

Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo

Atti del convegno del 22 dicembre 2017
in memoria di Nicola Picardi

a cura di

Claudio Consolo, Alessandro Fabbi, Andrea Panzarola



Collana Convegni 55

DIRITTO, POLITICA, ECONOMIA

Fatto e diritto
nella storia moderna
dell'ultimo grado
del processo civile europeo

Atti del convegno del 22 dicembre 2017
in memoria di Nicola Picardi

a cura di

Claudio Consolo, Alessandro Fabbi, Andrea Panzarola



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

2021

Copyright © 2021

Sapienza Università Editrice

Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it

editrice.sapienza@uniroma1.it

Iscrizione Registro Operatori Comunicazione n. 11420

ISBN 978-88-9377-192-4

DOI 10.13133/9788893771924

Pubblicato a ottobre 2021



Quest'opera è distribuita
con licenza Creative Commons 3.0 IT
diffusa in modalità *open access*.

In copertina: F. De Pisis, *particolare da foto di C. Consolo* (liberamente pubblicabile ex art. 108 d.lgs. n. 42/2004).



Nicola Picardi

Indice

Presentazione e conclusione. Il fruttuoso insegnamento alla Sapienza romana di Nicola Picardi ed il suo sprone <i>Claudio Consolo</i>	9
La distinction du fait et du droit dans l'évolution du système français de la cassation <i>Jean-Louis Halperin</i>	21
Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime <i>Ugo Petronio</i>	41
Questione di fatto e di diritto. I grandi tribunali e la lezione di Gino Gorla <i>Diego Quaglioni</i>	81
Il confine fatto-diritto e il sindacato della motivazione nella evoluzione di alcune magistrature supreme (tra terza istanza, cassazione e revisione) <i>Andrea Panzarola</i>	99
Il rapporto tra il n. 3 e il n. 5 dell'art. 360 nella storia della cassazione civile italiana dalle origini fino ai nostri giorni <i>Giampiero Balena</i>	129
Tra dogmatismo e antidogmatismo. Considerazioni sugli studi processual-civilistici alla Sapienza romana <i>Giordano Ferri</i>	141

Conclusioni alla luce dell'insegnamento scientifico di Nicola Picardi sulla storia del processo	175
<i>Carmine Punzi</i>	
Alcune recensioni alle opere di Nicola Picardi	183
<i>Claudio Consolo Alessandro Fabbi Andrea Panzarola</i>	
Profilo degli Autori	221

Presentazione e conclusione

Il fruttuoso insegnamento alla Sapienza romana di Nicola Picardi ed il suo sprone

Claudio Consolo

I.

Naturalmente mando un saluto ed un ringraziamento a tutti voi, Amici, Colleghi, giovani giuristi, nella nostra rinnovata aula Calasso per riflettere su Storia e Processo giurisdizionale.

Un saluto particolare anche ai relatori e particolarmente al prof. Halpérin, che viene da Parigi, e ci ricondurrà a quella fucina di istituzioni e potestà giudiziarie, che tanto ci ebbe ad influenzare.

È del tutto naturale chiedere al prof. Pietro Rescigno di assumere la presidenza di questo piccolo convegno che è concepito in onore del prof. Nicola Picardi e tiene a far sentire alla famiglia e alla cerchia degli allievi il ricordo elevato che ha commesso alla Sua Università e Facoltà.

Dunque, sì, un contributo di ricordo, umano e inscindibilmente un poco anche di modello scientifico guida quest'incontro, a questo seminario dicembrino.

Cerco di delineare, seppur brevemente, le ragioni culturali ma anche appunto umane che hanno fatto pensare da un lato, a ricordare, com'è stato appena fatto in modo che non saprei far meglio, la figura di Nicola Picardi come professore di questa facoltà; egli è stato già giustamente onorato in un'altra università romana – dove ha insegnato a lungo e proficuamente – ed anche con la consegna degli studi dedicati alla sua memoria.

Ora si addice ricordarlo qui alla Sapienza romana, Università tuttora carica di quella storia e di quel legato di *Studium Urbis*, che imbeveva il pensiero e la azione di Nicola. La ragione di un incontro scientifico su un tema a cavallo fra storia del diritto e diritto processuale civile è una ragione che si collega proprio all'esempio concreto che non solo

Nicola Picardi, ma anche Alessandro Giuliani, con il quale egli aveva instaurato un sodalizio di lavoro e di creatività veramente esemplare, ci diedero; qualche volta certamente qui in Sapienza, a Roma e altre volte, forse più spesso, nell'università di Perugia, che per un certo periodo di tempo, per un certo numero di anni, è stata la sede, per la verità anche e specie allora pure bellissima, di un certo numero di incontri assolutamente inusuali, per la tradizione universitaria ed accademica, non solo italiana ma credo di tutti i paesi.

Perché erano incontri che venivano organizzati un pochino con la stessa impostazione dell'Umbria Jazz – non paia riduttivo –, vale a dire senza che vi fosse molto di realmente prestabilito, di rigidamente pre-costituito; accanto al canovaccio di fondo, erano invece molto attentamente individuate le persone che dovevano animare quei seminari e le loro potenzialità di *Auseinandersetzung* e quasi di *Kulturbewegung*, con l'invito e la motivazione di relatori-animatori difficilmente pareggiabili: ed invero, rimettendo in parte a loro il "taglio tematico" specifico e molto confidando alle discussioni, alla congenialità degli incontri. Promotori di intrecci di idee e personalità.

Parlo di un'epoca che sostanzialmente si pone alla fine degli anni Ottanta, inizio degli anni Novanta. Erano scelti dunque un certo numero di protagonisti della offerta culturale internazionale, celebri o meno famosi, ed erano poi invitati un certo numero di possibili interventori – nessuno era pensato come un mero ascoltatore – e su temi di grande latitudine, fra varie discipline dialogicamente "aperte" si svolgevano delle relazioni – molte delle quali tuttora vivissime nella memoria credo di tanti e anche mia – e poi dei dibattiti serrati pregni di fantasia e introspezioni storiche, che erano probabilmente la parte più rinvigorente dell'esperienza universitaria di quell'epoca, di quella che ancora, nel complesso, lo era non poco.

In quell'occasione abbiamo avuto modo di conoscere da vicino delle personalità di vari rami del sapere, talora anche del sapere extra giuridico, che venivano tutte messe vicine nell'ambito di due giornate, in luoghi sovente molto belli e ispiratori, per trarre delle riflessioni su temi sempre di vastissimo respiro e di inesauste potenzialità.

Naturalmente questo era l'aspetto dell'oralità, di un lavoro comune tra Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, che si estrinsecava in tutte le opere importantissime che sono note e non hanno bisogno di essere illustrate in questo momento agli astanti che le tengono ben presenti. Quindi, non solo la grande raccolta storica dei vari testi legislativi, e

da ultimo dei codici in materia processuale, ma anche tutti i contributi all'educazione del giurista e gli studi approfonditi prima e dopo le innovazioni legislative nell'ambito della responsabilità del giudice, visto come un campo particolarmente rivelatore, come una cartina al tornasole del tipo di civiltà processuale volta a volta presente in certi momenti storici, e soprattutto in certi ambienti ed ordinamenti delle società succedutesi.

Ecco dunque che dovendo pensare a un tema particolarmente attuale, ma da impostare nel solco di quella peraltro inimitabile esperienza, ci è parso, a me e agli altri con cui mi sono consultato, in particolare al prof. Panzarola, allievo così distinto del professor Picardi, e - seppur oggi non fisicamente presente - al professor Grossi, con il quale abbiamo a lungo parlato di questa impostazione, di mettere a fuoco dal punto di vista storico il giudizio civile di ultimo grado. Vale a dire questo grado di giudizio che, quale giuntura con il finale definirsi della esperienza giuridica, sempre ha avuto enorme rilievo dal punto di vista sistematico e anche dal punto di vista concreto, direi quasi operativo, ma che negli ultimi quindici-vent'anni sta assumendo un rilievo maggiore e diverso, ossia un rilievo di teoria generale del diritto da un lato, e di (ricerca, almeno, di una) guida dell'intero fenomeno giurisprudenziale dall'altro.

Quel giudizio che chiamiamo di cassazione, perché noi abbiamo - con molti serissimi dissensi (che oggi andrebbero rinverditi) - seguito il modello tagliente della funzione cassatoria, ma che più in generale vuole indicare il giudizio di ultima istanza, perché un ruolo, a grandi linee ambivalente e bicipite, di ultimo riassuntivo grado di giudizio, lo spiega anche nei sistemi che non hanno recepito il modello illuministico e ieratico della Cassazione (che, privata del *référé législatif*, denota un bel po' di eterogenesi dei fini) e sono rimasti fedeli ad altri modelli, in particolare a quello del giudizio davanti al Tribunale Supremo, all'organo di *Oberappellation*. Che comunque guarderà alla lite che gli incombe di spegnere e a quelle che contribuirà (quando non a prevenire) ad indirizzare con i suoi principii di diritto, ove sensati e stabili beninteso.

Da questo punto di vista, dunque, porremo subito l'attenzione alla scelta del modello della Cassazione piuttosto che di altri modelli parimenti legati alla creazione sovrana della legge, al ripercorrere le ragioni storiche dell'affermarsi ed evolversi in Francia: tema oggetto del primo intervento che sarà tenuto dal professor Halpérin, che così efficacemente lo ha approfondito già nell'anno anniversario del 1990

(e pure in seguito anche assieme a Picardi nel 2006); per poi cercare di comprendere se in tutti questi modelli ma, in particolare in quello della Cassazione, che si è sviluppato così tardi nel tempo come le ricerche di Calamandrei e Marty e di tanti altri hanno messo in luce – da ultimo quelle del professor Halpérin che ha ancora di fronte una esperienza di non totale ed immediata supremazia della *Cour* rispetto ai giudici del merito del primo “dialogico” rinvio – è poi così essenziale andare a distillare la questione di diritto tenendola rigorosamente distante, separata e impermeabile rispetto alle considerazioni di fatto.

Ciascun vede che la ragione di attualità e quindi la ragione in qualche modo anche politica dell'interesse per il tema, discende dal fatto che in questi ultimi quindici-venti anni non solo in Italia, ma soprattutto in Italia, la riscoperta della c.d. nomofilachia e della c.d. funzione specifica e speciale di nomofilachia che la Corte di Cassazione, specie in campo civile, deve saper discernere, si è accompagnata a un tentativo, illuministico in senso lato, di separare totalmente le questioni di diritto dalle questioni di fatto intervenendo anche sul testo dell'art. 360, n. 5 c.p.c. affinché il controllo sulla motivazione e sulle questioni di fatto sia il più ristretto possibile.

E siccome sono in molti a credere che quest'esperienza, che pure ha lodevoli origini e motivi, sia un'esperienza che presta il fianco a qualche riflessione e pure critica, è apparso interessante ed opportuno provare a vedere dal punto di vista storico comparatistico (e la storia e la comparazione sono in realtà lo stesso tipo di angolo visuale “*history involves comparison*” e viceversa) le ragioni di questa distinzione; sarebbe a dire avere la riprova che questa distinzione è una distinzione da un lato impossibile e dall'altro non proficua.

Non proficua perché la possibilità di avere una guida coerenziatrice della giurisprudenza (perché è di questo che in concreto si tratta quando si parla, con parole abbastanza esoteriche, di nomofilachia), le ragioni di dare una guida logica e talora di vera politica del diritto alla esperienza decisoria esigono sì principi di diritto, ma principi di diritto che vengano costantemente rivisti alla luce di sempre diverse questioni di fatto, alla luce di casi clinici e dell'esercizio prudente della c.d. circolarità ermeneutica, che solo suggeriscono ed indirizzano la rielaborazione dei concetti coerenziatori. E quindi, l'interrelazione tra fatto e diritto non dovrebbe essere spezzata, proprio per cercare di potenziare, di rendere più proficua e duratura nel tempo quella guida coerenziatrice della giurisprudenza che la Corte di Cassazione negli ultimi tempi

vuole assumere con una vigoria che certamente le era mancata qualche decennio fa. In nessun ordinamento si cerca di spezzarla, neppure in Francia ove si è sentito il bisogno di sviluppare motivi-ponte, quale soprattutto il c.d. *défaut de base légale*. Per converso la risalente battaglia di Calamandrei tesa a non caricare sulla Cassazione la verifica degli *errores in procedendo* in generale, con la correlata disamina anche dello intero fatto processuale sottostante e più frequenti occasioni di cassazione con rinvio (restitutorio), sembra persa da decenni. Anche perché non viene deliberatamente utilizzato il filtro che l'art. 360-bis, n. 2, c.p.c. detterebbe, seppur con esoterica movenza semantica, indubbiamente proprio per scremare l'accesso della S.C. a tale tipo di *errores* e di minuti riscontri. Riscontri, del resto, ben poco nomofilattici, stante la peculiarità di movenze di ogni vicenda processuale. Negli ultimi anni peraltro è venuto imponendosi come maggioritario presso le sezioni semplici (anche se non mancano precedenti meno eterodossi) l'orientamento che vorrebbe l'esame dei motivi deducanti la violazione di legge processuale condizionato pur sempre alla dimostrazione del pregiudizio "concreto ed effettivo" che sia derivato alla parte che si duole della nullità del procedimento. È una logica che può sovvenire quando si lamenti che questioni di puro diritto siano state risolte senza sollecitare il previo contraddittorio delle parti (se la soluzione sia comunque conforme a diritto, il contraddittorio quale scopo avrebbe avuto? Si avrà allora la sanatoria *sui generis* di una nullità davvero innocua, per carenza di scopo da assolvere), ma che non si può pensare di traslare ad ogni altra ipotesi di nullità processuale, anche quando gravi e testuali.

Per dire inammissibili talune censure di violazione di legge processuale, in tempi più ancora recenti, capita che la Corte ceda alla tentazione di ricorrere addirittura alla figura dell'abuso del processo, che si è voluto ravvisare, ad es., nella condotta della parte soccombente nei precedenti gradi meritali, che per la prima volta in cassazione rilevi la mancata integrazione del contraddittorio con un litisconsorte necessario pretermesso o il difetto di altro presupposto processuale. Comprendiamo che rifare da capo l'intero processo comporti un ulteriore dispendio della risorsa giurisdizionale scarsa – altro *leit motiv* di questi anni, vero per quanto talora abusato – ma questo è inevitabile e scontato se quella profusa nella concreta vicenda processuale non può portare alcun frutto, perché la sentenza pronunciata *inter pauciores* è *inutiliter data*. Dove si anniderebbe, allora, l'abuso? Qui la nomofilachia rischia di stingersi in slogan apodittici.

Più promettente è il ruolo della Corte allorché la denuncia si rivolga verso i c.d. *errores in iudicando de iure procedendi* (specialmente contro le decisioni di appello, là dove esaminano doglianze processuali rivolte contro la prima decisione in relazione alle modalità del percorso processuale che la preparò).

De iure condendo, un momento di forte valorizzazione della funzione nomofilattica affiora dal disegno di legge di delega per la riforma del processo civile: si propone di attribuire alla Cassazione una funzione tipica assolta dalla Corte di Giustizia UE in occasione del rinvio pregiudiziale interpretativo comunitario.

Si vorrebbe in sostanza consentire ai giudici di merito (meglio sarebbe forse dire del merito, ché l'impiego del nuovo meccanismo poco si addice alla fase cautelare) di investire preventivamente la Cassazione della soluzione di questioni di puro diritto, per riceverne il responso vincolante, purché beninteso si tratti di questioni nuove, mai decise prima dalla Corte, e che presentino "gravi difficoltà interpretative" e siano suscettibili di riproporsi in numerose controversie. In difetto delle quali condizioni il rinvio pregiudiziale sarebbe inammissibile.

Riterrei molto opportuno, anzi necessario, se si voglia seguire a coltivare tale proposta, chiarire fin da subito che il rinvio potrà avere ad oggetto soltanto questioni di diritto sostanziale, non anche questioni processuali. Dilatare troppo il campo del rinvio pregiudiziale, specie all'alba di una riforma organica del c.p.c., caratterizzata da decine di nuove norme processuali e connesso inevitabile fardello di questioni interpretative, anch'esse per forza di cose nuove, non potrà che nuocere alla funzionalità dell'istituto. Le norme processuali di nuovo conio, poi, esigono sempre un minimo di rodaggio. Solo con la prassi si possono formare e affinare indirizzi interpretativi. Ed invece i principi di diritto calati subito dall'alto impedirebbero ogni gradualità nella assimilazione delle norme.

Nello scorrere le ultimissime emende della Commissione del Senato, mi sembra peraltro che queste prefigurabili inanità del nuovo istituto siano state almeno in parte avvertite. Si specifica infatti che le decisioni rese dalla S.C. in sede di rinvio pregiudiziale conserveranno efficacia vincolante anche nei nuovi processi, se quello da cui è sorto il rinvio si estingue e la domanda sia in seguito riproposta. E poiché nessuna decisione su questioni di rito è idonea a spiegare efficacia extraprocessuale (salvo le ordinanze regolatrici di giurisdizione e competenza, per le quali vi è però una apposita norma del c.p.c. a pre-

vederlo), di tale efficacia pan-processuale potranno godere i soli *dicta* interpretativi che abbiano risolto questioni di diritto sostanziale. Passo successivo e quasi naturale, ma allo stato non previsto, sarebbe quello di raccordare il rinvio pregiudiziale alla disciplina dell'art. 384 c.p.c. Quando la soluzione del quesito pregiudiziale appaia definitiva della controversia, senza bisogno di ulteriori accertamenti di fatto, la stessa S.C. potrebbe decidere subito la causa, in unico grado, risparmiando alle parti oneri e tempi della riassunzione del giudizio di merito, comunque sospeso in pendenza del rinvio.

Tra le tante migliorie possibili, personalmente sarei incline a un ampliamento dell'art. 420-*bis* c.p.c.: ciò consentirebbe di adire il giudice di ultima istanza immediatamente e senza formalità e "barocchismi" (che purtroppo almeno in parte sono subentrati anche nell'adizione del Giudice costituzionale, attraverso lo scrutinio così meticoloso, a volte angusto e iperprocedimentale, della rilevanza della questione). Si eviterebbe così che i giudici di primo e secondo grado vedano il loro prodotto decisorio trattato, dal punto di vista strettamente giuridico, con una certa minor considerazione allorché sopravverrà solo alla fine dall'alto, e quasi eversivamente, lo spirito della nomofilachia. Che non dovrebbe mai ricordare una Sibilla o il volo troppo alto dell'Albatros (che non si sa se abbia poi una vista da Aquila).

Su questo argomento, da altri punti di vista, dibattiti non ne sono mancati certo in questi anni, ma direi che finora non sia ancora approdato il dibattito a una visione storica compiuta e ben fondata.

E non credo che partire dall'origine del giudice di Cassazione, direi anzi dell'organo della Cassazione prima ancora del giudice che verrà solo dopo in Francia (e che la ricerca della "purezza nomofilattica" fatalmente sbiadisce), sia un non opportuno ritorno, non tanto al passato quanto alla scaturigine ispirativa profonda della funzione di controllo *in apicibus* svolta dall'organo della Cassazione.

Siccome molte delle cose che ho adesso accennato in modo estremamente conciso sono notissime agli ascoltatori, io non insisto a delineare ulteriormente le ragioni di questo seminario dal titolo "*Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo*".

Mi limito a dire solamente che con il decano ed uno dei più illustri degli storici del diritto prof. Paolo Grossi si era pensato che riflessioni di questo tipo, non solo con riguardo al processo civile, dal punto di vista storico, ma anche con riguardo al processo canonico, e anche con riguardo alle altre esperienze processuali, quelle penali, amministra-

tive e contabili, debbano essere svolte con un minimo di frequenza e di organizzazione, magari dando vita anche a un circolo di persone interessate a questi temi, in sostanza alla storia dei processi, che cerchi, nei limiti del possibile (non siamo a Perugia, non siamo in quegli anni, soprattutto non c'è il Professor Picardi e neppure il Professor Giuliani) di mantenere in vita la tradizione, veramente alta e veramente di sprone per noi che allora eravamo giovani: cercare di non confinarsi inutilmente e miopemente in piccoli orticelli come talora non poche materie, specie di recente, sono indotte a fare.

E queste sono le poche ragioni che mi pareva il caso di anteporre prima dell'inizio vero e proprio del convegno, come proponimento pluriennale.

II.

Convegno concluso evidentemente e non senza qualche soddisfazione.

Devo innanzitutto, come ideatore e propugnatore, ringraziare chi mi ha aiutato nell'organizzazione, soprattutto la dott.ssa Federica Porcelli e la dott.ssa Valentina Bertoldi.

Ringrazio i relatori, tenendo presente che quello che è stato detto oggi, anche di quello che hanno ascoltato e di ciò che verrà in mente loro nei prossimi mesi, è destinato a confluire in un volume. Nel senso che questo tentativo arduo, difficile, di far dialogare storici e processualisti deve poter assumere delle forme più durature di quello che è stato il pur abbastanza vasto uditorio di oggi e far sentire la propria voce, sotto un profilo di alta politica del diritto anche processuale che mi permetterei, *venenum in cauda*, di far notare per additare i compiti a venire.

Gli è che, purtroppo, nulla si ripete e quindi i tempi sono molto diversi da quelli a cui ci siamo riferiti in vari momenti delle nostre esposizioni.

E per fare un solo esempio, io temo, almeno in questo dissentendo da Nicola Picardi (che però verosimilmente sapeva benissimo di proporci una forzatura in nome della continuità) che l'omologia fra quello che c'è stato nel c.d. rito camerale per alcuni anni, vale a dire una relazione monocratica "predittiva", che in sostanza era già la sentenza, e che nel 98-99 % dei casi era già una sentenza a cui si aggiungeva solo una riga: "nulla di ciò che han detto poi gli avvocati ci smuove", fosse simile alla motivazione opinata sottoposta secondo l'*ordo iudiciarius* al vero dialogo con gli avvocati; ecco, che ci sia un'omologia fra questi

due fenomeni è puro *wishful thinking*. Può anzi connestare scelte non congrue, vestendole di una veste saporosa.

La storia però consente a chi la conosce, a chi la sa comunicare – come la sapeva tanto bene comunicare il professor Picardi, da dilettante coltissimo, ed è importante essere e rimanere dilettanti perché allora si è anche dilettevoli e ci si diletta – la storia dà un grande arma, che è quella di costringere all’ascolto certi nostri interlocutori, che non sono tanto i politici; in questo momento evidentemente i nostri interlocutori sono i magistrati, sottesamente non poco implicati nel reale processo normativo sui temi che ci riguardano. Costringerli ad ascoltarci un po’ di più, perché fino a che ci ancoriamo al solo terreno dell’esegesi o anche a quello più alto delle questioni sistematiche o, peggio ancora, ci diamo invece alla polemica, noi finiamo in un cono d’ombra di non ascolto, di contrapposizione magari tacita, magari sorridente, magari gentile ma sostanzialmente di incomunicabilità sterile e perdente.

Nel momento in cui sapessimo, in futuro, far tesoro di tutta una serie di dati importanti, che non dico sfuggano ai nostri interlocutori, ma a cui magari, avendo loro vita molto più impegnata, più concitata, talvolta più laboriosa della nostra, non riescono più a far caso, ecco, nel momento in cui tutte queste cose vengano portate nel debito modo alla loro attenzione vi è la possibilità di trovare per il futuro soluzioni meno inappaganti, con un nostro ritrovato concorso, un po’ come ... nel Tribunato della prima età napoleonica.

E soluzioni meno inappaganti ce ne sono anche in un altro ambito, che costituirà, secondo me, la seconda puntata di questo circolo di dialoghi che vorremmo veder nascere tra storici e processualisti e non solo civili ma anche penali, amministrativi e contabili, ovverosia il rapporto tra le corti superiori.

Il rapporto storicamente negletto tra le corti superiori, così da arrivare a comprendere come certe cose siano in apparenza, in varie loro movenze intendo, uguali a quelle della Francia del Settecento. Vi ricorderete, penso in molti, il bel libro di P. Alatri, *Parlamenti e lotta politica nella Francia del Settecento*, (Roma-Bari, Editori Laterza, 1977) dove già c’era la contrapposizione che sostanzialmente c’è o meglio vagamente si riproduce oggi, più in Italia che in Francia, tra magistrati ordinari, specie di ultima istanza, e consiglieri di stato. Perché il *Conseil d’État*, anche in quel momento, aveva un ruolo che veniva percepito dai Parlamenti, giudici ordinari di ultima istanza, come un ruolo antagonista e invadente, e purtroppo in Francia la cosa è finita con la scomparsa

sostanzialmente di entrambi e non è stato, a tutti gli effetti, nel primo periodo almeno, prima della normalizzazione, un grande successo per i cittadini francesi giudicati da talora improbabili giurie.

Quindi, da questo punto di vista, noi non possiamo pensare di parlare al legislatore, perché il legislatore come "ente" puro semplicemente non esiste.

La riforma del 2012, su cui molti amici hanno con impeto ammirevole parlato, non è stata fatta dal legislatore, è un decreto legge estivo, il Governo ha messo delle norme, poi le ha ritirate, dopodiché c'è stato il macro emendamento, e nel macro emendamento una manina ha messo dentro anche una normiciattola, che veniva dettata direttamente dai vertici della magistratura ordinaria, ossia dalla Cassazione. E quella volta ebbe il *placet* della Associazione Nazionale Magistrati.

Hanno tentato di fare lo stesso scherzetto qualche giorno fa (dicembre 2017), con la sommarizzazione del processo civile, ma siccome questa volta c'è stato l'*obstat* dell'Associazione Nazionale Magistrati, preoccupata della sovraesposizione incalzante dei giudici civili monocratici senza più usberghi per dosare la esigibilità nel tempo delle decisioni, la cosa non ha potuto funzionare. Molto semplice. Era il Ministero della Giustizia che voleva far mettere una norma sulla sommarizzazione ad oltranza del giudizio civile in tribunale monocratico, e ce la stava quasi facendo, e non era certo lo sdegno dei professori o degli avvocati che l'avrebbe fermato realmente; però si è detto "i magistrati non sono favorevoli perché questo significa che loro devono fare a questo punto non più le sentenze ma ordinanze, in sei mesi, otto mesi dal ricorso, non hanno più alcuna foglia di fico quale la fissazione *ad libitum* della precisazione delle conclusioni". E quindi giustamente i magistrati hanno detto: noi siamo pochi (anche per le tante "emorragie" fuori ruolo, mai davvero combattute), le cause sono tante (da tempo un poco meno però), non possiamo assolutamente accettare la sommarizzazione, innanzitutto perché ci pone in prima linea a contatto diretto con le attese di una decisione, sia pure sommaria ma non superficiale, delle parti.

Quindi, da questo punto di vista, bisogna che si coniughi un maggior approfondimento scientifico – come quello che la scuola processualciviltistica "romana" (fatta perlopiù di intellettuali di ogni parte che vollero approdare a Roma), ci è stato ampiamente illustrato, ha sempre dato – con una capacità realistica, sulla scia di Chiovenda, Mortara, V. Scialoja, Carnelutti, Satta, Andrioli, di capire che cosa si può fare per un miglioramento alla giustizia in generale.

Un miglioramento netto sarebbe quello di coniugare il nuovo art. 384 c.p.c. con un doveroso ripensamento del carattere solo rescindente del nostro terzo grado e del significato dello anacronistico istituto del giudizio di rinvio, dalla sua (almeno duplice: E. Ricci *docet*) funzione, alla sua disciplina rimasta ferma al 1940 ed anzi, salvo l'art. 393, in sostanza al c.p.c. (1854-1859-) 1865: risale addirittura all'idea di un nuovo inizio del rapporto processuale – dopo una fase extraprocessuale *apud Sovranum* (o *pro Sovrano*, benché ormai “popolare”) – l'onere che tuttora imperviamente vige di notificare un atto, pur dimessamente chiamato di “riassunzione”, alla parte personalmente presso il suo domicilio (in tanti anni di processo mutato, o spostatosi all'estero), pena la letale estinzione. Bene, in sintesi tacitiana: - il giudice del rinvio sia uno solo, a Roma, presso la S.C. per luogo e per ... spirito (direi una branca nuova del vecchio Massimario); - potrà la Cassazione rinviare restitutoriamente a giudici territoriali nei casi di intensi bisogni di rinvio e non varrà allora l'art. 393; – ampia possibilità di istanze in interpretazione, in emenda delle omissioni (... in *rabat d'arrêt*) da parte del giudice di quasi-rinvio, *etc. etc.*

E questo miglioramento alla giustizia in generale è molto atteso nel nostro Paese perché ci sono delle tematiche che stanno creando un grado di disaffezione, di sfiducia che certamente finisce per colpire tutti noi, giustizia civile, penale, amministrativa, professori di diritto, riviste giuridiche, convegni, che molti reputano essere una perdita di tempo, al pari del loro odierno fantasma ancor più entropico: il *webinar* casalingo. Mi pare che questo pomeriggio non ci sia stata una perdita di tempo, mi pare che siano poste le premesse per continuare sul solco di questo tipo di lavori, mi pare che se Nicola Picardi fosse qui tra noi certamente avrebbe arricchito grandemente il nostro dibattito, ma non si sarebbe trovato per nulla spaesato o asintónico relativamente al tipo di intonazioni, al tipo di stili, al tipo di attitudini che abbiamo tutti cercato – ciascuno nella sua dimensione e nella sua caratterizzazione personale – di portare all'attenzione di coloro che, pure alla Vigilia di Natale, hanno sacrificato il loro pomeriggio per venire qui in questa Università a cercare di rivivere quel clima, proprio quel clima, che è appunto ciò che di più importante ci possono lasciare i nostri più significativi antecessori.

Anche da parte mia, un saluto e un ringraziamento particolare alla famiglia del Professor Picardi, alla signora Nietta e alle figliole (giurista e storica dell'arte) Livia e Paola, e un grazie a tutti voi, cui auguriamo un buon Natale (di poche e oculate compere e) di molta concentrazione *mindful* sulle curvature della storia ancora da scrivere.

La distinction du fait et du droit dans l'évolution du système français de la cassation

Jean-Louis Halpérin

Tous les juristes français savent que la Cour de cassation « ne connaît pas du fond des affaires », selon l'expression de l'article L 411-2 du Code de l'organisation judiciaire qui existe depuis 1978. Pour autant, nous sommes souvent amenés comme enseignants à corriger des étudiants affirmant que la Cour de cassation condamne tel plaideur ou attribue une indemnité à tel autre. Nous savons aussi qu'il y a davantage d'arrêts de non-admission et de rejet des pourvois (auxquels il faut ajouter quelques cas de cassation sans renvoi) que d'arrêts de cassation avec renvoi¹ : une majorité de procédures s'achèvent ainsi à la Cour de cassation, par la confirmation d'une décision sur les faits. Mais le rôle de la Cour de cassation française est si important dans la création de normes jurisprudentielles, et son pouvoir tellement reconnu pour imposer ses interprétations aux juges du fond (de manière obligatoire en cas de deuxième pourvoi dans la même affaire² porté devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, de manière indirecte en cas de premier renvoi) que notre Cour suprême en matière civile est pénale apparaît complètement absorbée dans les questions de droit : le Tribunal de la loi est censé ignorer les questions de fait, ce qu'on ne manque pas d'ailleurs de lui reprocher dans l'opinion publique.

¹ Avec un taux de cassation de 31 % en matière civile (une fois défalquées les pourvois rejetés pour non-admission) et de 10 % en matière pénale en 2016. C'est depuis les années 1950 que les pourvois en matière civile dépassent en nombre les pourvois en matière pénale (aujourd'hui dans un rapport de presque 30 000 à 7 000).

² Il faut que le deuxième pourvoi reprenne les mêmes moyens que le premier pour que l'affaire soit portée devant l'Assemblée plénière. Certains « feuillets judiciaires », comme l'affaire Chronopost (1996-2002), ont connu plusieurs décisions d'une chambre de la Cour de cassation sans passage par l'Assemblée plénière.

Pour les théoriciens du droit français, plus ou moins influencés par les thèses kelsésiennes, cette séparation entre le fait et le droit n'a pas de quoi choquer, bien au contraire. Elle paraît s'appuyer, d'un point de vue méthodologique, sur la fameuse « loi de Hume », selon laquelle il serait impossible d'inférer une règle de « devoir-être » de la constatation empirique de faits même répétés. La procédure du pourvoi en cassation en France, comme celle de l'excès de pouvoir devant la justice administrative qui s'en est inspirée, est un modèle de contrôle objectif des normes, certes intenté par des parties privées qui poursuivent leur intérêt, mais au service de l'intérêt général de la légalité et de l'uniformité de la jurisprudence. Kelsen ne s'est-il pas servi du terme « cassation » et de l'idée d'annulation *erga omnes* pour justifier le système autrichien de contrôle de constitutionnalité par voie d'action, opposé au modèle américain par voie d'exception³ ? La culture des juristes français serait, si l'on suit ce schéma, étrangère aux conceptions des pays de *common law*, sur les précédents et les distinctions entre des espèces, mêlant de manière presque inextricable le droit et le fait.

Pourtant, la construction de la dichotomie du droit et du fait, en lien avec la procédure de cassation, a, en France même, une histoire complexe, dont tous les caractères ne sont pas largement connus, en dépit du travail majeur, mais daté, réalisé par Gabriel Marty dans sa thèse toulousaine de 1929 *La Distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*. Gabriel Marty prenait la précaution de ne pas faire remonter au Moyen Âge les origines de la cassation⁴, alors que Paul Viollet (1881) avait voulu voir, dans le coutumier portant le titre d'Établissements de Saint-Louis, puis dans les ordonnances de 1303, 1320 et 1344, les origines d'une distinction entre les recours pour erreurs de fait et de droit, adressés au roi contre les arrêts du Parlement. L'étude de Serge Dauchy a bien montré que cette distinction n'était pas présente dans les procédures fondées sur des lettres de proposition d'erreur qui étaient portées devant les maîtres des requêtes de l'hôtel du roi⁵. De plus cette procédure, bien

³ H. KELSEN, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit in Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, vol. I, Wien 2010, 1498 ss.

⁴ G. MARTY, *La Distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les juges du fait*, Paris 1929, 38.

⁵ S. DAUCHY, *Les voies de recours extraordinaires, proposition d'erreur et requête civile : de l'ordonnance de saint Louis jusqu'à l'ordonnance de 1667*, Paris 1988.

attestée au XIV^e siècle, décline au XV^e siècle, alors que se développe à titre de privilège le recours en requête civile devant le Parlement pour la rectification d'erreurs matérielles.

L'ordonnance de Blois (1579) maintient la proposition d'erreur et légalise la requête civile qui est reconnue comme le moyen de réparer les erreurs de fait dans les jugements en dernier ressort. La même ordonnance, en prononçant dans son article 208 la nullité des jugements contraires aux ordonnances royales, laisse entendre que le Conseil du roi commençait à prononcer la cassation d'arrêts des Parlements. Le développement des pouvoirs judiciaires du Conseil du roi et sa « régularisation », sensible à travers une succession de règlements de procédure en 1597 et 1660, correspondent très probablement à une volonté royale de se servir de la procédure de cassation pour rappeler les Parlements au respect de l'autorité et de la législation royale. L'ordonnance de 1667, que Nicola Picardi avait éditée en collaboration avec Alessandro Giuliani⁶, abolit la proposition d'erreur et se veut très ferme vis-à-vis des officiers de justice : elle oblige (art. 7, titre I) les membres des Parlements à se « retirer par devers nous » (par une sorte de référé au roi) en cas de doute sur l'interprétation des ordonnances et elle déclare « nuls, et de nul effet et valeur » les arrêts et jugements « donnés contre la disposition de nos ordonnances, édits et déclarations » (art. 8, titre I). On y voit une allusion à la cassation et à sa pratique attestée par le Conseil du roi, mais il faut relever que le mot de cassation n'est pas prononcé dans ce texte législatif. Par une crainte d'une réaction des juges, en contradiction avec la lettre de ces articles, en vérité peu appliqués (notamment l'article 7 sur l'interprétation), le pouvoir royal avance de manière voilée, se privant ainsi jusqu'à la Révolution de donner un fondement législatif à la procédure de cassation devant le Conseil du roi⁷.

Il est aussi bien connu que le règlement de procédure devant le Conseil rédigé par le chancelier Daguesseau en 1738 a pour but de préciser les modalités de traitement des recours : même s'il n'est pas limité à la cassation, son titre IV s'intitule « des demandes en cassation

⁶ *Testi e documenti per la storia del processo: Code Louis, vol. I, Ordonnance civile 1667*, a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, Milano 1996.

⁷ L'opposition des Parlements était encore plus violente à l'égard des procédures d'évocation, par lesquelles le Conseil du roi s'attribuait le jugement d'affaires en droit et en fait: P. ALVAZZI DEL FRATE, *Il principio del giudice naturale nella Francia d'Ancien Régime (secoli XVI-XVIII)*, Roma 1996.

d'arrêts et jugements rendus en dernier ressort » et emploie l'expression « moyens de cassation » pour caractériser les arguments du demandeur⁸. Nulle part il n'est question dans ce règlement de distinguer les moyens de droit et de fait. Pour avoir la preuve que cette distinction était employée au Conseil du roi, il faut attendre le mémoire adressé de manière confidentielle par le conseiller Gilbert de Voisins en 1767 à Louis XV en pleine lutte avec les Parlements. « Dans la cassation, est-il écrit, il s'agit de juger l'arrêt et non le mérite du fond, qui n'est à juger de nouveau que lorsqu'il s'agit de l'appel d'une sentence »⁹. La distinction opérée par Gilbert de Voisins entre « mal jugé » (lié à une « prétendue iniquité évidente ») et cassation est ainsi associée à la dichotomie entre le « fond » et les « ouvertures à cassation », elles-mêmes centrées sur la contravention aux ordonnances (ou, dans une moindre mesure, aux coutumes et au droit romain).

Dans la seconde moitié du XVII^e siècle, la distinction du fait et du droit est devenue un *topos* familier aux juristes français du fait de la querelle janséniste¹⁰. À la suite des condamnations pontificales des cinq propositions de Jansénius en 1653 et 1655, Antoine Arnauld (fis d'un avocat et plus tard auteur avec Nicole de la *Logique de Port-Royal* en 1662) défend la cause janséniste en affirmant que ces propositions sont bien hérétiques *en droit*, mais qu'elles ne se trouvent pas *en fait* dans l'œuvre de Jansenius. Cette distinction du droit et du « fait de Jansénius » a provoqué d'âpres débats parmi les défenseurs même des jansénistes, entre le grand Arnauld d'un côté, Pascal et Domat de l'autre¹¹. Si l'on est apparemment bien loin de la cassation, ce débat ne pouvait être ignoré de juristes comme Domat (même s'il n'emploie pas cette distinction) ou Daguesseau, lui-même opposé au jansénisme, mais dont le frère et la sœur furent des adeptes des miracles attribués au diacre Pâris dans les années 1730¹².

⁸ FR.-A. ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris 1821-1833, vol. XXII, 42 ss.

⁹ M. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les Parlements (1767)* in *RHD* 1958, 1 s., spec. 24.

¹⁰ Plus que la référence (rare) à la distinction romaine entre *ignorantia facti* et *ignorantia iuris* (D, 22, 6).

¹¹ J. MESNARD, *Oeuvres complètes de Pascal*, vol. I, Paris 1964, 876-877 ; D. DESCOTES, *Force et violence dans le discours chez Antoine Arnauld*, in *Antoine Arnauld*, J.-Cl. Pariente, Paris 1995, 39-40.

¹² C. MAIRE, *De la cause de Dieu à la cause de la Nation. Le jansénisme au XVIII^e siècle*, Paris 1998, 263.

Daguesseau parle de la distinction du fait et du droit dans les *Mémoires historiques sur les affaires de l'Église de France de 1697 à 1710* pour en faire la base de la « paix de l'Église de France » en 1668¹³. Dans le domaine strictement judiciaire, Daguesseau oppose les questions de fait et les questions de droit, dans ses 22^e et 23^e plaidoyers devant le Parlement de Paris (en tant qu'avocat général) en 1694 et 1698¹⁴. Il s'agit d'un grand procès civil, mettant en jeu les droits sur la principauté de Neufchâtel, entre la duchesse de Nemours et le prince de Conti. Ce dernier entendait profiter d'une substitution fidéicommissaire insérée dans le premier testament de M. de Longueville, abbé d'Orléans. La question de fait consistait à établir ou non l'état de démence de l'abbé d'Orléans au moment où il avait rédigé un second testament révoquant le premier. La « pure question de droit » portait sur la validité de la substitution, l'héritier institué ayant précédé au testateur. Il ne s'agissait pas d'une affaire de cassation, mais de l'appel d'un jugement interlocutoire ; pour autant, l'argumentation de Daguesseau (qui a triomphé) consistait à séparer une question de droit déjà jugée et une question de fait à réexaminer (selon le schéma inverse de la cassation). Ces textes (publiés entre 1759 et 1789) nous paraissent d'autant plus importants que l'exercice par Daguesseau des charges d'avocat général au Châtelet et au Parlement de Paris (puis de procureur général) donne le plus grand éclat aux réquisitoires du ministère public devant les Parlements. Sous le règne de Louis XVI, la publication par la *Gazette des tribunaux* d'extraits de ces réquisitoires montre comment les contemporains comprenaient le rôle de l'avocat général comme « défenseur de la Loi », isolant (« purifiant » dit un texte¹⁵) les questions de droit et les questions de fait, à une époque où les arrêts du Parlement (comme ceux du Conseil du roi intervenus sans ministère public) n'étaient pas motivés.

Daguesseau nous conduit à la création du Tribunal de cassation et à la première période de développement de cette distinction du fait et du droit, qui fut suivie de plusieurs moments d'inflexion de la jurisprudence de la Cour de cassation jusqu'à nos jours.

¹³ H. FR. DAGUESSEAU, *Oeuvres complètes*, éd. Pardessus, vol. 8, Paris 1819, 189.

¹⁴ H. FR. DAGUESSEAU, *Oeuvres choisies*, vol. 3, Paris 1819, 445.

¹⁵ J.-L. HALPÉRIN, *Legal Interpretation in France under the Reign of Louis XVI: A Review of the Gazette des tribunaux*, in *Interpretation of Law in the Age of Enlightenment*, Y. MORIGIWA, M. STOLLEIS, J.-L. HALPÉRIN, Dordrecht 2011, 35.

1. Quels que soient les nombreux emprunts techniques faits par les membres de l'Assemblée constituante à la technique de la cassation devant le Conseil du roi, l'institution d'un Tribunal de cassation en 1790 obéissait à une idéologie proprement révolutionnaire. Le culte de la Loi impliquait la nécessité de « réprimer les violations de la loi » par les nouveaux tribunaux (des « petits tribunaux » qui « ont nécessairement besoin de surveillance » disait Thouret)¹⁶. À cette fonction de *nomofilachia* comme l'a appelée Piero Calamandrei¹⁷ s'est mêlée, dès l'origine selon nous, la volonté de « maintenir l'unité de législation » et de « prévenir la diversité de jurisprudences » (Barnave), quelles que soient les préventions de certains Constituants (Robespierre et Le Chapelier) à l'égard de la « jurisprudence des tribunaux »¹⁸. La condamnation des « monstrueuses évocations » du Conseil du roi s'ajoute à une relative bonne connaissance des mécanismes du renvoi sous l'Ancien Régime pour dégager dès mai 1790 un consensus sur le fait que le Tribunal de cassation doit s'abstenir de juger du fond des affaires. En novembre 1790, lors des derniers débats pour la rédaction de ce qui allait devenir la loi des 27 novembre-1er décembre 1790, la question de la distinction du fait et du droit réapparaît pourtant, certains députés (comme Lanjuinais, professeur de droit canonique à Rennes) craignant une extension démesurée des recours en cassation confondus avec un second appel¹⁹. Il est répondu par le Chapelier et Duport (artisan principal de la réforme de la procédure pénale, avec l'institution du jury criminel fondé sur la distinction du fait et du droit) que la cassation ne peut porter sur les faits : c'est l'origine de la formulation stricte de l'article 3 de la loi instituant le Tribunal de cassation : « sous aucun prétexte et en aucun cas, le Tribunal de cassation ne pourra connaître du fond des affaires ». Alors même que le rôle des parties est accru par la loi de procédure criminelle du 27 septembre 1791, donnant un effet suspensif au pourvoi en matière pénale (avec dispense de consignation d'amende), le « tribunal de la loi » (selon l'expression de Prugnon²⁰) peut être saisi par le commissaire du roi établi auprès de lui

¹⁶ J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Paris 1987, 55.

¹⁷ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, vol. I, Milano-Torino-Roma 1920, 433-501.

¹⁸ J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal*, *op. cit.*, 71-73.

¹⁹ J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal*, *op. cit.*, 75-77.

²⁰ *Archives Parlementaires* J. MAVIDAL, E. LAURENT, 1^{re} série, Paris 1867-1914, vol. XX, 333.

(ce ministère public auprès de l'organe de cassation est une innovation par rapport à l'Ancien Régime) pour faire casser un jugement contraire aux lois ou aux formes de procédure, sans effets sur les parties. La constitution de 1791 (art. 27, ch. V, titre III) crée par ailleurs une procédure permettant au ministre de la Justice de dénoncer au Tribunal de cassation, pour qu'il les annule, « les actes par lesquels les juges auraient excédé les bornes de leurs pouvoirs », « et sans préjudice du droit des parties ». Une catégorie particulière des jugements de cassation relevait ainsi d'un contrôle purement objectif, écartant les effets de fait du contrôle exercé par le Tribunal de cassation.

Pendant les neuf années de la Révolution, le Tribunal de cassation (installé le 20 avril 1791 et siégeant sans interruption) respecte, bien sûr, la lettre de l'article 3 de sa loi de création, confirmée par l'article 255 de la constitution de l'an III (1795) et 66 de la constitution de l'an VIII (1799). En matière pénale, le Tribunal de cassation ne remet pas en cause les verdicts des jurys fondés sur leur intime conviction en matière de faits (par exemple, l'existence d'un alibi ou un état de démence²¹). En matière civile, le Tribunal de cassation se refuse de discuter la preuve de faits (comme des comptes, l'identification d'un lieu, des fraudes). Cela n'empêche pas les juges de se livrer très tôt à un contrôle de la qualification juridique des faits, incluant une réflexion sur « l'acceptation commune des termes »²² employés dans les lois. Ce contrôle s'effectue d'abord en matière pénale : sont ainsi cassés des jugements (suite à des verdicts de jury) qui parlaient d'homicide sans perte de la vie pour la victime²³, d'assassinat sans préméditation²⁴, de vol dans un terrain clos et fermé pour un vol dans une écurie²⁵, ou de vol dans une voiture publique de messagerie pour un vol commis dans un fiacre privé. Il s'agit de cassations pour fausse application de la loi pénale (autorisées par la loi du 27 septembre 1791) et même (l'expression est utilisée à la fin de la Révolution) pour « fausse interprétation

²¹ Cass. 28 prairial an III (Archives Nationales AD V 7 (27), 24) : il s'agit, pourtant, d'une décision de cassation d'une condamnation pour une chanson ayant appelé au meurtre d'un député, au motif que les jurés ont « omis la partie essentielle du fait, celle qui seule pouvait caractériser le délit », l'existence d'une déclaration sur une chanson provoquant « réellement » au meurtre.

²² Cass. 24 vendémiaire an III, in *Recueil général des lois et arrêts* J.-B. SIREY, vol. I, Paris 1840, 36.

²³ Cass. 8 juin 1792 (AD V 4 (20), 66).

²⁴ Cass. 4 messidor an III (AD V 7 (27), 31).

²⁵ Cass. 25 octobre 1792 (AD V 4 (22), 23).

de la loi » qui reposent sur une analyse déjà poussée de la qualification juridique des faits. Cette technique est utilisée dans divers domaines du droit civil, d'abord proches du droit pénal (le paiement des droits d'enregistrement en fonction de la qualification des actes qui y étaient assujettis, le maximum des prix et des salaires en 1793), puis au sujet des lois de la Convention sur les successions et les enfants naturels. Sur ces terrains très sensibles politiquement, le Tribunal de cassation crée de toutes pièces à partir de 1793 un moyen de cassation pour « fausse application de la loi (civile) », selon ce que l'avocat Lavaux appelle sous le Directoire une « contravention négative » à la loi, « lorsque la loi a été éludée d'une manière ou par un motif quelconque ; quand la question qui divisait les parties se trouve changée ou dénaturée par le jugement et que la loi est appliquée arbitrairement »²⁶. En l'an VII (1798-1799), le Tribunal de cassation n'hésite pas à casser des jugements qui avaient mal interprété des contrats : une telle question ne relève pas du fait, mais du droit, selon le Tribunal de cassation, dans la mesure où les juges du fond avaient « dénaturé » un contrat en interprétant mal des clauses « évidentes ».

Ces véritables avancées jurisprudentielles, utilisant le verbe « dénaturer » bien avant l'arrêt du 15 avril 1872 auquel est attaché traditionnellement le contrôle de la « dénaturation des actes », suscitent une réaction en sens contraire sous le premier Empire. Sur les conclusions du procureur impérial Merlin de Douai, la Cour de cassation rejette dans un arrêt du 2 février 1808 (à une faible majorité, semble-t-il) la cassation pour « violation de la loi du contrat », sous prétexte que le contrat n'était pas une loi et que les juges du fond étaient maîtres de son interprétation²⁷. Sans reprendre l'analyse de cette controverse, deux remarques peuvent être faites sur ce moment qui clôt le processus révolutionnaire. Il s'agit, d'abord, d'une restriction volontaire des pouvoirs de la Cour de cassation (critiquée par Lavaux en 1809, soutenue au contraire par Henrion de Pansey en 1810), liée à la loi du 16 septembre 1807 réservant au pouvoir exécutif l'interprétation d'une loi après deux cassations dans la même affaire, puis confirmée par la loi du 20 avril 1810 donnant aux Cours d'appel le pouvoir de rendre

²⁶ C. LAVAUX, *Manuel du Tribunal de cassation ou règles de la justice civile, criminelle, correctionnelle et de police dans ses rapports avec l'institution du Tribunal de cassation*, Paris 1797, 40-41.

²⁷ P.-A. MERLIN, *Société in Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*³, Paris 1807-1808, 306.

« souverainement » la justice (l'article 7 réservant la cassation seulement aux cas de contravention expresse avec la loi). Contrairement à la légende tenace d'une « timidité » du Tribunal de cassation²⁸, ces textes sont aussi la preuve de l'ancienneté d'un contrôle élargi des faits par l'organe de cassation en France qui avait réussi, dès la Révolution grâce à un afflux de pourvois (20 000 jugements rendus en moins de 9 ans !²⁹), à associer l'extension de son pouvoir d'interprétation des lois à un examen approfondi de la qualification des faits.

2. La période qui commence sous le premier Empire est caractérisée par d'intenses débats sur la place de la distinction du fait et du droit dans la délimitation des pouvoirs de la Cour de cassation. Celle-ci a désormais des formules rodées sur « l'appréciation souveraine des juges du fond » ou sur les « attributions exclusives » des Cours d'appel³⁰. Avec la Restauration, qui accrédite l'idée de Cours d'appel prenant la suite des Parlements ou Cours souveraines d'Ancien Régime, la Cour de cassation fait figure, chez certains royalistes, de dangereux instrument de l'unité révolutionnaire. La loi du 30 juillet 1828 décide qu'en cas de conflit dans une affaire entre la Cour de cassation et deux Cours d'appel, la troisième Cour de renvoi aura le dernier mot. Les conseillers à la Cour de cassation ont dû tenir compte pendant trois décennies de ce contexte délicat et ils ont été probablement divisés sur la conduite à tenir.

Cette configuration peut expliquer les hésitations jurisprudentielles sur le contrôle de la qualification des faits criminels. Le principal témoignage utilisé est une note du président (depuis 1806) de la chambre criminelle, Barris, lue aux juges avant un délibéré en 1822³¹ et transmise par Dalloz. L'on peut s'interroger sur cette pratique (qui ne semble pas avoir été unique de la part de Barris), mais il n'y a guère de doute que ce texte avait pour but de mettre fin à des jurisprudences

²⁸ A l'encontre de ce qu'affirme D. FOUSSARD, *Manque de base légale et création de la règle*, in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit* N. MOLFESSIS, Paris 2004, 86.

²⁹ Le taux de cassation se situait alors autour de 15 %.

³⁰ J.-L. HALPÉRIN, *La souveraineté de la Cour de cassation : une idée longtemps contestée*, in *L'office du juge : part de souveraineté ou de puissance nulle ?* a cura di O. CAYLA, M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, Paris 2001, 156.

³¹ L'arrêt conforme à la note du 12 avril 1822 (juste après les lois sur la presse des 17 et 25 mars 1822) décide de ne pas contrôler la qualification d'une expression outrageante en tant qu'injure : D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris 1834, 287 parle d'une note transmise par un magistrat de la Cour ; C. BOUGLÉ-LE ROUX, *La Cour de cassation et le Code pénal de 1810*, Paris 2005, 488.

contradictoires et de donner un rôle de pilote à un président expérimenté de la chambre criminelle, plutôt qu'aux membres du ministère public dont c'était normalement le rôle à travers leurs conclusions. Le contexte était celui des procès de presse, évoluant entre le cadre « libéral » des lois de Serres de 1819 (notamment la loi du 26 mai 1819 sanctionnant l'injure, la diffamation ainsi que l'outrage à la morale publique et religieuse) et de nouvelles lois plus restrictives votées par les ultra-royalistes en 1822. Il n'est pas impossible que Barris ait voulu mettre la Cour de cassation à l'abri de ces débats politiques en prônant une limitation du contrôle de la qualification, et donc une sorte de « *self-restraint* » de la part des juges de cassation, laissant les juges du fond trancher souverainement ces affaires. Barris proposait, en effet, de distinguer les matières définies ou réglées par les dispositions de la loi et celles soumises au discernement et à la conscience des juges. Dans le premier cas, « l'examen de la qualification donnée par les tribunaux ordinaires » était possible devant la Cour de cassation, alors que dans le second cas elle devait s'abstenir de se constituer en « une cour souveraine et universelle d'appel » : puisqu'il n'y avait pas de loi précise à appliquer, les juges du fond ne pouvaient violer la loi.

Inspirée par une conception étroite de la cassation, puisant aux sources d'Ancien Régime sur le « mal jugé » (et la « moralité » des actions punies par la loi) et voulant corriger des « arrêts anciens » (il faut comprendre de la Révolution et de l'Empire) censés opérer une « déviation des règles de l'institution de la cour », la « doctrine Barris » était difficilement tenable, alors que loi de 1819 comportait une définition de la diffamation qui a survécu jusqu'à nos jours dans le droit français. Après l'établissement du régime plus libéral de la monarchie de Juillet en 1830, la Cour de cassation effectue un revirement de jurisprudence, considérant dans des arrêts de 1831 et 1841 qu'elle avait « nécessairement dans son devoir de juger de la qualification des faits qui a été donnée ou mal à propos refusée », le jugement de la « qualification des faits » étant « inséparable de celui de l'application de la loi »³². Finalement, les propositions du conseiller de Broé (battant un peu en retraite sur la diffamation, tout en maintenant que l'appréciation d'une atteinte à l'honneur revenait aux seuls tribunaux) et du procureur général Dupin (voulant laisser une marge de manœuvre au jury qui avait été rétabli en 1830 dans les délits de presse), précédant

³² C. BOUGLÉ- LE ROUX, *La Cour de cassation, cit.*, 501.

un arrêt (de rejet, des chambres réunies) du 23 mai 1834 n'eurent guère d'influence et c'est la doctrine opposée à celle de Barris qui triomphe avant même le milieu du XIX^e siècle³³. Sur toute une série de notions pénales, qu'elles soient définies ou indéfinies dans la loi (par exemple, la définition d'un chemin public, la détermination de ce qu'était une maison habitée pour le crime d'incendie), la Cour de cassation reprend et accentue l'orientation amorcée dès la Révolution d'un contrôle de la qualification des faits qui peut aller jusqu'à une évaluation de l'opportunité de la peine transmise aux juges du fond en cas de cassation avec renvoi. La loi du 1^{er} avril 1837, imposant en cas de second pourvoi le respect par les juges du fond de l'arrêt rendu par les Chambres réunies, renforce le pouvoir de dernier mot de la Cour de cassation.

En matière pénale, la Cour de cassation sanctionne également, pendant cette période, le non-respect de l'obligation de motiver, c'est-à-dire non seulement l'absence complète de motifs, mais aussi leur contradiction ou la confusion par les juges du fond des questions de fait et de droit. C'est l'origine lointaine de ce qui fut appelé, bien après le développement de cette pratique, la cassation pour défaut de base légale³⁴. L'expression « base légale », devenue fréquente dans les arrêts en matière criminelle dans les années 1860 et 1870, correspond à différentes situations : l'absence de fondement de la demande d'une partie (jugée pour cette raison irrecevable), l'absence de texte de loi ou de règlement ou l'invocation d'un règlement illégal dans un jugement soumis au contrôle de la Cour de cassation (et cassé pour cette raison³⁵), le recours par les juges à une preuve inadmissible ou nulle, et enfin la motivation manquant d'éléments de fait pour apprécier la bonne application de la loi. Par exemple, dans un arrêt du 17 janvier 1868 cassant un jugement d'un tribunal de police ayant condamné le propriétaire d'un chien errant, la Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir examiné le fait incriminé (il est reproché au tribunal du fond de ne pas avoir examiné le fait « qu'il ne le conteste, ni ne

³³ D. DALLOZ, *voce Cassation in Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, vol. VII, Paris 1847, 309.

