezioni, ma presiede di regola quella civile), le quali giudicano collegialmente in numero non inferiore a undici membri (8).

Abbiamo visto come, fino dal Decr. 1790, l'organo di cassazione aveva, oltre la funzione fondamentale che gli dava il nome, alcune attribuzioni accessorie (retro, n. 175), le quali furono poi aumentate e modificate da leggi successive. Non si trova nel diritto positivo fran-

---

MATTELIN, *La Cour de cassation* (Paris, 1880); PERRIN, *Du pourvoi en cassation* (Paris, 1879).

(2) GLASSON, *Précis*, II, pag. 168. Sulla Cassazione in relazione alle colonie francesi, cfr. TARBÉ, *Lois*, III, pag. 377 e segg., ed ivi, pag. 379 e segg., le discussioni che si svolsero dinanzi l'Assemblea quando alcuno aveva proposto l'istituzione di un Trib. di cass. coloniale. FAYE, *Cass.*, 596 e segg.

(3) GARSONNET, *Traité*, I, § 88.

(4) GLASSON, *Précis*, I, 104; FAYE, *Cassation*, n. 1 e segg.; CREPON, *Cassation*, I, n. 231 e segg.

(5) Sulle variazioni che subì nei diversi periodi legislativi il numero dei membri della Cassazione, e sul sistema della loro nomina (originariamente erano elettivi e periodicamente rinnovabili, poi furono nominati a vita) cfr. FAYE, *Cassation*, nn. 3-4; TARBÉ, *Lois*, n. 826, nota. Critica al modo di nomina oggi seguìto in Francia, che costituisce spesso un favoritismo politico, cfr. in LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 28 e segg.

(6) FAYE, *Cassation*, nn. 15-16.

(7) FAYE, *Cassation*, n. 18 e segg.

(8) FAYE, *Cassation*, nn. 6-10; CREPON, *Cassation*, I, 346 e segg.

cese, come vedremo trovarsi nel nostro, una formula sintetica che riassuma lo *scopo* fondamentale per cui la Corte di cassazione esercita le sue attribuzioni; ma la dottrina, sulle traccie della *Instruction* 21 ott. 1791 (retro, n. 177) secondo la quale l'organo di cassazione è istituito *pour ramener perpétuellement à l'exécution de la loi toutes les parties de l'ordre judiciaire qui tendraient à s'en écarter*, ripete con formule diverse questo stesso concetto: che la Corte di cassazione ha il *rôle de maintenir le respect et l'exacte observation de la loi dans tous les tribunaux* (9). In quanto alle sue attribuzioni, esse restano così fissate e repartite fra le tre Sezioni:

a) La *Chambre des requêtes*, che la legge del 2 brumaio, anno IV pose al luogo del *bureau des requêtes* istituito dal Decr. 1790 (10), dà in alcune materie un giudizio *introduttivo*, in altre un giudizio definitivo (11).

I. In materia di *cassazione*, la *Chambre des requêtes* ha:

α) giurisdizione introduttiva: sulla ammissibilità dei ricorsi in cassazione in materia civile, per verificare se essi, per la regolarità formale e per la apparente fondatezza sostanziale, meritino di essere introdotti al giudizio definitivo della *Chambre civile* (12);

β) giurisdizione definitiva: sull'annullamento degli atti dei giudici costituenti un *excès de pouvoir*, richiesto dal Procuratore Generale dietro l'ordine del Ministro della giustizia (13); e su certi ricorsi per violazione di forme contro le decisioni delle commissioni coloniali in materia doganale (14), o in materia d'elezioni politiche o d'elezioni dei membri dei tribunali di commercio (15).

---

(9) JAPIOT, *Traité*, n. 1118; per un'analisi più estesa, n. 393.

(10) GLASSON, *Précis*, I, n. 46. Dinanzi al *Conseil des parties* il ricorso, prima di essere ammesso, doveva passare per un duplice esame, quello dei *sieurs commissaires* e quello del *Conseil*, prima che l'*arrêt de soit communiqué* aprisse il procedimento in contraddittorio (retro, n. 127). Il *bureau des requêtes*, istituito dagli artt. 5 e 6 del Decr. 1790 (in TARBÉ, *Lois*, 522-523), riunì in uno questo doppio esame, il quale passò poi alla *Chambre des requêtes*, sezione stabile istituita al posto del *bureau* (Decr. 29 sett. 1793, art. 2; l. 2 brumaio, anno IV, art. 3, in TARBÉ, *Lois*, nn. 669 e 729). Cfr. retro, n. 172, nota, ed oltre, n. 202, nota.

(11) Per maggiori particolari, GARSONNET, *Traité*, I, §§ 96-98; FAYE, *Cassation*, nn. 21-22.

(12) Decr. 1790, art. 5: « il sera préalablement examiné et décidé si la requête doit être admise et la permission d'assigner accordée »; l. 27 vent., anno VIII, art. 60 (TARBÉ, *Lois*, nn. 522 e 827).

(13) L. 27 vent., anno VIII, art. 80 (TARBÉ, n. 847): cfr. GARSONNET, *Traité*, I, § 200.

(14) GARSONNET, *Traité*, I, § 98, in fine.

(15) L. 6 febbr. 1914: cfr. JAPIOT, *Traité*, n. 1141.

II. In altre materie, la *Ch. des req.* ha:

α) giurisdizione introduttiva: sulla ammissibilità dell'azione civile (*prise-à-partie*) contro i giudici, nei casi previsti dal capoverso dell'art. 509 *C. P. C.* (16);

β) giurisdizione definitiva: sulle domande di regolamento di competenza nei casi previsti dall'art. 363 *C. P. C.* (17); sulle domande di rinvio da un tribunale ad un altro per suspicione legittima, in casi analoghi (18); in materia penale, sui reati commessi dai membri delle Corti d'appello all'infuori delle loro funzioni (19).

b) La *Chambre civile* ha giurisdizione sempre definitiva:

I. In materia di cassazione: sui ricorsi civili dichiarati ammissibili dalla *Ch. des req.* (20); sui ricorsi *dans l'intérêt de la loi* presentati dal Procuratore Generale (21); sui ricorsi in tema di espropriazione per pubblica utilità;

II. In altre materie: sulle azioni civili contro i giudici, dichiarate ammissibili dalla *Ch. des req.* (22).

c) La *Chambre criminelle* decide definitivamente, e senza preventivo esame della *Ch. des req.*, sui ricorsi per cassazione in materia penale (23).

d) Vi sono finalmente delle questioni le quali non possono essere giudicate che da tutte le Sezioni riunite in assemblea plenaria (*Chambres réunies*); tali sono:

I. In materia di cassazione: il giudizio su un secondo ricorso presentato nello stesso processo per gli stessi motivi (24);

II. In altre materie: i giudizî in materia disciplinare, di cui la Corte di cassazione è investita, in virtù della legge 30 aprile 1833, come *conseil supérieur de la magistrature* (25).

---

(16) L. 27 vent., anno VIII, art. 60; GLASSON, *Précis*, II, 210; GARSONNET, *Traité*, I, § 146.

(17) L. 27 vent., anno VIII, art. 60: cfr. TARBÉ, *Lois*, *Introd.*, pag. 65; GLASSON, *Précis*, I, 944; FAYE, *Cassation*, cap. XVII.

(18) Cfr. nota precedente: e GLASSON, *Précis*, I, 959.

(19) Cod. instr. crim., art. 482; GARSONNET, *Traité*, I, §§ 131-149.

(20) Cit. l. 27 vent., a. VIII, art. 60.

(21) GARSONNET, *Traité*, I, § 200.

(22) GARSONNET, *Traité*, I, § 98; FAYE, *Cassation*, n. 24.

(23) Cit. l. 27 vent., a. VIII, art. 60, cpv. 3. Cfr. FAYE, *Cassation*, n. 24.

(24) Legge 1° aprile 1837.

(25) Cfr. GARSONNET, *Traité*, I, § 151; FAYE, *Cassation*, n. 26. Sulle origini di questa funzione disciplinare, cfr. Senatusconsulto del 16 term., a. X, in TARBÉ, *Lois*, n. 935, e *Introduction*, pag. 89. Cfr. MARILLOT, *La Cour de cassation Conseil supérieur de la Magistrature* (Toulouse, 1910).

196. — *B*) Dopo aver così accennato alla posizione che ha la *Cour de cassation* nell'ordinamento giudiziario francese, dobbiamo vedere parallelamente quale posizione ha in Francia il ricorso per cassazione nel diritto processuale positivo; infatti, se il ricorso, il quale in origine non poteva essere basato che sopra una mera *facoltà di denuncia* (retro, n. 172), fu in seguito, quando la Corte di cassazione assunse funzione strettamente giurisdizionale, l'espressione di un vero e proprio *diritto alla cassazione* (retro, n. 193; cfr. vol. II, cap. VI), esso deve essere dal punto di vista processuale annoverato tra quei mezzi che la parte soccombente ha a sua disposizione per neutralizzare gli effetti di una sentenza, ossia deve rientrare tra quegli istituti che il diritto francese chiama *voies de recours contre les jugements*. Il ricorso per cassazione, quantunque non nasca come gli altri mezzi di impugnativa coll'intento immediato di dare alle parti una miglior garanzia per la pronuncia di una sentenza giusta, assume questo ufficio di fronte alle parti, le quali non si preoccupano di quello speciale interesse pubblico che ha dato origine all'istituto, ma hanno riguardo solamente al proprio interesse privato di poter togliere efficacia giuridica a una sentenza che le grava; per questo, anche se la Cassazione è un istituto che non ha come scopo ultimo l'attuazione del diritto obiettivo in concreto, i privati se ne servono unicamente a questo scopo, come degli altri mezzi per impugnare le sentenze (retro, n. 193; cfr. vol. II, capit. VI) (26).

Esaminiamo quali sono, nel diritto francese, le condizioni sostanziali di questo diritto di [ricorso in] cassazione (retro, n. 126), secondo i dettami della più recente dottrina, e cioè: *a*) contro quali sentenze; *b*) da quali persone; *c*) per quali motivi può essere esperimentato.

a) Il ricorso in cassazione è esperimentabile essenzialmente contro le sentenze (*décision contentieuse* in opposizione al provvedimento di volontaria giurisdizione, *décision gracieuse*) (27), siano esse interlocutorie o definitive, rese in contraddittorio o contumaciali (28); peraltro le sentenze denunciabili in cassazione sono solamente quelle in *dernier ressort* (29), ossia, come intende la dottrina, non contro tutte le sentenze può essere esperimentato il ricorso per cassazione, ma so-

---

(26) Cfr. GARSONNET, *Traité*, I, § 88, infine; LEUE, *Ideen*, pag. 124: « La Corte di cass. è *per le parti* un tribunale per conoscere sulle azioni colle quali esse impugnano gli errori di diritto dei tribunali ordinari; *per lo Stato* un organo politico, che ha l'ufficio di conservare l'unità del diritto ».

(27) GLASSON, *Précis*, II, pag. 169; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2308.

(28) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2305.

(29) Decr. 1790, art. 1.

lamente contro quelle che non sono più impugnabili con altri mezzi (non solo le sentenze pronunciate in seconda istanza da qualunque autorità giudiziaria, ma anche quelle pronunciate in prima ed ultima istanza, contro le quali la legge non ammette appello) (30); non sono per altro suscettibili di ricorso in cassazione quelle sentenze pronunciate in prima istanza contro le quali la parte soccombente avrebbe potuto appellare, ma non ha appellato (31). Ciò che vale per l'appello, vale per gli altri mezzi di impugnativa: non si può ricorrere in cassazione contro una sentenza contumaciale, se non è decorso inutilmente il termine per fare opposizione; nè contro una sentenza soggetta a *requête civile* (32). La regola che il ricorso per cassazione è ammesso contro tutte le sentenze in *dernier ressort*, riceve un'eccezione per le sentenze dei *juges de paix*, le quali non possono essere denunciate in cassazione che per *excès de pouvoir* (33).

b) Sulla legittimazione e sull'interesse a ricorrere vi sono le stesse regole che valgono per l'appello, e alle quali già si accennò a proposito della cassazione sotto l'*ancien régime* (retro, n. 126) (34); peraltro è propria della Cassazione la regola che legittima a ricorrere il *Procureur Général* (35), quando fa valere quel diritto di cassazione *dans l'intérêt de la loi* o quel diritto di annullamento per eccesso di potere che lo Stato, come si è veduto, si riserva in alcuni casi (retro, n. 168).

c) Per quanto attiene ai motivi di ricorso — *ouvertures à cassation* (36), da distinguersi dai *moyens de cassation* (oltre, n. 200) — abbiamo visto che le leggi fondamentali da cui la Cassazione fu istituita non contengono una classificazione sistematica di essi, ma li indicano soltanto con locuzioni vaghe e frammentarie, dalle quali poi la dottrina ha dovuto ricostruire tale classificazione (37). Io li indicherò divisi in due gruppi, secondochè consistano in *errores in iudicando* o in *errores in procedendo* (avvertendo peraltro che quelli appartenenti al secondo gruppo possono talvolta cumulare in sè anche i caratteri

---

(30) GLASSON, *Précis*, II, n. 1080; JAPIOT, *Traité*, 1121.

(31) GLASSON, l. c.; GARSONNET, VI, § 2305.

(32) GLASSON, l. c.; GARSONNET, l. c.; JAPIOT, *Traité*, n. 1121.

(33) Legge 25 maggio 1838, art. 15; il Decr. 1790, art. 4 e la L. 27 vent., anno VIII, art. 77, ammettevano il ricorso in questo caso anche per incompetenza: cfr. TARBÉ, *Lois*, nn. 1409, 521, 844; GLASSON, II, n. 1081; GARSONNET, VI, § 2309. Per altre eccezioni cfr. JAPIOT, *Traité*, n. 1120.

(34) GLASSON, *Précis*, II, 1083; GARSONNET, *Traité*, VI, §§ 2312-2314.

(35) JAPIOT, *Traité*, 1129-1130.

(36) AUBERT, *Des causes d'ouverture à cassation en matière civile* (Paris, 1884).

(37) CHENON, *Cassation*, n. 40.

di un *error in iudicando*) (38); notiamo anche che, secondo gli Autori francesi, *il n'y a en réalité qu'une seule ouverture à cassation, la violation de la loi* (39), di cui i diversi motivi che qui enumeriamo non sono che aspetti diversi.

I. *Errores in iudicando.*

1) *Violation des lois relatives au fond du droit* (40), ossia *violation de loi dans le sens étroit* (41), che comprende, secondo i criterî già enunciati (retro, nn. 180-182), tutti gli errori di diritto intervenuti nel giudizio.

2) *Défaut de base légale*: è un motivo di formazione giurisprudenziale recente, il quale consiste in un difetto di ragionamento, deducibile dalla motivazione della sentenza, il quale rende impossibile di verificare se i fatti accertati giustifichino la conseguenza giuridica tratta dal giudice (42).

II. *Errores in procedendo.*

Non ogni inesecuzione di legge processuale dà luogo a cassazione (retro, n. 173); ma solo quelle più gravi specificate nei motivi seguenti.

1) *Incompétence*: motivo desunto dall'art. 77 della L. 27 ventoso anno VIII (43).

2) *Excès de pouvoir*: motivo desunto dagli artt. 77, 80, 88 della stessa Legge, sui caratteri del quale la dottrina francese non è concorde, poichè qualche autore ritiene che esso si verifichi solamente quando il giudice abbia violato il principio della separazione dei poteri, usurpando le funzioni del legislatore o dell'amministratore (44), mentre altri vede un eccesso di potere anche in quell'atto del giudice che, senza entrare nel campo di un altro potere pubblico, è uscito dal campo proprio attribuendosi funzioni che sono vietate all'autorità giudiziaria (45).

---

(38) Cfr. il mio scritto *Distinzione* cit., n. 9. Il FAYE, infatti, considera l'*incompétence*, l'*excès de pouvoir* e la pronuncia contro il precedente giudicato come una violazione di legge « dans le dispositif » (op. cit., nn. 114-118). Anche lo CHENON, pag. 133, nota 2, considera la pronuncia contro la cosa giudicata come una violazione di *loi au fond.*

(39) JAPIOT, *Traité*, n. 1122.

(40) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2332.

(41) GLASSON, *Précis*, n. 1089; cfr. JAPIOT, *Traité*, n. 1123.

(42) CREPON, *Cassation*, III, n. 145 e segg.; FAYE, *Cassation*, nn. 119-121 ed ivi esempî.

(43) In TARBÉ, *Lois*, n. 844; CHENON, *Cassation*, n. 45; GLASSON, *Précis*, II, n. 1089; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2351; FAYE, *Cassation*, n. 114; CREPON, *Cassation*, III, n. 510 e segg.; JAPIOT, *Traité*, n. 1124.

(44) GLASSON, *Précis*, II, 1090.

(45) CHENON, *Cassation*, n. 45; CREPON, *Cassation*, III, 510; FAYE, *Cassation*, n. 456; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2350; JAPIOT, *Traité*, n. 1125.

3) Pronuncia contro la cosa giudicata per *contrariété de jugements rendus en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens en différents tribunaux*, secondo la testuale disposizione dell'art. 504 *C. P. C.*, l'unico del Codice che contempli il ricorso per cassazione (46).

4) Violazione *des formes prescrites à peine de nullité* relative alla sentenza; la quale dà sempre luogo a cassazione, per l'art. 7 della L. 20 aprile 1810 (47). Questo motivo si può distinguere in quattro motivi diversi, secondo l'articolo suddetto:

α) difetto dell'organo giudicante (*arrêts qui ne sont pas rendus par le nombre de juges prescrit; ou qui ont été rendus par des juges qui n'ont pas assisté à toutes les audiences de la cause*);

β) difetto di pubblicità (*ou qui n'ont pas été rendus publiquement*);

γ) difetto assoluto di motivazione (*ou qui ne contiennent pas les motifs*: da non confondersi colla insufficienza di ragionamento, cfr. retro, I. 2).

5) Altre nullità processuali (48), ma solo quando sono imputabili al giudice; chè, nel caso contrario, dànno luogo a *requête civile*. In particolare la dottrina enumera, *alla condizione suddetta*, i seguenti motivi di cassazione (cfr. art. 480 *C. P. C.*):

α) Pronuncia *extra petita* (49);

β) Pronuncia *ultra petita* (50);

γ) Omessa pronuncia (51);

δ) Contraddittorietà tra disposizioni diverse della stessa sentenza (52);

ε) Pronuncia contro la cosa giudicata per *contrariété de jugements en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens dans les mêmes cours ou tribunaux* (53);

ξ) mancata comunicazione al Ministero pubblico, nei casi in cui la legge lo esige (54);

---

(46) Chenon, *Cassation*, n. 52; Crepon, *Cassation*, III, n. 461 e segg.; Faye, n. 115; Glasson, *Précis*, II, 1092; Garsonnet, VI, § 2353; Japiot, *Traité*, n. 1126.

(47) In Tarbé, *Lois*, n. 1170: cfr. Glasson, *Précis*, II, 1091. Cfr. Japiot, *Traité*, n. 1126.

(48) Cfr. Glasson, *Précis*, II, 1091; Crepon, *Cassation*, III, n. 168 e segg.

(49) Garsonnet, *Traité*, VI, § 2358; Crepon, *Cassation*, III, 435.

(50) Cfr. nota precedente.

(51) Crepon, *Cassation*, III, 395 e segg.

(52) In quanto questo motivo rientra o nel caso I, 2; o nel caso II, 4, γ. Cfr. Faye, *Cassation*, n. 67.

(53) Garsonnet, *Traité*, VI, § 2359.

(54) Id., VI, § 2357.

η) Violazione delle *formes prescrites à peine de nullité* non relative alla sentenza (retro, n. *sub* 4); alla quale la dottrina assimila la violazione di forme sostanziali (55).

197. — Abbiamo veduto finora quali sono i motivi di cassazione che la dottrina francese espressamente enumera e riconosce: dobbiamo peraltro notare che, nella pratica esplicazione dell'istituto, la cassazione per *error in iudicando* ha luogo molte volte per motivi che, strettamente considerati, non rientrerebbero nella enumerazione suddetta. Sappiamo che fino da quando la pratica francese cominciò ad ammettere che il ricorso in cassazione fosse esperimentabile anche per *fausse application de la loi,* e desse luogo quindi ad un riesame del *caractère légal,* della *qualification légale* dei fatti oggetto di lite, la Corte di cassazione, dalla decisione accademica di questioni giuridiche astratte scese a decidere in concreto questioni pratiche relative al singolo rapporto controverso, tanto più quando essa rivendicò a sè stessa il diritto di riesaminare in qual modo il giudice di merito avesse fatto corretta applicazione di quelle norme le quali contengono concetti giuridici *non precisamente definiti dalla legge,* ma rilasciati per la loro determinazione all'apprezzamento del giudice (56); per esempio, il concetto di *responsabilità* e quello reciproco di *colpa* (*faute*) (57). Ma da questo riesame

---

(55) Chenon, *Cassation*, n. 41.

(56) Cfr. i miei scritti: *La genesi logica,* nn. 17-18; *Limiti fra giur. e amm.,* n. 10; Boyens, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage,* pag. 154 e segg.

(57) L'evoluzione compiuta dalla Corte di cassazione verso una revisione sempre più ampia del rapporto giuridico controverso, si può seguire in modo chiarissimo nella giurisprudenza della Cassazione relativa alla determinazione di questi due concetti. Si sa che quando i giudici del merito affermano la esistenza di una *faute* ai fini dell'art. 1382 *C. C.*, compiono prima l'accertamento dei fatti e poi la qualifica giuridica di essi, in quanto costituiscono una *faute*: ora la Corte di cassazione nella giurisprudenza più antica ha ritenuto che le fosse vietato non solo riesaminare l'accertamento dei fatti costituenti colpa, ma anche la questione se questi fatti costituissero colpa (Crepon, *Cassation*, III, n. 1136, e nei numeri seguenti, fino al 1143, citazioni di decisioni della Corte di cassazione che, fino al 1873-1874, mantengono questo principio). In seguito però la Corte di cassazione ha cambiato parere, e, riservando ai giudici di merito l'accertamento dei singoli fatti costituenti colpa, si è attribuita la facoltà di verificare se questi fatti contengono gli elementi giuridici di una *faute,* quantunque il concetto di *faute* non sia in alcun luogo definito dalla legge (cfr. Crepon, *Cassation*, III, n. 1144 e segg. fino al n. 1152, contenenti decisioni in questo senso dal 15 aprile 1873 in avanti; Faye, *Cassation*, n. 160 e giurisprudenza in nota). E l'esempio non è isolato: poichè lo stesso è avvenuto per i concetti di *force majeure* (Faye, n. 161), *juste motif de craindre une éviction* (*ib.*, n. 162); mentre per altri concetti

dei fatti accertati dal punto di vista giuridico, il quale, avendo l'effetto di mantenere uniforme la interpretazione giurisprudenziale anche nella retta nozione di quei concetti giuridici che la legge non ha con precisione definiti, non contraddice allo scopo fondamentale della Cassazione (ché anzi proprio nella determinazione di questi concetti può utilmente farsi sentire l'influsso della Corte di cassazione sul diritto positivo), è facile passare insensibilmente al riesame di vere e proprie questioni di fatto: e infatti, se esaminiamo la giurisprudenza della Corte di cassazione, vi troveremo qua e là accenni più o meno evidenti di questo passaggio, pei quali il ricorso in cassazione tende a provocare, accanto alla *revisio in iure* del rapporto controverso, anche la sua *revisio in facto*.

Questa tendenza si scorge evidentissima quando si segua nella giurisprudenza francese il dibattito al quale ha dato luogo la cassazione per falsa interpretazione di un contratto o di altro negozio giuridico (58); poiché la Corte di cassazione, dopo un seguito di pentimenti, inclina ormai ad ammettere il ricorso per violazione della

---

il cui apprezzamento ha luogo in base a criterî morali, la Cassazione per ora ha affermato l'incensurabilità del giudizio dei giudici di merito (per es. per i concetti di *bonne* o *mauvaise foi, dol, violence*, etc.: cfr. FAYE, n. 166; CREPON, III, nn. 929 e segg.). Gli esempî della prima specie segnano un passo notevolissimo nella evoluzione della Cassazione francese: anche il CREPON lo riconosce: « On doit voir, dans cette dernière jurisprudence, une tendance marquée, de la parte de la Cour suprême, à élargir son droit de contrôle »(*ib.*, n. 1144); cfr. BOYENS, scritto citato, nota 11.

(58) V. riassunto lo stato di questa questione nel mio scritto *Genesi logica*, § 6. La giurisprudenza della Cassazione francese ha avuto sulla questione un seguito di oscillazioni. Appena il Tribunale di cassazione fu istituito, la falsa interpretazione di un contratto fu ammessa come causa di cassazione (v. in CREPON, *Cassation*, III, nn. 318-322 citate le decisioni); ma dal 1808, per opera specialmente del MERLIN, la giurisprudenza variò, ritenendo che la interpretazione dei contratti fosse questione di fatto di esclusiva competenza dei giudici di merito (TARBÉ, *Lois, Introduction*, pag. 58 e segg.; CHENON, *Cassation*, 48; BONCENNE, *Théorie*, I, 488 e segg.; CARRÉ, *Compétence*, VIII, 130; CREPON, III, n. 324 e segg., con citazioni delle decisioni; FAYE, *Cassation*, n. 169); una nuova variazione di giurisprudenza in senso contrario si è avuta più recentemente, quando la Corte di cassazione ha adottato la massima intermedia che la cassazione può avvenire per violazione della volontà contrattuale solo quando questa volontà è espressa in modo chiaro e non ambiguo (Cfr. CREPON, *Cassation*, III, n. 340 e segg.; FAYE, *Cassation*, 169 *bis* e segg.). Si intende che, anche negando che la Corte di cassazione possa riesaminare l'interpretazione della volontà contrattuale fatta dai giudici di merito, non si nega ch'essa possa riesaminare la qualifica giuridica che i giudici di merito hanno dato a un contratto. Lo stato della giurisprudenza francese è riassunto dal CHARMONT, in « Revue crit. de législ. et de jurispr. », XXIII (1894), pag. 74 e segg.

volontà contrattuale (la cosidetta *violation de la loi du contrat*), il ricorso serve in questo caso a provocare la revisione di una questione di fatto, com'è quella relativa al concreto significato di una volontà privata, la quale nulla ha di comune colla interpretazione della volontà astratta di legge, che sola la Corte di cassazione dovrebbe sorvegliare (59). Questa tendenza del ricorso per cassazione ad alterare ed allargare la propria funzione, non resta, d'altra parte, confinata nel campo della interpretazione dei negozi giuridici: infatti — senza dire che il ricorso in cassazione in certe materie speciali, come sarebbe in materia fiscale o doganale, dà luogo sempre, per concorde ammissione della giurisprudenza e della dottrina francesi, a un riesame in diritto e in fatto (60) — per ogni sorta di questioni giuridiche la giurisprudenza ha creato come motivo di cassazione, altrettanto indeterminato quanto elastico, quel *défaut de base légale,* che può benissimo dare adito anche in sede di cassazione a revisioni di mero fatto. Non si dice ancora, in Francia, che la cassazione possa avvenire per violazione delle « massime di esperienza » (oltre, n. 219), ed anzi, apparentemente, si nega (61); ma si cassano peraltro, per *défaut de base légale,* sentenze le quali, pur senza contenere un vero e proprio errore di diritto, sembrano deficienti nella loro argomentazione logica, nel ragionamento che sta a base dei loro motivi.

Ho accennato alle più caratteristiche prove di questa tendenza verso un'ulteriore trasformazione che ha, nel diritto francese, il ricorso in cassazione per *error in iudicando* (si è già accennato ad una tendenza analoga della *querela nullitatis* per *notoria iniustitia* e della cassazione per *injustice évidente* sotto l'*ancien régime*: retro, n. 67 e n. 132), ma non si deve credere che la trasformazione di cui ho mostrato gli indizî abbia la stessa importanza che, di fronte alla Cassazione originaria creata dall'Assemblea Nazionale, ebbe la trasformazione che fu sanzionata dalla legge 1837. Quella, meglio che una trasformazione, fu una evoluzione, una attuazione

---

(59) Cfr. FAYE, *Cassation*, pag. 191 e segg., il quale dimostra chiaramente come in questo modo la Cassazione vien fatta servire a scopi ben diversi da quello per cui è istituita. Anche LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 17, riconosce che « une cassation fondée sur la fausse interprétation d'une convention ne se soutiendroit plus, *car le but politique initial est absent* ».

(60) CREPON, *Cassation*, III, nn. 18-30; FAYE, *Cassation*, n. 183.

(61) MERLIN, *Questions*, v. *Cassation*, § 37: « La Cour ne peut jamais casser un arrêt qui ne juge que contre la raison, qui n'offense que des principes universellement reçus, il est vrai, mais auxquels le législateur n'a pas imprimé le sceau de sa puissance ». FAYE, *Cassation*, n. 148.

di intenti che già l'istituto portava in sé potenziali fino dalla sua nascita; invece questa più recente trasformazione sarebbe, ove potesse compiersi, una vera e propria degenerazione dell'istituto dai suoi principî caratteristici, poiché, qualora la Cassazione, dal riesame delle questioni di diritto, potesse spingersi anche nel riesame delle questioni di fatto, perderebbe di mira il suo caratteristico ufficio di mantenere l'uniformità della giurisprudenza, la quale non può mai essere minacciata da decisioni ingiuste in fatto.

198. — Conoscendo le condizioni sostanziali del ricorso in cassazione, si può ora stabilire qual'è la posizione che esso assume nel quadro dei mezzi di impugnativa (*voies de recours* ossia *voies de droit*) conosciuti dal diritto francese.

Le *voies de recours*, le quali sono definite come *les moyens offerts aux parties qui ont succombé d'attaquer les jugements rendus contre elles et d'obtenir, s'il se peut, des décisions plus favorables* (62), sono distinte in *ordinaires* e in *extraordinaires*, secondo la terminologia adottata dal *Code* processuale, che, in contrapposto all'*appel* ed all'*opposition*, tratta, nel libro IV, *Des voies extraordinaires pour attaquer les jugements*, comprendendovi la *tierce opposition* (art. 474-479), la *requête civile* (art. 480-504), la *prise-à-partie* (art. 504-516). Il *Code*, come si sa, non regola il ricorso in cassazione; ma la dottrina lo aggiunge ai tre mezzi di impugnativa straordinarî (63).

La dottrina distingue anche tra *voies de rétractation* (*opposition; requête civile*: *tierce opposition*), che si fanno valere dinanzi allo stesso giudice dal quale emana la sentenza impugnata, e *voies de réformation* (*appel; pourvoi en cassation; prise-à-partie*), che portano la causa alla cognizione di un giudice superiore (64); ma questa seconda distinzione non ha importanza pratica. La contrapposizione precedente è basata invece sulle seguenti importanti differenze.

Mentre le *voeis ordinaires* sono *de droit commun*, in quanto non sono state stabilite in vista di particolari vizî, e quindi sono esperimentabili dalla parte *par cela seul qu'elle n'accepte pas le jugement qui lui fait grief*, le *voies extraordinaires* sono condizionate a determinati difetti della sentenza, la cui esistenza dev'essere provata da chi fa ricorso ad esse (65); mentre le prime dànno luogo a una continuazione del precedente giudizio, le seconde *posent aux*

---

(62) GARSONNET, *Traité*, V, § 1977.
(63) ID., *ib.*; e GLASSON, *Précis*, II, 965.
(64) GARSONNET, *ibidem*.
(65) ID., *ib.*

juges des questions nouvelles au lieu de faire venir devant eux le procès primitif (66); le prime hanno effetto sospensivo a differenza delle seconde (67); solamente le prime impediscono il formarsi della cosa giudicata (68); in modo che la dottrina francese fa distinzione tra *jugements passés en force de chose jugée*, che non possono più essere attaccati colle *voies ordinaires*, e *j. irrévocables*, che non ammettono più neppure l'attacco colle *voies extraordinaires* (69).

Di fronte alla *opposition*, rimedio connesso coll'istituto della contumacia, ed all'*appel*, che nel diritto francese attuale non ha il carattere di una *revisio* dello stadio di decisione, ma di un mezzo per passare dalla prima istanza a una nuova trattazione in secondo grado (*novum iudicium*: arg. ex art. 464 *C.P.C.*), il *pourvoi en cassation* fa parte del gruppo delle *voies extraordinaires;* nel quale — se ben si distacca dalla *tierce opposition* e dalla *prise-à-partie*, istituti che alcuni autori neppure comprendono fra i mezzi di impugnativa (70) — ha invece molti punti di contatto colla *requête civile*, da cui conviene con maggior precisione distinguerlo.

Senza toccare alle diversità di origine e di scopo, le quali rendono impossibile ogni confusione tra i due istituti, dobbiamo qui semplicemente determinare, poiché tanto il *pourvoi en cassation* quanto la *requête civile* sono esperimentabili contro le sentenze *en dernier ressort* (per la *req. civ.*, art. 480 *C.P.C.;* per il ricorso in cass., retro, n. 196 *a*), quali sono i vizî della sentenza che autorizzano rispettivamente l'esperimento dell'uno o dell'altro rimedio, allo scopo di aver un criterio sicuro di scelta tra essi, nella ipotesi di una loro concorrenza.

La *req. civ.*, per gli art. 480-481 *C.P.C.* (riproduzione quasi testuale di disposizioni dell'*Ordonnance*: retro, n. 107) è esperimentabile per due gruppi di motivi: da una parte per motivi di equità che la assimilano ad una *restitutio in integrum* (art. 480, num. 1,

---

(66) Glasson, *Précis*, II, pag. 51 in fine.

(67) Garsonnet, *Traité*, V, § 1977.

(68) *Ibidem.*

(69) *Ibidem.*

(70) Sulla *tierce opposition*, esperimentabile da chi si senta pregiudicato da una sentenza emessa in un giudizio in cui egli non è stato parte, cfr. Glasson, *Précis*, II, 1033 e segg.; Garsonnet, *Traité*, VI, § 2459 e segg., il quale nel § 1977 non lo considera tra le *voies de recours*. Sulla *prise-à-partie*, che ha il carattere di un attacco personale contro il giudice (retro, n. 97) per ottenere il risarcimento dei danni causati da qualche grave sua mancanza ai doveri d'ufficio, e solo eccezionalmente è ritenuta idonea a infirmare una sentenza, cfr. Glasson, *Précis*, II, n. 1119 e segg.; Garsonnet, *Traité*, I, § 142 e segg.

9, 10; art. 481), dall'altra per *errores in procedendo* che le dànno il carattere di un'*actio nullitatis* (art. 480, num. 2 a 8: per questa duplicità di carattere nella *req. civ.*, cfr. retro, n. 107). Sappiamo d'altra parte (retro, n. 196) che anche il ricorso in cassazione è esperimentabile per due gruppi di motivi: per *errores in iudicando* o per *errores in procedendo*. Ora, se nessuna concorrenza può scorgersi tra la *requête civile* per motivi di restituzione e il *pourvoi en cassation* per *error in iudicando*, i due istituti si incontrano e si sovrappongono nel campo degli *errores in procedendo* (71), poiché l'art. 480, numeri 2-8, stabilisce espressamente che la *req. civ.* è esperimentabile per violazione di *formes prescrites à peine de nullité*; per pronuncia *extra petita*; per pronuncia *ultra petita*; per omessa pronuncia; per violazione del precedente giudicato derivante da *contrariété de jugements en dernier ressort entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens dans les mêmes cours ou tribunaux*; per contradditorietà tra le diverse disposizioni di una stessa sentenza, per mancata comunicazione al P. M., ossia per *errores in procedendo* che già abbiamo indicati come motivi di cassazione.

Dobbiamo da ciò dedurre che il processo francese, qualora una sentenza *en dernier ressort* sia viziata da uno dei difetti suddetti, offra alle parti la scelta tra la *requête civile* dinanzi lo stesso giudice e il *pourvoi en cassation* dinanzi al giudice superiore? La dottrina francese risponde negativamente (72). E, per evitare la apparente concorrenza dei due rimedî, insegna che le suddette nullità processuali dànno luogo a *req. civ.* quando sono imputabili alla parte, mentre dànno luogo a cassazione, quando sono imputabili al giudice (retro, n. 123) (73); oppure che il primo rimedio è esperimentabile quando la nullità non fu sollevata nel giudizio di merito, talché, essendosi verificata senza che il giudice lo sapesse, si può presumere che esso sarà disposto a ripararla, mentre quando la nullità fu rilevata al giudice senza ch'egli ne tenesse conto, è esperimentabile il secondo rimedio, perché sembra difficile che il giudice *a quo* sia disposto a ritrattare un errore da lui commesso

---

(71) Il Garsonnet distingue: *ouvertures à requête civile seulement* (VI, §§ 2318-2331: motivi di restituzione); *ouvertures à cassation seulement* (§§ 2332-2353: *errores in judicando* e alcuni *errores in procedendo*); *ouvertures tantôt à requête civile, tantôt à cassation* (§§ 2354-2359: i restanti *errores in procedendo*).

(72) Glasson, *Précis*, II, 1060; Garsonnet, *Traité*, VI, § 2317 e nota; Chenon, *Cassation*, n. 42.

(73) Faye, *Cassation*, n. 62; Chaveaux in Carré, *Lois*, IV quest. 1741: confutazione in Garsonnet, *Traité*, VI, § 2355, nota 3.

scientemente (74). Qualunque si accetti di questi criterî di scelta, certo è ch'essi rappresentano tentativi ingegnosi ma poco persuasivi di riparare alla manchevolezza della legislazione (75), spiegabile soltanto colla diversa origine storica dei due rimedî, i quali hanno potuto avere in alcuni *errores in procedendo* dei motivi in comune, perché dei due istituti gli stessi vizî della sentenza erano considerati da un punto di vista diverso, cioé dalla *requête civile* nel loro effetto (nullità processuale obiettiva), dal *pourvoi en cassation* nella loro causa (violazione della legge processuale commessa dal giudice: retro, n. 173).

Resta stabilito così qual'è la collocazione nel sistema dei mezzi di impugnativa del *pourvoi en cassation,* il quale può essere considerato come un rimedio « estremo », sia in quanto non è esperimentabile contro sentenze sottoposte ancora a rimedî ordinarî (76) o ad altri rimedî straordinarî di cui esistano attualmente i presupposti; sia in quanto il suo esperimento esclude qualunque altra impugnativa contro la decisione della *Cour de cassation,* compresa la *requête civile* (77) e lo stesso ricorso in cassazione (78) (eccettuata in un caso particolare l'*opposition* contumaciale: oltre, n. 199) (79).

199. — Il ricorso per cassazione, quando ne esistono le condizioni sostanziali sopra accennate (retro, n. 196), deve, per essere ammissibile, rispondere a dei requisiti formali, ai quali ora accenneremo, trattando insieme schematicamente il procedimento al quale l'esperimento del ricorso dà luogo.

Nel termine di giorni sessanta dalla notificazione della sentenza di merito (80), il *pourvoi en cassation* dev'essere fatto valere non per via di citazione diretta all'altra parte, ma per mezzo di una *requête introductive* indirizzata unicamente alla Corte di cassa-

---

(74) GLASSON, *Précis*, II, 1060; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2355. Criterio eclettico in CHENON, *Cassation*, n. 42.

(75) Lo stesso GARSONNET, *ib.*, nota 9 confessa che la sua teoria è « incohérente et que le législateur ne s'est pas préoccupé de coordonner les textes d'époque différente qui régissent la matière ».

(76) GARSONNET, *Traité*, V, § 1977.

(77) Mentre non è vero il contrario: cfr. GARSONNET, *Traité*, § 2303.

(78) Reg. 1738, I Parte, Tit. IV, art. 39.

(79) Cfr. LURO, *Des suites d'un arrêt de cassation en matière civile*, pag. 25 e segg.

(80) L. 2 giugno 1862, art. 1; per l'art. 14 del Decr. 1790 il termine era di novanta giorni. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2364; GLASSON, *Précis*, II, n. 1093; FAYE, *Cassation*, n. 48. Cfr. JAPIOT, *Traité*, nn. 1131-1135.

zione (81), la quale deve essere presentata alla Cancelleria della Corte da uno degli *Avocats à la Cour de cassation* (retro, n. 195) e deve contenere a pena di nullità il nome del ricorrente e del suo avversario, l'indicazione della sentenza contro cui si ricorre e dell'articolo di legge che si pretende violato, le conclusioni e i motivi che le giustificano, la firma dell'avvocato. A questa *requête* devono essere uniti, oltreché i documenti a sostegno del ricorso, una copia autentica della sentenza denunciata, una copia in carta libera (82), e la quietanza del deposito di 150 o 75 lire (83), secondo le norme del Reg. 1738, le cui formalità si applicano tutte, meno quella della consultazione di due avvocati anziani (retro, n. 127), abolita dal Decr. 19 agosto 1793 (84).

La presentazione della *requête* alla cancelleria della Corte, che non sospende l'esecuzione della sentenza denunciata (85), dà luogo ad un procedimento preliminare dinanzi alla *Chambre des requêtes*, il quale si svolge senza che in alcun modo vi partecipi l'avversario del ricorrente. Infatti la *requête introductive*, oltreché essere nel suo tenore indirizzata alla Corte, non deve essere notificata all'avversario, il quale può anche ignorarla (86): in modo che questa prima fase del procedimento, come quella analoga che esisteva dinanzi al *Conseil des parties* (retro, n. 127), manca assolutamente di contradditorio (87), ed anzi è vietato al cancelliere della Corte di far leggere al *défendeur éventuel* la *requête* depositata dal ricorrente, e di accettare ufficialmente da lui memorie di risposta, le quali possono soltanto essere distribuite privatamente ai membri della Sezione (88). Su relazione scritta di un consigliere a ciò no-

---

(81) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2386; esempio *ib.*, 2387.

(82) Detta *lisible*, destinata al relatore: Ord. 15 gennaio 1826, art. 11 (TARBÉ, *Lois*, 1256). Cfr. JAPIOT, *Traité*, nn. 1136-1140.

(83) Ora aumentato per l'imposizione dei decimi a L. 185,50, o a L. 93,75: GARSONNET, *Traité*, VI, § 2390, L. 14 brumaio, anno V, in TARBÉ, *Lois*, n. 788: dispensa per gli indigenti, D. 8 luglio 1793 in TARBÉ, *Lois*, n. 652; contro il mantenimento di questa *amende* nel diritto moderno, LA GRASSERIE, *Cassation*, pagg. 36-37.

(84) TARBÉ, *Lois*, n. 658.

(85) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2393. Decr. 1790, art. 16, in TARBÉ, *Lois*, 533; JAPIOT, *Traité*, n. 1139; critica di questo principio in LA GRASSERIE, *Cassation*, pag. 35 e segg.

(86) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2386.

(87) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2397; JAPIOT, *Traité*, n. 1144.

(88) GARSONNET, *Traité*, VI, § 2397. Si è dunque un po' mitigato il rigore delle regole antiche che vietavano perfino di far stampare memorie finchè il ricorso era dinanzi al *bureau* (retro, n. 127). JAPIOT, l. c.

minato (*rapporteur*), e sempre coll'intervento di un rappresentante del P. M., la *requête* viene portata all'udienza della *Chambre des requêtes,* la quale vi delibera dopo aver udito la relazione del *rapporteur,* le ragioni orali dell'avvocato del ricorrente (non mai, s'intende, quelle dell'avvocato del *défendeur éventuel,* che non è ammesso in questa fase), le conclusioni del P. M. La *Chambre des requêtes* può senz'altro dichiarare inammissibile il ricorso per vizio di forma o per evidente infondatezza (nel qual caso il suo *arrêt* dev'essere motivato) (89) e terminare così il procedimento di cassazione, colla perdita a danno del ricorrente della somma depositata; ma, se invece ritiene che il ricorso sia ammissibile (nel qual caso il suo *arrêt* non deve essere motivato), la sua decisione ha un duplice effetto (cfr. art. 5 del Decr. 1790): da una parte essa ammette il ricorso all'esame definitivo della *Chambre civile,* dall'altra permette al ricorrente di notificare all'avversario l'*arrêt* di ammissione, affinché questi compaia, se vuole, nella ulteriore fase del procedimento; questa notificazione è dunque, contrariamente al sistema francese, *mediata,* in quanto non può dalla parte essere commessa all'usciere se non dietro permissione del giudice (*arrêt de soit communiqué*) (90).

La notificazione dell'*arrêt* d'ammissione, che dev'essere eseguita entro sessanta giorni dalla pronuncia (91) e che non ha, neppure essa, effetto sospensivo, introduce nel rapporto processuale di cassazione, il quale finora era unilaterale, l'avversario del ricorrente, che nel termine di un mese dalla notificazione ha facoltà di comparire nominandosi un avvocato (92). Il rapporto processuale diventa da questo momento bilaterale; ma può svolgersi in contraddittorio, se il *défendeur* si vale della sua facoltà di comparire, o *par défaut* nel caso contrario. Nel primo caso, dopoché si è svolta l'istruttoria per iscritto per mezzo di un controricorso (*mémoire en défense*) che l'avvocato del *défendeur* notifica al ricorrente, ed eventualmente di memorie successive (93), la causa vien portata all'udienza della *Chambre civile,* ove, dopo la relazione del *rapporteur* e prima delle conclusioni del P. M., gli avvocati espongono oralmente le loro ragioni in contraddittorio; nel secondo caso l'udienza ha luogo

---

(89) Decr. 4 germ., anno II, art. 6 (Tarbé, *Lois,* n. 696).

(90) Cfr. Chiovenda, *Principii,* pag. 640; Garsonnet, *Traité,* VI, § 2402; Japiot, *Traité,* 1146.

(91) L. 2 giugno 1862, art. 2; Garsonnet, *Traité,* VI, §§ 2402-2403.

(92) L. 2 giugno 1862, art. 3 e 6.

(93) Glasson, *Précis,* 1108.

senza effettivo contraddittorio, ma in questa ipotesi la sentenza che pronuncia la cassazione è soggetta a *opposition* contumaciale (94). In ambedue i casi il ricorrente, quando si inizia questa seconda fase del procedimento, deve depositare una seconda ammenda nella stessa misura della prima: se il ricorso è accolto, essa gli viene restituita insieme colla prima; se il ricorso è rigettato, esso le perde tutt'e due, e deve in più pagare al controricorrente l'indennità stabilita dal Reg. 1738 (95).

Qualora il ricorso sia accolto, la decisione del merito dev'essere rinviata — salvi i casi di cassazione senza rinvio (96) — a un'autorità giudiziaria designata dalla Corte di cassazione (97), la quale non può essere la stessa che ha emesso la sentenza cassata, ma è quasi sempre una dello stesso grado (98). La sentenza resa dal giudice di rinvio può di nuovo essere denunciata in cassazione, come si sa, per diverso motivo o per lo stesso: in quest'ultimo caso il nuovo ricorso in cassazione è giudicato a Sezioni unite, ma anche in tale ipotesi esso va anzitutto alla *Chambre des requêtes,* e da questa alla *Chambre civile,* che lo passa finalmente alle *Chambres réunies* (99).

Più semplice è il procedimento quando la cassazione viene proposta dal Procuratore Generale presso la Corte di cass.; il che può avvenire in due casi, cioè: quando il Pr. Gen. chiede di sua iniziativa, *dans l'interêt de la loi,* la cassazione di una sentenza per violazione di legge, per inosservanza di forme o per eccesso di potere (100); o quando il Pr. Gen., d'ordine del Governo, chiede l'annullamento di qualunque atto dell'autorità giudiziaria viziato da eccesso di potere (101). In questi casi il ricorso non è condizionato ad alcun deposito preventivo (102) e non subisce mai un doppio esame, poiché

---

(94) GARSONNET, *Traité,* VI, § 2408.

(95) GARSONNET, *Traité,* VI, §§ 2405 e 2420. Cfr. sui diversi punti JAPIOT, *Traité,* 1147-1150.

(96) GARSONNET, VI, § 2427; CHENON, *Cassation,* n. 58; JAPIOT, *Traité,* n. 1152. Si ha la cassazione *par voie de retranchement,* quando la Corte, senza rinviare, si limita a sopprimere solo alcune disposizioni secondarie della sentenza, lasciandole efficacia: Cfr. CHENON, *ib.*

(97) L. 27 ventoso, anno VIII, art. 87. Per il Decr. 1790, art. 19 e per la L. 2 brumaio, anno IV, art. 2 la designazione del giudice di rinvio veniva fatta dalle stesse parti (TARBÉ, *Lois,* nn. 854, 536, 750). Cfr. CHENON, *Cassation,* n. 59; LURO, *Suite* cit., pag. 155 e segg.

(98) GARSONNET, *Traité,* VI, § 2426.

(99) GARSONNET, *Traité,* VI. § 2430; JAPIOT, 1153.

(100) L. 27 vent., anno VIII, art. 88 (TARBÉ, 855).

(101) *Ib.,* art. 80 (TARBÉ, 847).

(102) GARSONNET, *Traité,* VI, § 2390.

viene giudicato definitivamente o dalla *Chambre civile,* nel primo caso, o dalla *Chambre des requêtes* nel secondo (retro, n. 195). La cassazione *dans l'intérêt de la loi,* che può essere chiesta dal P. M. solo quando le parti abbian lasciato decorrere il termine ad esse spettante per ricorrere, non toglie vigore alla sentenza di fronte alle parti, per le quali essa *vaudra transaction* (103) (retro, nn. 169-170).

Questo è lo schema del procedimento al quale dà luogo dinanzi alla *Cour de cassation* francese il ricorso per cassazione in materia civile, raffigurato nelle sue linee generali e senza tener conto delle particolari situazioni processuali che possono nascere dalla diversità delle cause. Da questo schema, lo sviluppo del quale sarà dato nelle diverse trattazioni della Parte teorica, appare che il procedimento che si svolge dinanzi alla *Cour de cassation,* tutto ispirato a ostacolare in ogni modo la presentazione di ricorsi infondati, non è molto diverso da quello che si svolgeva dinanzi al *Conseil des parties* (retro, n. 127): anche oggi il procedimento di cassazione è diviso infatti in due fasi distinte, una delle quali, dinanzi la *Chambre des requêtes,* si svolge senza l'intervento del *défendeur,* quasi a ricordare che la domanda di cassazione era in origine una lagnanza al potere sovrano anziché un'azione contro l'avversario, mentre la seconda dà luogo dinanzi alla *Chambre civile* a una vero e proprio contraddittorio con tutti i caratteri di un rapporto processuale normale. Peraltro, paragonando il procedimento usato dinanzi al *Conseil* con quello usato oggi dinanzi la *Cour,* si nota che quest'ultimo presenta notevoli modificazioni e semplificazioni di fronte al primo, prodotte in parte dalla trasformazione che oggi ha subìto l'istituto della Cassazione, e in parte dai nuovi principî introdotti dalla Rivoluzione in tutto l'ordinamento giudiziario: la *Chambre des requêtes,* infatti, cumula in sé, in un unico esame preliminare quei due stadî nei quali dinanzi al *Conseil* si divideva a sua volta la fase iniziale del procedimento (retro, n. 127); è caduto in desuetudine l'uso, osservato sempre al *Conseil,* di richiedere ai giudici di merito i *motifs* della sentenza denunciata, il che dimostra che ormai il ricorso per cassazione ha perso interamente il carattere iniziale di un attacco al giudice; inoltre tanto nella

---

(103) Art. 88 citato. Non è molto chiara la differenza che passa tra queste due funzioni del *Procureur général,* le quali, a parte la diversità di forme e di terminologia, potrebbero benissimo riunirsi in un unico caso. Vedi per le ingegnose distinzioni (le quali giungono perfino a distinguere due specie di eccesso di potere contemplati rispettivamente dagli art. 80 e 88), Carsonnet, *Traité,* I, 200; Chenon, *Cassation,* n. 45; Faye, *Cassation,* n. 454 e segg. Per la critica, Grasserie, pag. 67.

prima quanto nella seconda fase del procedimento sono state introdotte le garanzie processuali della pubblicità e della oralità (104) che dinanzi al *Conseil* erano in fatto assolutamente sconosciute.

200. — Ad integrare quanto si è detto sulle regole della Cassazione nell'odierno diritto, è importante notare in qual modo la dottrina determina i limiti del potere di decisione *a*) della *Cour de cassation*; *b*) del giudice di rinvio.

a) I limiti del potere di decisione della *Cour de cassation* sono diversi secondoché il ricorso è basato α) su un *error in iudicando*, o β) su un *error in procedendo*. Studiando la fase originaria dell'istituto abbiamo già notato alcune di queste differenze (retro, n. 176) relative al riesame dei fatti ed al potere di statuire positivamente su di essi. Qui dobbiamo aggiungere altre differenze relative ai *moyens de cassation*, che costituiscono uno degli argomenti più disputati dai trattatisti della Cassazione.

α) La dottrina francese distingue tra *ouverture à cassation*, che sarebbe il motivo di cassazione astrattamente considerato (per es., la violazione di legge in generale) e *moyens de cassation*, che sarebbe il motivo di cassazione esistente in concreto (per es., la violazione di un determinato articolo di legge). Mentre vale la regola che la violazione di legge *in iudicando* è sempre una *ouverture à cassation* (retro, n. 182), in concreto i poteri di riesame del giudice di cassazione non si estendono a tutte le violazioni di legge *in iudicando* esistenti nella sentenza denunciata, ma sono contenuti entro queste due regole: 1ª il giudice di cassazione non può, d'ufficio, censurare le violazioni di legge non espressamente denunciate dal ricorrente; 2ª il giudice di cassazione non può censurare quelle violazioni di legge, anche se espressamente denunciate dal ricorrente, che non si riferiscono a questioni di diritto già sollevate nel giudizio di merito (regola della non *recevabilité des moyens nouveaux*) (105). Col divieto dei *moyens nouveaux* non dev'essere con-

---

(104) Si deve peraltro notare che dinanzi alla *Cour de cassation*, la procedura « est, avant tout, une procédure écrite où les mémoires signifiés jouent le principal rôle », GARSONNET, *Traité*, VI, § 2406, nota 7: cfr. in questo senso anche GLASSON, *Précis*, II, 1097, pag. 184 in fine.

(105) La dottrina francese non distingue queste due regole in realtà ben differenti, e tratta di ambedue nella teoria dei *moyens nouveaux*. Cfr. CHENON, *Cassation*, n. 53; FAYE, *Cassation*, n. 122 e seguenti; CREPON, *Cassation*, II, nn. 807-1710; GRASSERIE, *Cassation* cit., pag. 42-44; GLASSON, *Précis*, II, 1101. Se la sentenza denunciata in cassazione è di secondo grado, si considerano *moyens nouveaux* quelli che, proposti in prima istanza, non furono riprodotti nel giudizio di secondo grado; cfr. CHENON, pag. 173 e decisioni in nota 3; GLASSON, l. cit., pag. 190, e decisioni in nota 4; GARSONNET, *Traité*, VI, 2345, α, 3.

fuso il divieto di *demandes nouvelles*, le quali, se sono escluse in appello per l'art. 464 *C. P. C.*, debbono *a fortiori* essere escluse in sede di cassazione (106): onde, anche se in cassazione fossero ammessi i *moyens nouveaux*, sarebbe sempre *non recevable* il ricorso basato su una violazione di legge la quale presuppone il cambiamento di uno degli elementi dell'azione, per esempio del titolo (così, se il ricorrente, dopo aver esercitato in primo ed in secondo grado un'azione nascente da una certa specie di contratto, denunciasse in cassazione la violazione di leggi relative a tutt'altra specie di negozio giuridico). Anche restando inalterata la domanda, può aversi la novità dei *moyens*: quando, infatti, la domanda (o la eccezione) di merito si appoggia sulla contemporanea esistenza di più volontà concrete di legge, ognuna delle quali può dar luogo a una diversa *quaestio iuris*, nel giudizio di merito può sorger dibattito sulla esistenza di tutte e singole queste volontà di legge, ma può anche darsi che il dibattito si svolga solo sulla esistenza di alcune, in modo che neppure vengano sollevate le questioni di diritto relative alla esistenza delle altre; in questa seconda ipotesi, il ricorrente che denunciasse violazioni di legge relative a questioni di diritto che potevano essere ma non furono sollevate nel giudizio di merito, urterebbe nel divieto dei *moyens nouveaux* (107). Neppure devono coi *moyens nouveaux* essere confusi gli *arguments nouveaux* in appoggio a *moyens non nouveaux* (108): siccome infatti la esistenza di *ognuna* di quelle molteplici volontà concrete di legge, sulle quali la domanda si appoggia, deriva dalla combinazione di *molte* norme giuridiche astratte, potrà il ricorrente, pur tenendosi nell'ambito di quelle questioni di diritto che già sono state dibattute nel giudizio di merito, denunciare violazioni di norme astratte che nel giudizio di merito non furono invocate.

---

(106) FAYE, *Cassation*, n. 123; CHENON, *Cassation*, l. c., pag. 173; GLASSON, *Précis*, II, 1101, il quale anzi ritiene che le domande nuove siano addirittura impossibili dinanzi la Corte di cassazione « par cela même qu'elle ne juge pas les affaires mais les jugements » (pag. 189); JAPIOT, n. 1143.

(107) La dottrina francese non riesce a precisare con definizione astratta in che il *moyen* differisce dalla *demande*: la differenza peraltro si desume dalle decisioni della Corte di cassazione ed è quella stessa che per il diritto italiano lucidamente precisa il CHIOVENDA, *Principii*, pag. 1026; cfr. peraltro GARSONNET, VI, §§ 2124 e 2125, su questa distinzione in tema d'appello; JAPIOT, *Traité*, n. 1068.

(108) CHENON, *Cassation*, n. 53, pag. 153: si chiamano anche *moyens de pur droit*: cfr. CREPON, *Cassation*, n. 823-838; FAYE, *Cassation*, n. 126; GLASSON, *Précis* II, 1101 e decisioni in nota 6 a pag. 190; GARSONNET, § 2348; JAPIOT, *Traité*, n. 1143.

La stessa distinzione tra *moyens* ed *arguments*, data in esplicazione della seconda regola, serve anche a delimitare in che senso deve intendersi la prima regola: mentre la *Cour de cassation* non può d'ufficio cassare per un *moyen* che non è stato denunciato dalla parte, ossia non può riesaminare d'ufficio una questione di diritto che il ricorrente non intende rimettere in discussione, essa può sempre, per la regola *Iura novit curia*, desumere la fondatezza dei *moyens* denunciati nel ricorso anche da norme giuridiche che il ricorrente non ha menzionate o che non furono applicate nel giudizio di merito (109); in questi confini anche è ristretta la facoltà della Corte di supplire d'ufficio, *pour la défense de l'arrêt*, le argomentazioni erronee contenute nella sentenza denunciata sostituendole con argomentazioni corrette (110).

Le due regole suddette, le quali, quantunque non siano formulate in alcun testo di legge, sono peraltro considerate dalla dottrina come fondamentali dell'istituto, vengono meno soltanto nel caso che il *moyen de cassation* interessi l'ordine pubblico: per violazioni di legge concernenti l'*ordre public* (concetto che la dottrina francese, anziché definirlo in astratto, preferisce descrivere con lunghe esemplificazioni di casi concreti) il ricorrente può sollevare in sede di cassazione questioni non dibattute nel giudizio di merito, e la *Cour de cassation* può supplire d'ufficio la mancata denuncia del ricorrente (111).

Coi suddetti limiti del potere di censura della *Cour de cassation* non si deve confondere, come peraltro la dottrina francese confonde, i limiti del potere istruttorio che alla *Cour de cassation* spetta per accertare la fondatezza dei motivi di cassazione; la *Cour de cassation*, avendo semplicemente ufficio di revisione, non può ammettere mezzi istruttorî diversi da quelli che sono già stati prodotti dinanzi ai giudici di merito, e per decidere se le violazioni di legge denunciate esistono realmente, non può tener conto di fatti la cui esistenza non è stata dedotta nel giudizio di merito, consultare documenti che non furono prodotti dinanzi ai precedenti giudici (112): anche per stabilire se un *moyen* debba considerarsi *nouveau* e quindi non ricevibile, la Corte deve tener conto soltanto delle circostanze che resultano dalla sentenza denunciata e dalle

---

(109) Cfr. nota precedente.

(110) FAYE, *Cassation*, n. 126 e n. 113.

(111) CHENON, *Cassation*, n. 53; FAYE, *Cassation*, nn. 127-147; esemplificazione in CREPON, *Cassation*, II, n. 961 e segg.; GLASSON, l.c. e nota 7, pag. 190; GARSONNET, *Traité*, VI, § 2347.

(112) FAYE, *Cassation*, n. 127; CREPON, *Cassation*, II, nn. 1696-1710.

qualités ad essa annesse (113), o dai documenti già prodotti nel precedente giudizio (114). Ciò vale anche per i *moyens d'ordre public*: i quali, anche se *nouveaux*, sono denunziabili in cassazione, come sopra si è detto, solo in quanto si basino su circostanze di fatto che risultino dalla sentenza denunciata o dai documenti annessi, dei quali ebbero visione i giudici di merito: nel caso contrario anche il *moyen d'ordre public* dev'essere dichiarato non ricevibile, come *mélangé de fait et de droit* (115).

β) Per ciò che attiene al ricorso basato su un *error in procedendo*, si applicano anche qui le regole stabilite per l'ipotesi precedente e la relativa eccezione: la parte non può denunciare in cassazione se non i *moyens* già sottoposti alla decisione dei giudici di merito, e la *Cour de cassation* deve limitarsi a riesaminare i *moyens* fatti valere dalla parte, salvo il caso che si tratti di *moyens d'ordre public* (116). Ciò, peraltro, vale per gli *errores in procedendo* che potevano essere rilevati anche nel giudizio di merito; ma non può valere per quegli *errores in procedendo* che la parte ricorrente non poté far valere nel precedente giudizio, perché si sono prodotti quand'essa non era più in grado di farli valere. Ciò deve dirsi specialmente dei vizî di forma attinenti alla sentenza di secondo grado, che devono necessariamente, anche se non sono d'*ordre public*, essere rilevati per la prima volta in cassazione: il divieto dei *moyens nouveaux « ne s'applique pas au moyen tiré de l'irrégularité en la forme de la décision attaquée »* (117).

Valgono per altro anche per il ricorso basato su *error in procedendo* le limitazioni sopra accennate dei poteri istruttorî della Corte di cassazione.

Le regole *sub* α e *sub* β servono a determinare i poteri della Corte di cassazione quando essa deve giudicare sulla fondatezza dei *moyens* (*errores in iudicando* o *errores in procedendo*) fatti valere come motivi di cassazione, ossia sul merito del ricorso. Ma per le questioni attinenti alla ammissibilità del ricorso ed alla

---

(113) Art. 142 *C. P. C.* e segg.; cfr. GLASSON *Précis*, II, n. 554 e segg.

(114) FAYE, *Cassation*, n. 127; CREPON, II, n. 913 e segg.; GARSONNET, *Traité* VI, § 2345.

(115) FAYE, *Cassation*, n. 127; CHENON, *Cassation*, l. c., pag. 175 e nota 4; CREPON, *Cassation*, II, nn. 934-969 ed ivi giurisprudenza; GLASSON, anche *Précis*, II, 1101, pag. 191; GARSONNET, *Traité* VI, § 2347, nn. 2, 3; JAPIOT, *Traité*, 1143, pag. 702.

(116) CREPON, II, n. 1402.

(117) FAYE, *Cassation*, n. 125; CREPON, *Cassation*, II, nn. 903-904; GLASSON, *Précis*, II, 1101, pag. 190; JAPIOT, *Précis*, n. 1143, pag. 701.

costituzione del rapporto processuale di cassazione, le regole suddette non possono valere: nell'àmbito di tali questioni, le quali sono sempre nuove rispetto a quelle dibattute nei precedenti giudizî, la Corte può rilevare d'ufficio i difetti non rilevati dal controricorrente, ed ha poteri istruttorî che, per quanto non chiaramente determinati dalla dottrina, sono certo più ampî di quelli che le spettano nei casi precedentemente considerati.

b) Qualora il ricorso per cassazione sia accolto, la sentenza denunciata cessa di aver forza giuridica nella sua totalità o solo in alcuni capi, secondo che la cassazione sia totale o parziale. Entro questi limiti la cassazione, secondo la formula consuetudinaria negli *arrêts* della Corte, *remet la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant l'arrêt cassé* (118); ossia, per adoprare le parole del CREPON, *l'effet d'un arrêt de cassation est d'annuler, dans toutes ses dispositions, la décision qui en a été l'objet, et de la faire considérer comme n'ayant jamais eu d'existence légale* (119). In base a questo annullamento della sentenza denunciata, la causa può essere rinviata a un nuovo giudice, i cui poteri sono diversi secondoché la cassazione sia stata pronunciata per *error in iudicando* o per error *in procedendo*.

α) Nella prima ipotesi, poiché la cassazione rimette la causa nello stato in cui essa si trovava prima che fosse pronunciata la sentenza denunciata, le facoltà delle parti e i poteri del giudice tornano ad essere quelli che erano nel giudizio di merito precedente alla emanazione della sentenza cassata. Le rigorose limitazioni del potere di riesame e dei poteri istruttorî poste per il giudizio di cassazione, non valgono dunque per il giudizio di rinvio, l'àmbito del quale si determina secondo le regole proprie al grado del giudice dinanzi al quale questo giudizio si svolge. Di conseguenza, se il giudice di rinvio è, come quasi sempre avviene, un giudice di appello, dinanzi ad esso le parti potranno far valere nuove eccezioni e dedurre nuove prove nei limiti in cui tali deduzioni sono ammesse in appello, e anche se esse costituiscono, di fronte ai precedenti giudizî, dei *moyens nouveaux* (120). Appare da questo che, mentre il giudizio di cassazione per *error in iudicando* esclude ogni riesame del fatto ed ogni discussione di questioni giuridiche nuove, il giudizio di rinvio dà luogo a una nuova

---

(118) FAYE, *Cassation*, n. 260.

(119) *Cassation*, III, n. 2150: cfr. anche CHENON, *Cassation*, n. 55; LURO, *Suite* cit., 183 e segg.

(120) CHENON, *Cassation*, n. 60; FAYE, *Cassation*, nn. 275-276; CREPON, *Cassation*, III, n. 2151 e segg.; JAPIOT, *Traité*, 1152.

trattazione anche di quei punti che sono con tanto rigore esclusi dal giudizio di cassazione, onde l'accoglimento del ricorso in cassazione ha la virtù di rimettere in discussione anche quelle parti della sentenza denunciata che non potevano esser invocate a sostegno del ricorso (il che non può mai avvenire, come vedremo, nella revisione germanica basata su *error in iudicando* : oltre, n. 218). Per ciò che riguarda la libertà del giudice di rinvio relativamente alle questioni di diritto che sono state oggetto del giudizio di cassazione, bisogna distinguere due casi: se il rinvio avviene dopo una prima cassazione, il giudice di rinvio è libero di seguire nella risoluzione di tali questioni una opinione giuridica diversa da quella espressa dalla Corte (retro, n. 189) (121); se il rinvio avviene dopo una seconda cassazione, colla quale la Corte conferma, nella risoluzione della stessa questione giuridica, l'opinione che ha motivato la prima cassazione, il giudice di rinvio deve conformarsi *à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour* (art. 2 della l. 1° aprile 1837: retro, n. 189) (122); ma poiché anche nel secondo giudizio di rinvio può aver luogo una nuova trattazione della questione di fatto, così può darsi che anche dopo un secondo rinvio il materiale di decisione si trasformi e colla introduzione di nuovi elementi di fatto renda inapplicabile la regola di diritto posta dalla Corte di cassazione (123). Si intende che contro la sentenza pronunciata in sede di rinvio può essere sempre proposto un nuovo ricorso in cassazione per motivi diversi da quelli fatti valere con un primo ricorso: il che può ripetersi indefinitamente, in virtù della limitazione del giudizio di cassazione ai soli *moyens* fatti valere dalla parte, che lascia impregiudicate tutte le altre questioni di diritto contenute nella causa, e in virtù della natura del giudizio di rinvio, che permette di introdurre nel processo sempre nuovi elementi di discussione.

β) Anche nel caso di annullamento per *error in procedendo*, il giudizio di rinvio dà luogo, come nel caso precedente, a una nuova trattazione di tutta la causa; anzi, quando il motivo di cassazione fatto valere non si riferisce alla sentenza, ma a un atto processuale precedente ad essa, si annulla in questo caso, insieme colla sentenza, tutto il procedimento a partire dall'atto difettoso. In questo caso peraltro la decisione della Corte vincola sempre il giudice per quanto attiene all'esistenza e alle conseguenze del-

---

(121) Faye, *Cassation*, n. 276; Chenon, *Cassation*, n. 60.

(122) Crepon, *Cassation*, III, 2290; Chenon, *Cassation*, n. 63.

(123) Crepon, *Cassation*, III, 2292.

l'*error in procedendo*; inoltre in questo caso non si verificano mai le conseguenze che nel caso precedente ha la seconda cassazione per gli stessi motivi, poiché la decisione della Corte che cassa per *error in procedendo* non è la risoluzione di una questione di diritto astratta e non contiene l'enunciazione di una regola giuridica generale alla quale il giudice di rinvio possa conformarsi applicandola alla decisione di merito (cfr. vol. II, capit. IX e X).

201. — A voler completare, in base alle nozioni finora raccolte, il profilo del ricorso per cassazione nel diritto francese vigente, dovremmo ora fermarci ad analizzare qual'è la natura processuale di questo rimedio, che si può desumere dalle sue forme esteriori: e, poiché lo scopo dell'istituto si è nella consuetudine profondamente modificato dalla sua creazione ad oggi, senza che siano state abrogate le leggi originarie che tuttora formalmente lo reggono, non avremmo da meravigliarci se la costruzione processuale del ricorso ci apparisse complessa e non sempre ben definita, dominata da concezioni giuridiche non del tutto omogenee, derivanti da residui storici e da parziali sovrapposizioni di idee.

Si dovrebbe anzitutto, se volessimo addentrarci in questa analisi, mostrare come il ricorso per cassazione abbia a base, anche nel diritto francese, un vero e proprio diritto del ricorrente ad *ottenere* la cassazione, e come quindi esso non costituisca un mezzo di gravame, ma una azione di impugnativa che dà luogo anzitutto a un *iudicium rescindens*, a cui, secondo l'esito di questo, può tener dietro un *iudicium rescissorium* sul merito della lite (124). Dovremmo inoltre, mettendo in relazione la struttura processuale del ricorso colla natura del vizio che per suo mezzo vien fatto valere, rilevare che l'istituto si viene a scindere in due istituti profondamente diversi, secondoché il motivo di cassazione sia un *error in procedendo* o un *error in iudicando* (125); e che, mentre questo, colla struttura formale di un'azione di impugnativa, adempie in pratica alla fun-

---

(124) CHENON, *Cassation;* JAPIOT, *Traité*, n. 1152.

(125) Le leggi che regolano la cassazione non distinguono — ad eccezione della L. 20 aprile 1810 (retro, n. 194, *c*, II, 4) — i due casi; nè la pratica distingue tra *annulation* e *cassation*, chè anzi la formula tradizionale colla quale la Corte accoglie i ricorsi è « *la Cour... casse et annule* ». Solo qualche Autore si limita a dire che, per semplice esattezza di terminologia, si può far distinzione fra i due vocaboli in quanto « l'annulation frappe sur les moyens de formes et sur la compétence; la cassation s'applique aux moyens du fond » (CHENON, *Cassation*, pag. 133: cfr. TARBÉ, *Lois*, 1170, nota 10); ma, più che di esattezza di espressione, si tratta qui di profonda diversità sostanziale.

zione di una revisione *in iure*, quello può essere identificato colla *querela nullitatis sanabilis* del diritto comune, in quanto serve, con effetto costitutivo, a invalidare la sentenza giuridicamente efficace, ma viziata da un motivo di annullabilità (126), mentre colla preclusione del ricorso in cassazione non devono intendersi sanate quelle più gravi nullità che possono essere sempre fatte valere mediante un'azione di mero accertamento (127).

Ma lo studio di questi argomenti, che sono di importanza essenziale per la intelligenza del ricorso per cassazione, non farebbe che anticipare la esposizione teorica che sarà fatta in relazione al diritto italiano; onde è opportuno rinviarne la trattazione alla sede più adatta (vol. II, cap. VII).

202. — *C*) Questa è la posizione che rispettivamente occupano oggidì nell'ordinamento giudiziario e nel diritto processuale francese la Corte di cassazione e il ricorso in cassazione, dopo uno svolgimento più che secolare, alla fine del quale è lecito ripetere le parole che, dopo un quarantennio dalla fondazione del *Tribunal de cassation*, scriveva il TARBÉ, quando ammirava *l'organisation forte et puissante de cette institution, la seule qui, depuis ce temps, ait survecu, la seule que les révolutions politiques n'aient pas ébranlée* (128);

---

(126) La locuzione adoprata dalla l. 20 aprile 1810, art. 7, secondo la quale per mezzo del ricorso in cassazione gli *arrêts* viziati da *error in procedendo* « *sont déclarés nuls* », potrebbe far credere che in questi casi il ricorso in cassazione miri semplicemente a far dichiarare una nullità assoluta (in questo senso CHENON, *Cassation*, pag. 132-133); ma il fatto che questi vizî possono esser fatti valere soltanto col ricorso in cassazione precluso il quale essi sono sanati, è la riprova che qui siamo di fronte a casi di annullabilità, non di assoluta nullità o inesistenza.

(127) La regola « voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements » (retro, n. 99), sulla quale cfr. GARSONNET, *Traité*, V, § 1978 con citazione in nota 3, non può significare che col ricorso per cassazione possano esser sanati quei motivi di nullità che sono per loro natura insanabili. Lo stesso GARSONNET, l. c., ammette tre casi nei quali la regola tradizionale comporta eccezione, cioè: il caso della sentenza *a non judice dicta;* di quella pronunciata « en violation des principes tellement essentiels qu'il est impossible de lui reconnaître aucune valeur » (criterio molto elastico! Il G. cita come esempio la sentenza di un giudice di pace che pronunci il divorzio); di quella che ha la forma, ma non la natura di un provvedimento giurisdizionale (ma qui non si tratta di nullità, sibbene di incapacità a passare in giudicato). Anche il JAPIOT, *Traité*, n. 47, dopo aver posto la regola fondamentale che « le jugement deviendrait définitif s'il n'était pas attaqué à temps, quel que soit le vice qui ait entaché l'acte primitif ou le jugement lui même », ammette però che si ha nullità insanabile quando « la pretesa sentenza è viziata da un difetto talmente grave, ch'essa non è in alcun modo una sentenza ».

(128) *Lois, Avertissements*, pag. v. Cfr. anche il discorso del dep. FLAUERGUES alla Camera dei dep., 17 dec. 1814 (in BARDOT, *Cassation*, p. 97).

la Cassazione, infatti, uscita da quella legislazione rivoluzionaria i cui istituti portavano quasi tutti in sé il germe di una sollecita fine, superò senza vacillare le più tumultuose vicende della Rivoluzione ed entrò a far parte dell'ordinamento pubblico del primo Impero col favore di Napoleone, che, il 27 termidoro dell'anno X, da primo console, aveva chiamato il *Tribunal de cassation*: *une des plus heureuses institutions qui assurent la stabilité de l'État* (129); fu rispettata dalla Restaurazione, né la toccarono i rivolgimenti politici dai quali la Francia fu agitata a più riprese durante il secolo XIX (130).

Oggi la Corte di cassazione viene esaltata in Francia come un istituto di indiscutibile utilità e gli scrittori francesi la considerano come un motivo di vanto nazionale (131). In realtà l'influsso della Cassazione sulla vita giuridica francese è stato, in più di un secolo trascorso dalla sua fondazione, grande e benefico, specialmente nella elaborazione e nella integrazione del diritto obiettivo sostanziale, che, attraverso l'interpretazione giurisprudenziale riassunta ed unificata dalla Corte di cassazione, ha potuto in alcuni punti fissarsi in modo certo e durevole, in altri adattarsi alle mutate esigenze della vita sociale (132). Per merito della Corte di cassazione un codice ormai antiquato com'è il *Code Napoléon* appaga tuttora i sempre nuovi bisogni della pratica (133): e in molteplici questioni, sulle quali la legge scritta era oscura o lacunosa, l'organo unificatore della giurisprudenza ha portato la soluzione e la certezza, contribuendo al formarsi di una *communis opinio* in materia. Molte teorie giuridiche, le quali sembrano ormai nel diritto francese aver risolto definitivamente punti già dibattutissimi dalla dottrina, si citano come creazioni della Cassazione (134), la

---

(129) Tarbé, *Lois, Introd.*, pag. 9.

(130) Cfr. il discorso del Pr. Gen. dinanzi la Corte di cassazione tenuto il 2 marzo 1848 in onore del nuovo Governo Repubblicano (*Moniteur*, 1848, 533).

(131) La Grasserie, *Cassation*, pag. 1, nota che l'idea della Cassazione è « tellement enracinée dans l'esprit français après une longue pratique qu'elle semble simple, évidente, n'ayant aucun besoin d'être analisée, discutée ou améliorée ». Sulla utilità della Corte di cassazione e sui suoi pregi, cfr. Meyer, *Ist. giud.*, libro VII, cap. VI, e libro VIII, cap. IX-XI (vol. 4° e 5° della trad. italiana), che loda l'istituto incondizionatamente.

(132) Onde la Corte di cass. viene anche chiamata *Cour régulatrice*: Rodière, *Cours*, I, § VI.

(133) Cfr. Schmidt, *Das Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft*, pag. 231; Haeger, *Der französische Zivilprozess und die deutsche Zivilprozessreform*, pag. 50.

(134) Geny, *Méthode*, pag. 557; Mornet, *Du rôle et des droits de la jurisprudence* (Paris, 1904), pag. 164; Garsonnet, Traité, I, § 94; Luro, *Suite* cit. *Intro-*

quale, specialmente in questi ultimi decennî, non ha sdegnato talvolta di allontanarsi dalla lettera della legge per seguire i dettami dell'equità e delle nuove correnti scientifiche, apparendo così come la più eminente interprete della così detta *jurisprudence prétorienne* (135).

È in verità notevole che un istituto importante com'è in Francia la Cassazione, non sia stato ancora, dopo centotrenta anni di vita, fatto oggetto di un testo di legge unico ed omogeneo, che abbia riassunto e coordinato in organica unità quelle norme così frammentarie, attraverso le quali, in una serie di atti legislativi distinti, l'istituto si è venuto formando dal 1790 ad oggi: abbiamo veduto infatti, come la Cassazione in Francia sia ancora disciplinata in gran parte dal cosiddetto *droit intermédiaire* (136), e perfino dal Regolamento del 1738, che considerava la Cassazione da un punto di vista oramai interamente superato; talché, per questa disparità di norme emanate talvolta alla distanza di un secolo l'una dall'altra, sotto l'impulso delle contingenze politiche più diverse o delle più disparate concezioni filosofiche, l'istituto processuale della Cassazione nel diritto francese non appare sempre chiaro e determinato dalle norme che lo disciplinano, le quali peccano spesso di lacune e di contraddizioni, come in ciò che attiene alla concorrenza della cassazione colla *requête civile* per *error in procedendo* (retro, n. 198) o alla distinzione tra la cassazione *dans l'intérêt de la loi* per eccesso di potere e l'annullamento d'ufficio per lo stesso motivo (retro, n. 169). Ma all'infuori di queste imperfezioni di dettaglio, le quali derivano unicamente dalla pluralità dei testi in vigore e potrebbero con facilità eliminarsi qualora questi fossero ridotti a un testo unico, un fenomeno anche più notevole si verifica per la Cassazione in Francia: che, cioé, essa in molte sue norme, e specialmente in quelle che hanno carattere fondamentale, non corrisponde all'istituto che è scritto nei testi di legge, ma è in realtà, per la profonda evoluzione pratica ch'essa ha compiuto da quando questi testi furono emanati, un istituto del tutto diverso da quello che la lettera di questi testi ci rappresenta.

Noi sappiamo ormai che il passaggio dal tipo originario della Cassazione controllo costituzionale al tipo derivato della Cassazione

---

duction. Si cfr. anche GENY, *La technique législative dans la codification civile moderne* in *Le Code civil*, II, pag. 1021, e, nella stessa raccolta, vari esempî di teoriche costruite dalla giurisprudenza per il tramite della Corte di cassazione (cfr., ivi, gli scritti di MEYNIAL, I, 173; WAHL, I, 443; BALLEYDIER e CAPITANT, I, 517).

(135) LA GRASSERIE, *Cassation*, cap. XII; specialmente pag. 81-82, e pag. 10.

(136) CHENON, *Cassation*, cap. II.

unificatrice della giurisprudenza avvenne in massima fuori della legge, per non dire contro la legge: cosicché la Cassazione qual'è oggidì in Francia appare in gran parte un prodotto della evoluzione pratica, e costituisce quindi un notevole esempio di creazione consuetudinaria di un istituto giudiziario, fenomeno oggi non molto frequente nel diritto processuale che si appoggia quasi sempre a precise disposizioni formali.

A rimediare al disordine ed alla eterogeneità che regna nella coesistenza di molteplici testi di legge sulla Cassazione, si è proposto in Francia, ma non ancora si è attuato, il coordinamento di essi e la inclusione del testo coordinato nel Codice di procedura (137). Ma la necessità di mettere in armonia le norme scritte colla nuova natura pratica dell'istituto non è stata neppure avvertita dalla generalità della dottrina, la quale, ingannata dalla apparente continuità dell'istituto stesso, sègùita a credere che la Cassazione di oggi sia ancora quella del 1790 e nel determinare i limiti delle sue attribuzioni applica quindi talvolta (come quando è restia ad ammettere la cassazione per violazione del diritto consuetudinario) criterî che potevano essere adatti solo a quell'organo di controllo costituzionale che oggi non esiste più; di conseguenza dal 1837 nessuna proposta parlamentare di riforma e solo isolate voci dottrinarie (138) hanno rimesso in discussione la Cassazione nelle sue basi, mentre le critiche della dottrina e le proposte di legge si sono limitate

---

(137) Così propose la commissione di riforma del 1888 (Sedute del 23 nov. 1888 e giorni segg.). Cfr. GARSONNET, *Traité*, VI, § 2385, nota 3.

(138) Una critica recente dell'istituto della Cassazione anche nei suoi principî fondamentali è quella fatta da R. DE LA GRASSERIE, *Cassation*. Questo scritto, spesso disordinato e confuso e non sempre ponderato, contiene peraltro idee notevoli sull'argomento, le quali dimostrano che anche in Francia si sente il dissidio tra quello che la Cassazione è in realtà e quello che le sue norme vogliono farla parere; in esso si propone: l'abolizione del rinvio, e l'immediata applicazione del diritto al fatto per parte della Corte di cassazione, o, se non si vuol giungere a tanto, l'obbligatorietà della decisione della Cassazione per il giudice di rinvio anche in caso di primo rinvio; l'abolizione della cassazione *dans l'interêt de la loi;* la abolizione della *Chambre des requêtes;* un nuovo sistema di reclutamento dei membri della Cassazione che permetta di fare di questo consesso « la condensation exacte de la science juridique » (ivi, pag. 127). Questo per quanto attiene alle riforme relative al miglior funzionamento della Cassazione sulle basi che già possiede: le altre proposte, spesso paradossali, di allargare le funzioni della Cassazione, attribuendole l'interpretazione autentica in astratto, il controllo sulla costituzione delle leggi, ed altre funzioni non giudiziarie, trasformerebbero sostanzialmente la Cassazione in un istituto assolutamente diverso da quello ch'io studio.

a chiedere la modificazione o la soppressione della *Chambre des requêtes* (139).

Scrittori stranieri, e per questo imparziali, hanno avuto per la Cassazione francese parole di viva ammirazione: e nelle legislazioni processuali di molti Stati europei essa ha esercitato un influsso profondo, anche se non sempre confessato da chi se ne giovava; e tuttora si guarda al suo ordinamento come a un modello di sollecitudine. Ma questo meglio apparirà nelle pagine seguenti, dove, dopo aver visto come la Cassazione nacque in Francia, studieremo quale fu la sua fortuna fuori di Francia.

---

(139) Alla *Chambre des requêtes* viene rimproverato di creare una inutile duplicazione di procedimento e sopratutto di esaminare il *fond* del ricorso come dovrebbe fare soltanto la *Chambre civile*, creando così spesso una disformità di giurisprudenza tra le due *Chambres*. Si è proposto di tornare al *bureau* del Decr. 1790 che non aveva esistenza di sezione autonoma (ODILON-BARROT, *De l'org. judic. en France* in « Comptes rendus de l'Ac. de sciences morales et pol. », 1871, pag. 27 e segg.; VARAMBON, *Proposition de loi*, 27 genn. 1880, 2ª Legisl., N. 2243) o addirittura di abolire la *Ch. des req.* (GOBLET, *Propos. de loi*, stessa data, N. 2242). Ma certo la *Ch. des req.* ha utilità per alleggerire la *Chambre civ.* dei ricorsi infondati e per rendere possibile la Cassazione unica. Cfr. GARSONNET, *Traité*, I, § 97; GLASSON, *Précis*, II, 1097; FAYE, *Cassation*, n. 22; LA GRASSERIE, 37. Notizie più ampie in REVERCHON, *La Ch. des req. de la Cour de cass.*, in *Rev. prat. de droit franç.*, XI, 305; HOUYVET, *La Ch. des req. et la Cour de cass.* (Paris, 1906).

CAPO SESTO

IL PERFEZIONAMENTO DELLA CASSAZIONE FRANCESE NELLA LEGISLAZIONE GERMANICA

LETTERATURA.

ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Justizreform* (Berlin, 1908); BÄHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Civilprozess* (Jena, 1871), cit.; *Die Einheit der obersten Gerichtshof in Preussen* (« Preuss. Jahrbücher », Bd. XXII, 1868, 621); BAR, *Das deutsche Reichsgericht* (in HOLTZENDORFF'S u. ONCKEN'S « Zeit- u. Streitfragen », vol. LX, 1875); ID., *Zur Reform des Zivilprozesses* (in « D. J. Z. », 1912, pag. 9); BAYER, *Entscheidungsgrundlagen im deutschen u. österr. Z. P.* (Graz, 1911); BIERLING, *Brauchen wir einen Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung?* (« Arch. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie », VI, 158); BOLZE, *Ueber die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter in Civilprocess* (« Z. », 1890, 415); *Zur Reform des Rechtsmittels der Revision* (« C. A. », LXXXIV, 358); BOYENS, *Grenze zwischen That- und Rechtsfrage* (« *Sächs.* A. », 1904, 154 segg.); BREUNING, *Ueber die Kassationsinstanz*, cit.; BÜLOW, *Das Geständnissrecht* (1899, pag. 107); CHESNE (DU), *Gesetzesverletzung durch Auslegung* (« Z. », XXXVII, 37); CRELINGER, *Die Verordnung über die Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde vom* 14 *dez.* 1833 (*Breslau*, 1834); DANZ, *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* (3ª ed., Jena, 1911); DEGENER [sull'ord. giud. del Braunschweig 21 agosto 1849] in *Zeits. für Rechtspflege in Br.*, 1857, 87; DÜRINGER, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts* (« D. I. Z. », XV, 329); ECCIUS, *Die Revisionsinstanz und das Landrecht nach der Verordnung vom* 28 *sept.* 1879 (*Beitr. zur Erläut. des deuts. Rechts* di GRUCHOT, XXIV, 23); ENDEMANN, *Bemerkungen über das Verfahren der Rechtsmittel u. Executionsinstanz nach dem preuss. Entwurf einer CPO* (in « C. A. », XLIX, 319); ERYTHROPEL, *Zur Lehre von der Revision* (« Z. », III, 104); FAYANS, *Noch ein Vorschlag zur Entlastung des Reichsgerichts* (« D. I. Z. », 1910, 230); FELS, *Revision und Sonderrecht* (1884); FEUERBACH, *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mundlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (Giessen, 1825); FISCHER, *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, I (München, 1912); II (München, 1913) [cfr. COSTA, *La pretesa nullità di una sentenza per l'asserita impossibilità dell'oggetto*, « Riv. dir. comm. », XIV, 4ª]; *Revision und Revisionssumme* (Berlin, 1905); *Die Reform des Rechtsmittel der Revision im Cpr.* (JHERING'S *Jahrbücher für die Dogmatik des bürg. Rechts*, XXXVIII); *Die Entlastung des Reichsgerichts und die Verbesserung der Revision in Zivilsachen* (in « J. W. », 1904, 307); FITTING, *Reichs Civilprocess*, 13. Aufl. (Berlin, 1907); FLECHTEIN, *Was ist Difformität?* (« D. I. Z. », 1910, 514); FÖRSTER-ECCIUS, *Preussisches Privatrecht* (7ª ed.), 1° vol. (Berlin, 1896); FRIEDEREICH, *Der französische Cassationshof* (Aschaffenburg, 1852); FULD, *Das*

deuts. Reichsgericht, cit.; GERAU, *Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation*, cit.; GOLDERING, *Das bürg. G. B. und die Rechtseinheit* (« D. I. Z. », II, 483); GOTRIAN [sull'ord. giud. del Braunschweig] in *Zeits. für Rechtspflege in Brauns.*, 1856, 49; HAFEMANN, *Die Rechtsmittel der Revision und Nichtigkeitsbeschwerde* (Berlin, 1836); HAGENS, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Mittel der Abhülfe* (« D. I. Z. », 1903, 181); *Das Rechtsmittel der Revision in Civilsachen* (« D. I. Z. », 1903, 277); *Die Entlastung der Reichsgerichts* (« D. I. Z. », 1909, 1105); HAHN, *Die gesammten Materialien einer C.P.O.* (2ª Aufl., Berlin, 1881); HAMM, *Risposta* al quesito: « *Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?* » (« Verhandlungen » del 29° Congresso giuridico, vol. III, pag. 39); *Die Ueberburdung der Civilsenate des Reichsgerichts und die Erhöhung der Revisionssumme* (« D. I. Z. », II, 455); HARRASOWSKY, *Die Rechtsmittel im Civilprocesse* (Wien, 1879); HARTMANN, *Zur Entlastung des Reichsgerichts* (« D. I. Z. », 1909, 1407; 1910, 279); HEFFTER, *Civilprocess oder das gericht. Verfahr. für die Preuss. Staaten* (Berlin, 1856); HEINZE, *Das Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts* (« D. I.Z. », 1910, 615); HELLWIG, *System des deutschen Zivilprozessrechts*, I Teil (Leipzig, 1912), §§ 237-241; ID., *Die Notlage des Reichsgerichts* (in « J. W. », 1910, 308); ID., *Reichsgericht und preuss oberste Landesgericht* (« D. I. Z. », 1910, 47); HENRICI, *Das deutsche Reichsgericht* (« Jhering's J. », XXIV, 1); HOFFMANN, *Kleine Mittel* (« D.I.Z. », 1909, 230); HÖFFNER, *Beitrag zur Geschichte der Legislation über den Civilprocess* (« C. A. », XXXIII, 376); HOLZSCHUHER, *Der Rechtsweg*, cit.; KISCH, *Beiträge zur Urteilslehre* (Leipzig, 1903); KLEINFELLER, *Lehrbuch des deuts. Zivilprozessrechts* (2ª edizione, Berlin, 1910); KOHLER, *Zivilprozessrecht* (in HOTZENDORF'S *Enzycl.*, 1913); *Prozess und Nichtprozess*, cit.; *Ueber notorische Thatsachen* (in *Gesammelte Beiträge zum Civilprocess*, Berlin, 1894, VI, 68); KRAEWEL, *Die Autorität des deuts. Reichsgerichts* (« Z. », I, 173); KRIES, *Die Rechtsmittel des civ. P. und st. P.* (Breslau, 1880); JAEGER, *Das oberste Landesgericht* (« D. I. Z. », 1910, 47); JONAS, *Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts*, cit.; LAUK, *Die Ergebnisse der Ständesversammlung des Königr. Bayern im J.* 1837 (« C. A. », XXII, 296); LEUE, *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung fur Deutschland*, cit.; LÖWEMBERG, *Die Verord. vom* 14 *Dec.* 1833 *über Revision und Nichtigkeitsbeschwerde* (Berlin, 1837); MITTERMAIER, *Der gem. deutsche bürgerliche Prozess*, cit.; [Scritti di legislazione comparata] in « C. A. », XL, 103; XLI, 71, 228; XLIX, 286; 331; L. 94 ecc.; MÜGEL [Proposte di riforma alla revisione] in « D. I. Z. », 1906, 1113; MÜLLER, *Der Begründungszwang in dem Rechtsmittel der Revision nach der neuen Zivilprozessnovelle* (« D. I. Z. », 1905, 719); NEUKAMP, *Das Rechtsmittel der Revision im Zivil- u. Strafprozess* (*Festschrift für Wach*, Leipzig, 1913, 155); NEUMANN [Proposte di riforma alla revisione], in « D. I. Z. », 1897, 484; NIEDNER, *Zur Frage einer durchgreifender Justizreform* (Hannover, 1907;) OPPLER, *Zur Anwendung des Reichsgerichtszuständigkeitsgesetzes 22 mai 1910* (« D. I. Z. », 1910, 726); PARAQUIN, *Die franz. Gesetzgebung* (München, 1861); PETERS, *Das englische bürg. Streitverfahren und die deuts. Zivilprozessreform* (Berlin, 1908); PETERSEN, *Die C. P. O. für das deut. Reich* (5ª ed., 1906); *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte und das Revisionsgericht* (« D. I. Z. », 1899, 281); *Die Verminderung der Revisionen* (« D. I. Z. », 1898); *Nochmals die Erhöhung der Revisionssumme* (« D. I. Z. », III, 7); PFIZER, *Thatbestand und Berufung* (Jena, 1872); PLANCK, *Lehrbuch des deut. Civilprozessrechts* (I, Nördlingen, 1887; II, München 1891-1896); PUTZLER, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge* (Leipzig, 1910); REULING, *Revisible und nichtsrevisible Rechtsnormen* (Berlin, 1880); ROCHOLL, *Die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen* (« Z », X, 285); RYCK, *Der Irrtum im Rechtsgeschäft* (*Festgabe für* BE-

SELER, 126 e sgg.); SALINGER, *Die Aenderung des Rechtsmittels der Revision die dringlichste Frage des deuts. Zivilpr.* (Berlin, 1909); SCHEELE, *Ueber das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen nach der Zivilprozessnovelle* (« J. W. », 1905, 353); SCHERER, *Das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen gemass der Z. P. O.* (Jena, 1913); SCHIFFER [Sulla proposta parlamentare di riforma BASSERMANN-SCHIFFER] in « J. W. », 1914, 12; SCHLINK, *Kommentar über die franz. C. P. O.* (Coblenz, 1843); SCHMIDT (O.), *Fragen der Justizreform in Zivilsachen* (Paderborn, 1907); SCHMIDT (R.), *Lehrbuch des deuts. - Zivilpr.*, cit.; *Das Reichsgerichts und die deutsche Rechtswissenschaft*, cit.; SCHULTZENSTEIN, *Ueber die Einheit der Rechtsprechung* (« Z. », XVIII, 88); *Revision und festgestellte Tatsachen* (« Z », XXXVII, 244); SCHULTZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts* (*Handbuch der Politik*, Berlin, 1912, I, 336); *Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht* (Berlin, 1910); *Ein Vorschlag zur Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision* (*Festschrift fur* WACH, I, 385); SCHWARTZ, *Die Novelle vom* 17-20 *Mai* 1898 *und die künftige Civilprozessreform* (Berlin, 1902); SEUFFERT, *Der Entwurf eines Gesetzes betreffend Aenderungen der ZPO* (« Z. », XXXIII, 435); SILBERSCHMIDT, *Die deutsche Rechtseinheit* (Berlin u. Leipzig, 1911); SONNENSCHMIDT, *Was ist von den Rechtsmitteln der Revision und der Oberrevision in dem Entwurfe einer deuts. C. P. O. von* 1872 *zu halten?* (1874); *Ueber das Rechtsmittel der Revision nach der C. P. O.* (« Z. », 1880, 466); STAHL, *Revision und Berufung* (« C. A. », LVI, 157); [sullo stesso argomento] in GOLTDAMMER'S « Archiv », 1876, 169; *Zur Lehre von der Revision* (« C. A. », LXVII, 94); STEIN, *Das private Wissen des Richters*, cit.; *Zur Justizreform* (Tübingen, 1907); [Sul progetto BASSERMANN-SCHIFFER], in « Leipzig. Zeits. », 1914, 314; STEINGLEIN, *Die Rechtseinheit in Deutschland* (1897); VIERHAUS, *Ueber die Bedeutung des Urtheils der Revisionsgerichts für die weitere Entscheidung der Sache im Falle der Zurückverweisung derselben an das Berufungsgericht* (in « Z. », VI, 217); WACH, *Handbuch des deuts. - Civilprocessrechts* (Leipzig, 1885), I; *Vorträge über die Reichscivilprocessordnung* (2ª ediz., Bonn, 1896); *Der Entwurf einer deuts. CPO*, III (« Krit. Vierteljahr. », XV, 88); *Urtheilsnichtigkeit* (« Rhein. Z. », III, 373); *Nochmals die Urtheilsnichtigkeit* (« ib. », V, 509); *Nachlese zur Urtheilsnichtigkeit* (« ib. », VI, 237); *That- und Rechtsfrage bei Revision im Civilprocess* (in « J. W. », 1881); *Die Entlastung des Reichsgerichts* (« Rhein. Z. », III, 287); *Die Mündlichkeit in österr. C. P. Entwurf* (Wien, 1895); *Die Zuständigkeit des Reichsgerichts* (in « D. I. Z. », 1898, 6); *Die Erhöhung der Revisionssumme* (« D. I. Z. », 1904, 1149); *Grundfragen und Reform des Zivilproz.* (Berlin, 1914); WALDECK, *Die Nichtigkeitsbeschwerde*, cit.; WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung* (in *Festschrift für* WACH, I, 409); WEISMANN, *Lehrbuch des deuts. Civilprozessrechts*, I (Stuttgart, 1903); *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtssprechung*, cit.; WILDHAGEN, *Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?* (« D. I. Z. », 1908, 924); *Das bürg. Rechtsstreit* (Berlin, 1912); WITTMAAK [Sulla revisibilità di una norma di dir. straniero] (in « Int. Recht », 1910), pag. 535; ZEILER, *Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung* (München, 1911); ZELTER, *Weitere Mittel zur Entlastung des Reichsgerichts* (« D. I. Z. », 1910, 48); ZERENER, *Ueber den Entwurf einer bürg. P. O. für das Königreich Sachsen* (in « C. A. », XLVII, 244); ZINK, *Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im franz. Civilpr.*, citato.

Capitolo XXIV

L'INFLUSSO DELLA CASSAZIONE FRANCESE SULLE LEGISLAZIONI PARTICOLARI DEGLI STATI GERMANICI

Sommario: 203. Terza istanza e Cassazione. — 204. Misure di nomofilachia nella *A. G. O.* di Prussia del 1793. — 205. Come la Cassazione francese fu conosciuta in Germania: *a*) Esperienza pratica nelle Provincie renane. — 206. *b*) La Cassazione nella dottrina tedesca. — 207. Per quali ragioni la Cassazione fu imitata nelle legislazioni germaniche. — 208. Rassegna delle legislazioni germaniche più caratteristiche. — 209. La querela di nullità della L. 14 dicembre 1833 in Prussia. — 210. Conclusioni.

203. — Al sistema dell'ordinamento giudiziario francese, basato sul principio del doppio grado e integrato da una *Cour de cassation* funzionante per un interesse pubblico ben distinto da quello della giustizia, gli Stati germanici, alla fine del secolo XVIII o all'inizio del XIX, contrappongono un tipo di ordinamento giudiziario che, a parte i divarii di dettaglio passanti tra le diverse legislazioni, fa capo sempre al principio fondamentale della Terza istanza (retro, n. 95). Al disopra dei molteplici tribunali che giudicano in primo grado e di quelli che giudicano in sede di appello, esiste in ogni Stato un tribunale, quasi sempre unico, che rivede, in ultima istanza, le controversie già passate attraverso i primi due gradi della gerarchia giudiziaria; e come, per passare dal primo al secondo grado, il diritto processuale tedesco conosce il comune rimedio dell'*Appelation,* in modo analogo conosce, per passare allo stadio ulteriore del processo dinanzi al tribunale supremo, un estremo mezzo di gravame, che vien detto nelle diverse legislazioni *Oberappelation* o *Revision.* Questa ultima denominazione dimostra chiaramente la natura di questo gravame ed il suo scopo, il quale è sempre quello di provocare in terza istanza una *revisio in facto et in iure* della sentenza d'appello (retro, n. 70), senza riaprir l'istruttoria; se negli Stati germanici non tutte le legislazioni son concordi nel determinar la natura del primo appello, il quale in alcuni paesi provoca la riapertura dello stadio di trattazione mentre in altri riapre soltanto lo stadio di decisione (retro, n. 69),

tutte le leggi processuali si accordano nello stabilire che, nella ipotesi di un secondo appello, ossia *Revision*, si riapre in ogni caso soltanto lo stadio di decisione, in modo che il tribunale supremo deve limitarsi a tener conto del materiale istruttorio raccolto nei gradi inferiori e, in base a questo, a giudicare se nei precedenti giudizi fu bene o mal giudicato (retro, n. 95) (1).

A chi facesse un confronto limitato alle sole forme esteriori, la differenza che passa tra il sistema francese e questo sistema germanico, a parte le proporzioni e la sostanza profondamente diverse, non sembrerebbe tanto grande: qua e là, schematicamente, si hanno infatti due ordini di tribunali inferiori, qua e là si ha, al disopra di questi due ordini, un consesso supremo, al quale la controversia può pervenire soltanto quando sia già passata attraverso i due gradi inferiori. Diverso, si sa, è nei due sistemi il mezzo col quale dal secondo grado si può passare al tribunale supremo: ma il *pourvoi en cassation* del diritto francese non è in fondo, quando se ne consideri solamente il lato processuale estrinseco, un istituto assolutamente sconosciuto alle legislazioni degli Stati germanici, le quali conoscevano, per eredità del diritto comune, la querela di nullità, e la consideravano come un mezzo di impugnativa, sussidiario all'appello e alla *Revision*, destinato a far valere particolari vizî della sentenza. Sembrerebbe dunque, in base a questi raffronti alquanto semplicistici, che il passaggio dal sistema germanico della Terza istanza al sistema francese della Cassazione potesse esser perfetto colla semplice trasposizione di un elemento: col mettere cioé al posto della *Revision* la querela di nullità, e collo stabilire che questa fosse il mezzo di impugnativa riservato contro le sentenze di secondo grado per provocare la decisione del tribunale supremo.

Quanto ho detto finora non manca di importanza pratica: poiché quando vorremo ricercare nelle legislazioni processuali germaniche del secolo XIX quale fu l'influsso esercitato su di esse dall'esempio della Cassazione francese, bisognerà soprattutto tener di mira il modo con cui esse regolano i rapporti tra la seconda e la terza istanza, e costruiscono il mezzo d'impugnativa ch'esse mettono a disposizione delle parti per accedere al giudizio del tribunale supremo: sulla determinazione di questi rapporti e sulla costruzione di questo mezzo dovrà infatti farsi sentire, nelle legislazioni particolari degli Stati germanici, l'efficacia dell'istituto francese.

---

(1) Cfr. per maggiori particolari, HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, cap. VIII.

204. — Prima di seguire gli effetti che sulle legislazioni germaniche ebbe l'esempio della Cassazione francese, debbo notare che in Prussia, negli stessi anni in cui la Rivoluzione francese, dal timore delle invasioni del potere giudiziario nel potere legislativo, traeva quel *Tribunal de cassation* che doveva avere così fortunato svolgimento, venivano stabilite misure processuali destinate anch'esse a mantenere la retta osservanza delle leggi da parte dei giudici e a vietare a questi la facoltà di interpretarle.

L'ordinamento generale giudiziario (*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preuss-Staaten*) del 6 luglio 1793, muovendo da un punto di vista non dissimile da quello che aveva inspirato i legislatori francesi, sottraeva ai giudici non solo l'interpretazione autentica, ma anche quella giurisprudenziale (2), poiché stabiliva, in armonia col Codice di diritto sostanziale (3), che i giudici, ogni qualvolta nell'applicare una legge al caso concreto si trovassero dubbiosi sul significato di essa, dovessero ricorrere per schiarimento al legislatore, impersonato da una apposita commissione legislativa (*Gesetzgebungskommission*) permanentemente adibita a questo ufficio (4), e decidere poi in base alla interpretazione da essa rilasciata. In corrispondenza a questa istituzione vi era poi, nel sistema dei mezzi di impugnativa, una norma la quale mirava a reprimere la violazione di legge commessa dai giudici; allorquando una sentenza, esauriti i mezzi ordinarî di impugnativa (appello: Tit. XIV; *Revision*: Tit. XV), era passata in giudicato (Tit. XVI, § 1), poteva tuttavia essere attaccata con una azione di nullità, la quale durava per tutto il termine della ordinaria prescrizione (Tit. XVI, § 10) e doveva essere proposta di regola dinanzi al giudice *a quo* (Tit. XVI, § 3) (5): tale azione di nullità (*Nichtigkeitsklage*), che tipicamente serviva a far valere le più gravi mancanze del rapporto

(2) Cfr. Förster-Eccius, *Preussisches Privatrecht* (7ª Ed.), I Bd. (Berlin, 1896), § 12, pag. 71; Geny, *Méthode*, cit., pag. 70.

(3) *Allgemeine Landrecht* del 20 marzo 1791, *Einleitung*, §§ 46-48. Cfr. Förster-Eccius, § 8, pag. 27.

(4) *A. G. O.* Tit. X, § 52; Tit. XIII, § 32; Tit. XIV, § 65. Quest'ultimo stabiliva che « quando si viene a discutere sul significato di una legge veramente esistente e che sembri applicabile al caso presente, e questo significato, secondo la maggioranza dei voti nel collegio, è ritenuto oscuro e dubbio, dev'essere su ciò interrogata la commissione legislativa ». Cfr. anche *A. L. R.*, *Einleitung*, §§ 50-54. Su questa *Gesetz. Komm.* cfr. Linde, *Rechtsmittel*, II, 647; Holzschuher, *Rechtsweg*, pag. 121-122 (cfr. vol. II, cap. III).

(5) Contro la sentenza non ancora passata in giudicato la nullità si faceva valere per via di gravame, per mezzo dei rimedi ordinari (Tit. XVI, § 11). Si noti poi, che, per speciali motivi di equità, poteva essere esperimentata anche un'azione in restituzione (Tit. XVI, §§ 12-29).

processuale, poteva in un caso essere esperimentata anche per *error in iudicando,* poiché il § 2 del Tit. XVI disponeva: « Quando in prima o in seconda istanza è stato deciso contro una legge chiara contenuta nell'*Allgemeine Landrecht* o nei Codici particolari delle provincie, e i rimedî di diritto ordinarî non sono più ammessi contro una tale decisione, essa allora può essere impugnata come nulla. Non basta però per la dichiarazione di nullità che si affermi solamente che si è pronunciato contro l'analogia della legge, o che la decisione è derivata da una legge non adatta al caso presente, o che la legge non è stata esattamente interpretata o non esattamente applicata al caso » (6). Questa norma, la quale, in sé considerata, non fa che ripetere gli insegnamenti del diritto comune sulla *querela nullitatis* per errore *contra ius in thesi* (cfr. oltre, n. 209), acquista peraltro uno speciale significato quando vien posta in relazione coll'istituto della *Gesetzgebungskommission* accolto dallo stesso ordinamento prussiano: essa dimostra infatti in questa legislazione una spiccata preoccupazione di nomofilachia politica, che si manifesta con carattere preventivo nel divieto di interpretazione fatto ai giudici, con carattere repressivo nella nullità delle sentenze contenenti una violazione di legge chiara, In verità, queste norme accolte in Prussia sul finire del secolo XVIII, sembrano avere una grande affinità colle norme della costituzione francese, le quali, anch'esse, vietavano ai giudici ogni sorta di interpretazione, e permettavano una speciale impugnativa della sentenza per *contravention expresse au texte de la loi.*

Ma in realtà questi istituti del diritto prussiano avevano, in paragone a quelli del diritto francese, esigua vitalità e scarsa possibilità di evoluzione: la Commissione legislativa, esempio tipico di *Kabinetsjustiz* (7), doveva essere abolita da un'ordinanza dell'8 marzo 1798 (8), precorrendo di pochi anni la sorte del *référé facultatif* francese (9): e la *Nichtigkeitsklage,* che, non essendo accentrata, come il *pourvoi en cassation,* in un unico organo giudiziario, non poteva aspirare a diventare strumento di unificazione della giurisprudenza, doveva anch'essa, entro pochi decenni, cedere il campo a un istituto direttamente foggiato sul modello francese (oltre, n. 209).

---

(6) Cfr. un accenno in HARRASOWSKY, *Rechtsmittel,* 391.

(7) Cfr. MEYER, l. cit.; cfr. anche HOLZSCHUHER, *Rechtweg,* 121-122.

(8) FÖRSTER-ECCIUS, § 12, pag. 71.

(9) Cfr. retro, n. 179.

205. — L'istituto francese della Cassazione fu conosciuto nei paesi germanici attraverso due vie: da una parte, per mezzo dell'applicazione pratica che l'istituto ebbe nelle Provincie Renane: dall'altra, per mezzo della dottrina che studiò e discusse ampiamente tutte le più caratteristiche istituzioni processuali del diritto francese.

a) Quando, nel 1814, le terre Renane dalla Francia passarono alla Prussia, vigeva in esse l'ordinamento giudiziario francese e quindi il sistema della Cassazione. Tale sistema fu conservato: ma mentre, sotto la Francia, queste terre dipendevano tutte dall'unica Corte di cassazione di Parigi, i diversi *Generalgouvernement* che assunsero, in conseguenza della conquista militare, il governo delle terre conquistate, istituirono quattro diverse Corti di cassazione, ognuna posta a capo di una circoscrizione giudiziaria relativamente esigua (10): in seguito però, con *Kabinetsordre* del 21 giugno 1819, le quattro Corti di cassazione furono riunite in una unica Corte di Revisione e di Cassazione per la Provincia Renana (*Revisions-und Kassationshof für die Rheinprovinz*) residente in Berlino (11), la quale ebbe esistenza autonoma fino a quando, per legge del 17 maggio 1852, diventò una sezione dell'unico *Obertribunal* di Berlino (12). Quando nel 1814 furono istituite in un territorio così ristretto quattro Corti di cassazione, ognuna delle quali aveva sotto di sé uno solo o al massimo due tribunali di appello, si dovette necessariamente abolire molte delle regole caratteristiche della Cassazione francese, le quali erano compatibili solamente con un ordinamento giudiziario esteso come quello della Francia (13): si abolì il procedimento introduttivo dinanzi la *Chambre des requêtes* (14), e si stabilì che il rinvio della causa dalla Corte di cassazione al giudice inferiore doveva avvenire soltanto per violazione di forma, poiché se la cassazione avveniva per violazione di legge *in materialibus*, la stessa Corte di cassazione

---

(10) Le quattro Corti di cassazione furono a: Düsseldorf, Lüttlich, Coblenz, Trier. Cfr. SCHLINK, *Kommentar über die franz. C. P. O.*, I. Bd., V. Abschn., § 170, pag. 328.

(11) SCHLINK, l. cit.

(12) HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 374, nota 14.

(13) BREUNING, *Kassationsinstanz*, III Absch., pag. 38 e segg.: « Besondere Betrachtungen über die jetzige Natur der Rechtsmittels der Cassation in den Rheinlanden ».

(14) Ordinanza del *niederrheinischen Generalgouvernement*, 28 aprile, art. 6; id. del *mittelrheinischen Generalgouv.*, 6 maggio 1814, art. 8; id. del *nieder-und mittelrh. G. G.*, 20 luglio 1814, *passim*. Cfr. appendice in BREUNING, *Kassationsinst.* pag. 110 e segg.

doveva procedere senz'altro alla nuova decisione in merito (15). Le stesse norme furono accolte dal *Kabinetsordre* unificatore del 21 giugno 1819 (16); e da un successivo *Kabinetsordre* dell'8 luglio 1834 fu stabilito che, in caso di rinvio, l'opinione della Corte di Revisione e Cassazione dovesse sempre fare stato per il nuovo giudice (17).

Per queste modificazioni, dettate da necessità pratiche, il ricorso in cassazione francese veniva ad essere trasformato in una *revisio in iure*, cioé in un secondo appello limitato alla questione di diritto, al quale era del tutto estraneo quello scopo politico di nomofilachia che aveva dato origine all'istituto (18).

206. — *b*) Ma più che dall'esperimento pratico attuato in terra soggetta allla Prussia, l'istituto della Cassazione fu volgarizzato in Germania dalla dottrina, la quale fino dai primi decenni del secolo XIX si adoprò alacremente ad illustrare il processo civile francese e i nuovi principii che la Rivoluzione aveva posti a base di esso. In quell'intenso lavoro di rinnovamento che la scienza tedesca compié anche nel campo giudiziario, sia per la riforma delle leggi processuali proprie dei singoli Stati germanici, sia per la creazione di un processo unitario comune a tutto l'Impero, gli istituti più caratteristici del processo e dell'ordinamento giudiziario francese furono spesso sfruttati come modelli delle riforme, e sempre studiati col fine utilitario di trarre da essi insegnamento ed esempio: fra questi istituti fu la Cassazione, della quale i processualisti tedeschi analizzarono nei minimi particolari l'ordinamento positivo e le intrinseche finalità, discutendo la possibilità e la utilità di trapiantarla nelle nuove leggi giudiziarie germaniche. Da quando, nel 1820, il BREUNING, in un opuscolo anonimo, riassumeva la storia della Cassazione francese sotto l'*ancien régime* e sotto la Rivoluzione, e studiava la sua trasformazione nelle Provincie Renane (19), a quando, nel 1870, il JONAS

---

(15) Ord. 28 aprile 1814, art. 4; 6 maggio 1814, art. 5; 20 luglio 1814, art. 1-3 (che riassumono e integrano i precedenti).

(16) §§ 5 e 8: in SCHLINK, *Komm.*, I, pag. 330.

(17) In SCHLINK, *Komm.*, I, pag. 330. Sullo stesso principio accolto da leggi successive, cfr. SONNENSCHMIDT, *Ueber des Rechtsmittel der Revision nach der C. P. O. für das deuts. R. von* 30 J. 1877, in « Z. », 1880, pag. 466.

(18) BREUNING, *Kassationsinst.*, pag. 38 e segg.; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 374.

(19) *Ueber die Kassationsinstanz und das Rechtsmittel der Kassation in der Gesetzgebung der Rheinlande* (Koblenz, 1820), cit.

considerava la Corte di cassazione come uno degli istituti francesi più degni di essere studiati (20), la Cassazione fu uno degli argomenti più trattati dagli autori tedeschi, e sulla opportunità di accoglierla anche negli ordinamenti germanici si svolsero nella dottrina vivaci dibattiti. L'origine politica della *Cour de cassation*, i suoi legami col *Conseil des parties* del periodo regio, la sua originaria estraneità all'ordinamento giudiziario erano acutamente indagati ed esattamente colti dal LINDE (21), dal GERAU (22), dallo SCHLINK (23), dal PARAQUIN (24), dallo ZINK (25), i quali peraltro, giudicando l'istituto più dalle immutate norme scritte che dal suo funzionamento pratico, vedevano soltanto la sua forma originaria, senz'accorgersi della radicale trasformazione da esso compiuta negli anni successivi alla sua creazione.

La conoscenza della Cassazione francese appare molte volte accompagnata negli scrittori tedeschi da profonda ammirazione per questo istituto, che non trovava niente di analogo nell'ordinamento giudiziario germanico: lo HOLZSCHUHER crede che nessun altro istituto possa come la *Cour de cassation* rispettare il principio della separazione dei poteri e assicurare l'inviolabilità della norma giuridica, specialmente in virtù del ricorso nell'interesse della legge (26); lo SCHLINK, dopo avere ammirato la stabilità della *Cour de cassation* in mezzo alle tempeste politiche, l'autorità delle sue decisioni, il suo procedimento che le permette di vigilare unica sulla giurisprudenza di uno Stato grande come la Francia, scrive questa frase che, in un tedesco, è degna di nota: « Se paragoniamo il *Reichskammergericht* di trista memoria colla *Cour de cassation* di Parigi, noi tedeschi dobbiamo confessarci vinti! » (27); il PARAQUIN, che in molti punti copia alla lettera dallo SCHLINK, ripete le stesse lodi, ed esclama: « Felice il paese che si può

---

(20) *Studien aus dem Gebiete des französischen Civilrechts und Civilprozessrechts* (Berlin, 1870), pag. 285 e segg.

(21) *Rechtsmittel* cit., II, § 274 (Giessen, 1840).

(22) *Bemerkungen über das Rechtsmittel der Cassation des franz. Proz. und dessen Aufnahme in die deuts. Prozessgesetzgebung* (in « Zeits. für Civilrecht und Pr. », di LINDE, Nuova serie, vol. VI, pag. 41 e segg.).

(23) *Kommentar über die franz. C. P. O.*, I. Bd. (Koblenz, 1843), § 11 e segg., § 161 e segg.

(24) *Die franz. Gesetzgebung* (München, 1861), I, pag. 56 e segg.; III, pag. 74 e segg.

(25) *Ueber die Ermittlung des Sachverhaltes im franz. Civilprozesse*, I. Bd. (München, 1880), pag. 378 e segg.

(26) *Die Rechtsweg* (Nürnberg, 1831), pag. 481 e segg.

(27) Op. cit., pag. 303.

vantare di un istituto così egregio! » (28); il LEUE crede che nello stato costituzionale la Cassazione sia un complemento indispensabile del potere legislativo (29); e lodi in ugual misura tributa alla Cassazione lo ZINK (30).

Di fronte a queste così accentuate espressioni di ammirazione, scarsi sono i biasimi; che assumono carattere di asprezza solo nel FRIEDEREICH (31), il quale, forse con poca cognizione di causa, considera la Cassazione come una sopravvivenza antiquata del periodo regio e accusa la *Cour de cassation* di trascurare l'interesse delle parti per una specie di feticismo e di adorazione cortigianesca della inviolabilità della legge (32) e di essere una specie di succursale del potere legislativo.

Ma se quasi tutti gli scrittori tedeschi erano concordi, salve rare eccezioni, nel lodare la Cassazione com'essa funzionava in Francia, non tutti si dimostravano favorevoli ad introdurla in Germania, ove era ormai tradizionale il sistema della Terza istanza. Favorevoli a tale introduzione si dichiaravano lo SCHLINK (33), lo ZINK (34), il LEUE (35), il WALDECK (36). Ma in contrario senso non mancavano pareri autorevoli: già il FEUERBACH, nel 1825 (37), asseriva che i Francesi avrebbero molto guadagnato cambiando la loro Cassazione colla Terza istanza del diritto germanico; ed anche scrittori posteriori, i quali apprezzavano le benemerenze della Cassazione nel diritto francese, negavano che essa fosse istituto atto ad essere trapiantato in Germania: così il LINDE (38), ed il GERAU (39), i quali opinavano che il sistema più confacente alla

---

(28) Op. cit., pag. 62.

(29) *Ideen zu einer Gerichts- und Prozessordnung für Deutschland* (Leipzig 1861), Cap. XIX.

(30) Op. cit., pag. 411.

(31) *Der fransözische Cassationshof* (Aschaffenburg, 1852), *passim*.

(32) Critica delle opinioni del FR. in ZINK, op. loc. cit.

(33) *Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege* (Giessen, 1825, II. Bd., pag. 94 e segg.). Il F. critica la cassazione francese specialmente per la complicazione del procedimento di rinvio (pag. 107-115): cfr. anche contro la *Ch. des req.*, ivi, 276 e segg.

(34) Op. cit., pag. 411.

(35) Op. cit., pag. 126.

(36) *Die Nichtigkeitsbeschwerde als alleiniges Rechtsmittel höchster Instanz* (Berlin, 1861). Su questo libro e su quello del LEUE, cfr. MITTERMAIER, Recensione in « C. A. » XLIV, pag. 298.

(37) Op. cit., pag. 303.

(38) Op. cit., II, § 275, pag. 649.

(39) Scritto cit. Le critiche che questo A. fa alla Cassazione francese sono notevoli e tutte inspirate a rimproverare all'istituto di non aver dato intero

tradizione tedesca fosse quello di un tribunale supremo di terza istanza, integrato coll'istituzione del ricorso nell'interesse della legge. Ma lo scrittore che maggiormente contribuì a volgarizzare nella dottrina tedesca la conoscenza della Cassazione francese, e che più volte, dopo aver discusso i pregi e i difetti dell'istituto, ne combatté l'applicazione in Germania, fu il MITTERMAIER, il quale esaminò costantemente il problema dal punto di vista della possibilità pratica di raggiungere l'uniformità della giurisprudenza; già nel 1832 egli (40) si dichiarava contrario alla introduzione della Cassazione in Germania, perché vi mancava per raggiungere l'uniforme interpretazione giurisprudenziale il presupposto necessario della legislazione unica: ma affermava che il sistema migliore per raggiungere tale uniformità sarabbe stato, quando mai, un tribunale supremo di terza istanza, al quale le parti potessero ricorrere per violazione di legge senza limiti di *summa gravaminis*, e coll'istituzione sussidiaria del ricorso nell'interesse della legge. Questa sua idea il MITTERMAIER seguitò a sostenere negli anni seguenti sull'*Archivio per la pratica civile*, ov'egli raccoglieva notizie di legislazione comparata sul funzionamento della Cassazione in Francia o nei paesi che avevano adottato l'istituto francese (41); e la confermò un'ultima volta nel 1861, quando, riesaminando la possibilità di ottenere in Germania l'unificazione della giurisprudenza, cercò di dimostrare che neppure in Francia la *Cour de cassation* era riuscita a raggiungere a pieno questo intento, e che tanto meno avrebbe potuto raggiungerlo nei paesi tedeschi, ove mancava ancora un codice unico di diritto sostanziale (42).

---

sviluppo a quello scopo politico che sta alla sua base. Per far ciò, secondo il G., la decisione della Cassazione dovrebbe avere forza di interpretazione autentica; il ricorso non dovrebbe essere lasciato all'arbitrio delle parti, nè limitato alle sole sentenze in *dernier ressort;* e i motivi di cassazione dovrebbero essere stabiliti coll'unico criterio di mantenere l'unità del diritto, escludendo cioè gli *errores in procedendo* (cfr. retro, n. 173 e segg.).

(40) *Der gemeine deuts. bürg. Prozess in Vergleichung mit dem preuss. und franz. Civilverfahren,* III. Beitrag (2ª Ed., Bonn, 1832), pag. 140 e segg.

(41) « C. A. », XL, pag. 103; XLI, pag. 71, 228, 229; XLIV, pag. 286; XLIX, pag. 331; L, pag. 94 e 95 (esame del sistema italiano). Per le critiche del M. ai progetti di riforme processuali delle legislazioni particolari germaniche, cfr. le note ai nn. seguenti.

(42) *Der gegenwärtige Stand der Leistungen der Gesetzgebung und Wissenschaft auf dem Gebiete des Civilprocesswesens, insbesondere der Stand der Erfahrungen über Errichtung eines obersten Gerichtshof für Deutschland* in « C. A. », XLIV (1861), 286 e segg.

207. — Il sistema della Cassazione francese, che in Germania fino dai primi decenni del 1800 fu conosciuto attraverso i due mezzi ora descritti della esperienza pratica e degli studî di legislazione comparata, poté apparire alle menti tedesche abituate al processo del diritto comune, come la combinazione di due istituti reciprocamente integrantisi, l'uno, il *recours en cassation*, appartenente al diritto processuale, l'altro, la *Cour de cassation*, appartenente all'ordinamento giudiziario: e questi due istituti, nell'analisi compiuta su criterî strettamente processuali, poterono essere dissociati ed isolati, e suscitare imitazioni puramente estrinseche nelle legislazioni particolari tedesche, il primo come una forma di querela di nullità, il secondo come una forma di tribunale supremo destinato a conoscere solamente delle querele di nullità.

Ma non soltanto per la sua esterna costruzione processuale il sistema francese della Cassazione fu studiato ed imitato in Germania: abbiamo visto al contrario che la dottrina tedesca, pur senza rendersi conto in modo chiaro della evoluzione compiuta in Francia dall'istituto, tuttavia ben comprese che esso aveva in sé uno scopo eminentemente politico diverso da quello proprio agli organi della giustizia, e non trascurò di prendere in considerazione la sua attitudine pratica a raggiungere l'uniforme interpretazione del diritto obiettivo. Si comprendeva in Germania, ove, fin dal 1849, si era consacrata in un testo l'aspirazione nazionale alla unificazione del diritto obiettivo sostanziale (43), che tale unificazione, una volta compiuta, sarebbe stata praticamente vana se non si fosse riusciti a farla rispettare nella giurisprudenza dei tribunali. Alla Cassazione francese, la quale, per la prova da essa data in patria, sembrava un mezzo idoneo a garantire l'uniformità della giurisprudenza, i giuristi tedeschi si svolgevano quindi con vivo interessamento, nella speranza di trovare in essa la risposta a quel bisogno di una uniforme interpretazione giurisprudenziale del diritto, che fin dal 1860 trovava espressione nei voti dei congressi giuridici (44), e che doveva dar luogo nel 1871, come primo passo, alla creazione di un supremo tribunale commerciale a Lipsia (45).

Così il sistema francese della Cassazione veniva considerato in Germania non solo dal punto di vista strettamente processuale, ma anche da quello, assai più importante, della sua efficacia sulla uniformità della giurisprudenza; e, in corrispondenza con questa

---

(43) *Reichsverfassung*, 28 marzo 1849, § 64: cfr. WACH, *Handbuch*, pag. 136.
(44) Cfr. MITTERMAIER, in « C. A. », XLIV, 286.
(45) *Bundesoberhandelsgericht*: cfr. WETZELL, *System*, 395 e segg.

duplicità del punto di vista dal quale l'istituto fu considerato, diversi furono gl'influssi ch'esso esercitò sulle varie legislazioni degli Stati germanici, alcune delle quali ne imitarono soltanto la struttura formale senza occuparsi dei suoi intenti intrinseci, mentre altre, che meglio compresero in che consisteva l'originalità dell'istituto, lo accolsero nella sua totalità o ne derivarono nuove norme miranti, pur con diversi mezzi, a raggiungere gli stessi suoi fini.

Le legislazioni processuali germaniche anteriori a quella unitaria dell'Impero, possono dunque, nelle loro relazioni colla Cassazione, essere divise in quattro gruppi:

a) quelle che non accolgono la Cassazione;

b) quelle che ne imitano in parte la costruzione formale, senza intenderne il significato politico;

c) quelle che, intendendone il significato politico, accolgono l'istituto nella sua totalità;

d) quelle che, intendendone il significato politico, accolgono l'istituto solo in parte, modificandolo con norme tratte dal processo del diritto comune.

208. — Non intendo analizzare ad una ad una tutte le legislazioni facenti parte di questi quattro gruppi; mi limiterò soltanto a dare per ogni gruppo qualche esempio nel quale tipicamente appariscano i caratteri presi a base della partizione.

a) Come esempio del primo gruppo può essere citato il Regolamento processuale civile di Baden, 18 marzo 1864 (46), il quale, nonostante che durante i lavori parlamentari si fosse affermata una forte corrente per la Cassazione (47) conservò poi il sistema germanico della Terza istanza, con un Tribunale supremo cui si ricorreva per mezzo di una *Oberappelation*, limitata da una *summa gravaminis* (§ 1182), al disotto della quale essa era ammissibile solo per vizî processuali, in funzione, quindi, di querela di nullità (48).

---

(46) Sul quale WACH, *Handbuch*, 141.

(47) HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 372-373, dà un sunto delle discussioni che si svolsero sull'argomento dinanzi alle Camere badesi. I sostenitori della Cassazione affermavano che la Terza istanza non si concilia col principio dell'oralità; ma gli oppositori facevano notare la difficoltà della distinzione, su cui si basa la Cassazione, tra questioni di diritto e questioni di fatto.

(48) KRAEVELL, pag. 173; HARRASOWSKY, l. cit. Il Regolamento processuale del gennaio 1831 (§§ 1175-1177) limitava l'*Appellation* e la *Oberappelation* ad una *summa*, ma anche al disotto di questa ammetteva il loro esperimento per deter-

b) Esempio tipico del secondo gruppo c'è il Regolamento processuale civile di Hannover, dell'8 nov. 1850 (49), il quale, contro le sentenze di secondo grado emanate dai Tribunali superiori (*Obergerichte*) pose al luogo della revisione la querela di nullità, esperimentabile soltanto per determinati *errores in procedendo* (§ 431) dinanzi una *Kassationshof* formata coi membri del Tribunale supremo (*Oberappelationsgericht*) (50). Si sostituiva così, sull'esempio francese, il principio del doppio grado a quello della terza istanza, e al disopra si istituiva un organo destinato a conoscere non il merito delle cause già decise in due stadî processuali, ma soltanto speciali motivi di nullità. Formalmente, adunque, questo sistema somigliava a quello della Cassazione francese; ma in realtà esso ne riproduceva soltanto la costruzione esteriore, poiché i motivi di nullità per quali potevasi ricorrere al supremo organo di Cassazione erano solo *errores in procedendo*, le cosidette nullità insanabili del diritto comune (51), che non avevano nessun riferimento allo scopo di unificare la giurisprudenza. Il carattere politico dell'istituto francese era dunque interamente trascurato: e si adottava la sua conformazione processuale soltanto perché essa permetteva quell'alleggerimento del Tribunale supremo da un soverchio numero di cause, che altre legislazioni cercavano di ottenere col condizionare la terza istanza alla esistenza di una *summa revisionis*, o alla inesistenza di una doppia conforme (52). E' poi notevole che il Co-

---

minati motivi (LINDE, II, 670). Sulla opportunità di introdurre la Cassazione si discusse nel Baden anche nel 1849 (cfr. MITTERMAIER in « C. A. », XXXII, pag. 264-267; XLV, pag. 229).

(49) WACH, *Handbuch*, 138.

(50) KRAEVELL, *Autorität*, pag. 171; HARRASOWSKY, 379; MITTERMAIER in « C. A. », XLI, pag. 72 e XLIV, pag. 302. Sul progetto di questo codice e del rispondente ordinamento giudiziario, cfr. MITTERMAIER, in « C. A. », XXXII, pag. 259.

(51) WACH, *Handbuch*, 140, in fine. Nel più antico diritto di Hannover la querela di nullità era ammessa anche per errore *in iudicando wider klares Recht* ossia *contra manifestissima iura* (LINDE, II, 592-593); ma col Regolamento processuale per i tribunali inferiori (*P. O. für die Untergerichte*), 5 ottobre 1827, la nullità fu ristretta ai soli vizi processuali (LINDE, *ib.*, 594). Così anche per la L. 23 aprile 1822 di Nassau, §§ 22 e 100 (LINDE, II, 614; MITTERMAIER in « C. A. », VI, pag. 20-24); *Gerichtsordnung* 15 maggio 1834 per Kiel, § 77 (MITTERMAIER, in « C. A. », XIX 451); L. 20 febbr. 1834 di Schwarzburg-Sonderhausen (MITTERMAIER in « C. A. » XVII, 290); L. 12 aprile 1859 per il principato di Lippe (MITTERMAIER in « C. A. », XLIII, 406).

(52) Cfr. su queste misure, LINDE, *Rechtsmittel*, I, § 78 e segg.; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 370 e segg.

dice di Hannover, pur trascurando il lato più significativo della Cassazione francese, ammetteva peraltro che la querela di nullità potesse essere esperimentata anche nell'interesse della legge, ossia d'ufficio (53).

c) Fra le legislazioni processuali degli Stati germanici, quella che più fedelmente si attenne al modello francese fu la bavarese; il Regolamento processuale civile per la Baviera del 1° febbraio 1869 accolse infatti nella sua interezza il ricorso per cassazione, esperimentabile contro le sentenze decise in ultima istanza per gli stessi motivi per cui era ammesso in Francia, cioé per errore di diritto *in iudicando* (art. 788, n° 7: « se la decisione si fonda su violazione, falsa interpretazione o inesatta applicazione di una norma giuridica (*Rechtsregel*) ») e per determinati vizî processuali; questo ricorso doveva essere portato al supremo Tribunale di cassazione (*Kassationshof*) (54), che, se lo accoglieva, si limitava ad annullare la sentenza denunciata senza decidere in merito (art. 815); nel caso di secondo ricorso per gli stessi motivi, la Corte di cassazione deliberava in seduta plenaria, e, se la causa era matura, decideva in merito: altrimenti, in caso di secondo rinvio, la sua opinione faceva stato di fronte al nuovo giudice. Non vi era deposito preventivo di multa, ma questa poteva essere fatta pagare al ricorrente in caso di rigetto (art. 813); non vi era procedimento introduttivo, né ricorso nell'interesse della legge (55).

Queste differenze di dettaglio non alterano però il significato fondamentale dell'istituto, il quale era stato accolto in Baviera col fine di mantenere l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale (56), come appare principalmente dalla locuzione dell'art. 788 n. 7, il quale in contrapposto alla querela di nullità del diritto tedesco ammessa solo per errore *contra ius in thesi clarum*, espressamente contemplava come motivo di cassazione la erronea interpretazione e la inesatta applicazione non solo della legge, ma di

---

(53) HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, pag. 379. Non sembra peraltro che nell'Hannover la querela di nullità avesse molta importanza e largo uso pratico: cfr. LEONHARDT, *Das Civilprozessverfahren des Königr. Hannover* (Hannover, 1861), pag. 170, con statistiche (citato da MITTERMAIER in C. A. », XLIV, 302 e segg.).

(54) Per la storia del supremo tribunale bavarese, cfr. JAEGER, *Das oberste Landesgericht* in « D. J. Z. », 1911, 402.

(55) KRAEVELL, *Autorität*, pag. 172-173; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, 378-379.

(56) KRAEVELL, pag. 173.

ogni norma giuridica (*Rechtsregel*) (57). Era nient'altro che la Cassazione francese nella sua seconda forma (58).

d) Come esempi del quarto gruppo possono essere citati il Regolamento processuale civile del Braunschweig del 19 marzo 1850 (59) e quello di Oldenburg del 2-19 nov. 1857 (60).

Per questi due Regolamenti, la Terza istanza era abolita e sostituito ad essa il doppio grado integrato da una querela di nullità contro le sentenze d'appello (61). Tale querela di nullità era ammessa per motivi di varia natura (*C.P.O.* di Braunschweig, § 130; *C.P.O.* di Oldenburgo, § 266): per difetti essenziali di forma; per decisione contraddicente agli atti in causa (il cosidetto vizio di *Aktenwidrigkeit*); per violazione di legge chiara *in thesi*; per disformità tra la sentenza di primo grado e quella di secondo grado relativamente al punto di diritto (62). Essa veniva portata

---

(57) Il *Codex iuris bavarici iudiciarii* del 1753 cap. XV-XVI, ammetteva il sistema della terza istanza (LINDE, II, 395, nota 3); i progetti di riforma del 1827 e 1831 limitavano la querela di nullità ai soli vizi processuali (LINDE, II, pag. 558 e 561; MITTERMAIER in « C. A. » X, 451). Il concetto francese di un annullamento per erronea interpretazione o applicazione di diritto fu accolto per la prima volta dalla legge 4 giugno 1848, che stabiliva i principi fondamentali dell'ordinamento giudiziario (§ 12) (MITTERMAIER in « C. A. », XXXII, 253), e dal progetto di ordinamento giudiziario 5 febbraio 1849 ad essa inspirato, che trasformava il supremo tribunale di terza istanza in un organo di cassazione (§ 42) (MITTERMAIER, *ib.*, 254). Questi principi passarono poi nella legge sullo ordinamento giudiziario del 10 nov. 1861 (§ 48: MITTERMAIER in « C. A. », XLV, pag. 225 e segg.).

(58) Anche in Sassonia, ove fino al 1849 si faceva voti per la istituzione della Cassazione (MITTERMAIER in « C. A. », XXXII, 257), il progetto di codice processuale del 1863 accoglieva il doppio grado e al disopra una querela di nullità contro la sentenza che falsamente interpretasse, violasse o inesattamente applicasse un principio di diritto sostanziale (*Rechtssatz*) (§§ 727-730). Cfr. ZERENER, *Ueber den Entwurf einer bürg. P. O., für das Königreich Sachsen* in « C. A. », XLVII, 244; HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, 378.

(59) WACH, *Handbuch*, 137.

(60) ID., *ib.*, 141.

(61) Sulle precedenti leggi processuali del Braunschweig del 14 marzo 1816 e 15 ott. 1832, cfr. HARRASOWSKY *Rechtsm.*, 377. Il *Prozessreglement* 15 marzo 1824 di Oldenburgo ammetteva la terza istanza, limitata a una *summa revisionis*, alla quale però non si aveva riguardo quando la sentenza conteneva un vizio sostanziale, o giudicava contro il chiaro tenore di atti o contro incontroverso principio giuridico (MITTERMAIER, « C. A. », VII, 290).

(62) Cfr., sulla legge di Braunschweig, MITTERMAIER in « C.A. », XXXII, 262 e 439; XLIV, pag. 303; HÖFFNER, *Beitrag zur Geschichte der Legislation über den Civilprocess* (« C. A. », XXXIII, 376). Sulla legge di Oldenburgo, e sui lavori parlamentari che la precedettero, cfr. MITTERMAIER in « C. A. », XXXVIII, 294; XLI, 69 e 227; XLIV, 303.

a un supremo Tribunale di cassazione, il quale nell'Oldenburgo era stabile, mentre nel Braunschweig veniva formato di volta in volta coi presidenti delle tre sezioni del Tribunale di appello in unione con altri due membri da designarsi (63). Per il Regolamento del Braunschweig, oltre la querela di nullità, esisteva una azione di nullità insanabile, che si proponeva dinanzi al giudice *a quo* e si prescriveva in 30 anni (*C.P.O.*, § 42; 350-352); il Regolamento di Oldenburgo lasciava arbitro il Tr. di cassazione di decidere sul merito o di rinviare (*C.P.O.*, § 275); ed ammetteva il ricorso nell'interesse della legge (§ 277).

Queste due leggi processuali, pur presentando varie differenze di dettaglio, hanno a comune il carattere di accogliere una forma ibrida di Cassazione, la quale resulta da norme dell'istituto francese miste a norme del diritto comune; questa mescolanza si manifesta specialmente nella determinazione dei motivi di cassazione, stabiliti in base ai criterî più disparati: caratteristica è ad esempio la diversità di criterio che passa tra la cassazione per violazione di legge chiara, tradizionale nel diritto comune tedesco (64), e la cassazione per disformità tra le due sentenze di merito relativamente al punto di diritto, introdotta allo scopo di mantenere la uniformità della giurisprudenza (65).

Una certa autonomia di fronte al sistema della Cassazione pre-

---

(63) Cfr. Legge sull'ord. giud. di Braunschweig, 21 agosto 1849, § 9: si adottò questo sistema di un tribunale di cassazione instabile per evitare le spese della stabilità (cfr. discussioni parlamentari in MITTERMAIER, « C. A. », XXXII, 262); ma tale mancanza di stabilità rendeva in pratica inattuabile la uniformità della giurisprudenza: cfr. le critiche di DEGENER, in « Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig », 1857, 87 e di GOTRIAN, ivi, 1856, 49. Anche nell'Oldenburgo si discusse sull'opportunità di attuare un Tribunale di cassazione periodico, ma fu respinta (cfr. motivi in MITTERMAIER, « C. A. », XXXVIII, 295).

(64) Si cfr. le più antiche leggi: Granducato di Assia, 17 marzo 1797, § 22 (LINDE, II, 606); Hannover, citato alla nota 51, retro; leggi Sassoni, alcune delle quali ammettevano la nullità per inosservanza, oltrechè di *ausdrückliche Landesgesetze*, anche dei *Präjudizen* dei rispettivi Tribunali supremi (LINDE, II, § 268). Ma anche in leggi posteriori alla Cassazione si trova accolto questo punto di vista tradizionale: cfr. Reg. pr. 1831 di Baden, § 1175 (LINDE, II, 670); *Oberappellationsgerichtsordnung* 16 sett. 1835 di Wolfenbüttel, § 62 (MITT. in « C. A. », XIX, 453); L. di Coburgo del 1857, § 113 (MITT. in « C. A. », XLII, p. 343 e 364); *C. P. O.* del Würtemberg, del 3 aprile 1868 (HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, 379), la cui *Nichtigkeitsklage* è esperimentabile all'incirca per gli stessi motivi già ammessi dal diritto più antico (Tit. LVI, § 3-14: LINDE, II, 587).

(65) Così risulta anche dalle discussioni parlamentari: cfr. MITTERMAIER, in « C. A. », XLI, 228-229.

senta anche l'ordinamento prussiano; ma di questo, per la sua grande importanza sulla successiva formazione del diritto processuale dell'Impero germanico, è opportuno trattare separatamente.

209. — In Prussia, la legge del 14 dicembre 1833, la quale fu integrata da una Dichiarazione del 6 aprile 1839, ed estesa a nuovi territorî colle ordinanze del 21 luglio 1849 e 24 giugno 1867 (66), modificò profondamente il sistema dei mezzi per impugnare le sentenze che era stato stabilito dalla *A.G.O.* del 1793, in quanto abolì la *Nichtigkeitsklage* che, secondo quel sistema, era esperimentabile dinanzi al giudice *a quo*, e, mantenendo la originaria *Revision* soltanto contro le sentenze disformi che superassero la *summa revisionis* di 500 Talleri, ammise, contro le decisioni di prima o di seconda istanza, contro le quali non fosse più esperimentabile alcun mezzo di impugnativa ordinario, una querela di nullità (*Nichtigkeitsbeschwerde*) dinanzi al Tribunale supremo (L. 1833, II, § 4). In tal modo, dunque, alla cognizione del Tribunale supremo potevasi ascendere o per mezzo della Revisione, quando vi fossero i requisiti di valore e di disformità, per ottenere il riesame in diritto e in fatto; o per mezzo della querela di nullità negli altri casi.

La querela di nullità contro le sentenze non suscettibili di appello o di revisione potevasi esperimentare: *a*) « quando la sentenza impugnata violi un principio fondamentale di diritto (*Rechtsgrundsatz*) »; *b*) « quando violi una essenziale disposizione processuale (*wesentliche Prozessvorschrift*) » (§ 4) (67). Per il caso *sub a* (*error in iudicando*) la violazione aveva luogo « sia che si fondi su una espressa disposizione di legge, o si desuma dal significato e dal confronto delle leggi; o quando la sentenza faccia applicazione di un tale principio fondamentale in casi ai quali esso non è destinato » (§ 4, n° 1); per il caso *sub b*, il § 5 enumerava in modo tassativo dieci casi (68) i quali soltanto potevano essere considerati

---

(66) Cfr. HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, 375 e nota 15; LINDE, *Rechtsm.*, II, § 273, pag. 616 e segg.; BÄHR, *Rechtsmittel zweiter Instanz* cit., § 2; KRAEVELL, cit., pag. 169; cfr. anche la *Besondere Begründung* del *C. P. O.*, pag. 366. Sulla legge del 14 dic. 1833: CRELINGER, *Die Verordn. über die Rechtsm. der Revision und Nichtigheitsbeschw. vom 14 dec. 1833* (Breslau, 1834): HAFEMANN, *Die Rechtsm. der Revision und Nichtigkeitsbeschw.* (Berlin, 1836); LÖWEMBERG, *Die Verordn. v. 14 dec. 1833 über Revision und Nichtigkeitsbeschw.* (Berlin, 1837).

(67) Per la distinzione tra *Rechtsgrundsatz* e *Prozessvorschrift*, cfr. HEFFTER, *Civilprocess*, n. 62, nota 5 e n. 353, nota 5.

(68) Altre cinque ne aggiunse la Dichiarazione del 6 aprile 1839; invece le leggi 1849 e 1867 non fecero enumerazione alcuna, rimettendosi alla norma generale.

come violazioni di essenziali disposizioni processuali: 1° mancato contraddittorio; 2° errore sulla sanzione processuale derivante da una legge a danno del querelante; 3° ammissione di una impugnativa dopo scaduti i termini; 4°-7° incapacità del giudice; 8° incompetenza; 9° assoluta mancanza di motivazione; 10° contraddittorietà tra la sentenza e gli atti di causa (nel quale caso rientrava anche la pronuncia *ultra petita* insieme con altri vizî minutamente determinati). La querela di nullità, introdotta con ricorso scritto contenente la precisa esposizione dei motivi di lagnanza e delle leggi che si pretendevano violate (§ 11), senza alcun effetto sospensivo (§ 10), non produceva un nuovo accertamento *in facto*, il quale doveva essere desunto dalla sentenza impugnata, a meno che non formasse esso stesso oggetto di querela (§ 16); qualora la querela fosse fondata, il Tribunale supremo annullava la sentenza impugnata (*iudicium rescindens*) e passava subito a decidere in merito (*iudicium rescissorium*), ammenoché, per necessità di nuova istruttoria, fosse necessario il rinvio (§ 11), nel qual caso, per l'art. 11 della Dichiarazione 6 aprile 1839 (69), l'opinione giuridica espressa dall'*Obertribunal* faceva stato per il giudice di rinvio. In caso di rigetto, il querelante poteva essere condannato a una multa (§ 18) (70).

In queste disposizioni, le quali dovevano poi avere un notevole influsso sulla legislazione processuale dell'Impero germanico, il sistema francese della Cassazione, pur alterato in molti particolari, è peraltro riconoscibile nelle sue linee fondamentali (71). La derivazione dal modello francese è specialmente chiara nelle norme che stabiliscono i motivi di nullità: a questo modello è dovuto infatti il ravvicinamento degli *errores in iudicando* e degli *errores in procedendo* sotto il concetto comprensivo di violazione di legge, sostanziale o formale (retro, n. 173); ad essa è dovuto soprattutto il passaggio dal ristretto concetto tradizionale di violazione dell'*ius in thesi clarum* al concetto di errore nella interpretazione o nella applicazione analogica (citato § 4), assolutamente escluso dal Tit. XVI § 2 dell'*A.G.O.* del 1793 (retro, n. 204). Non sembra peraltro che questo passaggio, che non può essere spiegato se non come una imitazione della Cassazione francese, si compiesse nella pratica del diritto prussiano in modo così assoluto come il § 4 della L. 1833 potrebbe far credere; infatti la querela di nullità

---

(69) Sonnenschmidt, *Revision*, pag. 466; così per la legge 20 marzo 1854, § 3 (*ibidem*). Harrasowsky, *Rechtsmittel*, 376.