³⁴ G. MARTY, *La Distinction du fait et du droit, cit.*, 238 parle d'une expression « récente », mais cite un arrêt de 1812 sur l'escroquerie dans lequel la Cour de cassation reprochait à la Cour d'appel de ne pas lui laisser dans ses motifs le moyen de juger si la loi avait été violée ou non.

³⁵ Selon une jurisprudence débutant sous l'Empire et consacrée par la réforme du Code pénal en 1822 sur l'exception d'illégalité.

le dénie »), en conséquence « la décision manque de base légale »³⁶. On est bien, alors, en présence d'une véritable ouverture à cassation, rattachée à l'article 7 de la loi du 20 avril 1810 et reposant sur un examen minimal des faits de la cause, ce qui explique le passage aux matières civiles dans un arrêt du 20 janvier 1869³⁷. En 1892 et 1903, cette ouverture à cassation définie comme une insuffisance des constatations de fait permettant d'appliquer la règle est reconnue par les spécialistes de la cassation comme Crépon et Faye.

Les progrès du contrôle de la qualification des faits en matière civile ont suivi, avec quelques années de décalage, ceux en matière pénale. Sur le terrain de la responsabilité civile (un terme qui apparaît au milieu du XIX^e siècle), proche de celui de la responsabilité pénale, la Cour de cassation fait basculer dans les années 1870 du côté de la question de la qualification (et non plus de l'appréciation) des faits les notions de la « force majeure » ou de la « faute »³⁸. Dans d'autres domaines, la Cour de cassation tient les faits à distance, en particulier quand elle opère des inflexions jurisprudentielles d'importance. Quand la Cour de cassation décide, à partir de 1846³⁹, de considérer comme licites, dans le silence du Code civil, l'adoption de son enfant naturel, elle ne se penche jamais sur la situation des personnes (majeures) qui ont été adoptées, laissant les juges du fond apprécier la moralité de l'adoption. Quand, en 1867, la Cour de cassation se rallie, dans un arrêt de rejet, à la position des Cours d'appel admettant la légitimation des enfants incestueux par le mariage subséquent de leurs parents ayant obtenu une dispense, ce qui allait contre la lettre de l'article 331 du Code Napoléon, là encore elle s'abrite derrière l'appréciation souveraine des circonstances de fait par les juges du fond⁴⁰. C'est par exception à ce pouvoir souverain des juges ordinaires que la Cour de cassation revient en 1872 à l'idée qu'elle peut exercer son « pouvoir de censure » quand « les tribunaux, au lieu d'interpréter des actes obscurs, ont dé-

³⁶ Cass. 17 janvier 1868, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation en matière criminelle*, vol. LXXII, Paris 1869, 26-27.

³⁷ TH. LE BARS, *Le défaut de base légale en droit judiciaire privé*, Paris 1997, 75 qui ne relie pas cet arrêt aux nombreux précédents en matière pénale. L'arrêt de cassation du 20 janvier 1869 concerne une condamnation sans base légale d'un armateur alors qu'aucun cas de responsabilité n'était invoqué.

³⁸ G. MARTY, *La Distinction du fait et du droit*, cit., 241 e 244.

³⁹ Cass. 1^{er} avril 1846: in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume*, Paris 1846, 1, 81.

⁴⁰ Cass. 22 janvier 1867: in D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1867, 1, 5.

naturé ou altéré des actes exprès et positifs » (Cass. 22 juillet 1872⁴¹). Ici encore, on peut parler d'un retour à la jurisprudence révolutionnaire après une période de consolidation du contrôle de la qualification des actes juridiques.

3. Une troisième période nous paraît s'ouvrir dans les années 1890 avec les grandes constructions jurisprudentielles de la Cour de cassation, créant de vastes ensembles de normes jurisprudentielles, dont le plus célèbre est la responsabilité du fait des choses rattachée (très artificiellement) à l'alinéa 1 de l'article 1384 sur les « choses que l'on a sous sa garde ». Alors que le débat législatif sur l'indemnisation des accidents du travail s'enlise, la Cour de cassation intervient dans cette question sociale, en étant saisie d'arrêts de cours d'appel, dont certains cherchent (dans l'idée de garantie contractuelle ou de responsabilité pour des dommages causés par des immeubles) des moyens de renverser la charge de la preuve au profit des ouvriers victimes. Le célèbre arrêt *Teffaine* en 1896 maintient une solution juridique favorable à l'indemnisation de la veuve d'un marin tué dans l'explosion de la chaudière d'un remorqueur, mais justifie cette décision par d'autres motifs que la Cour d'appel : le vice de construction de la chaudière, cause de l'explosion constatée souverainement par les juges du fond, entraîne la responsabilité du propriétaire du remorqueur sur la base de l'article 1384⁴². Sur une affaire comparable d'explosion de chaudière, la Cour de cassation s'abrite devant la constatation par les juges du fond de l'absence de cause identifiée (l'accident aurait été un « cas fortuit ») pour considérer que l'absence d'indemnisation avait bien une « base légale »⁴³. Reprenant à son compte la théorie du risque professionnel, sans rattachement au Code civil et avec une indemnisation forfaitaire des ouvriers accidentés, la loi du 9 avril 1898 aurait pu mettre fin à cette jurisprudence. Mais, dans les années 1900, la Chambre des requêtes soutient (en rejetant les pourvois) les arrêts des Cours d'appel invoquant l'article 1384 pour rendre responsables les gardiens d'une canalisation de gaz, d'une batteuse mécanique ayant pris feu ou d'un siphon d'eau de Seltz⁴⁴. Sans remettre nullement en cause l'appréciation

⁴¹ G. MARTY, *La Distinction du fait et du droit*, cit., 311.

⁴² Civ. 16 juin 1896, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1897, 1, 433.

⁴³ Req. 30 mars 1897, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1897, 1, 440.

⁴⁴ Req. 3 juin 1904, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1907, 1, 177; Req. 25 mars 1908, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1909, 1, 73 ; Req. 19 janvier 1914, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris, 1914, 1, 303.

des faits (le lien entre la chose gardée et le dommage subi), ces arrêts dégagent une règle (contenue dans un attendu de principe en 1914) sur la présomption de faute du gardien de la chose, ne pouvant être renversée que par la preuve d'une force majeure ou du fait d'un tiers. Loin de manquer de base légale, les arrêts des cours d'appel avaient fait « l'exacte application » du texte de l'article 1384. Quand se posa la question des accidents automobiles et que des cours d'appel voulurent revenir à l'exigence d'une faute du conducteur, la Cour de cassation transforme la présomption de faute en présomption de responsabilité par l'arrêt *Jandheur*, arrêt de cassation rendu par les chambres réunies sur un second pourvoi et imposant la norme nouvelle contre une grande partie de la doctrine⁴⁵. C'est en écartant toute considération de fait susceptible d'établir ou non une faute, en ne considérant que l'accident réalisé au moyen d'une automobile, que la Cour de cassation fait triompher cette responsabilité du fait des choses : qualifiée souvent d'objective, cette responsabilité sans faute repose sur la simple existence de ce qu'on appelle, de manière significative, un « fait générateur », un fait brut comme la voiture qui écrase le piéton. La Cour de cassation met un peu plus de dix ans pour raffiner son analyse du rôle factuel de la chose génératrice du dommage. Une fois de plus, c'est par un arrêt de rejet, soutenant la solution d'une Cour d'appel, que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Cadé*, distingue le cas où la chose inerte (en l'occurrence un tuyau brûlant d'un établissement municipal de bains) n'a joué qu'un rôle passif, la cause réelle de l'accident étant la syncope de la victime⁴⁶. La Cour d'appel avait bien fait une « exacte application » de l'article 1384 et la Cour de cassation n'avait qu'à utiliser ce « cas d'espèce » pour dégager une nouvelle norme jurisprudentielle qui s'est imposée jusqu'à nos jours en matière de responsabilité de fait des choses.

Il nous semble que ce schéma de mise à distance des faits, dans des arrêts très laconiques, s'est souvent répété dans la période qui va des années 1890 à la fin de la Seconde Guerre mondiale. Pour établir la responsabilité contractuelle, qui ne résultait pas clairement d'un article du Code Napoléon, la Cour de cassation ne donne pas l'impression de céder aux revendications des victimes d'accidents de transport qui se plaignaient depuis des décennies d'avoir à faire la preuve d'une

⁴⁵ Cass. ch. réunies, 13 février 1930, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1930, 1, 57.

⁴⁶ Cass. 19 février 1941, D. DALLOZ, *Recueil critique*, Paris 1941, 85.

faute du transporteur dans le cadre de la responsabilité délictuelle. C'est dans un affaire plutôt banale, d'une blessure au pied d'un passager dans un paquebot ralliant Tunis à Bône, que la Cour de cassation tranche une question de compétence en faveur de la juridiction désignée par le contrat de transport, contrat dont l'exécution comportait « pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination »⁴⁷. La consécration de cette « obligation de sécurité » sous-entendue dans le contrat de transport passe ainsi par un arrêt fondé sur la violation de l'article 1134 du Code civil, on aurait dit au début du XIX^e siècle une violation de la loi du contrat. C'est de même sur une question de prescription, sans beaucoup d'égard au sort de la victime (indemnisée par la Cour d'appel, le pourvoi étant rejeté), que la Cour de cassation transforme en 1936 la responsabilité du médecin libéral en responsabilité contractuelle (du type de l'obligation de moyens)⁴⁸.

Quelques exemples supplémentaires montrent que les juges de cassation, très probablement conscients des enjeux sociaux et des conséquences de leurs décisions, ne faisaient aucune allusion à un raisonnement de type conséquentialiste et ne s'étendaient guère sur le sort des parties. Pour consacrer, en dehors de tout texte législatif, l'action *de in rem verso* en cas d'enrichissement sans cause, la chambre des requêtes utilise en 1892 (Req. 15 juin 1892) une affaire où un propriétaire foncier profitait des engrais achetés par son fermier congédié, en confirmant la solution de la Cour d'appel en faveur d'un recours du vendeur d'engrais contre le propriétaire enrichi au nom de l'équité. En 1896, pour sanctionner comme un abus de droit, un gréviste qui avait réclamé par malveillance le licenciement d'un autre ouvrier, la Cour de cassation invoque la violation de l'article 1382 du Code civil sans se prononcer sur la limite entre malveillance et action licite d'un syndicat⁴⁹. En 1905, dans l'affaire *Lévinçon*, célèbre en matière de conflits de lois, la Cour de cassation (rejetant un pourvoi) enchaîne les raisonnements pour tirer du fait du mariage civil et religieux d'une française juive avec un russe juif, que la femme française avait perdu sa nationalité, était désormais soumise à la loi russe, ce qui rendait les tribunaux rabbiniques seuls juges d'une action en divorce, règle contraire à l'ordre public français... plaçant ainsi ce couple dans une totale impasse alors qu'il s'était

⁴⁷ Cass. 21 novembre 1911, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1913, 1, 249.

⁴⁸ Cass. 20 mai 1936, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1936, 1, 88.

⁴⁹ Cass. 9 juin 1896, D. DALLOZ, *Jurisprudence générale*, Paris 1896, 1, 582.

marié en France. De manière générale, le traitement de la loi étrangère comme un fait, laissé à l'interprétation des juges du fond, montre que la Cour de cassation dissocie son pouvoir de création de normes d'une prise en considération de la gravité des faits.

4. Pourquoi alors parler d'une quatrième et nouvelle période, qui débiterait dans les années 1950 et se prolongerait jusqu'à nos jours ? Il faut, d'abord, constater le niveau élevé des cassations pour défaut de base légale, qui dépassent à partir de cette date les 20 %, voire les 30 %, de cassations en matière civile⁵⁰. Des arrêts importants comme *Oxygène liquide* (Civ², 5 janvier 1956) sur la garde du comportement et de la structure ou *Saint-Arroman* sur l'erreur commise par le vendeur sur sa propre prestation (Civ¹, 22 février 1978) ou en droit international privé, les arrêts *Fourrures Renel* (Civ¹, 6 juillet 1959) ou *Eurodif* (Civ¹, 14 mars 1984) ont été rendus sur cette ouverture du manque de base légale par laquelle la Cour de cassation engage les juges du fond à lui soumettre, par leurs motifs, davantage d'éléments de fait pour vérifier l'application correcte de la règle de droit. Il faut, certes, tenir compte des domaines importants sur lesquels la Cour de cassation laisse une appréciation souveraine aux juges du fond et renonce de ce fait à une uniformité de la jurisprudence : l'évaluation du préjudice en matière de responsabilité, la caractérisation de la faute entre époux comme cause de divorce, l'appréciation de l'intérêt de l'enfant. Pour d'autres domaines comme la bonne foi, le contrôle s'est plutôt accentué (avec l'arrêt époux Bourdon du 31 janvier 1995, une autre cassation pour défaut de base légale), alors que la Cour de cassation a choisi délibérément, sans doute pour alléger sa tâche, de renoncer au contrôle des qualifications d'« accident de trajet » (1985) ou de « cause réelle et sérieuse de licenciement » (1987).

On peut également penser que d'assez nombreux arrêts de principe, bien que très laconiques (et parfois décidés dans l'intérêt de la loi sans effet sur les parties, comme l'arrêt *Laboube* (Crim.13 décembre 1956) sur le manque de discernement des mineurs en matière pénale comme cause d'arrêt de toute procédure devant une juridiction pénale), sont liés à la prise en compte des intérêts des victimes. Il en va ainsi pour toutes les extensions de la responsabilité objective : en réputant non écrite une clause limitative de responsabilité avec Com. 22 octobre 1996, *Chrono-post* ; en renforçant la responsabilité des parents pour les dommages

⁵⁰ TH. LE BARS, *Le défaut de base légale, cit.*, 79.

causés par leurs enfants mineurs avec Civ² 19 février 1997, *Bertrand* (un arrêt de rejet où les faits tiennent en deux lignes) ; en confirmant la responsabilité du gardien de la chose dans un accident d'ascenseur mortel pour un enfant avec Civ² 18 mars 2004 ; dans l'affaire *Perruche* sur l'indemnisation d'un enfant né handicapé après des analyses médicales erronées ayant empêché la mère d'avorter (Ass. plén., 17 décembre 2000), ou encore dans la jurisprudence sur les groupes de contrats souvent destinée à éviter au plaignant les effets d'une prescription (Ass. plén. 12 juillet 1991, *Besse*). En stylisant les faits au maximum, comme pour les tenir à l'écart (par exemple, dans l'arrêt *Lefait*, Civ. 27 juillet 1948 où une spoliation de biens juifs pendant la Guerre est l'arrière-plan d'une évolution jurisprudentielle sur les droits civils des étrangers), la Cour de cassation cache mal une analyse de type conséquentialiste : le cas d'espèce n'est qu'un prétexte pour établir une règle de droit qui le dépasse de très loin, que les parties aux pourvois en bénéficient ou au contraire qu'elles soient sacrifiées au nom de l'uniformité de la jurisprudence (ainsi de l'application rétroactive de la jurisprudence sur l'obligation d'information du médecin à l'égard du patient dans Civ¹, 9 octobre 2001 pour des faits remontant à 1974). Dans d'autres cas, comme en matière de transsexualisme (Ass. plén. 11 décembre 1992), la Cour de cassation n'hésite pas à avancer des faits détaillés, en l'occurrence des opérations chirurgicales et des expertises psychologiques. Comme par le passé, les juges de cassation, en contrôlant la qualification des atteintes à la vie privée (Civ¹ 3 avril 2002, Civ¹ 23 avril 2003, Civ¹ 14 novembre 2006 sur une affiche publicitaire parodiant la Cène), déplacent, en fonction de leur appréciation de l'évolution des mœurs et de la liberté d'expression, le curseur sur les faits considérés comme illicites ou non. C'est pourquoi nous ne croyons pas que la distinction du fait et du droit résulte de la « nature des choses »⁵¹ et nous adhérons aux positions de ceux qui reconnaissent une grande liberté à la Cour de cassation pour étendre ou restreindre son contrôle : comme l'a dit le Président Bellet, le droit est ce qui est soumis au contrôle de la Cour de cassation et le fait est le reste⁵².

Les évolutions de ces dernières décennies en matière de conflits de lois sont caractéristiques de ces déplacements de la « frontière » entre droit et fait : si la loi étrangère reste un fait apprécié souveraine-

⁵¹ Comme l'a écrit TH. LE BARS comparant le fait et le droit à la distinction entre le vin et l'eau, D. FOUSSARD, *Manque de base légale, cit.*, 78.

⁵² *Ibid.*, 78.

ment par les juges du fond, c'est à condition que la Cour de cassation contrôle son éventuelle dénaturation (comme pour un contrat, Civ¹. 21 novembre 1961, *Montefiore* reprenant des pistes jurisprudentielles explorées à la fin des années 1870, puis abandonnées) et que le caractère de « règle de droit » de la loi étrangère soit pris en compte en termes de procédure (Civ¹ 13 janvier 1993, *Coucke*, la loi étrangère ne fait pas partie des faits dans le débat) ou d'opposition à l'ordre public (Civ¹ 17 février 2004 sur la répudiation unilatérale en droit algérien). La cassation pour manque de base légale ou pour violation de la loi en matière de droit international privé reste un instrument majeur pour uniformiser la jurisprudence, sans contraindre excessivement les juges du fond dans leur décision⁵³. Malgré les critiques adressées par des magistrats de la Cour de cassation (par le président Bel en 1989, par le procureur général Burgelin en 2001) au défaut de base légale, ou plus récemment par la doctrine aux arrêts mettant en œuvre un contrôle de proportionnalité (Civ¹ 4 décembre 2013 sur le refus d'annuler un mariage de 20 ans entre un beau-père et sa bru au motif d'une atteinte disproportionnée à la vie privée)⁵⁴, il ne nous semble pas que les pratiques (parfois contradictoires sur certains terrains, certains ont parlé de jurisprudences « sinusoidales ») des juges de cassation d'aujourd'hui diffèrent radicalement de celles des premières générations de membres du Tribunal puis de la Cour de cassation. En recourant le plus souvent au renvoi du fond de l'affaire (ce qui n'est pas le cas de juridictions pour qui la cassation est une compétence parmi d'autres, comme le Conseil d'État français), la Cour de cassation reste un Tribunal de la loi, plus comparable de ce point de vue à la Cour de Justice de l'Union Européenne, voire à une Cour constitutionnelle, qu'à la Cour suprême des États-Unis, du Royaume-Uni ou de l'Inde. Veillant au respect de la loi, parlant « comme la loi », la Cour de cassation maintient les juges du fond dans la soumission aux règles du droit en leur interdisant d'en dévier, même en présence de faits exceptionnels. Chargée d'assurer l'uniformité de jurisprudence, la Cour de cassation s'assure que des faits semblables sont qualifiés de la même façon partout en France. Parce que la Cour de cassation peut seule casser des jugements

⁵³ M.-N. JOBARD-BACHELIER, *Manque de base légale et application de la loi étrangère* in *La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, N. MOLFESSIS, *cit.*, 198-109.

⁵⁴ Cet arrêt s'oriente vers la technique des distinctions du *common law* selon C. JAMIN, *RTD civ.* 2015, 264, il faut toutefois remarquer qu'il s'agit d'un cas particulier d'un arrêt sans renvoi.

contraires au droit et seule imposer son interprétation sur la qualification des faits, elle détient le pouvoir de déterminer, dans chaque affaire qui lui est soumise, la distinction entre le fait et le droit. Sans essentialiser la continuité à l'intérieur de la Cour de cassation française, n'est-ce pas la reconnaissance des intuitions de Piero Calamandrei sur la spécificité d'un modèle associant *nomofilachia* et uniformité de la jurisprudence ?

Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime

Ugo Petronio

1. Premessa

Questo saggio è dedicato alla memoria di un amico carissimo e di un grande maestro e accomuna entrambi in un unico abbraccio, insieme alla sua cara Nietta, che ho conosciuto quando frequentavamo, entrambi studenti universitari, l'*English School* di Roma e che era, già allora, come è sempre rimasta non ostante le molte traversie della sua vita, *dulce ridentem, dulce loquentem*.

Per parlare di precedente nell'antico regime, prima della rivoluzione e dei codici, bisogna farsi uomini dell'*ancien regime*, spogliandosi di categorie mentali contemporanee e della stessa nozione che oggi si assume, tecnicamente, come precedente.

Recentemente – ma gli anni passano, inclementi - l'argomento è stato studiato da molti punti di vista, intrecciato com'è ad altri temi fondamentali: al sistema delle fonti descritto, ma in modo non più esauriente, dall'art. 12 delle preleggi; alla giurisdizione e al suo esercizio; al cd. 'diritto vivente' elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina; all'ordinamento giudiziario, alle nozioni stesse di giustizia e di potere sovrano nei loro collegamenti molteplici con il proprio retroterra storico, politico, filosofico e culturale.

Non accennerò nemmeno al dibattito giuridico sul precedente giudiziario, limitandomi a ricordare quello che ha scritto Taruffo, che le "ricerche svolte in vari sistemi giuridici hanno dimostrato che il riferimento al precedente non è più da tempo una caratteristica peculiare degli ordinamenti di *Common Law*, essendo ormai presente in quasi tutti i sistemi, anche di *Civil Law*".¹

¹ M. TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 3, 709.

Quindi, non discuterò tesi di singoli autori – non avrei la competenza per farlo – e non fornirò indicazioni bibliografiche specifiche, se non rinviando a quelle contenute in alcune importanti voci di enciclopedia o in qualche volume recente².

Al medesimo modo, non tratterò, se non per accenni quando se ne presenterà la necessità, il problema dibattuto in passato della natura - legislativa o giurisprudenziale – del diritto comune, nella polemica che prima ha opposto Calasso a Bussi³ e che poi è stata ripresa da Lombardi⁴ e oggi da Grossi, nei suoi molti scritti.

Infine, non comparerò ordinamenti e concetti di epoche diverse, nella convinzione che ho già manifestato più volte – faccio grazia a chi legge del tentativo di dimostrarne il fondamento – che si possa pensare di comparare epoche e mondi diversi e che, se lo si fa seriamente, si fa storia perché si cerca di capire – *per causas* - il processo che ha condotto a certi risultati.

A questo punto, resta da dar conto della nozione attuale di precedente e dei nodi problematici che inducono a non poterla applicare al mondo di antico regime, facendo mie alcune indicazioni di Michele Taruffo.

Oggi, il precedente è l'insieme dei *topoi* che orientano l'interpretazione della norma nel caso concreto, e forniscono “una regola che può essere utilizzata come criterio di decisione nel caso successivo in funzione di identità o come accade di regola dell'analogia tra i fatti del primo caso e i fatti del caso successivo”; questo – è addirittura banale notarlo – comporta che perché si possa parlare di precedente è necessario che il giudice abbia a disposizione le raccolte dei casi decisi con le loro *rationes decidendi* e che possa confrontare i fatti e le logiche delle diverse fattispecie.

Allora, diventa di nuovo banale osservare che, per secoli, negli ordinamenti di antico regime non si è realizzata questa situazione, anzi se ne è rimasti molto lontani, seguendo una strada opposta; senza voler forzare la mano, la non motivazione delle decisioni giudiziarie che è stata tipica degli ordinamenti di antico regime non ha consentito per molto tempo che nelle corti si formasse una catena di precedenti noti e quindi utilizzabili.

Banalità per banalità, è troppo ovvio dire che il precedente giudiziario presuppone la nozione di decisione resa in sede giurisdizionale,

² V. MARINELLI, *Precedente giudiziario*, in *EdD*, VI aggiunta, Milano 2002, 871 ss.; Id., *Studi sul diritto vivente*, Napoli 2008, 319 ss.; U. MATTEI, *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Digesto, Disc. Priv.*, Torino 1996, XIV, 148 ss.

³ Rispettivamente, E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935, e F. CALASSO, rec. a E. BUSSI, *Intorno al concetto di diritto comune*, ora in *Annali IX*, 569-573.

⁴ L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967, 79 ss. in particolare.

cioè la sentenza; con la precisazione, che è necessaria per gli ordinamenti di antico regime, che però non ogni sentenza costituisce *decisio* – in francese, *arrêt* – perché c’era una differenza fortissima tra giurisdizioni di livello inferiore o superiore.

Per parlare di *arrêts* occorre parlare di corti sovrane – *curiae summae* – e quindi di parlamenti o di senati, che erano le sole a poter decidere in modo definitivo e tendenzialmente irrevocabile; dal punto di vista etimologico, alcuni pensarono che il termine si ricollegasse o al definire la controversia o al mettere fine alla *chicane* processuale o all’equivalente francese di *placitum*⁵.

Si tratta, a questo punto, di esaminare le tessere principali del nostro mosaico, che sarebbero tante, forse addirittura troppe; qui mi limito a quelle strettamente necessarie per ricostruire la tradizione che equiparò i poteri dell’imperatore prima, e del principe poi, a quelli di Dio.

2. Princeps est Deus in terris

Nelle fonti una delle tante formule usate per esprimere, in una sintesi densa di significati, i poteri del re fu *princeps est Deus in terris*.

Tra gli storici del diritto, fu segnalata già da Gierke come “formal apotheosis of the Emperor”⁶ e fu studiata, in un contesto molto più

⁵ V. *arrêt*, in *Encyclopédie méthodique, ou par ordre de matières; par une société de gens de lettres, de savants et d’artistes. Jurisprudence*, Paris-Liège 1783, II, v. *arrêt*, II, 467, su questa enciclopedia (cd. *Encyclopédie Pankouke*) v. A. SERRAJ, *Storia della bibliografia*, VIII, 592 ss. Già prima, P.-Ja. BRILLON, *Dictionnaire des arrests ou jurisprudence universelle des parlemens de France et autres tribunaux*, v. *arrêt*, Paris 1727, I, 276, CL.-Jo. DE FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et pratique, contenant l’explication des termes de droit, d’ordonnances, de coutume et de pratique*, v. *arrêt*, ed. Paris 1749³, 167 s., COUCHOT, *Le Praticien universel, ou le Droit françois et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances*, v. *arrêts* ed. Paris 1747, I, 13, *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, v. *arrêt*, ed. Livourne 1770, I, 672, J.N. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, v. *arrêt*, ed. Paris 1784-1785², I, 626. A monte ci sono le opinioni di G. BUDEI, *Annotationes in quatuor et viginti pandectarum libros*, in l. *ultima ff. de senatoribus*, ed. Venetiis 1534, fo. 97 riprese da C. MOLINAEI, *Commentarii in consuetudines parisienses*, gl. 1 in verb. *arrest* ou *brandon*, in *Id.*, *Opera omnia*, ed. Lutetiae Parisiorum 1625, I, coll. 1341 s. Ora, in generale, S. DAUCHY-V. DEMARS-SION, *Les recueils d’arrêts et dictionnaire de jurisprudence (XVIe-XVIIIe)*, Paris 2005. Una edizione tarda di P.-Ja. BRILLON, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrests*, curata Prost de Royer e Riolz, Lyon 1787, contiene un vero trattatello sugli *arrêt*, VI, 631-736.

⁶ O. VON GIERKE, *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, III, Berlin 1881, 563, n. 122; Gierke segnalò passi di Pier delle Vigne, di Baldo, di Iohannes de Platea, di Teodorico di Nieheim, di Enea Silvio Piccolomini e di Giason del Mayno.

ampio, da Kantorowicz, che la suffragò con altre indicazioni di testi⁷, da Ullmann⁸ e da altri.⁹

Secondo questi studi, la sacralità del Principe - non ancora condensata in formula - avrebbe fatto la propria comparsa, magari come semplice accenno, in Pier delle Vigne, il potente ministro di Federico II¹⁰, prendendo corpo in quella che poi fu definita la costruzione della "regalità giuricentrica"¹¹.

Quindi questa medesima sacralità sarebbe cresciuta nel pensiero dei giuristi civilisti per essere poi condensata nella formula identitaria *princeps est Deus in terris* o in qualche altra variante più mitigata - *quasi Deus, Deus terrenus, loco Dei in terris*.

Qui non è il caso di seguire tutto l'iter della sua formazione, che resterebbe sempre problematico per la difficoltà di orientarsi nel labirinto e nella moltitudine delle fonti.

La creazione dell'uomo ad immagine di Dio¹², la regalità del Dio ebraico¹³ e del suo Messia¹⁴ proclamata e consacrata dal cristianesimo nel Cristo¹⁵ eretto ad *imago Dei*¹⁶, la sacralità dell'imperatore, dei re e dei principi

⁷ E.H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton 1957, ora Id., *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino 1989 e 2012.

⁸ W. ULLMANN; *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna*, London 1946.

⁹ A.G. WEILER, *Deus in terris: Mittelalterliche Wurzeln der totalitären Ideologie*, in *Acta Historiae Neerlandica*, Leiden 1966, 21 ss.; in una variante - "princeps enim legitime electus est in terris Deus et maxime Papa" - S. ELDEN, *The Birth of Territory*, University Chicago Press 2013, n. 199 e M.J. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages*, 168, n. 3. Segnalo anche i molti testi nel vecchio e benemerito R. W. CARLYLE - A. J. CARLYLE, *A History of Medieval Political Theory in the West*, Edinburgh-London 1903-36 e 1950³ (trad. it. *Il pensiero politico medievale*, a cura di Luigi Firpo, Bari 1957).

¹⁰ O. VON GIERKE, *Deutsche*, cit., III, 563, n. 122; v. *Ep.* II, cap. 7 e *Ep.* III, c. 44, rispettivamente in P. DE VINEIS, *Epistolarum libri VI*, Basilea 1740, I, 458 s.

¹¹ E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi*, cit., 91 ss.

¹² "Et ait: faciamus hominem ad imaginem et similitudinem nostram ... Et creavit Deus hominem ad imaginem suam: ad imaginem Dei creavit illum, masculum et feminam creavit eos", in *Gen.* 1, 26. L'*Ambrosiaster* seguito da Agostino e da altri - Ivo di Chartres e Pietro Lombardo - osservò commentando Paolo (1*Cor.*, 11) che "mulier debet velare caput, quia non est imago Dei"; i passi dell'*Ambrosiaster* e di Agostino furono inseriti da Graziano nel suo *Decretum* (c. 19 *mulier debet*, II, c. XXXIII, q. V; c. 13 *haec imago*, ivi) e si leggono insieme agli altri in J. P. MIGNE, *Patrologia latina* (d'ora in poi: PL) 17, 24D; 35, 2228; 161, 603D (*Decretum*), 161, 1292D (*Panormia*); 191, 1633C. Per *Ambrosiaster* v. A. PINCHERLE, *Ambrosiastro*, in *Enc. Treccani*, Roma 1929, *sub voce*.

¹³ Ps. 92,1; 94,3; 95,4-10; 98,1-9.

¹⁴ Ps. 2,6-9; 71,1-20; 109,1-4.

¹⁵ *Giov.* 18,37.

¹⁶ 2*Cor.* 4,4; *Col.* 1,15; *Hebr.* 1,3.

come *lex animata in terris* affermata da una costituzione di Giustiniano¹⁷, l'istituzione divina modellata su quella di Cristo "vere rex temporalis" e principe dei re della terra¹⁸, il vicariato di Pietro e dei suoi successori¹⁹, gli attributi giuridici della sovranità (*plenitudo potestatis*, ecc.), la custodia delle leggi "in scrinio pectoris"²⁰ costituiscono l'*humus* culturale nel quale affondarono e del quale si nutrono le radici della formula.

Forse, si potrebbe andare oltre i meandri della storia e spingersi anche tra i labirinti della mente, in strutture archetipiche che portarono ad identificare il divino con il sole e i suoi attributi²¹ – luce, vita, magnificenza - e a considerare la maestà del sovrano come sua emanazione diretta, addirittura filiale; ma così si uscirebbe dalla storia, e non è il caso.

Restando con i piedi per terra, si può fare qualche esempio tratto dal pensiero religioso medievale, sia quando Dio fu considerato come imperatore o come re²² o, al contrario, l'imperatore fu considerato come Dio²³, sia quando in base al principio gelasiano fu posta una relazio-

¹⁷ "Omnibus enim a nobis dictis imperatoris excipiatur fortuna, cui et ipsas deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus", Nov. 105, 4. Poi, tra i tanti B. CHESSENEUX, *Catalogus gloriae mundi*, I, I, cons. 70, e V, cons. 4, ed. Francofurti ad Moenum 1579, fo. 47 e fo. 126; Id., *Consilia*, cons. 7, (ed. Venetiis 1581, 29) dove scrive che il principe non può essere ingannato "cum sciat iura, et omnia in scrinio pectoris habeat", riprendendo un principio elaborato dalla glossa, ripreso da Tommaso d'Aquino e sancito da Bonifacio VIII in c. 1, VI, 1.2.

¹⁸ A. PELAGII, *De planctu ecclesiae*, l. I, cap. 37, ratio 24, ed. Venetiis 1560, fo. 12; francescano e canonista spagnolo, morì a metà trecento.

¹⁹ Ne parlano decretali di Innocenzo III (1198), una a proposito dello scioglimento del matrimonio - "... romanus pontifex (qui non puri hominis sed veri Dei vicem gerit in terris) ..." in c. *Quanto personam X de transl. episc.* (c. 3, X, I, VII - l'altra sui benefici ecclsiastici - "etsi locum Dei teneamus in terris ..." in c. *ut nostrum X ut eccl. beneficia* (c. 1, X, III, XII).

²⁰ Per le origini di questa massima v. le fonti in E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi*, cit., 28, n.17; più tardi, tra i moltissimi B. CHASSENEUX, *Consilia*, cons. 7, ed. Venetiis 1581, 29, nn. 72 s.

²¹ Per l'attribuzione agli antichi filosofi della comparazione dell'autorità sovrana del principe al sole e del senato al cielo B. DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize livres des parlemens de France*, l. XIII, cap. 35, ed. Genève 1621, 931..

²² Qualche esempio: "eo quidem promptius, quo nobis imperator noster Deus praemia pro laboribus aeterna constituit", LACTANTIUS, *Divinarum institutionum liber VI*, PL 6, 0647; "Deus ... in mundo est, ut imperator in regno": HUGO DE SANCTO VICTORE, *De arca Noe morali*, PL 176, 0621; "...expectare regnum eius, cuius rex vel imperator ipse Deus et Dominus est", RUPERTUS TUITIENSIS, *De victoria Verbi Dei*, 169, PL 1441C. La brevissima gl. *ad principem* in c. *si quis ante annos X de regularibus* annotò "ad principem, id est ad Papam" e l'indicazione, possibile nel contesto di quel passo, diventò "princeps potest dici Papam" in ALBERICI DE ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis, quam canonici, v. princeps* (ed. Venetiis 1573, 637).

²³ "Sine dubio ... Deus terrenus est imperator, contra quem quicumque manum levare

ne esplicita tra i poteri del principe e i medesimi poteri del papa *in spiritualibus*, sia quando fu mutuata dal mondo del diritto canonico la necessità, per entrambi, di essere stati eletti *legitime*, sia, infine, quando entrambi furono fatti oggetto di adorazione, echeggiando la tradizione orientale e uno spunto che si legge in un passo di un'opera che fino al cinquecento circolò – ma quanto? – sotto l'attribuzione ad Agostino e che solo dopo gli studi di Erasmo fu ascritta all'*Ambrosiaster*: “rex enim adoratur in terris quasi vicarius Dei”²⁴.

Forse fu proprio questo pseudo-Agostino ad influenzare, insieme a testi biblici, uno scrittore come Giovanni da Salisbury, che è ritenuto uno degli artefici – o addirittura l'artefice – di un'altra formula fortunata, quella del principe “in terris quaedam divinae maiestatis imago” o “*imaginem Dei*”²⁵.

In questa tradizione, una glossa di datazione incerta²⁶ scrisse, in un evidente intreccio con filoni del pensiero religioso che durarono a lungo, che il principe era “quasi Deus: caelestis enim Deus in caelo est. ita princeps in terris”²⁷, utilizzando i materiali concettuali e lessicali che confluirono nella formula; invece è presente in un cd. *casus* che probabilmente è un'*addictio* molto più tarda: “rescriptum imperatoris dicitur res divina: quia est Deus in terris”²⁸.

nisus fuerit, ipse sui sanguinis reus erit”: LANDULFUS SAGAX, *Historia miscella*, PL 95, 0937B; EKKEHARDUS URAUGIENSIS, *Chronicon universale*, PL 154, 0740C; e IORDANUS LEMOVICLSENSIS, *De origine et rebus gestis Gothorum*, PL 69, 1271C.

²⁴ PSEUDO-AUGUSTINI [AMBROSIASTER], *Quaestiones veteris et novi testamenti*, q. XCI, cap. 8, in *Corpus scriptorum ecclesiasticorum latinorum*, 50, Vindobonae-Lipsiae 1903, 157; e PL 35, 2284.

²⁵ I. SARESBERIENSIS, *Policraticus*, IV, cap. I, e VI, cap. 26 (ed. Lugduni Batavorum 1595, 177 e 338); W. ULLMANN, ‘John of Salisbury’s *Policraticus* in the Later Middle Ages’, *Geschichtsschreibung und geistiges Leben im Mittelalter. Festschrift für H. Löwe* (Köln-Wien, 1978, 519 ss.); M. WILKS, *John of Salisbury and the tyranny of nonsense*, in *Studies in Church History. Subsidia*, 3, 263 ss.

²⁶ Sarebbe necessaria una ricerca sui manoscritti, perché essa ricorre in edizioni cinquecentesche del *Codex* (Parisiis 1559; Lugduni 1584) ma non in altre precedenti (incun. Ra 2, Basel 7 iulii 1487, in Zentralbibliothek Zürich).

²⁷ Gl. *caeleste* alla l. *iubemus nullam navem C. de sacr. eccl.* (C. 1.2.10); il riconoscimento dell’onnipotenza del principe e della sua sacralità v. gl. *magistratus ff. de adoptionibus* (D. 1, 7, 2) - “cum omnia princeps facere dicitur” – che cita const. *Tanta* (C. 1,17, par. 18): “si quid igitur tale contigerit, augustum impleretur remedium, quia ideo imperialem fortunam rebus humanis Deus praeposuit, ut possit omnia quae noviter contingunt et emendare et componere et modis et regulis competentibus tradere”.

²⁸ *Casus l. sacrilegii C. de div. resc.* (C.1.23.5), che non ricorre nell’incun. Ra 2 e tra i *casus* in T. WALLINGA, *The casus codicis of Wilhelmus de Cabriano*, Franckfurt am Main 2005; si citano Baldo e Paolo di Castro.

I dottori del diritto comune attribuirono con sempre maggior frequenza la sacralità al principe e con altrettanta frequenza paragonarono i suoi poteri a quelli di Dio, sia in forma generica, come Odofredo²⁹, sia in forma più specifica, come Cino³⁰ o come Bartolo³¹, che affrontò anche il tema dell'adorazione del principe, che era eterno come ufficio ma non come persona e che poteva essere adorato, ma per reverenza³².

Nel tempo, seguirono poi i molti spunti di Luca da Penne³³ e di Baldo³⁴, o il brevissimo cenno di Saliceto³⁵.

²⁹ "Vocatur rescriptum oraculum caeleste: quia sicut praecepta Dei non sunt violanda ita nec principis ... rescriptum imperialem vocatur oraculum"; "quia est quasi sacrilegium violare legem principis ...", ODOFREDI, *Lectura super codice*, l. *iubemus nullam navem* C. de sacr. eccl. (C. 1, 2, 10), e l. *sacrilegii* C. de div. rescrip. (C. 1, 23, 5), (ed. Lugduni 1552, fo.10, n. 2 e fo50 v).

³⁰ CYNII PISTORIENSIS, *In Codicem*, in l. *imperialis* C. de legibus (C. 1,14.1), ed. Francoforti ad Moenum 1578, II, fo. 29; v. già R.W e A.J. CARLYLE, *A History*, cit., VI, 14 e W. ULLMANN, *The Medieval*, cit., 175.

³¹ "Princeps est Deus in terris", l. *ad reprimendum*, v. *fidelitates*, in BARTOLI A SAXOFERRATO, *Tractatus super constitutione extravaganti, Ad reprimendum*, ed. Venetiis 1602, X, 95, n. 5.

³² *Id.*, *In tres posteriores Codicis libros commentaria*, l. *primicerium* C. de fabricensibus C. 11, 10, 2 (ed. cit., fo. 32).

³³ V. alcuni passi citati in W. ULLMAN, *The Medieval*, cit, 50 s. e 54, dove l'imperatore o il sovrano in genere (the Ruler) "est enim rex in terris sicut Deus in caelo" e "imago divinitatis est princeps" riscontrati in LUCAS DE PENNA, *Super tribus posterioribus libris Codicis Iustiniani*, Lugduni 1557. Aggiungo: "princeps qui quantum ad saecularia in terris obtinet locum Dei ... Omnia enim acta per principem quadammodo sacra dicuntur", in l. *universos decuriones* C. de decurionibus (C. 10.32.15) fo. 43v; "ex parte principis qui vicem Dei gerit in terris", l. *si quis ex corpore* C. de murilegulis (C. 11.8.13), fo. 126r.; "ex eo quod semper causam in eius actibus esse praesumitur, quia cor eius in manu Dei est et eius vices quo ad temporalia gerit in terris", l. *praedia domus nostrae* C. de locatione praediorum civilium (C.11.71.5), fo. 207v.; "princeps enim est potentia publica: et in terris divinae maiestatis imago ... Solem alterum principem esse credo. Unde dicitur Deus terrenus", tit. *de principibus agentium in rebus* (C. 12.21), fo. 248v; "fidelitatem etenim quam ... iuraverunt Deo id est regi qui quo ad temporalia vicem Dei gerit in terris" l. *defunctorum in desertione* C. de re militari (C. 12.35. 4), fo. 270; "sic et princeps ... nam est in terris sicut Deus in caelo", l. *quando votis communibus* C. de oblatione votorum (C. 12. 48.1), fo. 307v.

³⁴ "princeps legitime electus, est in terris Deus et maxime Papa sed non legitime electus est diabolus in terris et apostata", l. *impetrata* C. *sententia rescindi non posse* (7.50.3), BALDI UBALDI, *In codicis libros commentaria* (ed. Venetiis 1586, fo. 65, n. 2); *Id.*, cons. *ad intelligentiam*, *Id.*, *Consiliorum, sive responsorum volumen primum [... sextum]* (ed. Venetiis 1575, I, cons. 333, fo. 105); *Id.*, *Consiliorum*, cons. *Queritur si rex romanorum*, in *Id.*, *Consiliorum*, I, cons. 328, (ed. cit. I, fo. 102 ss.). Sul preteso assolutismo di Baldo v. S. ELDEN, *The Birth of Territory*, Chicago 2013, n. 199, K. PENNINGTON, *Was Baldus an Absolutist? The Evidence of his Consilia*, in *VI centenario della morte di Baldo degli Ubaldi, 1400 - 2000*, a cura di C. FROVA, N. OTTAVIANI e S. ZUCCHINI, Perugia 2005, 1 ss.

³⁵ "imperator Deus est in terris", in l. *iubemus nullam navem* C. de sacr. eccl., (C. 1. 2.10), BARTOLOMEO A SALICETO, *Commentaria super toto Codice*, ed. Francoforti ad Moenum 1615, I, fo. 46.

La tradizione si protrasse ancora fino a Giovanni Piazza che fece proprio il significato profondo dell'adorazione del principe³⁶ - "sic Deus adoratur in caelis, ita princeps adoratur in terris" - o a Giasone del Mayno, per il quale l'imperatore era svincolato da ogni giuramento "quia est princeps mundi et corporalis mundi Deus"³⁷.

Probabilmente, fu soprattutto il magistero di Baldo a segnare la fortuna della formula, e fu così anche in Francia; in un lungo *consilium* che riguardava l'imposizione dei pedaggi e che trattò con una qualche ampiezza i poteri del sovrano Guy Pape, già consigliere del parlamento del Delfinato, fece propria la teoria dei due soli per papato e impero - "sunt enim duo principes et duo luminaria: quorum unum preest in spiritualibus et alius in temporalibus a Deo instituti proportionabiliter se habentes" - sicché "parem potestatem habet imperatorem in temporalibus et dicitur quoad temporalia Deus in terris"³⁸.

Ancora all'autorità di Baldo si rifece Pierre Rebuffi, un altro maestro del diritto francese, che prestò un'attenzione tutta particolare al *ius gallicum*; in un'opera particolarmente importante per l'analisi del diritto giudiziario, egli riprese la tesi di Baldo che "princeps legitime electus est Deus in terris, et maxime papa, sed non legitime electus est diabolus, et apostata"³⁹.

E ancora in Francia fu annoverata tra i principi generali del diritto francese la regola che il potere di grazia spettava solo a "le prince

³⁶ JOHANNES DE PLATEA, *Lectura super tribus libris Iustiniani Codicis*, XI, *de fabricensibus*, l. *primicerium*, C. 11, 10, 2. in Bayerische Staatsbibliothek, sul sito <https://bildsuche.digitale-sammlungen.de/index>. Già prima v. GUGLIELMUS DURANDUS [il giovane], *Tractatus de modo generalis concilii celebrandi*, in *Tractatus universi iuris*, Venetiis 1580, XIII, fo. 173 ("potissime cum dominus papa locum eius [Dei] teneat et vice fungatur in terris"). La tradizione restò in JOANNES DE SELVA, *Tractatus de iureiurando*, in TUI IV, n. 54, fo. 356 ("Septimo, papa est Deus in terris, quando est legitime electus) e in *Tractatus de beneficio*, in TUI XV, 1, 108 ("quia papa est Deus in terris in concernentibus ius positivum ... immo si papa non est legitime electus est diabolus in terris"), che cita Baldo, e in F. DE AVILES, *Nova diligens ac perutilis expositio capitum, seu leum praetorum, ac iudicum syndicatus regni totius Hispaniae, proemium* (ed. Salmanticae 1581, fo. 14v), con ampie citazioni di Bartolo e Piazza.

³⁷ I. MAYNI, *Secundum volumen consiliorum*, cons. 177, n. 3, ed. Lugduni 1534, fo. 57.

³⁸ Cons. 65, nn. 7 ss., in G. PAPE, *Consilia*, Venetiis 1544, fo. 76.

³⁹ P. REBUFFI, *Concordata inter sanctissimum dominum nostrum papam Leonem X et sedem apostolicam, ac christianissimum dominum nostrum regem Franciscum, et regnum, edita...*, in rubr. *de mandatis apostolicis*, v. *quilibet*, ed. Parisiis 1555, 256; il concordato 18 agosto 1516 tra papa Leone X e Francesco I di Francia è in J. DUMONT, *Corps universel diplomatique*, Amsterdam 1726, IV, I, CVII, 228 ss. La formula "rex est Deus in terris" ricorre anche in B. CHASSENEUX, *Consuetudines ducatus Burgundiae, fereque totius Galliae*, Francofurti 1574, 242 e in Id., *Catalogus*, cit., 136.

souverain lieutenant de Dieu en terre” e che questo avveniva perché “le prince souverain imite la bonté et miséricorde de Dieu” nel quale giustizia e misericordia erano uguali⁴⁰.

Nel tempo, la tesi del principe *Deus in terris* trovò un certo spazio, con qualche rimaneggiamento occasionale, sia in giuristi con una vocazione spiccata per la politica, come l’italiano Alberico Gentili⁴¹, il francese Jean Bodin⁴², gli spagnoli Juan Redin e Stefano Daoyz⁴³, in altri ancora⁴⁴, sia negli stessi giuristi pratici del diritto comune, come in Marco Antonio Pellegrini⁴⁵ in Italia, o come nel tedesco Martin Schrader⁴⁶ fuori di essa, facendosi parte integrante delle formule della sovranità; per finire addirittura nelle mani di qualche storico locale, che attribuì poteri divini al re di cui scrisse la vita: “alter quasi Deus in terris”⁴⁷.

⁴⁰ P. DE L’HOMMEAU, *Maximes générales du droit françois*, mass. IX, Paris 1657, 20; la prima edizione apparve nel 1605 e l’ultima nel 1675.

⁴¹ “Et de principe temporalis sic docent optime. quicquid de spiritualibus protulerit papa pessime: quod in spiritualibus est Dei solius. princeps est deus in terris. eius potestas maior est, quamque olim fuit patris in filium, domini in servum. et princeps dicitur et est dominus.”, A. GENTILI, *Regales disputationes tres*, disp. de potestate regis absoluta, I, Londini 1605, fo. 10v. ; e v. anche ivi, disp. semper iniusta III, ed. cit., 101.

⁴² “Le pape, qui alors étoit estimé comme Dieu en terre”, J. BODIN, *Les six livres de la république*, l. I, cap. 9 (ed. Paris 1579^a, 192); per il principe immagine di Dio ivi, l. I, cap. 8 (ed. cit. 161) e ivi, l. 4, cap. 5, (ed. cit., 606), per l’adorazione come Dio dovuta al re di Persia e a quello di Francia, ivi, l. II, cap. 2 (ed. cit., 273), per l’esistenza per i turchi di un solo Dio in cielo e di un solo sultano in terra ivi, l. 6, (ed. cit., 965); per l’affermazione che in terra, dopo Dio, nessuno è più grande dei principi sovrani che sono stabiliti come suoi luogotenenti, ivi, l. I, cap. 10, (ed. cit., 211).

⁴³ “Atque ex his dicere solemus, regem seu principem in terris esse, sicut Deum in coelis”, “ideoque et id traditum est: sicut Deus adoratur in coelis: ita principem adorari in terris”, “quis enim reges, Dei vicem in orbe tenentes”, J. REDIN, *De maiestate principis, tractatus, in proem. institutionum*, ed. Vallisoli 1568, fo. 5 s., nn. 30 e 32; S. DAOYZ, *Iuris civilis summa, seu index copiosus*, Mediolani 1742, 419, v. fidelitas (“fidelitas tota debetur principi, quia est Deus in terris”) e 544 v. imperatoris (“imperatoris rescriptum dicitur res divina, quia est Deus in terris”).

⁴⁴ G. D. TASSONE, *Observationes iurisdictionales politicae, ac practicae, super prag. de antefato*, vers. 1, obs. 3, n. 45, ed. Neapoli 1632.

⁴⁵ “Quoniam Deus in caelis et potestas hominum in terris subiecit leges principi imperanti, et in eum transtulit omnem potestatem ... quia princeps quoad terrena, est quidam quasi corporalis Deus in terris ...”: M. A. PEREGRINI, *Consilia sive responsa iuris*, cons. 16, Venetiis 1727, IV, f. 33.

⁴⁶ M. SCHRADER, *Tractatus de sententiis principum ex potestatis plenitudine*, Lipsiae 1708, due volte nella epistola dedicataria, dove scrive: “potest [principes] pacta et contractus, quibus se subditis obligarit, infringere; potest ius alteri quaesitum eripere, potest pro libitu gratiam indulgere, poenam remittere et leges limitare; potest defensionem tollere. Potest facere candida de nigris et de candentibus atra, quia lex animata, imo in terris, eiusque voluntas pro ratione est”.

⁴⁷ F. DELLE DONNE, *Politica e letteratura nel mezzogiorno medievale. La cronachistica dei*

Nel medesimo tempo, la formula continuò a far capolino nel pensiero teologico e in quello religioso; salvo errore, non ricorre nella *Summa* di Tommaso d'Aquino, ma è usata quando a scrivere fu Giovanni da Capestrano, un predicatore francescano già laureato *in utroque iure*, che unificò i tanti filoni di pensiero del passato: la divinità del Cristo, il vicariato di Pietro, la sacralità dell'imperatore "Deus in terris" e quella ancora maggiore del Papa rappresentante di Dio, e quindi "maior homine, minor Deo"⁴⁸.

Queste considerazioni sono molto sommarie dal punto di vista del giurista storico e sono state contenute nei limiti strettamente necessari per presentare, a chi non faccia questo mestiere, uno dei punti di riferimento necessari per inquadrare la tematica del precedente negli stati di antico regime, con qualche scampolo di ricerca e di sostegno di testi.

Probabilmente, le tracce seguite sin qui sono quelle principali, ma le fonti del diritto di antico regime sono vastità immense che riservano sorprese di ogni tipo, sicché quando la ricerca sembra aver acquistato una qualche decenza ci si accorge che c'è ancora dell'altro, forse tanto altro.

Già Baldo, che anche in questo fu ripreso da Bodin, attribuì a Seneca l'affermazione, appena mascherata da interrogativo retorico, che Nerone faceva di sé come imperatore: "Ego ne ex omnibus mortalibus placui electusque sum qui in terris deorum vice fungerer"⁴⁹.

Jacopo Menochio, professore e magistrato illustre, giurista pratico e consulente di grido, in uno dei suoi tantissimi *consilia* si rifece al *Panegyricus* di Plinio per affermare che il principe era un dono di Dio⁵⁰; quindi fondò una propria versione della formula – "princeps dicitur esse loco Dei in terris" – sull'autorità di un passo preciso della *Politica* di Aristotele⁵¹ diversamente da quanto era avvenuto prima di lui.

secoli XII-XV, Napoli 2004², 140, a proposito della *Historia Alphonsi primi regis* di Gaspare Pellegrino.

⁴⁸ JOANNES A. CAPISTRANO, *De potestate papae et concilii, sive ecclesiae*, Venetiis 1580, fo. 23 v.

⁴⁹ BALDI, *Consiliorum*, cons. *Queritur si rex romanorum*, in ID., *Consiliorum*, I, cons. 328, (ed. cit. I, fo. 102 ss.); per la citazione v. L. A. SENECAE, *De clementia*, che Bodin indica invece come *De ira* (ed. cit., 300).

⁵⁰ "quod enim praestabilius est aut pulchrius munus deorum, quam castus et sanctus et diis simillimus princeps?", C. PLINII SECUNDI, *Panegyricus* cap. 1.

⁵¹ I. MENOCHII, *Consiliorum sive responsorum liber ... III*, cons. 208, n. 43, ed. Francofurti 1605, III, fo. 31; accanto ad Aristotele è citata la Nov. 97 *de armis*, che comincia ricordando che il potere è stato affidato da Dio all'imperatore.

La citazione dei due autori latini non è casuale; il primo, Seneca, fu spesso caro al pensiero cristiano, anche per una sua pretesa corrispondenza con san Paolo⁵²; Traiano, esaltato nel *Panegyricus*, anche se perseguì il cristianesimo finì ugualmente per incarnare il modello dell'*optimus princeps* per la sua saggezza e la sua moderazione.

Invece, il richiamo ad Aristotele merita una piccola digressione, perché in quel passo Aristotele affermò in modo molto generico che se in uno stato c'era qualcuno così eminente da emergere su tutti "come un dio tra gli uomini è naturalmente un uomo siffatto"⁵³.

Quindi, ancora nessuna formula e nemmeno il riferimento esatto ad un primato in terra – Aristotele scrisse "come un dio tra gli uomini" e non dio in terra - ma solo un modo di dire o una metafora⁵⁴, al più una similitudine; del resto, si potrebbe dire che anche nella glossa *caeleste* si è di fronte a una similitudine e non ancora a una formula.

Però, a voler seguire l'indicazione di Menochio, qualcosa non tornerebbe; la versione in latino della *Politica* di Aristotele, dovuta a Guglielmo di Moerbeke che dovrebbe essere stato il suo primo traduttore, è databile tra il 1260 e gli anni immediatamente successivi⁵⁵, quando

⁵² L. ANNAEI SENECAE, *Epistularum moralium ad Lucilium*, lib. I, X, V; per riferimenti a Seneca e a Paolo insieme v. AUGUSTINUS HIPONENSIS, *Epistolae*, in PL 33, 659; FRECVLPVPHVS LEXOVENSIS, *Chronica*, in PL 106, 1132C-D; HINCMARVS RHEMENSIS, *Opuscula in causa Hincmari Laudunensis*, in PL 126, 378D, che scrive di "Seneca pene Christianus, et apostolo Paulo familiaris"; PETRVS CLVNIACENSIS, *Adversus etrobrusianos haereticos*, in PL 189, 737C; SICARDVS CREMONENSIS, *Chronicon*, in PL 213, 452A-B; i riferimenti a Seneca aumentano più tardi, in Sedulio Scoto, Radberto Pascasio, Othlo di Sank Emmeram, Rupereto di Deutz, Alano di Lilla, e Giovanni di Salisbury, e altri ancora. Una grande diffusione del suo pensiero si è avuta poi con il neostoicismo rinascimentale.

⁵³ ARISTOTELE, *Politica*, III, 13, 1284 A; ho confrontato il passo greco nel testo edito a cura di C.A. VIANO, Milano 2002, 288, ma non ne ho seguito la traduzione dove il passo è reso al plurale – "essi sarebbero" – come non è nell'originale. Ho visto la prima traduzione latina *Aristotelis politicorum libri octo, cum vetusta translatione Guilelmi de Moerbeke, recensuit Franciscus Susemihl*, Lipsiae 1872 (non quella più recente a cura di P. MICHAUD-QUANTIN, DESCLÉE DE BROUWER, BRUGES-PARIS 1961 in *Aristoteles latinus* XXIX/1) che traduce "sicut enim deum inter homines verisimile esse talem" (p. 208) e quella famosa di Leonardo Bruni, *Aristotelis stagiritae Politicorum sive de republica libri octo, cum d. Thomae Aquinatis explanatione*, Venetiis 1568, che traduce il passo "putandum est enim talem virum tamquam Deum in hominibus esse" mentre Tommaso lo rende "verisimile est esse quasi Deum".