(70) Poi abolita dalla legge 10 maggio 1851; Harrasowsky, *Rechtsmittel*, 376.

(71) Bähr, scritto cit., pag. 4.

in Prussia non fu ammessa, come il ricorso per Cassazione nel suo ulteriore sviluppo, per ogni errore di diritto, ma solamente per gli errori di diritto in astratto, relativi cioè alla premessa maggiore, mentre l'errore nella qualifica giuridica del rapporto concreto, ossia l'errore di diritto *in hypothesi*, non dava luogo a querela di nullità: il sistema della legge 1833 segnava dunque il punto di transizione tra il sistema del diritto comune e quello del diritto francese, in quanto, contrariamente al diritto comune, ammetteva che la querela di nullità fosse esperimentata per erronea interpretazione di legge, ma, contrariamente al diritto francese, la escludeva per errore di diritto in concreto, relativo alla premessa minore (72).

Ciononostante, anche la *Nichtigkeitsbeschwerde* del diritto prussiano si proponeva lo stesso scopo della Cassazione francese, cioé il mantenimento della uniformità della giurisprudenza: prova ne sono quelle misure che furono prese dalla legge 1° agosto 1836, la quale ad evitare che le tre sezioni del supremo Tribunale (istituite con *Kabinetsordre* del 19 luglio 1832) potessero decidere in modo diverso la stessa questione di diritto astratta, stabilì che, ove una sezione volesse su un punto di diritto seguire una opinione diversa da quella finora accolta dal Tribunale supremo, dovesse provocare una deliberazione delle sezioni unite (*Plenum*) che dovesse servire di norma anche ai casi consimili (73). Questo parziale riconoscimento dell'autorità dei *praeiudicia* nell'interesse dell'uniforme interpetrazione giurisprudenziale, che fu accolto anche in Baviera e nel-l'Hannover (74), dimostra come nelle legislazioni particolari degli

---

(72) Il BÄHR, nello scritto cit., mentre non avverte questa differenza tra il diritto prussiano e il diritto francese (§ 2), nota poi nel § 5, che l'attività dei giudici del Trib. supremo deve limitarsi a risolvere questioni di diritto in astratto: *es ist eine Art Professoren-Thätigkeit* (pag. 25-26), e sopratutto nota che la querela di nullità non è ammissibile per erronea sussunzione del fatto sotto la norma, perchè quell'erronea applicazione di diritto contemplata dal § 4 esiste solo quando « può essere fatta risalire ad una concezione astrattamente erronea del principio di diritto » (pag. 20). Questa limitazione della querela di nullità prussiana ai soli errori di diritto *in thesi* è messa specialmente in chiaro dai Motivi al *C. P. O.* dell'Impero: *Besondere Begründung*, pag. 364-366; avvertita da qualche autore tedesco (per es. JONAS, *Studien*, pag. 298), da altri non è messa in luce (per es. WALDECK, *Nichtigkeitsbeschw.*).

(73) HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, 376; e soprattutto: SCHULTZENSTEIN, *Ueber die Einheit der Rechtssprechung* in « Z. », XVIII, 88, spec. n. II, ov'è fatta tutta la storia di questa e delle seguenti leggi prussiane in materia.

(74) Baviera, legge 17 nov. 1837; Hannover, legge sett. 1837. In Baviera la riunione del *Plenum* del Tribunale supremo aveva luogo sia per rimuovere una già esistente disformità di giurisprudenza (art. I, quando a una sezione si pre-

Stati germanici si dava importanza al raggiungimento di quello scopo, al quale per prima si era adoprata in Francia la Corte di cassazione (75).

Certo è che la querela di nullità quale fu istituita in Prussia dalla legge del 1833, quantunque in pratica fosse fatto di essa un larghissimo uso (76), non dette risultati soddisfacenti, soprattutto per la coesistenza della *Revision*, che in certi casi trasformava in terza istanza il supremo Tribunale di cassazione, talché, per il miglior raggiungimento della uniforme interpetrazione giurisprudenziale, si fecero in Prussia numerose proposte di riforma — poi rese inutili dalla unificazione del diritto processuale —, le quali in gran parte miravano alla definitiva abolizione della Revisione e alla netta trasformazione del Tribunale supremo in Corte di cassazione (77).

210. — L'influsso dell'istituto francese della Cassazione sulle legislazioni processuali degli Stati germanici non può, in base a quanto finora si è visto, essere negato. Si deve peraltro notare che il carattere originario che aveva in Francia la Cassazione, quando doveva servire a controllare ed a reprimere gli attentati del giudice contro il potere legislativo, non ebbe in Germania alcun seguito, mentre la Cassazione vi fu intesa ed imitata nella sua trasformazione pratica, come organo giudiziario unificatore della giurisprudenza. Ciò è naturale: le circostanze di perturbamento costituzionale le quali avevano fatto sorgere in Francia la Cassazione come controllo e repressione del potere giudiziario, erano proprie della crisi rivoluzionaria, e non potevano riprodursi altrove in modo da giustificare la riproduzione dello strumento di lotta politica nato da esse; ma quando la Cassazione, da un istituto di controllo sorto in un periodo d'eccezione, diventava un istituto giu-

---

sentasse una questione giuridica già decisa altre volte in modi diversi), sia per prevenire una eventuale disformità futura (art. II, quando una sezione voleva allontanarsi dalla opinione finora seguita). Cfr. LAUK, *Die Ergebnisse der Ständeversammlung des Königr. Bayern im J. 1837*, in « C. A. », XXII, 296 e segg.

(75) HARRASOWSKY, pag. 376, nota che l'adozione di queste misure subito dopo la introduzione della querela di nullità vale « a ricordare il significato del ricorso in cassazione francese, che serve alla difesa della unità del diritto ».

(76) Statistiche in MITTERMAIER, in « C. A. », XLIV, 298 e segg., dalle quali risulta che in Prussia si faceva un uso della q. di n., assai più largo che in Francia della cassazione (per es., nel 1855 si ebbero 1538 querele, di cui solo 351 accolte).

(77) In questo senso: WALDECK, *Die Nichtigkeitsb.*, 61-89; LEUE, *Ideen*, cit.; BÄHR, scritto cit., pag. 30. Altri invece proponeva l'abolizione della querela di nullità e la conservazione della sola revisione come impugnativa di ultima istanza (cfr. BÄHR, § 1).

diziario destinato a regolare l'andamento della giurisprudenza, essa diveniva con ciò adatta ad essere imitata anche fuori del suo mezzo d'origine, poiché assumeva il carattere di un normale complemento di ogni ordinamento giudiziario.

La Cassazione non fu adunque imitata in Germania come mezzo di impedire al giudice l'attacco volontario contro la legge scritta (questa finalità si trovava nell'*A. G. O.* del 1793 e restò isolata), ma come mezzo per unificare la interpetrazione della norma giuridica, qualunque ne fosse la fonte (78); e si intende benissimo, in conseguenza, come la Cassazione, la quale in origine aveva un significato del tutto estraneo al diritto tedesco, poté in seguito conciliarsi con esso quando in Francia essa ebbe assunta nella pratica una fisionomia del tutto diversa da quella originaria. Non si capisce come i *Motivi* del *C. P. O.* germanico non si rendano conto di ciò: essi, dopo aver accennato all'originario carattere politico dell'istituto francese, aggiungono: « Il fatto che recenti leggi tedesche abbiano attribuito alle autorità chiamate a decidere sulle querele di nullità (tribunali supremi) una posizione di diritto pubblico interamente diversa da quella che aveva assunto la *Cour de cassation*, e che tuttavia esse non siano riuscite a liberarsi dalle disposizioni del ricorso in cassazione distaccato dalla sua originaria funzione, resterà sempre un fenomeno sorprendente nella storia della legislazione tedesca » (79). Fenomeno ancor più sorprendente appare piuttosto questa strana ignoranza dei preparatori del *C.P.O.* germanico; i quali non si resero conto che anche in Francia la posizione di diritto pubblico della *Cour de cassation* era, pochi decennî dopo la sua fondazione, interamente diversa da quella che era apparsa in origine!

---

(78) Cfr. BÄHR, scritto cit., pag. 8.

(79) *Allgemeine Begründung*, § 14 (HAHN, pag. 142).

Capitolo XXV

L'ISTITUTO DELLA REVISIONE NELLA LEGISLAZIONE DELL'IMPERO TEDESCO

Sommario: 211. L'influsso della Cassazione nei disegni di riforma precedenti al *CPO*: disegno annoverese, prussiano, e della confederazione nordica. — 212. *Revision* ed *Oberrevision* dei disegni tedeschi 1871 e seguenti. — 213. Il sistema dei mezzi per impugnare le sentenze ammessi dal *CPO* 1879. — 214. La *Revision* del *CPO* 1879: suo intento. — 215. Posizione e ordinamento del *Reichsgericht*. — 216. Condizioni sostanziali della Revisione. — 217. Requisiti formali e procedimento. — 218. Analisi della costruzione processuale della Revisione: sua duplicità. — 219. Degenerazione della Revisione in una *revisio in facto*. — 220. Il soprallavoro del *Reichsgericht* e la riforma della Revisione. — 221. Differenze tra la Cassazione francese e la Revisione germanica. — 222. La Revisione è uno sviluppo della Cassazione.

211. — L'influsso della Cassazione francese, potente, come abbiamo veduto, nelle legislazioni particolari degli Stati germanici, si fece profondamente sentire anche in quella serie di disegni di legge che precedettero la definitiva redazione dell'Ordinanza processuale civile per l'Impero germanico (1).

Non mi soffermo sul *disegno annoverese* del 1864-1866 (*hannöversche Entwurf*; indicato dagli scrittori tedeschi con HE), il quale, accogliendo una querela di nullità contro le sentenze d'appello esperimentabile per violazione del diritto sostanziale e per sedici motivi processuali tassativamente indicati, non tanto obbediva all'esempio della Cassazione francese e all'intento di unificare la giurisprudenza, quanto alla tradizione del diritto comune e alla necessità pratica di diminuire il lavoro del tribunale supremo (2). Più importante, dal mio punto di vista, è invece il *disegno prussiano* del 1864 (*preussische Entwurf*: PE), il quale accolse il sistema francese della Cassazione in modo anche più largo e più compiuto di quanto aveva fatto la legge prussiana del 1833: questo disegno,

---

(1) Sui quali Wach, *Handbuch*, pag. 144 e segg.

(2) Harrasowsky, *Rechtsm.*, 380.

infatti, nell'intento di porre al disopra dell'appello un rimedio idoneo a garantire la uniforme interpetrazione del diritto obiettivo, abolì la *Revision*, e al suo posto lasciò soltanto una querela di nullità (*Nichtigkeitsbeschwerde*: §§ 652-685), la quale poteva essere esperimentata contro tutte le sentenze d'appello che fossero basate sulla violazione o inesatta applicazione di una disposizione di legge o di un principio fondamentale di diritto (§ 653): non si distingueva, dunque, tra violazione di legge sostanziale e violazione di legge processuale, e soltanto era dato al § 654 un elenco esemplificativo di quegli *errores in procedendo* che dovevan essere considerati sempre come violazioni di legge (processuale). L'esperimento di questa querela di nullità, la quale non aveva effetto sospensivo (§ 660), doveva avvenire entro il termine di due mesi (§ 662), per mezzo di uno scritto contenente l'enumerazione dei motivi di nullità (§ 664), con preventivo deposito cauzionale di una somma comprendente una multa e una indennità all'avversario (§ 661); la decisione del Tribunale supremo, coll'intervento all'udienza del *Generalstaatsanwalt* (§ 673), era limitata al semplice *iudicium rescindens*, con rinvio per la nuova decisione al giudice *a quo* o ad altro giudice inferiore (§ 679), il quale era obbligato a porre a base della nuova sentenza l'opinione giuridica espressa dal Tribunale supremo (§ 683). Questa sommaria indicazione delle disposizioni del *disegno prussiano* del 1864 basta a dimostrare che esso, obbedendo alle tendenze della dottrina (retro, n. 209 in fine), aveva interamente abbandonato il sistema tedesco della Terza istanza sostituendolo colla Cassazione francese del secondo tipo. Interessanti sono le critiche fatte dall'ENDEMANN a questo disegno di riforma, con osservazioni sulla querela di nullità da esso adottata, che possono benissimo valere in generale per il ricorso in cassazione (3): mentre la querela di nullità del diritto comune, egli dice, oltreché per difetti processuali, era esperimentabile eccezionalmente per un errore di giudizio, solo quando esso fosse chiaro e indubitabile (*error contra ius in thesi clarum*), questa *Nichtigkeitsbeschwerde* ammessa anche per falsa interpretazione di legge, ha di querela di nullità solamente il nome: essa, in realtà, ha natura duplice, in quanto è una vera querela di nullità quando serve a far valere *errores in procedendo*, mentre è un appello, sia pure limitato alla *questio iuris*, quando serve a far valere *errores in iudicando* (4); essa è un istituto

---

(3) *Bemerkungen über das Verfahren der Rechtsmittel- und Exekutionsinstanz nach dem preussischen Entwurf einer C. P. O.* (in « C. A. », XLIX, 319 e segg.).

(4) *Ibid.*, pag. 331-32.

che riassume in sé caratteri della *Oberappelation* o *Revision* e della vera e propria querela di nullità del diritto comune (5); e non si deve lasciarsi ingannare dal fatto che essa serve soltanto ad annullare la decisione querelata senza sostituirla con una nuova, poiché, mentre il rinvio è naturale quando la sentenza si annulla per difetto di costruzione, sarebbe logico invece che quando la impugnativa provoca da parte del Tribunale superiore un riesame del merito, a questo spettasse emanare la nuova decisione definitiva (6). Queste osservazioni che noi abbiamo fatto a suo tempo sul ricorso in cassazione (retro, n. 192), servono peraltro a confermare che questa *Nichtigkeitsbeschwerde* del PE doveva per forza essere una importazione straniera, ossia un prodotto della Cassazione francese, dal momemnto che, a confessione degli stessi giureconsulti germanici, essa non era uguale a nessuno dei mezzi di impugnativa conosciuti dal diritto comune tedesco.

Modificazioni non sostanziali portò all'istituto il *disegno della Confederazione nordica* del 1870 (*norddeutsche Entwurf*: NE) (7) il quale ammise che il Tribunale supremo, quando cassava per violazione di legge sostanziale, potesse decidere in merito senza rinvio (8).

212. — Mentre i disegni di riforma esaminati finora miravano a costituire una nuova legislazione processuale comune a un gruppo di Stati, la fondazione dell'Impero germanico rese necessaria la elaborazione di un processo civile comune a tutti quanti gli Stati tedeschi; da ciò una serie di disegni di legge, i quali portarono finalmente a quel Regolamento processuale che tuttora vige (9).

Un particolare interesse ha per l'argomento ch'io studio, il primo disegno di riforma pubblicato nel 1871 (*erste Entwurf der CPO*), il quale, secondo quanto affermavano i suoi Motivi, mirava a rinnovare il diritto processuale dalle sue fondamenta. Questo disegno introdusse i suoi criterî innovatori anche nel sistema dei mezzi di impugnativa: imperocché, ritenendo che l'istituto dell'appello come rinnovazione del giudizio di prima istanza fosse contrario al principio della oralità, esso gli sostituì un rimedio de-

---

(5) *Ibid.*, pag. 333.

(6) *Ibid.*, pag. 337.

(7) WACH, *Handbuch*, 149.

(8) HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, 382. Testo degli articoli in JONAS, *Studien*, 295-296.

(9) WACH, *Handbuch*, 151.

nominato *Revision*, destinato a provocare un riesame della sola questione di diritto (§ 460) al disopra del quale ammise, al posto della terza istanza, una *Oberrevision*, ugualmente costruita, ma condizionata alla disformità delle due sentenze inferiori (§ 478) (10).

Notiamo anzitutto che, nel dare a questi due rimedi di secondo e di terzo grado la denominazione rispettiva di *Revision* ed *Oberrevision*, i Motivi del disegno di riforma affermavano di aver deliberatamente bandito il nome di *Nichtigkeitsbeschwerde*, perché esso poteva far sospettare un influsso dal ricorso per cassazione francese, mentre i riformatori avevano inteso, nella forma e nella sostanza, di costruire due rimedî originali, e di romperla interamente con quell'istituto (*völlig gebrochen werden solle*) (11). Guardiamo ora, ciò premesso, se veramente il sistema dei mezzi di impugnativa stabilito da questo disegno di riforma aveva tutta quella originalità per cui esso era vantato.

La *Revision*, che il disegno di riforma aveva messa al posto dell'appello, non era altro, in sostanza, che la *Nichtigkeitsbeschwerde* del disegno prussiano del 1864, trasformata, appunto perché destinata a sostituire l'appello, in un rimedio ordinario, che, in un processo già deciso in fatto e in diritto dal giudice di primo grado, doveva aprire una nuova fase, limitata al riesame della sola questione di diritto. Anche la *Revision*, come già la querela di nullità del disegno prussiano, era ammissibile solamente per violazione di legge: « La revisione può fondarsi solo sul motivo che la decisione si basi su una violazione della legge. La legge è violata quando una norma giuridica non è [applicata] o non è esattamente applicata» (§ 461); non si distingueva dunque tra violazione di legge *in iudicando* e violazione di legge *in procedendo*: e solo per questo secondo caso il § 462 enumerava a titolo d'esempio sette casi di vizî processuali più rilevanti che dovevano considerarsi come una violazione di legge (cfr. Legge prussiana del 1833 e disegno pruss. del 1864). Per la violazione di legge *in iudicando* questa *Revision* aveva

---

(10) Cenni in HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, 383. Il disegno di riforma dette luogo, oltrechè a numerosi scritti generali, anche a molte trattazioni limitate ai mezzi di impugnativa. Cito tra le altre: BÄHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz*, già citato; LEVY, *Zweit. Instanz in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten* (Berlin, 1871); PFIZER, *Thatbestand und Berufung* (Jena, 1872); STAHL, *Revision und Berufung* (in « C. A. », LVI, pag. 157 e segg.); WACH, *Der Entwurf einer deutschen Civilprocess-Ordnung*, III (in « Kritische Vierteljahr für Gesetzg. und Rechtswiss. », XV, pag. 88 e segg.). Per ulteriori notizie bibliografiche, cfr. questi ultimi due scritti, il primo a pag. 159, nota 4, il secondo a pag. 88, nota ***.

(11) Cfr. BÄHR, *Rechtsmittel*, cit., pag. 6.

peraltro un campo di applicazione più vasto di quello della *Nichtigkeitsbeschwerde* del disegno prussiano: in quanto essa non solo era ammessa per violazione di legge in astratto, ma anche per errata decisione giuridica del rapporto sostanziale concreto, ossia per qualunque errore di diritto relativo alla premessa maggiore o a quella minore del sillogismo. Così, mentre la querela di nullità del diritto prussiano presupponeva un errore sull'esistenza o sul significato di una norma, questa *Revision* si estendeva al riesame della qualifica giuridica dei fatti, detta dai tedeschi *Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsregel* o *concrete rechtliche Beurtheilung* (12). In relazione a questa maggiore estensione della *Revision*, la quale poteva basarsi non solo sulla erronea concezione astratta della legge, ma su ogni ingiusta e pregiudicevole concreta applicazione di diritto (13), meno rigide erano anche — in confronto a quelle della *Nichtigkeitsbeschwerde* prussiana — le sue regole di esercizio: non era richiesta come obbligatoria nello scritto introduttivo la specificazione delle singole norme di legge che si pretendevano violate (§§ 465-466), appunto perché il riesame del giudice di revisione doveva estendersi a tutto il rapporto giuridico *in iure* e non fermarsi alle violazioni di legge rilevate dalla parte (14); essa aveva effetto sospensivo e non era sottoposta ad alcun deposito cauzionale, perché era considerata come un rimedio ordinario sostituente l'appello; investiva il Tribunale superiore del riesame di merito, sia pure soltanto *in iure*, in modo che, quando la causa era matura, seguiva senz'altro dinanzi a questo Tribunale la decisione definitiva senza ulteriore rinvio (15).

Al disopra della *Revision*, la *Oberrevision*, la quale doveva esser portata dinanzi a un Tribunale supremo per garantire l'uniforme

---

(12) STAHL in « C. A. », LVI, pag. 168 e segg. La dottrina tedesca si affaticò, in relazione a questo disegno di legge, a cercare una distinzione scientifica tra *Thatfrage* e *Rechtsfrage*: notevole specialmente lo scritto del WACH, *Entwurf*, pag. 92-104. Appena questo disegno di riforma del 1871 comparve, non tutti i giuristi tedeschi furono concordi nel ritenere che esso volesse ammettere la *Revision* anche per errore di sussunzione (lo negava, per esempio, il BÄHR, nel suo scritto più volte citato). Ma i Motivi del disegno riveduto nel 1872 lo affermarono esplicitamente per togliere ogni incertezza: « all'esame ed alla decisione del Tribunale di revisione, soggiace, per esempio, la questione se dal Tribunale di prima istanza sia stato commesso errore nella sussunzione dei fatti accertati in giudizio sotto il concetto giuridico di *culpa*, possesso, ecc. » (STAHL, in « C. A. », LVI, pag. 212).

(13) WACH, *Entwurf*, pag. 90.

(14) BÄHR, *Rechtsmittel*, pag. 10 e segg., con acute critiche sull'opportunità pratica di questa norma.

(15) Su tutte queste differenze, cfr. BÄHR, *Rechtsmittel*, § 2.

interpretazione del diritto, aveva costruzione processuale simile a quella descritta, ma era ammissibile soltanto per violazione di legge comune a tutto l'Impero, e solo contro le sentenze di revisione che avessero riformato la sentenza di primo grado (§ 478 citato) (16).

Il merito principale del sistema proposto da questo disegno (a parte l'opportunità dell'abolizione dell'appello, che qui non mi interessa) era quello di aver saputo cogliere nella *Nichtigkeitsbeschwerde* prussiana quella funzione di *revisio in iure* che in essa era ancora allo stato latente, e di aver logicamente trasformato in un vero mezzo di gravame ordinario quell'istituto che aveva finora il carattere di una azione di impugnativa. Certo, questa *Revision* creata dal disegno 1871 non era poi lontana dalla *Nichtigkeitsbeschwerde* prussiana tanto quanto i Motivi volevano far credere; poiché anche essa, essendo esperimentabile per *error in iudicando* o per *error in procedendo,* cumulava in sé funzioni di appello *in iure* e di vera e propria querela di nullità: tuttavia non si può negare che un elemento nuovo fu da essa introdotto nel diritto tedesco, consistente in quella estensione del riesame agli errori di diritto relativi alla premessa minore, pei quali finora nelle legislazioni germaniche nessun speciale mezzo di impugnativa era stato creato. Ma questo elemento, nuovo per il diritto tedesco, non ebbe in modo assoluto alcun pregio di originalità: poiché esso fu tratto appunto da quella Cassazione francese — da cui i Motivi con tanta energia dicevano di aver respinto ogni derivazione! — la quale da mezzo secolo serviva ormai nella pratica al riesame di ogni questione giuridica, astratta o concreta, senz'esclusione di alcuna (retro, n. 182).

La *Revision* del disegno del 1871 era nata con intenti del tutto diversi da quelli da cui era nato il ricorso per cassazione: essa era sorta dalla necessità di creare un mezzo di impugnativa che permettesse il riesame più ampio possibile del rapporto controverso, esclusa, per rispetto dell'oralità, la questione di fatto. Ma se la necessità pratica che aveva dato occasione alla sua nascita era estranea agli intenti della Cassazione, ciò non basta a escludere che la costruzione processuale del ricorso per cassazione dovesse considerarsi il suo più diretto modello.

L'uniformità della giurisprudenza, del resto, se non era lo scopo

---

(16) Contro la limitazione della *Oberrevision* ai soli casi di sentenze difformi, la quale fu mantenuta anche dal disegno del 1872, cfr. SONNENSCHMIDT, *Was ist von den Rechtsmitteln der Revision und der Oberrevision in dem Entwurfe einer deutschen CPO von 1872 zu halten?* (1874).

della *Revision* la quale equivaleva all'appello ed era portata quindi a molteplici Tribunali di secondo grado, era invece lo scopo esplicito di quella *Oberrevision* che doveva accentrarsi in un unico Tribunale supremo; e siccome la *Oberrevision* non era, come si è visto, che una duplicazione un po' più ristretta della *Revision,* in essa noi possiamo trovare cumulato l'intento e le forme più caratteristiche del ricorso per cassazione francese, e giudicare quindi quanto valga la affermazione così recisa di emancipazione posta innanzi dai Motivi. La derivazione della *Revision* e della *Oberrevision* del disegno 1871 dalla Cassazione francese è riconosciuta dai giuristi tedeschi spassionati (17); ed è notevole anzi che alcuni di essi, quando i disegni di riforma erano ancora in discussione, auspicavano che al posto della *Oberrevision,* quantunque inspirata al modello francese, si ponesse una riproduzione anche più fedele del ricorso in cassazione, immune anche da quelle correzioni più di forma che di sostanza che la *Oberrevision* vi aveva apportate (18).

La *Revision,* mantenuta nel secondo disegno del 1872 (*zweite Entwurf der CPO*) (19), fu abolita nel terzo disegno riveduto dal *Bundesrat* (*dritte Entwurf der CPO*) (20) come impugnativa di seconda istanza e sostituita coll'appello; ma il suo nome passò alla *Oberrevision* la quale, come impugnativa di terza istanza, conservò quasi intatta, anche attraverso le discussioni parlamentari, la propria fisionomia processuale, e, sotto la nuova denominazione di *Revision,* entrò a far parte della legislazione dell'Impero germanico.

213. — L'Ordinanza processuale (*Zivilprozessordnung*) per l'Impero germanico, entrata in vigore il 1° ottobre 1879, poi modificata parzialmente da posteriori Novelle, regolava il sistema dei

---

(17) Cfr. BÄHR, *Rechtsmittel,* cit., § 2 (oltre, n. 221).

(18) BÄHR, *Ibidem,* § 3, pag. 18: « Il ritorno della suprema istanza al sistema della cassazione è un male necessario » (cfr. dello stesso BÄHR, in questo senso, *Die Einheit des obersten Gerichtshof in Preussen,* in « Preuss. Jahrbücher » XXII, 1868, pag. 621); WACH, *Entwurf,* pag. 104. È strano peraltro che ambedue questi scrittori, e più il secondo, fossero favorevoli a un ritorno alla forma pura del ricorso in cassazione, poichè pensavano che questo istituto servisse soltanto a far valere la violazione dell'*ius in thesi* e non presentasse quella complicazione del riesame della qualifica giuridica del rapporto concreto, che essi consideravano una non commendevole novità introdotta dalla *Revision* e dall'*Oberrevision,* mentre era solamente la più chiara prova della derivazione di questi istituti dallo stesso ricorso in cassazione!

(19) WACH, *Handbuch,* 152.

(20) *Ibid.,* 154. Cfr. HARRASOWSKY, *Rechtsm.,* pag. 361 e 383.

mezzi per impugnare una sentenza nei §§ 472-554, che nel testo attualmente in vigore, sono diventati i §§ 511-591, ai quali sempre, d'ora in avanti, ci riferiremo. La distinzione, tradizionale nella dottrina tedesca del diritto comune, tra mezzi di impugnativa ordinarî e straordinarî (retro, n. 73), non è accolta dal vigente Regolamento germanico, il quale limita il concetto di « rimedio giudiziario » (*Rechtsmittel*, §§ 511-577) solo a quei mezzi d'impugnativa che la tradizione denominava ordinarî, mentre i cosiddetti mezzi di impugnativa straordinarî sono considerati a parte, come « azioni di riapertura del procedimento » (*Wiederaufnahme des Verfahrens*, §§ 578-591). Il criterio che presiede al sistema dell'Ordinanza germanica è il seguente: poiché l'ordinamento della giustizia garantisce ai litiganti, prima della decisione irrevocabile, una pluralità di istanze dinanzi ai diversi gradi della gerarchia giudiziaria, in modo che un unico processo consta normalmente di più fasi distinte dinanzi a giudici diversi, preordinate e anteriori al formarsi della cosa giudicata, si chiama *Rechtsmittel* (noi diciamo « mezzo di gravame » *stricto sensu*) (21) il mezzo concesso alla parte per passare dalla fase inferiore a quella superiore dello stesso processo; mentre si chiama azione di riapertura del procedimento (« azione di impugnativa » *stricto sensu*) (22) quel mezzo col quale una parte, senza ricorrere a un giudice superiore, può togliere efficacia giuridica a una sentenza già passata in giudicato, a causa di un determinato difetto inerente a questa sentenza, per l'accertamento del quale sorge un nuovo giudizio e non una nuova fase del processo oramai esaurito (23).

Da questa differenza fondamentale tra i « rimedî giudiziarî » e le « azioni di riapertura » deriva una serie di diversità secondarie, che la dottrina riassume nel modo seguente:

---

(21) Cfr. il mio scritto: *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*; e vol. II, capit. VII.

(22) *Ibidem*.

(23) Cfr. i Motivi del *CPO* (Hahn, *Die gesammten Materialien einer CPO*. 1. Abtheilung, Berlin, 1881, 2. Aufl.), *Allgemeine Begründung*, § 11, pag. 39. Sul criterio adottato dal *CPO* germanico in questa contrapposizione; Chiovenda, *Principii*, pag. 952, nota 3; Hellwig, *System*, I, § 237; Schmidt, *Lehrbuch* (2ª Ed.), § 124, il quale dice arbitraria tale contrapposizione (pag. 778); Weismann, I, § 102; Kleinfeller (2ª Ed.), § 114, II; Petersen, *Die CPO in das deuts. Reich* (5ª Ed., Lahr, 1906). II. Bd., pag. 1; Engelmann, *Der deuts. Civilprozess* (Breslau, 1901), pag. 356; Wach, *Vorträge*, pag. 244: « *Rechtsmittel* è solamente il mezzo di impugnativa, proposto mentre il processo è in corso e continuante il processo, contro una decisione del giudice per ottenerne il riesame da parte di un giudice superiore ».

a) mentre i primi provocano il riesame del giudice superiore, le seconde si portano dinanzi allo stesso giudice che ha emesso la sentenza impugnata;

b) mentre i primi hanno il carattere di rimedî normali, le seconde si possono esperimentare solo in via sussidiaria, in mancanza di quelli;

c) i primi sono esperimentabili in un termine brevissimo, le seconde in un termine che può durare parecchi anni;

d) i primi essendo precedenti al compiersi della cosa giudicata in senso formale, hanno effetto sospensivo, mentre le seconde non possono mai sospendere l'effetto della cosa giudicata già formatasi (24).

Tra i veri e propri mezzi di gravame, l'Ordinanza germanica considera l'appello (*Berufung*, §§ 511-544), il quale, ammesso contro le sentenze di prima istanza, ha l'effetto di riaprire in seconda istanza lo stadio istruttorio per un *novum iudicium*, come l'appello romano, non il solo stadio di decisione per una *revisio in facto et in iure*, come l'appello del diritto comune tedesco (25); la revisione (*Revision*, §§ 545-566), la quale è ammessa contro alcune sentenze di appello, ha l'effetto di riaprire in terza istanza lo stadio di decisione per un riesame della sola questione di diritto (*revisio in iure*); istituto complementare e non ben definito è la querela (*Beschwerde*, §§ 567-576), la quale, con effetti simili a quelli dell'appello ma con forme molto più semplici, viene portata al giudice superiore contro le sentenze di carattere preparatorio e secondario (26).

Le azioni di riapertura sono due: la *Nichtigkeitsklage* (§ 579) e la *Restitutionsklage* (§ 580), derivazioni dalla *querela nullitatis insanabilis* e dalla *restitutio in integrum* del diritto comune. La prima è esperimentabile per vizî inerenti alla composizione dell'organo giudicante o per mancata rappresentanza in giudizio di una parte (§ 579); la seconda è esperimentabile in quei casi in cui, quantunque il processo sia formalmente regolare, l'equità si oppone a che la sentenza conservi la sua efficacia, poiché una delle parti,

---

(24) Cfr. specialmente SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 124 cit. (pag. 781-782).

(25) *Allgemeine Begründung*, § 12 (Ed. cit., pag. 139). Cfr. oltre i Trattati generali, WACH, *Vorträge*, 245 e segg.; BAYER, *Entscheidungsgrundlagen*, pag. 122 e segg.; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 343 e segg.; KRIES, *Rechtsmittel*.

(26) Essa viene paragonata alla *simplex querela* del diritto comune: cfr. WACH, *Vorträge*, 246 e segg.; KRIES, *Rechtsmittel*. Sulle sue diverse specie (*einfache* e *sofortige; erste* e *weitere*), cfr. HELLWIG, *System*, § 240; SCHMIDT, § 124, IV. Cfr. anche l'*Allg. Begründung*, § 11, in fine.

o durante la raccolta del materiale di lite, o durante la decisione è stata posta in condizione di inferiorità di fronte all'avversario o privata della possibilità di far valere le sue ragioni in giudizio (27) (§ 580). Ambedue queste azioni si propongono dinanzi al giudice *a quo* (§ 584), entro il termine di cinque anni decorrente da quando la sentenza è passata in giudicato e di un mese decorrente da quando la parte ha avuto scienza del motivo di impugnativa (§ 586); il primo termine non si applica peraltro all'azione di nullità per difetto di rappresentanza.

Il diritto che ha il contumace di fare opposizione (*Einspruch*, § 338) contro la sentenza pronunciata in sua contumacia per ottenere la riapertura del giudizio non è considerato dall'Ordinanza germanica fra i mezzi di impugnativa (28). L'Ordinanza non ha accolto poi l'istituto della opposizione di terzo (29).

214. — Prima di esaminare com'è disciplinato dall'attuale Ordinanza germanica il rimedio della *Revision*, dobbiamo vedere da quale intento i legislatori tedeschi siano stati mossi nell'istituirlo, e quale corrispondenza esso trovi nell'ordinamento giudiziario.

La *Revision*, come ulteriore mezzo di gravame ammesso contro le sentenze d'appello, si riannoda evidentemente col principio delle tre istanze (30), tradizionale, come si è veduto, nell'ordinamento tedesco (retro, n. 95). Ma l'influsso della tradizione non sarebbe stato determinante per la recezione di questo mezzo d'impugnativa nel diritto attuale, poiché nei motivi del *CPO* è riconosciuto che per tutelare le esigenze della giustizia è garanzia sufficiente quella del doppio grado (31), se la istituzione della *Revision* in terza istanza non fosse stata consigliata anche da uno speciale interesse pubblico, di cui non v'è traccia negli altri mezzi di gravame, che è l'interesse al mantenimento dell'unità del diritto obiettivo per mezzo di una uniforme interpetrazione giurisprudenziale (32). La Revisione del processo germanico è dunque un rimedio giudiziario concesso alla parte per la tutela del suo diritto subiettivo, e serve così, come gli altri *Rechtsmittel*, all'attuazione della volontà di legge concreta; ma intanto essa è concessa al privato e posta al ser-

---

(27) Cfr. specialmente SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 127; HELLWIG, *System*, § 241.

(28) WACH, *Vorträge*; SCHMIDT, § 124, V; HELLWIG, § 199. Cfr. il mio scritto *Vizî della sentenza*, nota 72; CHIOVENDA, *Principii*, 972, nota 3.

(29) CHIOVENDA, *Principii*, pag. 953, nota 3.

(30) Cfr. WACH, *Vorträge*, pag. 246 e 284.

(31) *Allg. Begründung*, § 14 (Ed. HAHN, I. 141).

(32) *Allg. Begr., ibidem.*

vizio di questo scopo, in quanto essa possa contemporaneamente appagare l'interesse dello Stato ad una uniforme giurisprudenza (33). Come per il ricorso in cassazione del diritto francese (retro, n. 193), così anche per la Revisione del diritto germanico la tutela giuridica degli interessi delle parti è lo scopo immediato, ma non lo scopo ultimo; l'attuazione delle concrete volontà di legge relative ai singoli è solamente un bene strumentale che serve al bene finale della uniformità della interpretazione giuridica astratta. Da questo particolare intento, che distingue la *Revision* dagli altri mezzi di gravame, deriva la sua costruzione processuale, la quale limita la terza istanza alle sole questioni la cui risoluzione può minacciare la uniformità della giurisprudenza, cioé alle sole questioni di diritto (oltre, n. 216); ed il suo influsso sull'ordinamento giudiziario, il quale, appunto allo scopo di unificare la interpretazione del diritto. ha creato per la decisione delle revisioni un unico organo supremo posto al vertice della gerarchia dei tribunali, la cui autorità si estende sulla vita giuridica di tutto l'Impero germanico (34).

215. — Al binomio del diritto francese *pourvoi en cassation*: *Cour de cassation*, corrisponde nel diritto tedesco il binomio *Revision*: *Reichsgericht*, i cui termini non possono essere scissi senza perdere di significato, poiché si integrano vicendevolmente.

Al Tribunale dell'Impero (*Reichsgericht*), il quale, succedendo al supremo tribunale commerciale istituito fin dal 1871 (35), ebbe sede in Lipsia (36) e fu poi regolato dai §§ 125-141 della Legge sull'ordinamento giudiziario (*Gerichtsverfassungsgesetz* in vig, 1° ott. 1879), spetta l'ufficio di vegliare alla uniforme interpretazione del diritto da parte di tutti i tribunali tedeschi; a tale scopo i processi civili (37) che vengono iniziati dinanzi ai tribunali di prima istanza

(33) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 797; KLEINFELLER, *Lehrbuch*, § 119, I. Si cfr. sopratutto il già citato scritto del WEISMANN, *Einheitliches Recht und einheitliche Rechtsprechung*, 169, che certamente contiene quanto di più esatto e di più significativo è stato detto in Germania sullo scopo della *Revision*; cfr. anche WEISMANN, *Lehrbuch*, I, § 100, I. Sull'unità del diritto cfr. anche: SILBERSCHMIDT, *Die deutsche Rechtseinheit* (Berlin-Leipzig, 1911).

(34) SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 800. Sulla funzione di unificazione nazionale del *Reichsgericht*, cfr. FULD, *Das deuts. Reichsgericht* cit. (in « A. für öff Recht », II, 103-120); BAR, *Das deutsche Reichsgericht* (in HOLTZENDORFF's u. ONCKEN's *Zeitund Streitfragen*, LX, 1875).

(35) WETZELL, *System*, pag. 395 e segg.; HARRASOWSKY, *Rechtsm.*, pag. 383.

(36) L. 11 aprile 1877. Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 196.

(37) Lo stesso, salve le differenze di ordinamento giudiziario, per i processi penali suscettibili di *Revision*: sulla Revisione in materia penale, cfr. KRIES, *Rechtsmittel* cit.

(*Landgerichte*: *GVG*, §§ 58 e segg.) e che in sede d'appello vanno dinanzi ai tribunali superiori (*Oberlandesgerichte*: *GVG*, §§ 119 e segg.), giungono in terza istanza, qualora esistano le condizioni per l'esercizio della revisione, dinanzi al Tribunale supremo, che in tal modo accentra in sé (38) la definitiva decisione di tutte le questioni di diritto passate attraverso i gradi inferiori della gerarchia giudiziaria (con esclusione, peraltro, delle cause decise in prima istanza dagli *Amtsgerichte*: *GVG*, §§ 22 e segg., e in appello dai *Landgerichte;* e di tutte le altre per varî motivi sottratte alla revisione) (39).

Siccome però il lavoro derivante dal confluire delle cause di un così vasto ordinamento giudiziario ad un unico tribunale supremo non potrebbe essere assolto da un unico collegio giudicante, il Tribunale dell'Impero ha dovuto esser diviso in sezioni (*Senate*: *GVG*, § 132), le quali giudicano collegialmente con sette membri (*Räten*: *GVG*, § 126), compreso il presidente di Sezione (*GVG*, § 140) (40). Queste sezioni (le quali per gli affari civili, da cinque che erano in origine, furono aumentate a sei nel 1886, a sette nel 1899, mentre, per gli affari penali, da tre sono state portate a sei) siedono contemporaneamente, e la ripartizione degli affari tra esse non segue in base a diversità di attribuzioni funzionali tra sezione e sezione, poiché nell'ordinamento germanico che non ha accolto l'istituto della *Chambre des requêtes*, tutte le sezioni giudicano definitivamente sulle cause di cui sono investite. Si intende da ciò che il Tribunale supremo, il quale è stato istituito allo scopo di accentrare la giurisprudenza in un organo unico, verrebbe a mancare al suo scopo e a trasformarsi in pratica in tanti diversi tribunali quante sono le sezioni che lo compongono, ove non esistesse un mezzo per evitare il formarsi di una perniciosa disformità di giurisprudenza tra le stesse sezioni del Tribunale supremo. Questo mezzo è fornito dal § 137 della *GVG*, il quale, poiché nel *Reichsgericht* viene ad accentrarsi così la giurisprudenza civile come quella penale, stabilisce delle misure volte a garantire l'uniformità

(38) *Centralinstanz* lo chiama il WACH, in « D. I. Z. », 1898.

(39) Cfr. WACH, *Handbuch*, § 32, II. Il § 135 della *GVG* dice: « Nelle controversie civili il Tribunale dell'Impero è competente per la trattazione e la decisione sul rimedio giudiziario della revisione contro le sentenze definitive dei Tribunali superiori (*Oberlandesgerichte*) ».

(40) Dinanzi al *Reichsgericht*, come dinanzi alla *Cour de cass.* (retro, n. 195), sono ammessi a patrocinare soltanto gli avvocati iscritti in apposito albo (Legge sugli avvocati [*Rechtsanwaltsordnung*], 1° luglio 1878, §§ 100-102). Cfr. BOYENS, *Die Reichsanwälte des Reichsgerichts in den ersten 25 Jahren seines Bestehens* (Sonderheft des « Sächs. A. », pag. 141 e segg.).

della giurisprudenza nel solo campo del diritto civile (o commerciale) o nel solo campo del diritto penale; e delle misure ulteriori destinate a garantire l'uniformità di giurisprudenza in quelle questioni che possono essere comuni al diritto civile e al diritto penale. A tale scopo il suddetto § 137 ammette (cfr. retro, n. 209):

a) per evitare il formarsi di dissensi giuridici limitati alle sezioni civili o alle sezioni penali, la riunione di tutte le sezioni rispettivamente civili o penali (*vereinigten Senate*);

b) per evitare il formarsi di dissensi giuridici tra le sezioni civili e le sezioni penali, la riunione di tutte le sezioni, civili e penali, in seduta plenaria (*Plenum*).

In questo modo la disformità di giurisprudenza *in iure* tra le diverse sezioni del Tribunale dell'Impero viene eliminata, per dir così, in due riprese: prima unificando, nell'adunanza delle Sezioni unite, le opinioni disformi nell'ambito delle sezioni civili o delle sezioni penali, poi unificando nella seduta plenaria la disformità di opinioni tra questi due gruppi di sezioni. La riunione delle sezioni o del *Plenum* è provocata dalla sezione che, dovendo decidere una questione di diritto su cui già s'è pronunciata in un diverso processo un'altra sezione, o le Sezioni unite o il *Plenum*, voglia seguire un'opinione diversa: la causa nella quale sorge la questione di diritto da decidere non viene sottratta alla sezione che n'è investita, e le Sezioni unite o il *Plenum* si limitano a dare una risoluzione in astratto, la quale fa stato per la causa singola e costituisce nel futuro, per le singole sezioni, un *praeiudicium* obbligatorio, che può essere revocato soltanto da una nuova deliberazione delle Sezioni unite o del *Plenum* (41).

In questo modo il Tribunale dell'Impero, il quale nella seduta plenaria funziona, non più soltanto di nome, ma anche di fatto, come un consesso unico, serve praticamente a garantire la uniformità della giurisprudenza nello spazio (in quanto impedisce che esistano *contemporaneamente* disformi risoluzioni dello stesso punto di diritto in diverse sezioni), non già la uniformità della giurisprudenza nel tempo (in quanto non impedisce che una opinione di

---

(41) Il § 137 nella sua forma originaria non contemplava il caso di dissenso tra le sezioni civili e le sezioni penali; e inoltre voleva che alle sezioni unite fosse anche rinviata la decisione della causa in cui sorgeva la questione di diritto. Il § 137 fu poi modificato nella forma attuale dalla Novella del 17 marzo 1886: cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 196-197; WEISMANN, *Lehrbuch*, § 100, II, pag. 443, e sopratutto lo scritto già citato di SCHULTZENSTEIN, *Ueber die Einheit der Rechtsprechung: zu § 137 der G V G* (in « Z. », XVIII, 88), il quale fa la storia del § 137, ed esamina tutte le questioni alle quali la sua applicazione ha dato luogo in pratica.

diritto accettata una volta dalle Sezioni unite o dal *Plenum* possa, come si è detto, essere in seguito cambiata da una nuova deliberazione delle Sezioni unite o del *Plenum*) (42). Non pare del resto che la istituzione del *Plenum* goda di largo favore tra i componenti del Tribunale dell'Impero, poiché la deliberazione in seduta plenaria, alla quale possono prender parte circa novanta membri (43), non è per niente adatta alla deliberazione di questioni spesso sottili e difficili, che richiederebbe calma e raccoglimento; sicché i componenti del *Reichsgericht* fanno di tutto per evitare il rinvio di una questione al *Plenum*, manifestando per tale eventualità quello che i giuristi tedeschi chiamano scherzosamente l'*horror pleni* (44).

216. — Esaminiamo ora le norme che disciplinano nel diritto positivo tedesco l'istituto della *Revision* nelle sue condizioni e nel suo svolgimento processuale.

Poiché questa terza istanza, limitata alle sole questioni di diritto, è ammessa, come si è detto (retro, n. 214), soltanto in quella misura in cui l'interesse delle parti a ottenere una decisione concretamente giusta coincide coll'interesse dello Stato a mantenere in astratto l'uniformità della giurisprudenza, anche la costruzione processuale di questo rimedio risente della duplicità di interessi che in esso si coordinano; ciò appare specialmente nelle norme che determinano: *a*) per quali motivi; *b*) contro quali sentenze; *c*) da quali persone può essere esperimentata la revisione.

a) La considerazione dell'interesse dello Stato all'uniformità della interpretazione giurisprudenziale si manifesta specialmente nella norma fondamentale, determinante per quali motivi la Revisione può essere esercitata: cioé nel § 549 *CPO*, secondo il quale « la revisione può essere esercitata solo in quanto la decisione riposi sulla violazione di una legge dell'Impero o di una legge il cui vigore si estenda oltre la circoscrizione del Tribunale di appello ». Se la Revisione fosse, come l'appello, un rimedio istituito unicamente per garantire alle parti una migliore tutela giuridica, essa dovrebbe essere concessa tanto per errore di diritto quanto per errore di fatto, poiché da ambedue queste specie di errori è distrutta la giustizia concreta della sentenza (45): quando

---

(42) SCHULZENSTEIN, Scritto cit., pag. 118.

(43) Tredici sezioni di sette membri, più il primo presidente: in tutto novantadue persone.

(44) Sulle ragioni di questo *horror pleni*, cfr. SCHULZENSTEIN, Scritto cit., pag. 120; e sulla necessità che il § 137 abbia maggiore applicazione pratica, SILBERSCHMIDT, *Die deutsche Rechtseinheit* cit.

(45) Cfr. SONNENSCHMIDT, Scritto cit., pag. 429.

il legislatore limita l'esperibilità della Revisione al solo caso di errore di diritto, introduce evidentemente nel processo un criterio di interesse pubblico diverso da quello che è posto a base della funzione giurisdizionale. La Revisione può essere esercitata solo per violazione di una norma giuridica, senza peraltro distinguere quale sia l'origine di questa norma, poiché l'istituto non è posto a difesa della legge in senso formale, ma della interpretazione uniforme di tutto il diritto obiettivo (46): quindi, come espressamente insegnano i Motivi (47), la revisione è ammessa anche per violazione di una norma ottenuta per via di interpretazione, o appartenente al diritto consuetudinario. Se però l'origine della norma giuridica violata non ha influsso sulla esperibilità della revisione, viene in considerazione l'estensione del territorio sul quale la norma giuridica ha vigore: infatti, poiché la Revisione è istituita allo scopo di unificare le varie interpretazioni che di una stessa norma giuridica possono dare diversi tribunali d'appello, non c'è necessità di unificazione quando la norma non estende la sua sfera di efficienza oltre il territorio di un solo tribunale d'appello, il quale, in questo caso, può esso stesso, e con miglior conoscenza del diritto locale, compiere la funzione di unificare la giurisprudenza entro la sua circoscrizione (48). Si fa distinzione, dunque, da questo punto di vista, tra norme giuridiche *revisibili* e norme giuridiche *non revisibili*; le prime, secondo il § 549 *CPO*, già citato, sono quelle emesse dal potere legislativo comune a tutto l'Impero, o quelle appartenenti al diritto obiettivo proprio di uno Stato confederato o di un gruppo di Stati, le quali peraltro abbian vigore nel territorio del tribunale d'appello di cui si impugna la sentenza e si estendano oltre la sua circoscrizione (49).

---

(46) Legge di entrata in vigore del *CPO* (*Einführungsgesetz zur CPO*), del 20 gennaio 1877, § 12: « *Legge* nel significato dell'Ordinanza processuale civile e di questa Legge è ogni norma giuridica (*Rechtsnorm*) ».

(47) *Besondere Begründung*, sui §§ 487-488 del disegno di legge (§§ 511-512 del testo approvato; §§ 549-550 del testo attuale), pag. 365-366 della Ed. HAHN, I. Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 798; WEISMANN, § 100, I, 3; SONNENSCHMIDT, scritto cit., pag. 439 e sgg.; PETERSEN, CPO, vol. II, *sub* § 550, pag. 71-72. Per la revisione basata su violazione del diritto straniero, essa è ammessa solo in quanto si afferma che in conformità del diritto internazionale doveva essere applicata una norma giuridica straniera invece di una nazionale, o viceversa, e in quanto dalla interpretazione del diritto internazionale dipende la risposta alla questione se è impegnata la reciprocità: cfr. KLEINFELLER, *Lehrbuch*, § 120, pag. 521 e WITTMAAK in « i. Recht », XIV (1910), pag. 539 e 545.

(48) *Allg. Begründung*, § 15 (Ed. HAHN, I, pag. 144).

(49) Cfr. SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 801 *c*); HELLWIG, *System*, § 239, III, 3 *c*).

La norma giuridica, la cui violazione dà luogo a revisione, può essere di diritto sostanziale o di diritto processuale: l'Ordinanza germanica accomuna così in un'unica disposizione gli *errores in iudicando* e gli *errores in procedendo* (50), purché siano errori di diritto.

Per quanto riguarda la violazione di legge *in iudicando*, questa non è intesa dal *CPO* germanico come la violazione dell'*ius in thesi clarum* contemplata dal diritto comune e dall'*AGO* prussiana del 1793, né come la violazione di un principio giuridico astratto (*Rechtsgrundsatz*) ammessa dall'Ordinanza prussiana del 1833 (51). La violazione di legge con più largo criterio è invece considerata esistente tutte le volte che « una norma giuridica non è applicata o non è rettamente applicata » (§ 550 *CPO*) al caso concreto, ossia non solo tutte le volte che la sentenza è conclusione di un sillogismo contenente un errore di diritto nella premessa maggiore, ma anche tutte le volte che l'errore di diritto è intervenuto nella premessa minore. I Motivi del *CPO* espressamente fanno notare che la Revisione deve intendersi ammessa anche per erronea risoluzione delle questioni di diritto concrete ossia per erronea « sussunzione » del fatto sotto una certa norma giuridica (52): e la

---

Peraltro questa regola contenuta nel § 549 poteva essere ampliata o ristretta relativamente a determinate leggi, per mezzo di ordinanza imperiale (*Einführ. G.*, § 6). Ciò accadde per mezzo della Ordinanza del 28 settembre 1879, di cui il testo in PETERSEN, II, *sub* § 549; questa e simili disposizioni dettero luogo a severe critiche: cfr. SONNENSCHMIDT, scritto cit., pag. 425 e segg.; REULING, *Revisible und nichtsrevisible Rechtsnormen* (Berlin, 1880, in « J. W. »); ECCIUS, *Die Revisionsinstanz und das Landrecht nach der Verord. vom 28 sept. 1879* (in « Beitr. zur Erlaut. des deutsc. Rechts » di GRUCHOT, XXIV, 23); FELS, *Revisions- und Sonderrecht* (1884); ROCHOLL, *Die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten und ihre Grenzen* (« Z. », X, 285) *D*, pag. 303.

(50) HELLWIG, *System*, § 239, III, 3, *a*) e *b*).

(51) *Besondere Begründung.*

(52) *Besondere Begründung, sub* §§ 487-488: « Il caso praticamente più importante dell'applicazione della revisione è offerto dalla inesatta sussunzione dei fatti sotto la legge... ». Al disegno è affatto estranea la distinzione delle questioni di diritto in questioni concrete e questioni astratte, e la esclusione delle prime dal riesame del giudice superiore. All'esame e alla decisione del Tribunale di revisione è per esempio sottoposta senza dubbio la questione « se nella sussunzione dei fatti accertati in giudizio sotto i concetti giuridici di possesso, *culpa*, etc., sia stato commesso un errore dal Tribunale di appello... » (Ed. HAHN, I, 366-367). Dai Motivi appare anche che, per evitare ogni dubbio sulla esperibilità della revisione per errore di sussunzione, si voleva aggiungere un § così concepito: « In special modo è da considerarsi come violazione della legge ogni ingiusta qualificazione giuridica dei fatti addotti dalle parti in appoggio dei loro mezzi di attacco o di difesa, o dei fatti ammessi come provati »; ma poi si ritenne superflua questa aggiunta.

dottrina considera anzi la revisione per errore di « sussunzione » come il caso tipico nel quale si manifesta la novità dell'istituto in confronto ai suoi precedenti storici, e ritiene che questa larghezza di criterio nel determinare il concetto di violazione di legge sia particolarmente favorevole allo scopo di unificazione della giurisprudenza che la Revisione si propone (53), poiché, dal riesame della concreta qualifica giuridica dei singoli rapporti controversi, sempre meglio si precisa nel confronto pratico colle fattispecie concrete il significato e la portata di quelle espressioni colle quali la norma giuridica indica gli estremi della fattispecie legale da essa supposta in astratto (54).

Per quanto attiene alle violazioni di legge *in procedendo*, queste consistono sempre in semplici inesecuzioni di un precetto processuale commesse dal giudice o dalla parte; e quindi esse possono senza distinzione dar tutte luogo a revisione, qualora non siano state sanate durante il giudizio d'appello (§ 558 *CPO*: cfr. § 295 *ib.*) (55).

La Revisione può essere esperimentata soltanto per errore di diritto, sostanziale o processuale; ma, per quella coordinazione d'interessi che è posta a base dell'istituto, l'errore di diritto non dà luogo a revisione se non quando esso stia in relazione di causa ad effetto colla sentenza (errore *causale*), sicché si possa ritenere che senza questo errore la sentenza sarebbe stata pronunciata favorevole all'attore in revisione (56). Ciò vale per gli *errores in iudicando*, pei quali il § 563 *CPO* dispone che « se la motivazione della sentenza rivela una violazione di legge, ma la sentenza si dimostra giusta in base ad altri motivi, dev'essere rigettata la revisione » (57); ma vale anche per gli *errores in procedendo*, i

---

(53) L'analisi dell'errore di diritto contenuto nella erronea sussunzione è stata fatta specialmente da Stahl, in tre scritti, uno dei quali, già citato, in « C. A. », LVI, 157, il secondo in « Arch. », di Goltdammer, 1876, 169, il terzo, riassuntivo dei precedenti, ***Zur Lehre von der Revision***, in « C. A. », LXVII, 94. Specialmente lo Stahl mette in luce che l'erronea sussunzione in tanto dà luogo a revisione in quanto dimostra una falsa concezione della norma giuridica, che è a detrimento della uniforme interpretazione del diritto obiettivo: cfr. il primo scritto, pag. 161, nota 6; secondo scritto, pag. 172 e segg.; terzo scritto, pag. 98 e segg. Contro queste limitazioni poste da Stahl, cfr. Stein, *Das private Wissen des Richters*, pag. 118-119, che le chiama « *Constructionen* ».

(54) Cfr. Boyens, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage*, pag. 154-172 (specialmente *sub* E, pag. 171-172).

(55) *Bes. Begründ.*, l. c., ed. cit., I, pag. 366.

(56) Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 800; Weismann, I, pag. 444-445; Wach, *Vorträge*, 243.

(57) Sull'origine di questo articolo nel diritto comune, cfr. retro, n. 66, e il mio *Error in iud.*, n. 55 e n. 68, nota 116.

quali non possono dar luogo a revisione quando non si può dimostrare che la sentenza impugnata *si basi* (*beruhe*: § 549 cit.) sulla violazione di legge processuale. Uno strappo a questa regola è però fatto per gli *errores in procedendo* dal § 551 *CPO*, il quale, in alcuni casi di violazione di leggi processuali più importanti ivi enumerate, dichiara che il nesso di causalità tra la violazione di legge e la sentenza non ha bisogno di essere dimostrato, ma si presume sempre esistente. Questa enumerazione (la quale comprende *errores in procedendo* consistenti in difettosa composizione dell'organo giudicante in competenza, mancata rappresentanza in giudizio, inosservanza del principio della pubblicità, mancanza di motivazione) ha carattere esemplificativo come quella contenuta nel § 654 del *P. E.* (retro, n. 211), non tassativo come quella contenuta nell'Ord. prussiana del 1833, II, § 5 (retro, n. 209); non esclude quindi che per altri *errores in procedendo*, di fronte ai quali la causalità non è presunta, essa possa essere dimostrata, come sempre deve essere dimostrata per gli *errores in iudicando*.

b) La Revisione, come si è detto, è una forma di terza istanza; ma se in essa l'istituto della terza istanza avesse avuto pieno riconoscimento, sia pure nei limiti della sola *quaestio iuris*, la Revisione dovrebbe essere ammessa contro ogni sentenza di appello, come un generico mezzo di transizione dal secondo grado all'ulteriore stadio del giudizio. Invece, poiché la terza istanza è ammessa solo in quanto serva al raggiungimento della uniformità della giurisprudenza, sono escluse dalla revisione le sentenze d'appello pronunciate dai *Landgerichte* (corrispondenti ai nostri Tribunali) nelle cause che in prima istanza sono state decise dagli *Amtsgerichte* (corrispondenti ai nostri Pretori), poiché, se contro queste sentenze fosse ammessa una ulteriore istanza, questa dovrebbe essere portata agli *Oberlandesgerichte* (corrispondenti alle nostre Corti d'appello), e non risponderebbe quindi allo scopo di accentrare in un organo unico la risoluzione delle questioni di diritto (58). Solamente le sentenze degli *Oberlandesgerichte* sono dunque ammesse alla revisione (§ 545 *CPO*); ma, anche queste, non tutte: poiché, se tutte fossero suscettibili di essere sottoposte al riesame del Tribunale dell'Impero, questo avrebbe bisogno per funzionare in pratica di un numero così grande di sezioni, che renderebbe impossibile l'unificazione della giurisprudenza (59). Il legislatore germanico ha dovuto cercare dunque un mezzo pratico per diminuire il

(58) Ragionamento contenuto nella *Allg. Begründung*, § 15 (Ed. Hahn cit., pag. 143).

(59) *Ibidem*.

numero delle revisioni che possono essere portate al tribunale supremo: e per scegliere il criterio di limitazione si è valso dell'esempio di quelle misure restrittive che già il diritto comune tedesco aveva escogitate per reprimere l'abuso della *Oberappelation* (retro, n. 208 *b*, nelle note). Il disegno aveva accolto il sistema tradizionale della doppia conforme, ammettendo la revisione solo contro una sentenza di appello che avesse variato la sentenza di primo grado (60), ma la commissione parlamentare, su proposta di STRUCKMANN (61), respinse tale sistema e gli sostituì quello della *summa revisionis*, accolto poi nella redazione definitiva del *CPO* (§ 508, attualmente § 546), per il quale la revisione non è ammessa qualora la causa non raggiunga o superi un certo valore patrimoniale (*Revisionsumme*), che in origine fu determinato in 1500 marchi, ma che poi, per la sempre crescente necessità di limitare l'affollamento delle cause dinanzi al Tribunale dell'Impero, fu inalzato da successive Novelle prima a 2500 (62) e poi a 4000 marchi (63) (oltre, n. 220).

c) Queste sono le restrizioni che al diritto di revisione apporta la considerazione di quello speciale interesse pubblico che sta a base dell'istituto. Ma, inversamente, questo interesse non è suscettibile di tutela se non in quanto coincida coll'interesse di una parte alla riforma della sentenza: ciò si manifesta specialmente nella norma secondo la quale la revisione, come l'appello, non può essere esercitata se non da coloro che sono stati parti in causa nel giudizio di secondo grado (64); è escluso dunque in ogni caso l'esperimento di una revisione « nell'interesse della legge » da parte dell'avvocato dello Stato, poiché l'interesse pubblico al man-

---

(60) Così il § 485 del Disegno di legge. La motivazione (*Besond. Begr.*) si trova in HAHN, I, pag. 363-364.

(61) Cfr. HAHN, I, pag. 525 e segg.: « *Die Entwürfe in der Kommission des Reichstag* ». Discussioni sui §§ 485-487 e pag. 721 e segg., per la prima lettura; per la seconda lettura, *ib.*, II, pag. 1022 e segg., 1108 e segg. (sedute del 22 maggio, 27 ottobre 1875; 8 e 22 maggio 1876). Relazione della commissione, *ib.*, pag. 1164.

(62) L. 5 giugno 1905.

(63) L. 22 maggio 1910. — Vi sono per altro delle sentenze le quali sono sottoposte a revisione indipend. dai limiti di valore: cfr. § 547 *CPO*. Il loro numero è stato però sempre più ristretto dalle Novelle. Cfr. SCHMIDT, *Die Neuerungen im Zivilprozessrecht* (Leipzig, 1910), pag. 78-79; ed OPPLER, *Zur Anwendung des Reichsgerichtszuständigkeitsgesetzes v. 22 Mai 1910*, in « D. I. Z. », 1910, 726.

(64) FITTING, *Reichs Civilprocess*, 13. Aufl., pag. 437; HELLWIG, *System*, § 239, I, 2.

tenimento dell'uniforme interpretazione non è suscettibile di una tutela separata (65).

217. — La concorrenza dell'interesse delle parti a una sentenza giusta coll'interesse dello Stato a una uniforme giurisprudenza ha prodotto i suoi effetti anche nella determinazione dei requisiti formali e del procedimento della revisione (66); poiché, se in origine essa fu concepita dal legislatore germanico come un mezzo di gravame ordinario (retro, n. 213), questo suo carattere originario ha ricevuto poi da una serie di successive riforme sempre più profonde limitazioni e alterazioni destinate a ostacolare l'esercizio della revisione tutte le volte che esso, pur rispondendo a un interesse della parte, non serve al fine di mantenere l'uniformità della giurisprudenza.

a) Ciò appare anzitutto nel procedimento introduttivo della Revisione. Mentre, nella redazione originaria del *CPO*, la Revisione si proponeva, nel termine di un mese decorrente dalla sentenza d'appello, con *citazione* all'avversario (67), essa dopo la Novella del 5 giugno 1905 si propone, nello stesso termine, con *ricorso* (*Revisionsschrift*) diretto al Tribunale dell'Impero; questa riforma ha avuto lo scopo di dar modo al Tribunale, prima che la causa venga portata in contraddittorio all'udienza, di rigettare d'ufficio il ricorso, dietro esame preliminare, tutte le volte che esso è inammissibile per ragioni formali (§ 554 *a*) (68): affinché il rigetto d'ufficio non sia pronunciato occorre che il ricorrente (*Revisionskläger*), oltre aver osservato le condizioni generali di ammissibilità (69), abbia adempiuto al cosiddetto « obbligo di motivazione » (*Begründungszwang*) introdotto dalla legge 1905 (70), per il quale,

---

(65) Schmidt, *Lehrbuch*, 797, *sub* a).

(66) Schmidt, *Lehrbuch*, § 126, II, pag. 804.

(67) § 511 *CPO*, poi, dopo le Novelle del 1898, divenuto senza variazioni il § 553; cfr. Petersen, II, pag. 76.

(68) Petersen, II, *Appendice*, pag. 830. Cfr. *Materialien zu dem Gesetz vom 5. Juni 1895* (Leipzig, 1905), *Begründung*, pag. 15-16. Cfr. anche l'esame del disegno di legge fatto da Seuffert, in « Z. », XXXIII, 435 (*Der Entwurf eines Gesetz betr. Aenderungen der ZPO*).

(69) *Statthaftigkeit* e *Zulässigkeit* della revisione: cfr. Schmidt, *Neuerungen*, pag. 80.

(70) L'introduzione del *Begründungszwang*, che non era stata accolta nel disegno del Governo, vi fu poi compresa per proposta della commissione del *Reichstag* (cfr. *Materialien* cit., pag. 7-8 e pag. 72-79). Nella redazione del *CPO* anteriore al 1905 la motivazione del ricorso era richiesta, ma non a pena di rigetto (« *soll* », non « *muss* »: cfr. § 554 in Petersen, II, 78), e la *Besond. Begründ.* espressamente diceva che la motivazione della revisione poteva essere tra-

o nel ricorso stesso o in uno scritto successivo da presentarsi entro un dato termine, il ricorrente deve dichiarare in che limiti (*Revisionsanträge*), e per quali motivi (*Revisionsgründe*) chiede la revisione, esponendo, se si tratta di *error in iudicando*, le norme giuridiche ch'egli pretende violate, e se si tratta di *error in procedendo*, i fatti che costituiscono il difetto processuale (§ 554); occorre inoltre, per la Nov. 22 maggio 1910 (71), che il ricorrente giustifichi entro un dato termine di aver eseguito quel deposito cauzionale (*Gebührenvorschuss*), senza il quale la revisione si considera come mancante di motivazione (§ 554, cpv. 6°). Se il ricorso non è dichiarato inammissibile per motivi desunti dalla forma, viene notificato d'ufficio alla controparte (§ 553 *a* cpv.) e portato all'udienza (§ 555). La revisione, come mezzo di gravame ordinario, dovrebbe per principio avere effetto sospensivo; ma dopo le Novelle del 22 maggio 1910 questa regola, conservata in teoria, è stata in pratica annullata col disporre che le sentenze degli *Oberlandesgerichte* debbano sempre, anche senza domanda di parte, esser dichiarate provvisoriamente eseguibili (§ 708, n. 7). Questa norma, come le altre introdotte dalle Novelle, ha l'intento di ostacolare la presentazione di domande in revisione senza fondamento e a scopo meramente dilatorio (72).

b) Per ciò che riguarda l'estensione del riesame che può essere compiuto dal giudice di revisione, bisogna distinguere se la revisione si basa su *error in iudicando* o su *error in procedendo*. Nel primo caso, il giudice non può procedere *ultra petita partium* per ciò che riguarda i limiti della domanda (*Revisionsanträge*), ma non è obbligato a restringere il suo esame ai soli motivi di revisione

---

lasciata senza pregiudizio (Ed. HAHN, I, pag. 365). Nel 1905 tale motivazione fu imposta a pena di rigetto della revisione; ma l'effetto, che taluno voleva attribuire a tale obbligo di motivazione, di escludere dal riesame del Tribunale di revisione tutte quelle violazioni di legge che non fossero state rilevate dalla parte, fu limitato ai soli *errores in procedendo*: cfr. PETERSEN, II, *Appendice*, pag. 832. Sulla esegesi delle nuove disposizioni, cfr. SCHEELE, *Ueber das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen nach der Zivilprozessnovelle*, in « J. W. », 1905, 353; MÜLLER, *Der Begründungszwang in dem Rechtsmittel der Revision nach der neuen Zivilprozessnovelle*, in « D. J. Z. », 1905, 719.

(71) Questo deposito cauzionale per le spese di lite (cfr. sull'applicazione di questo istituto nel *CPO* germanico, SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 168) è cosa tutta diversa da quella multa alla quale è sottoposto il ricorso per cassazione francese; ma l'aver imposto tale deposito a pena di rigetto della revisione, come ha fatto la L. 22 maggio 1910, dimostra che a questo deposito cauzionale si vuol dare il carattere di una misura volta a ostacolare i ricorsi temerarî: cfr. SCHMIDT, *Neuerungen* cit., pag. 80; HELLWIG, *Lehrbuch*, 239, II, 3 (pag. 851).

(72) Cfr. SCHMIDT, *Neuerungen*, pag. 79.

(*Revisionsgründe*) fatti valere dalla parte: non può spingersi a riesaminare la verità dei fatti accertati dal giudice d'appello (§ 561 cpv.), perché la revisione è solo *revisio in iure*; ma, senza rimettere in discussione le questioni di fatto, esso, per la regola *iura novit curia* (72), può riesaminare tutte le questioni di diritto che la decisione impugnata coinvolge, allo scopo di vedere se in essa si trovino violazioni di legge anche diverse da quelle rilevate dalle parti (purché si tratti di leggi *revisibili*: § 562), (§ 559) (74). Nel secondo caso, invece, il giudice non solo è tenuto a non eccedere i limiti della domanda, ma neppure può, dopo la Nov. 1905 (75), tener conto di motivi di revisione diversi da quelli fatti valere tempestivamente dalla parte (§ 559); entro questi confini, il giudice di revisione deve scendere al riesame dei fatti processuali che costituiscono gli *errores in procedendo* lamentati dalla parte, e talvolta anche, quando il motivo di revisione fatto valere riguarda una irregolarità intervenuta nella raccolta del materiale istruttorio, al riesame dei fatti del rapporto sostanziale (§ 561).

c) Qualora la revisione appaia fondata, conseguenza costante del suo accoglimento è l'annullamento (*Aufhebung*) della sentenza. Per la pronuncia della nuova sentenza in merito, diversi sono però gli effetti secondoché la revisione sia basata su un *error in iudicando* o su un *error in procedendo*: nel primo caso, che costituisce la *eccezione*, qualora la causa sia matura a decisione, lo stesso giudice di revisione pronuncia la decisione definitiva in merito, il che

---

(73) Sulla diversa estensione di questa regola nel procedimento di cassazione, cfr. retro, n. 200; e vol. II, n. 75 e n. 100 in nota.

(74) La *besond. Begr.* al *CPO* dichiara espressamente che il giudice di revisione non è obbligato a restringere il riesame ai soli punti di reclamo: « Per il libero esame che incombe al Tribunale di tutte le questioni di diritto che coinvolge la parte impugnata della lite, il reclamo della parte non è condizione nè limite » (Ed. HAHN, I, pag. 362). « Basta il riferimento del fatto e le domande che si basano su di esso per portare alla cognizione del giudice ogni violazione di legge effettivamente esistente: non è richiesta una previa formulazione delle norme che si pretendono violate. Quindi il dire che la violazione di legge, che dà motivo all'annullamento della sentenza, viene censurata dal giudice è esatto solamente *di fatto*; *di diritto* l'annullamento della sentenza non dipende da un espresso reclamo... » (Ed. HAHN, I, 365). Questa libertà del giudice di revisione è messa in luce dagli autori: cfr. SONNENSCHMIDT, scritto cit., pag. 168; ERYTHROPEL, *Zur Lehre von der Revision*, « Z. », III (pag. 124 e segg.); HENRICI, *Das deutsche Reichsgericht* (in JHERING's *Jahrbücher für Dogm.*, XXIV, pag. 15); WACH, *Vorträge*, 292; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 805; HELLWIG, *System*, § 239, pag. 851. Le Novelle 1905 e 1910 non portarono un limite a questa libertà, quantunque la limitazione fosse da molti sostenuta (cfr. oltre, n. 220); cfr. SCHMIDT, *Neuerungen*, pag. 74.

(75) Cfr. PETERSEN, II, Appendice, pag. 836.

accade anche quando la revisione è accolta per incompetenza o per mancanza di giurisdizione (§ 565, cpv. 2°); nel secondo caso, che costituisce la *regola* (76), la causa per la nuova decisione viene rinviata allo *stesso* tribunale d'appello (ma non sempre alla stessa sezione) che pronunciò la sentenza annullata, il quale deve porre a base della sua nuova sentenza quella opinione giuridica che il Tribunale dell'Impero ha seguìto nel pronunciare l'annullamento (§ 565) (77).

218. — La Revisione, di cui abbiamo veduto le condizioni sostanziali, i requisiti formali e il procedimento (78), è stata considerata in Germania come una creazione originale del diritto tedesco, dotata di caratteri netti ed omogenei, e individuata da quella sua norma fondamentale che vizî della sentenza già trattati separatamente da precedenti istituti comprende sotto l'unica nozione di « violazione di legge ». La Revisione — dicono i Motivi del *CPO* — è « una forma giuridica nuova », « un mezzo di gravame formato liberamente come l'appello e tuttavia limitato all'esame di diritto » (79); la Revisione, « se si vuol fare dei paragoni, meglio che una querela di nullità ampliata, si può chiamare un appello limitato » (80). E il WACH: « La Revisione... è un mezzo di gravame originale. Essa ha tra i mezzi di impugnativa delle antiche legislazioni particolari molti congiunti, ma niente che le sia simile. Essa è l'appello del diritto comune limitato al riesame della sentenza impugnata sul punto di diritto. E' *revisio in iure*, non *in facto* (81) ».

Riserbandoci di verificare (oltre, n. 222) in che misura sussista questa vantata originalità, non sembra anzitutto che l'avere unificato, come il *CPO* ha fatto nel suo § 549, gli *errores in iudicando* e gli *errores in procedendo* sotto l'unico concetto di vio-

---

(76) HELLWIG, *System*, § 239, III, 4; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 806.