⁵⁴ Il valore metaforico mi sembra conservato dai traduttori latini citati alla nota precedente.

⁵⁵ Per la datazione al 1260 v. G. BESSO, B. GUAGLIUMI, F. PEZZOLI, *Accademia e politica attiva: le edizioni, le traduzioni e i commenti alla Politica di Aristotele in Italia nei secoli XV-XVI*, in *Respublica litterarum – Documentos de trabajo del grupo de investigacion 'Nomos' - Lucio Anneo Seneca – Suplemento monografico Tradicion*

era già stata completato il testo di Accursio nel quale ricorre la glossa *caeleste*, anch'essa di datazione incerta⁵⁶.

Invece, i tempi tornerebbero con tutta la tradizione dei giuristi successivi che furono in condizione di poter conoscere l'opera di Aristotele – se poi l'abbiano conosciuta davvero, come e quanto a fondo è un'altra questione.

L'ipotesi dell'influenza della *Politica* di Aristotele sui giuristi del trecento e del quattrocento andrebbe indagata con attenzione; per altro, essa troverebbe riscontro in altri spunti dei loro scritti, come quando si comparò la fedeltà al principe a quella al padre e si affermò che, nel contrasto, prevaleva la prima⁵⁷ o quando, altrove, si fondò l'istituzione delle magistrature sull'impossibilità che il sovrano potesse fare tutto da solo⁵⁸.

Semmai, serve a confermare un fatto culturale diverso; nel tempo, quando si affievolirono le molte suggestioni religiose di cui è intrisa la formula *princeps est Deus in terris*, ne furono consentite letture diverse, avulse dalla cultura che le aveva nutrite in origine e influenzate da altre culture diverse.

Avvenne così anche da parte di chi avrebbe potuto darne, anche secoli dopo, letture più legate alla storia; lo stesso Muratori, scrivendo dei troppi eccessi commessi da Barnabò Visconti signore di Milano gli addebitò quasi come bestemmia di aver proclamato “nonne cogniscitis, quod sum Deus in terris?”⁵⁹; poi, ad inizio novecento, un medico francese, studiando le patologie mentali di un ramo del casato reale francese, considerò tra le evidenze patologiche del ca-

clasica y universidad, 2007, 3 ss.; più problematica L. LANZA, *Ei autem qui de Politia considerat ... Aristotele nel pensiero politico medievale*, Barcelona-Madrid 2013, 17 e n. 2. Ancora sulle vicende della *Politica* CH. FLÜELER, *Rezeption und Interpretation der Aristotelischen Politia im späten Mittelalter*, Amsterdam-Philadelphia 1992, G. FIORAVANTI, *La Politia di Aristotele nel medioevo: linee di una recezione*, in *Riv. st. filos.*, 1997, 17 ss., J. BRAMS, *La riscoperta di Aristotele in occidente*, Milano 2003, 105 ss.; *Politischer Aristotelismus. Die Rezeption der aristotelischen 'Politik' von den Antike bis zum 19. Jahrhundert*, CH. HERN, A. NESCHKE-HENSCHKE, Weimar 2008, 53 ss., C. FIOCCHI, *Problemi di traduzione della Politia di Aristotele. Il caso della traduzione in francese di Nicole Oresme*, in *Doctor Virtualis* n.7, 2007, 221 ss.

⁵⁶ V. sopra n. 21.

⁵⁷ BARTOLI A SAXOFERRATO, *Tractatus super constitutione extravaganti, Ad reprimendum*, ed. Venetiis 1602, X, 95, nn.2-3. GENTILI, *Regales*, cit., disp. *de potestate regis absoluta*, cit a n. 41, e ivi, disp. *semper iniusta*, III, ed. cit. 101.

⁵⁸ *Politica*, cit., 1287b, 581.

⁵⁹ L.A. MURATORI, *Annales mediolanenses*, in *Id.*, *Rerum italicarum scriptores*, XVI, Mediolani 1730, COL. 795.

rattere di Barnabò proprio la sua megalomania che lo aveva indotto a proclamarsi Dio in terra⁶⁰ – un po' come avviene oggi in tante vignette sui matti, dove c'è sempre qualcuno che si crede Napoleone, con il cappello in testa con una bella 'enne' maiuscola sopra e la mano pigiata sullo stomaco.

Per concludere su questo punto, vorrei ricordare a chi non è storico del diritto, perché chi lo è lo sa già per mestiere, che le nostri fonti – non solo quelle ... - vanno sempre lette nel contesto culturale in cui sono nate, perché facendo altrimenti si rischia di prendere abbagli: ce lo ha insegnato Herder, uno che è stato davvero maestro di storicismo, quando ha scritto che sarebbe “follia ... strappare dalla sua terra, dalla sua epoca e dall'adolescenza dello spirito umano una singola egizia virtù per misurarla poi col metro di un'altra età”⁶¹.

3. Il re giudice

Inserita questa prima tessera del *puzzle*, si può procedere oltre per definire il contesto storico e culturale che ha influenzato la dottrina del precedente.

Se il principe era Dio in terra, egli giudicava come avrebbe giudicato Dio stesso: un'altra formula sintetica che serpeggiò per la cultura medievale fino a raggiungere la fine dell'antico regime fu *iudicare tamquam Deus*⁶².

Anche in questo caso, l'origine prima della formula potrebbe stare in quel filone della tradizione religiosa ebraico-cristiana che è attestato nella Bibbia nell'endiadi “*rex meus et Deus meus*”⁶³ e che nel tempo, in età di assolutismo maturo, può aver favorito l'assimilazione già vista dei poteri che, in terra, erano propri del re a quelli che, in cielo, erano propri di Dio.

⁶⁰ A. BRACHET, *Pathologie mentale des rois de France*, Paris 1903², 38 s.

⁶¹ J. G. HERDER, *Ancora una filosofia della storia per l'educazione dell'umanità*, introduzione e traduzione di F. VENTURI, Torino 1951, 13.

⁶² U. PETRONIO, *Laboratorio per una ricerca: iudicare tamquam deus tra teologia e diritto*, in *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*. Atti del convegno di studi Teramo 21-22 aprile 2004, a cura di P. A. BONNET, L. LO SCHIAVO, Napoli 2008 //103 ss., poi ripreso in *Riv. dir. proc.*, 2009.

⁶³ “*rex meus et Deus meus*” di *Sal.* 5, ver. 3, *Sal.* 43, ver. 5, *Sal.* 83, ver. 4, *Sal.* 94, ver. 3 (“*Deus magnus dominus et rex magnus*”), *Sal.* 144, ver. 1; *Sal.* 73, ver. 12.

Tra le fonti bibliche, una prima indicazione viene dal libro di Giobbe, quando Dio, giudicandolo *de turbine* chiese: “Quis est iste involvens sententias sermonibus imperitis?”⁶⁴.

Del resto, tutto quel libro si presta ad essere letto come un processo, anche perché nella *Vulgata* si usarono parole proprie del lessico processuale - *accusatio, incusatio, contendit, arguit* - e Dio stesso chiese ancora a Giobbe: “Interrogabo te, et indica mihi. Numquid irritum facies iudicium meum, et condemnabis me, ut tu iustificeris?”⁶⁵.

Sempre nelle scritture, ci sono altri due giudizi - quello di Sodoma e Gomorra e quello dell'adultera⁶⁶ - che furono utilizzati dalla letteratura cristiana per costruire la contrapposizione tra giudizio di Dio e giudizio dell'uomo.

Senza insistere troppo su cose già scritte, il giudizio su Sodoma servì, tra l'altro, per trovarvi testimonianza della giustizia di Dio che punisce solo dopo aver visto - *ex iudicio*, non *sine iudicio* - quindi mai senza processo⁶⁷.

Più complessa, invece, la vicenda il giudizio sull'adultera, dove giudicò il Cristo, uomo-Dio dalla duplice natura - ma anche il re fu configurato “come *gemina persona*, umano per natura e divino per grazia”⁶⁸.

Accanto alla lettura un po' scontata del perdono della peccatrice, i padri ne costruirono un'altra, fondata sull'antitesi tra l'uomo e la divinità, tra il giudizio di Dio che è imperscrutabile⁶⁹ - *de turbine* - e misericordioso e quello dell'uomo che deve essere conforme alla legge.

Però, se a giudicare è il Cristo devono essere soddisfatte entrambe le esigenze, misericordia e verità - “mansuetudinem ut liberator”, “veritatem ut doctor”, - in un processo che vede di fronte “misera et misericordia”, “vulnerata et medicus”, “magna miseria et magna misericordia”, “peccatrix et salvator”, “aegrota et medicus”, “solus, et sola”, “creator, et creatura” “qui suum reatum agnoscebat, et

⁶⁴ *Iob.* 38, 2.

⁶⁵ *Iob.* 40, 1-3.

⁶⁶ *Gen.* 18, vv. 16 ss.; *Ioh.* 8.10-11.

⁶⁷ SALVIANUS MASSILIENSIS, *De gubernatione Dei*, in PL 53, 40C-D. Un'eco ancora nel *Dies irae* di Tommaso da Celano: “Liber scriptus proferetur in quo totum continetur unde mundus iudicetur”.

⁶⁸ E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi*, cit., 76.

⁶⁹ Uso l'espressione che ricorre in F. BACON, *De augmentis scientiarum*, l. II, cap. 11, ed. Amstelaedami 1662, 140.

qui peccatum dimittebat”, “misericordia et miseria”; “misera cum misericordia”⁷⁰.

La tradizione giudaico-cristiana si fece spazio anche in quella retorico-classica, nella quale sia Agostino sia Cassiodoro si posero il problema se Dio avesse bisogno di testimoni, dato che egli era testimone della verità e verità stessa⁷¹.

Canonisti e civilisti assunsero posizioni diverse; i primi furono preoccupati che un giudizio secondo coscienza portasse, per il vincolo assoluto alle prove, a condannare chi si sapeva in verità innocente, o ad assolvere che si sapeva colpevole.

Sull’altro fronte, già il caposcuola, Irnerio, avrebbe affermato che si potesse giudicare “secundum conscientiam”⁷²; il suo allievo Martino, che fu *spiritualis homo*, percorse un itinerario più vicino a quello della teologia e del diritto canonico, avvalendosi dei medesimi passi delle scritture per argomentare, in dissenso con altri, la tesi che in un giudizio civile il giudice potesse, e dovesse, giudicare secondo quello che sapeva, mentre in un giudizio penale doveva giudicare secondo quello che gli risultava dagli atti del processo⁷³.

Si giunse così a costruire tre alternative di conoscenza per gli uomini; quella *ut Deus*, quando un fatto fosse noto a chi doveva giudicare per averlo saputo in confessione o altrimenti, ma sempre nella qualità di successore degli apostoli, e quindi in modo riportabile alla categoria del divino; quella *ut iudex*, quando la conoscenza derivava dagli atti del processo, oppure quella *ut homo*, quando si trattava di conoscenza propria, acquisita fuori del processo, magari per aver visto il fatto mentre accadeva⁷⁴.

⁷⁰ AUGUSTINUS HIPPONENSIS, *In Ioannis evangelium tractatus CXXIV*, tr. XXXIII. *Ab eo loco Evangelii, Ex illa ergo turba cum audissent hos sermones eius, etc., usque ad id, Nec ego te condemnabo; vade, et amplius noli peccare*, cap. VII, 40-53, et cap. VIII, 1-11, in *PL* 35,1650; *Id.*, *Enarrationes in Psalmos*, in ps 50, n. 8, in *PL* 36, 590; *Id.*, *Sermones de sanctis*, sermo 302, cap. XV, in *PL* 38, 1390; *Id.*, *Sermones de Scripturis*, sermo XIII, c. V, in *PL* 38, 109; *Id.*, *Sermones inediti*, sermo XX, 5, in *PL* 46, 901.

⁷¹ AUGUSTINUS HIPPONENSIS, *Sermones*, sermo 47, cap. 6, in *PL* 38, 299; CASSIODORUS VIVARIENSIS, *Expositio psalmodum*, psalmus 80, vers. 8, in *PL* 70, 589B

⁷² PETRUS BLESENSIS, *Speculum iuris canonici*, ed. Th.A. Reimarus, Berlin 1837, 26, che cito da K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, cit., 25.

⁷³ “ubi sine accusatore iudicare non potest, exemplo Christi, qui mulierem accusatam de adulterio absolvit, dicens: mulier, non est qui te accuset, nec ego te condemnabo. Alii contra”, *Dissensiones dominorum*, Cod. Vat. Chis. . VII. 211, ed. V. SCIALOIA, *Studi giuridici*, II, 1934, 378, e in G. HAENEL, *Dissensiones dominorum*, Leipzig 1835 (ed. an. Aalen 1964), 410 in K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, cit., 22 s.

⁷⁴ K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, cit., 18-22, 30-33, 36-41, 44-45, 50, 52-53, 62-64, 72, 79-80,

A questi filoni principali se ne dovrebbero aggiungere altri ancora, come quello del giudizio formulato "Deum habens prae oculis", che forse risente di un'eco che viene da una costituzione di Giustiniano⁷⁵ che affermò che i giudici dovevano giudicare ponendo le sacre scritture davanti a sé.

O come quello che riporta direttamente alla costruzione del processo sommario medievale e alle formule che lo hanno connotato – procedere "simpliciter et de plano", "sine strepitu et figura iudicii", che provengono da due decretali – le clementine *Dispensiosam* e *Saepe*⁷⁶ – nell'intricarsi con il processo arbitrario fondato sul potere di giudicare "sola facti veritate inspecta", una formula che meriterebbe anch'essa di essere ricostruita nelle sue origini e nelle sue implicazioni⁷⁷.

O quell'altro ancora che riconduce alla *veritas* come oggetto del giudizio⁷⁸ e che, come *veritas rei* o *veritas facti*, si sostanzia in modo diverso sotto l'influenza del pensiero cristiano, che colloca la verità in Dio, e che riporta al fatto che solo il giudizio di Dio è un giudizio di verità, con la conseguenza che si torna al problema di come si sia pervenuti a riconoscere anche ad altri il potere di giudicare come giudica Dio, in pienezza di verità.

È evidente, quindi, che si era già ben radicata la convinzione che c'erano due modi di giudicare, quello degli uomini e quello di Dio che giudicava, come affermava già il libro di Giobbe, "de turbine", e quindi in un modo tutto diverso da quello umano: gli uomini giudicano secondo la rappresentazione dei sensi, mentre Dio non giudica secondo la rappresentazione dei sensi.

Delineato lo sfondo, vediamo come operarono i giuristi.

Il punto di partenza fu quello, già visto, che il principe era Dio in terra e quindi ne aveva i poteri; Bartolo affermò che il re-giudice poteva giudicare concedendo la *restitutio in integrum*, cosa che non

86-89; ovviamente, i civilisti costruirono due distinzioni soltanto – *ut iudex-ut homo*: v. ad esempio la dottrina di Azone in K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, cit., 30 ss.

⁷⁵ "nisi prius ante iudicalem sedem sacrosanctae deponantur scripturae", C. 3.1.14.1; e C. 1, 4, 27; Nov. 60 e auth. *sed iudex*, dopo l. *nec honore, de episcopis et clericis*.

⁷⁶ c. 2, Clem. II, 1; c. 2, Clem., V, 11.

⁷⁷ E. CORTESI, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera ignota sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, ora in ID., *Scritti*, a cura di I. BROCCHI, U. PETRONIO, Spoleto 1999, I, 321 ss.

⁷⁸ C. 5, 53,2.

potevano fare altri giudici perché solo l'imperatore poteva agire "veritate inspecta"⁷⁹.

Baldo, sensibile alla scienza canonistica e all'argomento della possibilità che alla conoscenza di un fatto si pervenisse in tre modi diversi, raccolse una tradizione che giocava sull'ambivalenza della parola *conscientia*, forse sull'eco di fonti giustiniane; spiegò che per *conscientia* si doveva intendere la "cordis scientia" e che essa, la coscienza, non era altro che "oculus cordis"⁸⁰.

Probabilmente non è ancora tutto, perché la tesi dei poteri del giudice potrebbe essere giunta a Baldo anche da una tradizione diversa da quella religiosa, quella di Aristotele, che aveva affermato che il giudice era la legge vivente⁸¹, e che lo portava ad affermare che il principe giudice era "delegatus Dei", che "iudex succedit loco legis et vocatur princeps", e che pertanto, nel suo stretto legame con la legge, non era lui a giudicare, "sed lex"⁸².

Così, da allora in avanti, i giuristi insistettero sul fatto che, per il giudice, giudicare "sola facti veritate inspecta" significava "iudicare secundum quod Deus esset iudicaturus"⁸³ o "secundum

⁷⁹ "Et hoc potuit facere imperator ex plenitudine potestatis suae, alius iudex non posset ... sed imperator, ut finem litibus imponeret, potuit hoc facere veritate inspecta potius, quam rigorositatem", in BARTOLI A SAXOFERRATO, *In primam digesti veteris commentaria*, l. Aemilius ff. de minoribus D.4.4.38, ed. cit., I, 136v, n. 5. Per il potere di imperatore e papa di *supplere*, e quindi di giudicare secondo coscienza, v. anche ID, *In primam codicis partem commentaria*, in l. non dubitandum C. ut quae desunt advocatis partium iudex suppleat (C. 2.10.1), ed. cit., VII, pp.63v s.: "si esset iudex supra legem, ut papa, vel imperator, vel alius dominus cuius dictum habetur pro lege in territorio suo, tunc debet iudicare secundum conscientiam suam, alias peccaret. Ita dicunt Theologi". Per altri - Jacques de Revigny, di Pierre - Belleperche, Cino ecc. - v. K.W. NÖRR, *Zur Stellung*, cit., 86 ss.

⁸⁰ "Nota quod unus et idem homo potest habere tres conscientias, unam ut Deus, aliam quia vidit, et tertiam ex actis et probatis coram se. Et istam debet sequi tamquam iudex", BALDI UBALDI, *In decretalium volumen commentaria*, in c. si sacerdos, X, de officio iudicis ordinarii (ed. Venetiis 1580, fo. 125, nn. 3-4).

⁸¹ ARISTOTELE, *Etica nicomachea*, 1132a, 20 (ed. it. Bari 1985, 116); su questo spunto di Aristotele è stata costruita la categoria moderna del diritto vivente: v. L. MENGONI, *Il diritto vivente come categoria ermeneutica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano 1996, 141 ss., dal quale cito. Per la conoscenza di Aristotele v. almeno BALDI UBALDI, *In decretalium*, cit., in proem., ver. canonum, e c. cum omnes, X, de constit. (ed. cit., fo. 10v, n. 10 ss. e fo. 15, n. 70).

⁸² BALDI UBALDI, *In decretalium*, cit., in c. canonum, X, de constitutionibus, ed. cit. ff. 10-10v, n. 10.

⁸³ T. GRAMMATICI, *Decisiones sacri regii consilii neapolitani*, dec. 19, ed. Venetiis 1557, 34v-35, nr.3-8.

conscientiam”⁸⁴, perché “ut Deus nosse, est nosse veritatem: nam Deus veritas est”⁸⁵.

Altri giuristi ancora, soprattutto pratici, costruirono l'identità tra i poteri del principe e quelli delle sue “curiae summae” - parlamenti o senati - che erano somme come Dio era sommo e che potevano giudicare non “secundum allegata et probata”, come dovevano fare gli altri giudici, ma “ex bono et aequo ... et secundum conscientiam” e quindi dovevano, o potevano, seguire la *veritas* e non la *subtilitas*⁸⁶: è un'altra tessera del nostro puzzle.

4. Il principe e i suoi *consilia*

La vicenda che riguarda la nascita dei consigli del principe è tutt'uno con la formazione dello stato moderno, nel quale le necessità politiche e giuridiche della gestione del potere e dell'amministrazione della giustizia si intrecciano con i modelli della tradizione antica.

Tra i molti insegnamenti di Aristotele c'era stato quello che il principe non poteva badare a tutto da solo e che era necessario che ci fossero magistrati creati da lui⁸⁷; per altro, un passo di Giavoleno aveva spiegato che colui al quale era stata delegato il potere di giudicare aveva anche tutti i poteri necessari per il giudizio e un passo di Ulpiano aveva affermato che il magistrato nominato dal principe aveva poteri pieni⁸⁸.

Per i giuristi, si era radicata la convinzione che il principe nel suo regno potesse fare tutto, senza che questo significasse che dovesse farlo da solo e direttamente – “per se et immediate” - ma tramite i vari ministri o magistrati che egli aveva preposto ai diversi uffici⁸⁹.

Almeno dal trecento, nei diversi stati territoriali d'Europa si formarono consigli del principe che poi presero anche il nome di senati accanto a quello di consigli e di parlamenti⁹⁰; essi, come si affermava ormai da tempo e come si continuò ad affermare fino a tutto il '700, rappresentavano il

⁸⁴ G. PAPAЕ, *Decisiones*. dec. 29, ed. Lugduni 1602, 43.

⁸⁵ P. MATTHAEL, in nota a PAPAЕ, *Decisiones* dec. 29, ed. cit. 44.

⁸⁶ P. REBUFFI, *Concordata*, cit., in *ver. curias summas*, ed. Parisiis 1555, 17.

⁸⁷ ARISTOTELE, *Politica*, cit., III, 16, 1287b.

⁸⁸ D. 2,1,2; D. 42.1.57.

⁸⁹ Riassunto da un filosofo padovano protagonista dell'aristotelismo del cinquecento; G. ZABARELLA, *De rebus naturalibus libri XXX liber de partitione animae*, cap. 9 (ed. Coloniae 1602⁴, 749).

⁹⁰ U. PETRONIO, *I senati giudiziari*, in *Il senato nella storia*, Roma 1997, I, 355 ss.

principe⁹¹, parlavano per lui perché erano la sua bocca⁹² e costituivano, secondo una nota formula di Giustiniano, parte del suo corpo⁹³.

In quanto senati, avevano i poteri dell'antico senato romano – questo è soprattutto il caso di certi stati italiani - potevano addirittura creare diritto⁹⁴, potevano consentire la restituzione in integro, pronunciare sentenze inappellabili proprio come quelle del principe, giudicare secondo coscienza, integrando le circostanze di fatto al di là di quanto risultava dal processo⁹⁵.

Altrove, in stati di assolutismo maturo come la monarchia di Francia che non accolsero volentieri il modello diarchico della monarchia mista – principe e aristocrazia – il riferimento non fu costituito dal senato romano ma da un magistrato di età imperiale di non grande rilievo, il prefetto del pretorio⁹⁶, strettamente subordinato all'imperatore; in questo senso si espressero, sia esplicitamente sia implicitamente, giuristi francesi come Guillaume Durand, Pierre de Belleperche, Jean Favre e Antoine Favre⁹⁷, il mantovano Giovanni Paolo Sordi⁹⁸, i piemontesi Antonio Tesauo e Antonio Sola⁹⁹.

⁹¹ J. KRYNEN, *Qu'est-ce que parlement qui représente le roi?*, in *Excerptiones iuris: studies in honour of André Gouron*, Berkeley 2000, 353 ss. Un esempio risalente in *ordonnance sur le parlement* Bourges 17 novembre 1318, art. 19, che ordina di non tollerare vituperi o oltraggi dagli avvocati o dalle parti "car l'honneur du roy, de qui ils représentent la personne tenant le parlement, ne le doit mie souffrir", in JOURDAN-ISAMBERT-DECRUSY, *Recueil général des anciennes lois françaises*, III, 194; e v. anche IV, 498.

⁹² DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize*, cit., XIII, cap. 61, 5, ed. cit., 1078; *Les ouvertures des parlemens, faites par les roys de France, tenant leur licit de justice*, Rouen 1620, 280, J. BERAUT, *La coutume reformée du pays et duché de Normandie*, Rouen 1660, avant propos; J. KRYNEN, *De la représentation à la dépossession du roi. Les parlementaires «prêtres de la justice»*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Age*, tome 114, 1, 2002, 95 ss.

⁹³ C. 9.8.5.

⁹⁴ gl.non ambigitur in l. non ambigitur ff. de legibus, D.1.3.9.

⁹⁵ U. PETRONIO, *I senati*, cit., 380 ss.

⁹⁶ D.1.11 de officio praefecti praetorio; C.7.42 de sententiis praefectorum praetorio; C.12.4 de praefectis praetorio sive urbi.

⁹⁷ G. DURANDI, *Speculum iuris*, l. II, partic. III, tit. de appellationibus, par.videndum, ed. Basileae 1574 (ed. an. Aalen 1975), 838; P. A. BELLAPERTICA, *Commentaria in digestum novum*, in l. tractandum est ff. a quibus appellare non licet, D.49.2.1, ed. Francofurti ad Moenum 1571, fo. 436; I. FABRI, *In Iustiniani imperatoris codicem, breviarium*, in l. si imperialis C. de legibus, C.1.14.11, ed. Parisiis 1545, fo. 28-28v; A. FABRO, *Codex fabrianus definitionum forensium*, l.2, tit.27, def.5, ed. Coloniae Allobrogum 1765, p.148, nr.1; l.4, tit.15, def.33, p.335, nr.16; l.7, tit.14, def.7, p.781, nr.1; l.9, tit.29, def.5, p.1108, nr.4.

⁹⁸ IO. P. SURDO, *Decisiones sacri mantuani senatus*, dec.91, ed. Venetiis 1615, 168, nr.4; e v. anche dec.105, 197, nr. 11.

⁹⁹ A. THESAURO, *Novae decisiones sacri senatus pedemontani, praefatio*, ed. Venetiis 1622, fo.2-2v, nr.5-7, e fo.3, nr.9-10.; ivi, fo.3-4, nr.11-19, ivi, fo.4-4v, nr.19; fo.7-7v, nn.

Verso metà cinquecento si consolidò una sistemazione più compiuta dei poteri, delle funzioni e dell'organizzazione dei parlamenti, sviluppata in base alla convinzione, ormai stabilizzata attraverso un processo plurisecolare, dei loro rapporti con l'antico senato di Roma o con il prefetto del pretorio; erano sommi come Dio era sommo, e quindi, come il principe; giudicavano come Dio stesso, avendo solamente Dio e la giustizia davanti agli occhi; liberamente, senza essere legati alle prove e al rito prestabilito per il processo; incarnavano sempre la giustizia che esercitavano con poteri di totale latitudine¹⁰⁰.

Tutto il discorso è intessuto di cultura retorica, di tradizione giuridica romana e medievale, di sapienza biblica¹⁰¹, in un *melange* a cui siamo ormai abituati.

5. Finalmente, il precedente: nozione, motivazione e pubblicazione

L'ho fatta lunga, ma ho creduto necessario dare conto del contesto storico, culturale e giuridico nel quale si formò la giurisprudenza di senati e parlamenti, magistrature supreme degli stati territoriali di antico regime: come in un quadro nel quale le figure dei protagonisti acquistano la propria corposità piena quando si calano nel paesaggio.

Si è visto che il principe è Dio in terra e ne ha i poteri; che i magistrati supremi sono come il principe e quindi come Dio; che Dio giudica in modo imperscrutabile e non deve dar conto delle proprie decisioni, mentre è giusto - ma non è obbligatorio - che il principe si sottoponga alla legge e non si ponga sopra di essa.

È la dottrina della sacralità del principe, che serpeggiò nella letteratura sui parlamenti, sterminata già nell'antico regime, che poi sfociò

30-31.; A. SOLAE, *Ad universa serenissimorum Sabaudiae ducum decreta, antiqua, nova et novissima, de petitionibus*, gl.6, ed. Augustae Taurinorum 1625, 320, nr.1-5; ivi, *de conclusione in causa*, gl. I partis, ed. cit., 225-226, nr.1-11.

¹⁰⁰ P. REBUFFI, *Concordata*, cit., pp.7-22, nr.2-35, dove Rebuffi riprese un lungo passo di I. DE BELLOVISU, *Practica iudiciaria*, rubr. *quotiplies sint causae de criminalibus*, ed. s.l. 1543, fo.76v-77, n. 170.

¹⁰¹ *Sap.* 6, 1-4. Per la trasposizione in francese - *ayant Dieu avant les yeux* - della formula *deum prae oculis habens* v. A.-M.-J.A. DUPIN, *Manuel des etudiants en droit et des jeunes avocats*, Paris 1835, 522, - ma vedi già prima *Id.*, *De la jurisprudence des arrêts*, Paris 1822, 102 ss. - che cita lettere patenti 16 febbraio 1417, in M. VILEVAULT, *Ordonnances des rois de France de la troisieme race*, X, Paris 1763, 476 ss.

in quella del principe cristiano¹⁰² e che diventò un *topos* dell'anti machiavellismo¹⁰³.

Quindi, non sarebbe azzardato ipotizzare che il problema del precedente giudiziario non si pose nell'antico regime come lo si intende nello stato di diritto, perché non poteva porsi in quel contesto storico, culturale e giuridico; del resto, anche per il diritto attuale si deve distinguere, in ordinamenti diversi, tra precedente come vincolo e precedente come orientamento persuasivo¹⁰⁴.

Un primo ostacolo a una teoria del precedente era costituito dalla grandissima varietà di giurisdizioni e dalla conseguente mancanza di una procedura uniforme, che rendevano altrettanto disomogenei il diritto del processo e lo *stilus curiae*¹⁰⁵; del resto, la mancanza di un diritto uniforme era un problema strutturale degli stati di antico regime e investiva tutto il diritto, non solo la procedura¹⁰⁶; questo comporta, tra l'altro, che la testimonianza di un autore di una determinata area giuridica va presa con cautela e non può essere generalizzata estendendola ad altre aree.

La famosa *ordonnance* del 1667, che pure avviò il tentativo di rendere uniforme il diritto del processo civile¹⁰⁷, pose un rimedio solo parziale all'eterogeneità complessiva del sistema e questo contribuisce a spiegare la grande differenza di importanza tra decisioni dei giudici inferiori e decisioni dei giudici supremi; qui mi limiterò alle ultime perché altrimenti il discorso non avrebbe fine.

Un secondo ostacolo consisteva nel fatto che, di regola, fino alla rivoluzione le decisioni non furono motivate dai giudici che le rendevano ma da autori privati – *arrêtists* o *arrêstographes* – che potevano

¹⁰² ERASMUS ROTERODAMUS, *Institutio principis Christiani saluberrimis referta praeceptis*, Lovanii 1516, DESIDERIO ERASMO, *L'educazione del principe cristiano*, a cura di Margherita Isnardi Parente, Napoli 1997. Per la formula della regalità giuricentrica v. sopra, n. 11.

¹⁰³ P. RIBADENEIRA, *Tratado de la religion y virtudes que deve tener el principe christiano, para gobernar y conservar sus estados. Contra lo que Nicolas Machiauelo y los politicos deste tiempo enseñan*, Madrid 1595.

¹⁰⁴ M. TARUFFO, *Precedente*, cit., 710.

¹⁰⁵ H.E. D' AGUESSEAU, *Mémoire sur les vues générales que l'on peut avoir pour la réformation de la justice*, in Id., *Oeuvres complètes*, nouvelle édition, Paris 1819, 13, 209 e 212.

¹⁰⁶ U. PETRONIO, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, 127 ss.

¹⁰⁷ Ora in *Code Louis. Ordonnance civile, 1667*, con *Introduzione* di N. PICARDI, Milano 1996; nell'antico regime D. JOUSSE, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*, Paris 1753.

essere gli avvocati stessi che avevano patrocinato la causa¹⁰⁸; sarebbe stata solo la legge del 1790 sull'organizzazione giudiziaria a disporre che la sentenza dei giudici d'appello contenesse anche i motivi del giudizio¹⁰⁹.

Su questo punto bisogna dire qualcosa di più.

Il codice napoleonico di procedura civile del 1808 riprese la disposizione del *droit intermédiaire* – il diritto post rivoluzionario - e dispose all'art. 141 che la sentenza contenesse i motivi che l'avevano determinata; l'obbligo di motivazione fu rafforzato pochi anni dopo, quando per le corti imperiali che sostituirono le corti d'appello si stabilì la nullità delle sentenze che ne fossero prive¹¹⁰ mentre la disciplina delle sentenze del tribunale di cassazione restò consegnata nella sua legge istitutiva e quindi estranea a quella sull'ordinamento giudiziario¹¹¹.

Così l'obbligo di motivare rimase parziale e anche questo rappresentò un limite all'unificazione del diritto processuale.

Uno dei primi commentatori al *code* annotò che i motivi della sentenza ne costituivano la parte razionale, diversa da quella dispositiva¹¹²; un altro precisò meglio che prescrivendo di esporre i motivi la legge aveva voluto che il giudice decidesse in piena conoscenza di causa in base a ragioni idonee a formare la propria convinzione e che fosse possibile contestarle se si fondavano sull'errore¹¹³.

Recentemente, alcuni hanno pensato che nell'antico regime esistesse addirittura un divieto, espresso o inespresso, di motivazione e lo hanno fatto derivare dall'obbligo di mantenere il segreto della decisione che era attestato dallo *stilus* dei parlamenti¹¹⁴.

¹⁰⁸ S. DAUCHY, *Introduction*, in DAUCHY-DEMARS-SION, *Les recueils*, cit., 11 ss.

¹⁰⁹ L. 16-24 agosto 1790, tit. 5, art. 15, in J.B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil d'état, ... de 1788 à 1830 inclusivement, par ordre chronologique*, Paris 1834, I, 324. Bisogna ricordare che il giudizio di cassazione conservò una disciplina automa anche dopo il codice di procedura civile.

¹¹⁰ L. 20 aprile 1810, art. 7, in J. B. DUVERGIER, *Collection*, cit., XVII, 1836, 66 ss.; la giurisprudenza distinse tra difetto assoluto di motivazione, che comportava nullità, e insufficienza: Cass. 26 août 1823 e 29 avril 1824, in *Journal des Audiences de la Cour de Cassation*, 1824, 190 ss. e 384 ss.

¹¹¹ L. 27 novembre-1° dicembre 1790, in J. B. DUVERGIER, *Collection*, cit., II, 56 ss. che prevedeva, tra l'altro, che le sentenze contenessero l'indicazione delle norme di legge su cui si fondavano e che fossero stampate (artt. 17 e 22).

¹¹² N.-Eu. PIGEAU, *La procedura civile dei tribunali della Francia*, Napoli 1837 I, 83.

¹¹³ J.-A. ROGRON, *Code de procédure civile expliquée par ses motifs, par des exemples et par la jurisprudence*, Paris 1851⁹, I, 474.

¹¹⁴ S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, *La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien*

Per altro verso, la mancanza di motivazione è stata ricollegata anche al ruolo e all'eminenza delle corti sovrane, vere e proprie depositarie dell'autorità del principe designato da Dio; è più dubbio, invece, che la conservazione del segreto dipendesse anche da una volontà consapevole di rafforzare la pienezza del potere con la solennità misterica dei giudizi¹¹⁵.

In realtà, come succede spesso nel diritto comune, le certezze sono poche o addirittura mancano del tutto.

Anche senza un divieto vero e proprio, fu convinzione dei giuristi di antico regime che una delle virtù del buon consigliere fosse quella di agire *taciturne*, e quindi di mantenere segrete le decisioni prese, a pena di spergiuro¹¹⁶.

Quindi, la pubblicazione degli *arrêts* era malvista anche se, tuttavia, si faceva lo stesso, tanto che magistrati insigni se ne lamentarono¹¹⁷.

Ogni parlamento aveva il proprio *stilus*, ma quello di Parigi era il modello degli altri; in esso si raccomandò che nella redazione della decisione il *reportator* si guardasse bene dal riportare la motivazione - *exprimere aliquam causam* - limitandosi ad esporre le *positiones* delle parti¹¹⁸.

Invece, un'opera famosa tra i pratici ma meno apprezzata dal punto di vista dell'affidabilità storica mise in giro la notizia che un decreto del 1556 di Enrico II aveva ordinato ai presidenti dei parlamenti di far riassumere e pubblicare gli *arrêts* resi dai loro tribunali, perché fosse di aiuto nei casi simili e potessero essere citati e utilizzati "comme loy universelle", che avrebbe vincolato i giudici inferiori¹¹⁹; incidentalmente, vi si faceva riferimento anche all'obbligo di manifestare la motivazione - "porteront par expès la cause de leurs jugemens"¹²⁰.

droit: principe ou usage?, in *Rev. hist. droit français et étranger*, 2004, 82 (2), 171 ss. ; P. TEXIER, *Jalons pour une histoire de la motivation des sentences - Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales. La motivation*, III Paris 2000, 5 ss. Non ho visto C. BLERY, *L'obligation de motiver les décisions de justice était-elle révolutionnaire en 1790?*, in *Histoire de la justice*, n. 4, 1991, 79 ss.

¹¹⁵ S. DAUCHY - DEMARS-SION, *La non-motivation*, cit., 11 s.

¹¹⁶ DE LA ROCHE FLAVIN, *Treize*, cit., VIII, cap. 25, ed. cit., 629 ss.

¹¹⁷ Così, se è attendibile la notizia di J. BRILLON, *Dictionnaire*, cit., I, v. *arrest*, n. 10, 279, l'avvocato generale Lamoignon, magistrato di una grande famiglia di togati.

¹¹⁸ *Tractatus de forma arrestorum*, in *Stilus supremeae curiae parlamenti parisiensis*, ed. Parisiis 1542, fo. 192v e fo. 193, ed. Parisiis 1551, 375, ed. Parisiis 1558, 375.

¹¹⁹ J. BRILLON, *Dictionnaire*, cit., v. *arrêst*, ed. Parisiis 1727, I, 276; su Brillon v. BONIN, in *Dictionnaire*, cit, 136.

¹²⁰ R. SPIFAME, *Dicaearchiae Henrici regis christianissimi progymnasmata*, 1555, *arrêt* 43, fo. 71v; notizie sull'opera in una nota manoscritta ai fogli iniziali. Contiene 306

Il fatto è che la citazione di quel decreto proviene da un'opera ancora meno affidabile – fu considerata più satirica che seria – e che è verosimile che il decreto non sia mai stato adottato restando una semplice proposta o un'aspirazione¹²¹, tanto più che l'autore che lo attestò – Raoul Spifame – sarebbe stato l'unico a pubblicarlo; però questa parte della notizia non è troppo sicura perché l'indicazione della sua esistenza comparve anche altrove, anche se il testo non fu pubblicato mentre fu utilizzato talvolta come precursore dell'obbligo di motivazione¹²².

Questo intrico di notizie e di testi rende plausibile la notizia che più tardi sarebbe stato introdotto un divieto di pubblicare senza permesso gli *arrêts*, e che il divieto sarebbe stato confermato dal parlamento di Parigi¹²³.

6. Le attestazioni di giurisprudenza

Come che fosse, gli *arrêts* circolavano lo stesso e i divieti ebbero la sorte delle grida manzoniane.

In tema di divieti, ne troviamo un altro importante, quello di far circolare attestazioni dello stato della giurisprudenza parlamentare, vere e proprie certificazioni del diritto vivente.

Scrivendo tra sei e settecento sulla *coutume* del ducato di Borgogna, Jean Bouhier affrontò il problema delle certificazioni dello stato delle decisioni giudiziarie¹²⁴, che ricordavano l'*enquête par turbe*, accertamento processuale e conseguente affermazione dell'esistenza della consuetudine, che sarebbe stata regolamentata da una ordinanza del 1270 di Luigi IX e che sarebbe stata utilizzata fino alla grande ordinanza del 1667¹²⁵.

(o 309) *arrêts* di Enrico II 'totalmente immaginari' (J. KRINEN, *Spifame, Raoul*, in *Dictionnaire*, cit., 723 s., secondo il quale l'opera proviene dalla biblioteca Mazarin e sarebbe rimasta manoscritta; io l'ho consultata a stampa su *Gallica* proveniente dalla biblioteca dell'Arsenal).

¹²¹ Così in *Encyclopédie méthodique*, cit., II, v. *arrêt*, II, 471.

¹²² M. AUFFRAY, *Vues d'un politique du XVIe siècle, sur la législation de son temps ... ou choix des arrêts qui composent le recueil de Raoul Spifame*, Amsterdam 1775, *arrêt* 43 che rinvia all'*arrêt* 65; su Spifame v. il *Discours préliminaire*, *ivi*, I ss.

¹²³ Rispettivamente 14 gennaio 1690 e 4 marzo 1717, in J. BRILLON, *Dictionnaire*, cit., I, v. *arrêt*, n. 10, 279; il primo è ricordato in A.J.-L. JOURDAN, F. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil*, cit., XX, Paris 1830, n. 1347, l'altro manca (*ivi*, XXI). Altri *arrêts* son indicati in J. BRILLON, *Dictionnaire*, ed. Lyon 1787, VI, 673 ss.

¹²⁴ J. BOUHIER, *Les coutumes du duché de Bourgogne*, Dijon 1742, cap. 13, 260 ss.

¹²⁵ J. WAELKENS, *L'origine de l'enquête par turbe*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis / Revue d'Histoire du Droit / The Legal History Review*, 53 (1985), 337 ss.; per i problemi

Quale che fosse la fattispecie, Bouhier raccontò che il parlamento di Borgogna aveva preso decisioni conformi su una certa questione di diritto e che nel 1663 ne era stata richiesta e rilasciata una certificazione da produrre in giudizio; il medesimo anno era stata promossa e portata a termine una *enquête par turbe*; ma questo aveva fatto nascere tutta una serie di problemi, teorici e pratici, anche perché sembrava che ci fossero anche decisioni contrarie o che quelle conformi fossero state rese su fattispecie parzialmente difformi.

Quindi, il problema diventò quello di stabilire cosa fosse un uso conforme ¹²⁶, tenendo conto anche del diritto romano dato che la Borgogna era paese di diritto scritto; la conclusione fu che c'erano due tipi di usi, uno costante e costituito da comportamenti e decisioni conformi, uno che aveva consentito qualche decisione diversa; il primo poteva addirittura abrogare la legge, il secondo no.

A parte questo, c'era da considerare che, di per sé, i giudicati non formavano la consuetudine, ma la provavano soltanto; e che, a rigore, nei paesi di diritto scritto, come la Borgogna, i giudicati veri e propri erano solo quelli del senato i quali potevano cambiare la legge; che non era del tutto sicuro che i parlamenti avessero questo potere; che però era anche vero che talvolta lo avevano esercitato ¹²⁷.

In conclusione, secondo Bouhier, tutte queste novità erano molto pericolose; quindi era necessario tenere presente che un primo *arrêt* non costituiva ancora giurisprudenza, e che solo molti *arrêts* conformi avrebbero formato, alla fine, "cette longue suite des choses jugées, qui a parmi nous force de coutume" ¹²⁸.

Ma c'era ancora un altro problema, quello che non sarebbe stato ragionevole che decisioni conformi dei parlamenti fossero d'impaccio alla libera coscienza dei giudici; i romani avevano voluto evitarlo stabilendo la regola giuridica che si giudicasse *non exemplis, sed legibus* ¹²⁹ che si era convertita nell'adagio consuetudinario *une foi n'est pas coutume* ¹³⁰;

di datazione H. PISSARD, *Essais sur la connaissance et la preuve des coutumes en justice*, Paris 1910, che non ho visto. Nei capitoli di giustizia in A.J.-L. JOURDAN, F. DECRUSY, F.-A. ISAMBERT, *Recueil*, cit., II, 361 ss. ricorrono più ipotesi di *inquisitio per turbam*.

¹²⁶ J. BOUHIER, *Les coutumes*, cit., 366 ss.

¹²⁷ Per qualche esempio J. BOUHIER, *Les coutumes*, cit., 267 ss.

¹²⁸ J. BOUHIER, *Les coutumes*, cit., 268.

¹²⁹ C. 7, 45.13.

¹³⁰ A. LOISEL, *Institutes coutumières ou Manuel de plusieurs et diverses règles, sentences, et*

infine, sarebbe stato anche necessario verificare se la decisione fosse stata resa a camere riunite o da una sola camera: ma è meglio andare oltre.

Accanto alle certificazioni parlamentari e alla necessità che si rispettassero certe formalità, l'uso giudiziario poteva essere fondato, ma con molte cautele, sulle opinioni dei giuristi, o sulle testimonianze e sulle certificazioni degli avvocati, o sulle attestazioni rese dalle parti o sugli atti di notorietà e via dicendo¹³¹: una gran massa di questioni e di problemi nella quale era facile affogare, come *in gurgite vasto*.

Tutto questo, oltre a dar conto della complessità del problema del precedente giudiziario in antico regime, spiega, se non giustifica, la conclusione che se ne trasse dopo la rivoluzione ma che alcuni hanno attribuito a un famoso presidente del parlamento di Parigi del cinquecento, Christofle de Thou: "les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent"¹³².

Questa considerazione è abbastanza ricorrente, almeno quando la giurisprudenza degli *arrêts* entrò in crisi.

Però, una delle citazioni di questa massima che mi è capitata tra le mani, più tecnica delle altre e anche più risalente, introdusse una nuova distinzione ancora, che non si trova più col passare degli anni: l'utilità degli *arrêts* limitata alle sole parti valeva per la loro esecuzione, ma non per la giurisprudenza¹³³.

Dietro queste parolette buttate là quasi alla buona fanno capolino distinzioni ancora più profonde, che investono la natura della giurisprudenza: e bisogna dirne almeno qualcosa.

7. Il ruolo persuasivo del precedente

Se è escluso, per tanti motivi, che in antico regime si possa parlare di precedente, resta da capire quale sia stato il ruolo delle decisioni delle corti sovrane, che di regola furono motivate solo in forma privata.

proverbes, tant anciens que modernes, du droit coutumier et plus ordinaire de la France, I, 5, tit. 5, art. 8, ed. Paris 1637, 144.

¹³¹ J. BOUHIER, *Les coutumes*, cit., 170 ss.

¹³² LEDRU ROLLIN, *Journal*, cit., I, 848, n. 15. Era uno dei modi di dire che circolavano almeno dal settecento, mentre non ho verificato l'attribuzione al presidente Le Thou, che si trova anche in J.B. SIREY, *Table alphabétique et raisonnée du recueil général des lois et des arrêts 1800 - 1820*, Paris 1821, II, e altrove, ma non in *Encyclopédie méthodique*, cit., II, 471, v. *arrêt*. La citazione più risalente che io conosca è in PH. COLLET, *Explication des statuts, coutumes et usage observés dans la province de Bresse, Bugey, Valromay, et Gex*, Lion 1698, 162.

¹³³ "c'est qui est vrai pour l'exécution, non par la jurisprudence », in *Préface* a P. DEVOLANT, *Recueil d'arrests rendus au parlement de Bretagne*, Paris 1722, I.

In realtà, il valore della giurisprudenza degli *arrêts* è una delle grandi categorie affiancate alla legge e utilizzate per cercare una sistemazione complessiva all'attività giuridica di antico regime, che si sostanziò anche nella *communis opinio*, espressioni entrambe di quello che per noi è diventato il problema del diritto vivente, fondato però esclusivamente sul diritto giurisprudenziale.

Naturalmente, qui si può solo accennare all'esistenza del problema del valore della scienza del diritto senza nemmeno pensare di dirne qualcosa.

Un dato di fatto è che, quali che fossero le regole, la pubblicazione delle raccolte di *arrêts* fu diffusissima - alla fine dell'antico regime se ne contavano più di un centinaio e ogni giurisdizione superiore aveva le sue¹³⁴.

Questo fenomeno diede vita a una nuova branca della scienza del diritto - quella giurisprudenziale - e a un mercato significativo e redditizio intorno al quale prese corpo un vero e proprio ceto professionale, quello degli *arrêtists*; entrambi assunsero un ruolo culturale e sociale sempre più importante soprattutto dal 1679, quando con l'editto di Saint Germain l'insegnamento del diritto francese fu inserito tra le discipline universitarie e la *jurisprudence des arrêts* fu "officiallement intronisée comme élément à part entière de la formation des juristes"¹³⁵.

Però, anche qui le posizioni assunte dai diversi autori non diedero vita a un orientamento uniforme sul ruolo svolto dallo studio delle decisioni delle corti.

Sintetizzando le diverse posizioni, dopo la fine dell'antico regime si scrisse che si contendevano il campo due tesi estreme, quella che riconosceva alla giurisprudenza un valore massimo e quella che non gliene riconosceva nessuno¹³⁶.

Pur tra alcune luci e molte ombre che erano alimentate anche dai molti falsi e dai molti *arrêts* estemporanei perché dovuti a singole contingenze - si fece leva sull'umore del giudice o sull'abilità degli avvo-

¹³⁴ A.-AU. LEDRU ROLLIN, *Journal du Palais, Répertoire général*, ed. Paris 1845, I, 851 s.

¹³⁵ S. DAUCHY, *Introduction*, cit. 12 ss.; sul ruolo di questa nuova disciplina v. J. HILAIRE, *Questions autour de la jurisprudence des arrêts*, in S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, *Les recueils*, cit., 21 ss. Qualche cenno sull'editto in R. FERRANTE, *Fare lezione secondo l'ordine del codice: scienza, didattica ed editoria nelle facoltà giuridiche napoleoniche dopo la legge del 22 ventoso XII (1804)*, in *Dalla pecia all'e-book*, a cura di G.P. BRIZZI-M.G. TAVONI, Bologna 2009, 369 ss.

¹³⁶ D. DALLOZ, *Journal des audiences*, VI.

cati¹³⁷ - la giurisprudenza si conquistò il suo spazio presso quasi tutti i giuristi di antico regime.

Tra questi, va segnalato Bretonnier, un autore che ebbe larga circolazione, già avvocato davanti al parlamento di Parigi e quindi molto attento alla pratica del *Palais*; egli scrisse un'opera intera, che segnò il suo successo, per dare conto delle principali questioni di diritto che si giudicavano in modo diverso nei diversi tribunali del regno: è uno dei tanti tentativi di mettere ordine nel disordine¹³⁸.

Tutto sembrava escludere un valore del precedente che non fosse solo orientativo – del resto sono notissime le discussioni incipienti già allora sui difetti della giurisprudenza – e questo emerge da tutta l'opera, anche se la prefazione insistette a dire che i precedenti avevano valore di legge nel circondario del giudice che si era pronunciato; che solo un seguirsi di decisioni conformi costituiva una *series rerum similiter iudicatarum*; che esse, emanate da corti sovrane, assumevano l'autorità che i *senatusconsulta* avevano avuto nell'antichità; che però la diversità di giurisprudenza investiva anche le ordinanze del re, perché esisteva sempre una pluralità di circostanze che davano luogo a una diversità di giurisprudenza.

Sono temi che cominciarono a circolare sempre più largamente¹³⁹ e che contribuirono a gettare ombre e addirittura discredito sulla giurisprudenza, in Francia come altrove¹⁴⁰.

Infine, per Bretonnier le leggi non potevano prevedere tutti i casi che variavano all'infinito – un tema sul quale si sarebbe tornati al momento della presentazione del *code civil*¹⁴¹ - e così ogni giorno si presen-

¹³⁷ “Voilà le danger qu'il y a d'établir une jurisprudence sur les arrêts, qui varie souvent, suivant l'humeur des juges, le crédit des parties, et l'habilité de leurs défenseurs”, B.-J.O. BRETONNIER, *Oeuvres de Claude Henrys ... contenant son recueil d'arrêts*, Paris 1708, II, 268. Bretonnier fu ripreso da A. DUPIN, *Manuel*, cit., 521, e *Id.*, *De la jurisprudence*, cit., 102 ss., il quale citò anche i cinquecenteschi Bertrand d'Argentré e il più famoso Charles Du Moulin.

¹³⁸ M. BRETONNIER, *Recueil par ordre alphabétique des principales questions de droit qui se jugent diversement dans les différents tribunaux du royaume*, Paris 1718; fu ristampata più volte almeno fino al 1783.

¹³⁹ V sopra, P. DEVLANT, *Recueil*, cit. a n. 133.

¹⁴⁰ “Voilà le danger qu'il y a d'établir une jurisprudence sur les arrêts, qui varie souvent, suivant l'humeur des juges, le crédit des parties, et l'habilité de leurs défenseurs”, M. BRETONNIER, *Oeuvres de Claude Henrys ... contenant son recueil d'arrêts*, Paris 1708, II, 268. Bretonnier fu ripreso da A. DUPIN, *Manuel*, cit., 521, e *Id.*, *De la jurisprudence*, cit., 102 ss., il quale citò anche i cinquecenteschi Bertrand d'Argentré e il più famoso Charles Du Moulin.

¹⁴¹ J. E. M. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet du code civil de la commission*, 24

tavano questioni sulle quali non si erano pronunziate né la legge né la giurisprudenza¹⁴².

In sostanza, tra alti e bassi, si tornava sempre al punto di partenza: gli *arrêts* erano affidabili e utili, ma fino a un certo punto; il vero punto fermo, sul quale convergevano più o meno tutti, era il valore consuetudinario della serie di decisioni conformi e di interpretazione privilegiata della legge¹⁴³.

Anche questa, però, non era una soluzione, anzi; il valore consuetudinario della catena di *arrêts* si inseriva nel problema, intricatissimo, del diritto comune francese, intorno al quale si confrontarono posizioni diverse, l'uno decisamente gallicizzante, che assegnava il primato al diritto consuetudinario tradizionale, escludendo il diritto romano e le stesse ordinanze generali del re, e l'altra più sensibile al diritto scritto, almeno in certe aree geografiche¹⁴⁴.

8. Fattispecie e decisione

È un po' di tempo che non parlo di Aristotele e non vorrei che si sentisse trascurato.

Una glossa di datazione incerta – o una *addictio* alla glossa? qui accantonò il problema – affermò attribuendola ad Aristotele la regola logica che niente è uguale a ciò a cui è simile¹⁴⁵; la citazione fu ripresa, senza attribuirne la paternità, da Odofredo e nel secondo trecento da Alberico da Rosciate¹⁴⁶ e fu utilizzata per affrontare un problema antico, quello del rapporto tra il fatto giudicato e la decisione resa.

termidoro VIII [18 agosto 1800], in G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des codes français*, Paris 1827-1832, I, 255 s. Il tema dell'impossibilità di prevedere tutto è anche in L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742 (ed. an. 1999), 10 ss.

¹⁴² M. BRETONNIER, *Recueil*, cit., ed. Paris 1783⁵, II s.

¹⁴³ M. FERRIERE, *Dictionnaire de droit et de pratique, arrêt*, ed. Paris 1749³, I, 168, con rinvii abbondanti, A. DUPIN, *Manuel*, cit., 495 ss.

¹⁴⁴ Sinteticamente J.B. DENIZART, *Collection des décisions nouvelles et notions relatives à la jurisprudence actuelle*, v. *droit*, n. 3, ed. Paris 1768⁶, II, 29; MOLINAEI, *Commentarii*, cit., tit. I *de feudis*, nn. 106 ss., ed cit., I, coll. 43 ss., F. BOURJON, *Le droit commun de la France, et la coutume de Paris, réduits en principes*, dissertation, ed. Paris 1770.

¹⁴⁵ "cum dicat Aristoteles: nihil est idem, cui id ipsum simile est", gl. *dolum esse* in I. *quod Nerva D. depositi vel contra*, D. 16.3.32.

¹⁴⁶ ODOFREDI, *Lectura super digesto veteri*, I. *quod Nerva D. depositi vel contra*, D. 16.3.32, ed. Lugduni 1552, II, 81; ALBERICI DE ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis, quam canonici*, v. *simile*, ed. Venetiis 1573, 759, con varianti lessicali.

Uno dei grandi giuristi francesi del secondo cinquecento – Louis Charondas le Caron – affermò senza mezzi termini che qualche volta nelle proprie decisioni le corti sovrane si fondavano su singole considerazioni che non potevano essere generalizzate perché erano suffragate da ragioni di giustizia e di equità, dato che le corti erano tempio di giustizia; quindi decisioni generali e decisioni particolari erano necessariamente diverse tra loro¹⁴⁷.

Un altro giurista addirittura più celebre – Charles Du Moulin – indagò i casi sottoposti al giudizio della Rota romana e le diversità di soluzioni date, quindi costruì la regola che una piccola differenza di fatto partorisce una grande differenza di diritto, fondandola su testi e autori anteriori a lui e concludendo con il recupero del principio di diritto romano che si deve giudicare in base alle leggi e non ai precedenti¹⁴⁸.

La conclusione di Du Moulin fu recepita con larghezza e utilizzata a lungo – la si trova ancora nel settecento e nel tardo ottocento¹⁴⁹ – e costituì uno degli ostacoli logici o almeno una cautela all'uso non selettivo del precedente.

Al medesimo tempo, mentre si esclude che la soluzione di una fattispecie solo simile costituisse precedente, si posero una serie di altri problemi tipici dell'antico regime: quello degli *arrêts de règlements*, quello degli *arrêts en robe rouge*, quello dell'utilità di una giurisprudenza fondata sulle decisioni.