(77) Come nel diritto francese, la *Besond. Begründung* spiega questa obbligatorietà dell'opinione giuridica del giudice di revisione di fronte al giudice di rinvio come un caso di cosa giudicata (*sub* § 504, poi 528: Ed. HAHN, I, 372). Contro: HELLWIG, *System*, pag. 857, nota 44 *a*. Cfr. KOHLER, *Zivilprozessrecht*: VIERHAUS, in « Z. », VI, 217 (vol. II, capit. X).

(78) Per le modalità pratiche e forensi dell'istituto nella sua esplicazione meramente formale, secondo le ultime Novelle, cfr. SCKERER (*Rechtsanwalt beim Reichsgericht*) *Das Rechtsmittel der Revision in Zivilsachen gemass der ZPO in der jetzigen Fassung* (Jena, 1913).

(79) *Besond. Begr., sub* §§ 485-505 (HAHN, I, 362): cfr. anche *Allg. Begr.*, § 14 (*ib.*, pag. 141).

(80) *Besond. Begr., ib.* (HAHN, I, 363).

(81) *Vorträge*, pag. 284.

lazione di legge abbia avuto l'effetto di fare della Revisione un istituto semplice ed univoco: in realtà la Revisione assomma in sé, nonostante l'apparente unicità delle norme che la disciplinano, due istituti processuali profondamente diversi, come ora vedremo esaminando separatamente prima *a*) la revisione per *error in iudicando*, poi *b*) quella per *error in procedendo* (cfr., per la Cassazione, retro, n. 201).

a) La Revisione che si basa sulla violazione di una legge che dev'essere applicata al rapporto controverso (vizio di giudizio; falsa dichiarazione di legge), è un vero e proprio mezzo di gravame sul tipo dell'appello, il quale per altro, per quello scopo speciale cui esso deve servire (retro, n. 214), dà luogo, come l'appello del diritto comune tedesco, a una riapertura del solo stadio di decisione e non anche dello stadio istruttorio (82), ed è poi limitato al riesame della sola questione di diritto. Ma, a parte queste limitazioni, la Revisione è costruita come un vero e proprio mezzo di gravame, cioé come un mezzo destinato a garantire alla parte una ulteriore sia pure parziale trattazione della lite in un terzo stadio dello stesso processo; in modo che a favore della parte non esiste, come accadrebbe se la Revisione fosse una azione di impugnativa, il diritto a ottenere l'annullamento della cosa giudicata in conseguenza di una determinata violazione di legge, ma il diritto a impedire il formarsi della cosa giudicata in quel campo (*quaestio iuris*) in cui il giudice d'appello può aver commesso delle violazioni di legge. Come l'appello non è condizionato alla preventiva dimostrazione di un vizio, e non dà luogo a un nuovo giudizio sulla esistenza di questo vizio, ma a una ulteriore trattazione che abbraccia tutta la causa già discussa in prima istanza, così la revisione non è condizionata alla esistenza di una determinata violazione di legge, e dà luogo non a un nuovo giudizio sulla esistenza di questa singola violazione, ma a una ulteriore trattazione che rimette in discussione in tutta la sua ampiezza la questione di diritto del processo di merito. Ciò era per la formazione originaria che la Revisione aveva nel *CPO* del 1° ottobre 1879, come appare in modo dubbio dai Motivi, che accentuano ripetutamente l'affinità fra la revisione e l'appello (83); ma è vero anche oggi, dopo la Novella del 1905 che ha introdotto l'obbligo della motivazione, poiché questa riforma, per quanto attiene alle violazioni di legge *in iudicando*, non ha posto alcun limite al riesame del giudice di revisione, il quale deve ancora rivedere in tutta la sua

(82) WACH, *Vorträge*, 263.

(83) Cfr. *Bes. Begr., sub* §§ 485-505 (HAHN, I, 362).

ampiezza la questione di diritto, senza attenersi alle sole violazioni di legge rilevate dalla parte (84). Il carattere di mezzo di gravame ch'è proprio della revisione per *error in iudicando* appare anche quando si esamini la natura della sentenza che il giudice di revisione pronuncia allorché decide esso stesso in merito senza rinvio: in questo caso la sua sentenza non è, come può avvenire nell'ipotesi di una vera e propria azione di impugnativa, la somma di un *iudicium rescindens* seguìto da un immediato *iudicium rescissorium*, ma è una pronuncia unica, la quale sui fatti ormai accertati definitivamente dal giudice d'appello compie di nuovo quella applicazione del diritto su cui, per la interposizione tempestiva della domanda in revisione, non ha potuto formarsi la cosa giudicata (85). Conseguentemente, da questo punto di vista, la Revisione ha più rigorosi limiti della Cassazione: perché, mentre la Cassazione, producendo nel *iudicium rescindens* l'annullamento della sentenza, ammette nel *iudicium rescissorium* (di rinvio) una nuova trattazione anche in fatto, la Revisione *per error in iudicando* non mette più in discussione la questione di fatto, che resta definitivamente risolta dal giudice di seconda istanza (86).

b) La Revisione che si basa sulla violazione di una norma relativa al processo (vizio di attività, inesecuzione di legge), quantunque sia stata costruita come un vero e proprio mezzo di gravame, non ne ha però la natura, la quale risponde piuttosto a quella di una azione di impugnativa per determinati vizî processuali, simile alla antica *querela nullitatis* del diritto comune. Anche la dottrina tedesca riconosce che, quantunque il legislatore abbia

---

(84) Cfr. specialmente SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 805; e retro, nota 74.

(85) Quantunque il § 564, parlando in generale di una *Aufhebung* della sentenza, possa far pensare a un *iudicium rescindens* anche per la revisione basata su *error in iudicando*, tuttavia la *Besond. Begründ.*, *sub* § 504, dimostra chiaramente il contrario quando dice: « La trattazione per decidere sul merito non è separata o diversa dalla trattazione per decidere l'annullamento della sentenza impugnata: si ha *una sola* trattazione » (HAHN, I, pag. 73).

(86) Differenza rilevata anche dalla *Besond. Begründ.*, l. c.: « Qui si mostra un'altra essenziale diversità del progetto dal procedimento prescritto da quelle leggi o disegni processuali, che hanno conformato l'impugnativa di terza istanza sul ricorso in cassazione francese, ma, allontanandosi da questo, hanno trasferito anche la decisione sul merito al tribunale che decide sulla querela di nullità. Questo trasferimento è soltanto una semplificazione del procedimento con eliminazione del rinvio; il tribunale prende il posto di quel tribunale a cui la causa in conseguenza dell'annullamento della sentenza avrebbe dovuto essere rinviata; esso deve quindi lasciar trattare la causa come essa avrebbe dovuto essere trattata dinanzi all'altro tribunale... ». Cfr. anche il mio scritto *Vizî della sentenza e mezzi di gravame*, 13 *d*; e vol. II, n. 89.

considerato la Revisione come un istituto unico, in realtà essa, quando viene esercitata per *error in procedendo*, non è altro che una querela di nullità (87), la quale mira non a rivedere il giudizio di diritto, ma ad annullare nella sua totalità la sentenza di secondo grado. La Revisione per *error in procedendo* corrisponde ad un diritto d'impugnativa nascente da un determinato vizio di costruzione processuale, e dà luogo a un *iudicium rescindens* il quale si limita all'esame del vizio denunciato, senza estendersi ad altri eventuali vizî che possano trovarsi nello stesso processo (88), ma in questi limiti dà luogo a un vero e proprio accertamento di fatto sulla esistenza del vizio denunciato (89); se il vizio denunciato sussiste, e quindi esiste nel reclamante il diritto ad ottenere l'annullamento della sentenza, questa viene annullata, e la causa viene rinviata al giudice di secondo grado, il quale deve decidere di nuovo il rapporto controverso in tutta la sua ampiezza, senza che più abbia valore l'accertamento di fatto che era stato precedentemente compiuto dalla sentenza annullata (*iudicium rescissorium*) (90). Così, mentre nella revisione per *error in iudicando* ha luogo sempre un riesame del rapporto controverso, limitato alla decisione di diritto ma non ai motivi (*moyens* del dir. francese) rilevati dalla parte, nella revisione per *error in procedendo* deve primieramente essere riconosciuta la fondatezza di uno dei motivi d'annullamento invocati dalla parte, ma, quand'essa è riconosciuta, può aver luogo una nuova trattazione di tutta la causa in fatto e in diritto.

Le violazioni di legge che dànno luogo in questo secondo caso alla revisione sono dunque delle vere e proprie cause di *annullabilità*

---

(87) Sonnenschmidt, scritto cit., pag. 448 e segg.: « ... se dovevano essere considerati come motivo di revisione gli esteriori difetti formali di una decisione, dovevano i redattori del *CPO* aver coscienza che in questo modo l'istituto della revisione assume una forma interamente diversa da quella di una *revisio in iure*. Così esso diventava una querela di nullità... che richiedeva presupposti assolutamente diversi da quello di una non applicazione o non esatta applicazione di legge ».

(88) Così dopo la Nov. 1905 in base al citato § 559; anche prima, peraltro, la dottrina tendeva a ritenere che, per gli *errores in procedendo*, dovesse il giudice di revisione limitarsi a quelli denunciati dalle parti: cfr. Erythropel, scritto cit., pag. 126 e segg. Tuttavia si ammette che, anche quando la revisione è introdotta per soli vizî processuali, possa il giudice di revisione estendere d'ufficio il suo esame anche al rapporto sostanziale *in iure*: cfr. Neukamp, *Das Rechtsmittel der Revision im Zivil- und Strafprozess*, in *Festschrift* per Wach (Leipzig, 1913).

(89) Cfr. Stein, *Das private Wissen* cit., pag. 104, e in nota decisioni da cui resulta che lo stesso *Reichsgericht* si riconosce il diritto di procedere ad assunzione di prove per accertare l'esistenza di un *error in procedendo*.

(90) Cfr. Petersen, II, *sub* § 565, pag. 85 e segg.

(*nullità* in senso lato) (91). Il processo tedesco conosce dunque contro la nullità due diversi rimedî: la revisione per violazione di legge processuale, e l'azione di nullità (§ 579 *CPO* retro, n. 213). In corrispondenza con questi due rimedî, il diritto tedesco distingue le cause di nullità in più gruppi, secondo la loro gravità: alcune devono essere fatte valere per via di gravame, e decorso il termine per esercitare il mezzo di gravame non possono più essere reclamate (per es. la incompetenza); altre devono essere fatte valere per via di gravame, ma, ove questo non sia esperimentabile, possono sussidiariamente essere esercitate nel termine di cinque anni per mezzo dell'azione di nullità (per es. § 579, nn. 1 e 3); altre finalmente possono sempre, incondizionatamente, essere fatte valere per mezzo della azione di nullità nel termine di cinque anni (§ 579, nn. 2 e 4) (92). Queste diverse cause di nullità sono tutte quante — o nel termine breve concesso per l'esperimento della revisione, o nel termine più lungo di cinque anni concesso per la *Nichtigkeitsklage* — « sanabili », poiché tanto la revisione per *error in procedendo* quanto la vera azione di nullità hanno carattere di azioni di impugnativa e quindi effetto costitutivo (93); e devono per questa loro sanabilità essere tenute distinte da quelle insanabili mancanze della sentenza che invece di produrre la sua annullabilità, dànno luogo ad una nullità assoluta (o ad una inesistenza giuridica) che può essere dichiarata con una semplice azione di accertamento (cfr. vol. II, capit. XI) (94).

---

(91) Sonnenschmidt, luogo citato.

(92) Cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, § 127, II, 4 (pag. 810).

(93) Hellwig, *System*, § 241, III, 2; § 174, III. Cfr. anche Kisch, *Beiträge zur Urteilslehre* (Leipzig, 1903), pag. 83 e nota 102.

(94) Il caso di una sentenza giuridicamente inesistente, la cui inefficacia giuridica può sempre esser fatta accertare con una semplice eccezione è contemplato già nella *Bes. Begr.*, *sub* § 518, la quale, facendo l'ipotesi di una sentenza pronunciata da chi non è giudice, dice che: « in questo caso non si ha realmente alcuna sentenza ed a rimuoverla non occorre nè un mezzo di gravame, nè la riapertura del procedimento. Se si tentasse di portare la sentenza alla esecuzione, basterebbe l'eccezione di inesistenza della sentenza » (Hahn, I, 379); cfr. Schmidt, *Lehrbuch*, pag. 810 cit.; Hellwig, *System*, § 174. L'argomento della nullità della sentenza, e specialmente la distinzione fra sentenza inesistente (*Nichturtheil*) e sentenza insanabilmente nulla (*absolute Nichtigkeit des Urtheils*) è stata oggetto in Germania di numerosi scritti in vario senso relativi al processo civile ed al processo penale. I più recenti sono gli scritti della nota polemica tra Wach e Fischer (del primo: *Urtheilsnichtigkeit*; *Nochmals die Urtheilsnichtigkeit*; *Nachlese zur Urtheilsnichtigkeit*, in « Rhein. Z. », III, 373, V, 509, VI, 257; del secondo: *Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund*, I, München, 1912; II, München, 1913), ora riassunta da Costa, *La pretesa nullità di una sentenza per l'asserita impossibilità*

219. — Dall'analisi ora compiuta della conformazione processuale della Revisione, appare che l'istituto apparentemente unico è in realtà costituito da due istituti profondamente diversi, i quali non hanno in comune neppure quell'ufficio di mantenere l'uniformità della giurisprudenza, che, come si è veduto sopra (retro, n. 214), ha determinato la creazione della Revisione: infatti, se a questo ufficio risponde la revisione per *error in iudicando*, la quale mira a reprimere la erronea dichiarazione del diritto, non certo risponde ad esso quella larvata *querela nullitatis* ch'è la revisione per *error in procedendo*, la quale, col reprimere le inesecuzioni di legge intervenute nella ricostruzione del processo, ha solamente l'effetto di garantire alle parti col mantenimento della regolarità nelle forme processuali la conseguente giustizia concreta della sentenza (95).

Ma, se fin nelle norme fondamentali poste dal diritto positivo l'istituto della Revisione sembra aver perduto di vista, allorché funziona da querela di nullità, il suo scopo originario, appare d'altra parte che nel suo svolgimento pratico anche la Revisione per *error in iudicando* viene spesso costretta a servire a scopi assai diversi da quello al quale la sua costituzione la indirizzerebbe: poiché, mentre la Revisione dovrebbe per definizione dar luogo ad un riesame della sola questione di diritto, essa nella pratica tende sempre più a sconfinare dal campo di sua spettanza per addentrarsi nel riesame della questione di fatto. La scienza processuale tedesca ha studiato in rapporto alla Revisione il non facile problema della distinzione tra questione di diritto e questione di fatto (96); ma se è giunta a stabilire in questa materia una serie di principî indubitabili, non ha raggiunto risultati del pari soddisfacenti in ciò che attiene all'applicazione di questi principî alla

---

dell'oggetto (in « R. d. co. », XIV, 4°), e lo scritto del KOHLER, *Prozess und Nichtprozess* (in « Rechtsgang », II, 194). Per una più completa bibliografia, cfr. il mio scritto *Vizî della sentenza, ecc.*, n. 1 e note, e vol. II, capit. XI.

(95) BÄHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz* cit., pag. 18.

(96) Oltre i citati studî di STAHL (retro, n. 216, *a*), cfr. specialmente gli scritti di WACH, *Der Entwurf einer deuts. CPO*, già citato, pag. 92 e segg.; *That- und Rechtsfrage bei Revision in Civilprocess* (in « J. W. », 1881, Berlino); *Vorträge*, pag. 284 e segg. Cfr. anche BOYENS, *Grenze zwischen Tatfrage und Rechtsfrage*, cit., che si limita però a una rassegna della giurisprudenza. Secondo STEIN, *Das private Wissen*, pag. 107, la contrapposizione fra « *That- und Rechtsfrage* » o tra « *Thatsachen und Rechtsätze* », ha valore meramente teorico. Per una più ampia bibliografia anteriore al 1913, cfr. la mia *Genesi logica*, nota 4; aggiungi: WEHLI, *Beiträge zur Analyse der Urteilsfindung*, in *Festschrift* per WACH (Leipzig, 1913), I, 409; SCHULTZENSTEIN, *Revision und festgestellte Tatsachen* (« Z. », XXXVII, 744).

Revisione. E' stato notato dal WACH (97) che nei §§ del *CPO* che regolano la Revisione esistono due norme, le quali, quantunque apparentemente sembrino in perfetta armonia tra di loro e complementari l'una dell'altra, lasciano in realtà nell'istituto una lacuna, la quale dà adito alle diverse tendenze dottrinarie: da una parte, infatti, il § 549 stabilisce che la revisione è esperimentabile solo per violazione di legge, ossia nei limiti delle questioni di diritto, mentre il § 561, disponendo che per il giudice di revisione fanno stato solamente i fatti *accertati* dal tribunale di appello (98), esclude dal riesame del giudice di revisione solamente quelle questioni di fatto relative alla premessa minore, che hanno bisogno di un accertamento in base a prove (99). Ma le questioni di diritto (generali o concrete ch'esse siano) (100) da una parte, e le questioni di fatto relative alla premessa minore e suscettibili di un accertamento probatorio dall'altra, non esauriscono tutto il materiale di decisione che può presentarsi in un processo: tra questi due gruppi esiste, in una specie di regione intermedia (101), una serie di questioni che, senza essere questioni di diritto, appartengono però alla premessa maggiore del sillogismo o non sono ad ogni modo suscettibili di un vero e proprio accertamento: quelle che il WEHLI chiama questioni di fatto generali (*allgemeine Tatfragen*) (102). Ora, nella lacuna lasciata dai §§ 549 e 561, come deve essere stabilita la competenza del giudice di revisione di fronte a quelle questioni che non rientrano espressamente in nessuna delle due norme suddette?

La discordanza colla quale la dottrina tedesca risolve questo problema di carattere generale, meglio appare quando si esaminano le soluzioni date ai singoli molteplici quesiti nei quali il problema si scinde. Caratteristica è, ad esempio, la molteplicità di opinioni che appare negli autori e nei giudicati tedeschi per decidere se il tribunale di revisione possa procedere al riesame della interpretazione dei negozî giuridici compiuta dal giudice di appello: nel dibattito tuttora vivo una corrente sostiene che questa inter-

(97) *Vorträge*, pag. 289.

(98) « Se il Tribunale d'appello ha accertato (*festgestellt*) che una affermazione di fatto sia vera o non vera, questo accertamento fa stato (*ist bindend*) per il Tribunale di revisione, a meno che sia proposto in relazione all'accertamento un motivo di revisione ammissibile e fondato ».

(99) STEIN, *Das private Wissen* cit., pag. 110.

(100) Cfr. la mia *Genesi logica*, n. 27; il WEHLI, scritto cit., distingue le questioni di diritto in *concrete* e *tipiche* (cfr. specialmente pag. 14 dell'estratto).

(101) WACH, *Vorträge*, 287.

(102) Scritto cit., § I.

pretazione è una questione di fatto sottratta alla revisione per il § 549, mentre la corrente opposta afferma che il significato di una dichiarazione di volontà non può mai essere oggetto di accertamento probatorio, e quindi non può mai rientrare tra quegli accertamenti di fatto che il § 561 riserva insindacabilmente al tribunale di appello (103). Dissidi dottrinali si hanno del pari sulla ammissibilità di una revisione per violazione di massime d'esperienza (*Erfährungssätze*) (104); o per violazione del fatto notorio (105).

In tutti questi dibattiti sui limiti in cui può spingersi nel suo riesame l'attività del giudice di revisione, è chiaro che la tendenza

---

(103) Alla prima tendenza, che vuol escludere dalla revisione la interpretazione dei negozî giuridici (quando non contenga la violazione di una norma di interpretazione o un errore di qualifica giuridica), appartengono: ROCHOLL, scritto cit., in « Z. », 1886, pag. 285; WACH, *That- und Rechtsfrage* cit., pag. 79-80; e *Vorträge*, pag. 291; PETERSEN, *Die Auslegung des Rechtsgeschäfte und das Revisionsgericht* in « D. J. Z. », 1899, 280; cfr. anche KLEINFELLER, *Lehrbuch*, pag. 521. Alla tendenza contraria: BOLZE, *Ueber die Zulässigkeit der eigenen Auslegung von Rechtsgeschäften durch den Revisionsrichter im Civilprozes* (« Z. », 1890, 415); BÜLOW, *Das Geständnissrecht* (1899), pag. 107; RYCK, *Der Irrtum im Rechtsgeschäft* (*Festgabe* per BESELER, pag. 126 e segg.); STEIN, *Das private Wissen*, pag. 130, e sopratutto DANZ, che riassume i suoi numerosi studî sull'argomento nel volume *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* (3ª Ed., Jena, 1911); cfr. anche HELLWIG, *System*, § 239, pag. 853-854. V. riassunto lo stato della questione in KIPP-WINDSCHEID, I, § 84, nota, e nella mia *Genesi logica*, § 6. Cfr. anche DU CHESNE, *Gesetzesverletzung durch Auslegung* (in « Z. », XXXVII, 37). Il Tribunale supremo nella questione assume posizioni diversissime secondo le sezioni: la prima sezione si ritiene sempre autorizzata a riesaminare la interpr. dei negozî giuridici; la seconda sezione la ritiene invece come questione di fatto sottratta al *Reichsgericht;* posizioni intermedie tra questi due estremi hanno le altre sezioni (cfr. BOYENS, *Grenzen* cit., IV, pag. 172 e segg., con lunga rassegna della giurisprudenza delle diverse sezioni). Nel progetto 1872 del *CPO*, l'art. 479 ammetteva esplicitamente che la Revisione potesse avvenire anche per falsa interpretazione dei negozî giuridici (STAHL, *Revision und Berufung* cit., pag. 210). L'attuale mancanza di una disposizione in proposito, che dà luogo a tanta incertezza, vien lamentata dagli Autori, che propongono l'introduzione di una norma esplicita volta ad escludere la revisione per interpr. dei negozi (FISCHER, *Die Reform des Rechtsmittel der Revision in C. P.* in IHERING'S *Jahrbüch.*, XXXVIII, 357) o ad ammetterla (BOLZE, *Zur Reform des Rm. der Rev.* « C. A. », XXXIV, 372).

(104) Favorevole sopratutto STEIN, *Das private Wissen*, pag. 104 e segg. Cfr. anche SCHMIDT, *Lehrbuch*, § 126, II (pag. 804) ed HELLWIG, *System*, § 239, III, *b*) (pag. 854), i quali però limitano la revisione alla violazione delle massime d'esperienza per mezzo delle quali si interpreta una norma giuridica; BAYER, *Entscheidungsgrundlagen*, pag. 100-101. Decisione del *Rg.* 14 nov. 1912, in « D. J. Z. », 1913, pag. 233.

(105) KOHLER, *Ueber notorische Thatsachen* (in *Gesammelte Beiträge zum C. P.*, Berlin, 1894, 68); contro: STEIN, *Private Wissen*, pag. 172; SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 804, nota 1. Cfr. BAYER, *Entscheidungsgr.*, pag. 210 e segg.

dottrinaria e giurisprudenziale favorevole ad allargare il campo della revisione a tutte le questioni che, senza essere questioni di diritto, non si risolvono però in un concreto accertamento in base a prove, perde di vista lo scopo originario della Revisione, il quale è, come si è detto, quello di mantenere la uniforme interpretazione del diritto obiettivo. Non c'è bisogno di dimostrare che la uniformità della giurisprudenza è minacciata solamente dalle disformi interpretazioni di *astratte norme giuridiche*, non già dalla erronea interpretazione di una dichiarazione di volontà concreta emessa da privati contraenti, o dalla inesatta formulazione di una « massima di esperienza » sfornita di contenuto giuridico; e che, se esiste nello Stato l'interesse alla uniforme interpretazione delle norme di diritto, non esiste ugualmente un interesse dello Stato alla uniforme interpretazione dei negozî giuridici (106), o alla formazione di una giurisprudenza unitaria sul modo di formulare ed intendere i principî di esperienza e di ragione universalmente riconosciuti (retro, n. 200). In tutti questi casi la dottrina e la pratica tendono dunque ad allontanare la Revisione dal suo ufficio iniziale, e a farne, con inconsapevole regresso verso la concezione tradizionale della terza istanza (*Oberappelation*) (107) non limitata alle questioni di diritto, una vera e propria *revisio in facto*; se poi si pensa che la possibilità di una revisione basata su un *error in procedendo* intervenuto nella raccolta del materiale istruttorio può dare adito indirettamente a un riesame della questione di fatto, e che in pratica il Tribunale dell'Impero trova una « mancanza di motivazione » anche in quelle sentenze che, pur essendo sfornite di motivazione, appaiono però viziate da qualche difetto di ragionamento relativo anche ai fatti (108), si comprenderà facilmente come nella Revisione germanica esiste, assai più che nella Cassazione francese, una spiccata tendenza ad allargare la propria sfera d'applicazione a tutti quegli *errores in iudicando*, di diritto e di fatto, che gli antichi Dottori raggruppavano nel concetto di *notoria iniustitia* (retro, n. 63).

---

(106) FISCHER, *Die Reform des Rechtsm. der Revision* cit., pag. 331.

(107) Cfr. HAMM, *Die Ueberbürdung der Civilsenate des Reichsgerichts und die Erhöhung der Revisionssumme* in « D. J. Z. », 1897, 458.

(108) Cfr. specialmente, con numerosi esempi, FISCHER, *Die Reform* cit., in JHERING'S *Jahrb.*, XXXVIII, § 11, pag. 331 e segg.; e *Die Entlastung des Reichsgerichts und die Verbesserung der Revision in Zivilsachen* (in « I. W. », 1904), § 11, pag. 29 e segg. dell'Estratto.

220. — Questo asservimento sempre più ampio della Revisione all'interesse dei privati litiganti, che ha esteso il suo campo di applicazione a moltissimi casi nei quali non si verifica quella minaccia alla uniformità della giurisprudenza che dovrebbe essere il suo necessario presupposto (109), insieme con altre cause concomitanti, quali sarebbero l'aumento continuo della popolazione e del traffico (110), e la tendenza alla litigiosità ch'è propria della razza tedesca (111), ha fatto sì che il numero dei ricorsi in revisione che vengono annualmente presentati è andato crescendo con tale progressione, da mettere il Tribunale dell'Impero nella impossibilità di far fronte a questo soprallavoro e nella necessità di lasciare ogni anno una eccedenza di cause giacenti (112). A rimediare a questo *sovraccarico* (*Ueberbürdung*) del Tribunale di revisione, reso più grave nel 1900 dall'entrata in vigore del Codice civile (*BGB*) unico per tutto l'Impero, che ridusse grandemente il numero delle norme non revisibili, si escogitarono a più riprese, come già si è visto nelle pagine precedenti, dei provvedimenti volti da una parte ad aumentare il numero dei giudici del Tribunale supremo, e dall'altra a diminuire il numero delle revisioni: al primo scopo si mirò coll'aumento delle sezioni del Tribunale da cinque a sette per gli affari civili, al secondo coll'innalzamento della *Revisionssumme*, che, già proposto nel 1898 dal governo e respinto per la opposizione della parte democratica che vedeva nella esclusione delle piccole cause dalla revisione un « privilegio dei ricchi », fu poi,

---

(109) La dimostrazione che proprio questa è la causa principale dell'aumento delle revisioni civili, diversamente da quello che accade per le revisioni penali, che tendono invece a restringersi sul modello della querela di nullità, è data ultimamente da NEUKAMP, *Das Rechtsmittel der Revision* cit., pag. 22 e segg.; ma questa opinione si trova espressa e dimostrata anche da molti Autori precedenti, per es. da FISCHER, negli scritti citati alla nota precedente. Di conseguenza tutti gli Autori, come si vedrà nel testo, mirano a restringere sempre più i limiti della revisione: eccezioni sono le proposte in senso inverso, come quella avanzata da NEUMANN (in « D. I. Z. », 1897, 484), che vorrebbe estendere la revisione, senza limitazione di somma, a tutte le sentenze viziate da *notoria iniustitia*; e quella di BOLZE, *Zur Reform des Rechtsmittels der Revision* in « C. A. », LXXXIV, 358, che vorrebbe dare al Tribunale supremo il diritto di riesaminare gli accertamenti di fatto e le interpretazioni dei negozî giuridici. Anche il WACH, peraltro, in *Die Mündlichkeit in österr. C. P. Entwurf* (Wien, 1895), pag. 47, afferma che la revisione limitata alle questioni di diritto ha dato in Germania cattiva prova.

(110) Così WACH, *Die Entlastung des Reichsgerichts* in « Rhein. Z. », II, pag. 289.

(111) HAMM, scritto cit., pag. 457.

(112) Dati statistici in HAMM, scritto cit., pag. 454; FISCHER, *Die Reform* cit., § 4 e *Die Entlastung* cit., § 3; NEUKAMP, scritto cit. Un diagramma riassuntivo degli aumenti dal 1881 al 1909 (anno in cui le revisioni salirono al n° 4483)

specialmente per l'autorità del WACH (113), deciso nel 1905 fino a 2500 marchi e nel 1910 fino a 4000 marchi. Questi provvedimenti tuttavia, a confessione di tutti i giuristi tedeschi, non sono stati sufficienti, e l'affollamento delle revisioni al Tribunale dell'Impero è continuato anche dopo la Novella del 22 maggio 1910; tantoché il modo di porvi riparo costituisce anche dopo le ultime riforme « la più urgente questione del processo civile tedesco » (114), la quale ha dato luogo in Germania negli ultimi due decenni a una copiosissima letteratura (115). Non è mia intenzione passare in rassegna i numerosi scritti sull'argomento, molti dei quali del resto difettano di ogni originalità. Soltanto dal mio punto di vista è interessante notare che, essendo ormai ritenuto inattuabile un ulteriore aumento delle sezioni del Tribunale supremo o un nuovo innalzamento della somma minima di revisione, la maggior parte delle proposte di riforma presentate e sostenute dai vari scrittori mirano ad accostare sempre più la Revisione germanica alla Cassazione francese, ed a restringere l'istituto nei limiti segnati dall'interesse pubblico al mantenimento dell'uniformità della giurisprudenza. Già le Novelle del 1905 e del 1910 rappresentano nel procedimento della Revisione passi non decisivi ma notevoli verso il procedimento della Cassazione francese: il ricorso sostituito alla citazione, l'esame preliminare d'ufficio sulla ammissibilità della revisione, l'obbligo della motivazione e il deposito cauzionale a

---

trovasi in HEINZE, *Das Gesetz zur Entlastung des Reichsgerichts* in « D. I. Z. », 1910, 615; da questo diagramma si vede che l'aumento delle sezioni non è in proporzione coll'aumento delle revisioni.

(113) Oltre il citato scritto sulla « Rhein. Z. », III, 287, cfr. *Die Zuständigkeit des Reichsgericht* in « D. I. Z. », 1898, 6; *Die Erhöhung der Revisionssumme* in « D. I. Z », 1904, 1149; favorevoli all'innalzamento della *Revisionssumme* anche HAMM, scritto cit.; PETERSEN, *Die Verminderung der Revisionen* in « D. J. Z. », 1898, numero straordinario dell'8 gennaio; ID., *Nochmals die Erhöhung der Revisionssumme, ib.*, 1898, 7; SCHWARTZ, *Die Novelle von 17-20 Mai 1898, und die künftige Civilprozessreform* (Berlin, 1902), pag. 15 e segg.; STEIN, *Zur Justizreform* (Tübingen, 1907), pag. 60 e segg. Contrario, oltre il FISCHER, nei suoi scritti cit. e in un altro scritto *Revision und Revisionssumme* (Berlin, 1905): GOLDERING, *Das bürgerliche Gesetzbuch und die Rechtseinheit* in « D. J. Z. », 1897, 483; cfr. note successive.

(114) SALINGER, *Die Aenderung des Rechtsmittels der Revision die dringlichste Frage des deutschen Zivilprozesses*, Berlin, 1909.

(115) Per una esposizione riassuntiva della letteratura in materia, cfr. *Materialien* cit., alla legge 5 giugno 1906: *Begründung* (pag. 1-17) e *Bericht* (pag. 53 e segg.); SCHMIDT, *Neuerungen*, pag. 71 e segg.; SCHULZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts* in « Handbuch der Politik » (Berlin-Leipzig, 1912), I, pag. 336, nei quali scritti è fatta menzione anche di quelle riforme di dettaglio che furono proposte da varî autori e che qui non interessano.

pena di rigetto, la limitazione del riesame ai soli *errores in procedendo* fatti valere dalla parte (retro, n. 217) ne sono una chiara prova. Ma ulteriori passi consiglia la dottrina tedesca: alcuni propongono l'accoglimento di un istituto simile alla *Chambre des requêtes*, che esamini preventivamente non solo la ammissibilità, ma anche la apparente fondatezza della revisione (116); altri consigliano l'istituzione di una multa contro le revisioni infondate, sul tipo della *amende* francese (117); altri finalmente sostengono che la libertà attribuita al giudice di revisione di riesaminare in tutta la sua ampiezza la decisione di diritto senz'essere limitato ai soli *errores in iudicando* rilevati dalla parte (la così detta « *freie Revisionspraxis* ») debba essere sostituita col sistema francese che restringe rigorosamente l'attività del giudice di cassazione ai soli *moyens* denunciati dal ricorrente (118).

Anche quelle proposte che si mantengono più indipendenti dal modello francese (119) e che cercano di dare al problema una solu-

---

(116) KRAEWELL, scritto cit., in « Z. », I, pag. 178 e segg.; STEINGLEIN, *Die Rechtseinheit in Deutschland* in « D. J. Z. », 1897, 413, il quale dice « abbiamo preso tanti istituti a prestito dalla Francia, che uno di più non guasta »; HAGENS, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Mittel der Abhülfe* in « D. J. Z. », 1903, 181; ID., *Das Rechtsmittel der Revision in Civilsachen*, *ib.*, pag. 277; ID., *Die Entlastung des Reichsgerichts* in « D. J. Z. », 1909, 1105. Contro: HAMM, scritto cit., in « D. J. Z. », 1897.

(117) GOLDERING, scritto cit.; e specialmente PETERS, *Das englische bürg. Streitverfahren und die deutsche Zivilprozessreform* (Berlin, 1908), pag. 112 e segg.

(118) Cfr. ROCHOLL, scritto cit., in « Z. », X, 288; FISCHER, nei suoi tre scritti citati; HAGENS, nei suoi due scritti citati, nel primo dei quali (« D. J. Z. », 1903, pag. 183) proponeva di modificare così il § 559: « All'esame del Tribunale dell'impero sono sottoposte soltanto le domande ed i reclami contenuti nel ricorso in revisione. Il Tribunale tuttavia può discrezionalmente aver riguardo a violazioni del diritto sostanziale, d'ufficio o in base a reclamo tardivo, quando esse stanno in relazione coi reclami proposti ». Assolutamente contrario il WACH, il quale dice (« D. J. Z. », 1904, 1148), che nella maggior libertà della revisione « sta la libertà dal formalismo e con ciò la più alta garanzia della giustizia. Con essa noi non vogliamo pagare l'alleggerimento del Tribunale dell'Impero. Proprio *la libertà del Tribunale di revisione nel riesame* di tutta quanta l'applicazione del diritto distingue il nostro procedimento di revisione e lo garantisce da quella rigidità che produrrebbe la violazione del principio *iura novit curia* e la limitazione ai motivi reclamati dalla parte »; e lo SCHMIDT, *Lehrbuch*, pag. 807, che la libertà di riesame chiama « la parte più significativa delle disposizioni sulla revisione, che unisce così la funzione della sorveglianza sulla unità del diritto colla funzione di un rimedio di terza istanza a favore dei singoli, ecc. »; ID., *Neuerungen*, pag. 74.

(119) Proposte di riforme parziali: adozione del sistema della doppia conforme sostenuta anche nel 1905 dal progetto governativo (cfr. SEUFFERT in « Z. », XXXIII, 437 e segg.; e FLECHTEIN, *Was ist Difformität?*, in « D. J. Z. », 1910, 514);

zione originale, mirano tutte, anche se con mezzi diversi, allo stesso scopo: ammettere la Revisione in quei casi in cui veramente è in giuoco l'interesse dello Stato alla unificazione della giurisprudenza, escluderla in quei casi in cui essa servirebbe soltanto allo interesse privato dei litiganti. Questa tendenza, la quale vuol portare alle conseguenze estreme il principio che nella Revisione « l'interesse privato è il veicolo dell'interesse pubblico » (120), ha trovato la sua più recente formulazione in un disegno dello SCHULZ (121), a base del quale è posta la norma fondamentale che « la Revisione... è ammessa nel caso che la decisione giuridica contenuta nella sentenza violi l'interesse pubblico alla osservanza del diritto ed alla sua esatta ed unitaria applicazione e sviluppo ».

Ma, anche in molti scritti anteriori, lo stesso concetto si trova posto a base delle pratiche proposte di riforma: le quali tutte,

---

limitazione delle norme processuali la cui violazione può dar luogo a revisione; limitazione della revisione alle sole leggi dell'Impero; abolizione dell'oralità del procedimento di revisione. Cfr. oltre gli scritti citati nelle note precedenti e seguenti: PUTZLER, *Die Ueberlastung des Reichsgerichts und die Abhilfevorschläge* (Leipzig, 1910); HELLWIG, *Die Notlage des Reichsgerichts*, in « J. W. », 1910, 308; ID., *Reichsgericht und preuss. oberste Landesgericht*, « D.J. Z. », 1910, 47; DÜRINGER, *Zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung des Reichsgerichts*, « D. J. Z. », 1910, 329; HARTMANN, *Zur Entlastung des Reichsgerichts* in « D. J. Z. », 1909, 1407 e 1910, 279; HOFFMANN, *Kleine Mittel*, « D. J. Z. », 1909, 230; ZELTER, *Weitere Mittel zur Entlastung des Reichsgericht*, « D. J. Z. », 1910, 48; FAYANS, *Noch ein Vorschlag zur Entlastung des Reichsg.*, « D. J. Z. », 1910, 236.

(120) SCHULZ, *Die Entlastung des Reichsgerichts* cit., pag. 343; cfr., dello stesso, *Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht* (Berlin, 1910); e lo scritto citato nella nota seguente.

(121) *Ein Vorschlag zur Umgestaltung des Rechtsmittels der Revision* in *Festschrift* per WACH (Leipzig, 1913), I, 385. Lo S. propone che l'esperimento della revisione non sia lasciato in arbitrio delle parti, ma che essa debba essere autorizzata dal Tribunale d'appello, il quale *può* ammetterla nelle questioni giuridiche dubbie, *deve* ammetterla in quei casi in cui ha seguito nella sentenza una opinione giuridica diversa da quella precedentemente espressa dal Tribunale dell'Impero. È ammesso altresì un reclamo dell'avvocato dello Stato nell'interesse pubblico. Notevoli anche, per restituire la revisione al suo ufficio di mezzo destinato a mantenere l'unità della interpretazione, quelle proposte le quali tendono ad abolire la revisione per *error in procedendo*, che è in realtà una larvata *querela nullitatis*; cfr. la proposta di HAMM (*Verhandlungen* del 29° Congresso giuridico, III Bd., pag. 39-50, sul quesito: « *Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittels der Revision in Zivilsachen?* »), di un § 551 *a*, così concepito: « Una decisione è impugnabile per violazioni di norme giuridiche sul procedimento diverse da quelle indicate nel § 551, soltanto quando la violazione ha per base una erronea interpretazione della norma giuridica », e l'approvazione di NEUKAMP, scritto cit., pag. 42. In questo senso anche NIEDNER, *Zur Frage einer durchgreifenden Justizreform* (Hannover, 1907), di cui nella nota seguente.

accordandosi nel voler togliere alla Revisione quel carattere di rimedio ordinario destinato a garantire alla parte la giustizia della decisione in concreto, che il legislatore germanico, quando creò l'istituto, considerò come il suo pregio più notevole e più originale, suggeriscono i mezzi più svariati: dalla introduzione nel processo germanico di procedimenti inspirati al dirito inglese, quali l'esame preliminare delle revisioni da parte di due giudici costituiti come le *divisional Courts,* o la facoltà data ai giudici inferiori di rivolgersi direttamente al Tribunale Supremo per chiedergli la preventiva interpretazione di un caso giuridico dubbio *in thesi* (*Statement of special case*) (122), alla trasformazione del *Reichsgericht* in un organo di consultazione anziché di giurisdizione, incaricato di risolvere questioni giuridiche in astratto (*typische Rechtsfragen*) (123), magari con forza obbligatoria anche per i casi futuri (124).

221. — Dopo aver veduto quello che la Revisione è attualmente e quello ch'essa tende a divenire nel diritto processuale germanico, dobbiamo domandarci se veramente l'istituto possegga quel pregio di originalità che gli Autori tedeschi, seguendo le traccie dei Motivi del *CPO,* vantano con tanta insistenza. Colle stesse parole già adoperate nei Motivi del Disegno 1871 (retro,

---

(122) Cfr. specialmente Niedner, scritto cit. e Adickes, *Grundlinien durchgreifender Justizreform* (Berlin, 1906), pag. 14 e segg., 116 e segg. Contro: Schmidt (O.), *Fragen des Justizreform in Zivilsachen* (Paderborn, 1907), pag. 26 e segg. Una consimile *revisio per saltum* fu proposta anche al *Reichstag* dai deputati Bassermann-Schiffer; su di essa cfr. Schiffer nella « J. W. », 1914, 2; Stein nella « Leipzig. Zeitsc. », 1914, 314 e per ultimo Wach, *Grundfragen und Reform des Zivilprozess* (Berlin, 1914), pag. 10 e segg., che dimostra la inattuabilità pratica di questo sistema inglese (cfr. la mia recensione in « Diritto commerciale », VI, 508).

(123) Mügel, in « D. J. Z. », 1906, pag. 1113, propone di trasformare in tribunali di terza istanza gli *Oberlandesgerichte*, permettendo in tal modo una quarta istanza al *Reichsgericht* solo per mantenere l'unità del diritto nelle questioni giuridiche dubbie. Cfr. Wildhagen, *Empfiehlt sich eine Aenderung des Rechtsmittel der Rev. in Zivilsachen?*, « D. J. Z. », 1908, 124; Id., *Das bürgeliche Rechtsstreit* (1912); Bar, *Zur Reform des Zivilprozess*, « D. J. Z. », 1912, 9; etc.

(124) Le numerose proposte miranti a dare forza obbligatoria di *praeiudicia* alle decisioni del Tribunale supremo sono riassunte e discusse negli scritti di Zeiler, *Ein Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung* (München, 1911), e in « A. R. W. Ph. », IV, 643; *Von den responsa prudentium zum Auslegungsgerichtshof*, in « Rhein. Z. », IV, 367, i quali propongono di creare un supremo consesso destinato a dare le interpretazioni autentiche in astratto delle leggi dubbie, separato dal Tribunale di revisione, mentre altri autori vorrebbero cumulare questa funzione nel *Reichsgericht*. Cfr. Bierling, *Brauchen wir einen Gerichtshof für bindende Gesetzesauslegung?*, in « A. R. W. Ph. », VI, 158.

n. 212), i Motivi del *CPO* affermano che la Revisione non ha nulla a che fare colla Cassazione del diritto francese, e si indugiano ad enumerare la seguenti differenze che passano tra i due istituti: *a*) mentre la *Cour de cassation* è un organo del potere di vigilanza (retro, n. 177) dello Stato, il tribunale di revisione è un organo giurisdizionale, in conseguenza di che, mentre la cassazione può essere provocata anche dal rappresentante dello Stato, la revisione può essere domandata solamente dai privati; *b*) il ricorso in cassazione ha il carattere di rimedio estremo e straordinario, privo di effetto sospensivo, mentre la domanda di revisione è un mezzo di gravame ordinario come l'appello; *c*) il ricorso in cassazione deve essere motivato e dà luogo a un riesame delle sole violazioni di legge denunciate, mentre la revisione non ha bisogno di motivazione e non limita il riesame del giudice; *d*) le forme del procedimento di cassazione si basano sulla scrittura e si allontanano da quelle dei tribunali (« *presque judiciaires* »), mentre il procedimento della revisione è schiettamente giudiziario, informato all'oralità; *e*) la *Cour de cassation* deve sempre annullare e rinviare, e la sua decisione non obbliga il giudice di rinvio, mentre il tribunale di revisione può decidere in merito, e, se rinvia, obbliga colla propria decisione sul punto di diritto il giudice incaricato di pronunciare la sentenza definitiva (125).

Si potrebbe osservare che molte delle differenze di dettaglio rilevate dai motivi del *CPO* tra la Cassazione e la Revisione, non esistono più dopo le Novelle del 1905 e 1910, le quali, come si è visto, hanno notevolmente avvicinato il procedimento della Revisione a quello della Cassazione (retro, n. 220); ma, lasciando da parte le diversità formali, importa stabilire se veramente esiste tra l'istituto francese e l'istituto germanico quella profonda differenza di sostanza e d'intenti che viene riaffermata anche oggi da processualisti autorevoli come il Kohler e lo Schmidt, dei quali il primo afferma che « la differenza tra il sistema tedesco della Terza istanza e il sistema francese della Cassazione si deduce dal pensare che la Terza istanza è un'autorità giudiziaria entro il sistema ordinario della organizzazione giudiziaria, laddove la Corte di cassazione francese secondo i suoi concetti fondamentali è una istituzione statuale che sta al disopra dell'ordinario potere giudiziario per la difesa del diritto obiettivo (*Rechtsordnung*) » (126);

---

(125) *Allgemeine Begründung*, § 14 (Hahn, I, pag. 141 e segg.); Petersen, *ZPO*, II, pag. 54; Schmidt, *Lehrbuch*, § 126, pag. 796.

(126) Recensione all'opera di Harrasowsky, *Rechtsmittel*, in « Krit. Vierteljahr », 1880, 392; *Zivilprozess* cit., pag. 355.

mentre il secondo scrive che lo scopo della Corte di cassazione non è « la produzione di una decisione giusta del concreto singolo processo, ma il mantenimento di una uniforme e corretta complessiva attività nella applicazione del diritto in giudizio; e di conseguenza anche le condizioni del suo esercizio si regolano non secondo principii di diritto processuale civile, ma secondo principii di diritto costituzionale », al contrario di quanto avviene per la Revisione, che il diritto tedesco, « combinando il concetto del ricorso per cassazione con quello dell'appello, pose al servizio immediato dello scopo della tutela giuridica privata » (127).

A chi abbia seguìto da vicino lo svolgimento pratico della Cassazione nel diritto francese, come a suo tempo abbiamo cercato di fare, queste affermazioni di così insigni processualisti appaiono come una novella prova di quella strana ignoranza su quest'argomento che altra volta abbiamo notata nel giuristi tedeschi (retro, n. 192 e n. 210); i quali, per farsi un'idea della Cassazione francese, si fermano ancora alla lettera di quelle leggi che dal 1790 restano in apparenza a regolar l'istituto, e trascurano del tutto quella profonda evoluzione consuetudinaria che in un secolo di vita lo ha radicalmente trasformato (retro, n. 202). Se la Corte di cassazione fosse ancora quell'organo di polizia costituzionale che i legislatori dell'Assemblea volevano farne, la contrapposizione fatta dai giuristi tedeschi tra Cassazione e Revisione sarebbe perfettamente fondata; ma essa non può non sembrare assolutamente arbitraria, quando invece si pensi che in Francia la *Cour de cassation* è entrata ormai a far parte dell'ordinamento giudiziario, ed ha assunto ormai, come il *Reichsgericht* germanico il carattere di un vero e proprio organo giurisdizionale, che, allo scopo mediato di mantenere la uniformità della giurisprudenza, coopera, come scopo immediato, alla giusta decisione del concreto rapporto controverso (retro, n. 192).

Una profonda differenza di intenti tra Cassazione e Revisione non sembra dunque che esista in realtà (128): e quando i giuristi tedeschi, vantando la loro Revisione, respingono ogni parentela di questa coll'istituto francese, e affermano che nel costruirla si è voluto « gettar via da bordo tutta la merce e la zavorra della Cassazione francese » (129), peccano evidentemente di ingratitudine contro

---

(127) *Lehrbuch*, pag. 796-797. La diversità fondamentale tra Revisione e Cassazione si trova poi affermata apoditticamente da scrittori anche recenti: cfr. WEHLI, scritto cit., pag. 1.

(128) Cfr. MORTARA, *Comm.*, II, n. 17.

(129) SONNENSCHMIDT, scritto cit., 424.

il suo indubitabile modello: imperocché dalla Cassazione direttamente deriva la Revisione tedesca, come il WEISMANN, e altri pochissimi giuristi germanici che non si lasciano accecare dal nazionalismo scientifico, riconoscono (130). Basterebbe in verità a provarlo — ove già non avessimo visto quale profondo influsso ebbe la Cassazione sulle legislazioni particolari germaniche anteriori all'unificazione — il considerare che alla tradizione tedesca era sconosciuto tanto nel diritto processuale un rimedio per *qualsiasi* errore di diritto, paragonabile al ricorso in cassazione, quanto nell'ordinamento giudiziario un organo *esplicitamente destinato* alla unificazione della giurisprudenza, paragonabile alla Corte di cassazione.

La *querela nullitatis* per errore *contra ius in thesi clarum* era limitata, come si sa, ad alcuni pochissimi casi di errore intervenuto nella premessa maggiore; ed è tutto merito della Cassazione francese avere allargato questi ristretti limiti della querela di nullità ad ogni errore di diritto intervenuto nella premessa maggiore (errore di interpretazione) e finalmente ad ogni errore di diritto intervenuto nella premessa minore (errore di sussunzione). Le tappe di questo cammino compiuto nel diritto tedesco dalla Cassazione francese sono segnate da tre leggi processuali: punto di partenza, l'*AGO* del 1793 (soltanto alcuni errori di diritto in astratto); punto intermedio, l'Ordinanza prussiana del 1833 (tutti gli errori di diritto in astratto); punto d'arrivo, il *CPO* germanico attuale (tutti gli errori di diritto, in astratto e in concreto) (131).

D'altra parte noi sappiamo che la terza istanza nel diritto comune non era istituita per intenti diversi da quelli per cui funzionavano le due istanze inferiori: onde i tribunali supremi degli Stati tedeschi non rispondevano a un particolare fine di diritto pubblico. L'idea di un supremo consesso destinato a mantenere l'osservanza della legge da parte dei tribunali, è un'idea della Rivoluzione francese; e la opportunità di istituire un Tribunale supremo per la unificazione del diritto fu compresa in Germania soltanto attraverso l'esempio della *Cour de cassation.*

---

(130) WEISMANN, *Einheitliches Recht* cit., pag. 181: « I Motivi sono incorsi in una notevole autosuggestione quando essi opinano che la Revisione sia qualcosa di interamente diverso dalla Cassazione. Essa è invece, nella sua sostanza, niente altro che la Cassazione »; e *Lehrbuch*, I, § 100, pag. 443-444; HAMM, scritto cit., in « D. J. Z. », 1897, 458; GOLDERING, *ib.*, 1897, 481.

(131) Ho già accennato che quando il WACH in *Krit. Vierteljs.*, XV, pag. 104, ritiene che la Cassazione francese ammetta soltanto l'errore di diritto *in thesi*, mostra di ignorare che invece è proprio la caratteristica fondamentale della Cassazione quella di ammettere anche l'errore di qualifica giuridica. Lo riconoscono del resto anche i Motivi del *CPO* (*Bes. Begr.* in HAHN, I, 367).

La Revisione mutua dunque dalla Cassazione gli intenti e i limiti di applicabilità: cioé gli elementi che ne costituiscono la ragione e il modo d'esistenza. Ma anche scendendo in comparazioni più particolari, vediamo che la diversità delle regole processuali che disciplinano i due istituti è più apparente che reale: l'esistenza nel diritto francese di un ricorso *dans l'intérêt de la loi,* istituto che sta a sé e che ha del resto efficacia più teorica che pratica, non ha nessun influsso sulla natura del ricorso di parte (132), nel quale, come nella revisione tedesca, l'interesse privato viene adoperato come « veicolo » dell'interesse pubblico (133); la facoltà attribuita al Tribunale dell'Impero di decidere in merito o di rinviare la causa con decisione di diritto obbligatoria per il giudice di rinvio, non costituisce una novità di fronte alla *Cour de cassation,* la quale, fin dalla legge 1837, ha facoltà, in caso di secondo rinvio, di cooperare positivamente alla decisione del caso concreto (134); perfino la Revisione ha riprodotto, ed anzi aggravato quella confusione tra *error in iudicando* ed *error in procedendo* che, come si è visto, costituisce una delle caratteristiche dell'istituto francese.

In un solo punto la Revisione differisce sostanzialmente dalla Cassazione: in quella facoltà data al giudice di revisione di riesaminare il rapporto controverso nella sua totalità, senza essere legato dagli *errores in iudicando* rilevati dalla parte, mentre il giudice di cassazione non può di regola uscire dai *moyens* che il ricorrente ha fatti valere. Questa differenza significa, in altre parole, che, mentre il ricorso per cassazione è costruito sempre come una azione di impugnativa, la revisione per *error in iudicando* ha la

---

(132) Cfr. BÄHR, *Das Rechtsmittel zweiter Instanz* cit., pag. 15; WEISMANN, *Einheitliches Recht* citato, nota 18.

(133) Benissimo il WEISMANN, scritto cit., pag. 181: « È specialmente inesatta la contrapposizione che la Cassazione serva all'interesse pubblico, e la Revisione invece sia destinata a difendere l'interesse delle parti, ecc. ».

(134) Quando STEIN, *Private Wissen*, pag. 168, dice che mentre il *Reichsgericht* « pronuncia, anche quando annulla, una sentenza, e pone in essa la premessa maggiore giuridica da applicare con forza obbligatoria », la Corte di cassazione « apre soltanto alle parti libera via per una nuova sentenza », si dimentica evidentemente della legge 1° aprile 1837, la quale appunto stabilì che la Corte di cass., in caso di secondo ricorso, pronunci una decisione obbligatoria per il giudice di rinvio. Il più antico precedente tedesco dell'attuale § 565 *CPO* cpv. primo è in quella dichiarazione prussiana del 6 aprile 1839, articolo 11, cpv. 3 (retro, n. 209. Cfr. *Besond. Begr., sub* § 504, in HAHN, I, 372), la quale è posteriore alla legge francese del 1837, e quindi derivata da essa. Anche SONNENSCHMIDT, che pur scrive nel 1880, ignora assolutamente l'esistenza della legge 1837 (scritto cit., pag. 466). In questo modo è facile dimostrare l'originalità della Revisione!

natura di un mezzo di gravame; e, dal punto di vista sistematico, non è trascurabile (cfr. vol. II, n. 113, ove la differenza è particolarmente analizzata). Ma, dal punto di vista pratico, non può essa sola bastare a dare alla Revisione quel carattere di novità che essa pretende: tanto più che sulla opportunità di mantenere questa *freie Revisionspraxis* la stessa dottrina tedesca ha elevato in questi ultimi tempi autorevoli dubbî (retro, n. 220) (135).

222. — Se noi ora ci domandiamo qual è il rapporto che passa tra la Cassazione francese e la Revisione germanica, dobbiamo in questa vedere come una conclusione, uno sviluppo, un *epilogo,* per così dire, di quella. La Cassazione, infatti, si compie e si perfeziona nella Revisione: « si perfeziona » dico, non già in quanto essa si migliori o si trasformi coll'aggiunta di nuovi elementi, ma in quanto essa raggiunge la piena attuazione statica di quelle tendenze che nel diritto francese esistono in divenire. Noi abbiamo visto, infatti, come nel diritto francese lo sviluppo consuetudinario abbia portato l'istituto assai lontano dalle leggi di costituzione che tuttora formalmente sono in vigore, e come quindi in Francia si verifichi un dissidio ormai cronico tra quello che l'istituto dovrebbe essere, e quello che in realtà esso è. Ora questa Cassazione francese, non scritta nelle leggi, ma viva nella coscienza giuridica nazionale, ha trovato la sua piena espressione legislativa nelle norme sulla Revisione del *CPO* germanico, le quali quindi non fanno che fissare in formule scritte quell'istituto che nel diritto francese è stato inconsciamente svolto dalla consuetudine.

Arriveremo a dire che chi voglia trovare la fedele effigie della Cassazione francese deve cercarla non già nelle leggi francesi, le quali contengono irrigiditi i tratti di un istituto ormai sorpassato, ma nell'Ordinamento processuale germanico, il quale ha saputo cogliere l'ultimo prodotto della vita giuridica francese: infatti, mentre in Francia, ove l'evoluzione è avvenuta senza bruschi mutamenti, l'istituto si trova ancora in parte sotto l'influsso di quella primitiva concezione che gli attribuiva una posizione di controllo politico posto fuori dell'ordinamento giudiziario, in Germania una legislazione processuale ricostruita *ab imis* ha potuto fare una cernita delle diverse norme e accogliere soltanto quelle che rispondono alla Cassazione del secondo tipo, istituto giudiziario

(135) Cfr. la critica che di questa novità faceva fin dal 1871 il Bähr, *Das Rechtsmittel* cit., pag. 11-13. Cfr. vol. II, capit. XIII.

destinato a mantenere l'uniformità della giurisprudenza. Talché, mentre chi paragoni le leggi che disciplinano in Francia la Cassazione con quelle che in Germania regolano la Revisione, potrà credere di trovarsi in presenza di istituti profondamente diversi, i due istituti, nel loro funzionamento pratico, sono assai più vicini di quello che possa sembrare; la Revisione, infatti, non è che la traduzione in norme scritte di quell'istituto che in Francia è tuttora in gran parte affidato alla consuetudine: diversità, dunque, nella formulazione tecnica delle norme, non nel loro contenuto essenziale (136).

A questo si riduce la vantata originalità della Revisione germanica. E la storia della sua origine, messa a confronto con quella della Cassazione francese, potrebbe aprire il varco a lunghe considerazioni sulla psicologia comparativa della nazione francese e della nazione tedesca: poiché da un lato il sorgere della Cassazione dalla crisi rivoluzionaria e il suo trasformarsi nella consuetudine senza che si sia creduto opportuno di fissare in ben definite norme questa trasformazione, è un indice di quella irriflessiva genialità francese la quale è riuscita a creare un istituto originale e importante com'è la Cassazione quasi inconsciamente, solo affidandosi alla autonoma virtù della pratica; mentre dall'altra la Revisione, che, cogliendo nella pratica francese il nuovo significato della Cassazione e comprendendone subito la importanza, ne riassume in norme chiare e precise i tratti più caratteristici, risponde alla qualità della mente tedesca, di scarsa inventiva ma di larga riflessione, pronta a discernere il lato utilitario degli istituti stranieri, ad organizzare e sistemare e svolgere fino alle ultime conseguenze ciò che altrove è spesso prodotto inconsapevole e irrazionale della consuetudine, e a sfruttare poi come ritrovato nazionale ciò che in sostanza non è che la copia corretta di una invenzione altrui.

Ma queste considerazioni ci porterebbero lungi dal tema. Certo è, in conclusione, che il *Reichsgericht* si può considerare come la *Cour de cassation* della Germania, poiché esso compie nella vita giuridica tedesca la stessa funzione che la *Cour de cassation* compie in Francia; e quando lo Schmidt trova una fondamentale differenza tra il Tribunale dell'Impero e la Corte di cassazione in ciò che

---

(136) Il Geny, *Méthode* cit., pag. 559-560, scrive che « se certe legislazioni straniere (germanica, svizzera) hanno saputo, profittando della nostra esperienza, sfuggire alle difficoltà formali ingenerate, presso di noi, dalla concezione un po' stretta della Costituente, stimo che in fondo il nostro sistema positivo si trova oggi, per via consuetudinaria, ugualmente ben stabilito in un senso largo... ».

quello, a differenza di questa, si mantiene costantemente fedele alla legge qual essa è, e, senza lasciarsi deviare dalle tendenze sociali che mirano a riformare il diritto positivo, si astiene rigorosamente, anche a costo di essere impopolare, dalla giurisprudenza così detta « prétorienne », (137) egli non rivela una diversità specifica tra i due istituti, che hanno ambedue l'identico ufficio di unificare e riassumere la giurisprudenza giudiziaria dei loro paesi, ma una diversità generica sul modo d'intendere i limiti tra legge e giudice, per la quale in Francia e Germania, forse a causa della differente età della legislazione, non sono in ugual modo determinati i poteri della giurisprudenza di fronte all'interpretazione del diritto obiettivo.

---

(137) *Lehrbuch*, § 126, pag. 807; e specialmente *Das Reichsgericht und die deutsche Rechtswissenschaft*, pag. 231 e segg.

CAPO SETTIMO

LA CASSAZIONE NELLE ALTRE LEGISLAZIONI

LETTERATURA.

a) *Opere di carattere generale.*

Annuaire de législation étrangère (Paris, continuazione); DEMOMBYNES, *Les constitutions européennes* (2ª ed., Paris, 1883), 2 volumi; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel im Cpr.* cit.; LESKE und LOEWENFELD [cit.: L. L.], *Die Rechtsverfolgung im internationale Verkehr*, 3 volumi (Berlin, 1895-1905).

b) *Opere di carattere particolare.*

1. AUSTRIA-UNGHERIA. — KLEIN, *Die neuen österr. C. P. G. Entwürfe* (in « Z. », XIX, 1); *Die Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz* (« Allg. österr. G. Zeitung », 1899, n. 10); *Materialien zu den neuen österr. Civilprozessgesetzen* (Wien, 1897); MENESTRINA, *Nel centenario del codice civile generale austriaco* (« R. d. c. », 1911, 808); OFNER, *Der prozessuale Aufbau des Rechtsfalles* (« Allg. österr. G. Zeitung », 1904, n. 46); PAPST, [*Sul progetto del CPO ungherese*], in « Z. », XXXI, 167; PETERS, [*Confronto tra revisione austriaca e revisione germanica*], in *Festschrift der Universität Leipzig zur 500 jährigen Jubelfeier gewidmet* (Leipzig, 1909: cfr. recensione di KOFFKA in « Z. », XL, 144); POLLAK, *System des österr. Zivilprozessrechts* (Wien, 1906); SCHMIDT (Al.), *Die neue Ung. CPO 1911* (Leipzig, 1911); e in « Z. », XLI, 549; SEDLÀCÊK, *Die Beweisfrage nach der CPO vor dem obersten Gerichtshofe* (« Allg. österr. G. Zeitung », 1899, n. 8); SEMERARO, *Il processo civile austriaco e il suo funzionamento* (« R. d. pubbl. », 1914, I, 513); STEIN, *Der Sachverhalt vor der Revisionsinstanz* (« Jur. Blätter », 1900, n. 32); WALKER, *Die österr. C. P. G. im Vergleiche mit ihren Entwürfen* (« Z. », XXV, 262); VIERHAUS, *Die Behandlung der neuen österr. C. P. G. E.* (« Z. », XX, 552; XXI, 361).

2. BELGIO-OLANDA. — LECLERQUE, [sui disegni di legge nel Belgio], in « La Belgique judiciaire », 1856, n. 89; MITTERMAIER, in « C. A. », XL, 98; SANFOURCHE-LAPORTE, *Manuel de cassation* (Bruxelles, 1833); SCHEYVEN, *Traité pratique des pourvois en cassation* (Bruxelles, 1886); TRIPELS, *Les codes néerlandais* (Paris, 1886).

3. INGHILTERRA. — ADICKES, *Grundlinien durchgreifender Justizref.* cit.; BRODIE-INNES, *Comparative principles of the laws of England and Scotland, Courts and procedure* (Edinburgh, 1903); DENISON-SCOTT, *Practice and procedure of the House of Lords* (1879); DE FRANQUEVILLE, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne* (Paris, 1893); GERLAND, *Die englische Gerichtsverfassung* (Leipzig, 1910); LOUIS, *Notice, traduction et notes* sulla L. 11 agosto 1876 (« Annuaire de législ. étrangère », 1877, 16); PERSICO (Cl.), *Introduzione allo studio del diritto privato*

inglese (« Giur. it. », 1915, IV, 155); PETERS, *Das englische bürgerliche Streitverfahren* (Berlin, 1908); RÜTTIMANN, *Der englische Civilprocess* (Leipzig, 1851); SARFATTI, *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia* (« Filangieri », 1907); *Il processo civile inglese* (« Giur. it. », 1914, IV, 137); SCHUSTER, *Die bürgerliche Rechtspflege in England* (Berlin, 1887); SNOW, *Annual Practice* (1909); TIRANTI, *Introduzione allo studio della giustizia in Inghilterra* (Pisa, 1911).

4. STATI UNITI D'AMERICA. — BEARD, *The supreme Court and the Constitution* (New York, 1912); CARLIER, *La République américaine États-Unis* (Paris, 1890), vol. II e IV; COUNTRYMAN, *The supreme Court of the Un.-St. with a review of certain decisions relating to its appellate power under the constitution* (Albany, N. Y., 1913); HARTMANN, *Die Strafrechtspflege in Amerika* (Berlin, 1906); MILLET, [Notizie sulla riforma giudiziaria], in « Annuaire », 1877, 734; NERINX, *L'organisation judiciaire aux États-Unis* (Paris, 1909); SHERMANN, *On the origin of the power exerced by the United States supreme Court* (in « Scritti in onore di G. P. Chironi », II, 183).

5. SVIZZERA. — BALSIGER, *Kassation und Kassationsgericht in Kanton Zürich*; FAVEY, *Les conditions du recours de droit civil au Tribunal fédéral* (« Journ. des trib. », XLV, 1907, 290); HAFFNER, *Das Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts in Zivilstreitigkeiten nach art. 29 u. 30 B. G.* (« Zeit. für schw. R. », III, 153); HOURTOULE, [Commento alla legge 1893], in « Annuaire », 1894, 446; MITTERMAIER, *Civilprocessgesetzgebung* etc. (in « C. A. », XXXIV, 139); WEISS, *Die Berufung an das Bundesgericht in Zivilsachen* (Bern, 1908); VILLEFOSSE, in « Annuaire », 1912, 563.

6. VARIE LEGISLAZIONI. — ANDERSEN, *Der neueste dänische Gesetzesentwurf der bürg. Rechtspflege*, in « Z. », XXXII, 561; *Ein neuer dänischen Gesetzesentwurf über die Rechtspflege*, in « Z. », XXXVII, 347; GATTESCHI, *Manuale di dir. pubblico e privato ottomano* (Alessandria, 1865); GRÖNDHAL, [Notizie sul disegno finlandese del 1901], in « Z. », XXXI, 435; HOST, [Notizie sulla legge svedese 26 marzo 1909], in « Annuaire », 1910, 390; KAPNIST, *Code d'organisation judiciaire de l'Emp. de Russie* (Paris, 1883); LALLIER, [Notizie sulla L. 18 febbraio 1885 del Lussemburgo], in « Annuaire », 1886, 402.

Capitolo XXVI

LEGISLAZIONI CHE ACCOLGONO IL SISTEMA DELLA CASSAZIONE NELLA SUA FORMA ORIGINARIA (CASSAZIONE FRANCESE)

Sommario: 223. Premesse e partizione del Capo VII. — 224. Premessa del Capitolo. — 225. Italia. — 226. Belgio. — 227. Olanda. — 228. Lussemburgo. — 229. Spagna. — 230. Portogallo. — 231. Grecia. — 232. Romania. — 233. Serbia. — 234. Bulgaria. — 235. Turchia. — 236. Russia.

223. — Se ci è sembrato assolutamente necessario, per essere in grado di intendere la posizione dogmatica della Cassazione nel diritto processuale civile italiano, esaminare diffusamente la nascita e lo svolgimento dell'istituto nel diritto francese e la sua maturazione nel diritto germanico, saremmo certamente allontanati dal nostro scopo qualora volessimo ripetere per tutte quante le legislazioni contemporanee la minuziosa disamina che si è compiuta nelle pagine precedenti per la Francia e per la Germania; sarà pertanto sufficiente passare qui in rapida rassegna le legislazioni processuali dei più importanti Stati contemporanei anteriori alla guerra, per fissare, in un quadro schematico e riassuntivo, qual'è stata nello spazio la diffusione dell'istituto che qui si studia. Basteranno pochi cenni sommari per ogni legislazione, tanto per dare un'idea del sistema adottato nei diversi diritti positivi; e se in qualche legislazione troveremo sull'argomento qualche disposizione di dettaglio che sembri degna di nota, ne faremo parola in seguito, nella parte dogmatica di questo Studio, quando il commento dei singoli articoli del nostro diritto positivo sarà corredato da opportuni richiami agli articoli corrispondenti dei Codici stranieri.

Le legislazioni processuali degli Stati contemporanei possono essere divise, prendendo come criterio di classificazione l'accoglimento del sistema della Cassazione, in tre gruppi:

a) legislazioni che accolgono il sistema della Cassazione imitandolo direttamente dalla Francia;

b) legislazioni che accolgono dal processo germanico l'idea fondamentale, derivata dalla Cassazione francese, di un supremo

organo giudiziario destinato a mantenere l'uniformità della interpretazione giurisprudenziale;

c) legislazioni che non accolgono il sistema della Cassazione, né nella sua forma originaria francese, né in quella derivata germanica.

Citeremo ora le legislazioni che riproducono in modo più evidente i caratteri di ciascun gruppo, senza con questo pretendere di passare in rivista i sistemi processuali di tutti quanti gli Stati attualmente esistenti nel mondo.

224. — L'influsso esercitato dalla Rivoluzione francese sugli ordinamenti costituzionali di molti Stati europei nati a vita politica nel secolo XIX si manifesta anche nelle loro leggi processuali e specialmente nell'adozione del sistema della Cassazione, che viene considerato come garanzia fondamentale della divisione dei poteri e della sovranità; l'istituto della Cassazione si trova pertanto accolto, senza varianti sostanziali, nelle legislazioni dei seguenti Stati.

225. — *a*] ITALIA. — La caratteristica evoluzione, attraverso la quale il sistema della Cassazione, accolto fin dagli ultimi anni del secolo XVIII negli Stati rivoluzionarî della Penisola, fu riprodotto negli ordinamenti costituzionali posteriori alla Restaurazione e poi definitivamente adottato nella legislazione processuale dell'Italia unificata, sarà minutamente studiata nel Capo VIII, al quale si rinvia.

226. — *b*] BELGIO (1). — Il sistema della Cassaz. introdotto nel Belgio e in Olanda dalla dominazione napoleonica, vi fu mantenuto quando, dopo la caduta di Napoleone, ebbe vita indipendente il Regno dei Paesi Bassi, nel quale da prima ebbero funzioni di cassazione le corti d'Appello di Bruxelles e di Lüttich (2), e fu poi creata a Bruxelles, dalla legge sull'ordinamento giudiziario del 4 agosto 1832, una Corte di cassazione indipendente, che continuò per il Belgio anche quando questo si separò politicamente dall'Olanda e che tuttora sussiste.

La composizione della Corte è nelle sue grandi linee simile al

---

(1) Cfr. SANFOURCHE-LAPORTE, *Manuel de cassation*; SCHEYVEN, *Traité pratique des pourvois en cassation*; HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 39 e segg.; DEMOMBYNES, *Les constitutions européennes*, I, pag. 282.

(2) Ordinanze 9 aprile 1814, 15 marzo 1815, 19 luglio 1815: cfr. HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 39, nota 1.

modello francese; manca però la *Chambre des requêtes* (3). Come conseguenza delle varie fasi attraversate in Francia dall'istituto prima di raggiungere la sua forma definitiva, si ebbero nel Belgio dibattiti e pentimenti sulle norme che dovevano regolare il secondo ricorso contro una prima sentenza di rinvio: mentre la legge del 4 agosto 1832 (art. 23-25), fedele alla concezione originaria dell'istituto, prescriveva che in caso di un secondo ricorso per gli stessi motivi si dovesse sospendere la decisione fino alla emanazione di una legge interpretativa sul punto controverso, la legge del 7 luglio 1865 (4) adottò il sistema che vige in Francia dopo la riforma del 1° aprile 1837 (retro, n. 188). Nessuna variazione fondamentale a questo sistema è stata proposta dai progetti di revisione del Codice di procedura civile presentati e discussi nel Belgio negli ultimi decenni del secolo scorso; si è cercato piuttosto nei progetti stessi di disciplinare il procedimento di cassazione in modo più preciso e più compiuto di quanto non faccia il diritto francese (5).

227. — *c*] Olanda (6). — Quando l'Olanda si separò dal Belgio, la funzione di cassazione fu, dalla legge sull'ordinamento giudiziario del 28 aprile 1835, attribuita al Supremo Consiglio (*Hooge Raad der Nederlanden*), il quale però non fu costruito come un organo di controllo posto all'infuori dell'ordinamento giudiziario, ma come un tribunale di suprema istanza cumulante colla funzione di cassazione la funzione di un vero e proprio appello per certi determinati casi. Quantunque le leggi processuali olandesi conservino apparentemente l'istituto della Cassazione, attenendosi, almeno per

---

(3) Cfr. Scheyven, *Traité*, pag. 35.

(4) A questo sistema si giunse attraverso varî progetti parlamentari e a dibattiti dottrinarî: cfr. Leclerque, in *La Belgique judiciaire*, 1856, n. 89; Mittermaier, in « C. A. », XL, pag. 98-99. Cfr. L. 25 marzo 1876, sui motivi di cassazione; una legge del 1866 abolì la multa in caso di rigetto. Demombynes, I, 282. Cfr. anche Allard, *Esame critico del codice proc. civ. italiano*, pag. 132.