I primi, a rigore, non erano decisioni di casi perché affrontavano problemi e davano soluzioni generali e quindi erano abbastanza simili – ma non uguali – alle nostre sentenze rese nell'interesse della legge; avevano contenuto prevalentemente processuale e carattere sostan-

¹⁴⁷ L. LE CARON, *Responses ou décisions du droit français*, l. XII, resp. 53, ed. Paris 1605, 479.

¹⁴⁸ MOLINAEL, *Commentarius analyticus in regulas cancellariae, reg. de public.* n. 35, in ID, *Opera*, cit., ed. Paris 1681, V, 91 s. Per la citazione v. C. 7, 45.13.

¹⁴⁹ G. DE ROUSSEAU DE LA COMBE, *Recueil de jurisprudence civile du pays de droit écrit, et coutumier*, v. *arrêt, jugement*, ed. Paris 1753, 43, M. FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., II, 136, J.B. DENIZART, *Collection des décisions nouvelles et notions relatives à la jurisprudence actuelle*, v. *jurisprudence*, n. 3, ed. Paris 1771⁷, III, n. 3, 76, J. BOUSQUET, *Nouveau dictionnaire de droit*, v. *jurisprudence des arrêts*, Paris 1847², *Encyclopédie de jurisprudence*, v. *arrêt*, ed. Bruxelles 1779, VI, 495, TH.-J.-A. COTTEREAU, *Le droit général de la France et le droit particulier à la Touraine et au Loudunais*, Tours 1778, I, 622, n. 1111, 2, S. MALLEBAY DE LA MOTHE, *Questions de droit, de jurisprudence et d'usage*, Paris 1782, 462, *Observations, sur un arrêt de la cour royale de Toulouse rapporté dans le Mémorial de commerce*, in *Mémorial de commerce et de l'industrie*, IV, Paris 1840, 441, N. REGNARD, *Lettre ... sur l'invalidité d'un testament olographe et dissertation sur la nullité des donations entre-vifs*, Lille 1881, 482.

zialmente normativo e quindi erano vicini alle leggi¹⁵⁰; furono aboliti con la rivoluzione.

I secondi erano decisioni a camere riunite e in veste da cerimonia, servivano a fissare principi di diritto su questioni depurate dai fatti e a fissare la giurisprudenza¹⁵¹; anche questi non erano precedenti in senso tecnico.

9. Un tentativo di mettere ordine

Poco prima della fine dell'antico regime, ma anche subito dopo, qualche autore conservò la traccia di un dibattito che nel giugno del 1763 coinvolse l'ordine degli avvocati del parlamento di Metz sul ruolo della *jurisprudence des arrêts*¹⁵².

Anche in quell'occasione si confrontarono posizioni opposte: da un lato ci fu un avvocato che sostenne che non c'era autorità maggiore di quella degli *arrêstistes* e che un punto di diritto già deciso non poteva essere rimesso in discussione – sembra di sentire l'eco del principio romanistico “in ambiguitatibus ... quae ex lege profiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis optinere debere”¹⁵³; dall'altro se ne schierò un altro a difendere la tesi che le decisioni non erano affidabili e che il giurista doveva decidere secondo i principi e la legge – è ancora evidente l'eco dell'altro principio romanistico “non exemplis, sed legibus iudicandum est”¹⁵⁴.

Alla fine, un terzo avvocato propose una mediazione che fu adottata all'unanimità.

La conclusione portò a riconoscere alla giurisprudenza “autant de force qu'une loi précise” e che gli avvocati dovevano riflettere sulle rac-

¹⁵⁰ V. adesso P. PAYEN, *Les arrêts de règlement du parlement de Paris en XVIIIe siècle. Dimension et doctrine*, Paris 1997, 22 ss., 37 e 448 ss.; ID., *La physiologie de l'arrêt de règlement du parlement de Paris au XVIIIe siècle*, Paris 1999.

¹⁵¹ M. FERRIERE, *Dictionnaire*, cit., *parlement*, ed. cit., II, 434, M. DUBÉDAT, *Histoire du Parlement de Toulouse*, Paris 1885, I, 243 ss.; CONOSCO J. DE MONTHOLAN, *Arrests de la Cour prononcés en robe rouge*, Paris 145.

¹⁵² Il racconto è in J. BRILLON, *Dictionnaire*, cit., v. *arrêt*, § 45, ed. Lyon 1787, VI, 721 ss. e poi in A. DUPIN, *Manuel*, cit., 486 ss. Non ho potuto vedere gli atti che sarebbero stati pubblicati in *Journal de Bouillon* (o *Gazette des gazettes*) settembre 1763, mentre la rivista sarebbe uscita solo dal 1764.

¹⁵³ D. 1.4.38.

¹⁵⁴ C. 7, 45.13.

colte di *arrêts* perché la conoscenza delle leggi non sarebbe bastata; del resto, non si poteva disdegnare il frutto delle fatiche dei grandi magistrati.

Però non si doveva passare da un estremo all'altro; ogni *arrêt* offriva solo la decisione di una fattispecie singola, diversa da ogni altra, e non si poteva argomentare dal particolare al generale, quindi non si poteva erigere a principio assoluto la soluzione di una fattispecie e il giureconsulto non doveva cercare principi generali al di fuori della legge, perché non è dalla regola che nasceva il diritto, ma è dal diritto che nasceva la regola.

Nel lungo *avis* si sostanzia, ancora una volta, il dramma del processo anche se questo dramma è vissuto in modo diverso rispetto al passato, quando sembrava che la coscienza del principe cristiano bastasse a fare da barriera alla possibilità di abusi nel giudizio; e non è un caso che nel dibattito si citò, tra l'altro, un trattatello di Federico II di Prussia, che si era già avviato a incarnare un nuovo modello di buon principe legislatore: il principe illuminato¹⁵⁵.

10. Le decisioni come 'bouche du roi' o come 'bouche de la loi'?

Nel 1763, quando si riunirono gli avvocati di Metz, erano già successe molte cose e altre ne sarebbero successe di lì a poco.

Nel regno di Napoli, ad esempio, un editto del settembre 1774 ordinò di motivare le decisioni delle corti sovrane, e poco dopo la notizia fu fatta circolare da una famosa enciclopedia francese¹⁵⁶.

Già prima, nel ducato di Milano quel senato che si fregiava del titolo di *potentissime rex* era stato richiamato seccamente all'ordine perché nei suoi atti si manifestava "piuttosto l'uso di una potestà arbitraria, che un regolare procedere alla forma delle leggi, delle quali il senato non è, che l'esecutore"¹⁵⁷.

Ormai, la dottrina della sacralità del principe e quella del principe cristiano che l'aveva seguita avevano perso di mordente nel processo di laicizzazione della cultura e del diritto che avevano preso corpo dall'umanesimo in poi; non è un caso che, poco a poco, i fondamenti

¹⁵⁵ *Dissertation sur les raison d'établir ou d'abroger les loix*, par l'Auteur des *Mémoires pour servir à l'Histoire de Brandebourg*, Utrecht 1751, 54 ss.

¹⁵⁶ *Encyclopédie méthodique*, cit., II, v. *arrêt*, II, 471.

¹⁵⁷ Reale dispaccio 12 giugno 1752, in U. PETRONIO, *Il senato di Milano*, Milano 1972, 257, n. 187.

del valore delle decisioni dei giudici supremi furono cercati sempre di più in argomenti ripresi dal diritto romano – la serie dei giudicati conformi come espressione di consuetudine – o in *auctoritates* diverse da quelle della tradizione ebraico-cristiana o da quella retorico-classica.

Questa vicenda è solo un aspetto della vicenda più ampia che portò alla separazione delle culture e al loro progressivo svincolarsi dalla preminenza della religione e della teologia; serpeggia già per gran parte del diciassettesimo secolo con l'affermazione delle scienze esatte e trionfa con la cultura del diritto naturale e con quella dell'illuminismo.

Ma questo avveniva dopo che Lutero aveva messo in crisi l'unità del modello cristiano e quindi la stessa sacralità del principe, e Machiavelli ne aveva smitizzato il ruolo sfrondandolo dei suoi allori e mostrando "di che lacrime grondi e di che sangue"; avveniva dopo che le certezze di fede erano state incrinata dalla cultura del dubbio, quello metodico di Cartesio e quello esistenziale di Pascal: fino ad arrivare a quanto c'è di vero e di serio nella tesi di Heine, che paragonò la rivoluzione filosofica dei tedeschi alla rivoluzione politica dei francesi, mettendo sul medesimo piano la rivoluzione copernicana di Kant e quella politica di Robespierre – l'enfasi è dei versi di Carducci: "E il giorno venne: e ignoti, in un desio / di veritate, con opposta fe', / decapitaro, Emmanuel Kant, Iddio, / Massimiliano Robespierre, il re"¹⁵⁸.

Ne darò alcuni esempi soltanto, uno preso da Muratori, cattolico moderato e pronto a rifugiarsi nel proprio credo di fronte al "rumore della religione infiebolita in Francia, e più in Inghilterra e Olanda"¹⁵⁹, e tuttavia sensibile alle nuove esigenze dell'economia, tanto da sostenere anche lui la riduzione delle feste di precetto per consentire il lavoro, scrivendo che "la molteplicità delle feste di precetto torna in evidente pregiudizio ed aggravio di chi s'ha da guadagnare il pane colle arti e colle fatiche delle sue braccia"¹⁶⁰.

¹⁵⁸ H. HEINE, *Zur Geschichte der Religion und Philosophie in Deutschland*, (1834) ora in H. HEINE, *Historisch-kritische Gesamtausgabe der Werke*, herausgegeben von Manfred Windfuhr, Würzburg 1979, 8, I, 79 ss. e H. HEINE, *De l'Allemagne*, (1855), ora in H. HEINE, *Historisch-kritische Gesamtausgabe*, cit., 8, I, 3117 ss.; G. CARDUCCI, *Giambi ed epodi*, II, *Versaglia*, vv. 49-52, D. CANTIMORI, *Un parallelo letterario tra Kant e Robespierre*, ora in D. CANTIMORI, *Studi di storia*, Torino 1959, 655 ss., B. CROCE, *Reminiscenze ed imitazioni*, ora in B. CROCE, *Conversazioni critiche. Serie seconda*, Bari 1950⁴, 291 ss.; M. DUCHIN, *Kant e Robespierre. La recezione di un paradigma heiniano nella cultura italiana fra ottocento e novecento*, in *La tradizione kantiana in Italia*, Messina 1986, 497 ss.

¹⁵⁹ Lettera ad Antonio Vallisnieri 3 gennaio 1727, n. 2558, in *Epistolario di L. A. Muratori edito e curato da Matteo Campori*, Modena 1901-1922, VI, 2607 s.

¹⁶⁰ L.A. MURATORI, *Della regolata devozione dei cristiani*, in L.A. Muratori, *Opere*, a cura di

Un altro esempio tra tanti è quello di Francis Bacon, il cui *Prospectus* delle scienze umane fu ripreso dall'*Encyclopedie* che dedicò al baconismo una pagina densa di elogi per il suo grande contributo al progresso delle scienze attraverso il suo metodo induttivo¹⁶¹; più tardi egli rappresentò il filo rosso che conduceva fino a Portalis¹⁶² per la sua valorizzazione della giurisprudenza, consacrata nell'affermazione che "iudicia enim anchorae legum sunt, ut leges reipublicae"¹⁶³ che fece capolino nella pubblicistica giuridica verso fino settecento¹⁶⁴ restandovi anche dopo.

Un terzo esempio, e basterà, è quello famoso di Montesquieu che riguarda il ruolo neutro dei giudici ed è diventata celebre la sua affermazione che i giudici non sono che la bocca che pronuncia le parole della legge; esseri inanimati, che non possono moderarne né la forza né il rigore¹⁶⁵.

"Bouche de la loi" come si scrisse e si scrive correntemente, e il pensiero corre alla formula di antico regime che esprimeva il ruolo delle corti supreme come *bouche du roi*¹⁶⁶: ma quante cose sono cambiate.

L'esigenza di giustizia e di legalità non è più soddisfatta dalla fiducia nel principe e dal suo essere, anche nei giudizi, *Deus in terris*, come non è appagata dal fatto che le corti sovrane parlino in nome di lui e quindi in nome di Dio; si sente la necessità di una regola astratta e

G. FALCO e F. FORTI, Milano-Napoli 1965, I, 941 s.

¹⁶¹ *Encyclopédie, ou Dictionnaire*, cit., I, xlviij s. e II, 8 s. ; per la critica rivoluzionaria del sillogismo aristotelico, che "assensum itaque constringit, non res" v. F. BACONIS DE VERULAMIO, *Novum organum scientiarum*, aph. XIII, ed. Amstelodami 1660, 30, dove si fa cenno alle superiori sottigliezze della natura che ricorre anche in J. E. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet du Code civil de la commission*, 24 termidoro anno 8° [18 agosto 1800], in J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France, ou commentaire et complément des Codes français*, Paris 1827-1832, I, 255 ss.

¹⁶² V.-A.-D. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume ou Journal des audiences de la cour de cassation et des cours royales, Introduction*, I, Paris 1827, e ID., *Jurisprudence du XIXe siècle, ou Recueil alphabétique des arrêts et décisions des cours de France et des Pays-Bas*, Introduction, Bruxelles 1828, I, *Revue des revues de droit*, Bruxelles 1848, XI, 162.

¹⁶³ F. BACONIS DE VERULAMIO, *De augmentis scientiarum libri novem*, VIII, aph. 73, ed. Amstelaedami 1662, 583; la prima edizione dovrebbe essere Londini 1623.

¹⁶⁴ Compare in BRILLON, *Dictionnaire*, cit., v. *arrêt*, § 45, ed. Lyon 1787, VI, 730, ma non in quella Paris 1727; per usi successivi di Francis Bacon, U. PETRONIO, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in ID., *Attività giuridica*, cit., 85 ss.

¹⁶⁵ C.-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des loix*, l. 11°, c. VI, ed. Geneve s.d. [1748], I, 332.

¹⁶⁶ V. sopra, n. 92.

predeterminata alla quale il giudice deve conformarsi, rendendo e non più creando giustizia.

Al medesimo modo, per garantire che il giudice anche supremo non faccia di testa propria ma si conformi alla legge, uguale per tutti anche se da applicare caso per caso tenendo conto della molteplicità dei casi da giudicare, diventa necessario che la sentenza sia motivata, cioè dia conto del perché di quella soluzione particolare.

E non solo per una generica esigenza di trasparenza, ma perché la motivazione delle sentenze di cassazione diventò, come è stato scritto in questi anni, “un gage de soumission du juge au législateur qui détient seul le pouvoir d’interprétation”¹⁶⁷.

11. Verso il dispotismo delle leggi, di nuovo in compagnia di Aristotele

Sottomissione del giudice al legislatore: è un’affermazione densa di problemi e di echi, soprattutto di questi tempi.

Quasi verso metà settecento, scrivendo delle riforme necessarie per la giurisprudenza “col decidere i principali punti in essa controversi” Muratori sostenne “essere da desiderare, che le leggi, piuttosto che gli uomini, comandino”¹⁶⁸ riprendendo un passo di Aristotele¹⁶⁹ che era stato famoso anche per la contrapposizione con Platone che prima di lui aveva preso le parti del governo dell’uomo, che è re intelligente¹⁷⁰.

Il passo, che poneva il problema dei rapporti tra legalità e potere politico era stato ben noto nel pensiero antico e in quello medievale¹⁷¹ e secondo lo stesso Muratori era stato ribadito da Tommaso per il

¹⁶⁷ F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d’État, Cour de cassation)*, Paris 2013, § 14, che cito da *Motivation des arrêts de la Cour de Cassation: texte introductif de SDER*, 14 septembre 2015.

¹⁶⁸ Uso la versione che ne diede L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742 (ed. an. 1999), 82, su cui v. PETRONIO, *Una critica arcadica di Lodovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*, introduzione a Muratori indica la sua fonte in ARISTOTELE, *Politica*, III, 16.

¹⁶⁹ Credo, anche per il contesto, che si tratti di ARISTOTELE, *Politica*, 1287b: “ordo enim lex ... legem ergo principari eligibilis magis quam civium unum aliquem”, in *Aristotelis politicorum libri octo, cum vetusta translatione Guilelmi de Moerbeka*, I, III, cap. 16, 1287a, cit., 228; ma v. anche 1286a che rinvia a Platone, *Il Politico*, 294 ab, ed. versione e interpretazione di Enrico Turolla, Milano 1964², II, 899 ss.

¹⁷⁰ PLATONE, *Il Politico*, 294ab, e 296e, ed. cit., 903; e v. anche ID., *Le Leggi*, 715d, ed. cit., III, 387.

¹⁷¹ Qui non mi occupo del problema nei termini generali che appartengono alla scienza e

quale le leggi erano utili “affinché non restasse in balia dei giudici ... di giudicare a lor capriccio”¹⁷².

In Muratori, Aristotele e Tommaso sono citati ad orecchio e in italiano, e questo non facilita l'identificazione sicura del passo¹⁷³, che tra l'altro ricorre più volte in forme simili¹⁷⁴ e che rappresenta uno dei tanti luoghi della *Politica* che destò attenzione nel corso dei secoli, sia nel medioevo – ne ricordo l'uso fatto anche da Alberto magno oltre che da Tommaso d'Aquino¹⁷⁵ – sia nell'età moderna – questa volta da Machiavelli, come già cristallizzato in formula¹⁷⁶ e come principio di governo¹⁷⁷; sarebbe dispersivo cercare di seguirne le tracce.

Comunemente, il riuso di questo Aristotele è attribuito per il versante inglese a Bracton¹⁷⁸ e a Locke, a Montesquieu e ad altri sul versante continentale, ed è ritenuto il fondamento di due tradizioni diverse, quella anglosassone del *Rule of Law* e quella continentale dello stato di diritto (*Rechtsstaat*) “la cui storia è legata all'assolutismo prima monarchico e poi parlamentare”¹⁷⁹.

Forse, ci sarebbe ancora qualcosa da dire, perché la contrapposizione già formulare – “whether a Government be rightly defined to be a Government of Laws and not of Men” - tra governo degli uomini e

alla filosofia della politica ma di qualche limitata applicazione in materia giudiziaria e della trasformazione del principio in formula; in una letteratura immensa segnalo almeno N. BOBBIO, *Governo degli uomini o governo delle leggi?*, in *Il futuro della democrazia*, Torino 1984, 169-194; G. SILVESTRINI, *Il concetto di governo della legge nella tradizione repubblicana*, Alessandria 2000, in *Working Paper* n. 12.

¹⁷² L. M. MURATORI, *Dei difetti*, cit., 82.

¹⁷³ Credo, anche per il contesto, che si tratti di ARISTOTELE, *Politica*, 1287a: “ordo enim lex ... legem ergo principari eligibilis magis quam civium unum aliquem”, in *Aristotelis politicorum libri octo, cum vetusta translatione Guilelmi de Moerbeka*, l. III, cap. 16, 1287a, cit., 228;

¹⁷⁴ Per spunti simili v. ARISTOTELE, *Politica*, 1282b, 1292b, e soprattutto 1293a, “necesse esse non homines, sed legem esse dominans”, in *Aristotelis politicorum*, cit., l. IV, cap. 6, 1293a, cit., 402.

¹⁷⁵ D. ALBERTI MAGNI, *In octo libros Politicorum Aristotelis commentarii*, l. III, cap. X, ed. Lugduni 1651, IV, 188 e 189; THOMAE AQUINATIS, *Praeclarissima commentaria in octo libros Politicorum Aristotelis*, ed. Parisiis 1660, VI, fo.146v; entrambi riproducono le traduzioni di Moerbeke e di Leonardo Bruni.

¹⁷⁶ N. MACHIAVELLI, *Le istorie fiorentine*, l. VII, ed. Firenze 1843, 306.

¹⁷⁷ G. SILVESTRINI, *Il concetto*, cit., 17 ss.

¹⁷⁸ H. BRACON, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, *De rerum divisione*, cap. VIII, ed. Cambridge University Press 2012, 38: “Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem”.

¹⁷⁹ G. SILVESTRINI, *Il concetto*, cit., 2.

governo delle leggi è certamente già presente in un neo-aristotelico come James Harrington, amico personale di re Carlo I ma partigiano di Cromwell e critico di Hobbes, autore di un'opera utopistica che ha ritrovato successo in questi anni, *Oceana*¹⁸⁰; la medesima formula entrò a far parte della costituzione del Massachusetts del 1780, a sancire la separazione dei poteri del giudice da quelli del legislatore: "to the end, it may be a Government of Laws, not of Men"¹⁸¹.

Invece, la formula non è presente – almeno come tale – in Locke, che pure è ritenuto uno dei teorici del principio del primato della legge naturale e che teorizzò l'importanza di un governo di "declared Laws" o di "declared and received Laws"¹⁸²; ma lo è in Montesquieu, un altro dei grandi teorici della legalità, sebbene in un contesto tutto diverso, quello del clima inglese¹⁸³.

Quindi, si potrebbe sospettare che fu con Muratori che si ebbe, almeno in Italia, il rilancio¹⁸⁴ della contrapposizione tra governo degli uomini e governo della legge, pur da parte di un moderato quale lui era e pur in un contesto di tradizione aristotelico-tomistica; che questo ebbe subito successo presso i contemporanei e che essi se ne appropriarono sino a farla diventare una delle idee-forza della nuova cultura illuministica.

Una decina di anni dopo Muratori sia Beccaria¹⁸⁵ sia, alcuni anni ancora dopo, Pietro Verri¹⁸⁶ ripresero entrambi la contrapposizione

¹⁸⁰ J. HARRINGTON, *The Oceana and others Works*, London 1656, indicato da D. KOCHENOV, *The EU Rule Of Law: cutting Paths through Confusion*, in *Erasmus Law Review* 2009, 9 n. 17; G. SILVESTRINI, *Il concetto*, cit., 23 ss.; conosco nell'edizione London 1700 e ora con traduzione, saggio introduttivo e note di G. SCHIAVONE, Milano 1985; ed. London 1700, 38, 56, 240 ss., 324, 381.

¹⁸¹ *Constitution, or Frame of Government, agreed upon the Delegates of the People of The State of Massachusetts-Bay, in Convention, begun and held at Cambridge, on the first of September, 1779, and continued by Adjournment to the Second of March, 1780*, art. XXX, in *The Constitutions of the several Independent States of America*, Philadelphia 1782, 23. la formula fu segnalata da *Le Spectateur Américain sur l'Amérique septentrionale et sur la république des treize Etats-Units*, Amsterdam 1784, 244.

¹⁸² J. LOCKE, *Two Treatises of Government*, (1690), ed. London 1824, II, §§136 ss., 211 ss.

¹⁸³ C-L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, I. XIV, cap. XIII, ed. Geneve 1849², 237.

¹⁸⁴ Non so gran che sulla tradizione anteriore al settecento del dualismo governo delle leggi/governo agli uomini; F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino 2011; A. PUNZI, *Diritto certezza sicurezza*, Torino 2015.

¹⁸⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. 9, ed. a cura di F. VENTURI Torino 1965, 28 e poco prima come "dispotismo dell'opinione", 27.

¹⁸⁶ P. VERRI, *Memorie storiche sulla economia pubblica dello Stato di Milano*, in *Id., Scritti vari*, ordinati da G. CARCANO, Firenze 1854, I, 472 s.

usata da Muratori, ma senza citare né lui né tanto meno Aristotele e Tommaso e contrapponendo, invece, la ragione all'opinione, che è regina del mondo¹⁸⁷; intanto, la citazione dilagò in tanti autori - *despotisme des lois* o *despotisme légal*¹⁸⁸ - e diventò un *topos* della cultura occidentale e del suo sforzo di ancorare la legalità a valori stabili, non più legati all'opinione degli uomini: un altro esempio di come la nostra cultura, già fondata sulla conoscenza del passato, abbia creato e ricreato pensieri nuovi.

12. La fine di un percorso

Nel dramma borghese l'autore, consapevole di sé, aveva l'abitudine di salutare il suo pubblico con un breve commiato, sul modello della canzone antica.

Credo che possa farlo anche chi scrive di storia, soprattutto quando cerchi di trovare dietro i concetti e le idee gli uomini che li generarono, in un misto, che è ineludibile, di storia e di invenzione, secondo la famosa definizione che Alessandro Manzoni ci ha lasciato di romanzo storico; anche noi siamo, a modo nostro, autori drammatici, almeno quando integriamo le lacune delle fonti¹⁸⁹.

Motivazione e uso del precedente sono un aspetto – uno solo – del tentativo millenario di trovare una risposta alla domanda di legalità e

¹⁸⁷ *L'opinione regina del mondo* è la citazione di un'opera rimasta misteriosa, che si trova in Pascal, e che circola in Muratori, in Beccaria e in Pietro Verri; B. PASCAL, *Pensées*, Londres-Paris 1913, sect. 2°, 40; L. M. MURATORI, *Dei difetti*, cit., cap. II, 6, BECCARIA, *Dei delitti*, cit., 27, P. VERRI, *Pensieri sullo stato politico del milanese nel 1790*, in P. VERRI, *Scritti vari*, II, *Appendice*, 11. Qualcuno pensa che l'opera citata possa essere l'eco dello scritto di F. SBARRA, *La forza dell'opinione*, Lucca 1658: v. J. VOISINE, *Un mystérieux titre italien cité par Pascal*, in *XVII siècle*, 74 (1967) 65; in generale G. FERREYROLLES, *Les reines du monde. L'imagination et la coutume chez Pascal*, Paris 1995.

¹⁸⁸ "On sait maintenant que le despotisme légal n'est autre chose que l'autorité absolue del la loi, pouvoir fondé sur la raison universelle éclairé", in H.G. RIQUETI DE MIRABEAU, *Supplément à la théorie de l'impôt*, Haye 1776, 73 in dialogo a distanza con J.J. ROUSSEAU, *Lettre de monsieur Rousseau à m. le marquis de Mirabeau*, 26 Juliet 1767, in *Id.*, *Œuvres*, Neuchâtel 1764, V, 358, 362, 373; v. anche P.P. MERCIER DE LA RIVIERE, *L'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Londres 1767, e G. B. MABLY, *Doutes proposés aux philosophes économistes sur l'ordre naturel et essentiel des sociétés politiques*, Haye 1768; U. PETRONIO, *Senilia: privato e pubblico nella storia giuridica*, in *Riv. it. sc. giur.*, e i saggi in *Dispotismo. Genesi e sviluppo di un concetto filosofico e politico*, Napoli 2002.

¹⁸⁹ B. BRECHT, *Canto dell'autore drammatico*, in *Id.*, *Poesie e canzoni*, a cura di Ruth Leiser e Franco Fortini, Torino 1959, 113.

di giustizia che forse costituisce un archetipo di chi si trova di fronte al suo giudice: come nel libro di Giobbe, perché?

Nel tempo, la risposta è stata costruita con l'uso e con il riuso continuo di materiali di ogni tempo e di ogni tipo e con la creazione di materiali nuovi; del resto è troppo ovvio che lo stesso riuso costituisca novità, dato che si cala in un contesto diverso.

Occasione di uso e di riuso è stato spesso Aristotele, per il ruolo che ebbe nella cultura occidentale e per le occasioni infinite offerte dalla sua opera, che in realtà spazio-temporali diverse si prestò a scelte e a letture diverse, religiose, razionalistico-religiose, solamente razionalistiche: fino a quando la sua fortuna palese tramontò, ma il suo contributo continuò a fornire strutture robuste al pensiero occidentale.

Accadde altrettanto per la cultura antica, per la tradizione classica e per il diritto romano, che mentre si disgregavano in certe culture si riaggregavano in certe altre, offrendo materiali antichi a costruzioni nuove.

Quindi, caro pubblico, alla fine del mio percorso in cui ho parlato di motivazione e precedente, devo dirti che non ho una risposta generale da offrirti, e confessarti la mia inadeguatezza, anche perché chi studi di storia sa che a certe comande non ci sono risposte, ma solo nuove domande.

La certezza di un'epoca di trovare risposta alla propria domanda di legalità e di giustizia nel sottoporre il giudice alla legge è stata la risposta, calata nel divenire della storia, di un'epoca che da molto tempo aveva percorso strade diverse da quelle di una religiosità onnipervasiva e che quindi non si appagava più del principe che era cristiano e governava e che giudicava ispirato da Dio; il valore, che era servito a mettere argine all'assolutismo principesco, era diventato un non-valore.

Questa constatazione, di per sé lapalissiana per un autore drammatico che senta l'affanno del divenire, non autorizza né ad ipostatizzare questa soluzione né a stracciarsi le vesti di fronte ad essa, come non autorizza. in questa nostra società scoordinata, a contrapporre soluzioni antiche costruite su modelli che – giusto o sbagliato che sia: ma in base a quali criteri? - non trovano più riscontro nella realtà attuale.

In una società del disordine, il valore 'ordinamentale' del diritto forse non basta; almeno non basta a chi, come questo autore che sente la necessità, nella crisi, di andare nella sua personale cripta dei cappuccini a salutare le tombe dei suoi imperatori: nella convinzione che sia ancora meglio vivere *sub lege* piuttosto che *sub rege*.

Questione di fatto e di diritto.

I grandi tribunali e la lezione di Gino Gorla

Diego Quaglioni

Desidero ringraziare gli organizzatori per l'invito a questo Convegno, che mi permette di ricordare il debito di riconoscenza contratto con Nicola Picardi fin dagli inizi dei miei studi. Al suo insegnamento e a quello di Alessandro Giuliani devo molte delle suggestioni che hanno orientato la mia ricerca lungo un decennio e più, negli anni in cui fui chiamato a contribuire a quei seminari internazionali sull'educazione giuridica, che andavano ridisegnando i profili storico-comparativi e filosofici di vastissime aree tematiche (la responsabilità del giudice, la funzione pubblica, la scienza della legislazione, la procedura continentale)¹. Il mio pensiero va in particolare al seminario perugino del 1988 sui modelli storici della procedura continentale, in cui, lo ricorderà Claudio Consolo, mi trovai a dialogare con un maestro come Elio Fazzalari intorno alle dottrine relative alla procedura del controllo degli atti normativi del principe, soggetto che mi riportava direttamen-

¹ Mi sia permesso di ricordare qui i risultati di quella esperienza per me fondamentale: *L'ufficiale in Bartolo*, in *L'educazione giuridica*, IV, *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, a c. di A. GIULIANI e N. PICARDI, Perugia, 1981, 1, *Profili storici*, 143-187; *Legge e legislatore nel "De Republica" di Pierre Grégoire (1596)*, in *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, a c. di A. GIULIANI e N. PICARDI, Napoli, ESI, 1988, 1, *Filosofia e scienza della legislazione*, 103-117; *Legislazione statutaria e dottrina della legislazione nel pensiero giuridico del Trecento italiano: le "Quaestiones statutorum" di Alberico da Rosate (c. 1290-1360)*, ivi, 2, *Modelli storici e comparativi*, 109-160; *La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella «République» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, a c. di A. GIULIANI e N. PICARDI, Napoli, ESI, 1994, 1, *Profili filosofici, logici, istituzionali*, 49-71. Ho rievocato quegli anni nella relazione al convegno perugino in memoria di Alessandro Giuliani, ora col titolo «Probo a probe». Prova e controversia: dall'ordo iudiciarius al processo, in *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, a c. di F. CERRONE e G. REPETTO, Milano, 2012 («Per la storia del pensiero giuridico moderno», 95), 537-552.

te alla riflessione di Gino Gorla sulla natura e sulla funzione dei grandi parlamenti.

Non sarebbe perciò possibile neppure sfiorare il problema storico- istituzionale e storico-dottrinale qui proposto da Claudio Consolo senza tornare sulla lezione di Gino Gorla e senza tentare, nella misura che questa occasione rende possibile, un breve riesame della ormai vasta letteratura intorno alla sua opera, cominciando naturalmente dalla nutrita serie dei ricordi personali e delle prime valutazioni che si leggono nei tre grossi volumi degli studi in memoria, apparsi con il titolo *Scintillae Iuris* nel 1994². Ai ricordi di Santoro Passarelli, di Giuseppe Benedetti, di Rudolph Schlesinger e di altri studiosi d'oltralpe³, all'ampio e intenso profilo disegnato da Giovanni Pugliese⁴, si uniscono le note di Maurizio Lupoi⁵, di Luigi Moccia⁶, di Mario Ascheri⁷, nonché il profilo critico di Rodolfo Sacco, al quale si deve un primo tentativo di "sistemazione" del pensiero e dell'opera di Gorla nel campo degli studi storico-comparatistici in Europa⁸.

Quella di Sacco è in realtà una lunga recensione del denso volume, curato da Maurizio Lupoi e apparso nel 1981 negli «Studi di diritto comparato» di Mauro Cappelletti con il titolo *Diritto comparato e diritto comune europeo*, in cui furono raccolti ventisette tra i contributi più rilevanti di Gorla, apparsi tra il 1948 e il 1980⁹. Sottolineando che quell'o-

² *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*. I, *Gino Gorla: la figura e l'opera. Le fonti, il precedente, la sentenza. La cultura del diritto*; II, *Dialogo tra ordinamenti, diritto dei commerci e diritto europeo, iura naturalia e diritti fondamentali*; III, *Contratto, responsabilità, proprietà, impresa e società, processo, amministrazione pubblica*; a c. di M. LUPOI, L. MOCCIA, P. CARLINI PROSPERETI, Milano, Giuffrè, 1994.

³ F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito gentil, candido Gino*, in *Scintillae Iuris*, cit., I, 3-4; G. BENEDETTI, *Gino Gorla*, ivi, 75-76; R.B. SCHLESINGER, *Letter Dedicated to the Memory of Gino Gorla*, ivi, 5-6. Brevi interventi, tutti col titolo *Ricordo di Gino Gorla*, ricordi sono anche quelli di Werner LORENZ, John Henry MERRYMAN e Barry NICHOLAS, ivi, rispettivamente ivi, 7-14, 15-23 e 25-28. Cfr. W. LORENZ, J.H. MERRYMAN, B. NICHOLAS, G. PUGLIESE, *Ricordando Gino Gorla*, Roma, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, 1993.

⁴ G. PUGLIESE, *Gino Gorla*, in *Scintillae Iuris*, cit., I, 29-52; ristampa della commemorazione tenuta ai Lincei il 13 febbraio 1993.

⁵ M. LUPOI, *Gino Gorla*, in *Scintillae Iuris*, cit., I, 101-102.

⁶ L. MOCCIA, *Ricordo bibliografico di Gino Gorla (1906-1992)*, in *Scintillae Iuris*, cit., I, 103-119.

⁷ M. ASCHERI, *I Grandi Tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, in *Scintillae Iuris*, cit., I, 77-100.

⁸ R. SACCO, «Carriera di un libertino», in *Scintillae Iuris*, cit., I, 53-73.

⁹ G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Presentazione di M. LUPOI, Milano, 1981 («Studi di diritto comparato», 21).

pera non era «tutto l'autore»¹⁰, Sacco poneva l'accento sulla svolta impressa da Gorla al suo lavoro, dopo il 1948, verso un deciso orientamento storico-comparativo. «Alla comparazione si chiede di demitizzare strumenti di conoscenza abusivi; di sostituirli con il dato storico [...]. La comparazione, infatti, contesta e distrugge le generalizzazioni affrettate [...]. Essa non si esaurisce nel rilievo delle differenze e delle somiglianze, ma è protesa alla ricerca delle ragioni di queste [...], ed è quindi storia»¹¹. Sacco ha forse esagerato un po' quando ha descritto l'itinerario scientifico di Gorla come l'ingresso «per primo [...] in una landa disabitata»; certo ha ragione quando afferma che Gorla si avventurò allora «in un'area, che tutti immaginavano diversa dal disegno che egli ne ha ricavato»¹².

«In modo parzialmente prevedibile – scrive Sacco – Gorla trova una storia della *interpretatio* e delle regole (espresse o implicite) che la governano: *interpretatio* che è oggi l'attività intellettuale con cui si intende il dettato giuridico, e allora era invece l'edificazione del diritto (governata da precise, anche se per nulla univoche, regole del gioco) negli spazi lasciati vuoti dal dettato legislativo [...]. In modo impreveduto Gorla trova che questa *interpretatio* favoriva il precedente della Corte centrale dello Stato, il che si pone in contrasto con la situazione italiana anteriore (che privilegiava il modello scolare su quello forense), e implica un punto di contatto con la situazione inglese»¹³.

Torneremo su questo punto. Per il momento diamo ancora ascolto a Sacco, quando ci dice che «saranno gli storici a redigere, un giorno, un bilancio di ciò che debbono a Gorla»¹⁴, aggiungendo: «I primi riscontri confermano, qua e là, le linee d'insieme dell'edificio da lui eretto; la statualità del diritto, che si afferma a grado a grado attraverso i secoli, assegnava nuovi congegni alla curia. Quanto meno, dunque, gli storici dovranno a Gorla l'idea di arare un campo lasciato finora in poco plausibile abbandono. E inoltre gli dovranno i concreti risultati da lui messi in evidenza, che potranno essere integrati, ma non disattesi»¹⁵. E ancora: «Nel fare il bilancio, bisognerà assegnare un peso a questa

¹⁰ R. SACCO, «Carriera di un libertino», cit., 54.

¹¹ *Ibid.*, 57-58.

¹² *Ibid.*, 67.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibid.*, 68.

¹⁵ *Ibidem.*

creazione di diritto mediante il precedente. E cioè, bisognerà inventariare le creazioni, definirne l'ampiezza, confrontarla con l'ampiezza dell'universo del diritto allora in vigore»¹⁶.

Probabilmente gli storici devono a Gorla un po' di più e insieme un po' di meno di quel che Sacco immaginava recensendo *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Un po' di più, perché il contributo di Gorla alla storia del processo nella modernità (una «opera missionaria» l'ha definita qualche anno fa Paolo Grossi)¹⁷ non riguarda solo i grandi tribunali come fattori di unificazione del diritto nello Stato moderno e di uniformazione del diritto fra gli Stati *sub specie interpretationis*, ma è stato ed è tale da indurre ad un ripensamento complessivo dell'esperienza giuridica in Europa, al di là delle partizioni ideologiche di carattere «sistemico» fra *common law* e *civil law*, ottenendo ascolto e consenso da parte di chi, come Harold Berman, dall'altra parte dell'Atlantico poneva radicalmente in discussione le mitologie giuridiche postulanti il carattere autoctono del diritto inglese e mostrava la fondamentale unità nella lunga durata della tradizione giuridica occidentale come un complesso «sistema» di sistemi giuridici concorrenti, la cui storicità si rivela nel suo carattere evolutivo¹⁸. Un po' di meno, sia perché il campo arato da Gorla non era poi così abbandonato come è parso a Sacco, sia perché l'accentuazione del carattere creativo della giurisprudenza dei grandi tribunali riposa su di una visione oggi non più condivisibile dell'*interpretatio* dell'età intermedia, che non solo non fu semplicemente «scolastica», ma nasceva da preoccupazioni prevalen-

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, 1860-1950*, Milano, 2000, 286.

¹⁸ È quanto si legge, con programmatica chiarezza, nel denso – concettualmente denso – contributo di Harold Berman e Charles Reid alla miscellanea in memoria di Gorla, in opposizione agli schematismi alla Wieacker e alla loro riduzione della tradizione a una doppia recezione, dottrinale e «pratica», come nella fin troppo nota *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1952): H.J. BERMAN – CH. J. REID, JR., *Roman Law in Europe and the Jus Commune*, in *Scintillae Iuris*, cit., II, 979-1014. La riflessione di Berman, a un decennio da *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass., 1983) è già orientata verso i temi di *Law and Revolution, II. The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition* (Cambridge, Mass., 2003). Mi permetto di rinviare alla mia introduzione a H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 2010, IX-XXIII; cfr. anche I. BIROCCHI – D. QUAGLIONI – A. MAZZACANE, *La tradizione giuridica occidentale nella prospettiva della sua crisi presente*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 40 (2011), 1031-1059 e D. QUAGLIONI, «The Outer and the Inner Aspects of Social Life», «Rechtsgeschichte – Legal History», 21 (2013), 189-191.

temente applicative e mirava ad offrire al giudice principi e strumenti che oggi diremmo conformativi (e perciò anche unificatori e uniformatori), prolungandosi per il tramite delle raccolte di *consilia*, più a lungo e più profondamente di quanto non si sia spesso pensato, nella giurisprudenza forense di “antico regime”¹⁹.

Non si vuole negare qui l'esistenza della “grande lacuna” storiografica relativa alle corti sovrane e alla letteratura forense d'antico regime, ma ricordare che, insieme ai non molti lavori storiografici presenti a Gorla mentre tracciava le linee del suo seminale lavoro sui grandi tribunali italiani (Wieacker a parte, qualche pagina di Vaccari e di Ermini, di Calasso, di Astuti, di Piano Mortari, di Lombardi Vallauri, di Antonio Marongiu, di Giovanni Tarello e soprattutto il capitolo di Ascheri sulle raccolte di giurisprudenza consulente nello *Handbuch* di Helmut Coing)²⁰, il panorama comprendeva già opere di risalente importanza dal punto di vista storico-giuridico, com'è il caso della *Cassazione civile* di Piero Calamandrei (libro che era già scritto, nella sua prima e principale parte, interamente dedicata alla storia del ricorso per cassazione, nel 1915, ma dovette attendere la fine della guerra per vedere la luce nel 1920)²¹. Vero è che Gorla vi vedeva solo «cenni generici», lontani dal porsi il problema *istituzionale* della funzione unificatrice e uniformatrice dei grandi tribunali, e lontani anche dal porsi i problemi in cui quel ruolo si articolava: «fra l'altro, i problemi concernenti la pluralità di tribunali supremi nello stesso Stato, i Principati composti di una unione di Stati, la rigidità o meno del

¹⁹ Su questo passaggio cruciale della storia giuridica europea si veda ora il complessivo ripensamento di I. BIROCCHI, *Mos italicus e mos gallicus*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, 94-101.

²⁰ G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 543-617. Cfr. P. VACCARI, *Introduzione storica al vigente diritto privato italiano*, Milano, 1957; V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'«interpretatio iuris» nei Commentatori*, «Annali di Storia del diritto», II (1958), 29-99; G. ERMINI, *Corso di diritto comune*, Milano, 1962; G. ASTUTI, *La formazione dello Stato moderno in Italia. Lezioni di storia del diritto italiano*, I, Torino, 1967; L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune*, in *Id.*, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970, 79-136; G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, I, Genova, Università degli Studi, 1970-1971; A. MARONGIU, *Lo Stato moderno. Lineamenti storico-istituzionali*, Roma, 1971; M. ASCHERI, *Rechtssprechungs- und Konsiliensammlungen, Italien*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, hrsg. von H. Coing, II/2, München, 1976, 1113-1221.

²¹ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*; II, *Disegno generale dell'istituto*, Milano-Torino-Roma, 1920.

vincolo dei precedenti etc.»²². E per giunta proprio il problema principale, quello della funzione *istituzionale* dei grandi tribunali, unificatrice *sub specie interpretationis* del diritto all'interno del singolo Stato (funzione che dovrebbe oggi svolgere, ricorda Gorla, la Cassazione), e uniformatrice del diritto fra gli Stati, aveva ricevuto da Calamandrei «soluzione negativa», come Gorla spiega subito e rapidamente in una nota marginale, senza insistere sui motivi di tale contrasto²³.

Certo il vasto studio di Calamandrei risente dei caratteri della storiografia giuridica del suo tempo. La sua fitta ricostruzione delle origini della Cassazione e del ricorso per cassazione segue le linee di una storiografia ancora ottocentesca, che obbliga a distinguere i c.d. elementi originari di un fenomeno giuridico multiforme (l'elemento romano, quello germanico, quello derivante dalla loro ibridazione nella tradizione del medioevo italiano, fino al trapasso nella modernità), con una forte sottolineatura dello scopo esclusivamente giurisdizionale dei grandi tribunali ed una decisa identificazione delle origini della cassazione civile nella sola tradizione francese. Per Calamandrei infatti la cassazione nasce come espressione di un'esigenza politica, non giurisdizionale, e cioè dell'esigenza della monarchia di superare l'opposizione dei parlamenti alle ordinanze sovrane. A prevalere sul continente, e a trasformarsi, come voleva Napoleone, in «une des plus heureuses institutions qui assurent la stabilité de l'État»²⁴, è il principio unificatore che vuole che sia il monarca sovrano a decidere in ultima istanza sul ricorso contro le sentenze inappellabili.

Gorla amava insistere sul carattere aperto dei risultati delle proprie ricerche. Claudio Consolo ha ricordato, nella premessa del nostro incontro, che «il lavoro appassionato e colto di Gorla» mostra che l'unificazione del diritto *sub specie interpretationis* nello Stato moderno rimase nelle mani dei tribunali supremi che vi provvidero in via istituzionale, garantendo «una *communis interpretatio* da cui non si poteva arbitrariamente recedere, se non allegando quella valida motivazione che sola consentiva di svellere la *firmitas* che ad essa era propria». Non insisterò qui sulle obiezioni e le critiche che in tempi più recenti sono state rivolte alle tesi di Gorla, in quanto si è ritenuto da più parti che

²² G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, cit., 584, nota 57.

²³ *Ibidem*.

²⁴ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, cit., dove la citazione è in esergo.

esse abbiano attribuito «eccessivo rilievo alla funzione unificante della giurisprudenza dei grandi tribunali»²⁵. Vorrei invece ricordare che la ricerca di Gorla ha mostrato qualcosa di più: «Questi tribunali sono un tratto caratteristico – ha scritto Ascheri – dello Stato moderno, molto vicini al Principe, al tempo stesso suoi consulenti, ma anche controllori. Nel senso che questi tribunali centrali – in particolare i Senati, corrispondenti per lo più ai *Parlements* francesi – tramite le *supersessiones* e i poteri c.d. di interinazione dei provvedimenti sovrani tutelavano una serie di diritti che Gorla compendiosamente designa come *iura naturalia* (e vede corrispondenti ai *common rights* di cui parlava il grande giudice inglese Edward Coke [...]). Ebbene, di quei diritti “naturali” Gorla ha pazientemente ricostruito la disciplina, rilevando come fossero comprimibili solo con particolari procedure e solo ricorrendo un motivo di pubblica utilità. Ciò spiega [...] come questi tribunali non fossero solo titolari di un potere giudiziario, ma portatori di interessi politici che a volte – come si sa – li misero anche in aperto contrasto col potere politico»²⁶.

In verità il lungo saggio di Gorla, *“Iura naturalia sunt immutabilia”*. *I limiti al potere del “Principe” nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*, affidato agli Atti del IV Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, apparsi nel 1982 e aventi per tema *Diritto e potere nella storia europea*, è a mio giudizio il punto più alto della vasta produzione di Gorla e anche il suo contributo suscettibile delle maggiori “integrazioni”, per usare le parole di Rodolfo Sacco, e dei maggiori sviluppi, proprio nel senso che quella tematica – tematica medievale portata alle estreme conseguenze – ci riconduce all’esperienza di diritto comune e al “diritto dei dottori”, in particolare alle loro dottrine processualistiche e alle torsioni che esse subiscono nel XVI secolo “assolutista”, nel pieno dei processi di formazione degli Stati moderni²⁷.

²⁵ Così D. EDIGATI, *Il Supremo tribunale di giustizia di Firenze (1777-1808)*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, a c. di P. MAFFEI e G.M. VARANINI, IV, *L’età moderna e contemporanea*, Firenze, 2014, 329-340: 329 e nota 3, con richiami a I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, 86-90, di M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo. Lezioni e documenti*, Torino, 2007, 129-132 e di U. PETRONIO, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, 2012, 60-62.

²⁶ M. ASCHERI, *I Grandi Tribunali e la ricerca di Gino Gorla*, cit., 81-82. Cfr. più di recente *Id.*, *I grandi tribunali*, in *Il contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, cit., 121-128.

²⁷ G. GORLA, *“Iura naturalia sunt immutabilia”*. *I limiti al potere del “Principe” nella dottrina*

Lo studio di Gorla, che nel privilegiare il problema della effettività dei limiti *ex iure naturae*, «cioè se e in quali modi essi si potessero rendere effettivi, anche, se del caso, mediante rimedi (azioni e ricorsi) da parte delle persone gravate per l'aver il Principe varcato quei limiti»²⁸, si muove con sicurezza nell'ambito della dottrina del rescritto (sia pure limitatamente alla giurisprudenza forense dei secoli XVI-XVIII, tralasciando il lungo retaggio dell'età intermedia e perfino la grande dottrina giuspubblicistica dello stesso Cinquecento, soprattutto per quel che riguarda il nesso tra dottrina del rescritto e interinazione delle ordinanze²⁹. Comunque sia, la sua indagine ci riporta al nesso tra l'ordine dei giudizi medievale, col suo trapasso nel processo moderno, e la grande letteratura processualistica medievale che nella prima modernità continua ad essere alla base della logica del processo, nonostante tutti i cambiamenti istituzionali che si possono osservare nel passaggio dai giudici professionali, soggetti a sindacato all'uscita di carica, ai giudici funzionari soggetti a responsabilità disciplinare (anzi, per dirla con Gorla, ai giudici o «giureconsulti di Stato»)³⁰, dal banco del podestà alla corte che procede in base al pieno sviluppo del principio *iura novit curia*, e che perciò non ammette più il giurista col suo *consilium sapientis iudiciale* a rispondere nei casi più ardui, nei quali più facilmente si può errare *in procedendo* e *in iudicando*, in fatto così come in diritto.

e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Firenze, 1982 («Quarto congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto»), II, 629-684. Cfr. R. SACCO, «Carriera di un libertino», cit., 68.

²⁸ G. GORLA, «*Iura naturalia sunt immutabilia*». I limiti al potere del «Principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, cit., 630.

²⁹ Appunto nel senso di una «integrazione» vanno i miei studi, che dell'esperienza di Gorla così come di quella di un suo grande interlocutore, John P. Dawson, si sono giovati: cfr. D. QUAGLIONI, «*Les bornes sacrées de la loi de Dieu et de nature*». La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella «*République*» di Jean Bodin e nelle sue fonti, «*Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*», XIV (1988), 39-62; La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella «*République*» di Jean Bodin e nelle sue fonti, in *L'educazione giuridica*, VI, *Modelli storici della procedura continentale*, 1, *Profili filosofici, logici, istituzionali*, a c. di A. GIULIANI e N. PICARDI, Napoli, 1994, 49-71; I limiti del principe *legibus solutus* nel pensiero giuridico-politico della prima età moderna, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a c. di A. DE BENEDICTIS e I. MATTOZZI, Bologna, CLUEB, 1994, 55-71. Cfr. inoltre J.P. DAWSON, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.

³⁰ G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, cit., 587; ID., «*Iura naturalia sunt immutabilia*». I limiti al potere del «Principe» nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, cit., 631 e 633.

Tra i limiti del principe-legislatore di cui Gorla si occupa c'è infatti in primo luogo quello relativo all'*ordo iudiciarius* (principio della *citatio-defensio*, o del *iuris ordo*). «Questo principio – scrive Gorla – è considerato di diritto divino [...]. Esso si estende al diritto alla difesa in genere e al *iuris ordo* detto anche *ordo iudiciarius* (nel senso di ordine fondamentale del processo). Comprende così anche il diritto alla ricusazione dei giudici e il diritto a conoscere il nome dei testimoni adottati dalla accusa o dalla parte avversa. Per la sua estensione e nel suo insieme il principio della *citatio-defensio* e del *iuris ordo* può considerarsi il parallelo (se non magari la radice) del *due process of law* (in senso processuale), di cui tanto si vantano i giuristi anglo-americani come di una peculiarità del loro diritto. Il principio [...] riguarda non soltanto il diritto civile, penale e disciplinare, ma anche il procedimento di formazione di un atto amministrativo che pregiudichi un diritto o un 'interesse legittimo'. Riguarda anche il procedimento di *interinatio* di un atto del principe [...]. Può riguardare in certi casi anche il procedimento di formazione di un atto legislativo, quando questo disciplini interessi di categorie in conflitto. Il principio della *citatio-defensio* rappresenta il *ius naturale* fondamentale, il più importante limite al potere del principe, tale che lo si deve previamente osservare in tutti i casi [...], anche quando sussiste la *iusta causa*, o quando si tratti di un mero *ius civile*. Le *iustae causae*, per cui il principe può varcare quel limite, sono pochissime o ridotte quasi a zero»³¹.

«L'*ordo iudiciarius*, la procedura – scrive Nicola Picardi ad introduzione della bella edizione del *Code Louis*, l'*ordonnance* con cui Luigi XIV nel 1667 s'impadronisce dell'ordine dei giudizi –, era considerato manifestazione di una razionalità pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso le prassi create dai giudici, avvocati e loro ausiliari, con la collaborazione della dottrina. Le regole dell'*ordo* – come quelle dell'arte del medico o dell'architetto – non apparivano, del resto, suscettibili di una regolamentazione autoritativa esterna. L'*ordo iudiciarius* – con il suo carattere pubblico, argomentativo e giustificativo – rappresentava un capitolo della dialettica e dell'etica. L'*ordo* non garantiva soltanto il diritto di difesa nei giudizi, ma anche il diritto di resistenza nei confronti di autorità esterne. Conseguentemente veniva riconosciuta alla procedura natura originaria e, in un certo senso,

³¹ G. GORLA, "Iura naturalia sunt immutabilia". I limiti al potere del "Principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, cit., 639-640.

extrastatuale: nessuno, neppure il papa, avrebbe potuto prescindere dall'*ordo*. L'intervento del principe, o comunque di una volontà esterna, avrebbe rappresentato una *perversio ordinis* e si sarebbe tradotto in un'azione odiosa, quanto quella di alterare la moneta»³².

Anche la relazione tra *quaestio iuris* e *quaestio facti* si ripropone problematicamente in tal senso, come tematica medievale portata alle estreme conseguenze. Diritto e fatto s'intrecciano indissolubilmente nell'*ordo iudiciarius* medievale, pur nella distinzione (non solo scolastica) che vuole il giudice supplire *in iure* e le parti (con la produzione delle prove testimoniali) supplire nel fatto. Ma diritto e fatto s'intrecciano nelle mani del giudice, che appunto nella valutazione della conoscenza del fatto può errare *in iure*. Perciò la dottrina medievale annette un'importanza capitale alla prova per testimoni, che vorrebbe scientizzare³³. È stato Alessandro Giuliani a mostrare che la crisi del principio secondo il quale *quaestio facti est in arbitrio iudicis*, così caro alla dottrina processualistica dell'età intermedia, comincia a cedere sotto la spinta del movimento umanistico, che traduce in termini logici «i nuovi orientamenti e le nuove aspirazioni»³⁴. La letteratura della nuova età, che ospita i primi trattati sistematici sull'interpretazione, è preoccupata più della posizione del giudice di fronte alla legge che della posizione del giudice di fronte al fatto: «eppure – scrive Giuliani – fin dall'età media i giuristi avvertivano che i modi di concepire la questione di fatto e la questione di diritto si condizionavano reciprocamente»³⁵, sicché la questione *an iudex secundum allegata vel secundum conscientiam iudicare debet*, si trovava mescolata a quella relativa all'obbligo di *iudicare secundum ius*. Scrive Alessandro Giuliani, notando come nella procedura medievale il giudice godesse di una certa dose di potere discrezionale «in quanto gli statuti non fissavano gli elementi costitutivi della fattispecie», ha ricordato che l'*arbitrium* del giudice «rappresentava un modo per ovviare alla incertezza del diritto»³⁶:

³² N. PICARDI, *Introduzione*, in *Code Louis, I, Ordonnance civile, 1667*, Milano, 1996 («Testi e documenti per la storia del processo» a cura di N. PICARDI e A. GIULIANI, I), IX-LII: IX-X.

³³ Sul punto occorre rinviare all'ormai classico studio di A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, 1971².

³⁴ *Ibid.*, 223.

³⁵ *Ibid.*, 223-224.

³⁶ *Ibid.*, 224. Sul tema si veda l'ampio studio di M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, 1998.

La ricostruzione del fatto si risolveva in una valutazione del medesimo, e la norma emergeva quasi dal procedimento di ricostruzione. I canoni del rilevante non erano fissati a priori, emergevano dal procedimento di ricerca, nel contraddittorio delle parti: l'indagine sulla rilevanza si poneva come la rigorosa esclusione degli *articuli* e delle *positiones*, che non fossero pertinenti.

Confidando forse un po' troppo nella lineare ricostruzione del vecchio Salvioli, convinto che con la crisi del diritto comune l'attività del giudice incominci ad apparire mera applicazione della legge, Giuliani ritiene che all'avvento dell'età umanistica «nel diritto in genere, ed in particolare in quello penale [...] la certezza viene considerata l'aspetto costitutivo del diritto, e l'*arbitrium* rappresenta un pericolo da eliminare»³⁷. L'affermazione del principio *nullum crimen sine lege* significa che la legge non deve essere solo certa, ma deve altresì essere generale: deve cioè ignorare le circostanze concrete ed essere, pertanto, eguale per tutti: «È interessante pertanto notare che, proprio quando viene affermato nel modo più rigido il principio della certezza e della generalità del diritto, vengono meno certi limiti nella ricerca del fatto. Sul piano logico l'interesse si è spostato dalla questione di fatto alla questione di diritto»³⁸. Si assiste insomma ad un impoverimento della logica del fatto³⁹:

La conseguenza più importante [...] è che la *quaestio facti* appare condizionata dall'*arbitrium* del giudice. La eliminazione di ogni *arbitrium* del giudice, di ogni potere discrezionale insomma, per quanto attiene al diritto ed alla comminazione della pena, ha come contropartita un certo disinteresse per l'*arbitrium* del giudice nella questione di fatto [...]. Gli elementi costitutivi del fatto vengono ora determinati in termini positivi dalla legge, e la legge è razionale. La questione della rilevanza non appartiene più alla ricerca del fatto, bensì alla interpretazione del diritto: la decisione giudiziaria applica norme fissate in anticipo. Si pongono così le basi per quella teoria delle fattispecie legali, che sarà sviluppata dalla dottrina giuridica a partire dal XVIII secolo in relazione al negozio giuridico, concepito come il paradigma dei fatti giuridici.

³⁷ A. GIULIANI, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, cit., 224 e nota 38.

³⁸ *Ibid.*, 225.

³⁹ *Ibid.*, 225-226.

Sembra dunque mutare radicalmente la prospettiva rispetto alla lunga durata della tradizione processualistica di diritto comune: «nell'età media», scrive ancora Giuliani, «non esisteva una frattura assoluta fra il fatto previsto dalla legge ed il fatto, che era il presupposto della decisione del giudice. Vi era un principio fondamentale nel processo medievale: *nihil potest iudex in factum supplere*, il fatto cioè è di competenza delle parti»⁴⁰. Il contraddittorio fra le parti, disciplinato dal giudice, costituiva il momento centrale del giudizio, mentre nella modernità la neutralità del giudice non appare più giustificata nell'ambito della questione di fatto. È perciò che «l'affidarsi alla libera ricerca del giudice nella ricostruzione del fatto, al suo *motus animi*, rappresenta una concezione moderna; essa presuppone che il giudice non si trovi solo di fronte al fatto, ma che la legge gli offra un modello certo. Non ha più significato la limitazione del campo dell'indagine nel fatto, come misura di difesa contro i possibili errori del giudice. Il fatto oggetto di indagine dovrà, più o meno, da un punto di vista probabilistico, essere simile al fatto ipotizzato dalla norma. Il mondo dei fatti sembra avere una sua autonomia, e l'accertamento giudiziale del fatto incomincia ad apparire una operazione "tecnica"»⁴¹. In tal senso la questione di fatto pretende una vera e propria autonomia, e pertanto «in questo dominio appare pienamente giustificato l'*arbitrium* del giudice, inteso come arbitrio nel procedimento, come ampia facoltà di inquisizione nel fatto»⁴².

Chi voglia scrutare concretamente nel dramma di questo passaggio storico, che vede la dottrina oscillare fra continuità e discontinuità, non deve fare altro che aprire il libro che segna la svolta dottrinale maggiore nel diritto pubblico del secolo XVI e che annuncia la modernità giuridica e politica, cioè la *République* del giurista Jean Bodin (1529/30-1596), personalità troppo spesso identificata con lo stereotipo di una scienza giuridica ormai orientata verso rigorosi paradigmi normativistici in cui al giudice non spetta più altro che un ufficio servile⁴³.

⁴⁰ *Ibid.*, 226.

⁴¹ *Ibid.*, 226-227.

⁴² *Ibid.*, 227.

⁴³ *Ibid.*, 226, nota 41, con rimando alla *Methodus ad facilem historiarum cognitionem* del 1566. Per gli studi su Bodin cfr. M.-D. COUZINET, *Jean Bodin*, Paris, MEMINI, 2001; D. QUAGLIONI, *Bodin, Jean*, in *Dictionnaire historique des juristes français, XIIe – XXe siècle*. Sous la direction de P. ARABEYRE, J. HALPÉRIN, J. KRYNEN, Paris, 2007, 92-94; *Id.*, Bodin, *The Six Books of Commonwealth*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture – 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, Eds. S. DAUCHY, G.

Avvocato nel Parlamento di Parigi e *maître des requêtes*, membro cioè di quell'organismo preposto all'esame e all'ammissione delle *lettres de justices* presso il *Conseil du Roi*, Bodin pubblica il suo libro in francese nel 1576, due anni prima dell'istituzione del *Conseil des parties* e tre prima dell'ordinanza di Blois, di capitale importanza per la storia del ricorso per cassazione in Francia⁴⁴.

Il capitolo IV del libro III della *République (De l'obéissance que doit le Magistrat aux loix et au Prince souverain)*, pur esprimendo essenzialmente «un pregiudizio contrario all'inobbedienza dei magistrati»⁴⁵, affronta la questione del comando iniquo e dell'accertamento della dannosità dei mandati del principe, rivisitando dunque la discussione, lungamente frequentata dalla dottrina dell'età intermedia, sulla validità dei *rescripta contra ius elicita* e sul potere del principe-legislatore di derogare al diritto divino, naturale, delle genti e civile. L'interesse principale di Bodin è rivolto alle clausole apposte a quei rescritti, come sono le *lettres de commandement*, che impongono al magistrato di eseguire il comando senza accertarsi della sua fondatezza, fatta salva, talvolta, la conoscenza del fatto, a differenza delle *lettres de justices*, la cui interinazione o rescissione dipende dall'equità e discrezionalità del giudice⁴⁶. La difficoltà sorge in relazione ai rescritti che inibiscono al giudice la conoscenza del fatto, «qui ne portent que la question du fait simple, sans attribuer la congnoissance au Magistrat du merit d'icelle», poiché in tal caso il giudice, informato del fatto dal solo contenuto del provvedimento, può trovarsi a doverlo interinare e porre in esecuzione pur essendo la cosa ingiusta, con la difficoltà che si fa ancor più sensibile «quand les lettres n'attribuent puissance au Magistrat, ny du fait, ny du merite de l'ottroy» a causa di un *mandement exprès*, di una clausola imperativa⁴⁷. Consapevole che la questione implicava il con-

MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI, A. WIJFFELS, In collaboration with N. SERIU, Switzerland, («Studies in the History of Law and Justice», 7), 126-129.

⁴⁴ Su questo tornante fondamentale della storia del processo restano di grande valore le riflessioni di P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, I, *Storia e legislazioni*, cit., 264-312.

⁴⁵ V.I. COMPARATO, *Sulla teoria della funzione pubblica nella «République» di Jean Bodin*, in *La «République» di Jean Bodin*. Atti del Convegno di Perugia, 14-15 novembre 1980, Firenze, 1981, 93-112: 105.

⁴⁶ Cfr. D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, 1992, 52.

⁴⁷ Cito dall'ultima edizione francese riveduta dall'Autore: *Les six livres de la République* de I. BODIN ANGEVIN. *Ensemble une Apologie de Rene Herpin*. A Paris. Chez Jacques du Puis, libraire iuré, à la Samaritaine. 1583 [rist. Aalen, 1977], Libro III, Cap. IV

trollo dell'attività normativa del principe-legislatore, Bodin «consiglia l'obbedienza, fuori dai casi di falsità, nullità o contrarietà alle leggi di Dio e della natura» ed esclude invece che il magistrato «possa essere giudice di violazioni della legge civile, dello *ius gentium* e delle stesse leggi fondamentali dello stato»⁴⁸, affermando⁴⁹:

Per risolvere questa questione si può dire che, se le lettere del principe non attribuiscono al magistrato nessuna competenza a giudicare, né del fatto né del merito, ma gli lasciano solo la facoltà dell'esecuzione, il magistrato non può assolutamente giudicare, a meno che le lettere non siano notoriamente false, o nulle, o contrarie alle leggi di natura, come se per esempio il principe comandasse al magistrato di far morire gli innocenti o di uccidere i bambini [...], o di depredare e spogliare i poveri [...]. Ora, se il suddito di un signore particolare o giustiziere non è obbligato per legge a obbedire al suo signore o al magistrato se essi oltrepassino i limiti del loro territorio o del potere loro conferito, per quanto la cosa comandata possa essere giusta, come potrebbe un magistrato essere obbligato a obbedire o a eseguire i comandi del principe in cose ingiuste o disoneste? Poiché in quel caso il principe oltrepassa e infrange i sacri confini delle leggi di Dio e della natura.

Così come il magistrato nulla può oltre i limiti della sua giurisdizione, anche il principe ha un territorio invalicabile, oltre il quale il giudice impune non paretur, ed è appunto il territorio delimitato da quelle che Bodin chiama «les bornes sacrées de la loy de Dieu et de nature»⁵⁰. In tal senso anche per Bodin «l'atto del principe non gode di una presunzione di legittimità»⁵¹. Non è dunque per caso che le pagine della *République* si infittiscono, ai margini, di rimandi alle norme di diritto giustiniano che impongono al giudice di respingere il rescritto contrario al diritto naturale e ai commentari dei grandi interpreti del diritto comune a quelle stesse norme, che la giurisprudenza medievale aveva inteso a difesa dello stesso *ordo iudiciarius*. «La coscienza medie-

(*De l'obéissance que doit le Magistrat aux loix et au Prince souverain*), 413; per un primo commento intorno a questo luogo cfr. *I sei libri dello Stato* di Jean Bodin, II, a c. di M. ISNARDI PARENTE e D. QUAGLIONI, Torino, 1988, 148. Cfr. inoltre D. QUAGLIONI, *I limiti della sovranità*, cit., 52-53.

⁴⁸ V.I. COMPARATO, *Sulla teoria della funzione pubblica nella «République» di Jean Bodin*, cit., 105.

⁴⁹ *I sei libri dello Stato* di Jean Bodin, II, cit., 149-150.

⁵⁰ *Les six livres de la République* de I. Bodin Angevin, cit., 414.

⁵¹ A. GIULIANI – N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987, 54.

vale», ha scritto Giuliani, «avvertì non solo sul piano dell'esperienza giudiziale ma anche su quello politico e religioso, la preoccupazione di sottrarre la verità del fatto, e la prova dei fatti, all'arbitrio del principe. La sua attività normativa non ha una presunzione di legittimità: essa presuppone, come quella giudiziaria, una "notitia facti" accanto ad una "notitia iuris": anche in questo caso il fatto deve essere sottoposto alla verifica del contraddittorio. Ogni giudizio che si basa su affermazioni unilaterali si risolve in una manipolazione dei fatti: e pertanto costituisce una *perversio ordinis*»⁵².

Nel capitolo finale del suo libro, dedicato alla giustizia, Bodin ricorda che Enrico II, re di Francia e vertice della giustizia nel suo regno, «avoit faict mettre prisonnier un Italien, l'ayant surpris en cas digne de mort: qu'il ne vouloit dire»; il re «commanda aux Iuges de le condamner: lesquels n'en voulerent rien faire»⁵³. I giudici pretendevano al contrario che il re si sottomettesse all'*ordo iudiciarius* e accettasse di testimoniare, ciò che avrebbe permesso di qualificare il delitto, ma avrebbe richiesto che il re, contro la sua volontà, dichiarasse la *causa scientiae*, cioè le ragioni e le circostanze che giustificavano le sue affermazioni. Il caso, che Bodin allega secondo la testimonianza del secondo presidente del Parlamento di Tolosa, «Antoine de Paul [...], qui estoit des Iuges»⁵⁴, costituiva un *exemplum* moderno della questione del giudice-testimone, ben nota alla dottrina giuridica di diritto comune: «se fosse possibile per il giudice decidere in base alla propria conoscenza del fatto, o se egli dovesse attenersi unicamente a ciò che era dimostrato nel processo, a partire dai mezzi di prova ordinari»⁵⁵. La questione si riproponeva nell'ambito dei limiti del potere giurisdizionale, determinati in ultima istanza dall'equità, tanto per il principe quanto per il magistrato al quale il principe avesse conferito il potere straordinario di

⁵² A. GIULIANI, *Prova*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, 1988, 519-579; 536.

⁵³ *Les six livres de la Republique* de I. Bodin Angevin, cit., Libro VI, Cap. VI (*De la iustice distributive, commutative, et harmonique, et quelle proportion il y a d'icelles à l'estat Royal, Aristocratique et Populaire*), 1029; cfr. *I sei libri dello Stato* di Jean Bodin, III, a c. di M. ISNARDI PARENTE e D. QUAGLIONI, Torino, 1997, 588. Ne ho poi trattato diffusamente in *Une justice nocturne*, in *Magistrature et politique*, «Laboratoire italien», 2 (2001), 13-33.

⁵⁴ *Les six livres de la Republique* de I. BODIN ANGEVIN, cit., 1029.

⁵⁵ E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il Basso Medioevo*, Roma, 1995, 410, nota 52. Cfr. D. MAFFEI, *Il giudice testimone e una "quaestio" di Jacques de Reuigny* (MS Bon. Coll. Hisp. 82), «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit», 35 (1967), 54-76.

giudicare «selon sa conscience», cioè con pieno uso di poteri discrezionali. Bodin sostiene che in tale materia «ceux là s'abusent, qui pensent que le Prince peut iuger selon sa conscience, et non pas le subiect, fors en matiere criminelle, auquel cas il sont d'advis, que le Magistrat peut aussi bien que le Prince iuger selon sa conscience»⁵⁶. Di qui la domanda retorica, con il ricordo dell'adagio erasmiano *Simia in purpura*, che ripropone la questione dei limiti del potere sovrano nell'esercizio della giustizia criminale: «Mais s'il est équitable en l'un, pourquoy ne l'est-il en l'autre? et s'il est inique en l'un, pourquoy seroit-il equitable en l'autre? veu que le Singe est tousiours semblable à soy-mesme, soit qu'on l'habille en pourpre ou en bureau»⁵⁷. Anche il principe, vertice della giustizia umana, deve scendere dal banco del giudice e limitarsi al ruolo del testimone quando la verità del fatto è nota a lui solo, perché la confusione inammissibile dei ruoli del giudice e del teste conduce alla *perversio ordinis*, alla perversione della giustizia, alla iniquità che resta tale benché rivestita della toga: «Mais si la verité du fait n'est congneue sinon au Prince, ou bien au Magistrat, ny l'un ny l'autre ne doit faire acte de Iuge, ains de tescmoin seulement: comme respondit Azo au gouverneur de Boulogne la Grasse, qui avoit veu faire un meurtre sans autre tescmoin, on luy dist qu'il ne pouvoit estre iuge: et mesme response fut faicte au Roy de France Henry II. par la Chambre de la Reine estant à Melun [...]: et le mesme Roy en cause civile ne servit que de tescmoin au procès d'entre les heritiers de George d'Amboise, où son tesmoignage ne fut compté que pour un»⁵⁸.

Tutto il capitolo VI del VI e ultimo libro della *République*, dedicato alla «giustizia armonica», si dibatte tra i problemi del nascente assolutismo giuridico alle prese con il peso della tradizione di diritto comune. Al centro del capitolo, l'ufficio del giudice tra esecuzione della legge ed equità, nella conservazione di un ideale in cui l'interpretazione non può non essere adattamento, integrazione e correzione della legge, e la legge stessa è pensata come a mezza via tra la rigidità del canone di Policletto e la duttilità della *regula Lesbia* di memoria aristotelica. Bodin, sul crinale della fine del secolo XVI, è forse il migliore tra gli osservatori del fenomeno dei grandi tribunali e della diffusione delle loro decisioni, verso le quali egli adotta un atteggiamento diffidente. Bodin

⁵⁶ *Les six livres de la Republique* de I. Bodin Angevin, cit., 1029.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibid.*, 1029-1030.

è ancora convinto che non sia possibile «comprendere tutti i casi nella legge», cosa «altrettanto impossibile che voler contare uno per uno tutti gli individui, e comprendere l'infinito nel finito»⁵⁹, ed è perciò che in un'aggiunta alla prima edizione del suo trattato ricorda che la corte del Parlamento di Parigi, «temendo che si traggano in conseguenza di legge le sentenze ch'essa rende, fa inserire a registro, se v'è un dubbio degno di nota o se la cosa lo merita, che la sentenza non possa esser di pregiudizio nel senso che non sia lecito giudicare contrariamente ad essa nei casi simili»⁶⁰. Di qui una chiara espressione di contrarietà verso il carattere vincolante del precedente giudiziario, così come, per ragioni pratiche e prudenziali, verso la motivazione della sentenza⁶¹:

Si sbagliano assai coloro che raccolgono le sentenze della corte per farle stampare, senza aver letto il registro delle sentenze, e coloro si sbagliano quelli che li seguono: perché ignorando la motivazione della corte, essi fanno di una sentenza, ch'è ipotesi e caso particolare, una legge generale, che è il giudicato. Io stesso ho veduto, in un piccolo processo da nulla, le parti entrare in contrasto sull'interpretazione della consuetudine: se la corte avesse dato su ciò una sentenza interlocutoria per procedere all'accertamento della consuetudine tramite inchiesta fra la gente del luogo, come si fa spesso in tal caso, le parti sarebbero state rovinare. La corte invece giudicò la causa in via definitiva in prima istanza, e fece inserire a registro che ciò si faceva senza pregiudicare o derogare in alcun modo alla consuetudine. E tuttavia coloro che nulla sapevano della motivazione della corte, pubblicavano la sentenza affermando che la corte aveva deciso della consuetudine, e poi hanno fatto stampare le sentenze perché esse possano servire di legge; ma è cosa perniciosissima, come dice la legge, giudicare in base all'esempio altrui: perché per la minima circostanza di luogo, di tempo, di persone, del fatto proposto, è necessario diversificare e variare giudicati e sentenze. È dunque impossibile che di esse si voglia far legge.

Queste oscillazioni ed ambiguità della maggior dottrina della fine del secolo XVI, espresse da un grande giurista *parlementaire*, deve essere tenuta a mente quando si voglia prestare attenzione ai "dolori del parto" della modernità giuridica. I processi studiati e descritti da Gorla possono essere meglio compresi se si osservano i legami, difficili da

⁵⁹ *I sei libri dello Stato* di Jean Bodin, III, cit., 581.

⁶⁰ *Ibid.*, 581-582.

⁶¹ *Ibid.*, 582-583.

recidere, con la tradizione dottrinale, la cui forza continua a manifestarsi al di là dei confini del secolo XVI. Lo stesso Gorla ha scritto che «tutto ciò non esclude che si debba tener conto della dottrina e della giurisprudenza forense dei secc. XII-XV», giacché «una buona parte di quella dottrina e di quella giurisprudenza forense (per questa, i *Consilia*) venne adoperata anche nei secoli successivi, seppur con gli adattamenti del caso (che non sempre vengono alla luce) specialmente per quanto concerne gli *iura naturalia*»⁶².

⁶² G. GORLA, "Iura naturalia sunt immutabilia". I limiti al potere del "Principe" nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII, cit., 632.

Il confine fatto-diritto e il sindacato della motivazione nella evoluzione di alcune magistrature supreme (tra terza istanza, cassazione e revisione)

Andrea Panzarola

1. Premessa: i contributi di Picardi

Come hanno evidenziato i relatori, molti dei temi affrontati in questa giornata sono stati analizzati in contributi assai noti dal Maestro che oggi vogliamo onorare. Si può però aggiungere che l'apporto di Nicola Picardi agli argomenti del convegno non si può esaurire nei suoi saggi e nelle sue monografie. Occorre allargare il quadro dei riferimenti. Il fatto incontestabile è che lo studioso Picardi non può essere rinserrato nelle sue pubblicazioni. Insieme e oltre vi è l'inesauribile suscitatore di iniziative culturali, spesso assieme all'amico Alessandro Giuliani. Con quest'ultimo ha diretto le collane «L'Educazione giuridica», «Ricerche sul processo» e «Testi e documenti per la storia del processo». In tali collane sono stati pubblicati quarantasette tomi.

Nel contesto di questo incontro di studi appare in particolare ragguardevole la collana di «Testi e documenti per la storia del processo», organizzata da Picardi e Giuliani in due sezioni. Nella prima sezione (dedicata ai grandi modelli storici) sono compresi¹ il c.d. *Code Louis* (vale a dire la *Ordonnance civile* del 1667 e la *Ordonnance criminelle* del 1670), il *Codex Legum Svecicarum* del 1734, il *Codex Fridericianus Marchi-*

¹ *Code Louis*, I, *Ordonnance civile*, 1667, con introduzione di PICARDI; II, *Ordonnance criminelle*, 1670, con introduzione di A. LANGUI, Milano, 1996. *Codex Legum Svecicarum*, 1734, Milano, 1996. *Codex Fridericianus Marchicus*, 1748, 2 tomi, Milano, 2000. *Regolamento giudiziario di Giuseppe II*, 1781, Milano, 2000. *I codici napoleonici*, T.I, *Codice di procedura civile*, 1806, Milano, 2000; T. II, *Codice di istruzione criminale*, 1808, Milano, 2002. *Ordinanza della procedura civile dell'impero germanico*, 1877/1898, Milano, 2002. *Ley de enjuiciamiento civil*, 1881, Milano, 2001. *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe*, 1895, Milano, 2004. *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia*, 1964, Milano, 2004. *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca*, 1975, Milano, 2004.

cus del 1748, il *Regolamento giudiziario di Giuseppe II* del 1781 e i *Codici napoleonici* (di procedura civile del 1806 e di istruzione criminale del 1808). Fanno parte di questa sezione anche due codificazioni in larga parte ancora vigenti e che costituiscono da decenni un riferimento fondamentale per gli studiosi del processo civile e cioè la *Ordinanza della procedura civile dell'impero germanico* (1877/1898) e la *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe* del 1895. Appartengono infine alla prima sezione le edizioni della *Ley de enjuiciamiento civil* spagnola del 1881 (in vigore sino al 2000) e di due codificazioni dell'area un tempo denominata delle Repubbliche socialiste dell'Est europeo (il *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia* del 1964 e la *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca* del 1975).

La seconda sezione dei «Testi e documenti per la storia del processo» ospita invece – con il *Codice di procedura civile del Regno d'Italia* del 1865 – i codici degli Stati italiani pre-unitari²: ne fanno parte le *Costituzioni sabaude* del 1723, il *Codice estense* del 1771, il *Codice di Malta* (1777-1784), il *Codice Giudiziario Barbacoviano* del 1788, la *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine italiane*, il *Codice di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* del 1814, il *Regolamento generale del processo civile per Regno Lombardo Veneto* del 1815, il *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte III*, del 1819, il *Codice di procedura civile di Maria Luigia* del 1820, il *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI* del 1834, il *Codice di procedura civile per gli Stati estensi* del 1852 e i *Codici di procedura civile per il Regno di Sardegna* (1854-1859).

Per realizzare questa straordinaria impresa editoriale, Picardi e l'amico Giuliani sono riusciti a raccogliere intorno a sé studiosi di varie nazioni, di diversa estrazione, processualciviltà italiani³ e soprattutto

² *Costituzioni sabaude*, 1723, Milano, 2002. *Codice estense*, 1771, Milano, 2001. *Codice di Malta*, 1777-1784, Milano, 2001. *Codice Giudiziario Barbacoviano*, 1788, Milano, 2004. *Legislazione processuale delle Repubbliche giacobine italiane*, Milano, 2003. *Codice di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana*, 1814, Milano, 2004. *Regolamento generale del processo civile per Regno Lombardo Veneto*, 1815, Milano, 2003. *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte III*, 1819, Milano, 2004. *Codice di procedura civile di Maria Luigia*, 1820, Milano, 2003. *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, 1834, Milano, 2004. *Codice di procedura civile per gli Stati estensi*, 1852, Milano, 2003. *Codici di procedura civile per il Regno di Sardegna*, 1854-1859, Milano, 2004. *Codice di procedura civile del Regno d'Italia*, 1865, Milano, 2003.

³ M. TARUFFO (per il *Regolamento generale del processo civile pel Regno Lombardo-Veneto 1815*), F. CIPRIANI *Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie*, introduzione al *Codice per lo Regno delle due Sicilie*), G. MONTELEONE (sul c.p.c. del

to storici del diritto, ma non solo. Vengono in mente Mario Ascheri, Antonella Calussi, Claudio Carcereri de Prati, Pierluigi Cipolla, André Laingui, Heinz Mohnhaupt, Werner Ogris e Paul Oberhammer, Ugo Petronio, Carmelo Elio Tavilla, Gian Savino Pene Vidari, Christian Wollschläger, Walter H. Rechberger e Georg E. Kodek, ecc. Né la cosa suscita meraviglia. Già negli anni '70 del secolo scorso ai celebri seminari perugini – organizzati dai due giovani studiosi italiani – partecipavano attivamente⁴ studiosi di fama mondiale come Chaïm Perelman, Michel Villey, Helmut Coing, Peter Stein, Jerzy Wroblewski, John Henry Merryman, Max Rheinstein, ecc. Per di più Picardi intratteneva rapporti amicali con giuristi di ogni provenienza. Ricordiamo i contatti frequenti e ripetuti che Egli ebbe con studiosi ungheresi⁵, polacchi, russi, francesi, tedeschi, ma anche brasiliani (inclusi quelli della nuova generazione, come Nunes Dierle⁶) e peruviani, ecc. Non è un caso che alcuni dei suoi scritti siano stati accolti con favore e poi tradotti in Brasile⁷ e in Perù⁸. Il rapporto di stima reciproca con Knut Wolfgang Nörr è testimoniato dalla iniziativa editoriale – frutto della congiunta attenzione di Mario Ascheri e Nicola Picardi – che ha condotto alla traduzione in italiano del testo «classico»⁹ (*Naturrecht und Zivilprozeß*) dello storico del diritto tedesco. Va anzi in proposito ribadito quel che abbiamo avuto modo di segnalare in altre circostanze¹⁰ e cioè che il

1865), C. CONSOLO (*Il duplice volto della "buona" giustizia tardo-asburgica e del suo rigeneratore*, sulla ordinanza austriaca di Klein del 1895), S. CHIARLONI (*Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi 1854/59*), A. CHIZZINI (*Introduzione, Il codice di procedura civile per gli Stati di Parma Piacenza e Guastalla*, in *Codice di procedura civile di Maria Luigia 1820*), F. CORDOPATRI (*Codice giudiziario barbacoviano 1788*), R. MARTINO (per la prefazione alla codificazione germanica 1877-1898).

⁴ E tutti esponevano per iscritto i risultati dei loro interventi orali: le relazioni sono oggi consultabili agevolmente nella nuova edizione (a cura di R. MARTINO e N. PICARDI) de *L'educazione giuridica*, tomo I, *Modelli di Università e progetti di riforma*, tomo II, *L'educazione giuridica da Giustiniano a Mao: Profili storici e comparatistici*, 2^a, Bari, 2008.

⁵ Picardi era legato da sincera amicizia con László Gáspárdy.

⁶ *Apresentação* al volume di Nunes, *Processo Jurisdiccional democrático*, Curitiba 2008; *D.e.c. Nunes*, in *Revista de processo*, São Paulo, Brasile, 2009, 380 ss.

⁷ *Jurisdição e Processo*, a cura di ALVARO DE OLIVEIRA, Rio de Janeiro, 2008.

⁸ *La jurisdicción en el alba del tercer milenio*, trad. di Monroy Palacios, Lima, 2009.

⁹ K.W. NÖRR, *Naturrecht und Zivilprozeß. Studien zur Geschichte des deutschen Zivilprozeßrechts während der Naturrechtsperiode bis zum beginnenden 19. Jahrhundert*, Tübingen, 1976 (trad. it., *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, Roma, 2013, con pagine introduttive di Ascheri e Picardi).

¹⁰ V. (anche per la menzione dei dubbi dello storico tedesco) A. PANZAROLA, *Le ricerche*

compianto studioso monacense ha riconosciuto in più occasioni il rilievo delle ricerche di Picardi e Giuliani per investigare la storia del processo, soprattutto attraverso la elaborazione della coppia concettuale «ordine isonomico-ordine asimmetrico»¹¹.

2. I modelli concettuali

Negli studi di Picardi – così come nei volumi di cui Egli ha curato la pubblicazione nei «Testi e documenti per la storia del processo» – sono reperibili tutti gli elementi per comprendere in che modo sia stata risolta nel tempo (e nei vari luoghi) la contrapposizione fra fatto e diritto nel sindacato disimpegnato dalle Magistrature Supreme dei diversi ordinamenti. Si può a ben vedere risalire anche all'origine di tale contrapposizione, considerando che nel contesto del modello c.d. della Terza istanza il Giudice di vertice era in grado di riesaminare anche i fatti di causa (per converso sottratti notoriamente allo scrutinio della Cassazione). È cruciale l'analisi¹² della evoluzione della Cassazione civile a partire dalla sua ricezione in Italia in occasione della unificazione nazionale sino ad oggi. Appare decisiva l'epoca della ricezione perché vi si rintraccia la chiave determinante (tipica della esperienza italiana ed estranea alle vicende della Cassazione in Francia) del successivo svolgimento peculiare del giudizio di legittimità nazionale. L'imposizione del modello francese della Cassazione comportò la soppressione delle magistrature supreme esistenti sino a quel momento nei vari Stati italiani preunitari organizzate secondo il modello della Terza istanza.

sulla giustizia di Nicola Picardi, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1167 ss., spec. 1189 ss.; *Id.*, *A proposito di un antico brocardo e di una recente interpretazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 649 ss., spec. 657 e nt. 33.

¹¹ Da ultimo l'influsso di quelle idee si coglie pure in K.W. NÖRR, *Romanisch-kanonisches Prozessrecht. Erkenntnisverfahren erster Instanz in civilibus*, Heidelberg-Dordrecht-London-New York, 2012, 221: l'a., nel descrivere la struttura del giudizio romano-canonico, discorre (non casualmente, verrebbe da dire) di un processo isonomico.

¹² N. PICARDI, *Giuseppe Pisanelli e la Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, 637 ss., e in AA.VV., *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli 2001, 349 ss.; *Id.*, *Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in cassazione*, *Riv. dir. proc.*, 2003, 354 ss. Picardi ha poi seguito passo per passo la evoluzione della Cassazione civile in Italia: v., in particolare, *La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)*, in *La Corte di Cassazione nell'ordinamento democratico*, Atti del Convegno di Roma 1995 in occasione dei 50 anni del ripristino dell'ordinamento democratico, Milano, 1996, 281 ss.; in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova, 1998, 221 ss.; in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 1247 ss.; *La Corte di Cassazione alle origini dello Stato repubblicano*, in AA.VV., *La Corte di Cassazione dalle origini ai nostri giorni*, Roma, 2010, 51 ss.

Per molti decenni ancora rimase vivissima in Italia (e malauguratamente sottovalutata negli studi specialistici) la contrapposizione fra i fautori dei due modelli di Magistratura Suprema e si succedettero i progetti di riforma per innestare taluni caratteri della Terza istanza nel tronco della Cassazione. Fatalmente, nell'azione pratica delle varie Cassazioni regionali¹³ emersero dei caratteri speciali, non deducibili da norme astratte, nei quali si condensarono e rivelarono elementi di contiguità con l'opposto modello della Terza istanza proprio della tradizione nazionale.

Sull'abbrivio degli studi di Picardi¹⁴, ricerche successive¹⁵ hanno chiarito i caratteri della c.d. Terza istanza, anche in rapporto alla Cassazione. Fra svariate particolarità e non poche differenze, gli aspetti caratteristici della prima istituzione – capaci di distinguerla dalla seconda Magistratura suprema – consistevano nel potere di decidere la causa nel merito e di esaminare il fatto storico sostanziale. Se la Terza istanza non ebbe sempre gli stessi profili lineari e incontrastati, quel potere e quell'esame valsero senz'altro a contraddistinguerla.

Naturalmente non si può immaginare che quei modelli di magistratura suprema che la storia ci ha proposto nel corso dei secoli presentino contorni fissi ed immutabili, che effettivamente non hanno mai potuto esibire nel tempo. Proponendo «tipi ideali», preme perseguire piuttosto la chiarezza del modello generale per una comprensione più feconda del fenomeno investigato, nella ovvia consapevolezza che, nello svolgimento dei fatti storici (e delle stesse istituzioni giudiziarie che vi si riallacciano), vi sono sfasature e contaminazioni che quello schema non può registrare. Del resto, anche all'interno del modello co-

¹³ Si pensi ancor prima della unificazione nazionale alla prassi del "travisamento" o – come si diceva nella Toscana preunitaria (dopo la introduzione della Cassazione a partire dal moto-proprio del 2 agosto 1838) – del "falso supposto": N. STOLFI, *La riforma della Corte di cassazione*, in *Giur. it.*, 1912, IV, 200 ss., 225 (ne abbiamo parlato nel nostro *La Cassazione civile giudice del merito*, Torino, 2005, I, 36-37 e nota 92, 674 e nota 1859). Al catalogo dei motivi di ricorso per cassazione (contenuto nell'art. 155) la prassi aggiunte il "travisamento" dei fatti (il già menzionato "falso supposto"). Il che si spiega con la presenza in Toscana (sino alla introduzione del giudizio di cassazione) di un terzo appello.

¹⁴ Preceduti da contributi di grande rilievo quali quelli universalmente noti di Taruffo, D'Addio, ecc. V., per riferimenti, se vuoi, il nostro *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., I, *passim*.

¹⁵ Sia consentito rinviare al nostro *La Cassazione civile giudice del merito*, I, cit., 3 ss. Queste ricerche sono state ricordate nella relazione conclusiva del convegno da Carmine Punzi.

siddetto della Cassazione non vi è quella omogeneità che molti avventatamente danno per scontata. Non è infrequente una vera e propria ibridazione fra elementi provenienti da modelli differenti. Per limitarsi all'essenziale¹⁶, è rimarchevole che pure nel funzionamento della Cassazione italiana sono, non di rado inavvertitamente, penetrati nel tempo degli istituti tradizionalmente propri del sistema (storicamente antagonista rispetto al modello francese di magistratura suprema) della Terza istanza. Ciò è accaduto, ad esempio, in rapporto alla c.d. doppia conforme (quale inserita nel 2012), come pure in riferimento al c.d. opinamento¹⁷ (per il tempo in cui esso ha funzionato dal 2012 al 2016). La stessa decisione di merito *ex art.* 384, co. 2, c.p.c. (introdotta nel 1990) sta sulla linea di confine che – per circa due secoli o poco meno – ha contrapposto il modello francese della Cassazione alla Terza istanza. Non sono mancate, è vero, spinte legislative in senso opposto, che vanno anzi accentuandosi negli ultimi tempi. Con le riforme degli ultimi dieci anni infatti – proprio a seguito delle richieste, o forse sarebbe meglio dire, delle pretese della Cassazione – il legislatore ha scelto di anteporre vigorosamente (con conseguenze di epocale importanza) la tutela dello *ius constitutionis* alla garanzia soggettiva (emergente dall'art. 111, 7° co., Cost.) dello *ius litigatoris* (l'una e l'altra già armoniosamente fuse nella stagione di riforme che va dal 1990 al 2006), con gli iniqui squilibri che abbiamo sotto gli occhi. In particolare, ciò è avvenuto sia sul piano della ampiezza del sindacato che la Cassazione disimpegna, sia sul versante della struttura del procedimento che vi si celebra. Sul primo aspetto, è stato sacrificato nel 2012 il preziosissimo sindacato della Cassazione sulla sufficienza e logicità della motivazione della sentenza impugnata (art. 360, 1° co., n. 5 c.p.c.). Sul secondo profilo, si è stabilito nel 2016 che la stragrande maggioranza dei ricorsi siano decisi da una Cassazione «senza volto», che decide cioè in camera di consiglio con ordinanza in esito ad una adunanza dalla quale gli avvocati sono (cosa inaudita) esclusi.

Si va comunemente alla ricerca di un fondamento che giustifichi riforme così radicali, in specie quella relativa al controllo della motivazione (art. 360, co. 1 n. 5, c.p.c.) sulla quale si impernia la nostra

¹⁶ V. se vuoi, il nostro *Presente e passato della Cassazione civile italiana tra nomofilachia e giustizia del caso concreto*, in *Il Processo*, 2018, 79 ss.

¹⁷ N. PICARDI, *L'ordinanza "opinata" nel rito camerale in Cassazione*, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, 321 ss.

giornata di studi. Per lo più si ricerca quel fondamento in una duplice dimensione: da un lato richiamando esperienze di altri ordinamenti, dall'altro lato evocando un modello originario (o comunque "puro") dell'istituto da recuperare. Iniziamo con questo secondo tema, che denomineremmo il tema del "demone delle origini". È fortissima l'idea in molti di coloro che elevano la Cassazione civile ad oggetto di studio o di riforma che, per pensare il contemporaneo, si debba risalire alla origine. Siamo di diverso avviso.

3. Contro il «demone delle origini»

Più che il tema delle "origini" della magistratura suprema, ciò che davvero conta è la "evoluzione" nel tempo e nello spazio del modello della Cassazione. Perché innegabilmente il concreto funzionamento della Corte di cassazione si è distaccato – in maniera ora più, ora meno marcata – dalla lettera della legge, sviluppandosi nella pratica indipendentemente dai suoi canoni originari e talvolta in opposizione ad essi e, non per caso, si è parlato di un fenomeno di «creazione consuetudinaria di un istituto giudiziario»¹⁸. Questo istituto ha vissuto una storia segnata da incessanti ripensamenti, ha conosciuto ripetute modifiche, anche negli anni immediatamente successivi all'evento istitutivo del 1790, che ha per forza di cose progressivamente smarrito il suo significato identitario ed il suo slancio fondativo. Alla mutevolezza nel tempo si sono aggiunte pure le variazioni nello spazio, allorché il nuovo modello francese di magistratura suprema veniva esportato dalle armate napoleoniche al di fuori dei confini francesi, anche in Italia.

Come risulta perciò fuorviante anche solo alludere ad un modello «tradizionale» di Cassazione, così ha il sapore dell'espedito retorico il richiamo ad esso da parte di coloro che, lamentando lo stato presente dell'istituto, lo pongono a paragone con una condizione originaria di dubbia esistenza e di incerta decifrazione. Quale Cassazione delle origini si ha in mente? Quella di Robespierre del decreto istitutivo del *Tribunal de cassation* del 1790 o la *Cour de cassation* del 1804 dell'impero

¹⁸ P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, *Storia e legislazione*, Torino, 1920, 576 (ora in Id., *Opere giuridiche*, vol. VI, a cura di M. CAPPELLETTI, con presentazione di V. ANDRIOLI, Napoli, 1976, 526). Il secondo volume (anch'esso edito nel 1920 per i tipi dei Fratelli Bocca) della *Cassazione civile (Disegno generale dell'Istituto)* si può ora consultare in *Opere giuridiche*, cit., vol. VII, a cura e con parole introduttive di M. CAPPELLETTI, Napoli, 1976).

di Napoleone? E si ha in mente l'istituto francese quale profilato dalla legge del 1807, o quello disegnato dalla legge del 1828 o quell'altro delineato dalla successiva legge del 1837? E, per dire della Cassazione italiana, si pensa alla Cassazione trapiantata a Torino o a quella diversissima installata a Napoli? O forse si pensa alla Cassazione dopo l'unificazione nazionale disseminata in quattro Cassazioni regionali? O si allude alla Cassazione romana che si aggiunse alle quattro regionali? O alla Cassazione unica del Regno, istituita dal governo fascista per rimuovere Mortara dal suo scomodo ruolo di primo Presidente della Cassazione romana e sostituirlo con un magistrato disposto a farla finita con il sindacato giurisdizionale dei decreti-legge?

Questa e altre domande spiegano perché ad un discorso sulle "origini"¹⁹ pare preferibile una indagine sulla "evoluzione" della magistratura suprema, che evidenzia delle assolute peculiarità in Italia, dove – al momento della ricezione – esistevano numerosi e prestigiosi Tribunali di terza istanza. Siamo probabilmente alla base di quel tratto tipico della Cassazione civile italiana anche dopo²⁰ la sua unificazione, rinvenibile nella scelta da essa compiuta di ergersi anche a giudice del caso singolo, praticando con pragmatismo (e senza timori di dissociare prassi e teoria, vicenda concreta e schema astratto) un sindacato sulla motivazione della sentenza impugnata e consentendo in caso di accoglimento del ricorso (a costo di deformare – e di deformare consapevolmente – il modello profilato dai francesi) forme di annullamento senza rinvio. Del resto, è oggi doveroso affermare, contro una diffusa opinione, che i Tribunali di Terza istanza assicuravano in via istituzionale la uniformazione della giurisprudenza ancorché sovente disimpegnassero un sindacato esteso al fatto di causa (e non limitato al diritto) e decidessero la causa nel merito. Per converso, la conservazione per molti decenni delle Cassazioni regionali ha ostacolato la uniformazione delle interpretazioni giurisprudenziali. Si noti in proposito che sino alla approvazione del t.u. sull'ordinamento giudiziario nel 1941 (art. 65), fra i compiti della Cassazione, se era annoverata la funzione di as-

¹⁹ Mai come in questo caso la «ossessione delle origini» – per dirla con M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di storico* (1949), Torino, 2009, 25 – può rivelarsi equivoca e fuorviante. In questa sua opera pubblicata postuma, il grande storico francese segnalava (fra l'altro in contrasto con Ernest Renan, secondo il quale «in tutte le cose umane, le origini, prima di tutto, sono degne di studio») l'ambiguità di quel ritorno alle origini che a suo parere è un vero e proprio "idolo della tribù" degli storici.

²⁰ Ma anche prima: v., per un esempio, *retro* in nota 13.

sicurare la esatta osservanza della legge, non era contemplata quell'altra di unificazione delle interpretazioni giurisprudenziali²¹.

Quanto evidenziato sin qui suggerisce pertanto di rifiutare l'idea di giustificare le riforme degli ultimi anni approvate all'insegna della nomofilachia – e, prima fra tutte, la riscrittura dell'art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c. – tramite l'evocazione di un modello originario di Cassazione che è difficile, per non dire impossibile, rintracciare nella storia plurisecolare dell'istituto. Ma sarebbe egualmente vano cercare di raggiungere il medesimo risultato raccordando le recenti riforme con un presunto modello teorico (“puro”) di Cassazione. Pensiamo in particolare alla giustamente celebre opera degli anni '20 del secolo scorso di Piero Calamandrei. Si presenta l'occasione di riconsiderarne presupposti ed esiti in presenza di un ospite d'eccezione.

4. Contro il modello astratto di Cassazione

Oggi infatti ci onora con la sua partecipazione al nostro convegno Jean-Louis Halpérin, al quale si devono studi fondamentali sulla storia della Cassazione, i cui risultati impongono di rivedere la lezione ancora oggi più diffusa nel nostro Paese circa la origine del Tribunal de cassation²². *Cogliamo l'opportunità per dire che debbono* con onestà essere registrate numerose dissonanze con la pur memorabile prestazione intellettuale del giovane Calamandrei espressa nei due volumi su «*La Cassazione civile*» del 1920 (e negli anteriori scritti – apparsi sin dal 1914 – che della «*Cassazione civile*» sono l'incunabolo). Soprattutto occorre resistere alla ricorrente illusione ottica di considerare “reale” – anziché il dispiegarsi effettivo nelle cose del sindacato della Suprema Corte – il modello teorico di Cassazione forgiato in gioventù dal Maestro fiorentino (e poi riconsiderato in profondità negli anni avvenire). Questo modello teorico ci ha fatto dimenticare l'importanza della *effettiva evoluzione storica* della Cassazione civile italiana, che ancora in molti stentano (sotto quell'ingombrante modello) a non vedere, se non indirettamente

²¹ Abbiamo cercato di giustificare le affermazioni contenute nel testo, da ultimo, in *Presente e passato della Cassazione civile italiana tra nomofilachia e giustizia del caso concreto*, cit., 82, 91, 137.

²² Soprattutto dopo le ricerche di J.-L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, con prefazione di Gérard Sautel, Paris, 1987 (nella «Bibliothèque d'histoire du droit et droit romain», sotto la direzione di P.C. Timbal), non sembra più seriamente sostenibile la tesi calamandreiana della originaria natura solo politica del Tribunale di cassazione.

o di straforo. Ma storia e tradizione della Cassazione civile italiana non sono un'ombra senza vita, sono semplicemente la Cassazione civile italiana quale inverteasi nel corso di tantissimi anni di attività. E, in questa attività, la giustizia del caso singolo ha avuto sempre (e per deliberata scelta della stessa Cassazione civile italiana) un posto eminente. Adesso, però, esagerando l'importanza della funzione nomofilattica a danno della giustizia del caso concreto, Cassazione e legislatore provocano una manifesta discontinuità nella evoluzione secolare (nella sua pura datità e realtà effettuale) della Corte Suprema italiana.

Dicevamo dei due volumi di Calamandrei, frutto di quell'impareggiabile sincretismo metodologico che ha spinto lo studioso a proporre ad esempio «una storia del principio della separazione dei poteri, sotto il profilo del suo realizzarsi positivo nella zona di confine tra legislazione e giurisdizione»²³, che non teme confronti neppure con la letteratura non giuridica in argomento. Se pensiamo alla “nomofilachia” come ineliminabile attributo del nostro istituto, se abbiamo imparato a distinguere la sua attività di unificazione della giurisprudenza nello spazio e nel tempo, se possiamo richiamarci alla contrapposizione concettuale fra gravame in senso stretto e azione di impugnativa, se possiamo fare questo e molto altro, lo dobbiamo alla insostituibile opera del Maestro fiorentino²⁴.

Al contempo però il rigore della analisi, il nitore concettuale, il disegno minutissimo degli istituti cospirano a definire un modello ideale di Cassazione profondamente distante da quello esistente nella realtà. Aspetti cruciali della lezione calamandreiana²⁵ meritano di essere riconsiderati e non pedissequamente riproposti per ossequio alla pur

²³ Nei capitoli dal XIX in poi del primo volume della *Cassazione civile*.

²⁴ E.F. RICCI, *Calamandrei e la dottrina processualciviltistica del suo tempo*, in AA.VV., *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro*, a cura di P. BARILE, Milano, 1990, 76 s., spec. 83 e 92. La uniformità del diritto non vuol dire – assicura P. Calamandrei – «immobilità del diritto, il quale come tutte le manifestazioni dello spirito umano, si svolge ininterrottamente attraverso un continuo divenire». Quindi «se, esaminando lo stesso organismo giuridico in un momento successivo, troveremo ch'esso si è profondamente trasformato, neppure potremo dire che la unità del diritto sia distrutta, quando la trasformazione si sia compiuta in modo uniforme su tutto il territorio dello Stato» (Id., *La Cassazione civile*, cit., II, in *Opere giuridiche*, VII, 60).

²⁵ Riproposta nei più recenti contributi in argomento: cfr. G.P. TRIFONE, *La Cassazione nella storia*, in AA.VV., *La Corte di cassazione dalle origini ai giorni nostri*, con presentazione di V. Carbone, Roma, 2010, 99 s., spec. 116 s., 118; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, 3^a, Torino, 2019, 3 ss.; L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, 4 s.; S. RUSCIANO, *Nomofilachia e ricorso in Cassazione*, Torino, 2012, 6 s. Per converso, nella classica opera di E. FAZZALARI (*Il giudizio civile di*

straordinaria prestazione intellettuale di Calamandrei o, peggio, per pigrizia o conformismo culturale: la tesi della originaria natura solo politica dell'organo e della sua successiva evoluzione in senso giurisdizionale²⁶; la ipostatizzazione della distinzione fra l'organo supremo (Cassazione) e il mezzo di impugnazione del singolo (il ricorso per cassazione); la sottovalutazione della funzione istituzionale di uniformazione delle interpretazioni giurisprudenziali svolta dai Grandi Tribunali Supremi nei secoli XVI-XVIII²⁷; la riduzione a semplice polemica localistica del grande dibattito italiano della seconda metà del XIX secolo fra i fautori della Terza istanza della tradizione italiana e il modello francese della Cassazione²⁸; il sottostimare gli effetti della affermazione del modello della Cassazione quale premessa per consolidare una concezione burocratica della magistratura e in chiave di sua subordinazione al potere esecutivo²⁹; la ricostruzione del ricorso per cassazione quale pura azione di impugnativa³⁰, ecc.

Questi indicati sono i temi principali sui quali la lezione di quel grande Maestro³¹ che è stato Piero Calamandrei merita di essere riconsiderata. Occorre dirlo e spiegarlo (come, in vario modo, lo disse e spiegò il Calamandrei maturo): bisogna farlo, non per un malinteso piacere da eruditi, ma per evitare che, disinteressatamente o meno, si usi quella lezione per spiegare il presente e così ipotecare il futuro della Cassazione. È risaputo d'altronde che alla base di quella splendida

cassazione, Milano, 1960, 1 s.) l'analisi storica è sostanzialmente limitata alle vicende della Suprema Corte dal 1865 in avanti.

²⁶ V. *retro* in nota 22.

²⁷ A. PANZAROLA, *Presente e passato della Cassazione civile italiana tra nomofilachia e giustizia del caso concreto*, cit., par. 4.

²⁸ A. PANZAROLA, *op. loc. cit.*

²⁹ A. PANZAROLA, *op. cit.*, par. 4 e ss., par. 11 e ss.

³⁰ V. il nostro *La Cassazione civile*, cit., I, 291 s.

³¹ Alla curiosità intellettuale per la sua opera di giurista si accompagna la ammirazione letteraria e la devozione civile per la sua complessiva figura di uomo: di uomo, si capisce, del suo tempo: v., se vuoi, per la illustrazione di quello che ci sembra il più convincente punto di vista in argomento, A. PANZAROLA, *Il principio dispositivo preso sul serio (a proposito di un recente volume)*, in *Giust. civ.*, 2017, 701 s., 752, spec. 762 s.; innegabilmente meritoria è, fra l'altro, la strenua difesa (più che mai attuale) di Calamandrei dei caratteri fondanti dei principi fondamentali del processo civile a tipo dispositivo: Id., *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 23 s., spec. 80 s. Sulla libertà – quale assicurata anche in epoca di crisi della legalità dalle regole del processo e dall'alto ministero dell'avvocato che ne cura il rispetto – v. pure il nostro contributo sulle "lezioni messicane" di Calamandrei (citato *infra* in nota 41).

ricostruzione vi è un vizio di metodo che per molti anni non abbiamo veduto o voluto vedere³², ma che era chiarissimo a Mortara, Segni, Finzi, ecc.³³. Gli ultimi due in particolare, recensendo fra il 1921 (nella *Rivista di diritto commerciale* Segni³⁴) e il 1922 (nell'*Archivio giuridico* Finzi³⁵) l'*opus* calamandreiano, ne colsero il limite più evidente nella volontà di Calamandrei di costruire teoricamente l'istituto della Cassazione per giustapporlo a quello concretamente esistente, rilevarne le discrepanze e finalmente proporre per il secondo quelle riforme in grado di farlo assomigliare al primo (pure assunto astrattamente e non senza scelte aprioristiche). Non va del resto dimenticato che i due tomi della monumentale opera, tuttora insuperata, su «*La Cassazione civile*» recano sì la data di pubblicazione del 1920, ma nel I° volume storico sono trasfuse riflessioni anteriori anche di molti anni³⁶ e vi è riprodotto – per quanto rielaborato in profondità – uno studio precedente pubblicato nel 1914³⁷.

³² Con rimarchevoli eccezioni, sia chiaro: pensiamo a Satta e successivamente, in particolare, a Mazzeola, Taruffo e Picardi, ecc.

³³ Si può ricordare anche il notevole lavoro di G. PAVANINI, *Contributo allo studio del giudizio di rinvio*, Padova 1937, 94, nella parte in cui – ricostruendo il giudizio di cassazione nel vigore del codice di rito cessato – si distacca dal concetto di azione autonoma di annullamento. Per l'analitica illustrazione della tesi di Pavanini v., se vuoi, il nostro *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., I, 129 ss., II, 603 ss.

³⁴ A. SEGNI, *La Cassazione civile ed un libro recente*, in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, 509 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Torino 1965, 556 ss. Per la complessiva proposta ricostruttiva dell'autore v., se vuoi, il nostro *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., I, par. n. 3.1 del cap. II, spec. note 401 e 402. Decostruita concettualmente la rappresentazione di Calamandrei del ricorso per cassazione come azione di impugnativa, Segni profila ruolo della Corte e funzione del ricorso assumendoli nel dinamismo del loro concreto sviluppo diacronico.

³⁵ E. FINZI, *Recensione a Piero Calamandrei, La Cassazione civile*, vol. I, Storia e legislazione. Torino, 1920; vol. II. Disegno generale dell'Istituto, in *Archivio giuridico*, 1922, 109 s. Sulla posizione di Finzi v., più diffusamente, A. PANZAROLA, *op. cit.*, I, 70 ss., 189. Il travestimento immaginario della realtà, una volta dissipato, lascia emergere nelle pagine di Finzi il disegno di una Corte di cassazione colta, diremmo, nella sua pura datità e realtà effettuale.

³⁶ Si ricordi, d'altronde, la partecipazione di Calamandrei alla Grande Guerra, che gli impedì per un certo tempo (se si eccettua il contributo apparso nel 1917 sulla rivista *Il diritto commerciale*, su cui v. nota seg.) di proseguire nei suoi studi: F. CIPRIANI, *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti leggende interpretazioni documenti*, Napoli, 2007, 65-67: Calamandrei partì per il fronte nello stesso anno (1915) in cui Lodovico Mortara si insediò alla prima presidenza della Cassazione romana. Calamandrei fu tra i primi soldati italiani a fare ingresso a Trento liberata nel novembre del 1918: P. CALAMANDREI, *Lettere 1915-1956*, I, a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Firenze, 1968, 149.

³⁷ Calamandrei era nato a Firenze il 21 aprile 1889. L'importante saggio (di oltre novanta pagine) *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio* apparve nella *Rivista critica di scienze sociali*, Firenze, 1914; vedilo ora in *Opere giuridiche*,

Le tesi enunciate dal giovane Calamandrei in quel memorabile studio – rimodulate nel prosieguo (anche in contemplazione di un quadro normativo nel frattempo modificato³⁸ e delle lacerazioni del sistema della legalità) – sono agli antipodi di convinzioni successivamente maturate³⁹ dal Maestro fiorentino da studioso⁴⁰. Egli, come riconobbe ad esempio la insufficienza della sua originaria concezione puramente intellettualistica e sillogistica del giudicare, così respinse come illusorie tutte le «simmetrie concettuali» e le ardite costruzioni dogmatiche di taglio esclusivamente logico nelle quali aveva pure profuso i suoi talenti esistenziali. Posto dinanzi al terribile problema di una intera vita, il problema della uniformità delle interpretazioni giurisprudenziali e così della certezza del diritto, il Calamandrei delle “lezioni messicane”⁴¹

VIII, cit., 147 s. Ricordiamo altresì che nello studio (pubblicato a Firenze nel 1915 in edizione fuori commercio) dal titolo *Vizi della sentenza e mezzi di gravame* (ora in *Opere giuridiche*, VIII, cit., 245 s., spec. 274 s.) prende tra l'altro forma la elaborazione del ricorso per cassazione come azione di impugnativa, che rappresenta il centro motore della complessiva ricostruzione dell'istituto nell'opera successiva sulla *Cassazione civile*. Anche nel saggio del 1917 (*Sulla distinzione tra «error in iudicando» ed «error in procedendo»*, in *Il diritto commerciale*, 1917, ora in *Opere giuridiche*, VIII, cit., 285 s.) sono esaminati in profondità temi che troveranno poi spazio nei due tomi del 1920 (*magna pars* dei quali, in definitiva, risale al 1914 o ancor prima).

- ³⁸ Si vedano i contributi (che qui non è possibile enumerare) raccolti in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VIII, cit. Ci limitiamo a ricordare la voce *Cassazione civile*, in *Nuovo digesto italiano*, II, 1937, ora in *Opere giuridiche*, VIII, cit., 3 s.; la voce (pubblicata postuma, con C. FURNO) *Cassazione civile*, in *Noviss. dig. It.*, II, Torino 1958, 1053 ss.; nonché il saggio sulla *Sopravvivenza della querela di nullità nel vigente codice di procedura civile* (in *Riv. dir. proc.*, 1951, 112 ss., ora in *Opere giuridiche*, VIII, cit., 515 s.).
- ³⁹ V. le osservazioni dell'allievo M. CAPPELLETTI, in P. CALAMANDREI, *Opere giuridiche*, VII, cit., V-VIII, il quale – mentre rinvia «nella grande opera giovanile di Calamandrei» un «fondo di illusione» (anche, sia pure non solo, in rapporto alla «cassazione unica unificatrice del diritto nazionale») – afferma che la *Cassazione civile* rappresenta l'aspetto «risorgimentale» e, «nel senso più nobile della parola, ottocentesco di quell'Uomo straordinario». «Constatiamo» – conclude l'autore – «la fallacia di una grande illusione, non muoviamo un rimprovero». Cappelletti colloca in questo contesto la vibrante critica di Calamandrei contro la posizione conservatrice assunta dalla Cassazione nei confronti della diffusione di regole e principi costituzionali: v., ad es., P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla* (1955), ora in *Opere giuridiche*, III, a cura di M. CAPPELLETTI, con presentazione di C. MORTATI, Napoli, 1968, 511 ss., spec. 591.
- ⁴⁰ Non è inutile ricordare che nella sua veste di avvocato (per la quale Calamandrei aveva come noto un rispetto assoluto, quale può nutrirlo chi – come Lui – fermamente creda che la libertà nel processo, e non solo, è assicurata dall'avvocato). Come ricorda V. Andrioli (in *Riv. dir. proc.*, 1956, 261 s.), Egli si impegnava con la massima energia nella discussione orale della causa in Cassazione, passando con naturalezza dalle questioni di diritto alla esposizione (lì, dinanzi ai giudici della Suprema Corte) dei fatti controversi.
- ⁴¹ Frutto di un sofferto processo di ripensamento e di una altrettanto profonda autoriflessione intellettuale dopo l'orrore del secondo conflitto mondiale. Su questo e

– che non cessa, inquieto, di chiedersi se il processo serva veramente alla giustizia o, meglio, a garantire la giustizia attraverso la libertà – lo affronta con quel singolare impasto di personalismo e senso umano del diritto che contraddistingue la fase suprema della sua esistenza. Capita che due sentenze di diversi collegi della stessa Corte lo stesso giorno sullo stesso oggetto adottino soluzioni opposte? Nessuno dei due collegi – conclude Calamandrei – ha errato pur decidendo in modo opposto controversie identiche: «non è il giudice che ha sbagliato la sentenza, è il litigante che ha sbagliato la porta»!⁴² Non c'è più spazio per astrattismo e dogmatismo, ma, al loro posto, sta una umanissima direzione intenzionale del pensiero intrecciata con l'attività pratica e a spiccato rilievo esistenziale: «ogni interpretazione» del diritto – scrive adesso il Maestro fiorentino – è «una ricreazione» e «in ogni interpretazione la ispirazione individuale è decisiva»⁴³. Finiscono per apparirgli una rappresentazione incompiuta e unilaterale le rarefatte e severe architetture pazientemente costruite nella giovinezza, la quiete ferrigna di modelli di magistratura suprema che denunciavano una volontà esplicita e una pretesa classificatoria frutto soltanto della logica astratta.