(5) Sui progetti di riforma del 1869, 1873, 1877, cfr. Harrasowsky, *Rechtsm.*, pag. 41, nota 1; e sulle regole, in essi contenute, sul procedimento di cassazione (interessanti specialmente quelle relative alle prove in sede di cassazione), *ibidem*, pag. 46. Sui caratteri della giurisprudenza belga in confronto con quella francese, cfr. Biervliet, *L'interprétation belge du code civil* (in *Livre du centenaire*, II), pag. 664 e segg.

(6) Cfr. Harrasowsky, *Rechtsmittel*, pag. 49 e segg.; Leske und Loewenfeld, *Rechtsverfolgung*, III. Bd., Teil I, pag. 446 e segg.; Tripels, *Les codes néerlandais*; Demombynes, I, 325. Non è fuori di luogo ricordare che si deve a un olandese (Meyer, *Spirito, origine e progressi delle ist. giud.*, lib. VII, cap. 6°, scritto circa il 1820) una delle più acute analisi della Cassazione francese.

quanto riguarda i motivi di ricorso, al diritto francese (7), pur tuttavia si nota in esse una costante tendenza a trasformare la Cassazione in una terza istanza, e ad eliminare nel più alto grado possibile le differenze di procedimento fra cassazione ed appello: l'abolizione della *chambre des requêtes,* l'attribuzione di effetto sospensivo al ricorso per cassazione (CPC, art. 398), la esclusione del ricorso in cassazione contro la doppia conforme (CPC, art. 400), l'abolizione del deposito preventivo (L. 7 aprile 1869) sono altrettante prove di questa tendenza, la quale si manifesta poi in modo caratteristico in quella norma, secondo la quale il Supremo Consiglio, qualora annulli una sentenza per violazione di legge o per eccesso di potere, può senz'altro, in base al materiale istruttorio raccolto nelle precedenti istanze, decidere in merito (8).

228. — *d*] LUSSEMBURGO (9). — Le disposizioni relative all'istituto della Cassazione, quasi interamente corrispondenti a quelle del diritto francese, furono riunite in un testo unico colla L. 18 febbraio 1885. Una notevole divergenza dal modello francese si trova in quelle disposizioni (art. 27 a 39) secondo le quali, se la sentenza cassata emana da una Corte d'Appello, la Corte di Cassazione deve senz'altro giudicare in merito (10).

229. — *e*] SPAGNA (11). — Il sistema del doppio grado, integrato da un ricorso in cassazione al *Tribunal Supremo* di Madrid, nell'interesse della uniformità della giurisprudenza, fu adottato dalla legge del 13 maggio 1855 e disciplinato dalla *ley de enjuiciamento civil* del

---

(7) Legge sull'ord. giud. 18 aprile 1827 (modificata il 28 aprile 1835), articoli 95-107, sulla quale MITTERMAIER, in « C. A. », X, pag. 441; CPC, 1828, modificato da molte leggi successive (artt. 398-429), fino all'ultima del 7 luglio 1896 (« Annuaire », 1896, 521).

(8) HARRASOWSKY cit., pag. 59; Legge sull'ord. giud., 105-106; Cod. proc. civ., artt. 419-424. Non sono mancati in Olanda movimenti per l'assoluta abolizione del sistema della Cassazione: cfr. MITTERMAIER, in « C. A. », XL, pag. 111 e segg.: LESSONA, in « Rev. trim. », II, 354.

(9) « Annuaire », 1886, pag. 402: notizia, analisi e note sulla legge 18 febbraio 1885 di LALLIER.

(10) Anche in un altro Stato minuscolo, il Principato di Monaco, il sistema della Cassazione, al quale i redattori del Codice di procedura civile del 5 settembre 1896 si sono ispirati quando hanno ammesso tra le *voies extraordinaires* contro le sentenze il ricorso a un *Conseil de revision* presieduto dal principe per sola violazione di legge (art. 448), è stato modificato, a causa della esiguità del territorio, nel senso che al rinvio si è sostituita la decisione in merito del *Conseil* stesso (art. 456). Cfr. « Annuaire », 1897, 442 e segg.

(11) HARRASOWSKY, op. cit., pag. 143 e segg.; LESKE und LOEWENFELD, I. Bd., pag. 248.

5 ott. 1855 e da una legge del 22 aprile 1878 (12). Nel ricorso per cassazione al tribunale supremo, che può essere presentato anche dal pubblico ministero nell'interesse dello Stato, si fa netta distinzione fra gli *errores in iudicando* (violazione di legge, o anche violazione di una *communis opinio* prevalsa ormai nella giurisprudenza) e gli *errores in procedendo;* e tale distinzione non solo si ripercuote sulle regole di procedimento, che sono diverse secondo il motivo per cui si ricorre (notevoli le regole sul deposito della multa, che varia nei diversi casi, (13), ma produce anche delle conseguenze sulla composizione organica del tribunale, in cui esistono due Sezioni, una incaricata esclusivamente di decidere sui ricorsi per *error in iudicando,* l'altra incaricata di decidere sui ricorsi per *error in procedendo* e di delibare la fondatezza dei ricorsi per *error in iudicando,* che poi, ove siano ammessi, vengono passati per la decisione all'altra sezione. Questa repartizione di còmpiti, che era stata abolita dalla legge 18 giugno 1870, ma che fu ripristinata poi col decreto 27 gennaio 1875, è osservata con tanto rigore che un ricorso in cassazione basato su motivi di diversa natura, deve passare successivamente attraverso le due sezioni, ognuna delle quali esamina i motivi del suo gruppo. La presentazione del ricorso ha di regola effetto sospensivo, ma il giudice *a quo* può ordinare l'esecuzione con cauzione; è notevole che, mentre il ricorso per *error in procedendo* dà luogo, ove sia accolto, ad un semplice annullamento con conseguente rinvio, l'accoglimento del ricorso per *error in iudicando* dà luogo a una nuova decisione in merito dinanzi allo stesso Tribunale supremo (14).

230. — *f*] Portogallo (15). — Sotto il nome di ricorso in revisione il CPC del 3 novembre 1876 ammette un vero e proprio ricorso in cassazione al *Supremo Tribunale de Justiça,* esperimentabile solo per violazione di legge sostanziale o processuale, sfornito normalmente di effetto sospensivo, e mirante ad ottenere l'annullamento della sentenza con successivo rinvio: in caso di secondo annullamento per gli stessi motivi, il tribunale di rinvio si deve uniformare all'opinione del Supremo Tribunale; nel caso che spontaneamente si uniformi a questa opinione il primo tribunale di rinvio, è espressamente vietata la presentazione di un nuovo ricorso (art. 813-835 CPC).

---

(12) *Ley de casación civil,* sunto in Demombynes, I, 479.

(13) Harrasowsky, pag. 149; Demombynes, I, pag. 480, nota, n. 6.

(14) L. 22 aprile 1878, tit. IV. È da notarsi che il ricorso in cassazione dà sempre luogo a una procedura preliminare dinanzi la Corte d'appello contro la cui sentenza si ricorre: cfr. Demombynes, pag. 479 in nota.

(15) Harrasowsky, pag. 165; Leske und Loewenfeld, vol. I, pag. 257; « Annuaire », 1877, pag. 453; *ib.* 1891, 460.

231. — *g*] GRECIA (16). — La legge sull'ordinam. giudiziario del 21 aprile 1834, e il CPC del 2 aprile 1834, che riproducono con poche varianti di dettaglio le leggi processuali francesi, ammettono il ricorso per cassazione all' Ἄρειος Πάγος che ha sede in Atene (due sezioni, una penale ed una civile, che cumula in sé anche la funzione di sezione dei ricorsi). Le regole di questo istituto sono in massima le stesse che vigono in Francia (CPC, articoli 805-815); si ha soltanto una variante notevole in quella norma che permette all'Areopago di decidere senz'altro in merito quando annulla per *error in iudicando,* o quando, dopo un primo rinvio per *error in procedendo,* viene presentato un secondo ricorso (17).

232. — *h*] ROMANIA (18). — Il sistema francese della Cassazione, introdotto da una speciale legge del 24 gennaio 1861, è accolto dal CPC dell'11 settembre 1865 (art. 551 e segg.) e dalla legge sull'ordinamento giudiziario dell'1-13 sett. 1890 (art. 5), nonché da una speciale legge riassuntiva del 30 giugno-13 luglio 1905 (19), modificata da altra legge del 25 marzo - 7 aprile 1910 (20). Le regole per il ricorso alla *Inalta Curte de Casatie si de Iustitie* di Bucarest sono simili a quelle del diritto francese; essa si compone di tre sezioni, fra le quali i ricorsi si ripartiscono per materia, ma manca la *chambre des requêtes,* abolita con legge 17 agosto 1864. Un secondo ricorso per lo stesso motivo viene deciso dalle *Sectiunile unite,* la cui pronuncia ha forza obbligatoria per il nuovo tribunale di rinvio, qualora sia simile a quella data dalla sezione che ha giudicato sul primo ricorso: se invece vi è contrasto di opinioni, occorre provocare una interpretazione autentica dal potere legislativo (art. 74 della legge 1861) (21).

233. — *i*] SERBIA (22). — Esiste in Belgrado una Corte di cassaz. a tipo francese, secondo le regole stabilite dai §§ 323-333 del CPC del 20 febbraio 1865 e dalla legge sull'ordinamento giudiziario.

---

(16) HARRASOWSKY, pag. 217; LESKE und LOEWENFELD, vol. II, pag. 59; DEMOMBYNES, I, 832.

(17) Leggi 29 gennaio 1866 e 28 luglio 1877: cfr. L. und L. cit., pag. 60; DEMOMBYNES, I, 832.

(18) HARRASOWSKY, pag. 221; L. L., vol. II, pag. 126; « Annuaire », 1891, pag. 753; DEMOMBYNES, 710 e segg.

(19) Cfr. il sunto in « Annuaire », 1906, 545.

(20) Cfr. il sunto in « Annuaire », 1911, 541.

(21) Cfr. su questo articolo LESSONA, in « Rev. trim. », II, 353.

(22) L. L., vol. II, pag. 200 e pag. 219; « Annuaire », 1883, 912; DEMOMBYNES, I, 742.

234. — *l*] BULGARIA (23). — Dal CPC del 20 febbraio 1892, §§ 706-732, fu accolto il sistema della Cassazione francese, e istituita una Corte di cassazione (*Vrhovnii Kassationen Sûd*) in Sofia. La cassazione dà sempre luogo a rinvio, e l'opinione giuridica della Corte fa stato per il giudice di rinvio solo nel caso di secondo ricorso per gli stessi motivi (§§ 725-727); è espressamente stabilito che le sentenze della Corte siano pubblicate per favorire la interpretazione conforme (§ 732) (24).

235. — *m*] TURCHIA (25). — Mentre i tentativi fatti negli anni 1867 e 1868 di creare nell'Impero Ottomano una organizzazione giudiziaria simile a quella degli Stati europei non avevano portato all'adozione del sistema della Cassazione (26), questo fu introdotto dal CPC del 1879 e dalle leggi sull'ordinamento giudiziario, ultima quella del 19 nov. 1893, in base alle quali la Corte di cassazione istituita in Costantinopoli fu divisa in tre sezioni sul tipo francese, con questa sola differenza, che la sezione dei ricorsi si limita ad esaminare la ammissibilità formale del ricorso senza mai delibarne il merito; la Corte in ogni caso cassa e rinvia (art. 231), di regola allo *stesso* tribunale che ha emesso la sentenza cassata (articolo 247): l'opinione della Corte fa stato solo in caso di secondo rinvio (art. 249).

236. — *n*] RUSSIA. — Le leggi giudiziarie introdotte da Alessandro II il 20 novembre 1864 (27) imitarono dal processo francese anche il sistema della Cassazione, in quanto questo potesse essere conciliato col regime assolutistico e collo stato giuridico ancora primitivo di gran parte del territorio sottoposto all'Impero russo.

Come Tribunale di cassazione funzionava il *Senato dirigente,* il quale si divideva in tre dipartimenti (civile, penale e amministrativo); in materia civile i ricorsi per cassazione andavano al dipartimento civile, che si divideva a sua volta in sezioni di tre membri (28). Per talune pro-

---

(23) L. L., vol. II, pag. 243 e 277.

(24) Una legge 29 dic. 1893, a modificazione del § 717 CPC, stabilisce la singolare regola che nuovi motivi di cassazione possono essere prodotti, anche verbalmente, all'udienza (« Annuaire », 1894, 700).

(25) HARRASOWSKY, pag. 223; L. L., vol. II, pag. 358 e 396; GATTESCHI, *Manuale di dir. pubblico e privato ottomano*; « Annuaire », 1890, 869.

(26) Cfr. HARRASOWSKY, pag. 224.

(27) Legge sull'ordinamento giudiziario in 605 articoli; Codice procedura civile in 2097 articoli; cfr. HARRASOWSKY, pag. 207 e segg.; LESKE e LOEWENFELD, vol. II, pag. 559 e segg.; KAPNIST, pag. 86 e segg., e note.

(28) Legge sull'ord. giud., 20 nov. 1864, artt. 114-119; Legge 10 (22) giugno 1877 sulla Cassazione, in « Annuaire », 1878, 683.

vincie però i dipartimenti del Senato funzionavano come terza istanza e in questo caso contro le loro decisioni era data supplica allo Czar (29).

Il ricorso per cassazione (cfr. CPC, art. 792-815; 189-194) era ammesso contro le sentenze inappellabili per tre motivi: violazione di legge *in iudicando,* inosservanza di forme processuali, violazione delle norme di competenza (art. 186 e 793). Il ricorso, dopo aver passato una prima delibazione in Camera di consiglio (art 4 della legge 10 giugno 1877), veniva destinato (con procedimento esclusivamente scritto) alla decisione di una sezione quando si trattasse di motivo meramente processuale, mentre andava alla decisione dell'intero dipartimento quando in conseguenza di un *error in iudicando* fosse « necessario fissare il senso esatto di una legge » (30); in tal caso l'interpretazione fissata dal Senato era obbligatoria per il giudice di rinvio (CPC, art. 813) (31). Le decisioni rese dall'intero dipartimento erano pubblicate perché servissero a rendere uniforme la interpretazione giurisprudenziale (32); e le raccolte annuali di queste decisioni avevano molta importanza tra le fonti del diritto russo (33). Con questo scopo di unificazione giurisprudenziale mal si conciliava però quella singolare norma, propria del diritto russo, per cui i ricorsi in cassazione contro le sentenze dei giudici di pace, invece di concentrarsi tutti in un solo organo supremo, venivano presentati all'« assemblea di pace », in modo che al Senato dirigente andavavano solo i ricorsi contro le sentenze dei tribunali e delle Corti d'appello (34).

---

(29) Ordinanza 12 giugno 1884 in « Annuaire », 1885, 651.

(30) Art. 5 della citata L. 10 giugno 1877.

(31) Cfr. Lessona in « Rev. trim. », II, 353.

(32) Lo dice espressamente l'art. 9 della suddetta Legge: « Annuaire », 1878, pag. 686.

(33) Leske u. Loewenfeld, pag. 578.

(34) L. L., pag. 660; Kapnist, pag. 87 in nota.

Capitolo XXVII

LEGISLAZIONI CHE ACCOLGONO IL SISTEMA DELLA CASSAZIONE NELLA SUA FORMA DERIVATA (REVISIONE GERMANICA)

Sommario: 237. Austria. — 238. Ungheria. — 239. Svizzera. — 240. Finlandia (disegno di riforma).

237. — *a*] Austria. — L'ordinam. generale giudiziario (*allgem. Gerichtsordnung*) del 1° maggio 1781 di Giuseppe II accoglieva il sistema della Terza istanza proprio del diritto comune, e ammetteva quindi al disopra dell'appello, oltre alla querela di nullità per difetti processuali, una revisione contro le sentenze di secondo grado, in tutto simile allo appello e solamente esclusa contro la doppia conforme (§ 260) (1); accanto a questa revisione ordinaria, fu in seguito ammessa per consuetudine e poi legalmente riconosciuta dal decreto del 15 febbraio 1833 (2) una revisione « straordinaria » da chiedersi al Tribunale Supremo contro la doppia conforme per speciali motivi di nullità e di notoria ingiustizia.

Nei disegni di riforme processuali elaborati in Austria nel 1862, 1867, 1876 (3), si riscontra qualche derivazione del sistema francese della Cassazione, penetratavi non direttamente, ma attraverso le legislazioni o gli studî processuali germanici: così, mentre, nei disegni del 1862 e del 1867, si trova ammessa contro le sentenze di secondo grado, invece della tradizionale revisione, una *Nichtigkeitsbeschwerde* al Tribunale Supremo, esperimentabile per violazione di legge sostanziale e per determinate nullità processuali (4), con evidente influsso della legge e del disegno annoverese (retro, n. 208 *b* e n. 211), il disegno del 1876 adotta fe-

(1) Cfr. sulle discussioni relative a questo istituto durante i lavori preparatorî della *allg. Gerichtsord.*, Harrasowsky, pag. 451 e segg.

(2) Id., pag. 457.

(3) *Entwurf einer bürgerlichen P. O.*, Wien, 1862; *Entwurf einer C. P. O.*, Wien, 1867; *Entwurf einer C. P. O.*, Wien, 1876: cfr. Harrasowsky, op. cit., pag. 472 e segg.

(4) Harrasowsky, pag. 475 e 482; *Entwurf* 1862, §§ 445-464; *Entwurf* 1867, §§ 691-719.

delmente le innovazioni proposte per il sistema dei mezzi di impugnativa del primo disegno di riforma del CPO germanico (retro, n. 212) (5).

L'influsso della legislazione germanica (cfr. retro, n. 213) si riconosce con facilità anche nelle linee fondamentali del sistema dei mezzi per impugnare le sentenze adottato dal *CPO* austriaco del 1° agosto 1895: questa legge, che considera come veri e propri rimedî giudiziari (*Rechtsmittel*, §§ 461-528) solo quelle impugnative che si portano dinanzi a un tribunale di grado superiore contro una sentenza non ancora passata in giudicato (6), ossia l'appello (*Berufung*) contro le sentenze di primo grado, la revisione (*Revision*) contro le sentenze di secondo grado, e il ricorso (*Rekurs*) contro le ordinanze e contro i decreti, tratta a parte, come fa l'Ordinamento germanico, delle azioni che mirano a toglier vigore a una sentenza già passata in giudicato (§§ 529-547) o per motivi di nullità *in procedendo* (*Nichtigkeitsklage*) o per speciali considerazioni di equità (*Wiederaufnahmeklage*). Le differenze più notevoli che passano tra il sistema dei mezzi di impugnativa adottato dalla legge austriaca e quello adottato dalla legge germanica si riscontrano nella costruzione processuale dell'appello che nel diritto austriaco non dà luogo a un *novum iudicium*, ma a un riesame in fatto e in diritto del materiale processuale raccolto in prima istanza (7); e nella determinazione dei motivi che possono dar luogo a revisione, i quali nella legislazione austriaca si allontanano assai meno di quanto avvenga nella legislazione germanica dal sistema della Terza istanza del diritto comune.

La Revisione del *CPO* austriaco (*CPO*, §§ 502-513; modificazioni in *Gerichtsentlastungsnovelle*, 1° giugno 1914, nn. 30-33) (8), rimedio ordinario (9) fornito di effetto sospensivo (§ 505) ammesso contro le sentenze di appello (10), può essere esperimentata soltanto per uno dei mo-

---

(5) HARRASOWSKY, pag. 490 e segg.

(6) *Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen* (Wien, 1897), vol. I. *Erläuternde Bemerkungen* al *CPO*, pag. 345. Cfr. anche, sui lavori preparatorî, KLEIN, in « Z. », XIX, 1; VIERHAUS in « Z. », XX, 552 e XXI, 361; WALKER in « Z. », XXV, 262.

(7) *Materialien* cit., vol. I, pag. 346 e segg.

(8) Cfr. POLLAK, *System*, § 107 (pag. 528 e segg. del vol. II).

(9) Si cfr. quanto è detto a questo proposito nella *Relaz. governativa* (*Materialien*, I, pag. 358 e segg.), la quale dichiara che « nel presente diritto appello e revisione sono mezzi di impugnativa che si distinguono solamente per la diversa portata del loro effetto devolutivo, ma nel resto, così per i motivi di reclamo come per la funzione della istanza, sono tra loro interamente uguali »; e che se i motivi di revisione debbono esser limitati, ciò è per ragioni esclusivamente pratiche.

(10) § 502 *CPO*. La Novella del 1° giugno 1914, n. 30, ha però stabilito che la revisione non è ammessa contro la doppia conforme in cause di valore inferiore

tivi che il § 503 del *CPO* enumera: ossia per *error in procedendo* (veri e proprî casi di nullità secondo il § 477, o anche difetti processuali che, senza produrre nullità, siano tali da impedire una esauriente trattazione ed un giudizio fondato della controversia), o per *error in iudicando,* che può essere un errore di diritto (§ 503, n. 4), ma che può anche essere un errore di fatto rilevabile dagli atti processuali (§ 503, n. 3: « perché a base della sentenza del tribunale di appello in un punto essenziale appare posta una premessa di fatto contraddetta dagli atti processuali di prima e di seconda istanza ») (11). Il Tribunale di revisione decide di regola sul merito e rinvia soltanto ai giudici inferiori quando riconosce esistente un motivo di nullità della sentenza (§ 510); in questo caso il giudice di rinvio è vincolato all'opinione giuridica espressa dal tribunale di revisione nel pronunciare l'annullamento (§ 511).

A parte qualche diversità di formulazione legislativa, specialmente in ciò che riguarda i motivi di revisione che nella legge germanica sono tutti compresi sotto il concetto generico di *Gesetzesverletzung,* respinto dalla legge austriaca, la Revisione del *CPO* austriaco non si allontana molto dal suo modello germanico: unica differenza notevole si trova nella norma che dichiara ammissibile questo mezzo di impugnativa anche per errore di fatto, e che deriva evidentemente dal diritto comune (*Aktenwidrigkeit*: cfr. retro, n. 63, β) (12). Ma, prescindendo da questa differenza nella quale il diritto austriaco indulge alla tradizione giuridica, non si può negare che la Revisione del diritto austriaco, a somiglianza di quella del diritto germanico, cumula in sé la funzione di una querela di nullità per *error in procedendo* e la funzione di una *revisio in iure* per *error in iudicando*; lo scopo, proprio della Cassazione francese, di favorire la uniforme interpretazione giurisprudenziale è mani-

---

alle 1.000 corone. Su i diversi progetti di riforma anteriori a questa Nov. cfr. SEMERARO, *Processo civ. austr.*: parte V, nn. 6-11.

(11) All'infuori di questo caso, la Revisione del diritto austriaco non può mai dar luogo a risoluzioni di questioni di fatto sul merito della causa: in particolare non può portare al riesame dell'apprezzamento fatto dai giudici inferiori dei materiali di prova raccolti nelle precedenti istanze: in questo senso: KLEIN, *Beweiswürdigung in der Revisionsinstanz*; STEIN, *Sachverhalt vor der Revisionsinstanz*; contro: SEDLÀCÊK, *Beweisfrage nach der CPO vor dem obersten Gerichtshofe.* Sulla distinzione tra questione di diritto e questione di fatto nella revisione austriaca, cfr. anche OFNER, *Prozessuale Aufbau des Rechtsfalles.*

(12) Si cfr. lo scritto di PETERS in *Festschrift der Universität Leipzig zur 500 jährigen Jubelfeier gewidmet,* etc. (Leipzig, 1909), in cui è fatto un diligente confronto fra i motivi di revisione del processo austriaco e quelli del processo germanico, e si conclude che le differenze sono in sostanza assai minori di quelle che l'apparenza può far credere: cfr. anche la recensione su questo scritto, di KOFFKA, in « Z. », vol. XL, pag. 144. Cenni sulla revisione austriaca in MORTARA, *Comm.*, II, n. 15.

festo in questa seconda funzione della Revisione austriaca, quando si pensa che esiste nell'ordinamento giudiziario austriaco una Suprema Corte di Giustizia (*Oberste Gerichts - und Kassationshof*) (13), in Vienna, nella quale si accentrano tutti i ricorsi in revisione (14), e alla quale spetta quindi, in tutti i casi in cui il ricorso in revisione è basato su errore di diritto, dir l'ultima parola su ogni questione controversa nella giurisprudenza (15).

La Corte Suprema residente in Vienna aveva pertanto nel cessato Impero austriaco la funzione di unificare la interpretazione giurisprudenziale, simile a quella esplicata in Francia dalla *Cour de cassation*, pur senza avere di questa né l'autorità né la pubblicità delle udienze (16), né l'indipendenza dal potere politico (17). Tale funzione si poteva desumere praticamente dal fatto che le decisioni della Corte Suprema, contenenti la risoluzione di una questione di massima, venivano ufficialmente raccolte in uno *Spruchrepertorium* e diffuse a stampa fra i

---

(13) Il sistema della Cassazione è ammesso in Austria per il processo penale.

(14) *Jurisdiktionsnorm*, 1° agosto 1895, § 3; *Gerichtsorganisationsgesetz*, 27 novembre 1896, § 43. Sulla composizione dei Senati cfr. la Legge 24 febbraio 1907, modificata dall'art. II della *G. E. Novelle* del 1° giugno 1914 citata.

(15) Non solo alla Suprema Corte vanno le revisioni in terza istanza contro sentenze emanate dagli *Oberlandesgerichte*, ma anche le revisioni contro le sentenze dei *Bezirksgerichte* (*Jur. N.*, § 3); durante i lavori preparatorî, per evitare questo accentramento di tutte le revisioni nella Corte suprema, la *Permanenzauschuss* aveva proposto che le revisioni contro le sentenze dei *Bezirksger.* in cause di valore inferiore a 300 *Gulden* andassero agli *Oberlandesgerichte* e che i pericoli di disformità di giurisprudenza derivanti da questo sistema fossero riparati colla istituzione di una *Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes* (cfr. qualche cosa di simile nell'*Entwurf* del 1875: Harrasowsky, *Rechtsmittel*, pag. 491); ma il disegno del Governo ebbe la vittoria, perchè si volle riservare alla Suprema Corte senza eccezioni il còmpito di unificare la interpretazione giurisprudenziale: cfr. Vierhaus, in « Z. », XX, pag. 555; Walker, in « Z. », XXV, pag. 262. *Materialien* cit., vol. I. *Bemerkungen* alla *J. N.*, pag. 33-35; *Bericht des Perm. Ausch.*, pag. 682 e segg., vol. II, *Gemeinsamer Bericht*, pag. 519-522.

(16) § 509 *CPO*: dinanzi alla Suprema Corte le discussioni degli avvocati erano in Austria rarissime, nè esistevano pertanto speciali avvocati per discutere dinanzi a essa.

(17) In questioni di natura politica, la Corte suprema decideva sempre secondo la volontà del governo, che provocando la decisione di un senato rinforzato con membri ad esso ligi, poteva a piacer suo far variare la giurisprudenza. Esempio classico di questa parzialità della Corte è la decisione n. 1760, n. 250 del *Judikatenbuch*, colla quale durante la guerra, per confiscare i beni dei patrioti trentini rifugiatisi in Italia, denunciati per alto tradimento, ma non condannati a causa della loro assenza, fu deciso che la determinazione civile del risarcimento dovuto allo Stato può esser fatto giudizialmente anche prima che sia intervenuta la sentenza penale che accerta la esistenza di quel delitto, sul quale appunto si basa il diritto al risarcimento! Cfr. il mio scritto *Problemi giudiziarî nella Venezia Tridentina* (in « R. d. co. », XVII, nn. 1-2), n. 13.

legali per servir loro di guida (18); ma soprattutto essa appariva tutelata da quelle disposizioni che, nel caso di dissidio fra due sezioni (Senati) della Corte su una questione di diritto, o nel caso che una sezione volesse allontanarsi da una risoluzione precedentemente inserita nello *Spruchrepertorium,* ordinavano che si sospendesse la trattazione della causa e che si provocasse la decisione del punto giuridico controverso per parte di una *Sezione rinforzata* di 15 membri, il cui responso prendeva il nome di *Judikat* ed entrava a far parte di uno speciale *libro dei giudicati* (*Judikatenbuch*), con forza obbligatoria per le stesse sezioni della Corte Suprema: la forza obbligatoria di un *Judikat* poteva essere annullata soltanto dalla decisione di un Senato di 21 membri (decisione *plenissimaria*), la quale veniva inserita nel *Judikatenbuch* accanto alla decisione riformata (19).

238. — *b*] Ungheria (20). — Dal sistema del Codice processuale ungherese del 1868 (*Gesetz-Artikel,* LIV, 1868), che conosceva soltanto una querela di nullità per *error in procedendo* (21), si allontanò, anche in ciò che riguarda i mezzi di impugnativa, la legge del 1893 (*G. A.*, XVIII, 1893), che, introducendo il procedimento cosiddetto sommario nei tribunali distrettuali, ammise contro le sentenze pronunciate nei processi sommarî una *revisio in iure* alla Curia Imperiale, imitata da quella del diritto germanico (22).

Dall'attuale Codice processuale, entrato in vigore nel 1914 (A. G., I, 1911), la revisione è stata estesa a tutti i processi e inquadrata nel sistema dei mezzi ordinarî di impugnativa (§§ 476-562: distinti dalla « riapertura del procedimento », §§ 563-574, che cumula in un unico istituto i caratteri e gli scopi di un'azione di nullità e di un'azione in restituzione). Accanto all'appello ammesso contro le sentenze di prima

(18) *Entscheidungen des k. k. Obersten Gerichshofes im Zivil- und Justizverwaltungssachen veröff. von diesem Gerichtshofe* (Wien); cfr. Menestrina, *Centenario cod. civ. gen. austriaco,* n. 5.

(19) Regolamento della Corte suprema, 7 agosto 1850, n. 325, § 16, lettera *f*; decisione della suprema Corte del 7 agosto 1872. Cfr. Semeraro, *Processo civile austriaco,* parte V, n. 7 e nota 1 a pag. 574; Harrasowsky, op. cit., pag. 494; Pollak, *System,* § 36, VI (vol. I, pag. 221). Si intende però che questa forza obbligante delle decisioni inserite nei registri suddetti non giungeva ad essere una vera e propria creazione di diritto, perchè non si estendeva ai giudici inferiori e perchè poteva sempre essere annullata anche di fronte alle sezioni dalla registrazione di una nuova decisione in senso contrario.

(20) Schmidt (Al.), *Die neue Ung. CPO 1911, übersetz und erläutert* (Leipzig, 1911); Id., in « Z. », XLI, pag. 549; Papst, in « Z. », XXXI, 167 (sul progetto del *CPO*).

(21) Cfr. Harrasowsky, pag. 459, nota 35.

(22) Papst, in « Z. », XXXI, pag. 186.

istanza, e costruito, a differenza di quello che avviene nel diritto austriaco, per dar luogo a un *novum iudicium* (§ 498), e alla querela (*Beschwerde*), ammessa contro le ordinanze, la revisione è consentita contro le sentenze di appello (§ 520) con particolari limitazioni di valore, di materia, di conformità (§§ 521-523), allo scopo di provocare dinanzi a un giudice superiore un riesame della sentenza d'appello in base alle resultanze di fatto in essa contenute (§ 534): il riesame si estende così agli errori *in procedendo* (§§ 540-542) come a quelli *in iudicando;* ma per questi ultimi prende in considerazione soltanto gli errori di diritto, a meno che sia espressamente impugnata la correttezza delle resultanze di fatto contenute nella sentenza « in quanto l'accertamento sia avvenuto attraverso erronea applicazione e inosservanza di una regola giuridica, in quanto sia stato compiuto mediante una deduzione di fatto notoriamente ingiusta, e in quanto sia inconciliabile col contenuto degli atti » (§ 534). Il Tribunale di revisione può decidere in merito anche nel caso che annulli per vizio processuale; ma può anche, in quest'ultima ipotesi, rinviare al giudice inferiore, che è vincolato alla decisione di diritto presa dal giudice di revisione (§ 543). Il tribunale competente a giudicare sui ricorsi in revisione era, ad eccezione di pochi casi (§ 525), la Curia imperiale residente in Budapest, la quale aveva pertanto l'ufficio di unificare la giurisprudenza (23).

239. — *c*] Svizzera. — Bisogna distinguere le legislazioni *cantonali* dalla legislazione *federale.*

α) In quelle il sistema dei mezzi di impugnativa non si allontana molto dalle concezioni del diritto comune; e se da quasi tutte le leggi processuali cantonali troviamo previsto uno speciale rimedio (quasi sempre denominato, nelle leggi tedesche, *Nichtigkeitsbeschwerde oder Kassation*) contro le sentenze inappellabili viziate da un errore di diritto *in iudicando,* non dobbiamo vedere in esso una derivazione dalla Cassazione francese, ma soltanto una riproduzione più o meno larvata della tradizionale querela di nullità per errore *contra ius in thesi clarum* (24). In alcuni Cantoni è istituito uno speciale organo giudiziario,

(23) Papst, cit., pag. 186.

(24) Secondo il *CPO* 12 ottobre 1849 del Cantone di Friburgo si ha il cosiddetto ricorso in cassazione (*Kassations-Rekurs*) contro le sentenze che siano viziate da determinati errori *in procedendo* o da « espressa violazione di legge, in quanto specialmente il contenuto della sentenza stia in contrasto colla parola della legge; questa norma non si applica al diritto dell'uso forense e consuetudinario » (§ 6; §§ 525-532); per il § 311 del *Bürg. PO* 30 ott. 1869 di Sciaffusa la querela di nullità (*Kassation*) è ammessa anche contro la sentenza che sta in « evidente contrasto con una chiara disposizione di legge »; la stessa disposizione si trova nel § 704, n. 9 della *Legge sulla giustizia civile* di Zurigo, 2 dicembre 1874, nel § 263

denominato *Tribunale di cassazione*, incaricato di ricevere e decidere siffatti reclami; ma esso non ha mai lo scopo di unificare l'interpretazione giurisprudenziale, e si riduce, secondo i casi, ad essere un tribunale di terza istanza o un controllo della regolarità formale dei processi (25).

β) Alla istituzione di un Tribunale federale in Losanna (*Bundesgericht*) destinato a mantenere la uniforme interpretazione delle norme di diritto sostanziale privato comuni a tutta la Federazione, corrisponde uno speciale mezzo di impugnativa detto *appello* o *ricorso* (*Berufung; recours en réforme*), per mezzo del quale contro una sentenza di merito emanata in ultima istanza dai tribunali cantonali, si può ricorrere al Tribunale federale quando la sentenza stessa si basi su una violazio-

---

della Legge sul procedimento civile, 5 marzo 1895, di Lucerna. Per il *CPO* di Aargau del 12 marzo 1900, § 337, è ammessa una *Beschwerde* all'*Obergericht* contro le sentenze inappellabili che contengano una manifesta (*offenbare*) violazione di legge. Il *CPO* 2 aprile 1901 di *Unterwalden ob dem Wald* regola negli artt. 237-242 una *Kassationsklage*. Una certa indipendenza nel costruire l'istituto adoprano la *Legge sul procedimento nelle cause civili* del 1° gennaio 1908 dei Grigioni, che ammette una *Beschwerde wegen Gesetzesverletzung* contro quelle sentenze « che violano disposizioni di legge (sostanziale o processuale) che siano essenziali per la decisione della lite » (art. 24); e la *Legge relativa alla giustizia civile* di S. Gallo del 31 maggio 1900, la quale in qualche disposizione sembra avvicinarsi alla cassazione francese (§§ 310-316: specialmente §§ 314-315). La *Loi de procédure civ.* di Ginevra, 2 dic. 1911, si limita a conoscere come motivo di appello (art. 293) il caso in cui « *le jugement consacre une contravention expresse au texte de la loi* » (formula del Decreto che istituì il *Tr. de cassation*: retro, n. 160), ecc.

(25) Per il § 6 del *CPO* di Friburgo, sui cosiddetti ricorsi in cassazione giudica il *Kantongericht* in funzione di *Kassationsgericht*; così le funzioni di annullamento sono cumulate nell'organo di appello per la legge *beitr. die Organis. der Gericht.*, 20 luglio 1905, art. 37, di Zug; per la L. 30 maggio 1896 di Valais, che istituisce una unica *Cour d'appel et de cassation;* per la cost. di Uri, art. 66; per la L. 24 nov. 1910 del Cantone Ticino, secondo la quale il Tribunale di appello si divide in tre sezioni: una sezione civile d'appello, una sezione di cassazione civile, una sezione di esecuzioni e fallimenti; per il § 25 della legge 5 marzo 1895 di Lucerna, l'*Obergericht* decide anche come *Kassationsbehörde*; per gli artt. 2, 16 e 23 della legge 31 maggio 1900 di S. Gallo, è istituito uno speciale *Kassationsgericht* di 5 membri, che giudica i ricorsi in cassazione contro le sentenze del Tribunale cantonale; per la legge 22 marzo 1910 del C. di Neuchâtel, al disopra del Tribunale cantonale è stabilita la C. di cass. civile formata dal presidente del Tribunale d'appello e da due membri scelti tra i giudici del medesimo dal Consiglio cantonale; anche nel cantone di Zurigo la legge concernente la giustizia in generale, 29 gennaio 1911, regola la formazione di un *Kassationsgericht* di sette membri, con sede in Zurigo, e con competenza sulle querele di nullità contro le sentenze del Tr. superiore (§§ 87-92). Cfr. BALSIGER, *Kassation und Kassationsgericht im Kanton Zürich*. Per i rapporti fra la cassazione dei diritti cantonali e il diritto federale, cfr. WEISS, *Das Berufung an das Bundesgericht im Zivilsachen* (Bern, 1908), pag. 138.

ne del diritto federale (26). Già la legge sopra l'ordinamento della giustizia federale del 24 giugno 1874, nei suoi art. 29 e 30 (27), conteneva l'embrione dell'istituto, ma i caratteri definitivi di questo si trovano stabiliti dalla legge 22 marzo 1893 (modificata dalla L. 6 ottobre 1911) nella quale è evidente la imitazione dal modello germanico della *Revision* (28). Il rimedio è costruito come un vero e proprio mezzo di gravame, con effetto sospensivo (legge cit., art. 65), e con riesame libero di tutte le questioni di diritto contenute nella controversia, in modo da dar luogo a una nuova istanza *in iure* (29); è condizionato, come la revisione germanica, a una *summa gravaminis* (Fr. 2000: art. 59) (30). Gli articoli che determinano i motivi per i quali il rimedio può essere esperimentato sono in parte letteralmente copiati dal *CPO* germanico: « L'appello può basarsi solamente sul motivo che la decisione del tribunale cantonale riposi su una violazione del diritto federale. Il diritto federale è violato, quando non è stato applicato o è stato inesattamente applicato un principio giuridico (*Rechtsgrundsatz*) che sia espressamente stabilito in una legge federale o che da essa si possa dedurre » (art. 57). Nasce così, anche nel diritto svizzero, la distinzione fra *quaestio iuris* e *quaestio facti* con tutte le incertezze e tutti i dibattiti ai quali essa dà luogo in altre legislazioni: espressamente la Legge svizzera stabilisce che l'appello è ammissibile anche per er-

---

(26) Bibliografia: HAFNER, *Rechtsmittel der Anrufung des Bundesgerichts;* FAVEY, *Les conditions du recours de droit civil au Tribunal fédéral*; citati e riassunti da WEISS, nel citato volume, che è uno studio ampio ed esauriente, fatto con criterî moderni, ma che è precedente alle ultime riforme della legislazione svizzera.

(27) Riportati in WEISS cit., pag. 365. Per i precedenti, cfr. MITTERMAIER, *Civilprocessgesetzgebung von 1850 für Verfahren bei dem Bundesgerichte der Schweitz*, in « C. A. », XXXIV, 139.

(28) Cfr. i diversi disegni precedenti a questa legge, posti a raffronto articolo per articolo, in WEISS, pag. 366 e segg.; lo stesso A. a pag. 428 fa anche un minuzioso confronto tra le disposizioni della legge svizzera e quelle del *CPO* germanico. La legge 1893 trovasi riportata e commentata da HOURTOULE, in « Annuaire », 1894, 446 e segg.; la legge 1911, ib. 1912, 563, con commento di VILLEFOSSE.

(29) La questione è ampiamente discussa, anche nelle sue conseguenze pratiche, da WEISS cit., pag. 285-286, pag. 321 e segg.

(30) Cfr. WEISS, pag. 52 e segg. Si avverta però che per certe speciali materie determinate dall'art. 86 e per le cause non suscettibili di appello al Tribunale federale per il solo fatto che non raggiungono una certa *summa gravaminis*, è ammesso (artt. 86-94) uno speciale ricorso in cassazione (*recours de droit civil*) al Tribunale federale stesso, senza effetto sospensivo, senza trattazione orale, al solo scopo di ottenere, di regola, l'annullamento della sentenza e il conseguente rinvio. Cfr. « Annuaire », 1894, 457; 1912, 568, ed ivi commento di VILLEFOSSE, pag. 563-64.

rore giuridico di sussunzione (art. 57, cpv. 2°: « Ogni erronea qualificazione giuridica di un fatto si considera violazione di diritto »; art. 81 cpv.: « In relazione all'apprezzamento giuridico dei fatti il Tribunale federale è libero ») (31); ma essa tende poi ad allargare a tutti i casi di *notoria iniustitia* il rimedio, perché, quantunque stabilisca che il Tribunale federale deve accettare per veri gli accertamenti di fatto compiuti dal Tribunale cantonale (art. 81), pure ammette che anche su questi accertamenti di fatto possa entrare il riesame del Tribunale federale, quando essi stanno in contraddizione col contenuto degli atti (*Aktenwidrigkeit*) o quando si basano su un apprezzamento dei risultati di prova che violi qualche norma di diritto federale (art. 81 citato), e dà in questo modo appiglio alla giurisprudenza per ampliare sempre più il campo di applicazione dell'istituto (32).

I caratteri del procedimento sono i seguenti: l'appello si introduce presso il giudice *a quo* (art. 67) entro 20 giorni dalla comunicazione della sentenza (art. 65); il presidente del tribunale federale, cui l'atto di appello viene trasmesso dal giudice *a quo* entro dieci giorni dalla introduzione (art. 68), esamina se l'appello è processualmente ammissibile (art. 71) e in caso affermativo il contraddittorio si svolge per iscritto e senza pubblicità qualora la controversia sia compresa per valore tra i limiti di 2000 e di 4000 franchi (art. 71, cpv. 3; art. 73), oralmente e pubblicamente quando supera il valore di fr. 4000 (art. 71, cpv. 2); il tribunale federale, nei limiti già detti, decide in merito, a

---

(31) Questioni pratiche e casi giurisprudenziali su questo punto trovansi minutamente esaminati da Weiss cit., pag. 172 in avanti.

(32) Per la interpretazione dei negozî giuridici, la prassi del Tribunale federale svizzero ha subìto delle oscillazioni riassunte nella *Relazione d'affari* (*Geschäftsbericht*) per il 1900 del Tribunale stesso (Weiss, pag. 220 e segg.), nella quale è detto che, mentre da principio il Tribunale federale riteneva che tale interpretazione costituisse una questione di fatto, in seguito, specialmente dopo il movimento scientifico avvenuto sull'argomento in Germania, il Tribunale inclina a credere che essa costituisca una questione di diritto, in quanto mira a stabilire la portata giuridica di una dichiarazione di volontà. Il progetto di Hafner del 1889, riportato in Weiss, pag. 366 e segg., espressamente stabiliva nel suo art. 57, che il Tribunale federale poteva entrare nella decisione di fatto « quando si tratti della interpretazione di dichiarazioni di volontà »; e il Tribunale federale, nelle sue osservazioni a questo progetto (riportate in Weiss, pag. 422 e segg.), non solo si dimostrava favorevole a questa estensione del riesame alla interpretazione dei negozî giuridici, ma chiedeva di più: che il Tribunale federale potesse riesaminare la questione di fatto tutte le volte che « l'accertamento cantonale dei fatti si basa soltanto su ragionamenti logici generali e non sull'apprezzamento di una speciale deduzione di prova processuale »: in questo modo si estendeva il rimedio anche alla violazione di massime di esperienza commessa nella questione di fatto. Sulle massime d'esperienza nel diritto svizzero, cfr. Weiss, pag. 249, 268, 280; sui fatti notorî, Id., 248, 268.

meno che ritenga necessaria una integrazione di istruttoria, nel qual caso rinvia la causa al tribunale cantonale (art. 82), che deve porre a base della nuova decisione la decisione giuridica con cui fu motivato il rinvio (art. 84) (33).

L'istituto del ricorso o appello al Tribunale federale risponde, come la Cassazione francese e come la Revisione germanica, a un interesse diverso da quello per i quali sono istituiti i tribunali cantonali: esso infatti, accanto allo scopo meramente giurisdizionale, mira ad impedire che diverse concezioni giuridiche predominanti in Cantoni di diversa nazionalità producano una disformità nell'interpretazione del diritto comune alla Federazione, con danno della stessa unità dello Stato federale: esso è pertanto un istituto che, senza preoccuparsi della interpretazione giurisprudenziale delle norme limitate a singoli Cantoni (34), serve a mantenere uniforme la interpretazione di quelle norme che sono in vigore in tutta la Federazione, costituendo così, al disopra della disformità di legislazioni necessariamente derivante in alcune materie dal frazionamento cantonale, una specie di armatura giuridica che in alcune altre materie (35) ricollega ad unità la giurisprudenza dei singoli Cantoni.

240. — *d*] Finlandia (Disegno di riforma). — Mentre il processo vigente in Finlandia riposa su fondamenti invariati da più di un secolo (oltre, n. 241), che non contemplano nessun istituto paragonabile alla Cassazione o ai suoi derivati, in un progetto di riforma del processo civile e dell'ordinamento giudiziario presentato nel 1901, si trova adottato un sistema di mezzi di impugnativa molto simile a quello delle leggi germaniche-austriache, che comprende come rimedio contro le sentenze di appello un ricorso in revisione alla Suprema Corte di Giustizia, i cui motivi sono quelli stessi previsti dal § 503 del *CPO* austriaco (36).

---

(33) Cfr. sul procedimento Weiss, pag. 140 e segg.

(34) Come nel diritto germanico si parla di norme *revisibili* e di norme *non revisibili* (retro, n. 216), così nel diritto svizzero si distinguono in occasione dell'appello norme *federali* da norme *cantonali* (cfr. Weiss, pag. 12 e segg.). Questa distinzione è in ambedue i casi la conseguenza del sistema costituzionale federativo.

(35) Il Tribunale federale si limita alle questioni di diritto civile *sostanziale*; esso non serve a unificare la interpretazione del diritto processuale (Weiss, pag. 4 e segg.): per le questioni del diritto processuale era stato proposto durante i lavori preparatorî uno speciale reclamo, che poi non fu approvato (cfr. Weiss, pag. 9).

(36) Cfr. Gröndhal, in « Z. », XXXI, pag. 447.

Capitolo XXVIII

LEGISLAZIONI CHE NON ACCOLGONO IL SISTEMA DELLA CASSAZIONE NÉ NELLA SUA FORMA ORIGINARIA NÉ IN QUELLA DERIVATA

Sommario: 241. Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia. — 242. Inghilterra. — 243. Stati Uniti d'America. — 244. Altri Stati americani. — 245. Conclusioni del Capo VII.

241. — *a*] Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia. — Le legislazioni di questi Stati, in gran parte antiquate e non codificate, conoscono al vertice della gerarchia giudiziaria un organo supremo il quale è una espressione del potere sovrano, considerato come prima sorgente della giurisdizione; parallelamente si ha nel diritto processuale un reclamo a quest'organo supremo, che non ha nulla a che vedere colla Cassazione, ma che ha grandi analogie colla *supplicatio* del diritto comune.

In Danimarca esiste a Copenaghen una Suprema Corte, che cumula funzioni di seconda istanza per le sentenze emanate dai tribunali cittadini e di terza istanza per le sentenze emanate dai tribunali rurali (1); accenni di una distinzione fra questione di diritto e questione di fatto in terza istanza si ebbero in un disegno di riforma del 1868 (2); ma nei più recenti disegni di riforma, dal 1892 in avanti, questa distinzione è del tutto abbandonata (3).

In Svezia esiste a Stoccolma una Suprema Corte, che si formò storicamente per decidere sulle suppliche di revisione presentate al sovra-

---

(1) Cfr. Harrasowsky, *Rechtsmittel*, pag. 171 e segg.; Leske u. Loewenfeld, vol. II, pag. 797; Andersen, in « Z. », XXXII, 561.

(2) Cfr. Harrasowsky, pag. 180-181.

(3) Andersen, in « Z. », XXXII, pag. 575 e segg.; Id., in « Z. », XXXVII, 347. La legge sulla riforma dell'ord. giud. (*Lov om Rettens Pleje*) del 26 marzo 1909 lascia intatte le regole relative alla Corte suprema: cfr. lo scritto di Höst, in « Annuaire », 1910, 390.

no in estrema istanza, e che conserva anche oggi i caratteri di una giurisdizione regia, in quanto il re può assumerne la presidenza con doppio voto, e le decisioni sono pubblicate col suo sigillo (4); questa Corte Suprema, composta di due sezioni, ha funzione di terza istanza che esercita dietro presentazione contro le sentenze d'appello di una domanda di revisione (5). A garantire la uniformità di giurisprudenza delle due sezioni su questioni di diritto, serve in casi dubbi la riunione delle due sezioni in deliberazione plenaria (6).

Anche in Norvegia funziona a Cristiania una Corte Suprema (*Hoïesteret*), con ufficio di terza istanza, e con regole non molto diverse da quelle del diritto danese (7).

In Finlandia, in base ai principii del Codice 1734, fungeva prima della rivoluzione russa da suprema Corte la sezione di giustizia del Senato Imperiale con sede in Helsingfors: anche essa era un organo di giurisdizione regia, con ufficio di terza istanza (per il progetto del 1901, cfr. retro, n. 240) (8).

242. — *b*] Inghilterra. — Si è veduto a suo tempo (retro, n. 245), come qualcuno abbia voluto trovare la prima origine del ricorso in cassazione francese nell'istituto inglese dell'appello alla Camera dei Lords: e si è cercato di dimostrare come questa pretesa derivazione non abbia alcun fondamento nella realtà. Anche in qualche scrittore molto recente si trova affermato, se non questo nesso di filiazione storica, una perfetta analogia funzionale dei due istituti: ciò deriva dal tener conto di somiglianze meramente esteriori, senza indagare più profondamente sulle diversità essenziali di origine e di scopo. Per intendere bene la natura dell'*appeal to the House of Lords*, bisogna tener presenti i seguenti caratteri particolari del diritto inglese.

Anzitutto è da considerare che nel processo inglese la distinzione tra questione di diritto e questione di fatto non si ricollega, come avviene nel processo francese o nel processo germanico, unicamente a uno speciale mezzo di impugnativa, ma si trova formulata in pratica assai più

---

(4) Harrasowsky, pag. 189; Leske-Loewenfeld, II, 463.

(5) Harrasowsky, pag. 193-94; L.-L. cit., pag. 477.

(6) Regolamento 21 aprile 1876, concernente le attribuzioni delle Camere riunite della Corte suprema, in « Annuaire », 1877, pag. 621; Legge 26 marzo 1897 (« Ann. », 1898, 711); L. 20 giugno 1905 (« Ann. », 1906, 479).

(7) Harrasowsky, pag. 185-186. Nell'« Annuaire » si trovano riportate varie leggi sulla organizzazione della *Hoïesteret* norvegese: 21 marzo 1883, 22 maggio 1885, 22 luglio 1886, 31 maggio 1890, 4 febbr. 1905: cfr. « Ann. », 1884, 668; 1886, 505; 1887, 585; 1891, 672; 1906, 505.

(8) Leske-Loewenfeld, vol. II, pag. 517; Gröndhal, in « Z. », XXXI, pag. 435.

di frequente fino dai giudizî di prima istanza, tutte le volte che l'intervento dei giurati in un processo civile fa rivivere quella distinzione nella ripartizione di funzioni fra giurìa e giudice; e se anche oggidì l'istituto dei giurati nel processo civile va perdendo terreno in Inghilterra, restano però profondamente sensibili in tutto il diritto processuale inglese gli effetti della sua larga applicazione passata (9).

Questa fondamentale distinzione si manifesta anche nel sistema dei mezzi di impugnativa, i quali, compresi tutti sotto il generico nome di *appeal* (10), hanno regole e significato profondamente diversi secondoché portino a una nuova trattazione in diritto e in fatto (11), oppure al riesame della sola questione di diritto dinanzi a un giudice superiore per un *error in law* nel merito della causa (12), o mirino invece a far valere dinanzi al giudice superiore ovvero dinanzi allo stesso giudice che emanò la sentenza qualche motivo di nullità processuale non rilevabile dal protocollo (*error in fact*), o qualche irregolarità avvenuta nel procedimento istruttorio dinanzi ai giurati (*motion for a new trial*) (13)

La distinzione fra questione di diritto e questione di fatto, che informa di sé in modo caratteristico tutto quanto il processo inglese, riappare anche in quel singolare istituto che è il procedimento di *statement of a special case,* per il quale un giudice che nella decisione di una causa si trova dinanzi a una questione di diritto difficile, può, d'ufficio o su richiesta di parte, chiedere la risoluzione del punto dubbio a una autorità giudiziaria superiore e sospendere la decisione del caso pratico fino a che non sia stata risoluta dal giudice superiore interpellato la questione giuridica propostagli (14).

Si deve infine tener presente che tutto quanto il diritto inglese ha profonde radici nel sistema della obbligatorietà dei *precedents* giudiziarî (15), per il quale le decisioni di questioni di diritto pronunciate

---

(9) Cfr. SARFATTI, *Processo civile inglese*, pag. 137 e 155; ADICKES, *Grundlinien*, pag. 96.

(10) TIRANTI, *La giustizia in Inghilterra*, pag. 169; SARFATTI, *Pr. civ. inglese*, pag. 158; PETERS, *Englische bürgerliche Streitverfahren*, pag. 36.

(11) GERLAND, *Englische Gerichtsverfassung*, pag. 568.

(12) HARRASOWSKY, *Rechtsmittel*, pag. 77 e 80; RÜTTIMANN, *Englische Civil-Process*, § 421, pag. 220 e segg.

(13) RÜTTIMANN, l. c.; HARRASOWSKY, pag. 83-84; GERLAND, 568.

(14) HARRASOWSKY, pag. 77; ADICKES cit., pag. 97 e pag. 110, il quale sostiene la opportunità di introdurre questo istituto anche nel processo germanico: contro: WACH, *Grundfragen* cit., pag. 12-13; GERLAND cit., pag. 753-754.

(15) Cfr. una acuta analisi di questo sistema in CAMMEO, *Pretesa efficacia vincolante delle decisioni degli organi di giustizia amm. in casi simili* (in « R. d. pubb. », 1911, II, 541); e letteratura inglese in note.

da una corte giudicante hanno immediatamente forza obbligatoria per i casi consimili che sorgeranno in futuro dinanzi alla stessa corte o dinanzi ai giudici inferiori (*stare decisis*): talché la funzione giuridica della giurisprudenza nel diritto inglese (dove, o che si riconosca al giudice un vero potere legislativo, o che si scorga in esso il potere di trovare ufficialmente ed in modo retroattivo principii già accolti dalla consuetudine, si suol dire che *judge made law*) (16) è ben diversa da quella non obbligatoria *auctoritas rerum similiter iudicatarum*, che i precedenti giudiziari hanno, di fatto ma non di diritto, nel nostro sistema giuridico.

Con queste premesse è facile dimostrare che la giurisdizione civile della *House of Lords* inglese non ha nulla a che vedere con quella della Corte di cassazione francese (17). Osserva giustamente il PETERS (18) che la funzione giudiziaria della Camera dei Lords deriva dal concetto che ogni giurisdizione ha origine dal signore e che contro ogni decisione dei giudici inferiori si può ricorrere al sovrano che, nel suo consiglio, costituisce il supremo giudice dello Stato: è questa la solita origine dei tribunali supremi negli Stati monarchici, ed anche in Inghilterra la Camera dei Lords costituisce l'organo posto al vertice della gerarchia giudiziaria, non in quanto essa ha funzioni legislative, ma in quanto storicamente essa era il *great council* del sovrano (19).

Se in Francia il *Tribunal de cassation* è stato in origine (retro, n. 152) una filiazione del potere legislativo preoccupato di difendersi dalle temute usurpazioni del potere giudiziario, in Inghilterra la funzione legislativa della Camera dei Lords non ha avuto neppure storicamente niente a che vedere colla funzione giudiziaria da questa assunta (20), né mai la giurisdizione d'appello della Camera dei Lords ha avuto il carattere di una garanzia della divisione dei poteri. Prova di ciò è la

---

(16) TIRANTI, *Giustizia* cit., pag. 190; SARFATTI, *Sulla utilità dello studio del diritto privato inglese in Italia*, n. 15; e più ampiamente PERSICO (Clemente), *Introduzione allo studio del diritto privato inglese*, pag. 155, nn. 12, 13, 18, 19. Cfr. anche ADICKES, *Grundlinien*, pag. 101, nota 1; SCHUSTER, *Bürgerliche Rechtspflege in England*, XXV.

(17) Sull'*appeal* alla Camera dei Lords, cfr., DENISON-SCOTT, *Practice and procedure of the house of Lords*; TIRANTI, *Giustizia* cit., n. 50; SARFATTI, *Processo civile inglese*, col. 159-160; LOUIS, *Notice, traduction et notes* sulla Legge 11 agosto 1876, relativa alla giurisdizione d'appello della Camera dei Lords in « Annuaire », 1877, 16; DE FRANQUEVILLE, *Le Système judiciaire de la Grande Bretagne*, vol. I, 118; PETERS, *Engl. bürg. Streitverf.* cit., pag. 40-45; ADICKES cit., pag. 53; GERLAND cit., pag. 577-589.

(18) Op. cit., pag. 41.

(19) BRODIE-INNES, *Comparative principles*, pag. 92.

(20) Cfr. TIRANTI, *Giustizia*, pag. 184.

formula con cui il ricorrente che voglia introdurre un appello alla Camera dei Lords, « supplica sommessamente di rivedere dinanzi a Sua Maestà il re nella sua corte di Parlamento la causa », conformemente alla tradizione e a quanto è prescritto dall'art. 4 dell'*appellate jurisdiction act*, 11 agosto 1876, testo fondamentale della organizzazione giudiziaria attuale della Camera dei Lords (21).

La giurisdizione civile della Camera dei Lords andò a rischio di essere totalmente soppressa nel 1873, da un movimento legislativo di riforma (22) che semplificò l'ordinamento giudiziario inglese. Prima di questa riforma la giurisdizione della Camera Alta, che nominalmente esercitava il potere giudiziario in ultima istanza sui tre Regni, aveva a poco a poco perduto gran parte della sua importanza: si era cessato di convocare regolarmente un comitato di giudici consulenti, che anticamente assisteva alle decisioni giudiziarie, in modo che quasi tutti i Lords, sentendosi incapaci di giudicare senza l'assistenza di esperti, avevano rinunciato a esercitare le funzioni giurisdizionali, le quali erano state affidate in pratica a quei soli Lords che prima di essere assunti alla Camera Alta avevano per professione fatto parte dell'amministrazione della giustizia (*Law Lords*); ma anche questi *Law Lords* non erano molto assidui, onde, per questo fatto e per il fatto che la funzione giudiziaria della Camera si esercitava solamente durante le sessioni parlamentari, le cause dinanzi a questo supremo consesso si trascinavano attraverso lentezze inaudite: nel 1812, per dare un es., vi erano ancora pendenti controversie introdottevi nel 1793 (23). Durante la riforma del 1873-1874 si ritenne che il miglior rimedio per eliminare queste lentezze fosse quello di togliere alla Camera dei Lords ogni ingerenza nella giurisdizione in ultima istanza; ma la già citata legge del 1876 restituì questa ingerenza, affidandola però a una commissione, ossia a un vero e proprio organo giudiziario stabile, presieduto dal *Lord Chancellor*, e composto, oltreché facoltativamente dai *Law Lords*, dai *Lords of Appeal in ordinary*, funzionarî giudiziarî nominati dal re, lautamente retribuiti e quindi obbligati a prender parte alle sedute (art. 5); la stessa legge stabilì inoltre che questo consesso giudiziario potesse funzionare anche negli intervalli fra le diverse sessioni parlamentari (art. 8). Il tribunale in tal modo organizzato, organo collegiale, che deve

---

(21) L'articolo suddetto (cfr. Louis cit., in « Annuaire », 1877, pag. 20) dice: « L'appello dovrà essere interposto per via di richiesta indirizzata alla Camera dei Lords e domandante che l'affare sia esaminato di nuovo dinanzi la regina nel suo parlamento, per essere giudicato conformemente alle leggi e costumi del regno ». Cfr. retro, n. 145.

(22) Tiranti, *Giustizia*, pag. 164.

(23) Louis, scritto cit., pag. 19. Cfr. anche Gerland, pag. 578.

essere composto di almeno tre membri, ma che può esser formato anche di più e anche in numero pari (24), « non ha di comune colla Camera dei Lords che il nome ed il luogo delle sedute. Perché approfitti del prestigio che la Camera ha sull'opinione pubblica, si sono rispettati i nomi; perché lo meriti, si è modificato il resto » (25).

Il procedimento è circondato di quelle solennità e di quelle cautele che erano proprie agli antichi tribunali supremi (26): entro un anno dalla pronuncia della sentenza che si vuole impugnare, il ricorso deve essere presentato al *Parliament office* con firma di due *barristers* che ne attestino la serietà, e col deposito di una cauzione di duecento sterline (L. 5000) in contanti o di cinquecento sterline (L. 12.500) in carte di credito garantite; emesso dalla Camera un *order of service* che invita il convenuto a presentare la sua risposta, vi è un termine di sei settimane per la presentazione delle memorie e dei documenti, stampati e rilegati in appariscenti forme tradizionali, ed ha poi luogo la trattazione orale della causa, in cui ciascuna delle parti è di regola difesa da due *barristers*: uno stadio preliminare del giudizio ha luogo dinanzi al cosiddetto *Appeal Committee* (commissione parlamentare, formata, all'inizio di ogni sessione, da Lords pei quali non si richiede nessun speciale requisito), che esamina la fondatezza del ricorso e lo trasmette all'organo giudicante con un parere, che ha valore meramente consultivo (27).

Di regola l'appello alla Camera dei Lords è motivato sulla erronea decisione della questione di diritto, e quindi di solito la trattazione dinanzi a questo consesso si mantiene dentro i limiti di tale questione (28); ma ciò avviene non già perché l'*appeal to the House of Lords* sia, com'è il nostro ricorso in cassazione, un mezzo di impugnativa speciale, limitato alle sole questioni di diritto, ma perché — già si è detto — dinanzi al giudice superiore si portano per lo più nel processo inglese le impugnative basate su un *error in law* (29), mentre gli altri vizî vengono fatti valere preferibilmente dinanzi al giudice *a quo*. In questi limiti, la Camera dei Lords può respingere il ricorso, oppure, accogliendolo, sostituire alla sentenza impugnata una nuova sentenza in merito,

---

(24) Cfr. su tutti questi punti GERLAND, 582.

(25) LOUIS cit., pag. 20. Cfr. anche PETERS cit., pag. 42; GERLAND, pag. 581.

(26) Cfr. ampiamente in PETERS, pag. 43 e segg.; SARFATTI, *Proc. civ. ingl.*, col. 159-160.

(27) TIRANTI, *Giustizia*, 185; GERLAND, 584-585.

(28) PETERS, pag. 41; TIRANTI, pag. 184-186; GERLAND, pag. 579. Cfr. SNOW, *Annual Practice* (1909), vol. II, pag. 777: « The Court will proceed on the facts proved at the trial, and will not allow new questions of fact to be raised ».

(29) Cfr. specialmente RÜTTIMANN, cit., § 422; LESKE und LOEWENFELD, vol. I, pag. 367-368; GERLAND, 586.

oppure anche rinviare la causa per una ulteriore istruttoria al giudice *a quo* (30).

L'*appeal* alla Camera dei Lords è assai raramente esperimentato (31), anche a causa delle ingenti spese che esso importa (32); ed anche questo prova che l'istituto non ha niente di comune col ricorso in cassazione, poiché non è in grado di esercitare sulla giurisprudenza quell'efficace influsso unificatore al quale mira la Cassazione, e che, del resto, sarebbe mal conciliabile col sistema, tutto proprio del diritto inglese, dei *precedents* obbligatori.

Non si comprende, dopo di ciò, come da qualche conoscitore del diritto inglese si possa ancora ripetere che l'*appeal* alla Camera dei Lords « è simile al nostro ricorso per cassazione e come questo è destinato a mantenere l'esatta osservanza alla legge » (33); la verità è al contrario, che questo *appeal* non è altro che un mezzo per provocare una ultima istanza presso un tribunale supremo di origine regia, e che la sua istituzione non risponde ad altri interessi che non siano quello strettamente giurisdizionale.

243. — *c*] Stati Uniti d'America. — L'ordinamento giudiziario degli Stati Uniti d'America è formato, in armonia colla costituzione federale, da una doppia serie di organi, cioé dai tribunali appartenenti ai singoli Stati e dai tribunali appartenenti alla Federazione (34). Nell'ordinamento dei singoli Stati federati, costruito in gran parte sui principii del diritto giudiziario inglese, troviamo al vertice della gerarchia giurisdizionale, composta da due e talvolta da tre stratificazioni di organi giudicanti, un organo supremo, detto *Court of Appeal* o *Supreme*

---

(30) Tiranti, pag. 186; Franqueville, *Système jud.*, I, pag. 119: « La Chambre des Lords... peut, à son gré, jujer en fait et en droit ou trancher seulement le point de droit et renvoyer la cause à une Cour supérieure ». Cfr. anche Gerland, pag. 587. Si capisce che nel diritto inglese non si può produrre il fenomeno di un contrasto di opinione giuridica tra la *House of Lords* e l'eventuale giudice di rinvio, poichè la decisione della Corte Suprema ha senz'altro forza di legge per tutti i giudici inferiori e può essere derogata solamente da una legge; cfr. Adickes, *Grundlinien*, pag. 101; e Gerland, pag. 771.

(31) Nel 1906, su 1.451.529 procedimenti di prima istanza, si ebbero 53 ricorsi alla Camera dei Lords; nel 1905, su 1.472.633 procedimenti, i ricorsi furono 75; nel 1907, 71. Cfr. Tiranti, op. cit., pag. 28; Gerland, pag. 580.

(32) Sembra che in complesso un *appeal* alla Camera dei Lords possa costare fino a 100.000 lire! Cfr. Tiranti, pag. 186; Gerland, pag. 580, nota 4.

(33) Sarfatti, *Proc. civ. ingl.*, pag. 160; contro, Mortara, *Comm.*, II, n. 15, che considera la giurisdizione esercitata dalla Camera dei Lords come una terza istanza.

(34) Harrasowsky cit., pag. 133 e segg.; Nerinx, *L'organisation judiciaire aux États-Unis*, pag. 7-8; Carlier, *La rép. américaine*, IV, cap. XIV.

Court, dinanzi al quale si apre un'ultima trattazione della controversia in fatto e in diritto, o solamente in diritto (*errors*) quando nella questione di fatto ha deciso definitivamente una giurìa (35).

L'ordinamento giudiziario federale, costituito da una serie di Corti distrettuali, al disopra delle quali sta in ogni circuito una Corte di circuito ed una Corte d'appello di circuito, culmina nella *Supreme Court of the United States*, con sede in Washington (36), la cui competenza, stabilita dall'art. III, sez. 1 e 2 della Costituzione americana (37), può essere: *A*) di primo grado (*original jurisdiction*) in certe cause determinate per materia (contestazioni che riguardano gli ambasciatori, i pubblici ministri e i consoli, o quelle in cui è parte uno Stato della federazione); *B*) d'appello, e cioé: α) così nelle cause trattate dinanzi alle corti *federali*, β) come nelle cause trattate dinanzi alle corti *dei singoli Stati* federati:

α) Si può appellare alla Corte Suprema federale contro le sentenze pronunciate da Corti federali quando l'affare supera la *summa gravaminis* di 5000 dollari (38) o « nelle cause in cui si tratta della interpretazione o dell'applicazione della Costituzione degli Stati Uniti; nelle cause dove si contesta la costituzionalità di una legge federale, ovvero la validità o l'interpretazione di un trattato concluso dagli Stati Uniti; infine in quelle in cui si pretende che la costituzione, o una legge di uno Stato dell'Unione entri in conflitto colla Costituzione federale » (cfr. *Judiciary Act* 1891, art. 5);

β) si può appellare alla Corte Suprema federale contro le sentenze pronunciate da Corti supreme dei singoli Stati tutte le volte che queste sentenze importano una decisione sulla validità di un trattato o di una legge federale, o su un conflitto tra un atto o una legge di un singolo Stato e la costituzione federale (art. 709 dei *Revised Statutes of the United States*) (39).

La posizione giuridica della Corte Suprema negli Stati Uniti non ha niente che vedere, dal punto di vista processuale, con quella della Corte di Cassazione francese, sia perché è un organo di appello che giudi-

---

(35) Nerinx, ch. XVII *passim* e specialmente a pag. 194-195.

(36) Nerinx, *première section*, pag. 9-57; Beard, *The Supreme Court and the Constitution*; Countryman, *The Supreme Court of the Un. St.*

(37) Nerinx, pag. 32-33; Countryman, pag. 64 e segg.

(38) Originariamente la *summa gravaminis* era di 2.000 dollari, ma fu elevata per diminuire l'enorme cumulo di cause arretrate dinanzi alla Corte Suprema (cfr. in « Annuaire », 1877, 734, resoconto di Millet); allo stesso scopo, il *Judiciary Act* del 3 marzo 1891 creò le Corti d'appello di circuito (Nerinx, IV, pag. 60 e segg.; Carlier, IV, pag. 109 e segg.).

(39) Nerinx, pag. 37.

ca in diritto e in fatto (« *both as to law and fact* ») (40), in quanto ciò sia consentito dal sistema della giurìa (41), sia perché non si limita ad annullare, ma decide senz'altro nel merito (42); quantunque poi per il principio della obbligatorietà dei precedenti giudiziarî, riconosciuto anche in America (43), le decisioni della Corte Suprema abbiano forza di legge per tutta la Federazione e godano quindi di una grande autorità (44), non si può dire che la Corte Suprema abbia mai avuto, non solo nella intenzione dei fondatori ma neppure nel suo pratico funzionamento, l'effetto di unificare la giurisprudenza, la cui caotica disformità costituisce uno dei più singolari caratteri della vita giudiziaria nordamericana (45).

Una ragione di analogia fra la Corte di Cassazione e la Corte Suprema degli Stati Uniti si può peraltro trovare dal punto di vista politico più che da quello giudiziario, quando si consideri quella speciale funzione di controllo della costituzionalità delle leggi che forma la prerogativa più caratteristica di questo istituto. Poiché l'art. VI, § 2 della Costituzione nordamericana stabilisce che i giudici di ogni Stato federato devono rispettare la Costituzione « e le leggi degli Stati *votate in conformità con essa.... nonostante qualsiasi disposizione contraria nella costituzione o nelle leggi di un singolo Stato* » (46), ne consegue che i giudici hanno il potere di negare osservanza nelle loro sentenze a tutte le disposizioni, emanate dagli organi legislativi o da quelli di un singolo Stato, che sembrino inconciliabili colla Costituzione federale: siccome poi la Corte Suprema di Washington è l'organo nel quale questo potere si riassume e si accentra, essa, sotto la parvenza di una funzione puramente giudiziaria, esercita in realtà una importantissima funzione di natura costituzionale, in quanto, giudicando in occasione di una singola controversia, se una disposizione emanata dagli organi legislativi si concilia colla Costituzione ed ha quindi forza di legge, può in sostanza anche per il futuro invalidare in astrat-

---

(40) Costituzione, art. 3, sez. 2, *sub* 2; COUNTRYMAN, pag. 78.

(41) Cfr. NERINX, pag. 35.

(42) Cfr. il testo del citato art. 709 in NERINX, pag. 37.

(43) Cfr. HARTMANN, *Strafrechtspflege in Amerika*, pag. 47; NERINX, pag. 384.

(44) A questa autorità si riannoda la disposizione, contenuta nel *Jud. Act* del 1891, per la quale anche nelle cause che non raggiungono la *summa gravaminis* di 5.000 dollari può la decisione andare alla Corte Suprema quando la stessa Corte d'appello di circuito « desidera l'opinione della Corte Suprema su un punto di diritto molto discusso »: cfr. NERINX, pag. 36, nota 1; e « Annuaire », 1877, pag. 734 cit.

(45) Si confronti l'interessante quadro che ne fa NERINX, nel cap. XXVII del suo volume; CARLIER, IV, cap. XXXII.

(46) NERINX, pag. 40; CARLIER, IV, cap. XVII.

to, in virtù della obbligatorietà del precedente giudiziario, la disposizione medesima (47).

La Corte Suprema risponde dunque, nell'ordinamento politico degli Stati Uniti, a un interesse che esorbita dallo scopo puramente giurisdizionale, come un interesse diverso da quello giurisdizionale ha fatto sorgere nell'ordinamento francese la *Cour de cassation;* ma non si dice con questo che gli scopi extragiurisdizionali, ai quali rispondono nei due Stati i due supremi organi giudiziari, siano identici: poiché, mentre la Corte di Cassazione è sorta come un organo di nomofilachia, destinato a controllare che il potere giudiziario non invada il campo del potere legislativo, la Corte Suprema degli Stati Uniti è un organo di difesa dell'autorità federale contro le tendenze particolaristiche dei singoli Stati, la fedele custode della Costituzione, *the living voice of the Constitution* (48) contro le minacce degli organi legislativi che tentassero di esorbitare dai loro poteri costituzionali.