5. Il confronto comparatistico: il caso spagnolo

Crediamo perciò di avere chiarito che, come non vi è un modello originario di Cassazione che possa giustificare la recente enfaticizzazione della funzione nomofilattica dell'organo a danno della giustizia

altri aspetti sia consentito rinviare alla nostra relazione a Siena, in data 5 ottobre 2017, nell'ambito del convegno (presso l'Università di Siena, Presidio Mattioli, Aula Cardini) organizzato dalla Università di Siena, DGIUR, Biblioteca Archivio Piero Calamandrei, Fondazione Centro di Iniziativa Giuridica Piero Calamandrei, su "Processo e democrazia. Le lezioni messicane di Piero Calamandrei". La relazione (dal titolo *Una lezione attuale di garantismo processuale. Le lezioni messicane di Piero Calamandrei*) è stata pubblicata negli atti del convegno: in AA.VV., *Processo e democrazia. Le conferenze messicane di Piero Calamandrei*, a cura di E. BINDI, T. GROPPI, G. MILANI, A. PISANESCHI, Pisa, 2018, 87 ss., spec. 107 ss.; nonché in *Riv. dir. proc.*, 2019, 162 ss., spec. 177 ss.

⁴² «Nessuno dei due» giudici ha errato: «perché, se la legge era identica per entrambi, se i fatti erano identici, diverso era il sentimento individuale del giudicante attraverso il quale quella legge e quei fatti si sono incontrati». Così nella seconda conferenza di P. Calamandrei nella Facoltà di Diritto dell'Università nazionale del Messico (le sei conferenze, tenutesi dal 14 al 28 febbraio 1952, sono state raccolte nel volume, con prefazione dell'autore, *Processo e democrazia*, Padova, 1954): *Id.*, *Giustizia e politica: sentenza e sentimento*, ora in *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, a cura e con avvertenza di M. CAPPELLETTI, 648.

⁴³ *Op. loc. cit.*

del caso singolo, così non si può pretendere di giustificare tale scelta politico-giudiziaria fondandosi su un modello “puro” dell’istituto che, più che descrivere l’esistente, si pone oltre, se non contro, la realtà delle cose quale delineatasi nel nostro Paese nel corso di molti decenni (agli antipodi, verrebbe da dire, della Cassazione civile che ha davvero abitato la storia italiana per decine di anni).

Resta da chiedersi se l’esperienza di altri ordinamenti possa condurre ad un giudizio differente. Mi è stato chiesto di esaminare sinteticamente gli ordinamenti spagnolo e tedesco, ai quali anni addietro dedicai una analisi più approfondita⁴⁴. Una volta di più il lavoro di Picardi manifesta anche su questo punto la sua utilità. Come anticipato, nel 2001 Egli ha pubblicato la *Ley de enjuiciamiento civil* (LEC) spagnola del 1881. Nel 2002 è apparsa – di nuovo per i tipi di Giuffrè e sempre nell’ambito della collana menzionata di «Testi e documenti per la storia del processo» – la *Ordinanza della procedura civile dell’impero germanico, 1877/1898*, tradotta in lingua italiana nel 1899 dall’avv. Ludovico Eusebio (l’unica disponibile nel nostro Paese per oltre cento anni, sino alla traduzione del 2010 a cura di Salvatore Patti effettuata su un testo tedesco frattanto sensibilmente modificato rispetto a quello considerato da Eusebio).

Conviene iniziare dalla Magistratura suprema spagnola e considerarne la evoluzione tenendo conto in particolare della LEC del 1881 (messaci a disposizione dalla pregevole edizione curata da Picardi) che ha impresso per moltissimo tempo la sua impronta sul ricorso per cassazione spagnolo.

In effetti, dal tempo della sua istituzione⁴⁵ il sindacato disimpegnato dal Tribunale Supremo⁴⁶ spagnolo – quando pronunzi sul ricorso per cassazione – esibisce talune caratteristiche peculiari. Due elementi valgono in particolare a distanziarlo dal modello francese e ad avvicinarlo al diverso sistema della Terza istanza. Anzitutto il *Tribunal* spagnolo ha sempre avuto il potere di decidere la causa nel merito, pure

⁴⁴ V., se vuoi, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., I, 240 ss. (circa il sistema tedesco) e II, 690 ss. (a proposito del *Tribunal Supremo* spagnolo).

⁴⁵ V., se vuoi, per riferimenti A. PANZAROLA, *La Cassazione civile*, cit., II, 693 e nota; fra i molti contributi spicca quello notevole di A. BRIGUGLIO, *Storia e riforma della Cassazione civile spagnola*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 117 ss.

⁴⁶ La LEC del 1881 ha introdotto limitate modifiche alla precedente legge processuale del 1885. Vengono in rilievo gli artt. 1692-1693 (dal 1992 solo l’art. 1692): A. PANZAROLA, *op. cit.*, 694 e note.

nei casi nei quali fosse ravvisata la violazione ad opera del giudice inferiore di una norma processuale (come nel caso paradigmatico di norma processuale relativa alla sentenza, la c.d. *incongruencia*⁴⁷). L'altro profilo distintivo si rinviene nel controllo tradizionalmente esercitato dal *Tribunal* spagnolo relativamente alla *quaestio facti* attraverso un penetrante esame (ancor più penetrante dopo la riforma del 1984⁴⁸) esteso alla valutazione delle prove da parte dei giudici di merito. Una inversione di rotta, avviata nel 1992⁴⁹, si è concretizzata soltanto con la approvazione della *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC) del 2000⁵⁰, dichiaratamente volta a rafforzare la c.d. funzione nomofilattica del Tribunale supremo. Probabilmente si tratta di qualcosa di più e di diverso da un semplice "rafforzamento". Se si considera difatti che il ricorso per casazione al *Tribunal Supremo* è oggi ammesso nel solo caso di violazione del diritto sostanziale, si può capire perché si affermi da più parti che la c.d. nomofilachia costituisca in effetti la ragion d'essere pressoché esclusiva rintracciabile nella attività del medesimo *Tribunal*. Quanto al ricorso con il quale si deduca la inosservanza (la infrazione, si potrebbe dire, riecheggiando la formula spagnola: «*recurso extraordinario por infracción procesal*») di norme processuali, esso è invece demandato (anziché al *Tribunal Supremo*) ai Tribunali Superiori di Giustizia delle varie Comunità autonome spagnole. Meglio si direbbe che *dovrebbe* essere demandato a questi Tribunali, se non fosse che tuttora, nei fatti, la relativa competenza è ancora del *Tribunal Supremo* (e cioè della "Sala civil" di esso) in base alla 16ª disposizione finale della LEC («*Disposición Final 16ª de la LEC*»), dedicata al «*Régimen transitorio en materia de recursos extraordinarios*»⁵¹. Ne risulta condizionata la complessiva valutazione del ruolo attualmente svolto dal *Tribunal Supremo* nel passaggio fra il cessato regime ed il nuovo, durante un interminabile periodo transitorio (che non è detto sia destinato a terminare entro breve, almeno sino

⁴⁷ A. PANZAROLA, *op. cit.*, 696 e nota 1903.

⁴⁸ La quale ha inciso sul n. 4 dell'art. 1692 LEC: A. PANZAROLA, *op. cit.*, 697-698 e note.

⁴⁹ Con la abrogazione del n. 4 dell'art. 1692.

⁵⁰ A. PANZAROLA, *op. cit.*, 700 e note.

⁵¹ La prima parte del co. 1 recita: «*En tanto no se confiera a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, dicho recurso procederá, por los motivos previstos en el artículo 469, respecto de las resoluciones que sean susceptibles de recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 477*». Non possiamo soffermarci sulle regole alle quali è subordinata nel periodo transitorio la proposizione del ricorso straordinario (v. art. 16 cit., co. 1 e co. 2).

a quanto non prenda forma una decisa volontà politica per la riforma della *Ley Orgánica del Poder Judicial*, LOPJ).

6. Il sindacato del *Tribunal Supremo* spagnolo

L'art. 477 LEC stabilisce che il ricorso per cassazione al *Tribunal Supremo* può fondarsi su di un unico motivo di ricorso rappresentato dalla violazione delle norme relative al merito della lite (*"el recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso"*). Se si considera che ordinariamente (e con la risaputa eccezione del c.d. merito processuale) le norme impiegate dal giudice per risolvere *"las cuestiones objeto del proceso"* sono norme cosiddette *"sostanziali"*, se ne ricava che l'unico motivo per sollecitare il sindacato del *Tribunal Supremo* (in contemplazione della funzione nomofilattica assegnatagli) è additato dal legislatore spagnolo giust'appunto nella violazione di norme sostanziali. Non sempre sarà agevole, come dimostra pure l'esperienza italiana, distinguere tra norme sostanziali e norme processuali (si pensi, a tacer d'altro, al trattamento delle norme che in vario modo concernono le prove o il giudicato ed i suoi effetti). Ma, a differenza di quanto è accaduto ed accade nel nostro Paese, quella differenziazione in Spagna è (o, ad essere precisi, dovrebbe essere una volta conclusosi il periodo transitorio del quale si è detto) ben più rilevante e gravida di implicazioni pratiche, se si rammenta che la inosservanza di norme processuali non apre il varco al ricorso per cassazione al *Tribunal Supremo* ed invece consente alla parte di far valere il vizio con un ricorso straordinario dinanzi ad altri organi giudiziari (se e quando inizieranno finalmente a funzionare). Invece già adesso acquista rilievo pratico (un rilievo maggiore rispetto al passato, quando lo scrutinio della *quaestio facti* era comunque consentito entro margini ora più ora meno ampi) la distinzione fra fatto e diritto in rapporto al ricorso per cassazione, la quale viene normalmente impostata in Spagna su base logico-concettuale per sceverare quanto è oggetto di esame (*in iure*) ad opera del *Tribunal Supremo* da ciò che (inerendo al fatto sostanziale) resta al di fuori del suo scrutinio.

Attualmente, pertanto, nel periodo transitorio, in un unico ricorso indirizzato alla *Sala civil* del *Tribunal Supremo* la parte può formulare ambedue le censure *in iudicando in iure* e *in procedendo*. Non per questo perde rilievo la distinzione fra il ricorso per cassazione, da un lato, e

il «*recurso extraordinario por infracción procesal*», dall'altro lato; né viene meno la esigenza di coordinamento fra i due rimedi, fra l'ammissibilità dell'uno (il ricorso per infrazione processuale) in rapporto alla ammissibilità dell'altro (il ricorso per cassazione) o a proposito della priorità cronologica della decisione di questo o quello, e via seguitando con questioni procedurali sulle quali non è il caso di indugiare in questa sede⁵².

Ciò che viceversa appare notevole è un altro effetto della 16^a disposizione finale della LEC già citata, nella parte in cui continua a riservare, sia pure transitoriamente, al *Tribunal Supremo* la cognizione sul ricorso straordinario per infrazione processuale. Fra i motivi per i quali questo ricorso è ammesso (motivi già denunziabili nel cessato regime con il ricorso per cassazione) vi è nell'art. 469 LEC⁵³ pure il caso (contemplato dal n. 4) della «*vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución*». Ebbene, l'art. 24 della Costituzione spagnola del 1978⁵⁴, mentre riconosce al co. 1 a tutti i cittadini il diritto ad una tutela effettiva dei propri diritti davanti agli organi giurisdizionali, enumera al co. 2 alcuni diritti giudiziari fondamentali, fra i quali il diritto di ciascuno «*a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa*».

Ne deriva che – in attuazione del combinato disposto dell'art. 469 n. 4 della LEC e dell'art. 24 co. 2 della Costituzione – il *Tribunal Supremo* continua nei fatti ad esercitare un controllo sulla valutazione delle prove compiuta dai giudici di merito. Certo, questo non avviene a rigore a seguito della proposizione (dell'unico motivo) del ricorso per cassazione e consegue invece alla articolazione, insieme ad esso, di

⁵² V. retro nota 50.

⁵³ «1. *El recurso extraordinario por infracción procesal sólo podrá fundarse en los siguientes motivos: 1.º Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional. 2.º Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. 3.º Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión*». Vi è poi il n. 4 di cui parliamo nel testo e che va coordinato alla norma costituzionale.

⁵⁴ «1. *Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos*».

un motivo processuale rientrante nel quadro del ricorso straordinario: dipende, cioè, dalla perdurante vigenza del regime transitorio introdotto dalla 16^a disposizione finale della LEC. Ma il *Tribunal Supremo* è certo attrezzato per un sindacato che ha storicamente esercitato con ampiezza e con continuità. Vi è difatti una cospicua elaborazione giurisprudenziale del *Tribunal Supremo* intorno ai casi nei quali una erronea valutazione delle prove ad opera dei giudici di merito si traduce in una violazione costituzionale del diritto ad una tutela giudiziaria effettiva (tutela effettiva che – a mente dell'art. 24, co. 2, Cost. cit. – si declina, come chiarito, pure nel diritto ad utilizzare per la propria difesa i mezzi di prova). Spiccano in specie quelle pronunzie che reputano ammissibile l'intervento del *Tribunal Supremo* (ex artt. 469 n. 4 LEC e art. 24 Cost.) per sanzionare quei giudici di merito che abbiano valutato le prove raccolte arbitrariamente o in maniera irrazionale o comunque in dipendenza di un errore manifesto. Similmente è consentito lo scrutinio del *Tribunal* allorché i giudici di merito abbiano omesso di valutare un mezzo di prova fondamentale per la decisione.

7. Il *Bundesgerichtshof* tra revisione e *Nichtzulassungsbeschwerde*

Si è soliti osservare che il sistema della revisione è intessuto dalla presenza di elementi propri della Cassazione⁵⁵, sui quali ha saldato soluzioni tecniche differenti dando vita ad un insieme capace di stabilizzarsi e, per così dire, autonomizzarsi. Esemplari in questo senso sono stati nel tempo la possibilità (oggi riconosciuta anche alla Cassazione, in Italia non meno che in Francia) di decidere la causa nel merito e il potere (ancora adesso fortunatamente estraneo al modello del ricorso per cassazione) del giudice di revisione di decampare dai motivi di revisione articolati dalle parti [*Das Revisionsgericht ist an die geltend gemachten Revisionsgründe nicht gebunden*": § 557 (3), primo periodo, ZPO]. Si tratta di elementi propulsori del sindacato del *Bundesgerichtshof* (BGH) ben noti tra gli studiosi sui quali non è il caso di indugiare, se non per segnalare i mutamenti intervenuti nel tempo. Molti di essi sono da riannodare alla introduzione di limiti alla stessa

⁵⁵ V., se vuoi, anche per gli opportuni riferimenti, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile*, I, cit., 284 ss. In questa parte del nostro volume abbiamo pure cercato di dimostrare perché Calamandrei parla – a proposito della revisione tedesca del 1877 – di terza istanza *in iure*.

ammissibilità della revisione. Basti rammentare che – a seguito della grande riforma del 27 luglio 2001 – l'accesso al sindacato del *Bundesgerichtshof* è subordinato in prima battuta alla autorizzazione del giudice di appello o, in caso di diniego espresso da quest'ultimo, all'accoglimento del reclamo (c.d. *Nichtzulassungsbeschwerde*) da parte del BGH (giudice *ad quem*) avverso la decisione negativa del giudice (*a quo*) del precedente grado di giudizio (§ 543, 1, ZPO, *Zulassungsrevision*). A mente del § 543 (2) ZPO la revisione deve essere ammessa quando la controversia ha una importanza fondamentale o se la decisione del giudice di revisione è necessaria ai fini della evoluzione del diritto o della garanzia della unità della giurisprudenza. Il ricorso in revisione è altresì autorizzato nella prassi quando venga in rilievo la violazione delle garanzie processuali fondamentali. Per quanto poi il BGH sia in linea di massima vincolato alla autorizzazione concessa dal giudice di appello, la introduzione del § 552a ZPO gli consente comunque di respingere alla unanimità (con ordinanza) la revisione ammessa dal giudice *a quo* quando si persuade – in contrasto con il giudizio della Corte inferiore – che i presupposti di legge sono assenti o che il ricorso non ha alcuna possibilità di essere accolto⁵⁶.

Ebbene, in caso di *Nichtzulassungsbeschwerde*, il procedimento dinanzi al BGH (regolato dal § 544 ZPO) consente alla parte contro la quale è stato proposto il reclamo (avente per oggetto il provvedimento di non ammissione della revisione da parte del giudice di appello) di prendere posizione sul contenuto del medesimo reclamo ("*das Revisionsgericht gibt dem Gegner des Beschwerdeführers Gelegenheit zur Stellungnahme*": § 544, 3). Il contraddittorio tra le parti finisce qui. La decisione da parte del BGH è assunta con ordinanza, che dovrebbe essere succintamente motivata ("*der Beschluss soll kurz begründet werden*": § 544, 4). Tuttavia, la motivazione della ordinanza può essere omessa quando essa non sarebbe comunque in grado di chiarire i presupposti per la ammissione di un ricorso in revisione o in caso di accoglimento del reclamo ("*von einer Begründung kann abgesehen werden, wenn sie*

⁵⁶ Vi è in ogni caso da osservare che è ancora in vigore (quantunque al di fuori della ZPO) la norma (la cui applicazione è stata più volta rinviata, da ultimo sino al 31 dicembre 2019) che ancora adesso subordina al valore della pretesa in contestazione (20.000 euro) l'accesso al terzo grado di giudizio (cfr. § 26 – "*Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27. Juli 2001*" – n. 8 EGZPO/*Einführungsgesetz zur Zivilprozessordnung*). Esiste ora un progetto di riforma: vedilo in https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2019/0301-0400/366-19.pdf?sessionid=6070ED0C85FB0116B7FA9398029701EF.2_cid339?__blob=publicationFile&v=1.

nicht geeignet wäre, zur Klärung der Voraussetzungen beizutragen, unter denen eine Revision zuzulassen ist, oder wenn der Beschwerde stattgegeben wird“: § 544, 4, cit.).

È importante evidenziare che all'accoglimento del reclamo segue la prosecuzione del procedimento come giudizio di revisione (§ 544, 6: *“wird der Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision stattgegeben, so wird das Beschwerdeverfahren als Revisionsverfahren fortgesetzt”*) ed il *“reclamo per non ammissione” (Nichtzulassungsbeschwerde)* vale come ricorso in revisione. Questo significa che la *Nichtzulassungsbeschwerde* si presenta come una sorta di impugnazione rescindente con oggetto limitato alla verifica – ad opera del BGH – dei presupposti di ammissibilità della revisione, quali delineati dal già citato § 543 (2) ZPO. Il giudizio di revisione vero e proprio è tutt'altra cosa, esibisce una portata rescissoria e consente al BGH di decidere senza vincolo ai motivi di revisione proposti [§ 557 (3), prima parte, cit.]. Nell'ambito del giudizio di revisione le possibilità difensive per le parti tornano ad espandersi così da contemplare pure la difesa orale. Ordinariamente, infatti, la *Revision* continua a prevedere una modalità procedimentale fondata sulla decisione con sentenza preceduta da trattazione orale della causa (*mündliche Verhandlung*)⁵⁷. Vi fanno eccezione le sole decisioni assunte con ordinanza (*“Beschluss”*), tanto quelle che dichiarino la inammissibilità della revisione per le *“classiche”* ragioni di rito (§ 552 ZPO), quanto quelle altre di rigetto *“unanime”* (*“Zurückweisungsbeschluss”*) ai sensi del § 552a ZPO (rigetto, per intenderci, di ricorso in revisione pure ammesso dal giudice *a quo*). D'altronde, per regola generale (§ 128, 4, ZPO) le decisioni diverse dalla sentenza possono essere emesse senza trattazione orale (*“ohne mündliche Verhandlung”*: § 128 cit.).

8. Sul sindacato del *Bundesgerichtshof*

Nei limiti descritti al paragrafo precedente, si può evidenziare che, non da ora, il *Bundesgerichtshof* (BGH) tende ad effettuare, a certe condizioni, la *quaestio facti*, quantunque l'art. 559 (2) ZPO vieti in linea di

⁵⁷ V., sul punto, se vuoi, anche per un confronto tra i diversi ordinamenti, il nostro *La riforma della Cassazione civile e i processi dinanzi alle altre Corti Supreme europee*, in AA.VV., *La nuova Cassazione civile*, a cura di A. Di Porto, Padova, 2017, 85 ss. (Atti dell'incontro di studio organizzato dalla Scuola di specializzazione per le professioni legali della Università *“La Sapienza”* di Roma, che si è svolto il 10 febbraio 2017 nell'Aula Magna dell'Ateneo).

principio al BGH di rivedere i giudizi di fatto espressi dai giudici inferiori⁵⁸. L'opportunità di un approccio casistico al tema è suggerita anche dalla propensione del BGH ad affrontare le varie questioni a seconda del loro valore, se cioè posseggano o meno implicazioni generali. Vi fa da sfondo una raffinata ricostruzione teorica⁵⁹, ampiamente investigata nel nostro Paese, che si contrappone alla tradizionale distinzione "fatto-diritto" impostata su base logico-concettuale. Va aggiunto che oggi un consimile orientamento teleologico appare suffragato pure dalla circostanza – segnalata *retro* – che tra i motivi per i quali la revisione va ammessa è contemplato dal § 543 (2) ZPO il caso in cui la controversia abbia una importanza fondamentale (la c.d. *Grundsatzrevision*).

Orbene, nel contesto testé delineato, la casistica⁶⁰ si incentra principalmente sulle dichiarazioni di volontà. Se l'accertamento delle dichiarazioni di volontà negoziale costituisce giudizio di fatto, la loro interpretazione può viceversa essere rivedibile dal BGH, per stabilire se il giudizio espresso al riguardo dai giudici inferiori corrisponda o meno ai criteri di una corretta logica giuridica e alle massime di esperienza riconosciute. Il sindacato si estende alla verifica del rispetto delle regole legali dettate in materia di ermeneutica negoziale, tra l'altro per stabilire se l'interpretazione effettuata nel giudizio *a quo* contraddica il tenore letterale e il senso delle parole e se tenga conto di ogni circostanza essenziale accertata. In tale contesto, avviene che il BGH proceda ad una autonoma interpretazione delle dichiarazioni contrattuali allorché il giudice di appello abbia ommesso di farlo (pur avendo provveduto ad

⁵⁸ Salvo che su di essi sia stato formulato un motivo di revisione ammissibile e fondato ("Hat das Berufungsgericht festgestellt dass eine tatsächliche Behauptung wahr oder nicht wahr sei, so ist diese Feststellung für das Revisionsgericht bindend, es sei denn, dass in Bezug auf die Feststellung ein zulässiger und begründeter Revisionsangriff erhoben ist").

⁵⁹ Sulla teoria teleologica v., per tutti, M. BOVE, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, cit., *passim*, ma specie 40 ss., ove sono passate in rassegna le tesi di E. Schwinge e K. Kuchinke. Quanto agli scritti di quest'ultimo autore, si noti che dopo il celebre lavoro degli anni '60 del secolo scorso – *Grenzen der Nachprüfbarkeit tatrichterlicher Würdigung und Feststellungen in der Revisionsinstanz (ein Beitrag zum Problem von Rechts- und Tatfrage)*, Bielefeld 1964 – Kuchinke è nuovamente intervenuto sul tema più di recente: *Zur Theorie der Trennung von Rechtsfrage und Tatfrage*, in *Festschrift für Kostas Beys dem Rechtsdenker in attischer Dialektik zum 70. Geburtstag*, Atene, 2003, II, 873 ss.

⁶⁰ Cfr., senza pretese di completezza, R. HASPL, *Die Kontrolle der tatrichterlichen Auslegung von individuellen Willenserklärungen durch die Rechtsmittelinstanz*, Frankfurt-Berlin-Bern-Bruxelles-New York-Oxford-Wien, 2008; B. SCHÄFER, *Die Revisibilität der Vertragsauslegung nach der ZPO-. Reform*, in *NJW, Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, 3463 ss. V., per riferimenti anteriori, la nota precedente e il nostro *La Cassazione civile*, cit., I, spec. 274 ss.

ogni altro accertamento occorrente). Capita che lo faccia, addirittura per decidere la causa nel merito, per sostituire le proprie valutazioni a quelle già rese dai giudici di merito. Nel quadro profilato si colloca anche il tema della interpretazione di statuti di società di persone, attesa la loro equiparazione (diversamente dagli statuti di società di capitali⁶¹) a negozi privati atipici. Fermo restando poi che il BGH è giudice del fatto per ogni censura di natura processuale (anche in relazione a diversi procedimenti giudiziali) – e non è quindi vincolato alla pronunzia sul punto dei giudici inferiori –, va precisato che sono altresì liberamente rivedibili in sede di *Revision* il significato e la portata di decisioni di autorità amministrative. Infine, anche l'apprezzamento del materiale probatorio, pur costituendo parte integrante dell'accertamento dei fatti eseguito nei gradi di merito, può essere rivedibile in base a certi presupposti di fronte al BGH. Soggiace difatti a regole giuridiche e, in quanto tale, può dar luogo ad un errore possibile oggetto di *Revision*. S'intende che il punto essenziale è costituito dagli estremi di tale errore. In particolare, la prassi ha dedotto dal § 286 ZPO il principio secondo cui le prove devono essere valutate in modo coerente. Ne discende che il giudice deve confrontarsi con il materiale probatorio ampiamente e senza contraddizioni (*"umfassend und widerspruchsfrei"*). Il suo libero apprezzamento deve dunque essere completo e giuridicamente plausibile, senza violare i principi della logica giuridica e le massime di esperienza. Il che – più ampiamente – ci conduce al controllo sulla motivazione della decisione impugnata, che passa attraverso il § 547 ZPO (*"Absolute Revisionsgründe"*). Come noto vi figu-

⁶¹ Nell'ipotesi in cui lo statuto di una persona giuridica incida su rapporti giuridici con terzi, le singole disposizioni di esso sono trattate alla stregua di norme giuridiche ai fini del giudizio di revisione. Ciò accade in particolare per gli statuti delle società di capitali. Del resto, anche le condizioni generali di contratto sono omologate a norme di diritto e, in quanto tali, ne è ammesso il controllo in sede di revisione. Né si dimentichi che le sviste e i palesi errori nell'impiego di massime di esperienza sono censurabili davanti al BGH. Anche la violazione dei concetti giuridici indeterminati è legittimamente censurabile in sede di revisione, tanto più quando l'intervento del BGH sia in condizione di fornire una direttiva generale per casi futuri. Paiono così superate certe passate resistenze (che spinsero dottrina e giurisprudenza – nel caso di operazioni di sussunzione della fattispecie concreta in un concetto giuridico indeterminato – a riconoscere solo una limitata rivedibilità in sede di *Revision*, ammettendo così che il giudice del merito disponesse di una certa maggior libertà di azione). Infine, si ritiene che si sia in presenza di un errore di diritto nell'ipotesi in cui il giudice faccia uso della propria scienza privata (e ovviamente quando il medesimo giudice violi le norme che disciplinano l'efficacia dei singoli mezzi di prova).

rano quei motivi di revisione i quali, una volta ritenuti sussistenti dal BGH, conducono per ciò solo ad accoglierla (perché, per riprendere la formula del § 547 cit., la decisione impugnata “deve essere considerata in ogni caso basata sulla violazione del diritto”). Fra le ipotesi enumerate dalla disposizione⁶² vi è quella (art. 547 cit. n. 6) di una decisione che non sia motivata in conformità alle disposizioni della ZPO (“*wenn die Entscheidung entgegen den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht mit Gründen versehen ist*”). Il vizio è reputato sussistente tutte le volte in cui manchi del tutto la motivazione relativamente ad un mezzo di “attacco” o di difesa (*Angriffs- oder Verteidigungsmittel*) impiegato dalle parti, o difetti completamente qualunque apprezzamento del materiale probatorio o quando siffatte valutazioni – pur graficamente presenti – siano razionalmente implausibili o solo apparenti.

9. Conclusioni

L'indagine condotta ci ha permesso di chiarire che il confronto con l'ordinamento spagnolo rischia di essere infruttuoso, perché la magistratura suprema che vi opera ha utilizzato sin dal principio una strumentazione concettuale troppo diversa da quella della nostra Cassazione, mescolando attrezzi del passato della Terza istanza con quelli proposti dal modello francese, dal quale ha mutuato (con il nome del ricorso per cassazione) taluni meccanismi ed alcune regole. Il fatto che il legislatore spagnolo abbia collegato due modelli alternativi e contrapposti, tra i quali ha continuato a ondeggiare senza mai scegliere con nettezza (almeno sino alla riforma del 2000), è il segno della permanente instabilità di quel sistema (e spiega i ripetuti interventi normativi negli ultimi decenni): instabilità che, a quanto pare, perdura, visto che, non essendo stato ancora completato il periodo transitorio, non si è ancora realizzato il trasferimento di competenze ai Tribunali dislocati nelle comunità autonome. Se oggi al Tribunale Supremo in linea di principio non è permesso lo scrutinio del fatto sostanziale, ciò avviene in un contesto nel quale quel medesimo *Tribunal* per molti decenni ha condotto il relativo esame con una ampiezza inimmaginabile nel nostro ordinamento. Tanto più che, come abbiamo chiarito,

⁶² Sul rapporto della norma con l'istituto della ricasazione in Germania v., se vuoi, il nostro *La ricasazione del giudice civile. Il problema della impugnabilità della decisione*, Bari, 2008, 184 ss.

in questo “eterno” periodo transitorio il *Tribunal Supremo* continua ad esaminare, a certe condizioni, la *quaestio facti*. A sconsigliare frettolose omologazioni vi sono pure i limiti frapposti alla esperibilità del ricorso per cassazione in Spagna⁶³, i quali segnalano una manifesta differenza con la garanzia soggettiva⁶⁴ del ricorso per cassazione discendente dal nostro art. 111, co. 7, Cost. (secondo cui il ricorso è “sempre” ammesso). Su questo punto decisivo si innesta un’altra risaputa differenza con il sistema tedesco a seguito della riforma del 2001. Le poche decine di avvocati abilitati al patrocinio dinanzi al BGH si muovono in un contesto difforme da quello conosciuto dalle migliaia di avvocati italiani che si affacciano in Cassazione. D’altra parte, se un avvicinamento fra le due istituzioni giudiziarie vi è indubbiamente stato⁶⁵ (con la dilatazione delle ipotesi di cassazione senza rinvio, dal rito al merito e con la correlativa comune propensione a decidere la causa), non si è però realizzata una piena equiparazione fra la nostra Cassazione e la revisione tedesca. Quest’ultima, del resto, presenta elementi profondamente diversi da quelli propri della *Nichtzulassungsbeschwerde*, la quale appare come una sorta di impugnazione rescindente con oggetto limitato alla verifica – ad opera del BGH – dei presupposti di ammissibilità

⁶³ V. art. 477 LEC: «1.º Cuando se dictaran para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución. 2.º Siempre que la cuantía del proceso excediere de 600.000 euros. 3.º Cuando la cuantía del proceso no excediere de 600.000 euros o este se haya tramitado por razón de la materia, siempre que, en ambos casos, la resolución del recurso presente interés casacional».

⁶⁴ V. *retro* in nota 68 per gli opportuni riferimenti in ordine al carattere di garanzia (secondo noi) soggettiva dell’art. 111, co. 7, Cost.

⁶⁵ Come preconizzato da E.F. Ricci: v., se vuoi, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, cit., II, 845 ss. Secondo Calamandrei il giudizio di revisione tedesco aveva “recepto la sostanza del giudizio di cassazione”; a suo avviso proprio la Cassazione “si compie e perfeziona nella revisione”, ancor più dopo le riforme iniziate nel 1905 (*op. cit.*, I, 284 e note). Il confronto tra i due organi è stato effettuato molte volte con contributi di notevole rilievo: R. CAPONI, *Der italienische Kassationsgerichtshof vor dem Hintergrund des deutschen Revisionsrechts*, in *ZZP, Zeitschrift für Zivilprozeß*, 2002, 225 ss.; *Id.*, *La decisione della causa nel merito da parte della Corte di cassazione italiana e del Bundesgerichtshof tedesco*, in *Dir. e giur.*, 1996, 236 s.; A. PIEKENBROCK, *La riforma della Cassazione italiana da una prospettiva tedesca*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 77 s.; *Id.*, *Il processo civile tedesco dal modello di Stoccarda in poi: passi avanti ed indietro*, *ivi*, 2013, 685 s., 699 ss. Nonché, se vuoi, per ulteriori riferimenti, A. PANZAROLA, *op. cit.*, I, spec. 240 ss., e, soprattutto, F. FERRAND, *Cassation française et Révision allemande*, Paris, 1993. Rimarchevole, infine, è la rivisitazione storica della evoluzione della revisione (nel primo decennio del ‘900) compiuta da W. SCHUBERT, *Die Revision in Zivilsachen – Ein „ganz eigenartiges Produkt“ (Adolf Wach). Zur Reform des drittinstanzlichen Rechtsmittels durch die Zivilprozessnovellen von 1905 und 1910*, in *ZRG GA, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 2007, 167 ss.

della revisione, quali delineati dal già citato § 543 (2) ZPO; il giudizio di revisione vero e proprio è tutt'altra cosa (possedendo una portata rescissoria e consentendo al BGH di decidere senza vincolo ai motivi dedotti). Il confronto va pertanto condotto con cautela e senso della misura, altrimenti è poco sensato. Nondimeno resta l'importanza di un sindacato, quale quello disimpegnato dal BGH, che se da un lato si allarga al controllo della motivazione, dall'altro non rinuncia – nella ricorrenza di certe condizioni – ad esaminare la *quaestio facti*, per di più impostando la distinzione fra fatto e diritto su base diversa⁶⁶ da quella tradizionale (epperò oggetto di una recente riproposizione⁶⁷) logico-concettuale. Si spiega così l'intensa (e comprensibile) fascinazione degli studiosi italiani per il pur diverso modello tedesco della revisione.

Innegabilmente specifica è però la condizione della Cassazione civile italiana. Per lunga tradizione, essa ha cercato di equilibrare il valore oggettivo della nomofilachia con le garanzie soggettive, mettendo soprattutto in mostra una marcata sensibilità per il c.d. *ius litigatoris* maturata nella secolare elaborazione (per giunta, almeno in principio, in assenza di alcuna base normativa) del controllo di logicità della motivazione. Si può legittimamente parlare di un comune sentire, se non di una vera e propria autorappresentazione identitaria nella nostra Magistratura Suprema nutrita in profondità da prassi radicate nel tempo. Tutto all'opposto, soprattutto negli ultimi due lustri, il perseguimento di quel valore oggettivo appare in grado di soffocare le garanzie individuali. Ammettiamolo apertamente: siamo dinanzi ad una manifesta discontinuità nella evoluzione secolare della Corte Suprema italiana. La posta in gioco è il senso stesso della sua esperienza centenaria. L'argomento impiegato dai fautori del nuovo – secondo cui si dovrebbe evitare che nella sua azione la Suprema Corte disperda energie che possono essere dirette con maggior profitto nella direzione della nomofilachia – avrebbe bisogno (oltre che di una utilizzazione generale e più coerente⁶⁸) di un preciso riscontro empirico. In mancan-

⁶⁶ Sulla teoria teleologica, v. *retro* in nota 59.

⁶⁷ G. MITSOPOULUS, *Zur Trennung von Tat- und Rechtsfrage*, in *ZZP, Zeitschrift für Zivilprozess*, 2007, 107 ss.

⁶⁸ Gli interventi normativi sul giudizio di cassazione italiano succedutisi dal 2009 in avanti denunciano l'aspirazione ad ipostatizzare (contro la tradizione, la pratica costante e, aggiungeremmo, il sentimento comune) la funzione nomofilattica assoluta dalla Cassazione. La mentalità soggiacente a questa tendenza ha preso la perentorietà di una vera e propria ideologia (difficile peraltro da conciliare con l'art. 111, co. 7, Cost. e così nel contesto di quella garanzia soggettiva al ricorso per

za di informazioni, di risorse, di un dialogo corale aperto ad avvocati e studiosi, non si può andare oltre il puro e semplice tamponamento delle emergenze, con costi però rilevanti per tutti. La costanza ossessiva con la quale negli ultimi dieci anni tutte le riforme sono state orientate all'obiettivo nomofilattico – al raggiungimento del quale altre pur legittime esigenze sono state inesorabilmente piegate – segnala che non vi è fiducia nella propria specifica e autentica tradizione, nei valori perseguiti nella storia secolare della Cassazione italiana, segnata dalla propensione ad equilibrare senza preconcetti aspirazioni individuali ed esigenze generali, a impiegare in modo accorto e lungimirante il sindacato sulla motivazione senza limitarlo al testo della decisione impugnata⁶⁹. Nel vigore del codice di rito del 1865 (che non conteneva nell'art. 517 alcun riferimento alla motivazione), fu proprio la Suprema Corte ad escogitare il controllo sulla sufficienza e logicità della motivazione della sentenza impugnata, deducendolo dal richiamo nel n. 2 dell'art. 517 cit. alla nullità della sentenza (in congiunzione con il cui contenuto-forma di essa quale profilato nell'art. 361 n. 6). Cosa ancora più rilevante, anche dopo la entrata in vigore del codice di rito del 1940, la Cassazione scelse (e la relazione in questo convegno di Balena si occupa a fondo del tema) di continuare a disimpegnare (nonostante la lettera dell'art. 360, co. 1 n. 5, c.p.c. allora vigente e corrispondente all'attuale) un controllo pieno sulla motivazione con una costante

cassazione che incliniamo a ritrovare nella norma costituzionale: v., sul punto, se vuoi, A. PANZAROLA, *Presente e passato della Cassazione civile italiana tra nomofilachia e giustizia del caso concreto*, cit., spec. 139 ss.). Osserviamo con curiosità il fatto singolare che proprio la Cassazione civile, nello stesso momento in cui si fa paladina delle pretese esclusivistiche della nomofilachia, va elaborando audacemente principi processuali che nuocciono alla certezza del diritto (assicurata viceversa da quelle regole processuali che la medesima Suprema Corte va svilendo sempre più, decostruendone il testo e svigorendone la precettività). La stessa argomentazione per principi – che la Cassazione va praticando in maniera massiccia – è talora in netta antitesi (basti pensare alla famigerata vicenda che ha toccato l'art. 37 c.p.c.) con il suo compito istituzionale di assicurare la «esatta osservanza della legge» e, in fin dei conti, rischia di porsi in contrasto con il principio di legalità in materia processuale.

⁶⁹ La limitazione del sindacato al testo del provvedimento è oggi affermata in numerosissime decisioni della Cassazione (troppo note per dover essere qui menzionate). Nel vigore del c.p.c. 1865 i tentativi fatti in tal senso rimasero senza successo. Vogliamo almeno ricordare quello del Procuratore Generale Calenda Tavani il 3 gennaio 1893 nel discorso alla Assemblea Generale della Cassazione napoletana: riferendosi al sindacato del Supremo Collegio, il Procuratore Generale affermava che “convien negargli anche la visione degli atti di causa, bastando all'uopo la sola sentenza contro cui si ricorre”. La tesi non ebbe seguito e si continuò a controllare la motivazione alla luce degli atti di causa. V., sul punto, se vuoi, per ulteriori ragguagli, A. PANZAROLA, *La Cassazione civile*, cit., 684.

giurisprudenza dalla quale ebbe origine la formula (poi trasfusa dalla Novella del 1950 nel n. 5 cit.) della «*omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia*». Si può in proposito parlare di una caratteristica permanente della Cassazione civile italiana. Disconoscere questa caratteristica, o avvilirne le manifestazioni, è uno dei fattori che contribuiscono a spiegare l'insorgenza negli ultimi anni di quella aggressiva opzione politico-giudiziaria che vorrebbe innalzare la attività nomofilattica a compito preminente, se non esclusivo, della Suprema Corte, nella persuasione (che è poi una inaudita semplificazione) che si tratti della teoria perfetta che contiene una risposta per qualunque problema, a tutti i dubbi e agli svariati bisogni che investono il terzo grado di giudizio.

Non si può occultare questa situazione tramite espedienti retorici, insistendo su un presunto modello "originario" o comunque "puro" di Cassazione fuori dalla realtà storicamente manifestatasi nel nostro Paese (nel primo caso sotto la indebita pressione di quello che abbiamo denominato il «demone delle origini», nel secondo caso per un malinteso omaggio alla pur straordinaria prestazione intellettuale del giovane Calamandrei, in entrambi i casi mantenendosi arbitrariamente in una condizione di potenza e non di atto). In definitiva, il fenomeno della Cassazione civile italiana non può essere studiato, né tantomeno inteso, in vacuo, ma invece recuperando il senso della prospettiva storica. Se lo si fa, non si può non disapprovare la torsione che il sindacato della Suprema Corte sta ultimamente subendo per privilegiare l'interesse pubblico, torsione rispecchiata in modo esemplare (oltre che nell'innesto destabilizzante della camera di consiglio come modalità ordinaria di decisione in assenza degli avvocati) proprio nella riscrittura dell'art. 360, co.1 n. 5, c.p.c. Se è vero che l'epoca presente – contrassegnata dalle imprevedibili fluttuazioni delle regole e dalla loro malcerta formulazione – esige una ordinata e razionale attività di uniformazione delle interpretazioni giurisprudenziali, è altrettanto sicuro che questo obiettivo ordinamentale dovrebbe essere coordinato con la tutela dei diritti individuali anche nell'ultimo grado di giudizio, che reclama un sindacato da parte della Cassazione sulla sufficienza e logicità delle decisioni di merito. Non ci si rassegna alla perdita di uno dei frutti più preziosi della tradizione nazionale del giudizio di cassazione, quel sindacato sulla motivazione che si è nei decenni trasferito, per scelta della Cassazione, dalla motivazione quale «*elemento formale*» della sentenza – «come volevano gli originari *conditores* e come dettava

il verbo legislativo» – «al concreto sintomo di ingiustizia, come imponeva la esperienza giuridica, anelante a cogliere, o almeno a sfiorare, non la morta lettera della pronuncia formalizzata, ma la viva realtà del giudizio»⁷⁰. Questo tratto identitario della nostra Suprema Corte appartiene adesso purtroppo al passato⁷¹.

⁷⁰ L. MONTESANO, «Antipositivismo» e «oralità» del giudizio in un recente libro, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, p. 1480 ss., spec. 1486 (in commento complessivamente favorevole al libro di M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1964, già recensito criticamente da V. Denti, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 114-115). Con la riscrittura dell'art. 360, 1° co., n. 5 c.p.c. questa tendenza si è bruscamente interrotta.

⁷¹ Ci sono, è vero, eccezioni (ed anche rimarchevoli). Ma di eccezioni si tratta. Vorremmo condividere l'ottimismo sul punto di G.F. RICCI, *Il velo squarciato: la Suprema Corte apre la porta al sindacato di legittimità sul giudizio di fatto*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 354 ss. Una considerazione complessiva del modo in cui è impiegato oggi l'art. 360, co. 1 n. 5, c.p.c. ce lo impedisce. Siamo in sintonia con la posizione, fra gli altri, di B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, *ivi*, 2019, 43 ss.

Il rapporto tra il n. 3 e il n. 5 dell'art. 360 nella storia della cassazione civile italiana dalle origini fino ai nostri giorni

Giampiero Balena

Oggetto della mia relazione è l'evoluzione del rapporto tra violazioni di legge e vizi della motivazione in fatto nella storia della nostra Corte suprema, che a sua volta investe la tradizionale distinzione, caratteristica del sistema della cassazione, tra questioni di diritto e questioni di fatto.

La dottrina, in realtà, si è sempre mostrata abbastanza consapevole dell'oggettiva difficoltà di tracciare una linea di demarcazione netta tra le questioni di fatto e quelle di diritto, per la presenza di zone grigie in cui la distinzione appare molto sfumata e l'errore in fatto può facilmente accompagnarsi ad un *error in iure*.

Per quel che riguarda la giurisprudenza della Cassazione, invece, se si scorrono i repertori dei primi decenni successivi all'unità d'Italia, ci s'imbatta in numerosissime massime nelle quali si ribadisce, apparentemente senza alcun distinguo o temperamento, l'assoluta incensurabilità degli accertamenti di fatto operati dal giudice di merito; il che lascia intendere, evidentemente, che i ricorrenti provavano assai spesso a rimettere in discussione tali accertamenti in sede di legittimità.

Si consideri, ad esempio, che in relazione all'interpretazione dei contratti e dei negozi giuridici in genere – che ha sempre rappresentato un tema particolarmente critico per la distinzione tra questioni di diritto e questioni di fatto – la giurisprudenza dell'epoca era solita ritenere che le regole contenute negli artt. 1131-1139 del codice civile (analoghe a quelle oggi racchiuse negli artt. 1362-1371) fossero «semplici norme direttive del prudente criterio del giudice del merito»¹, la cui inosservanza non poteva censurarsi in cassazione.

¹ Ampie citazioni in L. MATTIROLI, *Trattato*⁵, IV, Torino, 1904, 941.

È noto, d'altronde, che nel codice del 1865 l'elencazione dei possibili motivi di ricorso per cassazione, contenuta nell'art. 517, non conteneva alcun riferimento ai difetti intrinseci della motivazione, laddove la nullità prevista dal n. 2, attraverso il rinvio all'art. 361, sembrava alludere alla sola omissione *formale* dei «motivi in fatto e in diritto» prescritti dal n. 6 dell'art. 360; sicché mancava, in apparenza, la base normativa per ammettere una verifica relativa alla “congruità” della motivazione.

Se però si vanno ad esaminare le massime – anch'esse piuttosto numerose – relative alla motivazione come requisito di validità della sentenza (che discorrono di sentenza in genere, ma il più delle volte si riferiscono, in realtà, ad una sentenza di secondo grado), si può constatare che la Corte giunse presto ad ammettere che la nullità per «omessa motivazione» potesse affermarsi non soltanto in presenza di una motivazione meramente apparente o parziale, in quanto riferibile a taluno soltanto dei capi della sentenza, ma anche per contraddittorietà intrinseca nonché – ciò ch'è più importante – quando il giudice avesse ommesso di tenere nella dovuta considerazione difese risolutive prospettate dalle parti o documenti decisivi dalle stesse prodotti (ossia nell'ipotesi in cui oggi si parlerebbe di «omesso esame di un fatto decisivo»).

Su questo orientamento si appuntarono le critiche di Piero Calamandrei, il quale, nella poderosa monografia sulla Cassazione civile del 1920, osservò che l'abuso dei ricorsi e dei conseguenti annullamenti per vizio di motivazione «allontana(va) in misura sempre più impressionante la Cassazione dal suo scopo istituzionale», a suo avviso rappresentato – com'è noto – dalla garanzia dell'uniforme interpretazione della legge da parte dei giudici di merito. Ciò perché – rilevava Calamandrei – l'errore di fatto «è sempre limitato al caso singolo», sicché non può «essere tratto ad esempio dai giudici delle controversie future, [e] non è capace di introdurre nella giurisprudenza quella tendenza all'imitazione di una interpretazione aberrante, che può essere invece conseguenza di un errore di diritto *in iudicando*»².

Mi sembra interessante sottolineare, peraltro, che lo stesso Calamandrei non mancò di rilevare che un'analogia evoluzione – a suo avviso negativa – si era registrata nella Cassazione francese, che annullava per *défaut de base légale* le decisioni caratterizzate da una motivazione

² La Cassazione civile, II, Torino 1920, § 121.

carente sotto il profilo logico, e ancor più nell'esperienza germanica della revisione³.

Nonostante queste critiche, la giurisprudenza non arretrò di un passo; ed anzi a partire dalla fine degli anni '20 nelle decisioni della Cassazione del Regno, subentrata nel 1923 alle Cassazioni regionali, cominciò ad apparire sempre più spesso il principio, divenuto successivamente un vero e proprio *leit motiv*, per cui il giudizio di fatto del giudice di merito è insindacabile in sede di legittimità «quando sia immune da errori di criterio logico e giuridico e sia sorretto da congrua motivazione»⁴. In tal modo poteva dirsi compiutamente sdoganato quell'ampio concetto di «difetto di motivazione» che ha consentito alla suprema Corte, almeno fino a ieri, un penetrante – ancorché indiretto – sindacato sugli accertamenti di fatto posti a base della sentenza impugnata⁵. Nel 1938 affermava Enrico Redenti, anzi, che proprio questo motivo, non previsto dalla legge, era divenuto «pane e companatico quotidiano di tutti i ricorsi»⁶.

Nei due progetti Solmi (del 1937 e del 1939) – come già, in precedenza, nel progetto Redenti del 1933 – non si faceva menzione alcuna, tra i motivi di ricorso per cassazione, dei vizi della motivazione; fermo restando che la mancanza o la contraddittorietà della motivazione avrebbero costituito, stando alla Relazione di Solmi, motivo di nullità della sentenza. Nonostante il plauso di Calamandrei⁷, prevalsero nettamente le opinioni critiche; sicché l'art. 360, n. 5), del codice del '40, nel testo originario, ammise espressamente il ricorso per «omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio, che è stato oggetto di discussione tra le parti».

Di primo acchito questa espressione potrebbe far pensare che si trattasse di un motivo *nuovo*, rispetto a quelli previsti nel codice previgente, e nel contempo affatto estraneo ai vizi della motivazione, come pure ri-

³ *La Cassazione civile*, I, Torino 1920, §§ 197 e 219.

⁴ Così Cass. 28 luglio 1934, Prov. Napoli c. IacuanIELLO, in *Foro it.*, Rep. 1934, voce *Cassazione civ.*, n. 81. Nel medesimo senso, ad es., Cass. 13 gennaio 1939, Visenti c. Soc. Otis, in *Foro it.*, Rep. 1039, voce cit., n. 88.

⁵ Principio non di rado richiamato a sproposito, ossia anche in relazione ad apprezzamenti di fatti endoprocessuali (ad es. l'interpretazione di una domanda), che in realtà la Corte può e deve accertare direttamente.

⁶ E. REDENTI, *Profili pratici del diritto processuale civile*, Milano, 1938, 524.

⁷ Nel suo *Parere della Facoltà di Giurisprudenza a S.E. il Ministro della giustizia sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, 133.

tenne alcuno dei primi commentatori⁸. Nel § 30 della *Relazione al Re* (che oggi si tende ad ascrivere alla penna dello stesso Calamandrei), tuttavia, si legge che «Durante i lavori preparatori si era manifestata un'autorevole tendenza a eliminare del tutto dal giudizio di cassazione quel motivo di "difetto di motivazione" al quale la pratica giudiziaria aveva dato, com'è noto, un'estensione così esorbitante e così lontana dalle sue origini testuali. Ma piuttosto che sopprimerlo, si è preferito conservarlo *ristretto e precisato nella nuova formula*, che lo ammette non nella quasi illimitata ampiezza alla quale la pratica era arrivata nell'adattamento delle norme del codice del 1865, ma nei limiti precisi di un omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio del quale le parti avevano discusso». In altre parole, da questo passo della *Relazione* si deduce chiaramente che l'intenzione dei *conditores* non era quella di attribuire rilievo ad un vizio di nuovo conio, bensì quella di confermare la deducibilità dei vizi della motivazione in fatto, ancorché in termini considerevolmente più ristretti rispetto a quelli riconosciuti dalla giurisprudenza⁹. Più ristretti per un duplice profilo: in primo luogo perché doveva trattarsi di un "omesso esame" e non semplicemente di una motivazione illogica o insufficiente o non persuasiva; in secondo luogo perché il vizio doveva riguardare non un fatto qualunque, bensì un fatto "decisivo", del quale le parti avevano discusso nei gradi precedenti.

Dovendosi basare quasi esclusivamente sulle massime, è pressoché impossibile stabilire quanto la giurisprudenza della Corte suprema, negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del codice, si sia realmente conformata alle aspettative del legislatore e dunque abbia concretamente espunto dai motivi di ricorso la mera insufficienza o incongruità della motivazione. Quel ch'è certo, però, che già dall'esame delle sole massime traspare la consapevolezza dell'inerenza del n. 5) dell'art. 360 ai vizi della motivazione¹⁰; nel senso, cioè, che l'«omesso esame» venne inteso senz'altro come «omessa motivazione».

⁸ In tal senso v. infatti, F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*³, II, Roma, 1942, 519, e M. T. ZANZUCCHI, *Il nuovo diritto processuale civile*³, Milano, 1942, II, 249, per i quali l'innovazione avrebbe avuto un risultato opposto a quello perseguito dal legislatore, consentendo la deduzione di un *error in iudicando* relativo al giudizio di fatto, in precedenza escluso. Si noti, peraltro, che entrambi gli Autori ne deducevano che i ricorsi per vizi della motivazione avrebbero continuato a trovare ampio spazio ai sensi del n. 4) dell'art. 360, ossia per nullità della sentenza.

⁹ Cfr. in tal senso V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*², II, Napoli, 1945, 356 ss.

¹⁰ V. a tal proposito la giurisprudenza menzionata da M. Bove, *Giudizio di fatto e*

Con la Novella del 1950, tali vizi trovarono invece un esplicito riconoscimento nell'art. 360, secondo la nota formula della «omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio»; formula che intendeva rappresentare, in definitiva, un ritorno solo parziale all'antico, ossia ai principi elaborati dalla giurisprudenza sotto il codice previgente, mitigato per l'appunto dall'esigenza che il vizio della motivazione investisse un "punto" (*id est* un fatto) "decisivo" (e non semplicemente rilevante) per l'esito del giudizio. La riforma del giudizio di cassazione, del 2006, modificò per la seconda volta il n. 5) dell'art. 360, circoscrivendo ulteriormente la rilevanza dei vizi della motivazione ai soli fatti "controversi" e decisivi"; verosimilmente al fine di escludere che per questa strada potesse darsi ingresso in Cassazione a questioni affatto nuove rispetto a quelle discusse nei gradi precedenti. Ma la natura dei vizi denunciabili non ne fu in alcun modo toccata.

La svolta si è avuta, invece – almeno in apparenza – col d.l. n. 83/2012, che ha praticamente ricondotto la disposizione in esame alla sua formulazione originaria – ove si prescinda dall'uso dell'espressione «circa un fatto decisivo» in luogo di quella «di un fatto decisivo» – tornando ad eliminare l'esplicito riferimento ai vizi della motivazione.

Sulla concreta portata di tale riforma, però, i primi commentatori hanno espresso opinioni considerevolmente variegata.

In particolare, alcuni hanno sostenuto che *stricto iure* la modifica dell'art. 360 n. 5) sarebbe sostanzialmente irrilevante, poiché la violazione, da parte del giudice, dell'obbligo di fornire una motivazione *adeguata* – che tenga cioè conto di una serie di regole e di principi direttamente o indirettamente giuridicizzati (si pensi, ad es., agli artt. 1362 ss. c.c., che disciplinano l'interpretazione dei contratti, oppure al principio del «prudente apprezzamento» di cui all'art. 116, 1° co.) – si configurerebbe pur sempre come una violazione di legge, censurabile ai sensi del n. 3) e/o del n. 4) dell'art. 360 (in quanto motivo di nullità della sentenza)¹¹. Altri, invece, hanno ritenuto che l'innovazione normativa abbia indubbiamente ristretto l'ambito dei vizi della motivazione deducibili nel giudizio di legittimità, dando peraltro per scontato

sindacato della Corte di cassazione: riflessioni sul "nuovo" art. 360, n. 5, c.p.c., in *Giusto proc. civ.*, 2012, spec. 682 ss.

¹¹ Cfr. in tal senso M. BOVE, *op. loc. cit.*, A. CARRATTA, *Giudizio di cassazione e nuove modifiche legislative: ancora limiti al controllo di legittimità*, in www.treccani.it; M. FURNACIARI, *Ancora una riforma dell'art. 360 n. 5 c.p.c.: basta, per favore, basta!*, in www.judicium.it;

che il n. 5) dell'art. 360 continui a riferirsi a tali vizi e che pertanto l'espressione «omesso esame» debba pur sempre intendersi come «omessa motivazione»¹².

La suprema Corte, dal canto suo, intervenendo con grande tempestività¹³, ha adottato una soluzione in qualche misura eclettica, richiamando la propria giurisprudenza formatasi, negli anni '90, in relazione al ricorso c.d. straordinario ex art. 111 Cost.¹⁴ ed affermando, dunque:

- a) che la riforma del 2012 avrebbe ridotto al «minimo costituzionale» il sindacato della motivazione in sede di legittimità, nel senso che i vizi della motivazione resterebbero totalmente estranei all'ambito di applicazione del n. 5) dell'art. 360 e rileverebbero, come motivo di nullità della sentenza ai sensi del n. 4), solamente nelle ipotesi più gravi, ossia quando la motivazione manchi del tutto o debba considerarsi meramente apparente, nonché quando sia affetta da «irriducibile contraddittorietà» o da «illogicità manifesta»; con esclusione, dunque, del controllo sulla mera «sufficienza» della motivazione e peraltro a condizione che il vizio «emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza impugnata»;
- b) che la nuova formulazione del n. 5), invece, avrebbe introdotto tra i motivi di ricorso «un vizio specifico che concerne l'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (vale a dire che se esaminato avrebbe determinato un esito diverso della controversia)».

Prendendo atto di questa soluzione, si è dunque affermato che «ciò che resta fuori dal controllo di legittimità è il vizio di *insufficienza* [della motivazione], mentre ogni altro viene recuperato con l'utilizzo di mezzi diversi dal n. 5)»¹⁵, e che, per altro verso, proprio il n. 5) attribu-

¹² Cfr. F. P. LUISO, *Diritto processuale civile*⁸, Milano, 2017, II, 432 ss., il quale peraltro ritiene la questione di scarso rilievo pratico, in quanto è la stessa Corte «a restringere o ampliare la profondità della sua censura sulla motivazione, secondo considerazioni di "politica giudiziaria", difficilmente influenzabili da parte del legislatore».

¹³ Con la sentenza 7 aprile 2014, n. 8053.

¹⁴ Prima che il legislatore, nel 2006, intervenisse a precisare che tale ricorso doveva ammettersi per tutti i motivi contemplati dall'art. 360 c.p.c., e dunque anche per i vizi della motivazione. Per un esame critico di quella giurisprudenza v., se vuoi, G. BALENA, *Il controllo sulla motivazione nel ricorso straordinario ex art. 111 Cost.*, in *Giur. it.*, 1998, 1073 ss.

¹⁵ B. CAPPONI, *L'omesso esame del n. 5) dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in

isce alla Corte «un nuovo strumento» che la investe direttamente di un vero e proprio giudizio di fatto¹⁶.

A me, tuttavia, la ricostruzione prospettata dalla Corte non sembra troppo persuasiva, nella parte in cui colloca i vizi della motivazione al di fuori dell'art. 360 n. 5).

Una prima ragione di perplessità discende ovviamente dalla “storia” della norma in esame. Come ho sottolineato poc'anzi, invero, i lavori preparatori del codice del 1940, al pari della *Relazione al Re*, non lasciano dubbi sul fatto che la formulazione originaria dell'art. 360 n. 5), sostanzialmente ripristinata dalla riforma del 2012, si riferisse pur sempre ai vizi della motivazione, ancorché circoscritti alla sola ipotesi del difetto totale relativamente ad un fatto decisivo.

Né va trascurato, inoltre, che nelle proposte di riforma che si erano succedute negli ultimi decenni, comprese quelle provenienti dall'interno della Cassazione, non era mai emersa l'idea di espungere dal n. 5) il riferimento alla motivazione, «discutendosi soltanto dei limiti del relativo controllo»¹⁷.

A ben riflettere, anzi, proprio l'unica modesta differenza testuale – già evidenziata – tra la nuova formulazione dell'art. 360 n. 5) e quella originaria parrebbe confermare che il legislatore del 2012 pensava pur sempre ai vizi della motivazione, poiché la preposizione «circa» [un fatto ecc.], decisamente più insolita e meno lineare di quella adoperata nel codice del '40, risulterebbe assai più congrua e naturale se di discorresse non già di «omesso esame», bensì di «omessa motivazione». L'impressione, insomma, è che gli autori del citato d.l. n. 83/2012 abbiano voluto tornare al testo originario della norma in esame, ma nel contempo siano stati ben consapevoli ch'essa si riferiva ai vizi della motivazione.

A prescindere da tali considerazioni, a me sembra che la soluzione adottata dalle Sezioni unite, pur innegabilmente suggerita dalla lettera della disposizione in esame, incontri un grave ostacolo, sul piano sistematico, nei commi 4° e 5° dell'art. 348-ter – novellato anch'esso dalla medesima riforma del 2012 – che esclude espressamente il ricorso *ex art. 360 n. 5* in caso di “doppia conforme”, ossia contro la sentenza

Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 925 ss.

¹⁶ B. CAPPONI, *op. loc. cit.*, richiamando un analogo rilievo di B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*⁵, Milano, 2015, 5865.

¹⁷ Così B. CAPPONI, *op. cit.*, par. 1.

d'appello che abbia confermato la sentenza di primo grado fondandosi «sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della sentenza [di primo grado] impugnata».

Ciò perché, se si parte dal presupposto che l'art. 360 n. 5 non riguardi i vizi della motivazione e debba intendersi esclusivamente come «omesso esame di un fatto storico, principale o secondario», e nel contempo si assume che l'«omesso esame» sia addebitabile già al giudice di primo grado, non è possibile che la parte soccombente lo deduca per la prima volta in sede di legittimità senza averne fatto a suo tempo uno specifico motivo di appello; di talché l'eventuale reiterazione dell'errore da parte del giudice d'appello si configurerebbe, poi, non come «omesso esame circa un fatto decisivo», ai sensi dell'art. 360, n. 5), bensì come omessa pronuncia (su un motivo di appello), e dunque come nullità della sentenza deducibile ai sensi degli artt. 112 e 360, n. 4), c.p.c.¹⁸. Senza dire, inoltre, che l'omesso esame di un fatto decisivo, inteso nel senso letterale in cui l'intendono le Sezioni unite, parrebbe configurare di per sé una violazione del principio per cui il giudice deve decidere *iuxta alligata et probata*, ossia una «violazione di legge» processuale “coperta” dalla garanzia dell'art. 111, comma 6°, Cost.¹⁹; sicché il legislatore ordinario non può escluderlo dal novero dei motivi di ricorso per cassazione.

E d'altronde, quando si afferma che il ricorrente, laddove deduca il vizio di cui all'art. 360, n. 5), nei confronti di una sentenza di appello che ha confermato quella di primo grado, è tenuto, a pena d'inammissibilità, ad indicare le ragioni di fatto poste a base, rispettivamente, della decisione di primo grado e di quella di appello, dimostrando che esse sono tra loro diverse²⁰, si dà implicitamente per scontato che il giudice di appello abbia fornito una qualche motivazione circa il «fatto decisivo» e non ne abbia, dunque, pretermesso *tout court* l'esame.

¹⁸ In tal senso, ad es., Cass. 16 marzo 2017, n. 6835; 27 ottobre 2014, n. 22759; 25 giugno 2012, n. 10508; e 21 gennaio 2008, n. 1170.

¹⁹ Come avevo già osservato altrove, quantunque tale principio sia espresso, sul piano positivo, in modo abbastanza incompleto ed approssimativo (v. l'art. 115, 1° comma, c.p.c.), non credo possa dubitarsi della sua immanenza all'ordinamento vigente, e dunque dell'esistenza di un vero e proprio obbligo, per il giudice, di esaminare ogni allegazione ed ogni prova acquisita al processo: nel primo caso per verificarne la rilevanza, nel secondo caso per valutarne il risultato e dunque per trarne le dovute conseguenze in ordine alla ricostruzione dei fatti da porre a base della decisione.

²⁰ V. ad es. Cass. 22 dicembre 2016, n. 26774, e 10 marzo 2014, n. 5528.

La mia impressione, pertanto, è che, mentre in passato non si dubitava che le ipotesi contemplate dal testo previgente dell'art. 360 n. 5), pur riferendosi testualmente a vizi della motivazione, comprendessero anche l'omesso *esame* di un fatto decisivo, desumibile dal raffronto con altri atti del processo (il che smentisce l'idea che si tratti di un nuovo motivo di ricorso), oggi dovrebbe ammettersi che rientrano nel concetto di «omesso esame» anche le ipotesi in cui il giudice abbia sì preso in considerazione e valutato l'esistenza o l'inesistenza di un fatto decisivo, ma con una motivazione affetta da uno dei gravi vizi che, stando alla soluzione indicata dalla Corte, devono ritenersi tuttora deducibili in sede di legittimità.

Dal punto di vista strettamente pratico, peraltro, le ricadute di questa diversa ricostruzione parrebbero abbastanza modeste e riguardano essenzialmente il limite della “doppia conforme”, che in realtà potrà trovare concreta applicazione solamente in presenza di doglianze relative alla motivazione, mentre risulterà inutilizzabile laddove la censura riguardi propriamente l'omesso esame di un fatto decisivo.

L'aspetto di maggior rilievo, invece, attiene ovviamente all'individuazione dei vizi della motivazione sui quali può tuttora fondarsi il ricorso per cassazione.

Cominciando dalla *omessa* motivazione, inclusiva delle ipotesi di motivazione apparente o meramente apodittica, non par dubbio che il vizio, trascurando il caso pressoché scolastico in cui la sentenza manchi totalmente della parte motiva, ben può essere parziale, allorché riguardi taluna soltanto delle questioni (di fatto) che il giudice ha dovuto affrontare per pervenire alla decisione, sempreché si tratti di questioni concretamente rilevanti per la decisione stessa. Per quest'aspetto, anzi, mi sembra lecito osservare che la soluzione non potrebbe essere diversa neppure se si condividesse la ricostruzione – poc'anzi criticata – prospettata dalle Sezioni unite, poiché è difficile pensare che l'obbligo costituzionalmente sancito di motivare possa considerarsi assolto allorché la motivazione non si estenda a tutti i passaggi essenziali – ovvero, per dirla col previgente art. 360, n. 5) – a tutti i «punti decisivi» della controversia.

Considerazioni non troppo dissimili possono riproporsi, poi, in relazione al controllo di “coerenza” della motivazione, che ad avviso della Corte giustificerebbe il sindacato della sola «illogicità manifesta» o della «irriducibile contraddittorietà». A me sembra, infatti, che, una volta ammesso che l'obbligo di motivazione, consacrato nell'art. 111 Cost.,

non può non implicare anche un certo controllo sull'architettura *logica* della decisione, sia concretamente improponibile una sorta di graduazione della "illogicità", che segni il limite entro il quale la motivazione è sindacabile in sede di legittimità; ed altrettanto dicasi per l'ipotesi della «irriducibile contraddittorietà»: a ben riflettere, il contrasto tra diverse parti della motivazione della sentenza o è realmente "irriducibile", o altrimenti si traduce in uno pseudocontrasto, che tale non è.

La "stretta" interpretativa prospettata dalla Corte, dunque, è chiaramente destinata ad operare – come d'altronde emerge dalla menzionata decisione delle Sezioni unite – con riguardo alla sola "insufficienza" della motivazione; i cui confini rispetto alla motivazione omessa o apparente o illogica, peraltro, restano inevitabilmente labili ed indefiniti. Volendo indicare un criterio distintivo, seppure alquanto generico, si potrebbe forse affermare che il vizio di maggiore gravità ricorre quando la deduzione del giudice si fonda su una massima di esperienza inesistente o comunque sicuramente erronea, mentre si ha motivazione insufficiente allorché l'*iter* argomentativo è semplicemente opinabile.

Alla luce di quanto fin qui esposto, come valutare questo ennesimo intervento del legislatore?

A me sembra che una riforma marcatamente "antistorica", che si vorrebbe nobilitare col richiamo alla nomofilachia di calamandreiana memoria, e dunque con la funzione essenziale – c.d. oggettiva – che competerebbe alla Cassazione e che le impedirebbe di ingerirsi in alcun modo, seppur indirettamente, nell'accertamento dei fatti, che costituirebbe dominio esclusivo dei giudici di merito. Ma dovrebbe essere a tutti chiaro che la nomofilachia c'entra poco o niente e che si tratta piuttosto di un espediente per tentare di alleviare il carico di lavoro della Corte suprema, indubbiamente critico, aggirando l'ostacolo rappresentato dall'art. 111, comma 7°, Cost.

Dovrebbe essere altrettanto chiaro, peraltro, che non si tratta affatto di una scelta indolore, poiché la verifica della congruità della motivazione, da parte della Corte suprema, per un verso rappresenta una pur minima garanzia di ponderatezza – quanto agli accertamenti in fatto – delle sentenze dei giudici di merito, evitando che il diritto del cittadino alla motivazione, consacrato nella Carta costituzionale, venga sostanzialmente svuotato e vanificato²¹, e per altro verso con-

²¹ Con riferimento ai principi affermati dalla citata S.u. n. 8053/2014, si è autorevolmente osservato che «con ciò la Corte di cassazione ritiene erroneamente insindacabile in

tribuisce in misura determinante a una certa "standardizzazione" del giudizio di fatto, come dimostra il fenomeno delle c.d. presunzioni giurisprudenziali.

Ma se questi sono gli svantaggi che potranno derivare dalla restrizione del controllo sulla motivazione, ci si può almeno attendere un effetto positivo sul piano della deflazione del numero dei ricorsi?

Su questo punto io sono piuttosto scettico, per la semplice ragione che, non essendo stata puramente e semplicemente soppressa – per fortuna – la deducibilità dei vizi della motivazione, è facile immaginare i ricorrenti continueranno spesso a provarci, anche se per la Corte sarà indubbiamente più semplice, dal punto di vista della *propria* motivazione, sbarazzarsi dei ricorsi fondati esclusivamente su tali vizi (ricorsi che già prima della riforma, a dire il vero, sortivano ben di rado esito positivo).

Non escluderei, inoltre, che la riduzione dell'ambito di censurabilità della motivazione possa essere in parte compensata attraverso una qualche estensione del concetto di violazione di legge su alcuni fronti per i quali la distinzione tra fatto e diritto è sempre stata particolarmente problematica.

Penso, ad es., alle c.d. norme elastiche, per le quali il legislatore utilizza concetti giuridici indeterminati quali, ad es., la "giusta causa" o la "buona fede", la cui concreta determinazione, stando ad un orientamento della sezione lavoro a mio avviso esattissimo, rappresenta un'operazione squisitamente giuridica, direttamente sindacabile in sede di legittimità.

Ma penso soprattutto alle presunzioni, che costituiscono uno strumento di accertamento e ricostruzione dei fatti assolutamente normale per il giudice di merito.

In materia di prova presuntiva, infatti, se è vero che è devoluta al giudice di merito la valutazione della ricorrenza dei requisiti enucleabili dagli art. 2727 e 2729 c.c. per valorizzare gli elementi di fatto quale fonte di presunzione, è pur vero che tale giudizio non può sottrarsi al controllo in sede di legittimità, ai sensi dell'art. 360, 1° comma, n. 5), c.p.c., laddove risulti che, violando i criteri giuridici in tema di formazione della prova critica, il giudice si è limitato a negare valore indizia-

cassazione la violazione del canone del prudente apprezzamento delle prove (art. 116, 1° comma, c.p.c.) e abbandona una delle funzioni chiave del controllo di legittimità delle decisioni giudiziali: il controllo sulla congruità logica della motivazione» (così A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Napoli 2014, 523).

rio ai singoli elementi acquisiti in giudizio, senza accertarne l'effettiva rilevanza in una valutazione di sintesi.

Insomma, le difficoltà che angustiano la nostra Corte suprema sono reali e serie, ed hanno cause agevolmente individuabili, da attribuire per un verso all'insipienza del nostro legislatore e per altro verso alla scarsità delle risorse disponibili. Rispetto a tali difficoltà, non sono affatto sicuro che il recente intervento sull'art. 360 n. 5) avrà l'effetto salvifico che qualcuno si attende; mentre è certo ch'esso si tradurrà nell'ennesima penalizzazione delle garanzie sul fronte delle impugnazioni.

Tra dogmatismo e antidogmatismo. Considerazioni sugli studi processual-civilistici alla Sapienza romana¹

Giordano Ferri

1. Il nuovo metodo nella dottrina processualistica di Giuseppe Chiovenda: la funzione pubblica del giudizio e la teoria dell'azione

Negli anni immediatamente successivi alla proclamazione del Regno d'Italia² l'ordine degli studi della Facoltà giuridica romana era ancora caratterizzato dalla tradizionale impostazione di origine medievale in cui il diritto romano e il diritto canonico godevano della centralità dell'insegnamento. Tale ordinamento, infatti, ammetteva come ulteriori discipline soltanto il diritto penale e il commerciale.

Il quadro mutò sensibilmente dopo l'annessione di Roma al Regno d'Italia quando la Facoltà promosse un più ricco e diverso corso di studi³.

¹ Il presente contributo è apparso già nel n. 13/2018 di *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*.

² Da quel momento in cui la scienza giuridica italiana fino ad allora "riposata sui mietuti allori" – come ebbe a sostenere Filippo Serafini in un giudizio impietoso, poi criticato, espresso nell'*Archivio giuridico* del 1869 – seppe emergere dalla marginalità in cui si trovava relegata all'inizio del XIX secolo e vivere una crescita significativa. Sul punto si vedano P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano 2000, 40-42, 44; E. STOLFI, *Serafini, Filippo*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, vol. 2, 1850 ss. Da ultimo si veda inoltre M. CARVALE, *Introduzione*, in *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, a cura di M. CARVALE e F.L. SIGISMONDI, Napoli 2014, XIII. Sull'impronta significativa che Serafini lasciò nell'ateneo romano quando il diritto comune era divenuto un diritto non più vigente ma esclusivamente storico, si veda A. FIORI, *Il più atteso postliminio. La Sapienza di Roma da università pontificia ad università italiana*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. CAZZETTA, Bologna 2013, 155 ss.

³ Sull'evoluzione normativa di quegli anni, cfr. M. GHIRON, *Studi sull'ordinamento della*

L'insegnamento della procedura civile negli ultimi tre decenni dell'Ottocento venne perlopiù affidato a docenti di altre materie che avevano talvolta manifestato interessi scientifici per questioni specifiche del rito civile.

In questa cornice si nota come i singoli contributi di questi docenti costituirono le basi, le ragioni embrionali di quella reazione al *dictum* del legislatore unitario che avrebbe portato alla elaborazione teorica di un modello di processo antagonista alla "costruzione" liberale del rito civile impressa nel codice del 1865⁴.

Infatti, le affermazioni dottrinali rivolte alle scelte del legislatore unitario attraverso un esame storico degli istituti processuali⁵, un richiamo agli aspetti sociali dei fenomeni giuridici⁶ ed un primo impulso ad elaborazioni concettuali⁷, lasciarono spazio, sulla base di un impianto prevalentemente dogmatico, ad un progetto scientifico di

Facoltà giuridica, Roma 1913, 159-174.

- ⁴ Sul punto ci si permette di rinviare a G. FERRI, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, in "Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna", 4 (2013), 1-36.
- ⁵ La necessità di un esame storico degli istituti processuali è presente, ad esempio, nel pensiero di Giuseppe Saredo espresso nella prolusione romana del 23 novembre 1872, quando il giurista, dopo aver accolto la tesi savignyana del diritto giudiziario come organica manifestazione del popolo, richiama esplicitamente il monito di Filippo Serafini sull'importanza di studiare nella loro origine e nel loro svolgimento storico le fonti da cui sono tratte le disposizioni dei codici: cfr. G. SAREDO, *Introduzione allo studio della procedura civile e dell'ordinamento giudiziario. Prolusione letta nella R. Università di Roma, nell'inaugurazione del Corso di procedura civile il 23 novembre 1872*, in *Id.*, *Istituzioni di procedura civile precedute dall'esposizione dell'ordinamento giudiziario italiano*, Firenze 1873, 11 ss. È presente altresì nel pensiero di Enrico Galluppi sulla teoria dell'opposizione del terzo fatta risalire ad un frammento del giurista romano Paolo (inteso dall'autore come principio di diritto naturale) e dalle Decretali di Gregorio IX che partivano dal presupposto che se l'interesse sociale e la stabilità nei diritti privati esigevano che, decisa una controversia giuridica, la pronuncia del magistrato si debba ritenere come la espressione della verità, questo stesso interesse sociale richiede che a tale principio non si attribuisca un valore assoluto ed illimitato: cfr. E. GALLUPPI, *Teoria della opposizione del terzo come mezzo per impugnare le sentenze*, Torino 1895.
- ⁶ L'approdo nella processualistica romana delle influenze del socialismo giuridico si connota nell'opera di Carlo Lessona. Per la ricca bibliografia sull'autore e sul punto in questione si rinvia a G. FERRI, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., 18-23.
- ⁷ Si pensi ad una prima dogmatica ricostruzione della teoria dell'azione operata da Vincenzo Simoncelli: cfr. V. SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario dettate dal prof. Vincenzo Simoncelli nell'Università di Roma l'anno 1900-1901, raccolte da Ottorino Petroni*, Roma 1901, 40 ss. Anche sulle argomentazioni assunte da Simoncelli in tema di azione si rinvia a G. FERRI, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., 23-26.

riforma del codice di rito che si attesta unico nel panorama della cultura giuridica italiana ma che sarà destinato a rimanere un insieme di proposte e di intenti appunto scientifici, senza mai trasmigrare interamente nella penna del legislatore.

Sono anche delle proposte e degli intenti che, sebbene lontani dal rimaner costretti nella vicenda intellettuale di Giuseppe Chiovenda⁸, si affermano per una originalità di pensiero così singolare che è imprescindibile il ricondurli al loro autore.

Nella Facoltà giuridica romana il Chiovenda fece ingresso come libero docente nell'anno accademico 1900-1901 e tenne la prolusione su *Le forme nella difesa giudiziale del diritto* il 21 gennaio 1901. Nell'Ateneo romano sarebbe tornato come professore ordinario a partire dal dicembre 1906, l'anno di pubblicazione dei suoi *Principii di diritto processuale civile*, dopo aver insegnato nelle Università di Parma, Bologna e Napoli.

Nella prolusione romana, pubblicata nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, partendo dal presupposto che l'attuazione del diritto richiede la previsione ed il rispetto delle forme procedurali intese come endogene alla stessa tutela processuale delle situazioni giuridiche controverse, in quanto il farne a meno significa accettare l'idea che «avrebbe ragione il colombo di lagnarsi dell'aria che rallenta il suo volo, senza accorgersi che appunto quell'aria gli permette di volare»⁹, il Chiovenda fece appello alla scienza giuridica perché questa avviasse uno studio razionale delle forme vigenti, laddove per razionale doveva intendersi prima di tutto la necessità che le forme giudiziali venissero disposte in modo che gli individui sentissero il più possibile la loro opportunità e il meno possibile le limitazioni alla libertà d'agire per la difesa del diritto.

Si rinviene nel suo pensiero una concezione del rito civile più matura e più prossima ad una elaborazione teorica e concettuale del processo.

⁸ Sulla vita e le opere di Chiovenda si veda da ultimo M. MECCARELLI, *Giuseppe Chiovenda*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, VIII appendice, Roma 2012, 463 ss. Altra bibliografia è riportata in G. FERRI, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., 26-27, in particolare n. 97 e n. 99.

⁹ G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1901, 194.

Una elaborazione che muove indubbiamente dalla preliminare idea di costruire un sistema del diritto processuale civile italiano.

Nei suoi *Principii* traspare l'influenza dogmatica di Adolf Wach e di Franz Klein nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l'autorità dello Stato¹⁰, nel sottolineare il nuovo ruolo dell'azione percepita non più come un'articolazione del diritto sostanziale privato ma come diritto autonomo di natura pubblica.

Come ben considerato anche dall'attenzione critica di Nicola Picardi¹¹, fin dalla nota storica che introduce i *Principii* Chiovenda evidenzia come tratto patologico del processo l'assoluta estraneità dai principi di oralità, immediatezza e concentrazione: tale estraneità determina una serie di inconvenienti che producono uno scollamento tra l'attività processuale in concreto svolgasi e la decisione della causa¹². Il superamento della criticata struttura processuale avviene, dunque, attraverso l'alternativa del processo orale, laddove con l'espressione oralità il Chiovenda non intende esigere l'esclusione della scrittura ma intende richiamare, in una formula complessa, una sintesi di vari principi connessi e inscindibili fra loro. L'oralità, infatti, comprende secondo il Chiovenda una serie di principi consequenziali quali l'identità fisica del giudice della causa, la concentrazione della causa, l'inappellabilità delle sentenze interlocutorie e, secondo una costruzione profondamente concettuale che investe l'intero modello liberale di processo, i poteri del giudice. Attraverso questo nuovo rito il giudice assume un ruolo attivo e di direzione nella causa come espressione dello Stato, a cui è demandata la funzione di assicurare la giustizia, e potrà e dovrà conoscere le attività processuali, come le deduzioni, gli interrogatori, gli esami testimoniali, le perizie non in base alle "morte scritte" ma in base all'impressione ricevuta da queste attività avvenute davanti a lui e da lui vissute.

Tale concezione del processo si connette strettamente al concetto chiovendiano di azione¹³: se il processo è visto come organismo generale di attuazione della legge e non dei singoli diritti soggettivi (delle sin-

¹⁰ G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1901, 194.

¹¹ N. PICARDI, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1973, 1 ss.

¹² G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli 1922, 681 ss.

¹³ *Ibidem*, 46 ss. Sul concetto chiovendiano di azione, per un'analisi più approfondita del ragionamento del processualista, si rinvia a G. FERRI, *Studi di diritto processuale civile nella Facoltà giuridica romana XIX e XX secolo*, cit., 33-36.

gole obbligazioni, secondo la terminologia del Chioventa), l'azione è vista come mezzo per ottenere nel processo l'espletamento della funzione pubblica che gli è riconosciuta. Ed è su questo terreno che si coglie la distanza rispetto all'insegnamento dei predecessori dell'Università romana. L'azione è definita come un diritto potestativo, come il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge. Il fatto che l'azione è altro dal diritto soggettivo, dall'obbligazione e soprattutto non è il mezzo per dare a questa attuazione (ma, viceversa, per dare realizzazione alla legge), comporta che essa – come diritto autonomo – nasce e si estingue indipendentemente dall'obbligazione. Chioventa propone, quindi, una classificazione – invalsa fino ai nostri giorni – che tuttavia si ancora, al fondo, all'idea unitaria dell'azione come diritto del tutto autonomo e staccato dal diritto sostanziale¹⁴.

2. I primi studi processuali di Riccardo Orestano come spinta per un lavoro *in progress*

Questa prospettiva dogmatica e sistematica del diritto processuale di Chioventa, pochi anni prima della conclusione della sua carriera scientifica e didattica e pochi anni prima della sua morte, pur nella consolidata tradizione degli studi romanistici dell'Ateneo romano, iniziava, non senza pause o difficoltà, ad essere destinata ad un ripensamento sul piano storico-giuridico.

Si è fatto riferimento alla consolidata tradizione della romanistica dei primi del Novecento in quanto l'identità di tali studi nella Facoltà giuridica romana, negli anni dei *Principii* di Chioventa, si presentava fortemente caratterizzata dalla impostazione scientifica e dal punto di vista del fondatore del *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* Vittorio Scialoja¹⁵ che, sebbene attento a sostenere come nelle lezioni di

¹⁴ Osservano infatti S. Satta, C. Punzi, *Diritto processuale civile*, ed. XIII, Padova, 2000, 128 che l'idea dell'azione, in contrapposizione alle azioni, o comunque l'idea dell'azione nella quale tutte le azioni si risolvono sorge proprio dal processo, dalla considerazione del suo esercizio nel processo e riflette la concezione di essa come diritto ed in particolare come diritto completamente autonomo rispetto al diritto sostanziale la cui tutela giurisdizionale si richiede.

¹⁵ Sul ruolo centrale di Vittorio Scialoja nell'insegnamento romano si veda da ultimo L. Moscati, *Nugae civilistiche. Sulla scuola romana del primo Novecento*, in "Jus civile", 6 (2017), 572 ss. Ampia la bibliografia sulla vita e le opere del romanista. A tal riguardo si rinvia a: M. Brutti, *Vittorio Scialoja. Diritto romano e sistema nel tardo Ottocento*, in "Bullettino dell'Istituto di Diritto romano", 105 (2011), 71 ss.; Id., *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino 2013, 65 ss.; A. Fiori, *Le proslusioni*

Pandette il docente dovesse rivelare ai discenti l'indole controversa del pensiero giuridico romano, aveva sempre finito per considerare le fonti ante giustinianee e lo stesso Corpus iuris civilis come modello dell'ordinamento sistematico vigente¹⁶. Non è un caso che la sua attenzione ad alcune questioni del diritto processuale si palesi attraverso una trattazione dogmatica¹⁷ e insieme positivistica della procedura civile romana¹⁸.

storico-giuridiche e romanistiche della Facoltà di Giurisprudenza (1871-1922), in *La Facoltà giuridica romana in età liberale. Prolusioni e discorsi inaugurali*, cit., 456 ss.

¹⁶ Da ultimo, in tal senso, su questo particolare aspetto della recezione del filone di studi romanistici tedeschi nella civilistica italiana dei primi del Novecento, con una convergenza di prospettive, si sono espressi: N. IRTI, *Scuole e figure del diritto civile*, Milano 2002, 47 ss.; M. CARVALE, *Storia del diritto nell'Europa moderna e contemporanea*, Roma-Bari 2012, 384 ss.; S. SOLIMANO, *Tendenze della civilistica postunitaria*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero*, cit., 381 ss.; Id., *Un secolo giuridico (1814-1916). Legislazione, cultura e scienza del diritto in Italia e in Europa*, in P. ALVAZZI DEL FRATE, M. CAVINA, R. FERRANTE, N. SARTI, S. SOLIMANO, G. SPECIALE, E. TAVILLA, *Tempi del diritto. Età medievale, moderna, contemporanea*, Torino 2016, 360 ss.

¹⁷ A tal riguardo si vedano: F. CIPRIANI, *Le dimissioni del professore Mortara e i 'germanisti' del preside Scialoja*, in *Rivista di diritto processuale*, 45 (1990), 770 ss.; Id., *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano 1991, 55 ss.; Id., *Vittorio Scialoja e la maiuscola reverenziale di Giuseppe Chiovenda*, in *Diritto romano attuale*, 3 (2000), 71 ss.; Id., *Vittorio Scialoja e la procedura civile*, in *Foro italiano*, 131 (2006), V, 265 ss.; Id., *Giuseppe Chiovenda e la 'Rivista italiana per le scienze giuridiche' (ancora sul dissidio tra Scialoja e Chiovenda)*, in *Giusto processo civile*, 4 (2009), 1271 ss.; A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in "Buletto dell'Istituto di Diritto romano «Vittorio Scialoja»", Quarta Serie, I (2011), 103 ss.

¹⁸ A prescindere dal necessario e doveroso inquadramento della formazione di Scialoja nella figura del *Volljurist* – per usare un'espressione in cui si sarebbe poi riconosciuto Ernst Zitelmann nella celebre conferenza sull'educazione del giurista del 1909 – come ben evidenziano i suoi diversi contributi su questioni di diritto processuale vigente, ad esempio, in tema di azione di nullità contro i lodi arbitrari (cfr. V. SCIALOJA, *L'impugnativa delle decisioni arbitrali in materia di commutazione di prestazioni fondiarie secondo la legge 8 giugno 1873*, estratto da *Foro Italiano*, Anno XXV, Fasc. XXI, 1990, 3-15) o in tema di determinazione della natura della causa (civile o commerciale) al fine di individuare i termini per appellare (cfr. Id., *Sull'art. 485 Cod. Proc. Civ.*, estratto da *Rivista di Diritto commerciale, industriale e marittimo*, Anno I, fasc. 4, 1903, 3-6), i suoi interventi tecnici in qualità di senatore del Regno contro l'istituzione perpetua di una giurisdizione speciale occasionalmente attribuita alle commissioni parlamentari d'inchiesta per le spese di guerra e sulla gestione delle terre liberate (cfr. Id., *Contro le giurisdizioni speciali*, estratto da "Le leggi e i Decreti Reali secondo l'ordine della inserzione nella Gazzetta Ufficiale", Anno 1922, fasc. I, 1922, 3-18), si può agevolmente comprendere come, ad esempio, la trattazione dei limiti all'esercizio dei diritti (ed il connesso problema della collisione dei diritti) implichi nel suo pensiero un dialogo costante tra l'uso delle categorie romanistiche e il diritto vigente (cfr. Id., *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, Roma 1894, 20-35 e, prima

Benché le sue lezioni su *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti* del 1894 si distanzino ad esempio da quella che sarà l'operazione concettuale di Chiovenda¹⁹, in quanto calibrate sull'idea che l'azione è un atto giuridico con cui si garantisce il rapporto giuridico²⁰ e dunque "chi intenta un'azione esercita il proprio diritto, appunto perchè la difesa del diritto è un elemento costitutivo del diritto stesso"²¹, appare evidente, sotto un profilo più generale, come la costruzione romanistica del processo avvenga sia nell'ambito di un pensiero giuridico plasmatosi ancora sul metodo storico contenuto nel *Der römische Zivilprozess und die Aktionen del Keller* – la cui edizione (la terza) citata

ancora, Id., *Aemulatio*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, I, Parte II, Sezione Prima, 1892, 444-452). Appare così certamente fondato il giudizio espresso da Franco Cipriani laddove sostiene che "anche a prescindere dai risvolti accademici l'«invasione» del romanista Scialoja e dei suoi «germanisti» nel campo della procedura civile italiana suscita perplessità *ante omnia* sul piano strettamente scientifico: un processualista italiano, che ha il compito istituzionale di studiare il processo civile italiano, deve conoscere anche gli stranieri, ma non può attenersi solo agli stranieri, né tanto meno può ignorare ostentatamente gli italiani, specie se del calibro di Pescatore, Pisanelli, Mattiolo, Mortara, Manfredini e Lessona" (cfr. F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, Milano 2006, 243).

¹⁹ Benché Antonio Carratta sottolinei come l'allontanamento chiovendiano dalla ricostruzione pandettistica del concetto romano di azione vada inteso in modo più sfumato: "Significativa, anzitutto, è la circostanza che la parte introduttiva del corso di Scialoja dedicata alla «teoria delle azioni» si apra con la celebre definizione dell'azione di Celso (*Actio autem nihil aliud est quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur*: D. 44, 7, 51, *de obligat. et act.*), alla quale si accompagna subito la considerazione che essa rappresenti «solo una definizione d'uno dei molteplici aspetti sotto cui il concetto di azione a noi si presenta», essendo evidente che «nel senso in cui noi adoperiamo questa parola» occorre riconnettervi ulteriori aspetti. Ed è nella enucleazione di questi ulteriori aspetti del concetto di azione che il discorso ci pare presenti le novità più interessanti, solo parzialmente riprese nella successiva elaborazione del sistema chiovendiano" (cfr. A. CARRATTA, *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, cit., 115).

²⁰ Del resto, negli anni Novanta dell'Ottocento, come ben noto, Scialoja tradusse il *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny e ne sposò convintamente la tesi che vedeva l'azione come consustanziale al diritto soggettivo: cfr. F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. ital. V. SCIALOJA, vol. V, Torino 1893, 4 ss.

²¹ V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, cit., 16. Dedicando un capitolo alla *Teoria delle azioni*, Vittorio Scialoja, con una argomentazione forse incoerente, scrive: "Posso dire invece io «ho un'azione» avendo solo di mira il punto di vista meramente processuale; e tanto può diventare meramente processuale, e distaccarsi dal diritto sostanziale questo concetto, che si può giungere fino a dire che si ha azione nonostante che non si abbia diritto, perchè tutti possono agire in giudizio, anche coloro che non hanno diritto, salvo poi a perdere necessariamente la lite e pagarne le spese e i danni; ma intanto si può agire. Ma questo concetto meramente processuale non si ha mai in mira nè dai Romani nè da noi" (cfr. *Ibidem*, 103).

da Scialoja è quella del 1863 curata dal Krüger e poi tradotta in italiano da Filomusi Guelfi²² – sia tenendo in considerazione, proprio per il rapporto tra diritto sostanziale (obbligazione) e diritto processuale (azione), le *Pandekten*²³ del Dernburg, del Regelsberger, del Brinz, dell'Hölder, del Puchta e del Windscheid²⁴.

Non sarà un caso che lo stesso Pietro Bonfante²⁵, il quale, come allievo, marcò la giovanile svolta storicistica di Scialoja, andando forse oltre il punto di vista del maestro, con una trattazione degli istituti romani completamente immersa nella storia²⁶, rinviene nell'antitesi

²² F.L. VON KELLER, *Il processo civile romano e le azioni*, trad. F. Filomusi Guelfi, annotazioni di N. de Crescenzo, Napoli 1872. La stessa struttura delle lezioni di Scialoja appare modulata sull'opera del Keller: basti pensare che perdura nel pensiero di Scialoja la concezione non unitaria delle *extraordinariae cognitiones* e la consapevolezza di ricostruire storicamente l'evolversi di questa procedura di giudizio così diversa dalla tradizionale *datio iudicis* a prescindere dal dibattito dottrinale accesi in quegli anni e che vedeva posizioni contrapposte con una tendenza prevalente a considerare la natura monolitica dell'istituto, come poi avrebbe rilevato, a partire dai suoi studi giovanili, Riccardo Orestano.

²³ Lo stesso Scialoja, in una nota introduttiva alla raccolta di lezioni, evidenzia la necessità di rifarsi ai trattati tedeschi di Pandette benché consapevole che "mentre noi facciamo diritto romano puro, tratteremo anche della procedura romana pura, gli autori tedeschi di Pandette, quando non si limitano semplicemente alla parte di diritto civile, ma entrano nel campo della procedura, si riferiscono alla procedura tedesca attuale" (cfr. V. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti. Lezioni del prof. Vittorio Scialoja raccolte da C. Mapei e E. Nannini*, cit., 7).

²⁴ Si sottolinea come gli esponenti della Pandettistica tedesca siano concordi nel ritenere che la erronea concezione dell'*actio* romana come generata dalla violazione di un diritto sia da ricondurre alla costruzione savignyana operata nel V volume del suo *System des heutigen römischen Rechts* ove il fondatore della Scuola storica sostiene che l'azione, manifestandosi in posizione di difesa del diritto subiettivo sottostante, aveva lo scopo di tutelare la persona al verificarsi di determinati eventi lesivi. Emblematiche al riguardo appaiono le argomentazioni critiche del Windscheid che riprendono quelle degli interpreti della dottrina tedesca coeva e precedente: cfr. B. WINDSCHEID, *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856, 5 ss.

²⁵ Per una efficace sintesi del pensiero di Bonfante e per i riferimenti bibliografici si veda, da ultimo, l'articolata e complessa voce di Luigi CAPOGROSSI COLOGNESI: cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Bonfante Pietro*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., vol. I, 292-295.

²⁶ Perché "Il fine pratico è svanito. La tendenza attuale nello studio e nell'insegnamento non può essere che scientifica" in forza del fatto che "il diritto romano non è più diritto vigente, e non può essere insegnato come un diritto vigente, cioè come un complesso di norme pratiche destinate a reale applicazione; poiché qui calza veramente il dilemma di Omar: O queste norme dicono lo stesso che le leggi nostre, ed è inutile ripeterle, o non dicono lo stesso, ed è male aggravare e confondere infirmum animum studiosi con l'insegnamento di un diritto diverso" (cfr. P. BONFANTE, *Diritto romano*, ristampa corretta della I edizione, a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, Milano 1976, 82-83, laddove l'autore, nel 1900, si soffermava sul carattere

tra la natura di azione enucleata dalla giurisprudenza romana classica e quella manifestatasi nel diritto giustiniano le ragioni delle diverse posizioni della processualistica del XIX secolo, sottolineando come la teoria della giurisprudenza dei concetti si conformi sostanzialmente al diritto romano puro²⁷.

A sovvertire gli schemi della tradizionale impostazione degli studi storico-giuridici²⁸ fu la voce del giovane Riccardo Orestano²⁹ che, nel dicembre del 1932, con la dissertazione della tesi di laurea su *La cognitio extra ordinem*, scritta sotto la guida di Salvatore Riccobono³⁰, iniziava a contrapporre i dati concreti della realtà storica a quella che si svelerà essere una categoria concettuale esclusivamente storiografica. Del resto il suo maestro, pur avendo avuto un legame intenso con Windscheid nella formazione giovanile in Germania, proprio in quegli

attuale dello studio del diritto romano, sul suo valore storico-sociologico e sul metodo critico-naturalistico delle discipline giuridiche).

²⁷ *Ibidem*, 379-380: "Ma nel senso che sopravvive ancora oggi, l'azione designa il momento dinamico del diritto, il vero momento discreto della norma giuridica dalle altre norme sociali. Il diritto subiettivo, la facoltà di agire nel mondo esteriore, si tramuta con la violazione in una diversa facoltà di agire contro l'autore della violazione, l'esercizio della quale in ordine al diritto si differenzia dalla facoltà di agire corrispondente alle altre norme sociali via via che cresce l'ingerenza dello Stato nelle forme di procedimento. La storia del processo romano rappresenta luminosamente la progressiva differenziazione del concetto specifico di diritto. In questo senso lato ed astratto anche l'eccezione rientra nel concetto dell'azione, e per vero i Romani stessi convengono che dal momento in cui oppone l'eccezione, il convenuto diventa attore: non vi è altra differenza se non che l'eccezione per il suo carattere negativo non può iniziare il processo. La facoltà di agire, inerente in potenza a qualunque diritto, e in certo senso inseparabile dal diritto, vien concepita come un'entità a sé, in quanto il diritto può essere ridotto dalla violazione al suo puro momento dinamico".

²⁸ Sarà lo stesso Orestano a dichiararlo nella sua ultima lezione tenuta presso l'Aula III della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza nel 1979, lezione pubblicata a cura degli allievi con il titolo *Lasciando la cattedra*, in *Foro italiano*, 52 (1979), 141 ss.

²⁹ Per la vita e le opere, oltre alla voce di M. CAMPOLUNGI, *Orestano Riccardo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. II, 1461-1464, si vedano: P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva 'Introduzione allo studio del diritto romano' di Riccardo Orestano)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII (1988), 533-550; A. MASI, *Riccardo Orestano (1909-1988)*, in *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, 39 (1988), 260 ss.; M. BRUTTI, *Antiformalismo e storia del diritto. Appunti in memoria di Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVIII (1989), 675-728; P. GROSSI, *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XXXIX (2010), 919-928.

³⁰ Sulla vita e le opere si veda, da ultimo, la voce di M. VARVARO, *Riccobono Salvatore*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. II, 1685-1688.

anni si era reso sensibile ad un indirizzo critico che mirava a rintracciare nella compilazione giustiniana le alterazioni testuali apportate al pensiero giurisprudenziale classico, con una spinta ad abbandonare l'impostazione dogmatica della Pandettistica. Dopo alcuni contributi di Orestano sulla *cognitio extra ordinem* – si noti per inciso – lo stesso Riccobono, ormai collocato a riposo dall'insegnamento universitario da quattordici anni, pubblicava in onore di Fernando De Visscher la *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del "ius novum"*³¹ nella *Revue internationale des droits de l'antique* del 1949.

Le ricerche orestane – non essendo la tesi di laurea mai stata pubblicata nella sua originale versione – confluirono nella monografia su *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*³² e sul contributo *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico*³³, entrambi del 1937, e soprattutto nella prolusione cagliaritano su *Augusto e la cognitio extra ordinem*³⁴ del 1938. Orestano, per operare una corretta ricostruzione del sistema della *extraordinaria cognitio* durante il principato, critica la storiografia giuridica che si è indissolubilmente legata alla costruzione mommseniana contenuta nella *Römisches Staatsrecht* e che aveva glissato su due quesiti essenziali per lo studio dei problemi relativi al potere legislativo dell'imperatore e al valore delle costituzioni imperiali: se esista un cosiddetto potere legislativo imperiale nei primi tre secoli dell'impero e quale valutazione debba farsene³⁵; quale valore abbia il prodotto dell'attività imperiale nel campo del diritto e di conseguenza quale sia l'importanza delle costituzioni imperiali tra le fonti del diritto³⁶. A questi aspetti si collegano i contenuti della prolusione cagliaritano ove Orestano sulla base di uno studio critico anche del

³¹ S. RICCOBONO, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del ius novum*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3 (1949), 277 ss.

³² R. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali*, Roma 1937.

³³ ID., *Ius singulare e privilegium in diritto romano. Contributo storico-dommatico*, in *Annali della Regia Università di Macerata*, 11 (1937), 5-105.

³⁴ ID., *Augusto e la cognitio extra ordinem*, in "Studi Economico-Giuridici dell'Università di Cagliari", 26 (1938), 153-191.

³⁵ Un potere legislativo dell'imperatore in senso tecnico – secondo Orestano – non esiste a causa del persistere delle antiche concezioni pubblicistiche accanto ai nuovi ordinamenti.

³⁶ La vasta attività imperiale che emerge dalle fonti giuridiche, letterarie ed epigrafiche – secondo Orestano – non trova una legittimazione costituzionale vera e propria ma fa pensare ad una supremazia di fatto degli interventi dell'imperatore sulle antiche *leges*, una supremazia di fatto legata all'*auctoritas* stessa dell'imperatore. Tuttavia egli suggerisce una impostazione di studi che non prescinda nella ricostruzione degli

contributo di Bekker su *Die Aktionen des römischen Privatrechts* del 1873, della già ricordata traduzione italiana dell'opera di Keller, preannuncia l'idea della impossibilità di ridurre a categoria unitaria la complessa e multiforme realtà della procedura che si svolgeva al di fuori dell'*ordo iudiciorum privatorum*. Più esplicitamente, nel 1980, lasciata la cattedra romana da un anno, dopo cinquant'anni di ricerche sul processo, scriverà: "La cognitio extra ordinem non esiste. Esistono le cognitiones extraordinariae, esistono gli extraordinaria iudicia, esistono le extraordinariae actiones. Ma la cognitio extra ordinem, nel senso abitualmente attribuito – che tutti attribuiamo – a quest'espressione, ripeto, non esiste. E' esistita la cognitio come atto o attività del cognoscere, e anche la cognitio quale risultato di questo atto o di questa attività. Invece la cognitio in quanto sistema di cui cogliere e delineare la storia, seguire le vicende, operare la ricostruzione o la costruzione è solo un'astrazione, una categoria storiografica, sostantiva, ipostatizzata e assunta come avente una realtà in sé"³⁷.

2.1. Il punto di partenza per una giovanile riflessione antidogmatica del processo romano

Gli studi sulla *cognitio extra ordinem* segnano l'intera produzione scientifica di Orestano tanto da costituire il punto di partenza della sua concezione storica del diritto romano e con essa dell'affermazione di una nuova prospettiva degli studi storico-giuridici; costituiscono il grimaldello per scardinare, anche nella ancora lontana esperienza dell'insegnamento romano, le tante categorie pandettistiche di cui il pensiero giuridico tedesco è stato fautore.

Per quanto concerne il prosieguo dei suoi studi sul processo, il criterio metodologico messo a punto nelle ricerche sulle cognitiones offre la chiave di lettura di molti suoi contributi destinati a sovvertire non solo categorie storico-giuridiche ma anche costruzioni dogmatiche cui la coeva dottrina processual- civilistica faceva costantemente ricorso: dalla monografia su *L'appello civile* (nelle edizioni del 1952 e 1953), alla voce *Azione* nell'*Enciclopedia del diritto* del 1959, l'anno precedente della

istituti giuridici dalla valutazione delle costituzioni imperiali in quanto comunque esse finiscono per intaccare i principi degli istituti e del sistema giuridico romano.

³⁷ Id., *La "cognitio extra ordinem": una chimera*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 46 (1980), 237.

sua chiamata a Roma, al noto saggio su *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto. Linee di una vicenda concettuale*, apparso nella rivista Jus del 1960, diretta allora da Enrico Allorio.

Con la monografia su *L'appello civile* Orestano studia la natura e la funzione del giudizio di gravame nell'età imperiale occupandosi articolatamente di un tema che la romanistica di allora aveva trattato sommariamente³⁸, talvolta ispirandosi alle ipotesi mommseniane volte soprattutto a negare l'appellabilità delle sentenze dell'*ordo iudiciorum privatorum*³⁹. Un aspetto che invece, proprio in chiave storico-giuridica, nel 1920 aveva destato l'attenzione di Piero Calamandrei nei suoi due volumi su *La cassazione civile* ove il processual-civilista svolge un'ampia analisi dei mezzi di gravame in diritto romano⁴⁰.

Per Orestano l'appello si presenta come mezzo che ha perso ogni carattere della sua iniziale straordinarietà. Esso appare come uno strumento procedurale del tutto entrato nell'uso normale e corrente ammesso in linea di massima contro tutte le sentenze, anche quelle dell'*ordo iudiciorum privatorum* che fossero in sé stesse considerate suscettibili d'impugnazione. Si tratta di un mezzo, dunque, che pur conducendo ad una procedura che si svolgeva nelle forme della *cognitio extra ordinem*⁴¹, è divenuto ordinario, cioè privo di ogni carattere di eccezionalità. E se vi sono, secondo Orestano, talune restrizioni riguardanti l'oggetto dell'appello e la legittimazione dell'appellante⁴², esse attengono piuttosto alla regolamentazione concreta dell'istituto in ordine a situazioni particolari o a ragioni di economia processuale, tanto che pure nella stessa concezione dei giuristi romani esse non sembrano inficiare, in quanto regola, il principio generale dell'appellabilità di ogni sentenza. L'appello si presenta così non più come un *beneficium* o un *auxilium*, da porsi su un piano analogo dell'*integrum restitutio*, ma come un elemento strutturale dell'ordinamento processuale, che ha un suo fondamento obiettivo nell'ordinamento stesso, per come questo si era venuto componendo nella prassi delle varie giurisdizioni e nella normativa impe-

³⁸ Non volendo riportare alcune voci di fine Ottocento, si vedano: E. COSTA, *Profilo storico del processo civile romano*, Roma 1918, 177-185; C. SANFILIPPO, *Sull'appello contro la sentenza del giudice formulare nell'impero*, Spoleto 1934, 38 ss.; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. it., Milano 1938, 305-308.

³⁹ T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Berlino 1871, vol. II, 980-984.

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *La cassazione civile*, vol. I, Torino 1920, 11 ss.

⁴¹ R. ORESTANO, *L'appello civile in diritto romano*, Torino 1953, 186 ss.

⁴² *Ibidem*, 297 ss.

riale. Funzione dell'appello è quella di portare la cognizione della causa all'esame di un giudice superiore a quello che ha pronunciato la precedente sentenza. L'impugnazione, infatti, anche se rivolta contro la sentenza, non conduce, quando l'appello è dichiarato procedibile, soltanto ad un riesame della sentenza impugnata, ma ad una vera e propria rinnovazione del giudizio⁴³ nei suoi elementi di fatto e di diritto; più semplicemente presentava carattere riformatorio, potendo concludersi con una nuova pronuncia di merito e non con una semplice conferma o con un semplice annullamento della sentenza precedente. Ad Orestano va così riconosciuto il merito di aver individuato nell'evoluzione dell'istituto dell'appello le profonde trasformazioni che vengono a orientare l'ordinamento processuale dell'età imperiale. Infatti, l'introduzione e l'affermazione dell'istituto dell'appello presuppongono, implicano e determinano un superamento della concezione privatistica del processo⁴⁴ che aveva caratterizzato gli ordinamenti processuali delle *legis actiones* e in larga parte della procedura formulare. Superamento che non attiene soltanto all'insieme dei rapporti delle parti fra loro e di esse con il giudicante, ma che investe anche la funzione stessa del giudicante e il prodotto della sua attività, la sentenza.

2.2. Il problema dell'azione tra dogmatismo e storicità delle soluzioni

La voce enciclopedica "Azione", condivisa con Salvatore Satta, cui viene affidata la sezione sul diritto positivo negli anni di insegnamento tra Genova e Roma, riflette gli approdi di un più maturo e innovativo metodo storico che non tarda ad inserirsi nel vivace, e già avviato,

⁴³ *Ibidem*, 427 ss. Secondo Orestano che la decisione del giudice d'appello costituisse sempre un nuovo giudizio appare evidente per tre ragioni: anche se il giudice d'appello avesse conservato la precedente sentenza, gli effetti della decisione non avrebbero avuto effetto retroattivo dalla data di pronuncia della sentenza ma dalla data di pronuncia della conferma (secondo quanto stabilito da Ulpiano in D. 3.2.6.1); nella ipotesi di eventuali mutamenti di situazioni intervenuti nel corso del tempo tra primo e secondo giudizio questi non sarebbero potuti essere presi in considerazione come fondamento della nuova decisione (secondo quanto stabilito da Paolo in D. 50.5.10.3); la pronuncia del giudice d'appello, nella ipotesi in cui giudice non fosse stato l'imperatore, sarebbe potuta essere oggetto d'appello costituendo un nuovo *iudicatum*.

⁴⁴ Gli effetti della nuova sentenza, secondo Orestano, si sarebbero estesi automaticamente anche a coloro che, per gli stessi motivi, si fossero astenuti dall'appellare, come prescritto in C. 7.68.1 e 7.68.2.

dibattito che animava i maggiori interpreti della dottrina processual-civilistica del tempo.

Con essa Orestano critica le diverse prospettive dottrinali precedenti che avevano spinto Giuseppe Chiovenda alla prolusione bolognese su *L'azione nel sistema dei diritti* del 1903⁴⁵ e ai suoi *Principii*⁴⁶, Alessandro Pekelis alla voce *Azione* nel *Nuovo Digesto Italiano* del 1937⁴⁷, Piero Calamandrei al contributo dal titolo emblematico *La relatività del concetto di azione*⁴⁸, apparso nella Rivista di diritto processuale civile del 1939.

Punto centrale della voce di Orestano è certamente l'esigenza di distinguere l'azione quale elemento strutturale dei singoli ordinamenti positivi, storicamente determinati, e l'azione per come è stata considerata dai giuristi, fermo restando però che "la valutazione storica del problema deve (...) essere spinta ancora più a fondo, fino a riconoscere, oltre la storicità delle soluzioni, anche la storicità del problema stesso e della scienza che lo pone"⁴⁹. Si allontana così anche dal linearismo e dal provvidenzialismo storico (statocentrico) del Pekelis e dallo schematicismo di Calamandrei fondato sul presupposto del carattere necessario del rapporto tra giurisdizione e azione.

Ampio spazio è riservato dal romanista all'evoluzione del pensiero di Salvatore Satta, in quanto scaturita da una lunga e approfondita esperienza concreta del diritto, anziché da una pura impostazione speculativa. Se in primo tempo – secondo Orestano – Satta aveva sostenuto la tesi che l'azione processuale non sarebbe stato altro che la forma necessaria di esercizio dell'azione, dunque un mero fatto, e che alla base di esso vi sarebbe stato il diritto soggettivo a cui l'azione sarebbe stata indissolubilmente legata condividendone la natura sostanziale, per poi successivamente rovesciare il suo punto di vista ritenendo che l'azione non è un diritto, ma è il diritto stesso che si concreta nell'a-

⁴⁵ G. CHIOVENDA, *L'azione nel sistema dei diritti*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile*, vol. II, Bologna 1904, 3 ss. Sulla prolusione si vedano da ultimo: F. CARPI, *Giuseppe Chiovenda professore a Bologna*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2003, 1101 ss.; A. PROTO PISANI, *Ricordando Giuseppe Chiovenda: le note alla "azione nel sistema dei diritti" del 1903*, in *Foro italiano*, 128 (2003), V, cc. 61 ss.; V. COLESANTI, *La prolusione bolognese di Chiovenda del 1903*, in Id., *Scritti scelti. I. Diritto processuale civile*, Napoli 2010, 12 ss.

⁴⁶ Vedi *supra* par. 1.

⁴⁷ A. PEKELIS, *Azione*, in *Nuovo Digesto Italiano*, II, Torino 1937, 91-108.

⁴⁸ P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padova 1940, 81-101.

⁴⁹ R. ORESTANO, *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959, 785-829.

zione, non avendo altro contenuto che l'azione, non essendo altro che azione, in una riflessione più matura aveva criticato sia l'idea unitaria dell'azione e della sua autonomia, sia la riduzione ad unità sostanziale dei termini diritto-azione. Questa critica viene fondata sull'analisi del rapporto tra soggetto e ordinamento giuridico, tra azione e ordinamento giuridico. Egli infatti afferma che "l'azione non può essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituisce il momento centrale ed essenziale, perché è solo per essa che si può parlare di giuridicità dell'ordinamento". Il rapporto tra soggetto e ordinamento è tale per cui l'azione non può essere definita né come diritto né come potere "ma come effettivo e concreto postulare l'ordinamento giuridico in proprio favore, in definitiva come fatto"⁵⁰.