244. — *d*] Altri Stati americani. — Lo scarso interesse scientifico delle leggi processuali degli Stati del Centro e del Sud America, la frequenza colla quale vengono rinnovati nei medesimi gli ordinamenti costituzionali e di conseguenza i principii su cui si basa l'amministrazione della giustizia, la difficoltà di procurarsi i testi legislativi sul processo civile, spesso mal sistemati e frammentari, sconsigliano dal fare una dettagliata rassegna di tutte le legislazioni.

Si può dire in generale che negli ordinamenti giudiziari delle Repubbliche americane il sistema della Cassazione non è accolto, o è accolto solo di nome senza che ne sia intesa la caratteristica portata. Negli Stati ordinati in base al principio federalistico, vi è molte volte un sistema giudiziario che riproduce nelle linee fondamentali quello degli Stati Uniti e che culmina in una Corte suprema federale, con funzioni di controllo costituzionale: così avviene nella Repubblica Argentina (49) e nel Brasile (50). Altrove l'organo giudiziario supremo è

---

(47) Cfr. il cap. IV di Nerinx, e, oltre gli scritti citati di Beard e Countryman, cfr. Shermann, negli scritti per G. P. Chironi, II, 183.

(48) Nerinx, 41.

(49) Cfr. Harrasowsky, pag. 155; Legge 8 gennaio 1902, in « Annuaire », 1902, pag. 656.

(50) Sotto l'Impero si era proposta l'istituzione di una Corte di cassazione unica (progetto 29 genn. 1879, in « Annuaire », 1880, pag. 914), ma poi, sotto il regime repubblicano federale, si adottò una Corte Suprema, simile a quella degli Stati Uniti: Decr. 11 ottobre 1890, in « Annuaire », 1891, 912. È notevole nel Brasile il principio che le nullità delle sentenze si fanno valere nei termini dell'ordinaria prescrizione, sia in via di eccezione, sia in via di azione dichiarativa: tra i motivi di nullità si fa rientrare il caso di *notoria iniustitia*. Cfr. D'Ourèm, in « Annuaire », 1879, pag. 915. Cfr. anche Harrasowsky, pag. 169.

una corte di terza istanza, che funziona secondo le antiquate norme del processo spagnolo e portoghese del secolo XVIII; e anche in quelle legislazioni che a quest'organo giudiziario supremo dànno il nome di Corte di cassazione, l'istituto viene profondamente svisato e fatto servire, anziché all'unificazione della interpretazione giurisprudenziale, agli stessi scopi cui serviva la querela di nullità del diritto comune (51).

245. — Questa rapida rassegna è sufficiente per concludere che l'istituto francese della Cassazione ha esercitato un influsso decisivo sulla maggior parte delle legislazioni processuali contemporanee europee.

Un primo gruppo — il più numeroso — di leggi giudiziarie accoglie il sistema della Cassazione non solo nella idea fondamentale che lo informa, ma anche nelle modalità pratiche di esercizio costruite dal diritto francese (e sempre, si intende, nella forma derivata di organo giudiziario a tutela della uniformità della giurisprudenza, non già nella forma primitiva di organo esecutivo a controllo della separazione dei poteri) (52): quelle poche innovazioni che per qualcuna di tali modalità si trovano introdotte dai Codici, specialmente da quelli dei piccoli Stati, mirano unicamente, senza alterare la natura dell'istituto, a semplificarne il procedimento, là dove la scarsa quantità di ricorsi derivante dal ristretto territorio rende superflue le cautele volte ad impedire un eccessivo cumulo di affari, o l'esiguo numero degli organi d'appello rende materialmente impossibile il rinvio: tali modificazioni consistono quasi sempre nell'abolizione del procedimento preliminare dinanzi alla *Chambre des requêtes,* o nell'attribuire all'organo di cassazione la facoltà di giudicare in merito.

Un secondo gruppo di leggi giudiziarie — più recenti e meglio rispondenti alle ultime elaborazioni scientifiche — pur senza accogliere le modalità pratiche col quale l'istituto è nato in Francia, ne accoglie, per il tramite del *CPO* germanico, il principio fondamentale, che è quello di *un organo giudiziario supremo con competenza limitata alle sole questioni di diritto, allo scopo di unificare la interpretazione giurisprudenziale delle norme giuridiche* (oltre, n. 279).

---

(51) Cfr. per il Chilì « Annuaire », 1889, 986; 1890, 980; 1903, 741; per la Colombia, « Annuaire », 1887, 891; 1888, 449; 1889, 979, e per ultimo Legge 18 novembre 1910, sulla procedura del ricorso in cassazione, in « Annuaire », 1911, 660; per la Costa Rica, HARRASOWSKY, 154, e « Annuaire », 1887, 873; 1888, 943; per il Venezuela, L. 9 maggio 1894, in « Annuaire », 1895, 971; Cod. 18 agosto 1905, in « Annuaire », 1906, 690. Nell'Uruguay il Código de proc. civ. del 1878 ammette la terza istanza (artt. 742-745) e un « *recurso extraordinario de nulidad notoria* » contro le sentenze non più appellabili (art. 677 e segg.).

(52) Cfr. quanto benissimo è detto in questo punto da HARRASOWSKY, pag. 521.

Il prevalere dell'idea della Cassazione nelle legislazioni processuali contemporanee avviene così in due riprese: prima, attraverso quel movimento politico di stretta imitazione del modello francese, dal quale sono nati, durante tutto il secolo XIX, gran parte dei codici europei: poi, attraverso quel movimento scientifico che negli ultimi decenni del secolo stesso ha portato alla nascita del *CPO* germanico ed alle leggi giudiziarie di altri Stati che lo hanno preso a modello.

Dall'influsso della Cassazione sono restati immuni due gruppi di legislazioni processuali: il gruppo delle legislazioni anglo-americane, costruite in base a principii ad esse esclusivi, ed il gruppo di quelle legislazioni — specialmente del Sudamerica — che hanno conservato sistemi tradizionali del diritto comune spagnolo e portoghese.

CAPO OTTAVO

LA CASSAZIONE NEL DIRITTO ITALIANO

LETTERATRA (*).

A.A., *Manuale del regolamento generale del processo civile austriaco* (Milano, 1842); A.B., *Sul progetto della terza istanza* (« Gazz. trib. », Milano, 1861, 155); ALLARD, *Esame critico del Codice di proc. civ. del Regno d'Italia* (trad. TRIOLI, Livorno, 1871); AMELIO (D'), *Nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizi* (in « R. d. co. », 1908, I, 370); ANONIMO, *Manuale del giureconsulto* (Firenze, 1853), vol. I, v. *Cassazione*; ARRÒ, *Sul magistrato di cassazione* (Torino, 1848); BALDASSERONI, *Leopoldo II Granduca di Toscana e i suoi tempi* (Firenze, 1871); BANDI, [Sulla terza istanza], (in « Legge », 6 maggio 1861); BETTINI, *Giurisprudenza degli Stati Sardi*, Prefazione (Torino, 1849); BOSELLINI, *Intorno al cessato Tribunale supremo di revisione di Modena* (« Gazz. trib. », Milano, 1861, 773); CABERLOTTO, *Cassazione e Corte di cass. civile* cit.; CALENDA DI TAVANI, *La Corte di cass. di Napoli* (Napoli, 1890); CAPONE, *Discorso sulla storia delle leggi patrie* cit.; CASTELLI, *Le disposizioni del regolam. generale del pr. austr.* (Milano, 1827); CAVALLERI, *L'istituto della cassazione e della terza istanza* (Milano, 1902); CHIOVENDA, *Lo stato attuale del processo civile in Italia e il prog. Orlando di riforme processuali* (in *Nuovi Saggi*, 111 e segg.); *Principii*, 3ª ed., pag. 428-432, § 87; CIRCOLO GIURIDICO DI PALERMO, *Studio per un progetto di costituzione della suprema magistratura* (Palermo, 1892); CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata* cit.; DEFERRARI, *Discorso di riapertura della Corte di cass.* (« Mon. trib. », Milano, 1860, 857); DIONISOTTI, *Storia della magistratura piemontese* cit.; *La Corte di cass. di Torino* (Torino, 1891); FABIANI, *Istituzioni della procedura civile* (Napoli, 1856), volumi 2; FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* (Napoli, 1774); *Scienza della legislazione e opuscoli scelti*

(*) Non intendo fare qui una rassegna generale e compiuta della letteratura giuridica italiana sull'argomento; mi limito a citare gli scritti, effettivamente utilizzati nel testo, in cui è prevalentemente trattato lo sviluppo *storico* dell'istituto in Italia dalla Rivoluzione francese in avanti. Pertanto sono esclusi da questo elenco gli scritti di carattere esegetico e teorico, e, fra quelli relativi alla riforma, sono citati solamente i più notevoli e quelli del periodo dell'unificazione, che ne testimoniano le tendenze. La bibliografia completa, per queste materie, sarà data nella Parte di questo studio dedicata alla Teoria (cfr. specialmente, vol. II, capit. XIII); sono parimenti escluse da questo sommario elenco le indicazioni relative ai lavori parlamentari.

(Capolago, 1835); GARGIULO, *Cassazione* cit.; GIANZANA, *Codice di procedura civile* (coi lavori preparatorî, leggi compl., ecc., Torino, 1884-1895); GIURIATI, *La cassazione e le terze istanze* (Torino, 1861); LESSONA, *La réforme judiciaire en Italie* (« Rev. trim. », II, 345); *Réforme de l'organisation des Cours de cassation en Italie* (« Rev. trim. », IX, 353); *Manuale di proc. civile*, 4ª ed. (Milano, 1915), nn. 261-273; LIBERATORE, *Sulle istituzioni giudiziarie delle due Sicilie* (Napoli, 1828); MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima Deca di T. Livio*, Libro III, cap. 1°; MALTINI, [Sulla terza istanza], (« Legge », 1860); MANCINI-PISANELLI-SCIALOIA, *Commentario del Cod. di proc. civ.* (Torino, 1855), vol. IV (PISANELLI); MANFREDINI, *Corso di diritto giudiziario* (Bologna, 1898), vol. I, nn. 703-743; MANZINI, *Trattato di procedura penale* (Torino, 1914); MARIANI, *Corso elementare di procedura civile ed ordinamento giudiziario*, I (Pavia, 1879), tit. VIII; MATTIROLO, *Trattato di diritto giudiziario civile* (5ª ed.), vol. I, IV; MENESTRINA, *Il Cod. giudiz. barbacoviano* (in « Festschrift für WACH », II vol.), n. 1; MORTARA, *La Corte di cassazione come è e come dovrebbe essere* (« Riv. d'Italia », 1904, II, 534); *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cass.* (negli *Studi in onore* di G. FADDA, Napoli, 1906, I, 201); *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario* (« Giur. it. », 1917, IV, 58); *Commentario* cit., vol. I, II, IV; MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza* (Napoli, 1743); NICOLINI, *Delle attribuzioni della Corte Suprema* cit.; PALO (DE), *La riforma della procedura civile nel progetto Orlando* (in « R. d. co. », 1909, I, 682); PATERI, *Dei mezzi per impugnare le sentenze* (Torino, 1888); PESCATORE, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale* (Torino, 1864), I, 97 e segg.; *Filosofia e dottrine giuridiche* (Torino, 1881), I, pag. 423 e segg.; PISANELLI, *Della Corte di cassazione* (Napoli, 1875); POGGI, *Storia d'Italia*, vol. II (Firenze, 1883); QUARTA, *La riforma delle Corti di cass. secondo il progetto Orlando 16 marzo 1908* (« Cass. unica civile », 1909, 1); ROMAGNOSI, *La scienza della costituzione* (Torino, 1849); ROSMINI, *Del sistema di cassazione* (« Gazz. trib. Mil. », 1861, 49); SACCHETTI, *Osservazioni teorico-pratiche* (Firenze, 1833); SALA, *Osservazioni critiche sulla istituzione del tribunale di cassazione* (« Mon. trib. Mil. », 1860, 889 e segg.; e 1861, 569); SANDONNINI, *Sull'attuazione dei nuovi Codici civili nelle provincie dell'Emilia* (« Mon. trib. Mil. », 1861, 174); *Della Corte di cass. e dei tribunali di terza istanza* (*ibid.*, 1861, 849 e segg.); SPINELLI, *Osservazioni sui diversi sistemi di riforma della cassazione* (Napoli, 1835); STOLFI, *La riforma della Corte di cass.* (« Giur. it. », 1912, 200) cit.; *La riforma giudiziaria e la Corte di cass.* (« Riv. dir. pubblico », VI, 485); VENZI, *Cassazione* cit.; VICO, *Principii di scienza nuova*, lib. IV; ZOBI, *Storia* cit., vol. IV.

CAPITOLO XXIX

LA CASSAZIONE IN ITALIA FINO ALLA RESTAURAZIONE

SOMMARIO: 246. La Cassazione non ha precedenti dottrinarî in Italia: MURATORI e FILANGIERI. — 247. Introduzione dell'ordinamento francese in Italia. — 248. Piemonte. — 249. Repubblica Cisalpina. Repubblica (poi Regno) italiana. — 250. Venezia. — 251. Repubblica Ligure. — 252. Toscana. — 253. Repubblica (poi Principato) di Lucca. — 254. Repubblica romana. — 255. Repubblica partenopea (poi Regno di Napoli). — 256. Risultati.

246. — Il secolo XVIII, quantunque abbia segnato, anche per gli Stati italiani, un periodo di riforme alle quali non restò chiuso neppure il campo giudiziario (1), non produsse in Italia, prima della Rivoluzione francese nessun istituto che possa sia pur lontanamente paragonarsi col *Tribunal de cassation*. Si avvertivano anche in Italia, in misura non inferiore a quanto avveniva in Francia, quei danni che sotto lo *ancien régime* erano stati prodotti dalla multiformità della giurisprudenza e dalla mancanza di un sistema chiaro e omogeneo di diritto positivo, che rendesse meno difficile e meno dubbiosa ai giudici l'applicazione della norma astratta ai casi concreti; ma gli scrittori italiani, pur rilevando tali inconvenienti, non suggerivano rimedi in qualche modo somiglianti alla Cassazione francese. Il MURATORI, nel suo celebre scritto *Dei difetti della giurisprudenza*, descriveva efficacemente, fin dal 1743, a quale complicata incertezza il diritto obiettivo era stato ridotto nella pratica italiana dalla disparità delle opinioni dei Dottori e più da quella dei giudicati; ma, contro questo stato di disordine, non sapeva suggerire altro rimedio che l'intervento del legislatore a risolvere i punti più dubbiosi: « qualche riforma veramente si potrebbe dare alla giurisprudenza col decidere i principali punti in essa controversi » (2).

---

(1) Cfr. MENESTRINA, *Il Codice giudiziario barbacoviano* (in *Festschrift* per WACH, II vol.), n. 1.

(2) *Dei difetti della giurisprudenza* (Napoli, 1743), cap. XI.

E altrove lo stesso MURATORI lamentava che, in mezzo a questa caotica diversità della giurisprudenza, i giudici, col pretesto dell'equità, si considerassero superiori alla legge; il che avvenendo, egli aggiungeva, « i giudici si attribuiranno un'autorità che è riserbata al solo Principe, cioé quella di fare e disfare le leggi » (3).

Questo pensiero chiarito e sviluppato negli scritti del FILANGIERI, il quale, nel 1774, quando il Ministro TANUCCI emanò quella legge sulla amministrazione della giustizia, che proscriveva dall'agone giudiziario l'autorità dei Dottori, e interdiceva ai giudici ogni interpretazione di legge che non fosse letterale od analogica (retro, n. 94 in nota), sorse giovanissimo a difendere la riforma dalla palese ostilità con cui l'avevano accolta i giudici e gli avvocati, ed a spiegare i principii sui quali la riforma stessa si basava (4). Ma se egli in questa occasione dette un magistrale commento a quei concetti di nomofilachia che dovevavano essere in Francia il punto di partenza della Cassazione (5), egli non dedusse da quei concetti la necessità di istituire un supremo tribunale regolatore del diritto; e concepì soltanto, per rimediare alla molteplicità di leggi che sarebbe stata conseguenza dell'intervento dell'interpretazione legislativa in tutte le questioni dubbie, un organo « censore di leggi », posto al lato del legislatore, che avesse il compito « di supplire al difetto delle leggi, rendendole applicabili a quei casi che il legislatore non ha preveduti, e di far vedere al legislatore vivente quali sono quelle che dovrebbero esser derogate, perché divenute inutili o perniciose, per le necessarie vicende delle cose umane » (6); un organo consimile si trova disegnato, sotto lo stesso nome, nella *Scienza*

---

(3) *Ibid.*, pag. 116.

(4) *Riflessioni politiche sull'ultima legge del Sovrano, che riguarda la Riforma dell'amministrazione della Giustizia* (Napoli, 1774). Ho dinanzi il testo nella edizione della « *Scienza della Legislazione e gli opuscoli scelti di G. F.* », Capolago, 1835, vol. V, pag. 311. Cfr. MENESTRINA, scritto cit., pag. 3 dell'estratto.

(5) Cfr.: Parte I^a^, § I: « Bisogna dunque torre ai magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge..., ecc. ». § IV: « L'uniformità e l'eguaglianza sono i caratteri più interessanti delle leggi..., ecc. », § VI: « Cognizione del fatto, applicazione litterale della legge; ecco a che si riducono tutti i doveri di un giudice ». — Parte II^a^, § 1: « In quelle cause nelle quali la controversia nasce dal fatto, il magistrato può nascondere la sua ingiustizia, alterando o ravviluppando il fatto istesso. Ma in quelle che dipendono assolutamente dal dritto, o la legge parla chiaro, ed allora il magistrato non può alterarla, o la legge è oscura tanto che l'ambiguità del senso darebbe luogo all'arbitrio, ed allora dovendosi ricorrere all'autorità suprema, il magistrato non può far altro che dedurre la sentenza dall'espressa interpretazione che ne dà il sovrano » (cfr. il passo di CICERONE, riportato retro, n. 16), ecc.

(6) *Ibidem*, Parte II, § III.

della legislazione (7). Vano è poi ricercare, come pure qualcuno ha fatto, la prima idea della Cassazione in MACHIAVELLI o in VICO (8).

247. — 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: lontane erano ormai quelle sporadiche istituzioni che negli ordinamenti comunali erano sorte per difendere la legge dalle trasgressioni dei giudici (retro, n. 80); ed estranee agli ordinamenti giudiziari degli Stati italiani quelle premesse teoriche dalle quali l'Assemblea Nazionale aveva tratto l'istituto della Cassazione.

La Rivoluzione francese, via via che anche le terre italiane furono attratte nella sua orbita, vi trasferì dall'oggi al domani le sue leggi, talché ogni Stato ebbe d'un tratto una sua costituzione ricopiata sul modello di Francia: così ebbe vita, in ognuno dei nuclei costituzionali, un organo di cassazione, copia fedele del *Tribunal* residente a Parigi, il quale, come tutte quelle creazioni rivoluzionarie ch'ebbero in Italia improvvisa ed effimera esistenza, non derivò da tradizioni nazionali del nostro diritto, ma da subitanea imposizione di concezioni straniere. L'istituto costituzionale del Trib. di cass. e il corrispondente istituto processuale del ricorso per cassazione, non trovarono, dunque, nella coscienza giuridica italiana, precedenti diretti ed immediati; ma vi trovarono la tradizione ormai secolare di istituti che avevano con essi qualche estrinseca analogia, cioé nell'ordinamento giudiziario il sistema della terza istanza (retro, n. 87) e nel diritto processuale la querela di nullità (retro, n. 68). Come già si è visto per la Germania (retro, n. 203), così anche in Italia la tradizione giuridica del diritto comune doveva reagire sulle istituzioni francesi; ma tale reazione, in virtù della quale l'organo di cassazione, trasportato in Italia, doveva tendere ad assumere forme proprie a una suprema corte di giustizia, e il ricorso

---

(7) Libro I, capo VIII: « Della necessità d'un censore delle leggi e de' doveri di questa nuova magistratura ». Si confronti quanto è detto retro, n. 204, sulla *Gesetzgebungscommission* in Prussia.

(8) ROSMINI, *Del sistema di cassazione*, « Gazz. Trib. » di Milano, 1861, pag. 49 e segg. I passi ai quali si vorrebbe far risalire l'idea della cassazione sono: MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima Deca di T. Livio*, libro III, cap. 1°, intitolato: « A volere che una sètta o una repubblica viva lungamente, è necessario ritirarla spesso verso il suo principio », nel quale si cita come un esempio di regno che vive « sotto le leggi » la Francia, ove « delle leggi et ordine ne sono mantenitori i parlamenti, et massimamente quel di Parigi... ecc. »; VICO, *Principii di scienza nuova*, libro IV, capo intit. « *Della custodia delle leggi* », in cui si portano esempî storici di popoli che hanno mantenuto rigorosamente l'osservanza delle leggi.

per cassazione a adattarsi alle regole della querela di nullità, poté poco farsi sentire nel periodo rivoluzionario e napoleonico, durante il quale le riforme furono attuate quasi sempre per imposizione subitanea, che non lasciava campo agli influssi modificatori delle concezioni locali.

Pur tuttavia, anche in questo primo periodo, sarà interessante seguire in Italia le vicende della Cassazione introdottavi dai Francesi, per vedere se e come essa si modificò messa a contatto col diritto italiano. E poiché d'altra parte il *Tribunal de cassation* non ebbe, al suo nascere, una forma stabile e definitiva, ma portò in sé fino dalla sua origine i segni rivelatori di una prossima evoluzione, sarà interessante ricercare se nelle legislazioni italiane che lo presero a modello fu accolta la sua fisionomia iniziale, o invece avvertita e sviluppata quella tendenza ad assumere una diversa funzione ch'era in esso fin dal suo inizio.

248. — Nessun interesse presenta da questo punto di vista la legislazione piemontese. Perdute col trattato di Cherasco (1796) le province di Nizza e Savoia che entrarono a far parte così dell'ordinamento giudiziario francese, tutto il Piemonte fu in seguito (1799) occupato dai Francesi, che vi trasferirono anche il loro ordinamento giudiziario, reso stabile, dopo una breve interruzione (il 26 maggio 1799 furono richiamate in vigore le RR.CC.), con decreti 2 aprile e 9 ottobre 1801; per essi il Piemonte venne ad essere un dipartimento giudiziario della Francia (9), e le sentenze dei suoi tribunali d'appello furono di conseguenza denunciabili al Tr. di cass. residente a Parigi (10).

249. — A Milano, ove i francesi giunsero nel maggio 1796, allo ordinamento giudiziario istituito dalla riforma giuseppina e culminante nel *Supremo Tribunale di giustizia* (retro, n. 89), fu sostituito, dopo un breve periodo di transizione (11), un ordinamento giudiziario a tipo francese, basato sul principio del doppio grado di giurisdizione con ap-

---

(9) Cfr. Dionisotti, I, 389.

(10) Si confronti, per il diritto transitorio, la sentenza 2 giugno 1808 della Corte di cass. di Parigi, colla quale essa respingeva un ricorso presentato contro una sentenza del Senato di Torino quando ancora le leggi francesi non erano state estese al Piemonte, e quindi le sentenze dei Tr. piemontesi potevano essere sottoposte solo alla revisione per errore di fatto, che « était précisément l'inverse du recours en cassation » (Merlin, *Rép.*, v. *Pays réunis*, n. IV; Sirey, *Recueil*, 1809, 87).

(11) L'ordinamento austriaco fu mantenuto provvisoriamente, prima per ordine del gen. Massena (Peroni, *Indice delle leggi*, lettera T, pag. 178), e poi con legge 9 luglio 1797 (Peroni, *ib.*, 185; e Veladini, *Raccolta degli ordini, avvisi e proclami*, tomo III, Milano, 1797, pag. 107).

pello reciproco tra i tribunali (12), e integrato da un Tribunale di cassazione risiedente in Milano. Questo Tribunale di cassazione, le cui regole fondamentali furono iscritte nella Costituzione della Repubblica Cisalpina del 9 luglio 1797 e in quella del 1° sett. 1798 (13), in undici art. tradotti quasi alla lettera dalla cost. francese del 5 fruttidoro anno III (14), fu, anche nelle successive leggi che ne disciplinarono i dettagli pratici (15), una copia fedele del modello originario, del quale ebbe le regole fondamentali: divieto di giudicare « del merito delle cause » (16); annullamento dei « giudicati quando nei processi sono state violate le forme, o quando i giudicati medesimi contengono espressa contravvenzione alla legge » (17); rinvio della decisione di merito all'autorità giudiziaria competente (18); interpretazione legislativa nel caso di secondo ricorso per gli stessi motivi (19); cassazione nell'interesse della legge (20). La Cassazione francese, in questo ordinamento della Repubblica cisalpina, manteneva infatti così tutti i suoi caratteri (21) ed il suo

---

(12) *Leggi organiche giudiziarie della Repubblica Cisalpina* (anno VI, Milano, Ed. Pirola e Veladini), capo V, art. 61 (pag. 23).

(13) Artt. 254-264 della prima, 251-261 della seconda; già disposizioni identiche si trovavano negli artt. 274-284 della *Cost. della Rep. Cispadana*, 27 marzo 1797. Cfr. *Raccolta di Costituzioni italiane* (Torino, 1852).

(14) Artt. 254-264, in TARBÉ, *Lois*, nn. 712-722.

(15) Legge 16 termidoro, anno V (1797), in 35 articoli (in *Leggi organiche giudiziarie*, cit., capo IX); L. 3 messidoro, anno VI (1798), in 38 articoli (PERONI, T, pag. 187; VELADINI, tomo V, pag. 157-160); L. 19 frutt., anno VI sull'org. dei trib., artt. 95-105 sulla composizione personale. Durante il periodo transitorio tra il Supremo Trib. di giustizia e il Trib. di cass. funzionò provvisoriamente una « commissione di revisione » istituita con L. 14 luglio 1797 (PERONI, T, 185; VELADINI, III, 109), la quale doveva rivedere le cause « in caso di disparità di sentenze » (Dichiarazione 31 luglio 1797, in VELADINI, III, 129).

(16) Cost. 1797, art. 255; cost. 1798, art. 252; L. 16 term., anno V, art. 4 (tradotto dal Decr. 1790); L. 3 mess., anno VI, art. 5.

(17) Cost. 1797, art. 255; cost. 1798, art. 252. La L. 16 term., anno V, art. 2, seguiva la locuzione del Decr. 1790: « annullerà tutti li giudizj peccanti di un'espressa contravvenzione *al testo* della legge »; ma la L. 3 mess., anno VI, art. 5, torna alla locuzione delle cost. 3-14 sett. 1791 e seguenti (v. retro, n. 180).

(18) Cost. 1797, art. 255; cost. 1798, art. 252; L. 16 term., anno V, artt. 2 e 22; L. 3 mess., anno VI, artt. 26-27.

(19) Cost. 1797, art. 256; cost. 1798, art. 253. La L. 16 term., anno V, art. 27, con più precisione dei testi francesi, dichiarava espressamente che a tale interpretazione autentica si poteva ricorrere soltanto « dopo una cassazione per espressa contravvenzione al testo della legge »; non quindi per annullamento derivante da *error in procedendo* (retro, n. 176). Lo stesso per l'articolo 34, L. 3 mess., anno VI.

(20) L. 16 term., anno V, art. 33; L. 3 mess., anno VI, art. 37.

(21) Non solo i suoi caratteri fondamentali, ma anche quelle funzioni accessorie che nel diritto francese ne alteravano il profilo: cfr. cost. 1797, art. 254; cost. 1798, art. 251; L. 16 term., anno V, art. 1, per i quali il Tr. di cass. giudi-

ristretto scopo di nomofilachia, giustificato dalla diffidenza contro ogni forma di interpretazione giurisprudenziale (22). — Qualche variazione ebbe l'istituto della Cassazione dalle leggi seguenti, dopoché una legge dell'11 piovoso anno VIII (4 febbr. 1801) ebbe stabilito il principio, conforme alla tradizione del diritto comune, che alla giustizia civile dovevano esser garantite « tre regolari istanze » (23). La *Costituzione della Repubblica italiana* del 26 gennaio 1802 (24) conteneva infatti nei tre articoli 94-96 le basi di un nuovo ordinamento giudiziario per il quale veniva ad essere fuso e contemperato il sistema della Cassazione con quello della Terza istanza (25), senza che per altro il Tribunale di cassazione, al disotto del quale dovevano esser posti due tribunali di revisione, venisse a perdere il suo carattere di organo posto a salvaguardia della separazione dei poteri (26): questo sistema misto fu attuato col decreto « *sulla organizzazione e giurisdizione de' tribunali* » del

---

cava: « I. Sulle domande di cassazione contro i giudizii dati in ultima istanza dai Tribunali. II. Sulle domande di rimandare un giudizio da un Tribunale ad un altro a motivo di sospetto legittimo, o di pubblica sicurezza. III. Sulle questioni d'incompetenza e sulle azioni intentate contro un Tribunale intero ». Per quel che riguarda il procedimento, è notevole che la L. 3 mess., anno VI, vietava ogni sorta di dibattimento; art. 22: « Le sentenze devono proferirsi sulle risultanze degli atti pervenuti al Tribunale, che non ammette mai alcuna deduzione in iscritto delle parti e nemmeno alcuna arringa... ». La stessa legge ammetteva espressamente la rinuncia al ricorso (art. 15).

(22) L. 27 mess., anno VI, sui giudizi (Veladini, V, pag. 198), artt. XXI-XXII: « In tutti i casi nei quali provvedono le leggi emanate sotto il governo repubblicano, non è lecito ai giudici di discostarsi dal disposto delle medesime nemmeno sotto pretesto di uniformarle per interpretazione restrittiva o dichiarativa alle massime del diritto comune, o municipale, dovendosi esse osservare in tutta la loro estensione. — È proibita qualunque modificazione di legge sotto il pretesto di equità pretoria ».

(23) Peroni, *Trib. di giust.*, pag. 189. Quando Milano, dall'aprile 1799 al maggio 1800 fu ripresa dagli Austriaci, questi abolirono la Cassazione e richiamarono in vita l'antico Tribunale supremo (Proclama 9 luglio 1799, in Peroni, *Tribunale*, 180). Tornati i Francesi, il Tr. di cass. fu ricostituito con proclama 6 messidoro, anno VIII (25 giugno 1800: in Peroni, *ib.*, 188).

(24) *Raccolta di costituzioni*, II, pag. 118 e segg.

(25) Art. 94: « ... Vi sono in materia civile de' conciliatori e de' giudici di prima istanza, de' Tribunali d'appello, due Tribunali di revisione, ed uno di cassazione »; art. 95: « Non si dà appello da due sentenze conformi. La revisione ha luogo nel solo caso di due sentenze discordanti »; art. 96: « Il Tribunale di cassazione... ecc. ».

(26) L'art. 96 ha una disposizione notevole, la quale tende a fare del Tribunale di cass. un organo di salvaguardia *reciproca* tra il potere legislativo e quello giudiziario, in quanto tra le sue attribuzioni enumera anche: « 4. Denunzia ai collegî gli atti del corpo legislativo o del governo che importano usurpazione del potere giudiziario, o frappongono impedimento al libero di lui esercizio ».

22 luglio 1802 (27), il quale istituì, al disopra dei tribunali di appello dipartimentali (art. 5), due tribunali di revisione, uno a Milano ed uno a Bologna (art. 3), che potevano rivedere in terza istanza le cause nelle quali non si fosse formata la doppia conforme (art. 63), e al disopra di essi conservò senza mutamenti il Tribunale di cassazione, al quale « o per nullità o per manifesta contravvenzione alle leggi » (art. 86) potevano esser denunciate le sentenze non più sottoposte a appello o a revisione (art. 88). Nessuna variazione fondamentale fu portata a questo sistema dal *Metodo Giudiziario civile* del 18 aprile 1804 (28).

Succeduto nel marzo 1805 alla Repubblica italiana il Regno d'Italia, furono mantenuti provvisoriamente in vita i tribunali esistenti (29); ma poi, per l'andata in vigore del Codice Napoleone (30), si abolì col Regolamento organico della giustizia civile e criminale del 23 giugno 1806 (31) il sistema della Terza istanza, e si tornò a un ordinamento basato sul principio francese del doppio grado, culminante in una *Corte di cassazione* « 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) (32).

250. — A Venezia, ove nel maggio 1797 un governo democratico era succeduto all'abbattuta Repubblica aristocratica, un decreto 10

(27) *Bollettino delle leggi della Repubblica italiana* (anno I, Milano), I, 145. Mentre si attendeva a stabilire l'ordine giudiziario della Repubblica italiana, il Tr. di cass. fu provvisoriamente organizzato con Decreto 24 aprile 1802 (*Bollettino* cit., I, 55).

(28) *Bollettino*, III, 215. Notevole era per questo *Metodo* che, nelle cause inferiori a L. 100, per le quali era vietato l'appello, era ammesso però il ricorso per cassazione, « non già per motivo di nullità, ma solo per manifesta contravvenzione alla legge » (art. 508).

(29) Decr. 22 marzo 1806, in *Bollettino*, 1806, 139.

(30) Nel secondo statuto costituzionale dato da Napoleone il 29 marzo 1805 (*Raccolta di cost.*, II, pag. 155), alla Corte di cass. era affidato l'ufficio di vigilare sulla retta interpetrazione del nuovo Codice, in questi termini: « Ogni qualvolta il Tribunale di cassazione viene in cognizione che il senso di una legge o di un articolo di legge dia luogo per parte dei Tribunali ad una falsa interpetrazione, ne informa il gran giudice, il cui rapporto su questo oggetto viene presentato alla discussione del Consiglio di Stato. In seguito di che il re pronuncia sopra il senso che si deve dare ai termini della legge ».

(31) *Bollettino*, 1806, 625. Per il diritto transitorio tra questi due sistemi, cfr. il Decr. 10 giugno 1807, in *Bollettino*, 1807, 294.

(32) Leggi particolari sulla cassazione furono il *Regolamento intorno al modo di procedere avanti la Corte di cass., 23 agosto 1807* (*Bollettino*, 1807, 433), in 39 articoli; *Regolamento d'ordine interno* (*Bollettino*, 1810, 600). La competenza della Corte di cass. di Milano fu estesa alla Dalmazia e Albania con Decreto 25 ottobre 1808 (*Bollettino*, 1808, 883) e all'Alto Adige e Tirolo con Decreto 10 agosto 1810 (*Bollettino*, 1810, 589).

luglio 1797 (33) stabilì un nuovo ordinamento giudiziario imitato da quello francese, il quale peraltro culminava in un unico Tribunale di appellazione, e non faceva menzione della Cassazione (34).

Poco dopo, per il trattato di Campoformio (17 ott. 1797), Venezia fu ceduta all'Austria, e quando, per il trattato di Presburgo (26 dic. 1805), essa tornò alla Francia, venne aggregata al Regno d'Italia e sottoposta quindi alla giurisdizione della Corte di revisione di Milano (35): la Corte di cassazione di Milano estese così dal 1806 la sua competenza anche sulle terre venete.

251. — *La Costituzione della Repubblica ligure* del 2 dic. 1797 introdusse anche a Genova il Tr. di cassazione, secondo le norme della costituzione francese anno III (36); e questo fu istituito in pratica con legge 29 marzo 1798 (37), e della sua « installazione » fu dato avviso al popolo da un decreto del Direttorio Esecutivo in data 2 aprile 1798 (38). Le attribuzioni di questo Tribunale furono identiche a quelle che

---

(33) Decr. 22 messidoro, anno I (*Raccolta di carte pubbliche del nuovo Veneto Governo democratico*, Venezia, 1797, vol. V, pag. 37 e segg.).

(34) Il *Tribunale di appellazione* (art. 42) era composto di tre Camere, una *direttrice* e due di *giudicatura*. L'appello era introdotto alla Camera direttrice, che lo devolveva a una delle altre due Camere (art. 87 e segg.): se questa confermava (*laudava*) la sentenza impugnata, la lite era terminata colla doppia conforme; se riformava (*tagliava*), la causa era portata all'altra Camera di giudicatura, affinchè scegliesse tra le due prime sentenze; se invece era incerta tra il *laudare* e il *tagliare*, « restano rimesse le parti in prima istanza per riformare la contestazione come se la prima sentenza non fosse nata » (art. 90). Una speciale querela di nullità per violazione di legge processuale si aveva nell'art. 93, il quale stabiliva: « Se alcuna delle parti pretendesse che la sentenza di prima istanza o di appellazione fosse seguita *contro la forma della presente disposizione*, potrà ricorrere alla Camera direttrice del Tribunale di appellazione, e nel termine di otto giorni al più dal dì del ricorso, ascoltate le parti sommariamente, o tien ferma la sentenza o la cassa rimettendo la causa nel merito al Tribunale competente. In caso che la sentenza sia tenuta ferma, la parte accusatrice risarcisce l'altra di tutte le spese estraordinarie incontrate per tal nuova causa e paga una multa nella cassa comune di ducati 50 effettivi »; nient'altro che un rimedio per *error in procedendo*, sul tipo tradizionale.

(35) Cfr. *Bollettino* cit., 1806, pag. 444.

(36) Artt. 249-254. In *Raccolta di costituzioni*, I, 286. In un progetto di costituzione, 1° agosto 1797, si parlava invece di un *Tribunale di revisione* con funzioni analoghe.

(37) *Legge organica del Trib. di cass.*, in *Raccolta delle leggi ed atti del corpo legislativo della Repubblica ligure, dal 17 gennaio 1798* (Genova, 1798), I, 110.

(38) *Raccolta dei proclami del Direttorio Esecutivo della Rep. Ligure*, Genova, 1798, pag. 16: « Li cittadini, che si crederanno aggravati da qualche atto illegale od arbitrario, hanno da detto giorno in appresso nel Tribunale di cas-

esso ebbe in origine nel diritto francese (39); nella sua funzione di cassazione esso doveva annullare « tutti gli atti de' processi... ne' quali sono state violate le forme prescritte dalla legge » (40) e le sentenze « nelle quali è stata commessa un'espressa contravvenzione alla legge » (41); sfuggiva ad esso la cognizione del merito e doveva limitarsi a rinviare all'autorità competente (42), con interpretazione legislativa obbligatoria in caso di secondo ricorso « per contravvenzione alla stessa legge » (43); era ammesso il ricorso nell'interesse della legge (44).

Il sistema della Cassazione fu peraltro integrato a Genova con quello della Terza istanza, poiché nel processo di merito, prima di esperimentare il ricorso per cassazione, era sempre garantito il mezzo per ottenere la doppia conforme (45).

Gravi modificazioni subì in Genova il sistema della Cassazione nella seconda Costituzione della Repubblica ligure del 25 giugno 1802, il cui art. 12 stabiliva: « Vi è per tutta la Repubblica un tribunale supremo, che giudica definitivamente le appellazioni dei tribunali di revisione, d'appello. I ricorsi in cassazione sono pure devoluti a questo

---

sazione un sicuro garante de' loro diritti e della retta amministrazione della giustizia ».

(39) Cost., art. 249. Decr. 29 marzo 1798, art. 13: « Il Tr. di cass. ha le attribuzioni seguenti: I. Sulle dimande di nullità contro le sentenze definitive inappellabili profferte da qualunque giudice... II. Sulle domande di trasmettere un giudizio da un Tribunale ad un altro per via di sospetto legittimo o di sicurezza pubblica. III. Sulle questioni di incompetenza e di nullità nelle cause criminali. IV. Sulli decreti d'accusa fatti dal corpo legislativo contro un Tribunale intero o contro qualche individuo del medesimo ». Cfr. anche la L. 11-19 maggio 1798 (*Raccolta*, I, 192); per la cass. in materia penale, cfr. L. 26 luglio 1799 e 5 nov. 1799 (*Raccolta*, IV, 42 e 192), e in materia militare, L. 12 nov. 1799 (*Raccolta*, IV, 207).

(40) Decr. 29 marzo 1798, art. 14.

(41) Id., art. 15; Cost., art. 250.

(42) Id., artt. 16-19; Cost., art. 250. L'art. 33 del citato decreto disponeva che: « decide lo stesso Tribunale unicamente sugli atti compilati nei precedenti giudizî ».

(43) Cit. decr., art. 20. Meno esatta era, sull'esempio francese, la locuzione dell'art. 251 della Cost.

(44) Cit. decr., artt. 38-40.

(45) Cit. decr., art. 21: « Per le sentenze inappellabili, contro le quali compete il rimedio della cassazione, s'intendono tutte le sentenze che hanno fatto passaggio in cosa giudicata, o per la natura della causa, o per la loro conformità con altra sentenza precedente, o anche per deserzione qualunque dell'appello ». Su quest'ultima notevole disposizione, cfr. la L. 20 sett. 1798 (*Raccolta*, II, 133), e l'art. 120 della legge organica 11 febbr. 1803, di cui oltre. Il principio della Terza istanza fu affermato nella legge 13 febbraio 1798 (*Raccolta*, I, 53) e mantenuto nella legge sull'organizzazione del potere giudiziario ed amministrativo del 30 maggio 1798, artt. 106-114 (*Raccolta*, I, 208).

Tribunale » (46). In base a questo principio stabilito dalla Costituzione, la Legge organica sull'ordine giudiziario dell'11 febbraio 1803 (47) pose al di sopra dei tribunali di prima istanza, dei tribunali di revisione o di appello (art. 5) e al disopra di essi per tutta la Repubblica un *Tribunale supremo di Appellazione e di Cassazione* (art. 6). Questo tribunale cumulava funzioni di terza istanza e funzioni di cassazione; come tribunale di terza istanza, giudicava sul merito delle cause già decise dai tribunali inferiori, qualora non si fosse raggiunta la doppia conforme (art. 93 a 142); come tribunale di cassazione, formato in sezione di quattro membri (art. 112-113), decideva, oltreché sui conflitti di competenza (art. 117-118), sulle domande di nullità contro le sentenze inappellabili (art. 119), tra le quali quelle che fossero conformi ad altra sentenza (art. 94).

Ma, a prescindere da questo cumulo di funzioni diverse, la stessa funzione di cassazione era notevolmente alterata nelle sue regole fondamentali, tanto per ciò che atteneva ai motivi di ricorso, quanto per ciò che si riferiva al rinvio della decisione sul merito nel caso in cui il ricorso fosse accolto. I motivi di ricorso erano determinati con criterî e perfino con terminologia attinti in parte dal diritto comune: « annulla le sentenze, se conosce essere stata commessa violazione delle forme nel procedere, o contravvenzione alla legge nel giudicare, *o se la sentenza è stata proferita con totale difetto di prove* » (art. 138); e mentre, per la contravvenzione alla legge *in iudicando* (« nel giudicare ») era stabilito che « non si può dire, all'effetto della cassazione, contravvenuto alla legge, se questa non è letterale ed espressa, e se non è precisamente indicata nel ricorso » (art. 129), per le nullità *in procedendo* (« nel procedere ») si adottava la limitazione alle nullità *ex tribus* (48) con espressioni che sembrano talora un'eco dello Statuto del 1587

---

(46) In *Raccolta di costituzioni*, II, 205. La breve occupazione di Genova da parte degli Austriaci nel giugno 1800 non portò modificazioni all'ordinamento giudiziario. Un esempio di cassazione per ragioni politiche si ha nel Decreto 8 giugno 1800 della Reggenza I. e R. provvisoria, colla quale furono annullate tutte le sentenze emanate dal precedente governo per delitti politici (*Compilazione dei proclami ed editti pubblicati dai generali e comandanti dell'armata i. e r. d'Italia*, Genova, 1800, pag. 16).

(47) *Raccolta degli atti e delle leggi emanate dal potere legislativo*, vol. I (Genova, 1802).

(48) Art. 130: « Non possono dirsi all'effetto suddetto violate le forme nelle cause civili, se non per alcuno dei capi seguenti, che deve essere precisamente individuato nel ricorso: I. D'incompetenza, o difetto di giurisdizione dalla parte del giudice o Tribunale, che ha proferita la sentenza; II. D'illegittimazione della persona del reo o dell'attore; III. Di totale mancanza di citazione, senza che siavi rimasto supplito in verun modo ». Cfr. anche gli artt. 132-134.

(retro, n. 49). Se, in base a uno di questi vizî, il ricorso era accolto e la sentenza cassata, la causa non si rinviava al giudice inferiore, ma dalla sezione di cassazione passava alla cognizione dell'intero Tribunale supremo, che giudicava definitivamente sul merito (49); contro le sentenze del Tr. supremo, era ammesso soltanto un ricorso in via di grazia al Senato (50).

Questo ordinamento giudiziario ebbe vita fino al 1805, fino a quando cioè Napoleone aggregò all'impero francese il territorio della repubblica ligure, la quale entrò nella giurisdizione della Corte di cassazione di Parigi

Per breve tempo la Cassazione riapparve nell'ordinamento genovese, ma profondamente modificata dagli influssi locali, quando, occupata Genova nel 1814 dalle truppe britanniche e ricostituita l'antica repubblica (51), fu ristabilito un Tribunale di cassazione, al quale potevasi ricorrere solo in caso di doppia conforme (52), e che, dopo aver cassato, *passava senz'altro alla decisione in merito*: « nelle cause civili, se la sentenza è annullata per violazione di forme, si rinnova il processo nanti lo stesso Tribunale di cassazione, il quale resta costituito giudice sul merito; se la sentenza è annullata per contravvenzione alla legge, il Tribunale con una sola decisione annulla la sentenza e decide il merito » (53).

252. — L'ordinamento giudiziario che esisteva in Toscana prima della Rivoluzione francese e che culminava nel supremo Tribunale della *Consulta* (retro, n. 90) fu mantenuto quando nel 1799 i francesi occuparono Firenze e quando poi nel 1801 la Toscana divenne il Regno d'Etruria sotto i Borboni. Ma quando, sulla fine del 1807, la Toscana

---

(49) Artt. 136-137. L'art. 139 stabiliva: « giudica il Tr. supremo le dette cause sugli stessi atti e processo, se è cassata la sentenza per contravvenzione alla legge; che se è cassata per violazione delle forme, incomincia dall'atto in cui sono state violate e rinnova il restante processo ». Per l'assunzione di nuove prove poteva il Tr. supremo delegare un giudice inferiore (articolo addizionale del 2 giugno 1803, *Raccolta degli atti* cit., I, 267).

(50) Art. 147. È notevole che nell'ordinamento genovese l'istituzione della cassazione non fece sparire nè i *sindacatori*, con ufficio censorio sui magistrati (*Attribuzioni dei commissari sindacatori*, 15 dec. 1802, *Raccolta*, I, 58), nè i *Conservatori delle leggi*, i quali esercitavano una sorveglianza specialmente sul potere esecutivo « per mantenere illesa la costituzione » (*Articoli addizionali alla Legge sul governo, ib.*, pag. 263).

(51) Proclama 26 aprile 1814 (*Raccolta delle leggi ed atti pubblicati dal governo provvisorio della Serenissima Repubblica di Genova*, 1814, I, pag. 1).

(52) *Legge sull'organizz. provvisoria dei Tribunali*, 4 maggio 1814 (*ib.*, pag. 21), art. 9.

(53) Art. 9 citato.

fu aggregata alla Francia, la Giunta straordinaria, dopo aver temporaneamente mantenuto in vigore i tribunali esistenti (54), introdusse anche in Toscana, con decreto del 16 agosto 1808, l'ordinamento giudiziario francese (55); abolito così insieme cogli altri tribunali, il *Supremo Tribunale di Giustizia* (art. 1), fu ammesso il ricorso alla Corte di cassazione di Parigi (56) contro le sentenze che, finora, potevano essere portate per revisione alla Consulta (57).

253. — L'ordinamento giudiziario della Repubblica, poi Principato, di Lucca fu disciplinato in modo instabile e confuso, da una serie di leggi frammentarie, nelle quali si manifesta l'insanabile dissidio tra il desiderio di imitare le istituzioni francesi e le sopravvissute concezioni del diritto comune, le quali si mantengono invariate pur sotto le forme apparentemente nuove.

Per la *Costituzione della Repubblica di Lucca* del 26 dic. 1801 (58), integrata poi, per quanto attiene all'ordinamento giudiziario, da leggi successive (59), furono stabiliti due Tribunali di appello, uno civile ed uno criminale, i quali, oltre alle funzioni di seconda istanza nelle cause appartenenti alle rispettive giurisidizioni, esercitavano, nelle cause in cui non si fosse raggiunta la doppia conforme, funzioni di terza istanza scambievole, cioé il Tribunale civile per le cause criminali e viceversa (60). Questi due tribunali dovevano esercitare anche, colla stessa reciprocità, le funzioni di « cassazione o nullità », ma questa cassazione, la quale, secondo l'art. XVII del Reg. 23 febbraio 1802, poteva avvenire quando la sentenza fosse « nulla per inosservanza delle forme prescritte dalle leggi o per altri casi », non era niente di diverso dalla tradizionale *querela nullitatis* per *error in procedendo* (61). Anche le sentenze civili inappellabili potevano essere sottoposte dinanzi a un tribunale formato dai quattro giudici criminali di città a restituzione in intiero per *error*

(54) Decr. 26 giugno 1808 (in *Bollettino delle leggi, decreti imperiali e deliberazioni della Giunta di Toscana*, Firenze, Piatti, 1808..., vol. I, pag. 9).

(55) *Ibid.*, III, pag. 11. Su questa riforma, cfr. Zobi, III, 675.

(56) Citato decreto, capo VIII. Dei ricorsi in cassazione, art. 146. Gli articoli 147-148 descrivevano i caratteri dell'istituto colle solite formule tradotte dalle leggi francesi.

(57) Il diritto transitorio tra la Consulta e la Corte di cassazione è regolato dall'art. 149 del citato decreto e dalle Deliberazioni del 31 dic. 1808 (*ib.*, XII, pag. 3).

(58) *Bollettino ufficiale delle leggi e atti del governo della Repubblica Lucchese* (Lucca, 1802), tomo I, 232.

(59) Legge 30 gennaio 1802 (*Boll.*, II, 57); *Regolamento per i Tribunali della Repubblica*, 23 febbraio 1802 (*ib.* 94); Regolamento 21 nov. 1804 (*ib.*, VI, 25).

(60) Cost., art. XXX; Reg. 30 gennaio 1802.

(61) Così anche per gli artt. CLXVI-CLXXII del Regolamento 21 nov. 1804.

in iudicando; ma questo non era il solo error di diritto, sibbene « il solo ed unico capo di manifesta ingiustizia, la quale potrà provarsi anche colla sopravenienza di nuovi documenti » (62).

Trasformata nel 1805 la Repubblica di Lucca in Principato, si cercò di adattare l'ordinamento giudiziario alle esigenze del Codice Napoleone che doveva andare in vigore, e si istituì di conseguenza un unico « Tribunale di revisione, restituzione in intiero e di cassazione in materia sì civile che criminale a forma delle leggi » (63), il quale peraltro in materia civile non era stabile, ma doveva esser formato di volta in volta con tre giudici da eleggersi dal Ministro della Giustizia (64), Il sistema era oscuro e complicato, e più lo divenne per l'introduzione della procedura francese attraverso il *Cod. proc. civ. per i principati di Lucca e di Piombino* (65); talché, per eliminare le incertezze fu stabilito che il Tr. di cass. di Lucca dovesse procedere « colle stesse regole stabilite dalla legislazione francese » (66). In seguito, soppresso il Tribunale, le funzioni di cassazione furono attribuite al Consiglio di Stato (67), e furono riconfermate in questa occasione le regole fondamentali dell'istituto francese; ma non senza deviazioni caratteristiche derivanti dal diritto comune, come quella contenuta nell'art. 7: « La corte di cassazione non conoscerà mai del merito dell'affare: ella non potrà cassare un giudizio per capo d'ingiustizia, eccettuato il caso in cui la decisione contro la quale sarà fatto ricorso fosse contraria al testo di una legge espressa, *o fondata essenzialmente sopra un titolo nullo* » (68). Non era contemplato il ricorso nell'interesse della legge, e in caso di secondo ricorso per gli stessi motivi, il Principe si limitava a disporre (69): « ce ne sarà reso conto dal nostro Gran Giudice, acciò possiamo provvedervi come crederemo opportuno ». Nel 1813 fu riformato l'ordinamento della Corte di cass., che fu divisa come quella francese in tre sezioni, pur continuando ad essere formata dai Consiglieri di Stato sotto la presidenza del Ministro della Giustizia (70); e per il caso di secondo

---

(62) Legge 30 gennaio 1802, artt. L-LI; così anche nel Reg. 21 nov. 1804, art. CXXXV e segg.

(63) Decr. 19 dec. 1806 (*Boll.*, tomo III, Lucca, 1808, pag. 322), art. 5.

(64) Id., art. 6.

(65) Decr. 30 giugno 1808: era una traduzione del Cod. proc. civ. francese, (*Bollettino*, VII, 76).

(66) Decr. 20 agosto 1808 (*Boll.*, VI, 211), art. 4.

(67) Legge 7 nov. 1808 (*Boll.*, VII, 207).

(68) Gli artt. 8-20 della L. 7 nov. 1808 regolavano il procedimento; gli articoli 29-30 il rinvio in caso di cassazione.

(69) *Ib.*, art. 30.

(70) Decr. 28 luglio 1813, sulle attribuzioni della Corte di cass., in *Boll.*, XVII, pag. 56.

ricorso per gli stessi motivi, fu accolto il sistema dell'interpretazione regolamentare adottato dalla legge francese del 1807 (71).

254. — La *Costituzione della Repubblica romana* del 1798 introdusse anche a Roma la Cassazione francese, mutando solo il nome del Tribunale, che fu chiamato *Tribunale di Alta Pretura* (72): questo, oltre le funzioni accessorie che aveva in Francia il Tr. di cass. (73), ebbe l'ufficio caratteristico di annullare, senza conoscere del merito, le sentenze in ultima istanza per violazione delle forme o « per qualche contravvenzione espressa alla legge » (74); né si allontanava in niente dal modello francese (75).

Il governo di Roma restò al Papa dal 1800 al 1809, nel quale anno, con decreto del 17 giugno (76), i Francesi abolirono le antiche magistrature, introducendo l'ordinamento giudiziario francese (77): in virtù di questo decreto contro « i decreti e i giudicati di ultima giurisdizione » fu aperto il ricorso alla Corte di cassazione di Parigi (78).

255. — Nella *Costituzione della Repubblica Partenopea* del 1799 il Tribunale di cassazione era regolato in dodici articoli (249-260), i quali, nonostante che in altre parti la costituzione notevolmente divergesse da quella francese per opera di Mario Pagano, erano tradotti quasi alla lettera dalla cost. francese dell'anno III (79): si intende adunque che l'istituto francese era qui adottato nella sua forma originaria.

In seguito, quando il Regno di Napoli nel 1806 diventò un regno francese, vi fu istituita, con legge 20 maggio 1808, la Corte di cassazione, divisa in due sezioni (80); questa poi, meglio disciplinata dal decre-

---

(71) Decr. di pari data, sulla organizzazione dei Tribunali del Principato, tit. V (*Boll.*, XVII, 29).

(72) Tit. VIII, artt. CCL-CCLVIII.

(73) *Ib.*, art. CCL.

(74) *Ib.*, art. CCLII.

(75) Caratteristico era soltanto l'articolo CCLI: « Nessuno può essere eletto Membro dell'Alta Pretura se non è maritato o vedovo »!

(76) *Bollettino delle leggi* (Roma, 1809), n. 5. Organizzazione dell'ord. giud. negli Stati Romani.

(77) Menestrina, *Processo civ. nello St. pontificio*, pag. 181.

(78) Citato decr., art. 135 (*Ib.*, pag. 99). Gli artt. 136-138 ponevano le regole fondamentali della Cassazione.

(79) *Raccolta di Costituzioni*, II, 98.

(80) Nicolini, scritto cit., pag. 12, nota 2. Nello *Statuto Costituzionale del Regno di Napoli e di Sicilia*, dato da Giuseppe Napoleone nel 1808, l'articolo 3 del tit. IX accenna alla Corte di cassazione (*Raccolta di cost.*, II, 217); Fabiani, *Procedura*, vol. 1, cap. XI, n. 243.

to 3 aprile 1812 (81), fu distinta in tre sezioni come quella francese, e ne ebbe interamente le regole (82), comprese quelle relative alla interpretazione autentica, tolte dalla legge francese del 1807 (83).

256. — Dalle notizie raccolte nelle pagine precedenti sulla fortuna della Cassazione in Italia fino alla caduta di Napoleone, risulta che in quasi tutti gli Stati italiani insieme coll'ordinamento giudiziario francese fece la sua comparsa il sistema della Cassazione, nelle forme che esso ebbe in Francia al momento della sua istituzione: tutti gli Stati italiani, dunque, conobbero ed adottarono, durante il periodo rivoluzionario e napoleonico, il Tribunale di cassazione come un organo di controllo politico sul potere giudiziario, e *non come un organo unificatore della interpretazione giurisprudenziale.*

Ma si deve notare che, quantunque formalmente tutte le repubbliche sorte su in Italia sull'esempio della Repubblica francese abbiano accolto il Tribunale di cassazione come un organo *costituzionale* destinato a mantenere nello Stato il principio della separazione dei poteri (ciò è provato sopra tutto dal fatto che i principî fondamentali della Cassazione si trovano anche in Italia inscritti, sull'esempio francese, negli atti costituzionali), in realtà questo suo scopo originario non veniva inteso in Italia, ove nel fervore rivoluzionario tutte le istituzioni francesi erano accolte alla cieca, anche se non ne era compreso l'interno significato; talché, lasciando da parte quelle terre italiane che, per essere state annesse alla Francia, furono direttamente sottoposte alla Cassazione di Parigi (il Piemonte dal 1801, Genova dal 1805, la Toscana dal 1808, Roma dal 1809), noi vediamo che in quegli Stati italiani ove fu istituito un organo di cassazione autonomo e dove il suo ordinamento poté essere stabilito con una certa indipendenza dal modello francese, esso fu concepito piuttosto come un supremo Tribunale di giustizia che come un istituto di natura tutta propria, destinato a raggiungere nello Stato un fine ben diverso da quello per cui sono fondati i veri e propri tribunali. Quelle ibride disposizioni che a Milano,

---

(81) In un progetto di *Costituzione di Sicilia*, data da Ferdinando III nel 1812 (*Raccolta di cost.*, 222), l'ordinamento giudiziario basato sul sistema della terza istanza (*Piano generale per l'organizz. delle magistrature*, capi VI e VII), culminava in un Tribunale di cassazione residente in Palermo (*ib.*, cap. VIII), il quale doveva annullare le sentenze rese in procedimenti in cui « non siasi accuratamente osservato il rito e le forme giudiziarie » ed anche « badare alla legalità degli arresti ». Non giudicava mai del merito: e il Parlamento poteva « consultarlo sopra i punti più astrusi ed intrigati della legislazione ».

(82) Nicolini, *Ib.*

(83) Nicolini, *Ib.*, pag. 55-56. Cfr. anche un cenno in Liberatore, *Sulle istituzioni giudiziarie delle Due Sicilie* (Napoli, 1828), cap. VIII.

a Genova prima del 1805 e a Lucca miravano a conciliare il sistema della Cassazione con quello della « doppia conforme », dimostrano come, fin da quando il nuovo istituto fu introdotto in Italia, reagì su di esso l'istituto locale della Terza istanza: e notevoli del pari sono quelle disposizioni che a Genova e a Lucca (non parliamo di Venezia, ove la Cassazione non fu mai accolta come istituto autonomo) tendevano ad applicare i principi della querela di nullità al ricorso per cassazione, dimostrando così che la coscienza giuridica italiana, avvezza da secoli alle concezioni del diritto comune, non aveva saputo, quand'era stata messa in presenza del nuovo istituto, rendersi conto della sua speciale natura politica e solo ne aveva colto la esteriore conformazione processuale.

Capitolo XXX

LA CASSAZIONE NEGLI STATI ITALIANI PRECEDENTI ALLA UNIFICAZIONE

Sommario: — 257. Classificazione delle legislazioni degli Stati italiani in tre gruppi. — 258. *a*) Legislazioni che non accolgono la Cassazione: Lombardo-Veneto. — 259. *b*) Legislazioni che la accolgono solo in parte: I. Codice di procedura civile parmense, 6 giugno 1820. — 260. II. Codice process. civ. Estense, 14 giugno 1852. — 261. III. Legislazione lucchese. — 262. IV. Legislazione dello Stato romano: 1. *Motuproprio* Piano, 6 luglio 1816 e 22 nov. 1817; 2. *Motuproprio* Leone XII, 5 ott. 1824; 3. Regol. gregoriano, 22 nov. 1834; 4. Decr. 3 marzo 1849 della Rep. romana. — 263. *c*) Legislazioni che accolgono la Cassazione: I. Regno delle Due Sicilie. — 264. II. Granducato di Toscana: 1. Norme sulla terza istanza; 2. *Motuproprio* 6 agosto 1838. — 265. III. Piemonte: 1. Leggi anteriori al 1847; 2. Editto e Regol. 30 ott. 1847; 3. Leggi successive e Codice proc. civ. 16 luglio 1854; 4. Cod. proc. civ. 20 nov. 1859 e Legge ord. giudiziario 13 nov. 1859. — 266. Conclusioni: opinioni della dottrina italiana sulla Cassazione.

257. — 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 rivoluzionarî: onde anche l'istituto della Cassazione, meno che a Napoli ove furono mantenute provvisoriamente in vigore le leggi francesi (retro, n. 255), scomparve da tutti gli ordinamenti giudiziarî italiani.

Il passaggio delle nuove idee e l'esperienza dei nuovi istituti non erano stati però senza effetto pur nel campo processuale (1); 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. In queste nuove codificazioni processuali, le quali, non essendo l'affret-

(1) Si legga il proemio premesso da Pio VII al suo *Motuproprio* del 6 luglio 1816, sul quale oltre, n. 262.

tato resultato di una imposizione straniera, potevano tener conto in giusta misura della tradizione locale e contemperarla colla imitazione di quegli istituti francesi che veramente apparissero degni di essere trasportati in Italia, l'istituto della Cassazione, se non viene ovunque accolto e ricopiato pur nelle disposizioni di dettaglio come durante il periodo rivoluzionario, è peraltro in alcune legislazioni meglio inteso nel suo significato e nella sua potenzialità di svolgimento.

Dovremo dunque, nelle leggi processuali degli Stati italiani anteriori alla unificazione, distinguere, in relazione all'istituto della Cassazione, tre gruppi:

a) leggi che non lo accolgono;

b) leggi che lo accolgono solo in parte, modificandolo con elementi tolti dalla tradizione italiana;

c) leggi che lo accolgono completamente.

258. — *a*) Nel Lombardo-Veneto la restaurazione riportò in vita il Regolamento Giuseppino col nome di *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto* (2), il quale entrò in vigore il 24 aprile 1815 (3), restituendo al sistema dei mezzi di impugnativa le antiche regole « Dell'Appellazione, Revisione e Querela di nullità » (§§ 319-345). Prima di questa data, fu mantenuto provvisoriamente, tanto in Lombardia quanto nel Veneto, l'ordinamento giudiziario a tipo francese; meno che per la Corte di cassazione, di cui fu subito sospeso il funzionamento (4), trasferendosi la decisione degli affari di sua competenza all'Aulico Supremo Tribunale di Giustizia in Vienna (5).

In seguito, quando, dopo questo periodo transitorio, l'andata in vigore del *Regolamento generale* suddetto ebbe riportato, al posto della Cassazione, la Revisione secondo il sistema della doppia conforme, il Senato del Supremo Tribunale di Vienna che decideva i ricorsi in revisione provenienti dal Lombardo-Veneto fu trasferito, a partire dal 1°

---

(2) Edizione ufficiale, Milano, 1815.

(3) *Collezione di Leggi e Regolamenti pubblicati dall'I. R. Governo delle provincie venete*, II, parte 1ª, pag. 138.

(4) Circolari governative date in Padova il 1° giugno 1814 e 4 giugno 1814: « Di qui in avanti non sarà mandata ad esecuzione alcuna delle decisioni della Corte di cassazione, ecc. », in *Collezione* cit., *Appendice*, 1813-1818, pag. 3 e 5.

(5) Circolare 21 luglio 1814 in *Collezione* cit., I, parte 2ª, pag. 10. La procedura per l'introduzione e la decisione di questi ricorsi fu stabilita dalla *Norma provvisoria di procedura giudiziaria* del 26 agosto 1814, *ib.*, I, parte 2ª, pag. 37 e segg.; per il procedimento, cfr. CASTELLI, *Regolamento generale* (Milano, 1827), in nota al § 330, pag. 228; A. A., *Manuale del Regolamento generale* (Milano, 1842), in nota al § 330, pag. 159.

agosto 1816 (6), a Verona, ove risiedé, con funzioni di terza istanza (7), fino a quando, nel 1853, fu ristabilito a Vienna (8).

259. — *b*) I. Nel Ducato di Parma, Piacenza e Guastalla, ricostituitosi in virtù della Restaurazione sotto Maria Luisa, fu stabilito un unico *Tribunale d'appello e di cassazione* (9), diviso in due sezioni, una per gli appelli civili e l'altra per gli appelli penali, che si riunivano per decidere in materia di cassazione e di conflitti (10). Il ricorso in cassazione era ammesso solo contro le sentenze inappellabili dei Tribunali inferiori « nei casi o di violazione di forme o di contravvenzione manifesta alle disposizioni letterali delle leggi »; e si applicavano in tutto le regole francesi, comprese quelle sulla interpretazione autentica nel caso di secondo ricorso (11). Le sentenze del *Tribunale d'appello e di cassazione* erano ulteriormente impugnabili soltanto dinanzi l'Autorità Sovrana, « la quale piacendole ordina la revisione delle cause », come diceva l'art. 51 del *Regolamento* 6 agosto 1814; in esecuzione di questo articolo, un Regolamento del 4 novembre 1814 (12) stabilì che, per gli stessi motivi per cui contro le sentenze dei tribunali inferiori potevasi ricorrere in cassazione alle Sezioni Unite del *Tr. d'appello e di cassazione,* si potesse, contro le sentenze d'appello emesse da questo *Tribunale,* chiedere la revisione al Sovrano, la quale, se veniva concessa, dava luogo a una nuova trattazione in merito dinanzi alle Sezioni Unite del *Tr. d'appello e di cassazione* (13). In seguito però, al disopra del Tr. di appello residente in Parma, fu istituito un *Tribunale Supremo di revisione,* che rappresentava una lunga mano del po-

---

(6) Risoluzione imperiale, 6-7 marzo 1816 (*Collezione* cit., III, parte 1ª, pag. 159; notificazione del 12 marzo); Notificazione 1° luglio stesso anno (*ib.*, III, parte 2ª, pag. 3). Cfr. MENESTRINA, *Nel centenario del C. C. generale austriaco* (in « R. d. c. », 1911), pag. 825.

(7) La assoluta abolizione del sistema della Cassazione fu riconfermata, dietro abusi derivanti da un'erronea interpretazione della Risoluzione 18 marzo 1819 (*Collezioni* cit., VI, parte 1ª, pag. 121), da una circolare del 24 agosto che riconfermava il § 330 del *Regolamento* (*ib.*, VI, parte 2ª, pag. 316).

(8) Legge organica, 3 maggio 1853.

(9) *Regolamento organico agli stati di Parma, Piacenza e Guastalla,* 6 agosto 1814 (*Raccolta generale delle leggi per gli Stati,* ecc., anno 1814, semestre II, tomo I, pag. 68 e segg.), cap. XI, artt. 46-50.

(10) *Regolamento giudiziario per la Corte di appello e cassazione,* 4 nov. 1814 (*Raccolta,* cit., 1814, semestre II, tomo II, 144).

(11) *Regolamento* 4 nov. 1814 cit., artt. 7, 18, 29.

(12) Diverso, quantunque di pari data dal Reg. giudiz. (*Raccolta* cit., pag. 152).

(13) Per il procedimento, cfr. il suddetto Regolamento, artt. 1-8.

tere regio sulla giustizia, perché formava « la sezione di Giustizia del Consiglio di Governo » (14).

Il *Codice di procedura civile* del 6 giugno 1820 (il quale, nella Parte III, art. 576-637, considerava come « mezzi onde far rivocare o riformare la sentenza » l'opposizione contumaciale, l'appellazione e la revisione) disciplinò più particolarmente i motivi per cui potevasi ricorrere al Supremo Tribunale e il procedimento relativo, facendo della revisione un istituto intermedio tra la terza istanza e la *restitutio in integrum*, nel quale qualche traccia della Cassazione era appena riconoscibile. I motivi erano di tre specie: alcuni avevano carattere restitutorio (art. 80, nn. 1, 3, 4, 9), altri consistevano in *error in iudicando* (ivi, n. 2, « quando siasi manifestamente violata la legge »); ed altri ancora in *error in procedendo* (ivi, n. 2, violazione di forme essenziali o prescritte dalla legge sotto pena di nullità; n. 5, *ultra petita;* n. 6, omessa pronuncia; n. 7, disposizioni contraddittorie; n. 8, omessa comunicazione al procuratore del governo). Il Supremo Tribunale, in civile, « ammessa la revisione..., giudica sul merito della controversia » (art. 83). Il procedimento, con qualche traccia delle regole della Cassazione francese (art. 615-637), ammetteva da prima la distinzione tra *rescindens* e *rescissorium* (art. 628); ma questa fu poi abolita (15).

260. — II. A Modena, richiamate in vigore da Francesco IV il 28 agosto 1814 le Costituzioni del 1771 (16), fu istituito un *sistema giudiziario* in armonia con esse (17), a capo del quale stava un *Supremo Consiglio di Giustizia* (cfr. retro, n. 89) con funzioni di terza istanza (art. 16). Alla cognizione del Supremo Consiglio si accedeva per mezzo di ricorso in revisione, la cui ammissibilità era fatta dipendere in certi casi dalla esistenza di una *summa gravaminis* o esclusa nella ipotesi di doppia conforme (art. 8 citato); le nullità, secondo i motivi tradizionali del diritto comune, non potevano esser fatte valere che per via d'ap-

---

(14) *Decreto riguardante l'amministrazione della giustizia civile*, 11 giugno 1820 (*Raccolta* cit., 1820, sem. I, tomo I, Parma, 1821, pag. 263), artt. 21-23.

(15) *Risoluzione sovrana*, 6 sett. 1828 (*Raccolta*, 1828, sem. II, tomo I, pag. 38).

(16) *Leggi, proclami, avvisi e disposizioni del governo provvisorio degli Stati Estensi* (1814, Modena), II, pag. 11. Fin dal 2 maggio 1814 (*ib.*, I, 73), la Reggenza provvisoria aveva regolato in via transitoria l'ordinamento giudiziario e con esso anche il funzionamento della Cassazione: i ricorsi dovevano essere introdotti presso la Corte di Giustizia di Modena, che nominava di volta in volta « un Tribunale provvisorio facente funzione di Corte di cassazione », il quale, per *error in iudicando*, decideva esso stesso in merito, e annullava con rinvio per *error in procedendo* (artt. 8-12).

(17) *Leggi, proclami, ecc.*, II, 19. Cfr. anche il *Regolamento per le cause civili*, art. 9 (*ib.* 25), ed il *Reg. per le cause pendenti*, art. 5 (*ib.*, pag. 33).

pello o di revisione, e il Supremo Consiglio poteva anche in questi casi conformare la sentenza nulla, avendo riguardo solamente ai *merita causae* (18).

Il *Codice di processura civile per gli Stati Estensi* del 14 giugno 1852, pur conservando nelle sue linee fondamentali il sistema tradizionale dei mezzi di impugnativa, si avvicinò però in alcuni punti al diritto francese. Accogliendo in massima il sistema delle tre istanze, e in relazione ad esso gli istituti dell'Appellazione (Tit. 32°) e del Ricorso in revisione (Tit. 33°), subordinò quest'ultimo rimedio, che portava le cause alla cognizione del Supremo Tribunale, alla difformità delle sentenze e alla esistenza di una certa *summa gravaminis* (art. 52); e, in tali limiti, ne fece una *revisio in iure* e *in facto,* esperimentabile come l'appello tanto per ingiustizia quanto per nullità (art. 854: cfr. anche art. 811). Ma per alcuni casi in cui non esistevano i presupposti di questa revisione simile ad un secondo appello, si ammise il ricorso al Supremo Tribunale per motivi particolarmente specificati [art. 52, n. 3: *a*) « quando sia stata manifestamente violata la legge » *in iudicando*: se tale violazione era avvenuta *in procedendo,* bisognava che si trattasse di forme « essenziali, o prescritte dalla legge sotto pena di nullità »; *b*) « quando la causa si riferisca ad oggetto d'ordine pubblico »; *c*) *extra petita*; *d*) omessa pronuncia; *e*) disposizioni contraddittorie in una stessa sentenza; *f*) omessa comunicazione al Proc. Ducale], i quali risentivano l'influsso della Cassazione francese attraverso l'art. 80 del Codice Parmense (retro, n. 259), riprodotto quasi alla lettera dall'art. 52, n. 3, del Codice Estense, con esclusione dei motivi restitutorî che qui furono considerati a parte, in relazione all'istituto della *Restituzione in intiero* (Tit. 26°; cfr. specialmente art. 726 per la rest. in int. contro la sentenza contumaciale; e art. 737 per la rest. in int. contro le sentenze passate in giudicato, basata su *noviter reperta,* dolo o falsità).

Così, mentre per il Codice Parmense la revisione era ammessa sempre per i motivi di restituzione e per quelli che in Francia davano luogo a cassazione, per il Codice Estense la revisione, in certi casi, era ammessa soltanto per questi ultimi: anche in tale ipotesi, però, il Supremo Tribunale non aveva funzione negativa di annullamento, ma funzione positiva di riesame. Funzione di mero annullamento aveva il Supremo Tribunale solo in un caso: quando, dietro rapporto del Procuratore Generale, annullava nell'interesse della legge una sentenza vi-

---

(18) Aggiunte al Codice di leggi, stabilite con Decreti 7 e 22 maggio 1819 (*Leggi* cit., VII, pag. 109 e segg.). Alcune di queste aggiunte riguardano le nullità (artt. 55-59; *ib.*, pag. 134 e segg.).

ziata da « violazione delle leggi, o di forme essenziali, od eccesso di potere » (art. 54) (19).

261. — III. La legislazione processuale lucchese presenta, anche dopo la Restaurazione, quella confusione e quella instabilità che già vi abbiamo notato (retro, n. 253) nel periodo rivoluzionario. Caduto, insieme coi Principi di Lucca e Piombino, il Consiglio di Stato che aveva anche funzioni di Cassazione, il governo provvisorio adottò il sistema di nominare, per ogni ricorso in cassazione, un collegio di cinque tra avvocati e giudici, incaricati di cassare e di decidere subito in merito (20); poi la decisione dei ricorsi in cassazione fu demandata al Regio Tribunale residente a Milano (21); ma nel 1818 (22) fu istituito in Lucca un Tribunale Supremo di Giustizia, e ad esso fu attribuito l'ufficio di decidere i ricorsi in cassazione con un procedimento che venne meglio precisato da un Decreto del 5 aprile 1818 (23): i ricorsi dovevano essere introdotti presso la Rota civile, tribunale d'appello, la quale costituiva per essi una specie di *Chambre des requêtes* in quanto giudicava se fossero degni d'esser portati alla cognizione del Supremo Consiglio (art. 5), che, in caso affermativo, decideva sul ricorso e insieme sul merito della causa, senza rinvio (art. 11). Per il resto restavano in vigore le regole francesi (art. 20).

Il sistema francese della Cassazione, mantenuto finora a Lucca, per mezzo di ripieghi e più nelle forme che nella sostanza, fu abolito dal decreto sulla Organizzazione dei Tribunali del 28 ottobre 1819 (24), il quale, istituendo il giudice unico in prima istanza e il collegio di tre giudici in appello (Rota civile), ammise contro le sentenze rotali un secondo appello presso il Tribunale Supremo, salvoché la Rota avesse confermato la sentenza del giudice di primo grado o l'avesse revocata *all'unanimità* (§ 26 e § 29). In questi casi contro le sentenze di

---

(19) Sul Tribunale supremo, che fu abolito al momento della unificazione italiana, si cfr. BOSELLINI, *Intorno al cessato Tribunale supremo di revisione di Modena*, in « Gazz. Trib. » di Milano, 1861, pag. 773, che costituisce una specie di elogio funebre dell'istituto.

(20) *Bollettino ufficiale* cit., vol. XVIII, parte II (Lucca, 1815), pag. 74: Decreto 7 ottobre 1814, in 15 articoli, dichiarato da uno successivo del 14 ottobre (*ib.*, 83). Il sistema fu confermato dal Decr. 31 ott. 1814 (*ib.*, 124).

(21) Ord. di Francesco I, 22 giugno 1815, art. 53 (*Bollettino* cit., XIX, 166).

(22) Ordine reale di Maria Luisa di Borbone, 22 gennaio 1818 (*Bollettino delle leggi del Ducato Lucchese*, I, pag. 111, Lucca, 1819).

(23) *Ib.*, pag. 209. Cfr. anche, a pag. 214, un decreto in pari data, relativo alla « definitiva sistemazione del Supremo Trib. di Giustizia ».

(24) *Bollettino* cit., IV, parte I (Lucca 1820), pag. 386. Cfr. Decr. pari data sul diritto transitorio, *ib.*, pag. 416.

appello competevano soltanto i rimedî « *straordinarî* (25) della restituzione in intiero e del reclamo in nullità » (§ 32): il primo (§§ 33-55) esperimentabile solo per « manifesta ingiustizia » apparente dagli atti o derivante dalla sopravvenienza di nuovi documenti (§ 34) (26); il secondo (§§ 56-71) esperimentabile per *errores in procedendo* (§ 56, nn. 1-3, nullità *ex tribus*; n. 6, violazione della cosa giudicata; n. 7, disposizioni contraddittorie in una stessa sentenza; nn. 8-9, omessa pronuncia ed *ultra petita*) o per motivi restitutorî (§ 56, nn. 4-5: dolo e falsità). Il primo di questi rimedî dava luogo a una nuova trattazione in merito da parte del Tribunale Supremo (§ 52); il secondo a un annullamento con conseguente rinvio (§ 66). Siamo, qui, tornati in pieno diritto comune: ma la tradizione non è neppure accettata nella sua purezza, perché si qualifica come *restituzione in intiero* quella che in realtà è una revisione per *error in iudicando*, e si considerano i veri e proprî motivi di *restitutio* (dolo e falsità) come motivi di nullità. Della Cassazione nulla resta: e la violazione di legge rientra tacitamente nella manifesta ingiustizia, considerata causa di restituzione in intiero (27).

Riunito il Ducato di Lucca al Granducato di Toscana, venne esteso anche a Lucca, con decreto 26 febbraio 1848, l'ordinamento giudiziario toscano.

262. — IV. Queste contaminazioni della tradizione del diritto comune col sistema francese della Cassazione, che abbiamo veduto nelle leggi processuali dei tre Stati precedenti, si incontrano anche nella ricca ed originale legislazione processuale dello Stato Pontificio.

1) Il *Motuproprio* di Pio VII, 6 luglio 1816, non innovava sull'ordinamento giudiziario precedente alla Rivoluzione, basato sul principio della doppia conforme (art. 48) e culminante nel Tribunale della Rota (art. 46-47) che, quando la doppia conforme non era raggiunta, decideva in terza istanza; e conservava, accanto alla Rota, il Tribunale della Segnatura (art. 50). Peraltro, mentre le attribuzioni di questo Tribunale erano determinate in ossequio alla tradizione quando gli si demandava la facoltà esclusiva di *circonscrivere*, ossia di annullare le

---

(25) Erano esclusi ambedue quando competeva il rimedio ordinario dell'appello (§§ 43 e 57); non avevano effetto sospensivo (§§ 54 e 71).

(26) Era la *notoria iniustitia* del diritto comune, come riconosceva il § 35, dicendo: « la manifesta ingiustizia si dovrà intendere nel senso, in cui nella materia soggetta veniva intesa nell'antica giurisprudenza ».

(27) Nel Decr. 28 ott. 1819 sul diritto transitorio (*ib.*, pag. 416), § 5, è detto espressamente che « per violazione o falsa applicazione di legge... si potrà implorare presso il Tr. supremo la restituzione in intiero per capo di manifesta ingiustizia ».

sentenze di tutti gli altri tribunali per una delle nullità *ex tribus*, rinviando al giudice inferiore per la nuova decisione in merito (art. 51: cfr. retro, n. 86), l'influsso della Cassazione francese si faceva sentire nell'art. 53, il quale stabiliva che, contro le sentenze conformi, e quindi escluse dall'appello, potevasi ricorrere al Tr. di Segnatura « in grado di restituzione in intiero », per uno di questi due motivi: *a*) *ob noviter reperta*; *b*) « per una ingiustizia, che resulti o dal non essersi avuta ragione nei giudicati di qualche legge, o dall'essersi manifestamente contravvenuto ad una legge vigente ». Se la Segnatura accoglieva il ricorso rinviava la causa dinanzi a un giudice inferiore, concedendo una « seconda appellazione », ossia un riesame in terza istanza del merito (art. 54).

Questa *restitutio in integrum*, schiettamente derivata dal diritto comune per il motivo *sub a*, ne deviava evidentemente per il motivo *sub b*; ma gli influssi della Cassazione francese non andavano più in là: e la Segnatura non assumeva per questo un deciso carattere di controllo politico né la funzione di unificare la giurisprudenza, riservata pur sempre al Tribunale della Rota.

Nessuna modificazione sostanziale fu portata dal nuovo *Motuproprio* di Pio VII del 22 novembre 1817, il quale, con più di 100 articoli (art. 1025-1126) dedicati al Tribunale della Segnatura, precisò ma non variò le sue attribuzioni (art. 1033), e minuziosamente disciplinò il procedimento che doveva essere seguito dinanzi ad esso (notevoli, per il confronto coi Codici posteriori, gli artt. 1084-1086 che regolano la rinuncia al ricorso e l'art. 1126 che stabilisce il deposito preventivo di una multa).

2) Nessuna variazione sostanziale fu portata relativamente allo argomento che c'interessa dal *Motuproprio* di Leone XIII del 5 ottobre 1824 (28), il quale contro le sentenze conformi conservò il ricorso alla Segnatura « in via di restituzione in intiero, per ottenere una seconda revisione », ammessibile solo « per fatti nuovamente scoperti e provati con documenti autentici, i quali siano decisivi, ovvero per manifesta violazione della legge » (art. 51).

3) Il *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* emanato da Gregorio XVI il 10 novembre 1834 (29) precisò, senza profonde modificazioni, il sistema dei mezzi di impugnativa. L'appello (30) era il rimedio ordinario concesso contro le sentenze di prima o di seconda

---

(28) Sul quale cfr. per ultimo MENESTRINA, *Pr. civ. nello St. pontificio*, pag. 186.
(29) Cfr. MENESTRINA, pag. 188 e segg.
(30) Cfr. ID., n. 28, pag. 308 e segg.

istanza (§ 267: « Nelle cause civili vi sono tre gradi di giurisdizione »), salvo il caso della doppia conforme o delle sentenze dichiarate per legge inappellabili (§§ 269-270; 963-964). Contro le sentenze di terzo grado non conformi a nessuna delle due precedenti, era esperimentabile presso lo stesso giudice il reclamo (§§ 998-1002) (31). Le nullità « per difetti sostanziali » (cioé le nullità *ex tribus*, § 780) si facevano valere per via d'appello, se la sentenza era appellabile (§ 789), il giudice d'appello, che di solito procedeva ad un *novum iudicium* nel merito, rinviava in questa ipotesi la causa ai primi giudici (§ 978). Se poi la sentenza era inappellabile, o, pur essendo appellabile, era viziata da difetto di giurisdizione per materia o valore (§ 790-791) la nullità si faceva valere presso il Tribunale Supremo di Segnatura (§ 338) con un ricorso per annullamento o circoscrizione (§ 1045) (*querela nullitatis*). Ma oltreché con questa querela di nullità *ex tribus* potevasi ricorrere alla Segnatura « per ottenere il rimedio straordinario della restituzione in intiero » (§ 1057) contro le sentenze inappellabili (32). Questo competeva qualora il ricorrente dimostrasse « l'ingiustizia manifesta della cosa giudicata » (§ 1057), la quale poteva risultare: *a*) da motivi veramente restitutorî (§ 1058: o dall'essersi giudicato sopra documenti riconosciuti in appresso come falsi; o dall'essersi rinvenuti documenti pubblici o privati, coi quali si provino fatti nuovi e decisivi »); *b*) da *error in iudicando* (§ 1058: « o dal non essersi nelle sentenze avuto ragione di qualche legge; o all'essersi espressamente contravvenuto ad una legge in vigore »). Fin qui il Regolamento Gregoriano non faceva che ricopiare le innovazioni introdotte dal *Motuproprio* Piano del 1816 (retro, *sub* 1); e quando il Menestrina nota giustamente l'originalità della posizione sistematica di questo mezzo d'impugnativa, dovuto a influssi francesi (33), a torto attribuisce al Regolamento Gregoriano il merito di questa originalità, la quale risale invece al *Motuproprio* Piano. La novità in-

---

(31) Id., n. 29, pag. 311.

(32) Id., nn. 31-32, pag. 316 e segg.

(33) Scritto cit., pag. 318, nota 2: « Nelle *causae restitutionis* del diritto medioevale non figura mai un errore del giudice, ma solo atti (o omissioni) e condizioni della parte, per cui opera essa subì un danno. L'errore nelle deduzioni giuridiche che l'attore e il convenuto offrono al giudice escludevasi espressamente, in considerazione che *iura novit curia*. Originale è dunque la posizione sistematica accordata dal Reg. Greg. al nuovo mezzo d'impugnativa, il quale del resto è dovuto all'influenza del diritto francese. Qualcuno potrebbe chiedere perchè non si pensò ad allargare il campo della querela di nullità anzichè creare un tipo nuovo di rimedio di legge straordinario; ma non è difficile rispondere che la figura tradizionale della querela di nullità ebbe sempre riguardo a soli difetti formali e che nella considerazione accordata al diritto sostanziale e alla subsunzione del fatto sta appunto il grande merito della Cassazione francese e la sua individualizzazione ».

trodotta in questa materia dal Reg. Gregoriano risiede invece nel § 1059, il quale ammette che la legge, la cui violazione può dar luogo a restituzione in intiero, possa essere non solo sostanziale (*error in iudicando*), ma anche processuale (*error in procedendo*), e determina i casi in cui anche l'*error in procedendo* possa dar luogo a restituzione: « L'inosservanza delle forme prescritte dalle leggi di procedura potrà ritenersi dal Tribunale Supremo come violazione di legge, allo effetto di accordare la restituzione in intiero: 1° se i tribunali non hanno dato per iscritto le ragioni di dubitare e di decidere; 2° se le sentenze non sono motivate; 3° se non furono osservati i termini sostanziali del giudizio ». In quest'articolo l'influsso della Cassazione è manifesto, poiché in esso tre motivi di vera e propria nullità vengono considerati, dal punto di vista politico invece che da quello processuale, come violazione di legge: e quindi fatti cause di restituzione invece che di annullamento.

L'analogia del ricorso per restituzione in intiero basato sui motivi *sub b* col ricorso in cassazione francese, è evidente; e somiglianze si trovano nel procedimento (§ 1067, deposito di multa; § 1064, mancanza di effetto sospensivo) e nella natura del provvedimento della Segnatura, che, qualora accordasse la restituzione, non decideva in merito, ma rinviava al giudice inferiore (§ 1102). Ma, come già si è visto a Lucca e nel *Motuproprio* Piano, l'influsso del diritto comune produce una strana contaminazione nell'istituto, in quanto assorbe sotto la *restitutio in integrum* anche l'*error in iudicando* che tradizionalmente ne era escluso.

4) L'istituto della Cassazione nella sua interezza fece una breve apparizione in Roma, colla Repubblica del 1849. Un decreto dell'Assemblea Costituente del 3 marzo 1849 (34) disponeva al posto degli antichi tribunali l'istituzione di un nuovo ordinamento giudiziario culminante in un Tribunale Supremo (art. 17) al quale si poteva ricorrere contro le sentenze inappellabili « per manifesta violazione di legge, sia nel merito, sia nelle forme sostanziali dell'ordine giudiziario » (art. 18 e 19): se il ricorso era ammesso, il Tribunale annullava e rimetteva la decisione sul merito al giudice primitivo o a un giudice di pari grado se il ricorso era basato su un *error in procedendo*, ad una delle sezioni del Tribunale d'appello di Roma se il ricorso era basato su *error in iudicando* (art. 23).

---

(34) *Leggi, regolamenti, ordinanze e circolari raccolte per cura di* E. Sinnberghi (Roma, 1849), pag. 91.

263. — *c*) I. A Napoli la Restaurazione non fece subito cadere le leggi francesi: ed anche la Corte di cassazione venne conservata, e confermata poi, dalla legge 29 maggio 1817, sotto il nome di *Corte Suprema di Giustizia* (35). Questa Corte Suprema, sprovvista di Sezione dei ricorsi (art. 109-111) (36), era istituita « per mantenere la esatta osservanza delle leggi e per richiamare alla loro esecuzione le gran Corti, i tribunali ed i giudici che se ne fossero allontanati » (art. 112), e, come la *Cour de cassation,* giudicando non del merito delle cause, ma al solo oggetto di vedere se le sentenze fossero o no conformi alla legge (art. 113), annullava tutte le sentenze inappellabili, nelle quali fossero state « violate le norme essenziali del rito o siasi manifestamente contravvenuto al testo delle leggi o dei decreti » (art. 114) (37). Il procedimento era ricalcato sul modello francese (art. 115-123) anche per il ricorso *d'officio* (art. 125-129); per un secondo rinvio per gli stessi motivi, era adottato il sistema dell'interpretazione regolamentare, secondo la legge francese del 1808 (art. 131) (38). Qualche disposizione codificava principî ammessi dalla giurisprudenza francese (39); unica novità era l'art. 132, che riconosceva alla Corte il potere di « elevare d'ufficio i mezzi di nullità ». Una Corte Suprema di Giustizia, collo stesso ufficio e colle stesse regole di quella di Napoli, fu, nel 1819, istituita a Palermo per la Sicilia (40).

Le *Leggi della procedura nei giudizî civili,* contenute nel Codice per il Regno delle Due Sicilie 26 marzo 1819, contemplarono dal punto di vista processuale l'istituto della cassazione sulla traccia del Codice francese; e accanto all'appello, disciplinato nel Libro IV, accolsero nel Libro V (« De' modi straordinarî d'impugnare i giudicati, e del ricorso per annullamento alla suprema corte di giustizia ») le regole ammesse

---

(35) Legge 24 maggio 1817 sull'organizzazione giudiziaria, tit. X, art. 108-142, in *Legislazione positiva del Regno delle due Sicilie dal* 1806 *a tutto il* 1840, a cura di F. Dias (Napoli, 1844), vol. IV, pag. 1251. Cfr. Fabiani, *Procedura,* I, cap. XXI, n. 245 e segg. e vol. IV, cap. VII.

(36) Capone, Discorso cit., II, 177.

(37) La Corte suprema aveva inoltre altre attribuzioni: rinvii per suspicione, conflitti, poteri disciplinari, ecc. (art. 133-142). Cfr. Nicolini, n. 37.

(38) Cfr. su questo sistema nelle leggi napoletane, Nicolini, *Delle attribuzioni della Corte suprema,* nn. 32-36.

(39) Es.: l'art. 124 stabiliva: « Non saranno soggette ad annullamento le sentenze e le decisioni *mal motivate,* quando la parte dispositiva non contravvenga espressamente alla legge. In questo caso la Corte suprema di giustizia si limiterà a disapprovare i motivi ».

(40) Legge organica dell'ordine giudiziario pe' reali dominii oltre il Faro, 7 giugno 1819 (in Dias cit., IV, 1309), tit. X, art. 118-150.

dal diritto francese sui mezzi straordinari di impugnativa (41), riunendo con essi anche le regole sul *ricorso per annullamento* (equivalente al *pourvoi en cassation*: art. 581-599). Queste disposizioni, che disciplinavano l'istituto dal lato formale, non portavano innovazioni notevoli sul diritto francese: era però espressamente formulato nell'articolo 591, a limitazione dell'articolo 132 della Legge 29 maggio 1817 (42), il divieto alla Corte di « accogliere o promuovere d'ufficio alcun mezzo di diritto (*moyen nouveau*) nascente da fatto non dedotto per azione o per eccezione, o altrimenti, avanti a' giudici di merito; purché la nullità non sia di ordine pubblico o per incompetenza per ragion di materia » (43).

Dalla fedeltà colla quale le leggi napoletane copiano le disposizioni francesi, ammettendo il ricorso solo quando « siasi manifestamente contravvenuto al testo della legge » (art. 114 Legge 19 maggio 1817; art. 123 L. 7 giugno 1819), appare ch'esse accolgono la Cassazione del primo tipo, senza mirare deliberatamente alla unificazione della interpretazione giurisprudenziale. Peraltro, se dal tenore delle leggi può sembrare che l'istituto francese sia passato in esse immune da qualsiasi influsso del diritto comune, la testimonianza degli autori dimostra che, nella pratica, la determinazione dei motivi di cassazione avveniva secondo criterî desunti dall'antica dottrina italiana (44), imperocché si ammetteva che la cassazione potesse aver luogo ogni qualvolta la sentenza fosse fondata su errori — di diritto o di fatto — « rigorosamente dimostrabili » (45). Con ciò si dimenticava il criterio politico, e si tornava al criterio tradizionale dell'evidenza dell'errore (*error expressus*).

---

(41) Opposizione di terzo, art. 538-543; ricorso per ritrattazione equivalente alla *requête civile*, con identici motivi (art. 544-568); azione civile contro i giudici (art. 569-580). Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV, n. 353.

(42) Cfr. FABIANI, *Procedura*, IV, n. 1418.

(43) Nella Costituzione del 1820, citata nella *Raccolta di costituzioni*, II, pag. 385, l'art. 248 stabiliva nella residenza del re una suprema Corte di giustizia che aveva tra gli altri uffici anche quello di conoscere i gravami di nullità.

(44) Attesta ciò anche il CAPONE, *Discorso* cit., II, pag. 203.

(45) Il LIBERATORE, scritto cit., pag. 83, così esprimevasi: « sulla manifesta contravvenzione della legge non sono ancora i giureconsulti d'accordo; mentre, se prendesi nel senso letterale, nessun giudice è così balordo da decidere contro lo espresso voto della legge: e se date un senso più esteso a questa espressione, è ben difficile stabilirvi un termine in cui la Corte suprema debba arrestarsi ». E citava una regola posta da un magistrato napoletano il DE THOMASIS: « potersi dalla Corte suprema e doversi annullare tutti i giudicati fondati su di errori rigorosamente dimostrabili, ed all'opposto rispettar quelli che partono altresì da un errore, ma non dimostrabile che a forza di congetture e per calcoli di probabilità »: in base a questo principio, che evidentemente non aveva nulla a che vedere collo spirito della Cassazione, il DE THOMASIS enumerava dieci motivi di cassazione: 1° incompetenza; 2° errore commesso « argomentando contro la legge ed affermando

264. — II. 1) In Toscana, il ritorno del Granduca Ferdinando III resuscitò la Consulta, colle funzioni che aveva per l'Editto 5 nov. 1793 (retro, n. 90) (46); e ad essa fu affidata in via transitoria la risoluzione dei ricorsi pendenti per le cessate leggi « sulla così detta Cassazione », mentre per l'avvenire fu ripristinato il sistema della Terza istanza con esclusione della terza conforme (47), che ebbe nuova disciplina dalla istituzione di un Consiglio di Giustizia civile di seconda appellazione, cui potevasi ricorrere in terzo grado in caso di sentenza difforme, ed eccezionalmente anche in caso di sentenza conforme dietro rescritto favorevole del principe (48). Le sentenze di questo Consiglio di Giustizia erano inappellabili, ma per mezzo di « ricorso al Regio Trono » potevasi supplicare dal Principe la concessione di una ulteriore revi-

---

proposizione ad essa contraria »; 3° « applicando al caso anzi che la legge che vi provvede, una tutt'altra disposizione legislativa, la quale mena ad opposte e diverse conseguenze »; 4° e 5° « qualificando come reato un fatto innocente; scambiando la natura e la definizione sia di un fatto colpevole, sia di un'obbligazione meramente civile »; 6° « ampliando, restringendo o trasmettendone gli effetti al di qua o al di là dei confini stabiliti dalle leggi o dalle parti »; 7° errore di calcolo; 8° « convincendosi di un fatto impossibile ad avvenire »; 9° « inconciliabilità tra la sentenza e gli atti su cui si basa; 10° « interpetrando male sia gli atti de' privati, sia quelli del legislatore ». Non occorre dimostrare come gli ultimi tre motivi, se corrispondono al concetto di *notoria iniustitia* dato dal diritto comune, non rientrano nell'ambito della Cassazione. Nel 1835, per disciplinare legislativamente questa tendenza della Cassazione napoletana ad avvicinarsi ad una Terza istanza, il governo napoletano propose quest'aggiunta: « le questioni di fatto poter somministrare motivi di annullamento quando, deviandosi dal soggetto del contendere, 1° si sia giudicato contro la fede di documento non impugnato, a cui le parti aveano dato una medesima intelligenza; 2° si sia giudicato in contraddizione di un fatto la cui verità era stata riconosciuta dalle parti; 3° si sia sostituito il fatto al diritto, o ammettendo presunzioni dove non le ammette la legge, o facendo valere la presunzione di uomo contro quello della legge, o ritenendo per vero un fatto contrastato fra le parti, senza che si sia istruita la causa in uno de' modi che la legge permette »; ma nel Consiglio di Stato la proposta fu poi respinta: il Capone (sul quale oltre, n. 266) propose in tal Consiglio l'introduzione totale della Terza istanza, che però fu respinta per un voto: sulle ostilità che incontrò a Napoli in questo periodo il sistema della Cassazione, cfr. gli scritti dello Spinelli (Napoli, 1835) e del Raffaelli, *La terza istanza* (Napoli, 1869), pag. 30-31.

(46) Decr. 9 luglio 1814 del commissario plenipotenziario, in *Bandi e ordini da osservarsi nel Granducato di Toscana*, Codice XXI, Firenze, 1814, n. 69. Cfr. Zobi, *Storia*, IV, pag. 36.

(47) Notificazione del 16 luglio 1814; *ib.*, n. 79.

(48) Cfr. Riforma dei tribunali e magistrati civili del granducato, 13 ottobre 1814 (*ib.*, n. 165), tit. II, art. XIV-XIX; Regolamento di proc. civ., 15 novembre 1814 (*ib.*, n. 184), parte III, art. 696-792 (sulle nullità, specialmente art. 718-722). Cfr. su tutti questi articoli le *Osservazioni teorico-pratiche* di G. Sacchetti (Firenze, 1833), tomo I, n. CXXXIV e segg.

sione, che aveva luogo dinanzi alla Consulta, o, in seguito (49), dinanzi a un tribunale delegato. Norme successive cercarono di limitare sempre più l'esperibilità di questa revisione, stabilendo una *summa gravaminis,* il deposito preventivo di una multa, forme rigorose e termini perentorî per la presentazione del ricorso (50).

2) L'ordinamento giudiziario, inspirato a « metodi più accomodati all'odierno stato della società », che fu stabilito da Leopoldo II nel suo *Motuproprio* del 6 agosto 1838 (51), conservò alla Consulta gli uffici politici ch'essa aveva finora, ma aggiunse alle sue attribuzioni quella di « formarsi in Corte Suprema di Cassazione » (art. VIII-IX; art. CXLIII-CLXII) per giudicare, in udienza informata ai principî della pubblicità e della oralità, i ricorsi in cassazione secondo le norme del diritto francese (52). Il ricorso, sperimentabile solo contro le sentenze inappellabili, onde era detto « rimedio estremo » dalla *Dichiaraz.*, art. 186, doveva esser basato su una « contravvenzione alla legge »: e l'art. CLIV del *Motuproprio* (cfr. *Dichiar.*, art. 194) specificava che si aveva contravvenzione: *a*) per *error in iudicando,* cioé per falsa applicazione (« sempre che la sentenza... abbia applicato al caso una legge diversa da quella che doveva influirvi ») o per falsa interpretazione di legge (« ... o non abbia data la sua giusta intelligenza alla legge applicata »); *b*) per *error in procedendo* (incompetenza; « omissione di una forma sostanziale »). Per l'art. CLV era proibito di dedurre in appoggio del ricorso fatti nuovi o di riaprire in sede di cassazione la discussione su questioni di fatto; la Corte si limitava ad annullare, rinviando ad un magistrato diverso da quello che aveva pronunciato la sentenza cassata (art. CLVI); e il magistrato di rinvio doveva « nella risoluzione del caso particolare uniformarsi intieramente alla dichiarazione sull'articolo di diritto che sarà stata emessa dalla detta Corte di cassazione col decreto che avrà cassato la precedente sentenza » (art. CLVII), a meno che « nuovi fatti, documenti ed ispezioni giuridiche... possano condurre a decidere la lite contestata indipendentemente dalla dichiarazione sullo articolo di diritto fissata immutabilmente » (*Dichiar.*, art. 244). Era ammesso il ricorso nell'interesse della legge (art. CLX-CLXII; e *Dichiar.* art. 247-250), ed è notevole che, secondo l'art. CLX del *Motuproprio,* la decisione che la Corte di cassazione emetteva in questa ipotesi, pur

---

(49) Notificazione 24 nov. 1815 in *Bandi* cit., XXII, n. 214.

(50) *Motuproprio* 20 ottobre 1817 (*ib.*, XXIV, n. 100); Editto 23 febbr. 1818 (*ib.*, XXV, n. 32); *Motuproprio* 4 luglio 1823 (*ib.*, XXX, n. 23).

(51) *Bandi* cit., XLV, n. 43. Su tale riforma, cfr. Zobi, IV, pag. 497; e sulla Cassazione ivi, nota 91 e *Appendice* in fine del volume, pag. 53.

(52) *Dichiarazione e Istruzioni* approvate con rescritto del 9 novembre 1838, Firenze, Stamperia Granducale, 1838.

senza aver efficacia pratica nel caso concreto (CLXII), diventava « normale sul punto di diritto che avrà dichiarato », ossia acquistava per l'avvenire forza di *praeiudicium* obbligatorio; nei ricorsi di parte la Corte non poteva rilevare d'ufficio motivi diversi da quelli dedotti nel ricorso, ma solo poteva tenerne conto nell'interesse della legge, su richiesta del Procuratore generale (*Dichiar.*, art. 219). Il procedimento era disciplinato con dettagliata precisione: non si aveva nessun esame preventivo sul tipo di quello francese dinanzi la *Chambre des requêtes*, né deposito preventivo di multa (art. CLVIII), al cui pagamento il ricorrente veniva condannato quando il ricorso era rigettato (*Dichiar.*, art. 226). L'istituzione del ricorso in cassazione, il quale poteva basarsi anche su *error in procedendo*, venne ad abolire la querela di nullità contro le sentenze inappellabili, secondo il principio francese che la nullità dev'esser fatta valere per via di ricorso in cassazione (53).

Nella riforma giudiziaria compiuta da Leopoldo II, la quale ebbe carattere eminentemente liberale, anche la Cassazione fu compresa come portato di più progrediti ordinamenti; ma qui essa non fu, come in altre legislazioni italiane, imitata servilmente senza intenderne lo spirito, poiché la cura con cui il legislatore toscano fissò nei suoi dettagli l'istituto francese prendendone soltanto la parte viva e significativa, dimostra ch'esso seppe comprendere il nuovo ufficio che nella pratica giudiziaria di Francia la Cassazione aveva ormai assunto. Non come controllo negativo della separazione dei poteri la Cassazione fu istituita in Toscana, ma come supremo organo giurisprudenziale unificatore della interpretazione della legge: ciò è provato anzitutto dal fatto che in Toscana, abbandonate le formule ormai sorpassate della « contravvenzione *espressa al testo* della legge », si ammise deliberatamente il ricorso per falsa interpretazione e per falsa applicazione di legge; e più dal fatto che al giudice di rinvio si fece obbligo di uniformarsi al parere giuridico della Corte, logicamente sviluppando l'esempio della legge francese del 1837, che quest'obbligo determinava solo per il secondo giudice di rinvio (retro, n. 188) (54). Grave imperfezione della Cassazione leo-

(53) *Dich.*, art. 240: « La nullità delle sentenze in qualunque maniera inappellabili, poichè rientra fra i motivi di ricorso in cassazione, non può altrimenti esser dedotta, nè per modo di eccezione, nè per modo di azione; solamente si ammette in via di eccezione contro le sentenze in cause di merito inferiore alle settanta lire (contro le quali non era dato ricorso in cass.) la nullità derivante da difetto di citazione al giudizio ».

(54) Ciò è confermato da un discorso tenuto, all'apertura dell'anno giudiziario 1839-1840, dal Puccini, presidente della Consulta (riportato negli « Annali di Giurisprudenza », anno I, numero 1, Firenze, 1839) in cui è detto che la Cassazione « stabilisce la lezione nella quale (le leggi) debbono accettarsi in ogni loro parte non bene o chiaramente intesa... conserva vivo a ciascuna e nella sua originale integrità il pensiero del legislatore, ecc. ».

poldina fu peraltro la mancanza di autonomia, derivante dal fatto che essa era composta degli stessi membri che costituivano il Consiglio di Stato: onde, per questa commistione di funzioni esecutive con funzioni giudiziarie, essa non poteva sottrarsi all'influsso del principe (55); ma la riforma fu completata nel 1841, quando la Corte di cassazione ebbe esistenza separata e distinta dalla Consulta (56).

265. — III. 1) In Piemonte, colla Restaurazione, tornarono in vigore l'ordinamento giudiziario ed il processo delle RR. CC. (retro, n. 88): e il posto dell'abolita Cassazione fu nuovamente preso dal sistema della terza istanza (57), che fu esteso anche a Genova, riunita al Piemonte nel dic. 1814 (58). Questo sistema fu mantenuto invariato fino al 1847, e solamente col R. E. 13 aprile 1841, portante modificazioni alla procedura civile (59), si cercò di conformare ai nuovi tempi l'istituto ormai invecchiato della supplica al principe, istituendo una speciale *Commissione di revisione* incaricata di esaminare la fondatezza della supplica, e introducendo nel procedimento, coll'ammissione di una controsupplica, una parvenza di contraddittorio (art. 5-21).

2) Quasi a preannunciare la imminente concessione delle garanzie costituzionali, l'istituto della Cassazione fu introdotto in Piemonte da Carlo Alberto con R. E. del 30 ottobre 1847 (60), il quale istituiva in Torino un *Magistrato di Cassazione* secondo i principi fondamentali del diritto francese. La riforma fu conseguenza dell'ormai compiuta codificazione del diritto civile e penale: espressamente, infatti, nel Proemio dell'Editto è detto: « Stabilita da Noi l'uniformità della le-

---

(55) Baldasseroni, *Leopoldo II, granduca di Toscana, e i suoi tempi*, pag. 125; *Manuale del giureconsulto*, vol. 1° (Firenze, 1853), v. « Cassazione », § 1, nota 1; Poggi, *Storia d'Italia*, vol. II (Firenze, 1883), pag. 216.

(56) *Motuproprio* 25 sett. 1841 in *Bandi*, XLVIII, n. 74: cfr. gli Autori citati nella nota precedente. — La Corte di cassazione ebbe anche altre attribuzioni proprie di un supremo organo giudiziario, quale la risoluzione dei conflitti di giurisd. (*Dichiar.*, 251-273).

(57) Dionisotti, II, 77.

(58) Ordinamento giudiziario simile a quello piemontese, culminante in un Senato, fu introdotto a Genova con R. E. 24 aprile 1815 (*Raccolta degli atti del governo di S. M. il Re di Sardegna*, vol. II, pag. 193); e il processo simile a quello delle RR. CC. vi fu messo in vigore col *Regolamento per le materie civili e criminali nel Ducato di Genova* del 15 maggio 1815 (*Ib.*, 236 e segg.), colla terza istanza (tit. XLIII, art. 1), revisione al principe per errore di fatto o nuovi documenti (tit. XLIV, artt. 1-4), nullità per violazione di legge (tit. XL, artt. 3-5).

(59) *Raccolta* cit., IX, pag. 119.

(60) *Ib.*, XV, 369. Commento di questo Editto: Arró, *Sul magistrato di cassazione* (Torino, 1848).

gislazione civile e criminale, restava che venisse assicurata l'uniforme applicazione della legge... ed a questo effetto Ci siamo disposti di istituire nella Nostra Capitale un Magistrato di Cassazione a cui sarà delegata l'alta missione di mantenere l'unità de' principî e di ricondurre costantemente all'eseguimento delle leggi tutte le parti dello ordine giudiziario che tendessero a deviarne ».

Il Magistrato di Cassazione (che, entrato in vigore il 1° maggio 1848 (61), fu poi, nelle successive leggi modificatrici, chiamato Corte di cassazione) fu regolato, oltreché dall'Editto che lo istituì, da un *Regolamento* in 81 articoli (62), in gran parte calcato sull'esempio delle leggi francesi. Al Magistrato di cassazione, diviso in due *classi,* una civile ed una criminale, senza Sezione dei ricorsi (E., art. 6), si poteva ricorrere contro le sentenze non più altrimenti impugnabili (E., art. 10) per i seguenti motivi: *a*) *errores in iudicando,* se il giudice avvesse « pronunciato contro una disposizione espressa della legge » (E., art. 16, n. 3); *b*) *errores in procedendo,* per incompetenza o eccesso di potere, per violazione od omissione di forme processuali, per violazione della cosa giudicata (« contrarietà di giudicati profferiti tra le stesse parti e sopra gli stessi mezzi da tribunali diversi o da diverse classi dello stesso tribunale »: art. 16, nn. 1, 2, 4). Contro le sentenze civili inappellabili dei Giudici di mandamento o dei Giudici collegiali il ricorso, nell'esempio francese, era ammesso solo per eccesso di potere, o nell'interesse della legge (art. 18). Il ricorso, condizionato al deposito preventivo di una multa (63), non era ammesso alla discussione finché non ne fosse stata riconosciuta in camera di consiglio la regolarità formale (non la fondatezza: Reg., art.. 15 e 16); in caso affermativo, si apriva il procedimento contraddittorio coll'intervento dello avversario (art. 17–22). Se il ricorso veniva accolto, il Magistrato annullava la sentenza rinviando, se del caso, al tribunale del merito, che poteva essere anche lo stesso da cui era stata pronunciata la sentenza cassata, purché con giudici diversi (E., art. 19). Contro la sentenza di rinvio potevasi di nuovo ricorrere in cassazione: e se era per gli stessi motivi, il Magistrato pronunciava a classi unite e, conformemente alla legge francese del 1837, la sua decisione faceva stato per

---

(61) Dionisotti, II, 140. La Cassazione fu salutata in Piemonte come istituto di civiltà e di libertà: cfr. prefazione al 1° vol. del Bettini, *Giurisprudenza degli Stati Sardi,* Prefazione (« Idea dell'opera »), Torino, 1849.

(62) Colla stessa data dell'Editto: *Regolamento sulla procedura davanti al magistrato di cassazione,* in *Raccolta,* XV, 382.

(63) Il deposito, che secondo l'art. 7 del Reg. comprendeva L. 300 a titolo di multa e L. 150 a titolo d'indennità per l'avversario, fu con R. E. 7 ott. 1848 (*Raccolta,* XVI, 901) ridotto a sole L. 150 di multa.

il nuovo giudice di rinvio (E., art. 23). Era ammesso il ricorso nell'interesse della legge (E., art. 21).

3) In leggi successive fu ritoccato in varî punti il procedimento, semplificandolo e determinando che il giudice di rinvio dovesse sempre essere diverso da quello che aveva pronunciato la sentenza cassata (64); si attribuì alla Corte di cassazione l'ufficio di conoscere in via transitoria delle nullità ammesse prima del 1822 (retro, n. 83 nota) dalle RR. CC., allo scopo di eliminare le confusioni nate nella pratica tra l'istituto della nullità e quello della cassazione (65); e si disciplinò l'esercizio della avvocatura presso la Corte (66). Il *Codice di procedura civile per gli Stati Sardi* del 16 luglio 1854 non conteneva alcuna disposizione sul ricorso in cassazione: è notevole peraltro il sistema da esso seguito per coordinare al nuovo istituto gli altri mezzi di impugnativa. Già fino dal 1848 (67) era stabilito che la revisione per errore di fatto o per ritrovamento di nuove scritture, la quale, secondo le RR. CC., doveva esser chiesta con supplica al Principe, poteva esser chiesta allo stesso giudice da cui la sentenza era stata pronunciata in ultima istanza: il Codice del 1854, seguendo da una parte l'esempio delle RR. CC., e dall'altra ispirandosi al modello francese, ammise contro le sentenze inappellabili (art. 592) il rimedio della « dimanda per revoca di sentenza » allo stesso giudice, analoga nella sua esplicazione processuale alla *requête civile* francese, ma diversa per i motivi che ne costituivano il fondamento. Mentre la *requête civile* è esperimentabile (retro, n. 198) per un gruppo di cause di nullità e per un gruppo di vere e proprie cause di restituzione, il Codice sardo del 1854 escluse che la domanda di revoca potesse aver luogo per nullità; e intese che le nullità (enumerate negli art. 205 e 208 (68), l'ultimo dei quali contemplava proprio quegli stessi difetti di procedimento che l'art. 480, nn. 2-8 *CPC* francese considera come *ouvertures à requête civile*) fossero fatte valere, se non era esperimentabile l'appello, per

---

(64) L. 31 marzo 1854, art. 1 e segg., in *Raccolta*, XXII, pag. 147, e *Regolamento* per l'esecuzione 17 aprile 1854, *ib.*, pag. 207; cfr. Dionisotti, II, 149.

(65) L. 26 giugno 1856 in *Raccolta*, XXV, 699, che, allo scopo di evitare liti sulla proponibilità di reclamo per nullità in base alle RR. CC., restrinse entro un anno dalla legge stessa la facoltà di farle valere dinanzi alla Cassazione. Cfr. sulla confusione sorta nella pratica nel periodo di passaggio da un istituto all'altro, sentenze Cass. Torino, 9, V, '49, in Bettini, I, 495; Appello Genova, 23, XI, '49, *ib.*, 2, 84.

(66) L. 26 giugno 1856, *Raccolta*, XXV, 701.

(67) R. E. 28 aprile 1848 in *Raccolta*, XVI, 401.

(68) Mancini, Pisanelli, Scialoia, *Commentario del Codice di proc. civ.*, vol. II (Torino, 1855), n. DCLII-DCLXV (Mancini).

mezzo di ricorso in cassazione (69); d'altro canto, però, la domanda di revoca dal Codice sardo, se fu esclusa per cause che nel diritto francese autorizzano la *requête civile*, fu ammessa, oltreché per quei tre motivi di restituzione considerati anche dal diritto francese (Cod. sardo, art. 592, n. 1-3: cfr. Cod. francese, art. 480, nn. 1, 9-10), per un quarto motivo che il diritto francese non considera, cioé, secondo la tradizione piemontese, per « errore di fatto che risulti dagli atti e documenti sui quali [la sentenza] venne proferita » (70).

In questo modo il sistema dei mezzi di impugnativa contro le sentenze inappellabili era stabilito dal Codice sardo 1854 in modo semplice e chiaro secondo la natura del difetto che viziava la sentenza: per i motivi di restituzione, sempre la domanda di revoca; per gli *errores in procedendo*, sempre il ricorso in cassazione; per gli *errores in iudicando*, la domanda di revoca se si trattava di errore di fatto, il ricorso in cassazione se si trattava di errore di diritto (71).

4) Il Codice di procedura civ. riveduto, del 20 novembre 1859, accolse, nei suoi art. 586-639, le regole « *del ricorso e del modo di procedere innanzi alla Corte di cassazione* », nel tit. III del Libro sui « mezzi per impugnare le sentenze »; e siccome, frattanto, avvenuta l'annessione della Lombardia al Piemonte, la sede della Corte di cassazione era stata trasferita da Torino a Milano, in virtù del R. Decreto 27 ottobre 1859 (oltre, n. 268), confermato dalla Legge sull'ordinamento giudiziario del 13 novembre dello stesso anno (art. 89), la quale accanto alle due sezioni, civile e criminale, aveva istituito una terza sezione, *dei ricorsi* (art. 91) (72), il Codice di procedura dové mettere

---

(69) *Ibid.*, vol. IV (Pisanelli), n. MLXXIII. Nel progetto del Codice, peraltro, anche queste nullità erano, sulla traccia del Codice francese, fatte motivo di revoca: cfr. *Relazione del Governo*, 22 marzo 1853, n. 61 (Gianzana, II, pag. 360), in Mancini, Pisanelli, Scialoia, V, parte 2ª, pag. 116; *Relazione alla Camera dei Deputati*, 22 marzo 1853, pag. 226 e segg. (si trova anche in Gianzana, *Verbali, Precedenti legislativi, Relazione*, n. 185, pag. 465); *Emendamenti*, pag. 247.

(70) Secondo l'art. 592 « vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla supposizione di un fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, ovvero quando è supposta la esistenza di un fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell'uno quanto nell'altro caso, quando il fatto non è un punto controverso sul quale la sentenza abbia pronunciato ». Cfr. Pisanelli, *Comm.* IV, nn. MCX-MCXVII. Questa revoca per errore di fatto non è, in sostanza, altro che la antica *proposition d'erreur* francese, restata nel diritto piemontese e passata nel Codice sardo.

(71) Pisanelli, *Comm.*, IV, n. MCXII.

(72) Già nel 1856 il Dep. De Foresta aveva presentato un disegno di legge per la creazione di una commissione dei ricorsi nella Corte di cass., il quale fu discusso e sospeso nella seduta del 27 maggio 1856 (*Documenti legisl.*, V Sess., 1855-56, pag. 1010).

il procedimento introduttivo del ricorso in cassazione in armonia colla creazione di questa terza sezione, la quale fu autorizzata a esaminare preventivamente non solo l'ammissibilità, ma anche il « fondamento » dei mezzi di ricorso (CPC, art. 609) (73).

Qualche modificazione fu introdotta nella determinazione dei motivi di cassazione in relazione coi motivi di revoca; poiché, essendosi nuovamente considerate (art. 557) come cause di revoca quelle nullità enumerate nell'art. 207 (art. 208 del Cod. 1854), che secondo il Codice francese dànno luogo a *requête civile*, ma secondo il Codice del 1854 davano luogo a cassazione, i motivi di cassazione ebbero bisogno di nuova, più precisa determinazione. Si stabilì in generale (art. 586) che il ricorso era esperimentabile contro le sentenze contenenti « una formale violazione od una falsa applicazione della legge »; e l'art. 588 meglio definì questa formula, stabilendo:

a) Che « formale violazione » della legge potesse aversi:

α) per *error in procedendo*, consistente nei seguenti motivi:

1° incompetenza, « quando un'Autorità giudiziaria pronuncia in causa, la cui cognizione spetta ad altra Autorità giudiziaria »;

2° eccesso di potere, « quando l'Autorità giudiziaria conosce di causa la cui cognizione non è attribuita all'Autorità giudiziaria, o dà provvedimenti che eccedono la facoltà di cui è investita l'Autorità medesima »;

3° nullità, « quando l'Autorità giudiziaria pronuncia sentenze sovra procedure nelle quali siano state violate od omesse forme prescritte dalla legge sotto pena di nullità, o quando l'Autorità giudiziaria che pronunciò la sentenza le ha violate od omesse, *e contro le violazioni od omissioni da essa commesse non è dalla legge conceduta la domanda di revocazione* »;

4° violazione della cosa giudicata, « quando vi ha contrarietà di giudicati proferiti tra le stesse parti e sovra gli stessi mezzi da tribunali diversi »;

5° nullità, « in tutti gli altri casi che sono specialmente determinati dalle leggi » (74);

β) per *error in iudicando*, che si ha « quando la sentenza contiene una pronuncia contraria ad una disposizione espressa della legge »;

b) Che « falsa applicazione di legge » potesse aversi solo per *error in iudicando*, « quando una disposizione generale fu applicata a caso

---

(73) Oltrechè dei ricorsi in cassazione, la Corte di cass. doveva conoscere dei regolamenti di competenza, delle azioni civili contro i giudici, ecc. (art. 639 CPC).

(74) Secondo il PISANELLI, *Comm.*, IV, n. MCCCXV-MCCCXVIII, questa frase generica comprende quelle nullità che secondo l'art. 557 davano luogo anche a revoca; cfr. anche, su questo articolo, MORTARA, *Commentario*, IV, n. 352.

sottratto per legge dal dominio di quella disposizione, o quando una disposizione eccezionale fu applicata a casi a cui non si estende ».

All'infuori di questa notevole disposizione, colla quale il Codice del 1859 cercò di definire legislativamente quei motivi di cassazione la cui definizione era stata finora rilasciata alla giurisprudenza, il Codice stesso accolse in linea generale le regole che in tema di cassazione erano state fissate dal R. E. 1847 e dall'annesso Regolamento: contenevano innovazioni degne d'esser ricordate l'art. 586, che implicitamente estendeva anche alle sentenze inappellabili dei giudici minori il ricorso senza limitazione di motivi; l'art. 610, che disciplinava l'istituto, finora riconosciuto solo dalla pratica, del ricorso *adesivo*; e, soprattutto, gli art. 635-638, che dettavano le forme per il « *recesso dalle dimande di cassazione* » (75).

266. — Mentre, durante il periodo della invasione francese in Italia, l'istituto della Cassazione era stato quasi da per tutto imitato nella identica forma ch'esso aveva in Francia, le legislazioni processuali degli Stati precedenti alla unificazione rappresentano, almeno per ciò che riguarda la tecnica legislativa, un progresso in paragone del modello francese, poiché esse codificano con semplicità e con chiarezza molte norme affidate in Francia alla giurisprudenza pratica, e qua e là introducono nuove disposizioni derivate da una illuminata e cosciente interpretazione dello spirito dell'istituto (alludo specialmente alla legislazione toscana del 1838, che rappresenta forse quanto di meglio si sia fatto in Italia in materia di Cassazione).

Lasciando da parte quelle legislazioni che non accolgono la Cassazione, o la lasciano penetrare nei loro ordinamenti solo in forme spurie, nate dalla commistione con istituti del diritto comune (caratteristica fra tutte quella *restitutio in integrum* per error di diritto *in iudicando* sorta nel processo lucchese e pontificio), noi vediamo che negli Stati italiani precedenti all'unificazione la Cassazione assume ufficio nettamente giudiziario, perdendo del tutto quel carattere di organo esecutivo del quale essa era in origine dotata. Ciò non è riconoscibile a Napoli, dove la continuità della legislazione impedì di determinare con nuova chiarezza i limiti dell'istituto; ma nei paesi, quali la Toscana e il Piemonte, ove la Restaurazione abolì il sistema giudiziario francese, e dove la Cassazione tornò solo dopo molti anni, per libera e matura determinazione dei legislatori, i testi positivi energicamente fissarono che l'ufficio della Corte di cassazione non doveva essere quello di esercitare un'atti-

(75) Cfr. PISANELLI, IV, n. MCCCXXXIV e seguente. L'art. 628 imponeva nuovamente l'obbligo, abolito nel 1848, di un deposito a titolo di indennità, oltre che di uno per multa.

vità negativa col solo annullamento della sentenza per contravvenzione espressa al testo della legge, ma quello di influire positivamente sulla decisione del caso concreto e più sull'ulteriore sviluppo della giurisprudenza, rivedendo la interpretazione della legge nel suo significato e la sua applicazione alla controversia pratica.

Di questo confinamento della Cassazione in un campo strettamente giudiziario è prova eloquente il fatto che le regole ad essa relative trovarono sistemazione logica ed opportuna nei Codici processuali, mentre in nessuna di quelle Carte costituzionali, che nel 1848 furono emanate dai principi italiani, furono incluse le regole fondamentali di questo istituto, che pure erano state comprese come canoni essenziali di diritto pubblico nelle costituzioni nate dalla Rivoluzione francese.

Questo non esclude, peraltro, che anche in Italia la Cassazione, quantunque concepita ormai come un organo dell'ordinamento giudiziario, fosse accolta come garanzia democratica di libertà e di giustizia: e se non mancarono in Italia sagaci giuristi, quali il Conzo (76) ed il Capone (77), che fedeli al sistema tradizionale della Terza istanza e della doppia conforme, sottoposero il nuovo istituto a vivaci e sottili critiche, censurando le complicate lungaggini prodotte dal sistema del rinvio e accusando di artificiosa irrazionalità la separazione tra le questioni di diritto e le questioni di fatto, vi fu peraltro chi, come il Pisanelli, definì la Cassazione « una di quelle grandi conquiste che la civiltà non può perdere senza indietreggiare essa stessa » (78): e chi, come il Romagnosi, stimò che ogni perfetto ordinamento costituzionale non potesse fare a meno di una « corte conservatrice giudiziaria », modellata in massima secondo i dettami della Cassazione francese (79).

---

(76) *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata* (Napoli, 1836), pag. 38 e segg.

(77) *Discorso sopra la storia delle leggi patrie* (1ª Ed., Napoli, 1826; 2ª Ed., Napoli, 1845), II, § CLXXVII, pag. 44, e in *Appendice*, pag. 173 e segg. Cfr. in Napoli, favorevole al sistema della Cassazione, che difese nel 1835 contro il Capone, assertore della Terza istanza: Spinelli, *Osservazioni sui diversi sistemi di riforma della cassazione* (Napoli, 1835).

(78) *Commentario* cit., IV, n. MCCXCI. Si legga anche, dello stesso Pisanelli, lo scritto *Della Corte di cassazione* (Napoli, 1875), pubblicato nel 1875, ma scritto già dal 1859: specialmente, contro i sostenitori della Terza istanza, pag. 92 e segg.

(79) *La scienza della costituzione* (Torino, 1849); *Ripartimento e garenzie dell'amministrazione*, tit. II. Descrivendo questa Corte conservatrice, il R. riproduce i canoni fondamentali della Cassazione, precisandoli (per es. quando dice che « non verrà considerato punto di fatto, ma di puro diritto, la qualificazione di un atto o contratto le circostanze del quale siano prefinite ed accertate in causa »), od integrandoli (per es., il R. vorrebbe dare alla Corte la facoltà di conoscere d'ufficio i motivi non allegati). Al disopra della « Corte conservatrice », il R. ammette un ulteriore ricorso alla « Camera dei giudici » del Senato. La cassazione può condurre alla interpretazione autentica (pag. 590).

Capitolo XXXI

LA CASSAZIONE NEL REGNO D'ITALIA

Sommario: 267. Organi giudiziarî supremi esistenti in Italia al momento della unificazione. — 268. Serie dei provvedimenti che portarono al sistema attuale. — 269. Schema della attuale ripartizione di attribuzioni fra le cinque Corti di cassazione: il fenomeno del « doppio grado *in iure* ». — 270. Dissidio fra il principio della unicità e la sopravvivenza delle cinque Corti. — 271. Serie dei tentativi parlamentari, fatti dal 1859 a oggi, per eliminare il dissidio. — 272. Quadro delle fonti di diritto positivo che regolano la Cassazione. — 273. Principali differenze in confronto del sistema francese.

267. — Nel 1859, quando si iniziò, in tutti i rami del diritto italiano, il movimento di unificazione nazionale, gli organi giudiziarî supremi, istituiti, con giurisdizione civile e penale, in ciascuno dei diversi Stati, erano, come si è veduto, i seguenti:

a) *Quattro Corti di cassazione,* con sede a:
Torino;
Firenze;
Napoli;
Palermo.

b) *Tre tribunali supremi di tipo misto,* con sede a:
Parma;
Modena;
Roma.

c) *Un Tribunale Supremo di terza istanza,* con sede a:
Vienna (per il Lombardo-Veneto).

Guardiamo attraverso quali tappe, da questa pluralità di organi eterogenei stabiliti nei diversi Stati, si giunse al sistema che vige tuttora.

268. — Il sistema più semplice per seguire attraverso le sue varie fasi questo lavoro di adattamento legislativo (1), consiste nell'enumerare

(1) Il quale si trova riassunto nel n. 47 della *Relazione* Costa *al Senato* sulla riforma dell'ord. giud., 15 giugno 1880 (Atti interni del Senato, Legisl. XVI, vol. 1°, nn. 1-2).

in ordine cronologico i principali provvedimenti da cui esso risultò:

a) R. D. 24 luglio 1859: per la cognizione di tutti gli affari che erano di competenza del Tribunale Supremo di Vienna, istituì un Tribunale di terza istanza in Milano; il procedimento dinanzi a questo Tribunale fu regolato con R. D. 1° giugno 1862.

b) D. del Governo della Toscana, 29 settembre 1859 (2): confermò implicitamente, insieme cogli altri tribunali toscani, la Corte di cassazione di Firenze.

c) R. D. 27 ottobre 1859: trasferì a Milano la Corte di cassazione di Torino, ritenendosi utile per garanzia della divisione dei poteri portare la Corte di cassazione in una città diversa da quella ove aveva sede il Governo (3). La data del trasferimento fu fissata dal R.D. 20 febbraio 1860, per il quale la Corte di Cassazione inaugurò la nuova sede col 1° maggio, senza che per questo venisse abolito il Tribunale di terza istanza di cui alla lettera *a*. Un nuovo regolamento per la Corte di cassazione fu approvato con R. D. 15 aprile 1860.

d) R. D. 26 novembre 1860: introdusse il Codice di procedura civile nell'Emilia, e, abolendo i tribunali supremi di Parma e di Modena, stabilì che i ricorsi contro le sentenze d'appello delle provincie emiliane fossero portati alla Corte di cassazione di Milano, o, se si trattasse di ricorsi in terza istanza, alle Corti d'appello di Bologna o di Parma, costituite di volta in volta in Corti di revisione (art. 9).

e) R. D. 16 gennaio 1861: estese alle Marche e all'Umbria lo art. 9 del decreto precedente.

f) D. Luogot. 17 febbraio 1861: conservò la Corte di cassazione a Palermo (art. 3).

g) R.D. 30 giugno 1861 (4): conservò la Corte di cassazione in Napoli (art. 3).

h) Legge 21 dicembre 1862: regolò i conflitti di giurisdizione fra i tribunali supremi allora esistenti nel Regno (Corti di cassazione di Milano, Firenze, Napoli, Palermo; Tribunale di terza istanza di Lombardia; Corti d'appello di Bologna e di Parma in funzioni di revisione).

i) Legge 18 dicembre 1864: riportò a Torino la Corte di cassazione di Milano.

l) Legge 2 aprile 1865 sulla unificazione legislativa: estese a tutta la Lombardia la giurisdizione della Corte di cassazione di Torino,

---

(2) *Atti del R. Governo della Toscana* (Firenze, 1860), n. CCXXII.

(3) Sui motivi che produssero questo trasferimento e che indussero poi il Governo a revocarlo nel 1864, cfr. DIONISOTTI, *La Corte di cassazione di Torino* (Torino, 1891), pag. 17 e segg.

(4) Questo Decreto, prorogando al 1° gennaio 1862 l'attuazione del nuovo ordinamento giudiziario, mise subito in vigore il Capo VII, *Della Corte di cassazione*, riportato ivi, in nota.

sopprimendo il Tribunale di terza istanza di Milano (art. 5); detto Tribunale, per il R. Decreto 18 gennaio 1866, cessò di funzionare il 1° febbraio di quell'anno.

m) R. D. 13 ottobre 1866: istituì provvisoriamente presso il tribunale di appello di Venezia una sezione di terza istanza avente giurisdizione sul territorio delle provincie di Venezia e di Mantova, per la cognizione degli affari di competenza della Suprema Corte di Giustizia di Vienna (art. 9).

n) R. D. 21 ottobre 1870: mantenne provvisoriamente nei territorî già facenti parte dello Stato pontificio i tre gradi di giurisdizione, sostituendo alla Segnatura un turno con funzioni di terza istanza.

o) Legge 26 marzo 1871: istituendo una Corte di appello a Venezia, pose alle dipendenze della Corte di cassazione di Firenze le province soggette a detta Corte d'appello (art. 3), e alla Corte di cassazione di Torino la provincia di Mantova soggetta alla Corte d'appello di Brescia.

p) Legge 2 aprile 1871: sottopose provvisoriamente la provincia romana alla Corte di cassazione di Firenze.

q) Legge 12 dicembre 1875 (5): istituì due sezioni temporanee di Corte di cassazione a Roma, l'una per gli affari civili e l'altra per gli affari penali, con competenza territoriale sui distretti giudiziari di Roma, Bologna, Ancona, Aquila, Cagliari (articoli 1-2). Dette inoltre a queste « sezioni temporanee » competenza esclusiva su tutto il Regno per alcune speciali materie determinate nell'art. 3.

r) Legge 31 marzo 1877: deferì alle Sezioni Unite della Corte di cassazione di Roma la risoluzione dei conflitti di attribuzioni fra autorità giudiziaria e autorità amministrativa e la cognizione dei ricorsi contro le decisioni delle giurisdizioni speciali per incompetenza o eccesso di potere.

s) Legge 6 dicembre 1888: abolì la sezione penale nelle Corti di cassazione di Torino, Firenze, Napoli, Palermo (art. 4); istituì due sezioni penali presso la Corte di cassazione di Roma (art. 2), e ad esse deferì le attribuzioni finora spettanti alle altre Corti di cassazione del Regno in materia penale; attribuì alla Corte di cassazione di Roma, anche in materia civile, tutti i ricorsi a sezioni unite (art. 8).

t) Legge 7 marzo 1907 (a modificazione delle leggi 2 giugno 1889, n. 6166, art. 41, e 1° maggio 1890, N. 6837, art. 15 sulla giustizia amministrativa): attribuì alle sezioni unite della Corte di cassazione di Roma i ricorsi contro le decisioni delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato per assoluto difetto di giurisdizione (art. 40).

---

(5) Cfr. anche R. D. 23 dic. 1875 per l'attuazione di questa legge.

269. — In questa serie di provvedimenti legislativi che si svolge attraverso un cinquantennio possiamo scorgere una graduale prevalenza del sistema della Cassazione su quello della Terza istanza e una tendenza a diminuire il numero degli organi giudiziari supremi. Le quattro Corti di cassazione esistenti nel 1859 vengono conservate; sono aboliti a Parma, Modena e Milano i tribunali supremi di diverso tipo, e le provincie che da essi dipendevano sono raggruppate alla dipendenza delle Corti di cassazione già esistenti; a Roma, in luogo della Segnatura, si crea una quinta Corte di cassazione, la quale, quantunque sorta sotto il nome modesto di « sezioni temporanee », tende a diventare l'organo giudiziario supremo del Regno con preminenza sulle altre Corti di cassazione regionali.

Questa tendenza accentratrice della Corte di cassazione romana si manifesta nel periodo che va dal 1875 al 1888. Nel 1875 si avevano in Italia cinque Corti di cassazione (Torino, Firenze, Napoli, Palermo, Roma), composte ciascuna di una sezione civile e di una penale: ciascuno di questi cinque organi aveva, nei limiti del proprio territorio, competenza analoga e analoga composizione organica. Però, fin dalla legge 12 dicembre 1875, le Sezioni di Roma avevano, ad esclusione delle altre Corti, competenza per tutto il Regno su affari particolarmente determinati dall'art. 3 della stessa legge; e questa competenza esclusiva si andò allargando colla legge 31 marzo 1877 (come, in seguito, colla legge 7 marzo 1907), Un ulteriore passo in questo senso fu fatto dalla legge 6 dicembre 1888, la quale non solo allargò la competenza esclusiva del la Corte di cassazione di Roma, ma le dette anche una struttura organica molto più complessa di quella delle altre Corti regionali, che invece venne notevolmente semplificata; infatti, mentre le Corti di cassazione di Torino, Firenze, Napoli e Palermo furono ridotte alla sola sezione civile, la Corte di cassazione di Roma ebbe, accanto alla sezione civile, due sezioni penali, che costituirono, in materia penale, l'organo di cassazione esclusivo per tutto il Regno; ma anche in materia civile la Corte di cassazione di Roma ebbe competenza esclusiva per tutto il Regno, nei casi in cui la sentenza di rinvio venisse impugnata per gli stessi motivi (art. 547 CPC), per i quali la prima sentenza era stata cassata dalla Corte regionale.

Cosicché alla fine di questa evoluzione legislativa, il cui punto di partenza era costituito dalla situazione già esposta (retro, n. 267), la situazione della magistratura suprema in Italia è la seguente:

I. *Quattro Corti di cassazione regionali,* con sede a:
Torino,
Firenze,
Napoli,
Palermo,

ciascuna composta di una sola sezione civile con competenza regionale (6).

II. *Una Corte di cassazione con competenza in parte regionale e in parte estesa a tutto il Regno*, con sede a:

Roma, composta di:

A) Sezione civile con competenza:

a) regionale;

b) estesa a tutto il Regno (nelle materie stabilite dalla L. 12 dicembre 1875).

B) Sezioni penali con competenza estesa a tutto il Regno.

C) Sezioni unite con competenza estesa a tutto il Regno:

a) in materia penale (art. 532 CPP);

b) in materia civile (art. 547 CPC).

c) in materie speciali (Legge 31 marzo 1877; Legge 7 marzo 1907).

Nel sistema che oggi vige in Italia il rapporto che esiste fra la Corte di cassazione di Roma e le altre quattro corti di cassazione regionali è diverso secondo le diverse materie: si possono infatti distinguere a questo proposito tre gruppi d'affari:

a) Affari che, secondo il criterio regionale, possono andare indifferentemente a una delle cinque Corti di cassazione (art. 88 CPC).

b) Affari che, all'infuori di qualsiasi criterio regionale, non possono essere deferiti altro che alla Corte di cassazione di Roma (L. 12 dicembre 1875; L. 6 dicembre 1888, art. 1; L. 31 marzo 1877; L. 7 marzo 1907).

c) Affari che, deferiti in una prima fase, secondo il criterio regionale, a una qualunque delle cinque Corti di cassazione (retro, *sub a*), in una seconda fase debbono essere deferiti alla Corte di cassazione di Roma (art. 547 CPC).

Per il primo gruppo d'affari, il rapporto che passa tra le cinque Corti di cassazione è un rapporto di *parità* (uguale funzione in diverse circoscrizioni territoriali: una Corte esclude l'altra); per il secondo gruppo d'affari, passa tra la Corte di cass. di Roma e le altre quattro Corti di cass. regionali un rapporto di *diversità* (funzione speciale della Corte di cass. di Roma senza limitazione territoriale; la Corte di cass. di Roma esclude le altre quattro, ma non viceversa); per il terzo gruppo d'affari, passa tra la Corte di cassazione di Roma e le altre quattro Corti di cass. un rapporto di *subordinazione* (la Corte di cass. di Roma interviene in un periodo successivo in quegli stessi affari che in un prim.

(6) Per la storia di singole Corti regionali, cfr. Dionisotti, *La Corte di cassazione di Torino* cit., Calenda di Tavani, *La Corte di cassazione di Napoli*, discorso inaugurale, 3 gennaio 1890.

periodo sono stati di competenza delle Corti regionali). Talché, anche se, organicamente, la Cassazione di Roma si dovesse considerare nella gerarchia giudiziaria in condizione di parità colle altre Corti di cassaz. (7), esisterebbe pur sempre in Italia, al disopra del doppio grado delle magistrature di merito, una specie di singolarissimo doppio grado *in iure*! (8).

270. — Si è cercato di riassumere con chiarezza in qual modo si è giunti, con una serie di provvedimenti legislativi, al sistema di Corti di cassazione che vige attualmente in Italia; ma si deve notare che il passaggio dai sistemi giudiziari eterogenei, vigenti al momento dell'unificazione nelle diverse regioni d'Italia, all'ordinamento giudiziario attuale non è avvenuto in modo consapevole, come graduale sviluppo di un programma organico, ma si è compiuto, attraverso un seguito di adattamenti e di compromessi opportunistici e provvisorî, in modo inorganico e, direi quasi, non esplicitamente confessato. Non si riesce infatti a trovare una legge la quale, con chiarezza e con precisione, abbia il coraggio di dire che in Italia vi devono essere cinque Corti di cassazione; al contrario, mentre le leggi sopra elencate hanno formato in pratica questa coesistenza e questa coordinazione di cinque organi giudiziari supremi, altre leggi giudiziarie che più da vicino disciplinano i còmpiti e il funzionamento della Cassazione partono dal principio fondamentale che la Corte di cassazione è unica nello Stato, e fingono di ignorare questo anormale e singolare stato di cose che ha permesso nella Italia unificata la parziale sopravvivenza di un ordinamento giudiziario proprio dei tempi in cui le diverse provincie italiane formavano Stati politicamente separati.

Questo dissidio veramente singolare fra i fondamentali principi della Cassazione accolta dal nostro diritto processuale e le ragioni contingenti di tutt'altra natura che da un cinquantennio lasciano sopravvivere in Italia un ordinamento giudiziario che contrasta con questi principî, si può meglio mettere in luce quando si segua il movimento legislativo e i dibattiti parlamentari e dottrinarî ai quali dal 1859 l'istituto della Cassazione ha dato luogo in Italia.

Vedremo che, ogni qualvolta si è dovuto discutere fra noi dell'assetto definitivo da darsi all'organo di Cassazione, sono sorti in Parlamento e nel foro acerbi contrasti, che parevano armati di ragioni esclusivamente scientifiche, tra i fautori del sistema della Cassazione e i fautori di

(7) In senso contrario, MATTIROLO, *Trattato*, I, n. 412.

(8) Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, I, pag. 429; MORTARA, *Della necessità urgente di restaurare la Corte di cass.* (*Studi in onore di* C. FADDA, Napoli, 1906, I, 201).

quello della Terza istanza, tra gli assertori della Corte di cassazione unica e i difensori delle Corti di cassazione regionali; ma in realtà questi dibattiti, più che fra tesi scientifiche ugualmente spassionate, si svolgevano tra ragioni scientifiche da una parte e interessi regionali e professionali dall'altra, i quali ultimi osteggiavano il principio della Cassazione unicamente perché comprendevano che sua logica conseguenza sarebbe stata l'abolizione di quella pluralità di supremi organi giudiziarî, che tuttora costituisce per le classi forensi regionali una fonte di sicuro guadagno.

271. — Il Codice di P.C. del 20 nov. 1859 e la Legge sull'ordinamento giudiziario del 13 nov. 1859 (retro, n. 625) consideravano la Corte di cassazione come organo giudiziario supremo unico nello Stato; e quando l'annessione delle provincie toscane, napoletane e siciliane e la provvisoria conservazione delle Corti di cassazione in esse esistenti fece di fatto sorgere il fenomeno nuovo di più organi di cassazione in uno stesso Stato, i legislatori sentirono subito la necessità di dare opera a farlo subito cessare col riordinare su nuove basi la magistratura suprema del Regno.

a) Nel 1860 il Min. di Grazia e Giustizia Cassinis istituì una commissione di sei membri (9), affinché proponesse il modo di « conciliare il bisogno di conservare nei principali centri del nuovo Regno italiano grandi corpi giudiziari superiori alle Corti d'appello, con quello di tutelare la disciplina, di vegliare all'esatta osservanza della legge, di mantenere l'unità della giurisprudenza, di provvedere infine al corso regolare della giustizia con uniforme modo e ragione in tutto lo Stato mercé un'autorità centrale unica e suprema »; la commissione, dopo varie sedute, si accordò il 23 gennaio 1861 proponendo che al disopra delle Corti d'appello vi fossero delle Corti di revisione regionali e che, ancora al di sopra di queste, fosse posta una Corte Suprema di Giustizia nazionale, alla quale si potesse ricorrere soltanto per violazione di legge in caso di disparità di opinione giuridica tra due Corti di revisione (10). In questo periodo si manifestò nelle provincie annesse di recente, in particolar modo nella Lombardia e nell'Emilia, un vivo movimento di ostilità contro il sistema della Cassazione, alimentato specialmente da professionisti legali che vantavano i pregi della Terza istanza e che

---

(9) Deferrari, Vigliani, Pescatore, Miglietti, Mancini, Astengo.

(10) Verbali delle sedute dal 21 al 23 gennaio 1861, in « Monitore dei Tribunali », di Milano, 1861, pag. 155-160; critica di questa proposta si trova negli articoli di A. B., *Sul progetto della terza istanza*, in « Gazz. Trib. » di Milano, 1861, pag. 705 (anno X; serie II, anno II), e *Ancora della terza istanza, ibidem*, 1861, pag. 145 (anno XI; serie II, anno III).

affermavano utopistica la separazione pratica fra questione di diritto e questione di fatto, e irraggiungibile la uniformità della giurisprudenza (11).

b) Il 9 febbraio 1862 il Ministro di Grazia e Giustizia MIGLIETTI presentò un disegno di riforma dell'ordinamento giudiziario, contenente modificazioni atte a estendere a tutto il Regno la Legge 17 novembre 1859 (12); tale disegno adottava il sistema della Corte di cassazione unica per tutto lo Stato, composta di due sezioni, una civile e una penale, senza sezione dei ricorsi (Capo VII del disegno, art. 117-124). L'art. 117 stabiliva che: « La Corte Suprema di cassazione ha la sua sede nella capitale del Regno » (13).

Questo disegno fu approvato dal Senato, ma non giunse alla discussione nella Camera dei Deputati.

c) Il 26 novembre 1863 il Ministro di Grazia e Giustizia PISANELLI presentò al Senato il primo libro del Progetto del nuovo Codice di Procedura Civile per il Regno d'Italia, accompagnato da quella celebre *Relazione,* che ne costituiva un magistrale commento; gli art. 517-547 del Progetto accoglievano l'istituto del ricorso per cassazione, con pochi ritocchi alle disposizioni contenute nel Codice proc. civ. 1859 (la

---

(11) Cfr. specialmente: SALA E. (Prof. nell'Università di Modena), *Osservazioni critiche sulla istituzione del tribunale di cassazione* in « Mon. Trib. Mil. », 1861, pag. 889, 945, 969, 978, 1012; ID., *stesso titolo, ib.*, 1861, 569; SANDONNINI, *Sull'attuazione dei nuovi Codici civili nelle provincie dell'Emilia.* « Mon. Trib., Mil. », 1861, 174 e segg.; ID., *Della Corte di cassazione e dei tribunali di terza istanza, ib.*, 1861, 849, 881, 906, 945, 969, 1016; ROSMINI, *Del sistema di cassazione,* in « Gazz. Trib. Mil., », 1861, pag. 49; GIURIATI, *La cassazione e le terze istanze* (Torino, 1861); BANDI, in « Legge », 6 maggio 1861. Favorevoli al sistema della cassazione, in questo periodo: MALTINI, in « Legge » 1860; DE FERRARI, *Discorso di riapertura della Corte di cassazione,* tenuto a Milano il 7 nov. 1860 (« Mon. Trib. Mil. », 1860, 857; « Gazz. Trib. Mil. », 1860, 545); SANDBRUEIL, *Delle riforme giudiziarie in Italia,* discorso tenuto alla C. d'Appello di Aix, il 4 nov. 1861, e riportato nella « Gazz. Trib. Mil. », 1861, 579. Questo movimento di ostilità contro la Cassazione si trova riassunto e analizzato da MITTERMAIER, in « C. A. », XLIV, 304.

(12) *Atti del Parlamento,* Legisl. VIII, sess. 1861. Documenti, vol. II, pag. 1126.

(13) Nella relazione premessa al Disegno, il Guardasigilli dichiarava di adottare, tra i due opposti sistemi della Cassazione e della Terza istanza, quello della Cassazione per tre motivi: 1° per la necessità politica di cementare l'unificazione nazionale; 2° per la convenienza pratica di conservare un sistema già sperimentato in diversi Stati; 3° per il merito giuridico che questo sistema ha di mantenere la uniforme interpretazione giurisprudenziale. Dopo aver confutato la proposta della commissione ministeriale nominata dal De Cassinis, adottava il sistema del C. P. C. 1859, con alcune modificazioni tendenti ad abolire la sezione dei ricorsi e a impedire alla Corte di cassazione di riesaminare sotto qualunque pretesto la questione di fatto.

modificazione più importante fu quella che abolì il procedimento preliminare dinanzi alla sezione dei ricorsi); e i capitoli 385-403 della Relazione spiegavano i caratteri dell'istituto, e, con parole che si ritrovano in altri scritti del Pisanelli (14), dimostravano la necessità di istituire nello Stato « una Corte Suprema regolatrice del diritto » (15). Il disegno, però, non venne posto in discussione (16).

d) Nel febbraio 1865, in occasione della presentazione, per parte del Ministro Vacca, di un disegno di legge che autorizzava il Governo ad attuare in tutto lo Stato la cosidetta « unificazione legislativa », ebbero luogo alla Camera fra fautori della Cassazione e fautori della Terza istanza vivaci dibattiti provocati dall'art. 4 (poi 5) del disegno stesso, secondo il quale coll'attuazione dei nuovi Codici, civile e di procedura civile, doveva essere soppresso non solo il Tribunale di terza istanza di Milano, ma anche la Corte di cassazione di Firenze: questa ultima proposta (colla quale il Governo, in attesa che la unione di Roma all'Italia permettesse di costituirvi la Corte di cassazione unica per tutto il Regno, intendeva di fare un primo passo verso la unicità, sopprimendo, fra le quattro Corti di cassazione allora esistenti, quella che aveva minor numero organico di giudici e di affari) (17) eccitò naturalmente le opposizioni da parte dei deputati toscani, le quali originarono una diffusa discussione fra i fautori della Cassazione, che, coll'on. Crispi alla testa (18), proponevano l'immediata istituzione di una Corte di cassazione unica nella sede del Governo, e i fautori della Terza istanza, che volevano una pluralità di supremi tribunali regionali (19). Alla

---

(14) Cfr. l'opuscolo *Della Corte di cassazione* già citato.

(15) La *Relazione Pisanelli* (*Relazione ministeriale sul Libro I del progetto di C. P. C. presentato al Senato dal Min. Guardasigilli Pisanelli, nella tornata del 26 nov. 1863*), si può consultare nel *C. P. C. ordinato dal* Gianzana (Torino, 1889), vol. I, pag. 205 e segg.

(16) Cfr. Gianzana, I, pag. XL.

(17) Cfr. le spiegazioni date dal Relatore Pisanelli, nella seduta del 20 febbraio 1865 (« Atti della Camera », Legisl. VIII, Sess. II^{a}, 3° periodo, pag. 4747): « ... Credo che si potrebbe venire a questo fatto [Cassazione unica] risolutamente il giorno in cui avessimo la nostra definitiva capitale, il giorno in cui fossimo a Roma, imperocchè innanzi a Roma tutte le gare, tutte le pretensioni municipali, anche le più legittime, tutto cederebbe, ogni sacrificio sarebbe accettato ».

(18) Le discussioni si svolsero nelle sedute del 18, 20, 21 febbraio 1865: emendamenti per una Cassazione unica furono presentati, oltrechè dall'Onorevole Crispi, dall'On. Menichetti e dagli On. Allievi e Finzi. Nella discussione si ebbero dei discorsi veramente notevoli dal punto di vista scientifico, poichè misero in luce il significato vero, politico e costituzionale, della Cassazione: specialmente quelli dell'On. Pisanelli, fondamentale, e quegli degli On. Mancini, Crispi, Mosca.

(19) Cfr. specialmente il discorso dell'On. Boggio nella seduta del 20 febbraio.

fine si adottò, al solito, un ripiego dilatorio (20), lasciando in vita provvisoriamente, insieme colle altre tre Corti di cassazione, anche quella di Firenze (21), senza modificazioni del numero dei componenti (L. 2 aprile 1865, art. 5), e concordando un voto così concepito: « La Camera, invitando il Governo a presentare in una prossima sessione un progetto di legge intorno al sistema della Cassazione o ad altra suprema giurisdizione del regno, passa all'ordine del giorno » (22).

Così, in base alla legge del 2 aprile, che autorizzava la unione legislativa senza unificare gli organi giudiziari, il Codice di procedura civile del Pisanelli, già presentato alla Camera nella seduta del 24 novembre 1864 (23), fu pubblicato il 25 giugno 1865, dopo che la Giunta speciale pel CPC, nominata in seno alla Commissione di coordinamento, vi ebbe fatto le opportune correzioni (24). Si deve ora notare che tanto questo Codice quanto la parallela Legge sull'Ordinamento Giudiziario del 6 dicembre 1865, accogliendo, il primo, il ricorso per cassazione fra i mezzi per impugnare le sentenze (Titolo V, Capo V) e, la seconda, la Corte di cassazione fra le autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia (Titolo I, Capo I), contenevano disposizioni evidentemente derivanti dal presupposto che la Corte di cassazione fosse *unica nello Stato*: ad esempio, mentre l'art. 87 CPC parla di « Corti d'appello » al plurale, l'art. 88 dello stesso Codice, stabilisce che « *la Corte di cassazione* conosce dei ricorsi... ecc. »; ugualmente l'art. 1 della Legge sull'Ord. giud., enumerando le diverse autorità dalle quali è amministrata la giustizia, nomina, accanto ai Conciliatori, ai Pretori, ai Tribunali, alle Corti d'appello, ecc., tutti al plurale, la Corte di cassazione al singolare (cfr. anche le epigrafi dei varî capi del Titolo II) (25). C'è in questa ultima legge un solo articolo (art. 285) nel quale incidentalmente si accenna, anziché alla Corte di cassazione unica, alle « Corti di cassazione del Regno, tuttora conservate »; ma l'accenno è fatto alla

---

(20) Specialmente sostenuto dagli On. PANATTONI e MARI nella seduta del 18 febbraio.

(21) Cfr. art. 23 delle Disp. transitorie per l'attuazione C.P.C.

(22) Seduta del 21 febbraio.

(23) Cfr. *Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul progetto di legge per l'unificazione legislativa,* presentato dal Ministro Guardasigilli (Vacca) *nella tornata del 24 nov. 1864, nella parte riflettente il C. P. C.;* sulla Cassazione, n. 4 (in GIANZANA, I, pag. 227).

(24) I verbali della commissione di coordinamento si trovano in GIANZANA, II; quelli che si riferiscono alla Cassazione sono a pag. 92, 93, 181, 194; a pag. 278 si trovano riassunte tutte le osservazioni relative al ricorso in cassazione. Cfr. *Relazione a S. M. del Ministro di G. G., in udienza* 25 *giugno* 1865, *sul C. P. C.,* nn. 54-55.

(25) Cfr. CHIOVENDA, *Principii,* pag. 612, nota.

sfuggita, quasi che il nostro legislatore abbia voluto nascondere anche a sé stesso che mentre i Codici unificatori, redatti in base a criteri di scienza, accoglievano l'istituto della Cassazione nella sola forma in cui esso è concepibile, opportunismi regionalistici erano riusciti a lasciar sussistere in pratica un sistema giudiziario inconciliabile coi canoni dei Codici stessi.

e) In seguito all'ordine del giorno votato nella seduta del 21 febbraio 1865, fu nominata dal Ministro di G. G. una commissione presieduta dal Sen. CASSINIS, coll'incarico di proporre quale dovesse essere la suprema magistratura del Regno (26): questa si dichiarò favorevole al sistema della Cassazione e presentò un progetto, con relazione CASTELLI, che proponeva la istituzione di una Corte di cassazione unica nella sede del governo (27).

f) Il 18 aprile 1868 il Ministro DE FILIPPO, seguendo la direttiva data dalla ricordata Commissione, presentò un disegno di « unificazione legislativa nelle provincie venete e mantovane, colle altre provincie del Regno, e modificazioni all'organico giudiziario » (28), nel quale si proponeva la istituzione di una Corte di cassazione unica con sede nella Capitale, con limitate attribuzioni a provvisorie sezioni staccate. Il disegno venne in discussione alla Camera dall'8 al 16 giugno 1869 (29), e non mancarono, specialmente da parte dei deputati delle provincie venete, le solite critiche alla Cassazione; per la chiusura della sessione, il disegno non ebbe seguito.

g) Il 29 dicembre 1870, il Ministero RAELI ripresentò al Senato, con leggere modificazioni, il disegno precedente (30), e nelle discussioni che si svolsero dal 6 al 24 marzo 1871 (31) si ripeterono le solite accademie tra sostenitori della Terza istanza (32) e difensori della Cassazione (33), e si giunse alla solita conclusione inconcludente di sotto-

---

(26) Decr. 27 giugno 1865 e 17 luglio 1865 del Ministro Vacca; Decr. 12 gennaio 1866 del Ministro De Falco.

(27) *Relazione e progetto della commissione istituita per l'ordinamento della suprema magistratura del Regno* (Firenze, Tipogr. Reale, 1866); questa relazione, insieme coi precedenti e coi verbali delle sedute, e con allegati i pareri di diverse magistrature interpellate, si trova in appendice al Progetto De Falco, di cui oltre.

(28) *Atti della Camera,* Legisl. X, Sessione 1867-69, Documento n. 181.

(29) *Atti della Camera,* Sessione 1867-69, vol. X, pag. 10948 e segg.

(30) *Atti del Senato,* Legisl. XI, Sess. 1870-71, Doc. n. 24.

(31) *Atti del Senato,* Legisl. XI, Sess. 1870-71, Discussioni, pag. 297 e segg.

(32) Specialmente i senatori DE FORESTA e MUSIO; quest'ultimo nella sua discussione sviluppò specialmente la parte storica (cfr. il discorso stampato a parte, *Sulla cassazione come unica suprema magistratura in Italia,* Firenze, 1872).

(33) Specialmente i senatori POGGI, RAELI, CONFORTI, TECCHIO, BONACCI, DE FALCO.

porre provvisoriamente la provincia romana alla Corte di cassazione di Firenze, pur invitando il Governo a presentare « non più tardi del principio della prossima sessione parlamentare un progetto di legge per la istituzione di una Corte suprema di giustizia unica per tutto il Regno » (emendamento Menabrea, approvato dal Senato il 24 marzo e dalla Camera il 31 marzo del 1871) (34).

h) Il 1° febbraio 1872, il Ministro DE FALCO presentò al Senato un disegno di legge sull'ordinamento della Corte di cassazione (35), preceduto da una ampia relazione documentata (36), col quale proponeva la istituzione di una Corte di cassazione unica con sede in Roma e l'abolizione delle Corti regionali, colla data del 31 dicembre 1872, salvo lo stabilimento di sezioni temporanee a Napoli, Palermo, Torino per l'esaurimento dei ricorsi già pendenti (art. 33-35 del Disegno). La Corte doveva comporsi di una sezione civile, di una sezione penale e una *sezione dei ricorsi* (art. 10-12). La parte processuale del progetto conteneva diverse disposizioni notevoli: soprattutto quelle che miravano a ridurre al minimo i motivi di cassazione (37) e quella che, *in caso di un secondo ricorso per gli stessi motivi,* ammetteva che « la Corte di cassazione può pronunciare nel merito, applicando al fatto stabilito

---

(34) *Atti della Camera,* Legisl. XI, Sess. 1870-71, Discussioni, vol. II, pag. 1466 e segg.

(35) *Atti della Camera dei Deputati,* Legisl. XI, Sess. 1871-72, *Doc.* n. 122; *id. Senato, Doc.* n. 27. MATTIROLO, *Trattato,* IV, n. 997.

(36) Cfr. retro, nota 27.

(37) Il ricorso era ammesso solo perchè « si siano omesse o violate le forme della procedura prescritte sotto pena di nullità, o si sia violata o falsamente applicata la legge » (art. 3). Secondo l'articolo 5: « Gli errori di fatto non dànno luogo a ricorso per cassazione, ma a domanda di revocazione o di revisione nei casi e nelle forme stabilite dalla legge. Sono del pari estranee alle attribuzioni della Corte di cassazione le controversie che concernono valutazione di fatti, estimazione di prove o interpretazione di atti, e tutte le decisioni confidate dalla legge alla coscienza od al prudente arbitrio dei giudici; sono però soggette ad annullamento per falsa applicazione di legge le sentenze nelle quali i giudici del merito, dopo di aver ritenute le condizioni di un fatto, le clausole di un atto, diano loro una definizione od un effetto diverso da quello che loro spetta per legge »; d'altra parte, nelle *Modificazioni al CPC,* in appendice al Progetto, pag. 78 e segg., venivano considerati come motivi di revocazione e aggiunti all'art. 494 i n. 2, 4, 5, 6, 7 dell'articolo 517. Cfr. MATTIROLO, IV, 1063 in nota. Altre disposizioni notevoli: art. 3, capoverso ultimo, secondo il quale la Corte di cassazione annulla per gli stessi motivi per cui annulla le sentenze anche « i provvedimenti dati in ultima istanza in affari di volontaria giurisdizione »; art. 16, secondo il quale « il P.M. presso la Corte di Cassazione, *e la Corte stessa,* possono, relativamente al capo impugnato della sentenza, elevare, anche d'ufficio, le nullità che derivano da violazione o da falsa applicazione di legge » (Cfr. pag. 42-44 della Relazione e art. 132 della Legge napoletana 1817: retro, n. 263).

nella sentenza il punto di diritto deciso » (art. 21-22) (38). Il Disegno di legge fu approvato dal Senato il 21 maggio 1872, ma non fu posto in discussione nella Camera dei Deputati.

i) La legge 12 dic. 1875, di cui si è già parlato (retro: n. 268, lettera *q*), per la istituzione di due sezioni di Corte di cass. a Roma, la quale in realtà venne a formare in Roma una quinta Corte di cassazione con attribuzioni maggiori di tutte le altre, fu fatta passare sotto apparenza di provvisorietà « sino a che sia riordinata la suprema magistratura del Regno » (art. 1) (39).

l) Il 15 aprile 1875 il Ministro Vigliani presentò alla Camera un disegno di legge sulla « istituzione della Corte Suprema di giustizia nel Regno », nel quale, portando alle conseguenze logiche il principio già ammesso nell'art. 21 del Dis. De Falco, si proponeva « una magistratura suprema, che non è propriamente né un tribunale di cassazione quale l'abbiamo, né un tribunale di terza istanza quale l'avemmo, ma è un tribunale che tiene i caratteri essenziali della Cassazione come investito della sola cognizione del diritto, e ritrae insieme delle attribuzioni della Terza istanza, in quanto applica egli medesimo il diritto al fatto » (40). Per questo disegno, la Corte Suprema, unica nella capitale (art. 1), era divisa in tre sezioni, una civile, una penale, una correzionale (art. 8), mentre per i ricorsi civili era stata istituita una speciale « commissione di ammissione », che, a differenza della tradizionale sezione dei ricorsi, doveva limitarsi a esaminare l'ammissibilità processuale dei ricorsi, senza delibarne il merito (art. 13). Il soverchio affollamento di affari portato dall'unicità era evitato adottando le disposizioni restrittive dei motivi di ricorso già stabilite dal Dis. De Falco (art. 2-4) (41); l'art. 11 introduceva il nuovo principio secondo il quale, tolto il caso in cui l'annullamento avvenisse per violazione delle norme di competenza, « la Corte applica al fatto stabilito nella sentenza il punto di diritto che decide »; l'art. 12, per evitare la difformità di opinioni giuridiche fra le tre sezioni, ammetteva in questo caso un richiamo della parte alle sezioni unite (42).

---

(38) Cfr. *Relazione*, pag. 47-49.

(39) Cfr. *Relazione* al progetto Taiani, 1882 (di cui oltre), pag. 29.

(40) Cfr. *Relazione* in *Atti della Camera dei Deputati*, Legisl. XII, Sess. 1874-75, Vol. VI, *Doc.* n. 116 Cfr. Mattirolo, *Trattato*, IV, 999; Serafini, *I Lavori del Ministero di Grazia e Giustizia dal* 1873 *al* 1876, § 6 (« Arch. Giur. », 1877, 123).

(41) Il rimedio della revocazione veniva così ad essere molto allargato: e si stabiliva che esso dovesse essere portato, anzichè alla stessa autorità che aveva emanato la sentenza, a quella più vicina e pari in grado (art. 3). Cfr. *Relazione*, pag. 5-8; Mattirolo, IV, 1063, in nota.

(42) Notevole anche l'art. 15 che esonerava il P. M. dall'intervenire alle

Il disegno Vigliani non venne messo in discussione neppure quando fu ripresentato al Senato (43).

m) Il 29 marzo 1879 fu presentato alla Camera dei Deputati un disegno per la unificazione della Cassazione penale nelle sezioni di Roma, che dovevano d'ora in avanti assumere il titolo di Corte Suprema di Giustizia; questo disegno, che poteva rappresentare un primo passo verso l'unificazione di tutto l'istituto, non fu messo in discussione (44).

n) Con decreto 12 nov. 1883, il Ministro GIANNUZZI-SAVELLI nominò, coll'incarico di studiare un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario, una commissione, che presentò un progetto, accompagnato da una Relazione compilata dal RIGHI (45), secondo il quale, al disopra dei tribunali con giudice unico e delle corti d'appello collegiali, le cinque attuali Corti di cassazione dovevano essere convertite in cinque tribunali civili di terza istanza nelle medesime sedi (art. 6, 18-20). La terza istanza aveva il carattere di rimedio ordinario nel caso di due sentenze con dispositivo disforme, mentre, nel caso di doppia conforme, il ricorso in terza istanza era ammesso soltanto in via straordinaria, quando vi fosse un motivo di nullità (art. 19). Al disopra dei cinque tribunali di terza istanza, doveva esservi in Roma una Suprema Corte di Giustizia (art. 7, 21) che pronunciasse, oltreché sulle cassazioni in materia penale, sui ricorsi fatti in materia civile dal procuratore generale contro le sentenze dei tribunali di terza istanza nel solo interesse della legge (art. 7). Alla Suprema Corte era anche attribuita la interpretazione *autentica* delle leggi dubbie (46).

o) Il 25 nov. 1885 il Ministro TAIANI presentò alla Camera dei Deputati due disegni paralleli, uno per la riforma dell'ordinamento giudiziario, l'altro per modificazioni del CPC (47), i quali riproducevano nelle linee essenziali le proposte del disegno Vigliani (retro, lett. *l*): la Suprema Corte di Giustizia, unica in Roma, divisa in quattro sezioni, due civili e due penali (Ordinamento giud., art. 76-81), applicava senza rinvio il diritto al fatto (*Modificazioni al CPC*, art. 12). I due disegni non vennero posti in discussione in questa sessione.

---

udienze civili, se non quando ricorresse nell'interesse della legge, o si trattasse di sentenze pronunciate in una causa nella quale il P. M. avesse concluso per obbligo di legge. Il deposito era aumentato (art. 6).

(43) *Atti del Senato*, Legisl. XII, Sess. 1876, *Documenti*, n. 10.

(44) *Atti della Camera dei Deputati*, Legisl. XIII, Sess. 1878-79. *Doc.* n. 201.

(45) Allegato III al Disegno di Legge TAIANI, di cui oltre.

(46) Cfr. *Relazione* cit., pag. 450.

(47) *Atti della Camera dei Deputati*, Sess. 1885, *Doc.* n. 348 e 349. Su questo progetto cfr. MATTIROLO, *Trattato*, IV, n. 472 in nota e 999 nota.

p) Ripresentati di nuovo al Senato il 15 giugno 1886 (48), furono sottoposti allo studio di una Commissione presieduta dal Ferraris, che presentò una relazione compilata dal Costa,, contenente un largo riassunto dei precedenti storici e dottrinarî sull'argomento del supremo organo di giustizia (49). La Commissione introdusse nei disegni Taiani varie modificazioni: la più importante fu quella di escludere che la Suprema Corte potesse applicare il diritto al fatto (50), stabilendo invece che la Corte dovesse in ogni caso, per violazione o falsa applicazione di legge, limitarsi ad annullare e a rinviare alla *stessa* autorità giudiziaria, la quale, giudicando in collegio composto con giudici diversi dai primi, doveva sempre uniformarsi al parere giuridico espresso dalla Corte (articoli 14-15 delle *Modif. al CPC*); la Commissione considerò poi come motivi di ricorso in cassazione alcuni che i Disegni De Falco, Vigliani e Taiani, consideravano come motivi di revocazione (51). Neppure il disegno così modificato poté esser messo in discussione.

q) Colla legge 6 dicembre 1888, che approvò quanto era già stato proposto nel 1879 (retro, lettera *m*), si unificò la Cassazione in materia penale, riconoscendosi esplicitamente che questo poteva essere il primo passo verso una generale unificazione dell'istituto (52).

---

(48) *Atti del Senato,* Legisl. XV, Sess. 1886-87, *Doc.* n. 1 e 2.

(49) *Ibidem;* cfr. fra gli allegati, l'allegato II che contiene un *Prospetto* dei precedenti progetti di legge, e l'allegato III, *Prospetto di legislazione comparata,*

(50) Cfr. pag. 58 della *Relazione* Costa.

(51) Per l'art. 5, alla revocazione, proposta alla *stessa* autorità che aveva pronunciato la sentenza, ma con giudici diversi, erano lasciati solo i motivi di contraddittorietà nel dispositivo e di nullità per l'articolo 361 CPC; motivi di cassazione erano invece gli altri. Altre disposizioni notevoli: per l'art. 9 il P. M., al quale ogni ricorso doveva subito esser presentato, poteva chiedere alla Corte di deliberare in camera di consiglio sulla inammissibilità dei ricorsi che ritenesse irregolari o infondati; per l'art. 12, la Corte in questioni dubbie poteva rimetter le parti al giudizio delle Sezioni unite; l'art. 13 riconosceva alla Corte la facoltà di emendare i motivi erronei senza accogliere il ricorso; gli art. 15-16 restringevano grandemente il campo del giudizio di rinvio; l'art. 17 ammetteva il ricorso contro provvedimenti di volontaria giurisdizione. L'art. 73 del *Progetto ord. giud.* ammetteva il ricorso anche contro le sentenze inappellabili.

(52) Disegno Zanardelli, *Atti della Camera dei Deputati,* Leg. XVI, Sess. 2ª, doc. n. 147; *Discussione* dal 26 novembre al 4 dicembre 1888; *Atti del Senato,* doc. n. 8; *Discussione* dall'8 al 16 marzo 1888, cfr. *ib. Relazione* Costa *al Senato* e *Relazione* Righi *alla Camera,* pag. 6-12. Disposizioni per l'attuazione, nel R. D. 10 febbraio 1889; modificazioni nella Legge 4 giugno 1893. Si noti però che qualche autorevole processualista penale scrive che « è augurabile il ritorno al sistema delle Cassazioni territoriali, più comodo e meno dispendioso per i ricorrenti... » (Manzini, *Trattato di proced. penale,* Torino, 1914, I, n. 153, nota 2).

r) Il 12 febbraio 1903 fu presentato alla Camera dei Deputati il disegno ZANARDELLI COCCO-ORTU (53), il quale, partendo dal principio che il sistema della Terza istanza e quello della Cassazione non sono tra loro inconciliabili, e che sia necessario da una parte ricondurre la cassazione alla sua funzione originaria e dall'altra dare ai litiganti un rimedio superiore all'appello, per mancanza del quale la Cassazione è stata finora denaturata (54), proponeva l'istituzione nelle città, che attualmente sono sede di Corte di cassazione, di cinque Corti di revisione, competenti a conoscere in terza istanza delle controversie civili già decise in appello (art. 17-18), e lo stabilimento in Roma di una Corte di cassazione unica, divisa in tre sezioni (due penali e una civile), limitata a conoscere dei soli ricorsi per violazione o falsa applicazione della legge, ai sensi del n. 3, art. 517 CPC (55). Questo disegno ebbe la stessa sorte dei precedenti.

s) Nel 1905, su proposta del Senatore PAGANO fu proposta una modificazione all'art. 8 della legge 6 dic. 1888, relativa alla composizione delle Sezioni Unite della Corte di cass. di Roma (56). Il disegno di legge fu presentato al Senato da una relazione dello stesso proponente (57) e alla Camera dei Deputati da una relazione dell'On. LUCCHINI, nelle quali si prendeva occasione dalla riforma di un dettaglio per vivacemente riaffermare la necessità di rinnovare l'intero istituto della Cassazione. E la Camera dei Deputati, sempre pronta a fare dei voti platonici, proclamò in un voto apposito « l'urgenza di provvedere al miglior assetto dell'istituto della Cassazione » (58).

t) Il 27 nov. 1906 il Ministro GALLO presentò due disegni paralleli, uno contenente modificazioni all'ordinamento giudiziario e l'al-

---

(53) *Atti della Camera dei Deputati*, Legisl. XXI, Sess. 1902-1904. *Doc.* n. 294. *Relazione*, n. VI. Critica di questo progetto in LESSONA, « Rev. trim. », II, 345. Nel 1900 il Ministro GIANTURCO aveva elaborato colla cooperazione del prof. CARLO LESSONA un progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario che comprendeva anche la riforma della Cassazione; ma non lo presentò alle Camere: ne riparlerò nel Vol. II. Si vedano su di esso gli scritti di LESSONA, in « Rev. trim. », II, 352, che riassume le linee del progetto, e nella traduzione del GARSONNET, *Trattato*, I, § 85, nota *a*, a pag. 201.

(54) Cfr. *Relazione* cit., specialmente pag. 37 e segg.

(55) Erano ammesse al ricorso anche le sentenze inappellabili. Le parti poi potevano portare direttamente in cassazione anche le sentenze di prima e di seconda istanza, rinunciando d'accordo all'appello o alla revisione. Cfr. MORTARA, *Comm.*, IV n. 354, nota 1.

(56) Legge 2 luglio 1905, n. 296.

(57) *Atti del Senato. Doc.* n. 50 *A*, Legisl. XXII, Sess. 1904-09.

(58) Cfr. lo scritto del MORTARA in *Studi in onore del* FADDA, I, 201.

tro sul riordinamento delle giurisdizioni (59). Nella *Relazione* che precedeva i due disegni era detto che l'imperfetto funzionamento della Cassazione derivava da cause relative alla funzione di questa magistratura, e da cause relative al suo ordinamento: per rimediare alle prime, richiamando l'istituto alla sua funzione primitiva coll'escludere dalla sua competenza ogni controversia che non cada direttamente sulla interpretazione della legge, il disegno, sull'esempio di altri precedenti (lettere *h, l, o*), considerava come motivo di revocazione anziché di cassazione la mancanza dei requisiti indicati nei nn. 4 e 6 dell'art. 360 CPC e i vizî indicati nei nn. 4, 5, 6, 7 dell'art. 517 CPC (Dis. *Riord. giur.*, art. 59) (60); per ovviare alle seconde, introduceva delle riforme nella composizione dei collegi e nel reclutamento dei magistrati di Cassazione e, convertendo in formula legislativa ciò che, secondo il relatore, era già una verità di fatto (61), stabiliva che: « La Corte di cassazione è unica anche in materia civile con sede principale in Roma, ed è divisa in sezioni che, oltre quelle di Roma, hanno sede in Firenze, Napoli, Palermo, Torino » (Dis. *Mod. ord. giud.*, art. 42). Con questa disposizione il Ministro GALLO, invece di affrontare, come avevano fatto i progetti precedenti, il problema della unificazione, veniva a negarlo, affermando che esso era già in pratica risolto; ma probabilmente, se questo disegno fosse stato accolto, come non fu, esso, invece di costituire un passo verso la unificazione, sarebbe riuscito a sanzionare definitivamente una condizione di equivoco, volendo far credere ai fautori della unificazione che il principio della unicità fosse già salvaguardato con una affermazione teorica, mentre la pluralità delle Corti di cassazione continuava in pratica a violarlo.

u) Il 16 marzo 1908 il Ministro ORLANDO presentò alla Camera dei Deputati (62), e il 24 maggio 1909 ripresentò alla Camera stessa (63), un disegno contenente « Nuove disposizioni intorno all'ordine e alla forma dei giudizî », nel quale, abbandonando i tentativi dei suoi predecessori di ridurre ad unicità reale od apparente le cinque Corti di cassazione, volle render definitivo il sistema della pluralità, e meglio disciplinare nella sua struttura processuale il ricorso per cassa-

---

(59) *Atti della Camera dei Deputati*, Legisl. XXII, Sess. 1904-906. *Documenti*, 544, 545.

(60) *Relazione* premessa al *Doc.* 545, pag. 17-18: cfr. l'Allegato n. 4, coi dati statistici dimostranti come questa riforma avrebbe tolto alla Cassazione circa il 40 per cento dei ricorsi. Per l'art. 61 il ricorso era ammesso *soltanto* contro le sentenze emesse in grado di appello. Cfr. MORTARA, *Comm.* IV, n. 354.

(61) *Relazione* premessa al *Doc.* n. 544, pag. 21.

(62) *Atti della Camera dei Deputati*, Legisl. XXII, Sess. 1904-1908, *Doc.* n. 968.

(63) *Atti*, Legisl. XXIII, Sess. 1909-13, *Doc.* n. 147.

zione, riconoscendolo, in un generale riordinamento del sistema dei mezzi per impugnare le sentenze, un mezzo ordinario di impugnativa quale in realtà è diventato (64). A questo scopo si proponeva che il ricorso per cassazione potesse avere sotto certe condizioni effetto sospensivo (art. 14); che fossero diminuiti i motivi di ricorso, trasformandoli alcuni in motivi di revocazione, altri in motivi di correzione (art. 15) (65); che, dopo la cassazione, il rinvio dovesse sempre avvenire alla stessa autorità giudiziaria, affinché questa provvedesse sul merito uniformandosi alla decisione della Cassazione (art. 18). In questo modo era evitato il secondo ricorso per gli stessi motivi alla Cassazione di Roma a sezioni unite, la quale quindi perdeva, in materia civile, ogni carattere di supremazia sulle altre Corti regionali (66). E' evidente che questo disegno di legge, se fosse stato approvato, avrebbe costituito sulla via della unificazione un notevole regresso; ma neppure esso, come i precedenti, fu messo in discussione (67).

Da questo lungo e sconfortante elenco di disegni di legge per la riforma della Cassazione italiana, presentati con imperturbabile costanza da tutta una serie di Ministeri, e inesorabilmente giustiziati ad uno ad uno dal silenzio del Parlamento, sembra che si riveli, dopo un cinquantennio di infruttuosi conati, un insanabile dissidio tra due tendenze che si trovano in urto, come in ogni campo della nostra vita politica, così nel campo giudiziario. Da un lato sta la parte più autorevole, più illuminata e più spassionata della dottrina, reclamante una riforma razionale dell'istituto che, qualunque sia il sistema che si reputi migliore, valga a togliere il nostro ordinamento giudiziario dallo stato di « provvisorietà cronica » in cui si trova; dall'altro c'è una coalizione potente di interessi regionali e professionali che oppone alle belle ragioni teoriche dei riformatori la resistenza passiva di chi preferisce, pur che i lucri non cessino, che le cose restino perpetuamente

---

(64) Cfr. *Relazione* al disegno, n. IV, pag. 10 e segg.

(65) I motivi di cassazione erano così ridotti (art. 16) a cinque: 1° omissione o violazione di forme prescritte a pena di nullità; 2° violazione dell'art. 357 CPC o 264 RGG; 3° mancanza di dispositivo o di motivazione (con facoltà nella Corte di cassazione di correggere la motivazione); 4° violazione o falsa applicazione di legge; 5° violazione della cosa giudicata. Il ricorso era ammesso anche contro le sentenze pronunciate in unico grado. Cfr. le critiche del Chiovenda, *Principii*, pag. 1038.

(66) *Relazione* che precede il disegno, pag. 14.

(67) Fra i molti scritti critici su questo progetto, in ciò che si riferisce alla Cassazione, cfr. quelli di Chiovenda (in *Nuovi Saggi*, pag. 145); di D'Amelio (in « R. d. co. », 1908, I, 387-393); di De Palo (*ib.*, 1909, I, 693-702); di Lessona (in « Rev. trim. », IX, 354-359); di Quarta (in « Cass. unica civile », anno XIII, col. 1-5, e col. 33-39); di Stolfi (in « Giur. it », 1912, I, n. 7 e segg.).

come sono, anche se con disdoro della nostra Patria; e il Parlamento continua anche in questo campo a dare un esempio tipico di impotenza, senza riuscire ad imporre ai reluttanti la riforma, e senza osare di confessar chiaramente che di questa riforma la maggioranza non vuol sentir parlare.

A testimoniare l'inguaribile dissidio sta, oltre una pleiade di disegni di riforma extraparlamentari (68), una imponente letteratura che va di anno in anno crescendo. Ma di ciò ci occuperemo di proposito nella parte teorica: qui basti, per la storia, ricordare che di questa letteratura sono parte cospicua alcune mirabili pagine di Lodovico Mortara, che contengono contro l'attuale sistema delle Corti regionali una spietata requisitoria, notevole sia per la competenza scientifica e per l'altissimo grado giudiziario dell'Autore, sia per la cruda e obiettiva sincerità con cui essa mette a nudo lo sconcio nelle sue radici (69).

272. — Dovremmo ora, logicamente, dopo aver riassunto le tappe attraverso le quali siamo giunti a questa singolare *contradictio in adiecto* della vita giudiziaria, che è il sistema della « Cassazione plurima » oggi vigente in Italia, esaminare più da vicino, e più ampiamente di quello che si sia fatto nel diritto francese e nel diritto germanico, quale è la struttura dommatica dell'istituto nel nostro diritto positivo. Ma siccome questa disamina è appunto lo scopo ultimo e principale di questa introduzione storica, saranno ad essa riservate altre parti del presente studio; e qui, per integrare le notizie date finora in un unico « quadro di insieme », riuniremo in uno schematico elenco per materia le principali fonti di diritto positivo italiano che regolano l'istituto della Cassazione così nell'ordinamento giudiziario come nel diritto processuale.

---

(68) Si cfr., per es., Circolo Giuridico di Palermo, *Studio per un progetto di costituzione della suprema magistratura* (Palermo, 1892); e gli altri progetti riassunti in Cavalleri, *L'istituto della cassazione e della terza istanza* (Milano, 1902, capo IX). Di tutti i progetti parlamentari, riassunti nel testo in ordine cronologico a scopo storico, e dei molti progetti extraparlamentari che non ho finora neppur ricordati, sarà tenuto conto, dal punto di vista dommatico, nel Capit. XIII del Vol. II, al quale rimando.

(69) *La Corte di Cassazione come è e come dovrebbe essere* (« Riv. d'Italia », 1904, II, 534); *Della necessità urgente di restaurare la Corte di Cassazione*, cit.; *Intorno ai problemi dell'ordinamento giudiziario* (« Giur. It. », 1917, IV, 58). Altri scritti recenti sulla riforma della Corte di Cassazione sono quelli dello Stolfi, uno già citato in « Giur. It. », 1912; l'altro, *La riforma giudiziaria e la Corte di cassazione* in « Rivista di diritto pubblico », 1914, 483. Cfr., anche qui, Vol. II, capit. XIII.

A. — Scopo fondamentale dell'istituto: art. 122 L O G.

B. — Ordinamento e competenza delle Corti di cassazione.

a) Sede delle Corti di cassazione e divisione in sezioni: art. 125-127, 285 L O G; art. 2-4 L. 6 dic. 1888; art. 20 L. 19 dic. 1912; art. 1 L. 27 dic. 1914.

b) Attribuzioni e reclutamento del personale.

1) Presidenti e Consiglieri: art. 126, 128 L O G; art. 11 L. 19 dic. 1912; R. D. 10 giugno 1909.

2) Pubblico Ministero: 130, 143, 148 L O G; art. 11 L. 19 dicembre 1912.

3) Cancellieri e segretari: 162, 163, 170 L O G; 295 R G G; art. 17 L. 18 luglio 1907.

4) Ufficiali giudiziarî: art. 173 e seguenti L O G; art. 8 L. 19 marzo 1911.

c) Disposizioni di ordine interno e disciplinare.

1) Divisa ufficiale: art. 158, 160, 161, 166, 167 R G G.

2) Sorveglianza disciplinare: 217, 218, 227, 242, 246, 247, 250 L O G.

3) Attinenze col Cons. superiore della magistratura e col Consiglio giudiziario centrale: art. 12-13 L. 19 dic. 1912; art. 1 R. D. 9 febbraio 1913.

d) Patrocinio dinanzi alle C. di cass.

1) Professionisti: art. 15 L. 8 giugno 1874; R. D. 6 gennaio 1876; D. L. 13 aprile 1919, n. 577, art. 1 cpv. 2°.

2) Patrocinio gratuito: art. 1 R. D. 6 dic. 1865; art. 3 L. 19 luglio 1880.

e) Competenza delle C. di cass.

1) della C. di cass. di Roma: art. 547 C P C; art. 3 L. 12 dicembre 1875; L. 31 marzo 1877; L. 6 dic. 1888; R. D. 2 giugno 1889; art. 6, 9 L. 7 marzo 1907; art. 516, 532, 533, 541 C P P.

2) delle C. di cass. regionali: art. 123, 124 L O G; art. 88, 517 CPC; art. 108, 115, 119, 120, 785 CPC; art. 2 L. 12 dicembre 1875; art. 8 L. 6 dic. 1888.

3) Conflitti fra la C. di cass. di Roma e le Corti di cass. regionali: art. 6-9 R. D. 23 dic. 1875.

C. — Ricorso per cassazione in materia civile.

a) Relazioni con altre impugnative: art. 465 C P C.

b) Motivi di ricorso: art. 517, 361 C P C.

c) Sentenze impugnabili: 123 L O G; 31, 509, 517 C P C; art. 11, 41 L. 8 giugno 1874 (Avvocati e procuratori); art. 98 R. D. 2 luglio 1908, n. 325 (O. G. Eritrea); art. 1 R. D. 8 giugno 1911 n. 937 (O. G. Somalia); art. 1 R. D. 3 agosto 1909, n. 600; art. 28 L. 13 luglio 1910, n. 465 (Terremoto); art. 156 L. 16 febbraio 1913, n. 89 (Notariato); art. 49 Legge Comunale e Prov. 4 febbr. 1915, n. 148; art. 34 cpv. 1° Legge Elettorale Politica, T. U. 2 sett. 1919, n. 1495; art. 7 R. D. 20 marzo 1913, n. 289 (O. G. Libia).

d) Procedimento (art. 155 cpv. ultimo C P C).

1) Pluralità di parti: art. 469-471 C P C;

2) Termine per ricorrere: art. 518 C P C; art. 155-156 L. 16 febbr. 1913; art. 11 legge 15 giugno 1893, n. 295 (Probiviri); art. 49 cpv. 2° Legge C. Pr. 4 febbraio 1915; art. 34 cpv. 2° T. U. 2 sett. 1919, n. 1495; art. 47 R. D. 20 marzo 1913 (Libia).

3) Deposito: art. 500, 521 C P C; art. 156 cpv. L. 16 febbraio 1913 (Notariato); art. 11 L. 15 giugno 1893 (Probiviri); art. 36 T. U. 2 settembre 1919, n. 1495; art. 55 L. Com. Prov. 4 febbr. 1915.

4) Mandato: art. 522 C P C; art. 49 cpv. 1° Legge C. Pr. 4 febbraio 1915; art. 34 cpv. 1° T. U. 2 sett. 1919, n. 1495.

5) Forma del ricorso: 523, 524 C P C.

6) Notificazione alla controparte: 525 C P C; 289 R G G.

7) Presentazione in cancelleria: 526, 527 C P C.

8) Dichiarazione di inammissibilità: 528 C P C; 292 R G G.

9) Ricorso adesivo: 529 C P C; 289 R G G.

10) Effetto del ricorso: 520, 309, 750 C P C.

11) Controricorso: 531 C P C; 289 R G G.

12) Termini e modalità del procedimento: 530; 532-535 C P C; 290, 291 R G G.

13) Discussione all'udienza: 536-538 C P C; 289, 293 R G G.

e) Sentenza: 539-545; 548-549; 554 C P C; 305 R G G.

f) Giudizio di rinvio: 546, 547 C P C.

g) Rinuncia al ricorso: 550-552 C P C; art. 46 R. D. 20 marzo 1913 (Libia).

h) Ricorso nell'interesse della legge: 519 C P C.

i) Controversie sulla esecuzione e sulle spese: 571, 103 C P C (70).

---

(70) La letteratura esegetica sarà citata nella parte teorica. Qui basti ricordare le opere di carattere generale: Chiovenda, *Principii*, pag. 428-432, e § 87; Lessona, *Manuale*, nn. 261-273; Mariani, *Corso elementare*, I, Tit. VIII; Manfredini, *Corso*, I, 703 e segg.; Mattirolo, *Trattato*, IV, articolo VI; Mortara, *Commentario*, I, nn. 66 e segg.; II, nn. 15 e segg.; IV, nn. 351 e segg.; Pescatore, *Sposizione compendiosa della proc. civile e criminale*, I, pag. 97 e segg.

273. — L'istituto della Cassazione, quale esiste nel diritto positivo attualmente vigente in Italia (71), riproduce nelle linee fondamentali il sistema francese, che ha servito di modello alla nostra legislazione attraverso i Codici degli Stati precedenti all'unificazione, specialmente attraverso le leggi giudiziarie piemontesi. La Corte di cassazione accolta nel nostro ordinamento è stata fin dal suo inizio creata come un organo essenzialmente giudiziario: essa ha assunto dunque fin dalla sua fondazione quella funzione di controllo giudiziario sulla uniformità della interpretazione giurisprudenziale, che in Francia, come si è visto, rappresentò una evoluzione dalla primitiva funzione extra-giudiziaria di controllo sulla separazione dei poteri. Questo carattere nettamente giudiziario della istituzione si trova messo in luce nelle discussioni parlamentari, nelle quali, se da molti oratori è riaffermata l'origine politica della Cassazione in Francia (72), è riconosciuto però senza eccezioni che in Italia la Corte di cassazione è « una particolare giurisdizione che appartiene all'ordine giudiziario, che è contenuta nell'ordine giudiziario, che è al vertice dell'ordine giudiziario... » (73); e che, se la Corte di cassazione, « posta all'apice del potere giudiziario, se ne distacca quasi assidendosi arbitra e custode di tutti e tre i po-

---

(71) Il sistema della Cassazione non è, naturalmente, accolto dalla legislazione processuale della Repubblica di San Marino, dove vigono ancora gli antichi statuti del diritto comune: qualche eco del sistema della Cassazione si trova però nelle leggi processuali recenti, come nella *Legge procedurale sulle controversie innanzi il Conciliatore* del 10 dic. 1884, che ammette (art. 70) un ricorso per revisione alla Reggenza se la sentenza: « 1° contenga violazione o falsa applicazione di legge », etc. (*Raccolta delle Leggi e Decreti della Repubblica di San Marino,* Prima edizione ufficiale, Città di Castello, 1900).

(72) L'On. Pisanelli nella seduta del 20 febbraio 1865 diceva: « La Corte di Cassazione segna il punto del distacco del potere legislativo dal potere giudiziario, ed entra tra essi come argine della loro separazione e propugnacolo della loro mutua indipendenza... » (*Atti della Camera dei Deputati, Discussioni* cit., pag. 4747); cfr. anche le parole dell'On. Crispi (*ib.*, pag. 4750). E' singolare però notare come in qualche documento ufficiale la funzione caratteristica che la Corte di cassazione ha esercitato in Italia fino da quando è stata accolta, sembri essere interamente ignorata, con ragionamenti che somigliano a quelli coi quali l'istituzione politica veniva definita dagli oratori dell'Assemblea francese. Nella *Relazione* De Falco del 21 maggio 1872 si trova, non senza meraviglia, detto: « Non vorrei si avesse a credere che non già la violazione espressa della legge, ma quella soltanto della sua interpretazione sia materia sufficiente agli annullamenti (!). E' gravissima cosa il rescindere ed annullare una sentenza inappellabile, e il tribunale di cassazione è istituto giudiziario messo a custodia della legge, non accademia intesa alla scienza della legislazione. Il suo mandato perciò è sempre circoscritto a quel supremo scopo indicato da Macro e da Modestino... etc. ». Cfr. la critica di Pescatore, *Filosofia e dottrine giuridiche* (Torino, 1881), I, 444.

(73) Discorso dell'on. Mosca nella seduta del 21 febbraio 1865, l. c., pag. 4762.

teri..., da ciò non deriva la conseguenza che la Cassazione non sia una istituzione giudiziaria, ma politica: essa è sempre una istituzione giudiziaria, perché la sua missione è quella di interpretare e applicare la legge... » (74). Le diversità di dettaglio che passano fra la Cassazione francese e quella italiana saranno di volta in volta rilevate e commentate nella parte dogmatica di questo Studio; le differenze più appariscenti si riducono però a due: la prima consiste nella pluralità delle Corti di cassazione italiane che si contrappone alla unicità della Corte di cassazione in Francia e in tutti i paesi che dalla Francia hanno imitato l'istituto; la seconda consiste nell'abolizione, effettuata dal nostro CPC e dalla LOG del 1865, della sezione dei ricorsi, che tuttora esiste, sotto il nome di *chambre des requêtes*, nell'ordinamento francese (75).

Per ciò che attiene alla parte più strettamente processuale del ricorso per cassazione, il nostro ordinamento presenta, di fronte a quello francese, e di fronte a quello del CPC sardo del 20 novembre 1859, che è il precedente più diretto del nostro diritto positivo, qualche diversità di procedimento derivante specialmente dalla mancanza nel nostro diritto della sezione dei ricorsi (76) e da un diverso criterio adottato dal nostro Codice nello stabilire i limiti fra i motivi di revocazione e i motivi di cassazione (77).

---

(74) *Relazione* al progetto ZANARDELLI-COCCO ORTU, cit., pag. 40. Cfr. anche la *Relazione* al progetto ORLANDO.

(75) Cfr. *Relazione* PISANELLI, 26 novembre 1863, n. 395. Cfr. anche *Verbali della Commissione di coord.*, ediz. cit., pag. 94. Esame delle differenze tra il diritto francese, il diritto belga e il diritto italiano in tema di Cassazione in ALLARD, *Esame critico*, § XXXI.

(76) Si cfr. sulla opportunità di stabilire la sezione dei ricorsi da noi, MATTIROLO, IV, 1125. Il nostro Codice non ammise neppure, come stabiliva il R. E. piemontese 30 ottobre 1847, art. 15-16, che il ricorso per cassazione non potesse esser notificato all'avversario se non dopo un decreto autorizzativo della Corte: cfr. *Relazione* PISANELLI, l. cit. Altrimenti avviene nel processo penale, ove alla istituzione della sezione dei ricorsi si è sostituita l'attribuzione al giudice *a quo* della potestà (già limitatamente ammessa nell'art. 8 della Legge 12 dicembre 1875) di esaminare se il ricorso è formalmente ammissibile: cfr. MANZINI, *Trattato di procedura penale italiana* (Torino, 1914), II, n. 508; STOLFI, *La riforma giudiziaria e la Corte di cassazione* cit., n. 4. Più ampiamente, su tutto questo, Vol. II, Cap. XIII.

(77) Cfr. *Relazione* PISANELLI, nn. 389-391.

SINTESI STORICA
SULL'ORIGINE E LO SVILUPPO DELLA CASSAZIONE

SOMMARIO: 274. Il problema dell'origine storica della Cassazione: per risolverlo, bisogna scomporre l'istituto nei suoi elementi. — 275. Gli elementi costitutivi della Corte di cassazione e del ricorso per cassazione. — 276. Origine storica dei diversi elementi costitutivi della Corte di cassazione. — 277. Origine storica dei diversi elementi costitutivi del ricorso per cassazione. — 278. Definizione della Cassazione nei suoi caratteri essenziali. — 279. Conclusione: la Cassazione ha origine totalmente francese.

274. — Si è veduto, nel corso della indagine storica ora terminata, che ripetutamente gli studiosi hanno creduto di aver trovato in qualche istituto giudiziario dei secoli andati la vera origine della moderna Cassazione; e sempre, quando ci siamo soffermati a esaminare la fondatezza di questi tentati riavvicinamenti, si è dovuto concludere che si trattava di analogie meramente estrinseche, che contenevano una profonda diversità di sostanza. La innegabile inconcludenza di tutti questi tentativi di riannodare l'istituto che è oggetto del presente Studio a formazioni italiane o straniere anteriori al periodo della Rivoluzione francese, deriva senza dubbio dalla unilateralità colla quale i raffronti sono stati finora condotti, mentre non vi è creazione giuridica più poliedrica della Cassazione attuale, che, per essere a pieno compresa nella sua funzione caratteristica, dev'essere considerata nella totalità delle sue molteplici sfaccettature.

Per risolvere il problema della origine storica della Cassazione, noi possiamo ora, riassumendo il lungo lavoro analitico compiuto fin qui, considerare dissociati dinanzi a noi — come nel gabinetto del chimico si vedono isolate le sostanze semplici di cui i corpi composti risultano — gli elementi da cui l'istituto, così complesso e così evoluto nella sua concreta esistenza, può scientificamente considerarsi formato. Vedremo così che, di questi elementi, non tutti hanno, per chi voglia cogliere la fisionomia caratteristica dell'istituto, la stessa importanza: mentre alcuni, infatti, sono assolutamente propri della Cassazione e costituiscono i tratti originali che servono a farla distinguere da qualsiasi altra formazione affine, certi altri hanno un carattere accessorio e

secondario, poiché non sono esclusivi della Cassazione, ma si incontrano identici anche in altri istituti che colla Cassazione non hanno in sostanza niente che fare; e ci accorgeremo altresì che le analogie, colle quali si è voluto far risalire al di là della Rivoluzione francese la origine del nostro istituto, hanno sempre preso come soli termini di paragone questi elementi secondari, che non possono contenere in sé i profondi caratteri differenziali dai quali la Cassazione è definita.

275. — Cominciamo intanto a ripetere qui un canone fondamentale, già enunciato nella *Introduzione* (retro, n. 2), del quale si è cercato di tener conto metodicamente nelle ricerche storiche finora compiute: il canone secondo il quale quell'istituto complesso che vien richiamato nel nostro pensiero quando pronunciamo la parola « *Cassazione* », risulta in realtà da un sistema di due istituti che si integrano a vicenda, l'uno nel campo dell'ordinamento costituzionale e giudiziario, — la *Corte di cassazione* —, l'altro nel campo del diritto processuale, — il *ricorso per cassazione* —.

Ambedue questi istituti tra loro complementari possono essere ormai, per chi ne abbia seguito dalla origine fino ai tempi nostri la evoluzione, racchiusi in una definizione sintetica, la quale deliberatamente astragga da tutte quelle funzioni accessorie che ragioni di opportunità pratica hanno a poco a poco, nel volger dei tempi, accumulate sulle funzioni fondamentali, e per me sole interessanti, degli istituti stessi: potremo dunque, riassumendo le nozioni forniteci finora dallo studio storico, dare le seguenti definizioni di quello che sono, *nel diritto francese contemporaneo,* la Corte di cassazione e il ricorso per cassazione.

« La Corte di cassazione è un organo giudiziario supremo, unico nello Stato, che per uno scopo diverso da quello strettamente giurisdizionale, cioé per lo scopo di controllare che i giudici decidano le controversie secondo la legge e che sia mantenuta in tutto lo Stato la uniformità della interpretazione giurisprudenziale, annulla, su ricorso degli interessati, le sentenze dei giudici inferiori che contengano un errore di diritto nella decisione di merito ».

« Il ricorso per cassazione è un'azione di impugnativa che si porta dinanzi all'organo giudiziario supremo per ottenere l'annullamento di una sentenza di un giudice inferiore, che contenga un errore di diritto nella decisione di merito ».

Dalle due definizioni risulta che il concetto di Corte di cassazione si può scomporre nei seguenti elementi:

1° organo giudiziario supremo, unico nello Stato;

2° funzionante per uno scopo diverso da quello giurisdizionale, cioé:

3° *a*) per lo scopo di controllare che i giudici decidano le controversie secondo la legge;

4° *b*) per lo scopo di controllare che sia mantenuta in tutto lo Stato la uniformità della interpretazione giurisprudenziale;

5° con potere negativo di annullamento:

6° sulle sentenze contenenti un errore di diritto nella decisione di merito.

Il concetto di ricorso per cassazione, a sua volta, risulta dai seguenti concetti elementari:

1° azione di impugnativa;

2° portata dinanzi a un giudice superiore;

3° per ottenere l'annullamento di una sentenza;

4° che contenga un errore di diritto nella decisione di merito.

Dobbiamo ora colla massima brevità, riportandoci a quanto si è detto nei capi precedenti, ricordare quali precedenti storici abbia ciascuno di questi concetti elementari da cui risultano le due definizioni, allo scopo di poter cogliere con precisione in che veramente consiste la originalità dei due istituti.

276. — Cominciamo dalla definizione di Corte di cassazione.

1] L'esempio di un organo giudiziario supremo, unico in tutto lo Stato, non è offerto per la prima volta nella storia dalla Corte di cassazione: gli ordinamenti giudiziarî di tutti gli Stati monarchici, a partire dall'Impero romano, ci mostrano al vertice della gerarchia dei tribunali un organo supremo, che, intorno al sovrano o come diretta derivazione del sovrano, concentra in sé la somma dei poteri giurisdizionali: i *sacra auditoria principis* dell'Impero romano (retro, n. 35), la *Curia regis* dei diritti germanici (retro, n. 52), i tribunali di terza istanza del diritto comune italiano e tedesco (retro, nn. 87-95), il *Parlement* prima (retro, n. 100) e poi il *Conseil du Roi* (retro, nn. 127-137) in Francia sono altrettante incarnazioni di questo concetto. E' vero che l'organo di cassazione sorse in Francia, nella concezione originaria dell'Assemblea, come un organo posto fuori del potere giudiziario (retro, nn. 154 e 177), e in questa sua prima forma sarebbe difficile trovargli dei precedenti; ma quando esso, nella sua successiva evoluzione, entrò a poco a poco nell'orbita giudiziaria (retro, nn. 179-184), la sua posizione divenne esteriormente simile a quella dei tribunali supremi dei quali la storia ci offre, come si è visto, esempi numerosi e cospicui.

2] Gli organi giudiziarî ai quali sopra abbiamo accennato funzionavano tutti quanti a scopo esclusivamente giurisdizionale; essi erano, cioé, gerarchicamente superiori agli altri tribunali, ma non diversi da essi per la natura della loro funzione. Invece la Corte di cassa-

zione funziona, per definizione, « per uno scopo diverso da quello giurisdizionale ».

Il fenomeno di un organo che pur appartenendo all'ordinamento giudiziario e pur funzionando, di fronte ai litiganti, come un vero e proprio organo giurisdizionale, non trova nella giurisdizione la ragione della sua esistenza, poiché, attraverso la giurisdizione, mira al raggiungimento di uno scopo non giurisdizionale, non si incontra con frequenza nella storia.

Qualcosa di simile abbiamo visto nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America, che alla *Supreme Court* attribuisce, colla suprema giurisdizione federale, lo scopo di controllare la costituzionalità delle leggi (retro, n. 243); ma, all'infuori di questo esempio isolato, unico precursore della Corte di cassazione in questa caratteristica fu il *Conseil des parties* della monarchia francese, il quale, come si è veduto (retro, n. 114), non cassava le sentenze allo scopo di render giustizia ai privati, ma allo scopo di difendere le prerogative regie contro le usurpazioni dei Parlamenti.

3] La storia degli ordinamenti giudiziarî ci offre molteplici esempî di cautele di varia natura istituite allo scopo politico di difender la legge dalle eventuali trasgressioni dei giudici (nomofilachia). Tali cautele si limitavano talvolta a fissare conseguenze processuali di invalidità contro le sentenze che contenessero una violazione di legge, come accadeva nel diritto romano, che considerava inesistenti le sentenze rese *contra ius constitutionis* (retro, n. 10 e segg.), o in qualche legislazione particolare del diritto intermedio, che considerava annullabile la sentenza pronunciata contro lo Statuto o contro le Costituzioni (retro, nn. 79 e 83); o a minacciare pene contro i giudici responsabili della violazione, come avveniva nel diritto romano (retro, n. 17), soprattutto nel diritto statutario (retro, n. 79) sulle traccie degli antichi diritti germanici (retro, nn. 44-48). Ma di frequente queste cautele si spingevano fino alla creazione di appositi organi, incaricati di imporre la osservanza della legge non solo ai giudici, ma a tutti i pubblici magistrati, come erano i « Conservatori delle leggi » e altre magistrature consimili nelle legislazioni statutarie (retro, nn. 80-84), i quali peraltro reprimevano qualunque inesecuzione di legge, senza attribuire speciale gravità all'errore di diritto *in iudicando* (retro, n. 84).

Anche qui l'istituzione che più si avvicina alla moderna Corte di cassazione si deve cercare in Francia, dove, sotto l'*ancien régime*, la funzione di cassazione assunta dal *Conseil des parties* aveva apertamente di mira la difesa delle *ordonnances* regie contro la inosservanza dei giudici (retro, nn. 111-114).

4] La storia del diritto non ci offre nessun esempio anteriore alla Rivoluzione francese di un organo appositamente creato per uni-

ficare la interpretazione giurisprudenziale delle leggi. In diversi momenti storici, specialmente nelle grandi monarchie, la cui compagine era minata da tendenze disgregratrici centrifughe, appare nel potere politico centrale la preoccupazione di assicurare la unità del diritto contro le deviazioni locali (retro, n. 27, n. 113); ma si crede di ottener ciò col vietare ai giudici ogni interpretazione del diritto obiettivo (retro, nn. 36, 137, 246), anziché col disciplinare verso la uniformità questa interpretazione. E se d'altra parte, nel periodo intermedio, poté in pratica avere effetto di unificazione della interpretazione giudiziaria la giurisprudenza dei supremi tribunali dello Stato (retro, n. 27, n. 52, nn. 93-94), ciò non significa che quei tribunali supremi avessero preordinatamente come loro ufficio politico quello di accentrare e rivedere la interpretazione giurisprudenziale data dai tribunali inferiori. Lo scopo di unificare la giurisprudenza non si riscontra neppure nel *Conseil des parties,* che pure ha tante analogie colla Corte di cassazione (retro, n. 137); anzi, per essere esatti, non si riscontra neppure nel primitivo *Tribunal de cassation* nato dall'Assemblea (retro, n. 178), e nasce solamente in seguito, attraverso la pratica giudiziaria (retro, nn. 191, 193, 202), trasfusa poi in norme codificate nelle legislazioni che hanno preso a modello l'istituto francese, specialmente nella legislazione processuale germanica (retro, n. 222).

5] Gli ordinamenti giudiziarî del diritto intermedio offrono diversi esempi di organi il cui compito unico o prevalente era quello di togliere efficacia giuridica a sentenze di giudici inferiori, senza direttamente sostituire la decisione annullata con una nuova decisione positiva. Ciò si riscontra principalmente in quelle magistrature che erano istituite per controllare la regolarità formale delle sentenze emesse dai tribunali, e che, qualora riconoscessero la esistenza di qualche *error in procedendo,* si limitavano a toglier di mezzo il giudicato rinviando la controversia ai giudici competenti per la nuova trattazione sul merito: esempî tipici, la magistratura dei Sindaci veneziani, e la Segnatura romana (retro, n. 86). Il carattere meramente negativo del potere di questi organi aveva origine in ragioni processuali, non in ragioni politiche paragonabili a quelle che inizialmente motivarono il potere negativo della Corte di cassazione (retro, n. 164); ma esteriormente il fenomeno era simile, e non si può dire pertanto che, da questo punto di vista, la struttura della Cassazione rappresenti nella storia del processo una assoluta novità.

6] Non abbiamo incontrato nell'analisi storica e comparata precedentemente compiuta, nessun esempio anteriore alla Corte di cassazione di tribunali ai quali si potesse ricorrere soltanto contro le sentenze viziate da un *error in iudicando* nella risoluzione della questione di diritto. Casi sporadici di risoluzioni di questioni di diritto per parte di

un organo superiore si hanno nel processo per rescritto del diritto romano imperiale (retro, n. 36) e nell'*Aktenversendung* del diritto comune tedesco che poteva produrre una semplice *revisio in iure* (retro, n. 72); ma nel primo caso la risoluzione del punto giuridico aveva carattere legislativo più che giudiziario, e nel secondo si trattava di un residuo, tutto proprio del processo germanico, di antichi sistemi processuali in cui i giudici non erano mai chiamati a risolvere questioni di fatto (retro, n. 41).

Un precedente della Corte di cassazione potrebbe, per il carattere che qui si esamina, scorgersi nella giurisdizione civile della *House of Lords*, alla quale si può appellare di regola solamente per *error in law* (retro, n. 242); ma già si è visto che la maggior frequenza colla quale vengono portate alla risoluzione di questo tribunale le questioni di diritto non deriva da limitazioni imposte alla sua competenza, ma dalla speciale conformazione dei mezzi di impugnativa nel diritto inglese.

277. — Passiamo ora ad analizzare dal punto di vista storico gli elementi del ricorso per cassazione.

1] Il concetto di azione di impugnativa contro una sentenza viziata da un difetto che non ne produce la inesistenza giuridica, ma che la mantiene per un certo tempo in condizione di annullabilità, nasce, come si è visto (retro, n. 56) nel processo statutario, dalla fusione di elementi romani (speciali conseguenze attribuite ad alcuni vizi del giudicato: retro, n. 7) con elementi germanici (principio della « validità formale » della sentenza: retro, n. 42). Qui possiamo trovare i primi esempi di un diritto di impugnativa che, a differenza della *revocatio in duplum*, semplice azione di accertamento negativo (retro, n. 9), e a differenza dell'*appellatio* romana, mezzo destinato a ottenere una ulteriore istanza all'infuori di ogni specificazione di vizî nella sentenza (retro, n. 32), nasce dall'esistenza di determinati difetti nel giudicato e mira a produrre effetti costitutivi.

2] All'*appellatio* del diritto romano bisogna invece risalire quando si voglia trovare l'origine del cosidetto effetto devolutivo (retro, nn. 30-34). Si deve notare però che, mentre per l'*appellatio* romana aveva luogo una devoluzione completa, perché si ricorreva al giudice superiore per ottenere una nuova trattazione di tutto il processo, un effetto devolutivo limitato, com'è quello che ha il ricorso per cassazione, che non porta al giudice superiore la piena cognizione di tutta la causa, ma solamente la cognizione dei vizî della sentenza impugnata, si trova accennata per la prima volta nelle legislazioni barbariche, che trasformano il concetto dell'appello romano (retro, n. 48), e decisamente affermata nella *querela nullitatis* del diritto statutario, che si formò, per indub-

bio influsso dell'appello romano, come una impugnativa portata al giudice superiore (retro, nn. 57-58).

3] Nella *querela nullitatis* del diritto statutario e del diritto comune il nostro ricorso per cassazione trova perfetto riscontro anche per ciò che si riferisce agli effetti della impugnativa, i quali consistevano nella invalidazione di una sentenza che, pur avendo già acquistato esistenza giuridica, era però viziata da determinati difetti, con conseguente rinvio della causa al giudice inferiore per la emanazione di una nuova sentenza di merito (retro, n. 68). Dal punto di vista processuale, e prescindendo dal contenuto politico dei motivi di ricorso, la struttura della querela di nullità è identica alla struttura del ricorso per cassazione odierno; bisogna però ricordare che se questa analogia tra *querela nullitatis* e ricorso in cassazione esiste oggidì, quando la Corte di cassazione è diventata un organo giudiziario, tale analogia non esisteva quando, nel periodo iniziale dell'istituto sotto l'*ancien régime* prima e poi nella Francia rivoluzionaria, ragioni politiche facevano sì che il concetto di « cassabilità » fosse ben diverso da quello di « annullabilità » proprio del diritto comune (retro, nn. 120 e 172).

4] Già nel diritto romano troviamo il fenomeno della estensione di quelle conseguenze giuridiche che sulla validità di una sentenza producevano i difetti di costruzione processuale (*errores in procedendo*) alle sentenze viziate da alcuni più gravi *errores in iudicando* (retro, n. 17); e questo fenomeno per cui nel diritto romano erano giuridicamente inesistenti le sentenze date *contra ius constitutionis*, si riproduce nel diritto comune, che estende il concetto di annullabilità anche alle sentenze viziate da *notoria iniustitia* nella decisione del merito (retro, nn. 61-67), e nel diritto francese anteriore alla Rivoluzione, che nel concetto di *contravention aux ordonnances* comprende vizî di procedimento e vizi di decisione (retro, n. 122). Ma ciò che costituisce la assoluta originalità del ricorso per cassazione nel diritto odierno è questo: che esso (lasciando da parte la cassazione per *errores in procedendo*, che non ha nulla di comune col peculiare scopo politico dell'istituto: retro, nn. 174, 194) è un mezzo di impugnativa che serve a far valere tra gli *errores in iudicando* tutti e soltanto quelli che consistono in un errore di diritto (retro, n. 182): questo carattere non si ritrova in nessun altro mezzo di impugnativa diverso dal ricorso per cassazione, poiché — a prescindere dalla *Urtheilsschelte* germanica, della quale solo in un senso tutto peculiare si può dire che aveva sempre come presupposto un errore di diritto (retro, n. 41) — tanto il diritto romano, che considerava come causa di inesistenza del giudicato solamente l'errore *contra ius constitutionis* (retro, n. 22), quanto il diritto comune, che considerava come motivo di annullabilità solamente l'errore *contra ius in thesi clarum* (retro, nn. 67, 85), non

trattavano alla stessa stregua tutti quanti gli errori di diritto intervenuti nel giudicato, ma solamente alcune categorie di essi, considerati come particolarmente gravi. Il ricorso per cassazione invece è un rimedio esperimentabile *per tutti quanti indistintamente gli errori di diritto in iudicando,* anche se questi sono intervenuti nella premessa minore del sillogismo (*fausse application de loi*: retro, n. 182); in ciò consiste la vera novità, la quale, preannunciata già nella cassazione dell'*ancien régime* (retro, n. 132), non si deve alla creazione dell'Assemblea rivoluzionaria (retro, n. 161), ma alla evoluzione pratica che l'istituto ha compiuto in Francia nella prima metà del secolo XIX (retro, n. 202).

278. — Questo breve riassunto, raggruppato intorno agli elementi costitutivi dell'istituto, dei risultati concreti della nostra indagine storica, giustifica quanto più sopra (retro, n. 275) dicemmo, poiché dimostra che, se alcuni caratteri secondari ed accessori della Cassazione trovano qualche precedente nel passato, vi sono però alcuni caratteri fondamentali che in questo moderno istituto compaiono per la prima volta, e che nella storia degli ordinamenti giudiziarî rappresentano una indiscutibile innovazione. Quando parliamo della Corte di cassazione o del ricorso per cassazione, queste locuzioni ci potrebbero far credere che il carattere essenziale dei due istituti dovesse ricercarsi nella loro rispettiva funzione di annullamento, dal momento che il concetto di annullamento è etimologicamente insito nella parola « cassazione »: invece, come si è visto, la originalità degli istituti stessi non consiste nel fatto che essi servono a « cassare » una sentenza, ma nei motivi e nello scopo politico per cui essi la cassano; talché quando noi cerchiamo di formarci in mente un'idea giuridicamente precisa di quello che è oggi la Cassazione, possiamo del tutto prescindere dalla etimologia della parola, e riconoscere nei suoi elementi assoluti e non contingenti la presenza del nostro istituto anche in quelle legislazioni che all'organo supremo di cassazione dànno l'ufficio di risolvere positivamente le questioni di diritto (come accade per la *Revision* germanica: retro, n. 218) senza limitarlo a una funzione negativa di annullamento.

Il concetto della Cassazione, spogliato di tutti i suoi caratteri accessori, che possono anche mancare o trovarsi anche in altri istituti, si può dunque, secondo me, riassumere in questi termini, necessarî e sufficienti: « la Cassazione è un istituto giudiziario consistente in un organo unico nello Stato (*Corte di cassazione*) che, per mantenere la esattezza e la uniformità della interpretazione giurisprudenziale data dai tribunali al diritto obiettivo, riesamina nella sola decisione delle questioni di diritto le sentenze dei giudici inferiori qualora esse vengano impugnate dagli interessati mediante un rimedio giudiziario (*ricorso per cassazione*) esperimentabile soltanto contro le sentenze che contengano

un errore di diritto nella risoluzione del merito ». Questa definizione, che deliberatamente tien conto soltanto di quei caratteri di cui il precedente riassunto ha mostrato la originalità (retro, n. 277, 4] e 6]; n. 278, 4]), può sembrare incompleta a chi abbia in mente la costruzione esteriore e apparente della Corte di cassazione qual'è in Francia e nei paesi che dalla Francia l'hanno imitata; ma la parte dommatica di questo Studio, confermando quanto finora ci ha detto la ricerca storica, dimostrerà che in questa definizione è racchiusa, fuor delle forme sopravvissute e talora anacronistiche, la sostanza viva e vitale dell'istituto.

279. — Come conclusione particolare di questo cenno riassuntivo e come conclusione generale di tutto lo Studio storico compiuto fin qui possiamo oramai ritenere che la Cassazione, nei suoi elementi essenziali, è istituto di origine prettamente francese, e che tutti i tentativi di scoprire traccie delle sue origini fuori dalla Francia non trovano alcun fondamento nella realtà storica. La nascita della Cassazione moderna risale alla Rivoluzione; ma dalla cosciente creazione dell'Assemblea rivoluzionaria l'istituto non sorse subito nella forma che oggi esso ha raggiunto, e prima di trasformarsi, da quell'organo di carattere esecutivo che difendeva il principio della separazione dei poteri, nell'attuale organo giudiziario che unifica la giurisprudenza dei tribunali, dové compiere quella evoluzione di più di un secolo, di cui abbiamo finora seguìto le tappe. Un ciclo simile a quello che l'istituto ha compiuto nel secolo XIX, trasformandosi da esclusivamente politico in giudiziario, si ritrova, sia pure embrionale e imperfetto, in quella evoluzione che la Cassazione compié nei due secoli precedenti, quando, nata come strumento di lotta politica nel contrasto fra sovrano e Parlamenti, venne a poco a poco assumendo nella pratica forme e contenuto giudiziari: la Rivoluzione interruppe questa tendenza e bruscamente riportò l'istituto alle sue origini, erigendolo ad arma del potere legislativo contro il potere giudiziario, tra i quali si pensò dovesse perpetuarsi anche nel nuovo regime costituzionale l'antica rivalità fra monarcato e giurisdizioni locali; ma la Cassazione, senza che i suoi creatori se ne rendessero conto, mancò a questa sua missione di battaglia e, riprendendo la tendenza già accennata embrionalmente sotto l'*ancien régime*, entrò a poco a poco a far parte di quel potere giudiziario che da principio doveva sorvegliare da estranea, e si accinse a esercitare, dal vertice di questo potere, una funzione di unificazione politica, non meno importante della funzione originariamente assegnatale, ma profondamente diversa da questa.

Si deve dire che i risultati di questo studio storico non sono molto sodisfacenti, sol perché esso ci ha portato, in conclusione, a dar ragione al MORTARA, il quale, in un suo passo riportato nella *Introduzione*, nega ogni possibilità di resultati fecondi a qualsiasi indagine

storica che ricerchi l'origine della Cassazione fuor dello Stato moderno? Io ritengo di no: e credo di non peccar di immodestia quando penso che non sia stata inutile la lunga fatica di questo Studio storico, perché mi sembra che senza questa lunga ma necessaria premessa non sarebbe stato possibile la fondata ricostruzione dogmatica che formerà oggetto della seconda Parte del mio lavoro. La indagine storica ci è servita e ci servirà non più a descrivere ciò che la Cassazione *fu*, ma a comprendere ciò che la Cassazione *è;* nessuno studio, anzi, come quello compiuto finora può giovare a metterci in contatto col « divenire » dell'istituto, e a farci intendere, in un momento in cui con nuova urgenza si ripresenta il problema della riforma giudiziaria, quello che in Italia la Cassazione purtroppo *non è*, e quello che, in un prossimo migliore avvenire, dovrà indubbiamente essere.