Così Orestano riconosce a Satta il merito di aver superato la frattura tra diritto e azione che era stata determinata dalla costruzione settecentesca e pandettistica del sistema dei diritti soggettivi e che più di un secolo di dogmatismo processuale aveva esasperato, prima in nome dell'autonomia del diritto d'agire e poi della sua astrattezza. A Satta, inoltre, riconosce il merito di aver contribuito a fare uscire la scienza giuridica processualistica fuori dalle premesse della Pandettistica e dalle "insormontabili aporie logiche create dai suoi procedimenti e dai suoi compromessi".

Un giudizio questo sul pensiero di Satta che costerà ad Orestano le non troppo clementi conclusioni di Giovanni Tarello espresse nel saggio del 1977 dal titolo emblematico *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*⁵¹.

⁵⁰ S. SATTA, *Azione*, in *Enciclopedia del diritto*, cit., 653-659.

⁵¹ G. TARELLO, *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, VII (1977), 158 ss. Giudizio poi ripreso in *Id.*, *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, Bologna 1989, 251 ss.: "Ma vorrei, a questo punto, pormi una domanda: una domanda forse indiscreta, che tuttavia credo mi sia resa lecita proprio da tutta la «liberazione» che ho tratto dall'insegnamento di Orestano. La domanda è questa: qual è il senso politico, la valenza politica, dell'operazione culturale fatta da Orestano, anche con la voce Azione, negli anni cinquanta? Abbiamo visto (o creduto di vedere) il senso e la valenza politica delle operazioni fatte, con l'«azione» e sull'«azione», dagli altri grandi giuristi di questo secolo e della nostra area culturale, Chiovenda, Pekelis, Calamandrei; e ci è apparso che si trattasse, in ogni caso, di una diversa ma sempre in qualche modo «cattiva» azione. E l'operazione di Orestano? Neutrale no, non ci credo (...). A differenza della «buona» azione, la «cattiva» azione di Orestano non può ravvisarsi nei suoi rifiuti, ma può cercarsi nell'unico (a me sembra unico) rifiuto che non ha fatto: non ha rifiutato il mito della «scienza giuridica» come «scienza autonoma», dotata di un autonomo svolgimento, per cui storicizzare i problemi vuol dire riportarli alla storia della scienza giuridica".

3. Il progressivo allontanamento dalla impostazione chiovendiana: i propositi di Arrigo Solmi

A Chiovenda succedette in cattedra il processualista Salvatore Galgano⁵² che dal 1936 insegnò anche Diritto privato comparato, una disciplina che caratterizzò fortemente le sue scelte didattiche e la sua produzione scientifica romana lasciando così al diritto processuale civile i soli quattro lavori già compiuti: nel 1911 i *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*⁵³; *Sulla dottrina della sostituzione processuale*⁵⁴; nel 1924 *Sulla riforma del procedimento civile*⁵⁵; nel 1925 *Ai margini della riforma del procedimento civile. La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause*⁵⁶. Le suggestioni critiche all'impostazione e al metodo chiovendiano, già condensatesi nel panorama nazionale, come ben noto, nel progetto Mortara, nel progetto Carnelutti e poi, con la ripresa della riforma generale del processo civile nel diverso contesto politico-istituzionale del 1933, con il progetto di Enrico Redenti, appaiono desumibili dal suo atteggiamento antidogmatico ed antipositivistico, atteggiamento spinto da quella stessa consapevolezza che farà scrivere appunto a Riccardo Orestano che separando la conoscenza scientifica da quella storica si finiva per postulare una scienza giuridica senza storia ed una storia senza scienza. Come recentemente affermato da Antonino Procida Mirabelli di Lauro⁵⁷, nel pensiero di Salvatore Galgano traspare una chiara idea della comparazione che non solo diviene oggetto prevalente del suo insegnamento e della sua produzione scientifica ma la colloca accanto alla storia, in quanto la comparazione e la storia sono destinate a ricostruire insieme gli ordinamenti nei vari tempi e nei vari Paesi.

⁵² Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *Galgano Salvatore*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. I, 932-933.

⁵³ S. GALGANO, *Contributi alla dottrina dell'arbitrato nel diritto processuale civile*, in *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, VIII (1911), 51 ss.

⁵⁴ ID., *Sulla dottrina della sostituzione processuale*, Milano 1911.

⁵⁵ ID., *Sulla riforma del procedimento civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I (1924), 136-181.

⁵⁶ ID., *Ai margini della riforma del procedimento civile. La scomparsa del procedimento sommario in Italia e le sue cause*, in *Rivista di diritto processuale civile*, II (1925), 27-67.

⁵⁷ A. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, *L'Annuario di diritto comparato nel pensiero giuridico del primo Novecento*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3 (2010), 315-332.

Salvatore Galgano rimase solo nell'insegnamento del Diritto processuale civile fino al 1953, anno in cui si trasferì nella Facoltà giuridica romana Antonio Segni.

Gli anni dal 1936 al 1952 si caratterizzano, dunque, per una stasi della produzione scientifica romana in ambito strettamente processualistico. Lo stesso Emilio Betti, che nella Facoltà giuridica romana avrebbe guardato con una certa attenzione agli studi processualistici, quando nel 1936 pubblicava la seconda edizione del manuale su *Diritto processuale civile italiano*. Appunti delle lezioni, insegnava ancora a Milano⁵⁸.

Tuttavia, in questa parentesi, non è da escludere l'attenzione dell'Ateneo alle riforme del codice di rito civile successive al naufragato progetto Redenti e alla stessa esigenza di una riforma generale della giustizia civile. Basti pensare che nel 1939, nell'anno della pubblicazione definitiva del suo progetto di riforma del Codice di procedura civile, a soli due anni dalla pubblicazione del suo progetto preliminare preceduto da una ricca relazione che esponeva i principi ispiratori della riforma, Arrigo Solmi⁵⁹, ministro Guardasigilli dal 1935, veniva chiamato nella Facoltà giuridica romana alla cattedra di Diritto comune. Lo storico del diritto, cui la storiografia giuridica⁶⁰ ha riconosciuto una impostazione degli studi volta a considerare la storia del diritto come branca delle scienze sociali, più vicina ai fatti economici che al formalismo e all'esegesi delle fonti, come viceversa accadeva nei celebri manuali di Schupfer, Ciccaglione, e Calisse, pone come obiettivo primario della riforma l'abbandono degli approdi processuali dell'individualismo liberale e il ridimensionamento delle teorie chiovendiane sulle quali la dottrina si era lungamente interrogata anche in sede legislativa. Non è un caso che nella Commissione preposta alla redazione del progetto di riforma e da lui stesso presieduta in qualità di Guardasigilli, inserì solo avvocati e magistrati con l'unica eccezione di Enrico Redenti⁶¹, allora docente a Bologna.

Non ci si sofferma in questa sede sul progetto di riforma Solmi che vede pagine impegnate di Taruffo, di Cipriani e, da ultimo, di Vincen-

⁵⁸ Vedi *infra* par. 4.

⁵⁹ Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. MATTONE, *Solmi Arrigo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. II, 1889-1892.

⁶⁰ Sul punto si veda da ultimo G. PACE GRAVINA, *Una cattedra nuova di materia nuova*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. BIROCCHI, M. BRUTTI, Torino 2016, 58 ss.

⁶¹ Sulla vita e le opere si veda da ultimo C. VELLANI, *Redenti Enrico*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. II, 1665-1667.

zo Ansanelli il quale illustra analiticamente⁶² il potenziamento del ruolo del giudice, la drastica riduzione dei tempi del processo mediante la semplificazione delle forme, il contenimento di possibili manovre dilatorie delle parti in risposta ad una esigenza efficientistica del regime e, più segnatamente in tal senso, la previsione di rigide barriere preclusive nella fase introduttiva della controversia laddove alle parti viene imposto l'obbligo di circoscrivere in maniera puntuale le proprie pretese e richieste istruttorie con l'atto introduttivo.

Il progetto Solmi, sottoposto a dure critiche dottrinali (si pensi alla relazione di Calamandrei⁶³) ed alle significative osservazioni delle magistrature e degli ordini forensi, fu abbandonato dal Guardasigilli Grandi, nonostante la tenacia con cui lo storico del diritto ne avesse rivendicato le ragioni in numerose conferenze e incontri di studio⁶⁴ anche negli anni successivi al suo trasferimento a Roma.

3.1. Antonio Segni e il nuovo modo di pensare il diritto processuale civile

Quando Antonio Segni⁶⁵ venne chiamato a Roma, la sua formazione e produzione scientifica aveva raggiunto un carattere di completezza: molti i suoi contributi sul procedimento civile in generale⁶⁶, sulla legislazione di guerra⁶⁷, sulla riforma del processo civile⁶⁸, sulla giuri-

⁶² V. ANSANELLI, *Contributo allo studio della trattazione nella storia del processo civile italiano*, Torino 2017, 255 ss.

⁶³ Cfr. *Parere della Facoltà di giurisprudenza a S.E. il Ministro della giustizia sul progetto preliminare del Codice di procedura civile. Relazione del prof. Piero Calamandrei*, Firenze 1937.

⁶⁴ A. SOLMI, *La riforma del Codice di procedura civile. Discorsi, conferenze, interviste*, Roma 1937.

⁶⁵ Sulla vita e le opere si veda da ultimo A. MATTONE, *Segni Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, cit., vol. II, 1843-1845.

⁶⁶ Si fa riferimento ad esempio alla monografia sull'*Intervento adesivo. Studio teorico-pratico*, Roma 1919, a quella su *L'intervento volontario in appello*, Sassari 1920, ed ai seguenti contributi: *Procedimento civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, Torino 1939, 539 ss.; *Alcuni orientamenti della dottrina processuale germanica*, in *Rivista di diritto commerciale*, XXXIX (1941), parte I, 77 ss.

⁶⁷ Si pensi alla sua prolusione perugina su *La legislazione processuale di guerra e la riforma del processo civile*, in *Studi sassaresi*, II (1921), 106-138.

⁶⁸ Si fa riferimento ai suoi contributi su: *Ancora in tema di riforma del processo civile*, in *Studi sassaresi*, cit., 332 ss.; *Osservazioni sul progetto preliminare del codice di procedura civile*, in *Studi sassaresi*, XV (1937), 171 ss.; *Intorno al nuovo procedimento civile*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche pubblicata per cura dell'Università Cattolica del Sacro Cuore*, I (1940), fasc. I, 215 ss.; *El nuevo proceso civil italiano*, in *Revista de Derecho Privado*, XXV (1941), 129 ss.; *Il giudice istruttore nel processo civile*, in *Atti dell'incontro fra magistrati*,

sdizione e sulla competenza⁶⁹, sulla Corte di cassazione e sul giudizio di rinvio⁷⁰, sul giudicato civile⁷¹.

Un sintetico ma efficace profilo scientifico di Segni viene tracciato da Salvatore Satta quando, nel 1965, promuove la raccolta degli scritti in due volumi del processualista da poco dimessosi come Capo dello Stato. Nella presentazione agli *Scritti*, Satta sottolinea l'influenza di Chiovenda nel pensiero di Segni, che ne fu primo allievo, ma allo stesso tempo rivendica l'autonoma consapevolezza che questi aveva maturato della scienza del processo, "una scienza per sua natura intranquilla" perché come il processo è al centro dell'esperienza giuridica, così la scienza che lo studia subisce il travaglio di questa esperienza. Dunque, Satta evidenzia come Antonio Segni abbia sviluppato una sua individualità scientifica laddove "Lo Stato contemporaneo non è più lo Stato di Chiovenda, e lo studioso del processo non può non seguirne l'evoluzione, e osservarne i contraccolpi nell'oggetto del suo studio"⁷².

Negli anni in cui Segni dà avvio al suo insegnamento romano il diritto processuale civile offre spunti di riflessione sul delicato problema delle garanzie costituzionali in sede giurisprudenziale e sulla natura del sindacato di legittimità costituzionale: il Codice di procedura civile del 1940, fondato sulla concezione pubblicistica del processo e sull'aumento dei poteri del giudice seppur in una funzione esclusivamente tecnica volta a consentire un procedimento semplice e rapido, si era imposto, dunque, era sopravvissuto alla promulgazione della Costituzione repubblicana pur essendo con essa in palese attrito; la Corte di Cassazione, cui rimarrà affidata l'applicazione della Costituzione fino

professori universitari e avvocati per lo studio del tema: Il giudice istruttore nel processo civile, Milano 1955, 13 ss.

⁶⁹ Si fa riferimento alla voce *Giurisdizione civile*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. IX, Torino 1938, 387 ss., ed ai seguenti contributi su: *L'applicazione delle norme sulla nuova circoscrizione giudiziaria ai processi pendenti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, II (1925), parte II, 72 ss.; *Ancora in tema di applicabilità delle nuove norme sulla competenza alle cause pendenti*, in *Rivista di diritto processuale civile*, cit., c.p.p. 147 ss.

⁷⁰ Si vedano ad esempio i contributi su: *Sulla decorrenza del termine di perenzione nel giudizio di rinvio*, in *Foro italiano*, XLIII (1918), parte I, cc. 456 ss.; *La cassazione civile ed un libro recente*, in *Rivista di diritto commerciale*, XIX (1921), parte I, 509 ss.; *Sulla decorrenza del termine di perenzione nel giudizio civile*, in *Rivista di diritto processuale civile*, III (1926), parte II, 277 ss.

⁷¹ Si fa riferimento al saggio su *Regiudicata civile*, in *Studi sassaresi*, XIV (1936), 178 ss. e a quello su *La natura dell'eccezione di cosa giudicata, e il procedimento per le controversie individuali di lavoro*, in *Foro italiano*, LXII (1937), parte I, cc. 826 ss.

⁷² S. SATTA, *Presentazione*, in A. SEGNI, *Scritti giuridici*, vol. I, Torino 1965, VII.

al 1956, non assume orientamenti interpretativi intesi ad adeguare la normativa ordinaria ai principi costituzionali.

È in questo ambito che Segni offre alla cultura giuridica del tempo il suo contributo innovativo per l'oggetto di studi e per le argomentazioni apportate su *Il processo civile nello Stato contemporaneo*, apparso nella rivista *Jus* del 1954. Vive ora in Segni, quando ancora la Corte costituzionale non era operativa (lo sarebbe diventato di lì a breve per volontà di Segni quale Presidente del Consiglio dei Ministri), la consapevolezza della necessità di spostare l'attenzione della dottrina sui problemi di controllo e di conformità della legislazione processuale in riferimento al testo costituzionale. Il giudizio di sindacato di legittimità costituzionale viene fatto rientrare da Segni nel diritto processuale e la pronuncia della Corte viene dallo stesso ritenuta di natura giurisdizionale e costituisce cosa giudicata in senso sostanziale così che se estinto il processo nel corso del quale fosse intervenuta la decisione della Consulta, in una nuova causa, tra le stesse parti, sarebbe potuto valere il giudicato sulla incostituzionalità⁷³.

Sono anni, quelli romani, in cui il pensiero di Segni è volto anche a mettere a frutto e forse superare le tante, troppe riflessioni, talvolta critiche, che avevano occupato per molto tempo la cultura giuridica italiana e lui stesso (fino al 1941 con *Alcuni orientamenti della dottrina processualistica germanica*) sui principi posti dalla grande scuola processualistica tedesca che aveva, appunto, postulato l'azione come diritto indipendente da quello subiettivo sostanziale e l'ordinamento processuale come ordinamento autonomo volto esclusivamente ad attuare la tutela giuridica. Nel suo contributo su *L'unità del processo*, apparso nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, sempre nel 1954, sostiene che l'autonomia del diritto processuale da quello sostanziale non andava certo liquidata con la teoria della relatività del concetto di diritto d'azione, come aveva sostenuto Piero Calamandrei, ma andava individuata più concretamente nel fine unitario del processo che è la certezza processuale, una certezza che non poteva legarsi alla realtà, al significato delle situazioni giuridiche soggettive contrapposte e alle relative previsioni normative del diritto sostanziale ma al solo tessuto connettivo delle regole che disciplinano il concreto diritto d'azione, vale a dire a quel sistema di regole finalizzate a rendere dinnanzi al giudice la realtà extra-processuale⁷⁴.

⁷³ A. SEGNI, *Il processo civile nello Stato contemporaneo*, in *Jus*, 23 (1954), 23 ss.

⁷⁴ ID., *L'unità del processo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, VII (1954), 217 ss.

3.2. L'approccio di Salvatore Satta in una ricostruzione antidogmatica del processo civile: l'azione e la sussistenza del diritto

Tuttavia, un allontanamento vero e proprio dall'impostazione chiovendiana caratterizzò certamente l'insegnamento di Salvatore Satta che nel 1958 venne chiamato ad insegnare diritto fallimentare nella Facoltà giuridica romana, succedendo poi alla cattedra di Diritto processuale civile nel 1962 quando Segni, ormai fuori ruolo, fu eletto Presidente della Repubblica.

È la stagione in cui pubblica la nota opera su *Soliloqui e colloqui di un giurista*, i quattro volumi sul *Commentario del codice di procedura civile* e i *Quaderni del diritto e del processo*, il primo uscito nel 1969 e il sesto pubblicato nel 1973, l'anno prima di essere collocato in congedo.

Sono gli anni in cui Satta promuove, peraltro, tra i suoi allievi, una impostazione di studi volta a guardare gli sviluppi storici degli istituti processuali. Ne è testimonianza il contributo monografico, scritto sotto la sua guida, di Carmine Punzi su Giudizio di fatto e giudizio di diritto. Contributo monografico pubblicato nel 1963, appena conseguita a Roma la libera docenza in diritto processuale civile. Punzi, infatti, spinto dallo studio francese di Gabriel Marty su *La distinction du fait et du droit*⁷⁵ del 1929 e considerando fatto e diritto non quali mere categorie ma quali oggetti dell'esperienza giuridica che si realizza nel giudizio, ricostruisce come la distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto sia estranea al diritto romano e al diritto comune e abbia una propria determinazione storica nella formulazione dei costituenti francesi del 1790⁷⁶. Le riflessioni di Punzi avrebbero poi trovato accoglimento nelle stesse considerazioni di Satta espresse nel secondo volume del suo *Commentario*⁷⁷.

Questa attenzione alla ricostruzione storica della realtà processuale, o meglio, delle realtà processuali avviene in una dimensione e in un significato diversi da quella postulata da Giuseppe Chiovenda nei suoi Principii. Satta, infatti, si misura con l'evoluzione degli istituti processuali attraverso l'applicazione di quel metodo storico certamente ricondu-

⁷⁵ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la Cour de cassation sur les Juges du fait*, Paris 1929.

⁷⁶ C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, I, *Premesse generali*, Milano 1963, 53 ss.

⁷⁷ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. II, *Processo di cognizione*, Milano 1966, 190-198.

cibile al costruttivo dialogo scientifico che ebbe con Riccardo Orestano con il quale condivise, peraltro, gli intensi anni romani di insegnamento.

Così nel "soliloquio" su *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, apparso nella *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* del 1964 prima di essere pubblicato nell'opera del 1968, sottolinea come l'esaltazione del *Zivilprozessrecht* a discapito della mera nozione di procedura fosse imputabile ad una scelta esteriore al progressivo sviluppo della scienza giuridica processualistica, quasi fosse un punto di vista opinabile volutamente introdotto dalla dottrina tedesca della seconda metà dell'Ottocento. Nel pensiero di Chiovenda "Processo e procedura vengono così a costituire una autentica opposizione e non soltanto su un piano scientifico, ma sul piano storico e sul piano legislativo" in quanto egli "traccia la storia ideale di un processo che si involge in procedura per ritrovare nel rinnovato spirito dei tempi se stesso, cioè ridiventare processo"⁷⁸. Secondo Satta questa operazione – "una autentica febbre di crescita" che "ha prodotto molte deviazioni"⁷⁹ anche se ha avuto il merito di costringere a ripensare "in chiave di processo tutti i grandi problemi della teoria generale del diritto"⁸⁰ – manifesta tutte le sue debolezze laddove ci si accorge che l'opposizione tra la procedura civile e il diritto processuale civile risulta essere più apparente che reale. Infatti, secondo Satta, la dottrina italiana della seconda metà dell'Ottocento che se da un lato si era manifestata sensibile agli approdi esegetici della Francia della prima metà del XIX secolo, dall'altro lato aveva comunque mantenuto una propria originale impostazione di studi e un autonomo giudizio teorico: "Vi è in questi «proceduristi» della seconda metà del secolo scorso una comune vocazione speculativa che già trascende la semplice esegesi (...). Si suole porre tra questi e come primo tra questi, il Mattiolo che fino a ieri ha dominato nella pratica del foro: ma chi legge ora dopo tanto e diverso cammino, le ingiallite pagine, non può notare che, se diversa è la concezione di certi istituti, e se si vuole la generale ispirazione, identica è la tendenza a ricondurre il processo a valori universali, o piuttosto identico è il sentimento del processo come universale valore"⁸¹.

⁷⁸ S. SATTA, *Dalla procedura civile al diritto processuale civile*, in *Id.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova 1968, 101.

⁷⁹ *Ibidem*, 103.

⁸⁰ *Ibidem*, 103.

⁸¹ *Ibidem*, 105.

Questa esigenza di identificare e rendere quanto più saldi i principi generali del diritto processuale civile viene condivisa da Satta ma con un ulteriore passaggio di non poco conto: la scienza processualistica deve costruire il sistema nella consapevolezza della instabilità e della “insofferenza” di esso, consapevolezza che non accetta l’idea di una riflessione giuridica volta a creare categorie storiografiche astratte e ipostatizzate.

Ne esce così una idea di sistema diversa e forse opposta a quella delineata da Chiovenda e, prima ancora e più in generale, dalla *Begriffsjurisprudenz* della pandettistica: l’idea del sistema come sistema “scientifico” formato da concetti giuridici cede il passo all’idea del sistema come insieme di regole raccolte e uniformate per far fronte ai rapporti reali della vita sociale.

Infatti, gli intenti chiovendiani di individuare una cornice di principi generali e universali del processo, sulla base di un metodo dogmatico e “metagiuridico” – questa l’espressione che più volte ricorre in Satta – si dissolvono quando “si scenda al concreto, e si consideri la realtà nella sua dinamica”, in quanto il processo nasce innanzitutto come “esigenza che il concreto si determini, quindi come postulazione che un soggetto fa dell’ordinamento, come azione”⁸².

In questa cornice, in questo clima di diffidenza verso il sistema del diritto processuale italiano disegnato da Chiovenda possono spiegarsi le resistenze che hanno mosso Satta verso la costruzione dell’azione intesa come diritto del tutto autonomo da quello sottostante. A prescindere dal dialogo con Orestano⁸³ e dalla sua adesione alle posizioni antidogmatiche del romanista attento a fornire ai cultori del diritto positivo un’interpretazione delle fonti romane avulsa dalle incrostazioni concettuali legate al fenomeno delle “auto proiezioni”⁸⁴, Satta parte dal presupposto che il concetto di rapporto giuridico processuale, su cui muove l’intera

⁸² *Id.*, *Il processo nell’unità dell’ordinamento*, in *Id.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 120: “L’azione è ormai l’unica realtà, l’unico concreto che esiste quando è mancato l’adeguamento spontaneo della volontà subiettiva alla volontà obiettiva, quando la legge non si è concretata. Il diritto obiettivo, la legge, il diritto subiettivo, il rapporto non esistono più, perché sono esistiti in una visione statica dell’ordinamento, che nell’ora della violazione non ha più ragione di essere, o l’ha come ipotesi o come prognosi, o come valutazione economica, non come realtà”.

⁸³ Vedi *supra* par. 2.2. Da segnalare, inoltre, che Orestano scriveva nei *Quaderni del diritto e del processo civile*.

⁸⁴ L’espressione (ben nota nella storiografia giuridica anche più recente) è propria dello stesso Orestano e fu coniata nell’intenso periodo genovese recentemente ricostruito da F. FURFARO, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Torino 2016, 163.

costruzione chiovendiana della teoria dell'azione, sia un errore in quanto non viene a considerare l'effettiva sussistenza del diritto presupposto dell'azione ma l'incertezza del diritto in pendenza del processo: "l'incertezza di cui si pretende non è già una qualità inerente al diritto; non è già un quid per il quale ciò che prima era diritto non lo è più, perché s'è trasformato in qualche cosa di diverso, o perché con l'esercizio dell'azione ha perduto improvvisamente la sua forza, ma è una situazione del tutto soggettiva e relativa, dovuta unicamente al fatto che tra soggetti del rapporto sostanziale è intervenuto un terzo, estraneo al rapporto. Chi è incerto è questo terzo (direi legalmente incerto), il quale, dovendo prendere un provvedimento non può non esigere che gli si dimostri la sussistenza del diritto. Orbene, se questo è vero (e non può non esserlo, perché è una verità che si fonda sulla esperienza comune, e non già su concetti strettamente giuridici) cade la possibilità di costruire un rapporto processuale, o comunque un processo, avulso dall'azione"⁸⁵.

Dunque, la sussistenza del rapporto giuridico e la sussistenza del diritto sono per Satta i presupposti indispensabili dell'azione intesa come "potere messo a servizio"⁸⁶ di un determinato diritto, potere che tende a produrre, con la sentenza, quella modificazione giuridica idonea a reintegrarlo.

4. La teoria dell'azione nelle invecchiate pagine di Emilio Betti: un parziale ridimensionamento degli approdi chiovendiani

Negli anni romani di insegnamento di Salvatore Satta, Emilio Betti⁸⁷, benché sensibile ai temi processual-civilistici caratterizzanti la stagione di piena vigenza del codice di rito del 1940⁸⁸, non offrì contributi specifici in materia. Quando nel 1966, due anni prima della morte, ormai in congedo, scrisse la parte romanistica della voce *Processo civile* per il *Novissimo Digesto Italiano*, i suoi contributi volti al diritto positi-

⁸⁵ S. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in Id., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., 180.

⁸⁶ *Ibidem*, 181.

⁸⁷ Di particolare rilievo appare il profilo scientifico di Betti tracciato da M. BRUTTI, *Emilio Betti e l'incontro con il fascismo*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI e L. LOSCHIAVO, Roma 2015, 63-102.

⁸⁸ Lo stesso Natalino Irti discusse la tesi di laurea in Diritto processuale civile avendo come relatore Emilio Betti.

vo⁸⁹ e il suo manuale su *Diritto processuale civile italiano*, edito nel 1935, modellato (con precedenti edizioni a quella del '35) sulle lezioni maceratesi svolte nell'anno accademico 1919-1920, erano ormai superati anche in ragione delle importanti modifiche legislative sopravvenute. Come, del resto, lontani erano i suoi studi di diritto processuale romano, prevalentemente incentrati sul processo formulare⁹⁰.

La voce Processo civile è dunque ferma alle attenzioni romanistiche di Betti anche se, a ben vedere, nella parte dedicata alla *cognitio extra ordinem* si evidenzia un atteggiamento dell'autore volto a considerare l'esperienza del diritto giustiniano sia in senso retrospettivo, per le diverse sopravvivenze degenerative del processo formulare, sia in senso evolutivo in quanto tale esperienza costituisce il punto di partenza di

⁸⁹ Gli anni di insegnamento tra Macerata, Pavia, Messina e Parma furono i più intensi nella produzione scientifica sul diritto processuale civile vigente. Si vedano per esempio i suoi contributi su: *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Istituto di esercitazioni presso la Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia*, Pavia 1920, 97-354; *Efficacia delle sentenze determinative in tema di legati d'alimenti. Contributo alla dottrina dei limiti oggettivi della cosa giudicata*, Camerino 1921, 9-268; *Effetti del giuramento decisorio nei riguardi dei litisconsorti*. Nota a sentenza, in *Temi Emiliana*, I (1924), cc. 35-43; *Sul valore giuridico delle ammissioni del procuratore e sui poteri del giudice di cassazione in materia*. Nota a sentenza, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, II, 188-207; *Sulla prova dei fatti interruttivi o estintivi della perenzione e sul controllo in sede di cassazione*. Nota a sentenza, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, II, 255-267; *Sugli effetti del giuramento decisorio in un caso di litisconsorzio fra condomini*. Nota a sentenza, in *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, II, 17-43.

⁹⁰ Si pensi ai suoi contributi su: *Le actiones ex responsione in iure del processo civile romano*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, 50 (1914-1915), 389-412; *L'effetto della confessio e della infitatio certae pecuniae nel processo civile romano*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, cit., 700-702; *Le actiones ex confessione in iure del processo romano classico*, in *Atti del R. Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti*, 74 (1914-1915), parte seconda, 1453-1480; *La condictio pretii del processo civile giustiniano*. Contributo allo studio della *condemnatio pecuniaria postclassica*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino*, 51 (1915-1916), 1019-1043; *Su la formola del processo civile romano*, in *Il Filangeri*, 38 (1914), n. 5, 674-720; *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 56 (1915), fasc. I, 1-116; *La vindictio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*. Cenni introduttivi, in *Il Filangeri*, 39 (1915), n. 3, 321-368; *La vindictio quale atto del processo reale legittimo*, in *Rendiconti del R. Istituto Lombardo di Scienze e Letteratura*, 48 (1915), fasc. 11, 502-516; *Sulla opposizione dell'exceptio all'actio e sulla concorrenza tra loro*, Parma 1913; *Studi sulla litis aestimatio del processo civile romano*, Pavia 1915; *Per una costruzione giuridica della così detta consunzione processuale in diritto romano classico*, Parma 1919; *L'efficacia estintiva della litis contestatio nelle obbligazioni solidali passive*, Camerino 1919; *La litis aestimatio in rapporto al tempo nelle varie specie di azioni e di giudizi*, Camerino 1919; D. 42, 1, 63. *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, Macerata 1922.

uno svolgimento che, attraverso il diritto comune, porterà al processo moderno⁹¹. Non è un caso, infatti, che i risultati delle lunghe ricerche di Orestano sulla *cognitio* non vengano presi in considerazione⁹² attesa l'impostazione storicistica del giurista da pochi anni chiamato alla cattedra di Diritto romano della Facoltà giuridica della Sapienza.

Una indicazione che, al fine di misurare il complesso profilo scientifico di Betti⁹³ anche per il versante processualistico, spinge a ripercorrere il suo pensiero espresso nel manuale, ormai datato⁹⁴, sul processo civile. In esso, in linea di massima, traspare preliminarmente l'adesione alla impostazione dogmatica di Chiovenda nel rivendicare la funzione pubblica del giudizio in cui si esprime l'autorità dello Stato. L'interesse alla nota tesi sulla strumentale funzione del processo civile all'attuazione del diritto oggettivo di Adolf Wach e Franz Klein lo spinge, infatti, a ritenere che "la formula «attuazione della legge» (ossia del diritto obiettivo) ci sembra da preferire all'altra – «difesa di diritti soggettivi» – per l'equivoco in cui quest'ultima può far cadere, di credere cioè che il processo civile funzioni nell'interesse delle parti in conflitto". Per Betti "l'interesse delle parti non è che un mezzo, mercè il quale si raggiunge la finalità del processo, in quanto l'interesse privato in conflitto è messo a profitto quale congegno propulsore per soddisfare l'interesse pubblico all'attuazione della legge per la composizione del conflitto. Lo scopo di ciascuna delle parti è di avere ragione; la finalità del processo, invece, è di dar ragione a chi

⁹¹ E. BETTI, *Processo civile (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. VIII, Torino 1966, 1099-1120.

⁹² Betti cita prevalentemente l'opera di Pernice su *Der ordo iudiciorum und die extraordinaria cognitio* del 1885, la voce di Wlassak su *Zum römischen Provinzialprozess* del 1919, le *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts* di Wenger del 1925 oltreché le già ricordate opere di Keller e di Bekker sull'azione.

⁹³ Si rinvia all'intera sezione *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento* del VII volume dei *Quaderni fiorentini* ed in particolare alle pagine introduttive di Paolo Grossi, al contributo di Hans Georg Gadamer (H.G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *Quaderni fiorentini*, VII (1978), 5-12), a quello di Luigi Mengoni (L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini*, cit., 125-142), a quello di Giuliano Crifò (G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quaderni fiorentini*, cit., 165-291) e a quello di Pietro Costa (P. COSTA, *Emilio Betti: dogmatica, politica, storiografia*, in *Quaderni fiorentini*, cit., 311-393).

⁹⁴ Lo stesso autore, nella prefazione del 1935, sottolinea l'obiettivo di disegnare in sintesi la logica del processo civile vigente in Italia con costante riguardo alla interpretazione fornita dalla giurisprudenza dei primi anni '30 del Novecento, vale a dire dei cinque anni precedenti alla pubblicazione dell'opera.

l'ha effettivamente"⁹⁵. Dunque, "che sia data ragione a chi l'ha in realtà", non è un interesse privato delle parti, ma un interesse pubblico dello Stato.

Questa concezione del processo inteso come momento esplicativo della giurisdizione statale si collega all'idea dell'azione come diritto processuale, vale a dire come diritto slegato dal rapporto giuridico sostanziale che la legge processuale ha conferito ad un determinato soggetto (l'attore) in ordine a una data ragione da far valere in giudizio: "le norme processuali che conferiscono poteri o impongono oneri alle parti od obblighi agli organi giurisdizionali, assumono come ipotesi di fatto, oggetto di loro previsione, non già l'esistenza effettiva di una concreta situazione di diritto sostanziale, ma semplicemente l'affermazione di essa in giudizio, in ordine all'aspirazione a che il giudice la riconosca come gli vien prospettata, e provveda in conseguenza"⁹⁶.

Il ragionamento seguito da Betti negli anni '30 del Novecento volto a definire il diritto di azione come realtà processuale autonoma dal diritto soggettivo sottostante certamente risente della costruzione chiovendiana e, prima ancora, delle teorie della dottrina tedesca, ma evidenzia altresì qualche peculiare originalità e qualche tratto di disarmonia. Infatti, egli avverte la necessità di spiegare e giustificare un coordinamento tra azione e aspettativa del soggetto che la esperisce. L'autore, inoltre, percepisce l'esigenza di sottolineare come nella fase introduttiva del processo sia irrilevante la fondatezza della pretesa dell'attore da valutare in un secondo momento e solo in forza delle previsioni legislative di diritto sostanziale.

Tale divergente impostazione, nuova nella dottrina processualistica italiana del tempo, spinge peraltro il ragionamento del giurista camerte a non accogliere la tesi della *Rechtsschutzanspruch*, tesi sostenuta da Wach, Laband, Stein, vale a dire dell'azione come diritto concreto verso lo Stato⁹⁷. Infatti, Betti sostiene che questa tesi non considera come con la tutela giurisdizionale lo Stato adempia "non già una ob-

⁹⁵ E. BETTI, *Diritto processuale civile italiano*, Roma 1936, 5.

⁹⁶ *Ibidem*, 74.

⁹⁷ A tal riguardo, sui riflessi della dottrina tedesca nella scienza giuridica italiana della prima metà del Novecento e sulla conseguente enucleazione dei diritti pubblici soggettivi si vedano le illuminanti riflessioni di M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna 2016, 313 ss.

bligazione specifica cui sia correlativa una pretesa (diritto di pretendere) da parte di un soggetto di pari grado (ciò che farebbe supporre un assurdo conflitto d'interessi fra lo Stato e il cittadino singolo), ma un compito generico, una funzione di sovranità, che risponde non già ad un interesse privato delle parti, aspiranti alla tutela, ma ad un interesse pubblico della società intera (l'interesse a che sia data ragione a chi l'ha in realtà): funzione, cui esso provvede in modo pacifico e permanente per ministero degli organi di giurisdizione mercè l'ordinamento del processo civile – sempre che questo venga messo in moto con una domanda⁹⁸.

La più alta valutazione bettiana della partecipazione dell'attore nell'esercitare il diritto di azione inteso dal punto di vista processuale, nonché la sottolineatura del regime di eventualità a cui il soggetto ricorrente sottopone la sua richiesta provocando l'attuazione giurisdizionale della legge⁹⁹, considerata ovviamente come prerogativa dello Stato, delinea e sintetizza le note di discriminazione con la quasi coeva impostazione chiovendiana. Ferma rimane l'idea unitaria dell'azione intesa quale diritto del tutto autonomo e staccato dal diritto sostanziale, come la matrice pubblicistica del giudizio¹⁰⁰, ma questi due aspetti sia se considerati isolatamente sia se visti in connessione tra loro vengono interpretati in nota minore rispetto al risultato del processo di *reductio ad unum* prospettato da Chiovenda.

5. *Actio* e diritto subiettivo nel pensiero giovanile di Giovanni Pugliese: l'enucleazione di una categoria più estesa

Le reazioni orestiane all'impianto della giurisprudenza dei concetti per una costruzione storica degli istituti processuali romani, come il superamento, forse prossimo ad una conformazione definitiva per gli studi processual-civilistici, della teorica di Giuseppe Chiovenda

⁹⁸ *Ibidem*, 75.

⁹⁹ Più esplicitamente Betti scrive: "In verità qui non c'è, da parte dello Stato, se non l'organizzazione di un pubblico servizio, il quale, a norma del proprio ordinamento, entra in funzione automaticamente sulla richiesta di chiunque, ancorchè infondata, sol che venga avanzata con l'osservanza di certe forme" (*Ibidem*, 76).

¹⁰⁰ Come del resto le stesse ragioni avvertite alla base della esigenza di ricorrere ai principi di oralità, concentrazione e immediatezza richiamati nell'analisi dello svolgimento del rapporto processuale (*Ibidem*, 240 ss.).

operato da Antonio Segni e Salvatore Satta, non spinsero Giovanni Pugliese¹⁰¹ ad un ripensamento critico delle tesi giovanili formulate nella sua opera su *Actio e diritto subiettivo*.

Si può forse ipotizzare che negli anni di insegnamento presso la Facoltà giuridica romana la sua produzione scientifica in tema di processo, con i due volumi su *Il processo civile romano*¹⁰², con il contributo su *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*¹⁰³ e con le voci enciclopediche su *Domanda giudiziale*¹⁰⁴ e su *Azione*¹⁰⁵, non abbia tuttavia risposto all'esigenza di dare un apporto alla costruzione della teoria generale del diritto attraverso le categorie romanistiche, come sarebbe poi accaduto con la voce *Diritto*¹⁰⁶ del 1993. Dunque, appare probabile che negli anni '60 del Novecento l'impronta dogmatica di Pugliese investa esclusivamente gli studi processuali di matrice romanistica, senza ambire ad un dialogo con i cultori del diritto positivo, come viceversa sarebbe accaduto qualche anno dopo anche per la sua frequentazione romana con Gino Gorla e per l'attenzione agli studi comparatistici.

Nella monografia *Actio e diritto subiettivo* del 1939, prendendo spunto dalla storia del processo romano, Pugliese aveva finito per prospettare l'idea dell'unità del fenomeno giuridico e l'idea del carattere insieme dogmatico e storico della sua scienza. Infatti, proprio negli ultimi anni della riforma del codice di rito civile e delle accese discussioni in relazione al modello chiovendiano di processo, aveva raccolto i risultati di intense ricerche processualistiche, mettendo in risalto i rapporti logici e storici tra l'azione e il diritto subiettivo, con lo scopo, da un lato, di determinare il senso che i due concetti avevano nella dogmatica dei giuristi romani e dall'altro di individuare

¹⁰¹ Sulla vita e le opere si veda C.A. CANNATA, *Pugliese Giovanni*, in *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 85, Roma 2016, pp.; in particolare per la sua teoria dell'azione si veda L. VACCA, *Actio e diritto subiettivo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L. VACCA, Padova 2009, 240-261.

¹⁰² G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. Le legis actiones*, I, Roma 1962; Id., *Il processo civile romano. Il processo formulare*, II, Roma 1963.

¹⁰³ Id., *La «cognitio» e la formazione di principi teorici sull'efficacia del giudicato*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. II, Milano 1965, 143-191.

¹⁰⁴ Id., *Domanda giudiziale (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano 1964, 807-812.

¹⁰⁵ Id., *Azione (Diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. II, Torino 1958, 24-29.

¹⁰⁶ Id., *Diritto*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, vol. 13, Roma 1993, 1- 107; sul punto appaiono rilevanti le riflessioni di F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano*, in *Studi in onore di Remo Martini*, Milano 2008, 142 ss.

concretamente, caso per caso, quando i diversi rapporti considerati dall'ordinamento si fossero prima presentati nell'una piuttosto che nell'altra struttura.

Un'indagine complessa e articolata che muove certamente da una profonda conoscenza del pensiero giurisprudenziale romano (puntuati i riferimenti alle definizioni celsine¹⁰⁷) ma che, allo stesso tempo, si misura, proprio nella delineazione del concetto di *actio* come diritto indipendente dalla situazione giuridica sostanziale sottostante, con la dottrina tedesca condensata nell'opera di Windscheid su *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*, nell'opera di Bekker su *Die Aktionen des römischen Privatrechts* e nella voce di Wlassak su *Actio*, pubblicata nel primo volume della *Real Encyclopädie der klass*, che allora circolava molto in Italia.

L'attenzione di Pugliese è rivolta anche alla dottrina di Chiovenda e dei suoi *Principii* e, per certi versi, mostra una inclinazione, una tendenza a spiegare la natura dell'azione portando agli estremi la stessa costruzione teorica del giurista piemontese. Infatti, se l'*actio* è intesa come potere di "agere" e il rispettivo titolare è considerato in una posizione di prevalenza giuridica rispetto al soggetto soccombenente, che è appunto in uno stato di soggezione in quanto non può impedire che il titolare agisca in giudizio e non può materialmente sottrarsi alle conseguenze di tale azione, in tale potere Pugliese fa rientrare non solo tutte quelle categorie classificate dalla dottrina tedesca come *Rechte des rechtlichen Könnens* o come *Gestaltungsrechte* e conosciute in Italia appunto come diritti potestativi – il che sarebbe in fondo conforme alla teoria chiovendiana e si presterebbe alle consuete critiche – ma ritiene che tale potere di "agere" comporti la possibilità di modificare direttamente la situazione giuridica per la quale si esperisce l'azione a prescindere dalla sanzione. Scrive in una nota, forse più esplicativa delle argomentazioni formulate nel testo, che "La categoria da me delineata è però in certo senso più estesa, perchè in essa comprendo non solo la possibilità di provocare una modificazione dello stato di fatto (...) ma altresì quella di produrla direttamente; inoltre io divergo dagli scrittori citati, in quanto nego che tali figure costituiscano una species del genus «diritto subiettivo» (...) e le qualifico invece «poteri». Con codeste rettifiche, che ritengo di poter apportare alla comune nozione dei c. d. diritti potestativi,

¹⁰⁷ D. 44.7.51; I. 4.6.

si raggiungono, a mio parere, due risultati favorevoli. Da una parte, si comprendono nella stessa categoria del potere giuridico tanto l'azione moderna e l'actio romana del periodo più evoluto (a proposito delle quali si parla appunto dal Chiovenda, dal Betti, dal Goldschmidt, dal Calamandrei di diritto potestativo), quanto la primitiva forma di actio, che importava un'aggressione fisica del debitore da parte del creditore (manus iniectio) o anche il recupero violento della cosa o della persona oggetto di un diritto assoluto (vindicatio) da parte di chi ne fosse riconosciuto titolare¹⁰⁸.

L'actio e il diritto subiettivo vengono presentati dal romanista come due ben delimitate entità giuridiche che anche laddove sembrano intrecciarsi per la loro fungibilità sul piano pratico della tutela giuridica si conservano nettamente distinte. Il fine ultimo del suo studio, che poi si traduce nel metodo che sottende al suo lungo ragionamento – questo forse l'elemento più interessante – è rispondere attraverso l'esame delle fonti romane ad una questione che aveva destato e continuava a destare molti interrogativi in seno alla dottrina processual-civilistica e ai tentativi di riforma del codice di rito unitario: "Un inquadramento dell'actio e del diritto subiettivo nella teoria generale ed una giustificazione dogmatica della loro reciproca posizione si possono ottenere, sviluppando logicamente i dati appresi dalle fonti con un procedimento, che non si risolve in un vuoto astrattismo e che pertanto ci potrà essere consentito anche dai romanisti più prudenti. Si capisce allora che la distinzione del diritto subiettivo dall'actio si riconduce a quella tra imperativo giuridico e sanzione, così come l'interdipendenza delle prime figure rispecchia l'interdipendenza delle seconde. In verità, se l'actio ha per sfondo la sanzione, il diritto subiettivo si riflette dal comando, sia esso espresso o implicito; più esattamente diremo, ricordando concetti già svolti, che per diritto subiettivo si ha da intendere l'appartenenza e la disponibilità del comando giuridico concreto, mentre l'actio può essere considerata il potere di agire in giudizio per l'attuazione della sanzione prevista a tutela di quel comando"¹⁰⁹.

Appare di significativo rilievo – si noti per inciso – il tratto che accomuna la posizione di Chiovenda con quella di Pugliese nella sintesi di Piero Calamandrei su *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nel*

¹⁰⁸ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 22.

¹⁰⁹ *Ibidem*, 326.

*ventennio fascista*¹¹⁰, apparsa nel clandestino primo volume della Collana *Bibliografie del ventennio* del 1941.

Il ricorso alla dogmatica come strumento non fine a sé stesso ma come mezzo per interpretare la realtà storica del proprio tempo ne è minimo comun denominatore, un minimo comun denominatore non certo smentito dalla più recente storiografia giuridica.

6. Qualche pagina recente per le conclusioni

A voler tirare le fila del discorso, si può affermare che la stagione di studi processual-civilistici della Facoltà giuridica romana, forse resa più intensa nei primi quarant'anni del Novecento per l'attenzione della dottrina alle riforme legislative del codice di rito civile e per la enucleazione di un modello di processo diverso da quello liberale, dimostra una invidiabile vivacità spinta anche su un piano di confronto con le riflessioni di quegli storici del diritto impegnati a ricostruire in chiave antidogmatica l'evoluzione degli istituti processuali e sensibili alla esigenza di guardare alle categorie del diritto positivo senza incrostazioni concettuali.

La vivacità delle valutazioni dottrinali è resa ancor più movimentata e feconda dalle resistenze, benché collocabili prevalentemente nella stagione delle lezioni chiovendiane, del filone di studi storico-giuridici che investono alcune categorie del processo civile romano.

Per tali valutazioni dottrinali la lettura dei *Principii* di Giuseppe Chiovenda, cui non può non riconoscersi il merito di aver rivendicato il ruolo e la funzione della cultura giuridica nella più importante fase di riforma del codice di rito, costituisce il punto di partenza per una risistemazione delle categorie processualistiche individuate dagli interpreti della Pandettistica tedesca e, finanche, per un ripensamento della natura, della funzione del processo e dello stesso insegnamento del diritto processuale civile.

Il pensiero che meglio interpreta e sintetizza il superamento del modello chiovendiano di studio del processo appare quello di Salvatore Satta, un processualista attento alle esigenze concrete che la regolamentazione del rito civile costantemente richiede e un giurista

¹¹⁰ P. CALAMANDREI, *Gli studi di diritto processuale civile in Italia nel ventennio fascista*, in *Il pensiero giuridico italiano. I. Bibliografie di Filosofia del diritto, Storia del diritto italiano, Diritto romano, Diritto civile, commerciale, marittimo, aeronautico, Diritto processuale civile*, Roma 1941, 239 ss.

convinto non già a studiare le categorie concettuali ed astratte per misurare la realtà storica del proprio tempo ma per liberarsene e mettere in discussione tutti quei principi che talvolta sono sembrati inattaccabili. È significativo come Satta introduca la sua opera con le parole pensate da Louis de Broglie per il fisico olandese Hendrik Antoon Lorentz e come, per di più, sottolinei che queste parole rappresentino la storia e le vicende del diritto processuale civile nel secolo XX: “Benché sia un po’ arbitrario introdurre divisioni nette nella continuità delle evoluzioni storiche, è tuttavia possibile distinguere nella storia di una scienza periodi più o meno lunghi durante i quali, nonostante i progressi incessanti ottenuti da quella scienza, le tendenze generali che l’animano, le concezioni teoriche sulle quali è basata, restano pressoché le stesse. Questi periodi di stabilità relativa sono separati da altri brevi periodi di crisi, durante i quali gli scienziati, stimolati da fatti fino allora sconosciuti o non ben noti, sono costretti a porre nuovamente in discussione tutti quei principî che sembravano inattaccabili e a muoversi in pochi anni in direzioni del tutto nuove. E questi rivolgimenti improvvisi segnano sempre tappe decisive per il progresso delle nostre conoscenze”¹¹¹.

È forse vero che, come ha acutamente osservato uno dei suoi più giovani allievi in occasione della riedizione dei *Soliloqui e colloqui di un giurista* avvenuta nel 2004, l’opera del 1968 costituisce la sintesi del pensiero di Satta. Nel 2006, nella *Rivista di diritto processuale*, quella fondata da Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei, infatti, Romano Vaccarella scrive: “gli scritti raccolti da Satta nel volume testimoniano una battaglia – condotta con il solo conforto dei colloqui con i grandi giuristi del passato – tutta volta a mostrare come le costruzioni sistematiche servono soltanto ad appagare una illusoria esigenza di certezza, ma siano ben lungi dal cogliere la realtà al centro della quale è e non può che essere l’uomo; se è rassicurante l’affermare che il processo serve a dichiarare una preesistente volontà concreta della legge nella quale è già scritta anche la decisione della controversia tra Tizio e Caio, la realtà è che quella decisione presuppone la necessaria intermediazione di un uomo, del giudice, ed è scritta da questo e non già dalla legge; al centro dell’esperienza giuridica non c’è la legge, ma la legge quale è filtrata dal giudizio,

¹¹¹ L. DE BROGLIE, in S. SATTA, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, cit., XIII.

e non a caso la parola processo è contrazione dell'antica e sempre attuale formula *processus iudicii*"¹¹².

Sul carattere innovatore dell'opera di Salvatore Satta si è soffermato da ultimo lo stesso Carmine Punzi, l'allievo che riprese lo storico manuale su *Diritto processuale civile* del 1948 curandone le ultime cinque edizioni riviste e ampliate e che fu il primo processualista italiano a scardinare, sotto l'influenza del maestro, una categoria storiografica irrigidita, quella della distinzione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto"¹¹³.

Si riportano, in conclusione, le parole di Punzi che vede con Satta l'inizio nel pensiero giuridico italiano di una dimensione nuova del diritto processuale civile e del suo insegnamento: "In realtà, la procedura civile non era l'unico talento affidatogli. E i numerosi talenti ricevuti Satta non li ha nascosti nel terreno, come il servo infingardo della parabola. Egli li ha messi a frutto e non ne è nata una pianticella, né un boschetto, ma una foresta. Una foresta che continua a dare frutti rigogliosi"¹¹⁴.

¹¹² R. VACCARELLA, *Attualità di Salvatore Satta (a proposito della riedizione di «Soliloqui e colloqui di un giurista»*, in *Rivista di diritto processuale*, 61 (2006), 171 ss. Dell'attualità della formula *processus iudicii* Nicola Picardi, sensibile alle pagine sattiane, dà conto in una bella pagina della voce *Processo civile* apparsa nella *Enciclopedia del diritto* del 1987.

¹¹³ Vedi *supra* n. 75.

¹¹⁴ C. PUNZI, *Satta Salvatore*, in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII - XX secolo)*, cit., vol. II, 1808. Negli ultimi decenni gli studi processual-civilistici che seguono una impostazione storica o gli studi storico-giuridici sulla evoluzione del rito civile non segnano una nota costante della dottrina italiana. Come già sostenuto, poche pagine affiorano sulla storia generale del processo civile, ancor meno sulla cultura giuridica processual-civilistica e su quegli atteggiamenti che hanno orientato le stabilizzazioni normative dell'Ottocento, offrendo forse al legislatore continui motivi di riflessione e spinte riformistiche. Centrali sono certamente la formazione e gli studi di Nicola Picardi che nella sua costante attenzione al metodo ed ai profili storici e, dunque, alla evoluzione non solo degli istituti processuali ma anche della dottrina processual-civilistica e, più in generale, del pensiero giuridico dal tardo medioevo all'età moderna e contemporanea, ha segnato una lunga e diversa, quanto mai originale stagione di insegnamento e di studi processualistici in Italia. Ne sono di esempio i numerosi lavori sulla codificazione moderna apparsi nei volumi della collana Testi e documenti per la storia del processo, curati insieme ad Alessandro Giuliani, che hanno offerto a cultori del diritto positivo e storici del diritto l'occasione di ricostruire, attraverso un dialogo istaurato fin dagli anni Novanta del Novecento, le ragioni delle iniziative legislative di natura processuale con particolare riferimento alla dottrina ed alla giurisprudenza. Di particolare rilievo anche gli studi di Michele Taruffo e Franco Cipriani: cfr. M. TARUFFO, *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*, cit.; F. CIPRIANI, *Scritti in onore dei patres*, cit.

Conclusioni alla luce dell'insegnamento scientifico di Nicola Picardi sulla storia del processo

Carminè Punzi

1. Dopo avere ascoltato relazioni così profonde e ricche di spunti, il compito di presentare delle "conclusioni" è davvero difficile. Fra i tanti profili di interesse che sono emersi in questo incontro, mi sembra, comunque, di potere rintracciare alcuni temi ricorrenti, che più di altri hanno attirato l'attenzione dei relatori. Si tratta di temi che, in vario modo, hanno occupato le ricerche di Nicola Picardi sulla giustizia: ricerche che lo hanno fatto conoscere ed apprezzare, oltre che in questo Ateneo (nel quale ha insegnato per molti anni e di cui è stato Professore emerito), in Italia e all'estero.

2. Anzitutto i relatori hanno sottolineato che l'accentuazione dell'importanza della distinzione fra "fatto" e "diritto" (vale a dire fra "giudizio di fatto" e "giudizio di diritto") è avvenuta nel contesto dell'affermazione del sistema della Cassazione. In precedenza, quella distinzione o non era conosciuta o non aveva guadagnato l'importanza pratica che acquisì soltanto con l'istituzione del *Tribunal de Cassation* e con il suo sindacato limitato agli errori in "diritto" compiuti dai giudici comuni.

Mi è caro ricordare che questo tema formò oggetto di lunghe e appassionate "chiacchierate" nei primi anni '60 per i viali della Sapienza con Nicola Picardi, allora giovanissimo magistrato ed io assistente universitario. E il frutto di quelle conversazioni fu per me la pubblicazione nel 1963 di un saggio monografico intitolato appunto "giudizio di fatto e giudizio di diritto"¹. Fra le ragioni che mi indussero ad occuparmi del tema e a discuterne allora con Nicola vi era anche il desiderio di verificare l'esattezza dell'analisi di Gabriel Marty, cui ha fatto riferimento oggi

¹ C. PUNZI, *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*, Milano 1963.

il prof. Halperin, diretta a ricercare esempi storici che evidenziassero il fondamento della distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto.

In quel volume, - come ha già sottolineato Giordano Ferri nella sua relazione - nel mettere in luce il superamento dell'impostazione dogmatica dei processualisti e degli storici del diritto che si sono occupati del processo, espressi l'idea che (contrariamente ad una diffusa credenza) è difficile, se non impossibile, trovare nel diritto romano la base della distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Cercai di dimostrarlo attraverso l'esame degli istituti più importanti (istituti richiamati dai sostenitori della tesi opposta rispetto a quella da me accolta).

E tentai di dimostrarlo, tanto a proposito della *revocatio in duplum*, quanto riguardo all'annullamento delle sentenze rese *contra ius constitutionis*. Lo stesso cercai di fare, relativamente alla rescissione delle sentenze dei Tribunali dei Centumviri nell'epoca di Domiziano e con riferimento alle suppliche di coloro che *contra ius adfirmant*. La stessa impostazione mi guidò nell'analisi della distinzione di *jus* e *judicium* tipica del processo formulare romano (a proposito della contrapposizione tra fase *in iure*, da un lato, ed *apud iudicem*, dall'altro).

Occupandomi, poi, anche se solo incidentalmente, del periodo del diritto comune e, in particolare, della *querela nullitatis*, ho avuto modo di notare che - soprattutto sotto l'influenza dei canonisti - la dottrina era giunta ad affermare che la sentenza "*est nulla si lata sit ex falsa causa expressa in sententia*", senza più, quindi, distinguere se si trattava di errore di diritto o di fatto.

Relativamente al diritto germanico e, in particolare, all'istituto della *Urteilsschelte* ho avuto modo di osservare che, se è pur vero che si ebbe con questo istituto un giudizio puro di diritto, è altrettanto vero che non solo la competenza del Tribunale germanico non andò oltre la formulazione della regola di diritto da applicare al caso concreto, ma detto Tribunale, non limitandosi alla mera individuazione di tale norma, la ricavava esso stesso "dalla coscienza giuridica popolare". Si poteva, quindi, concludere che "il Tribunale germanico creava il diritto nel senso più pieno dell'espressione".

Mi piace constatare, a distanza di molti anni, che alcuni dei risultati² di quel mio contributo giovanile del 1963 sono in singolare sintonia con i risultati di questo importante convegno.

² Potrei anche aggiungere che oggi la rivisitazione critica (da me compiuta nel saggio del 1963) della ricostruzione del giudizio in chiave di sillogismo è universalmente condivisa.

Bisogna tornare (come ha chiarito la relazione del prof. Halperin) alla creazione del *Tribunal de Cassation* per assistere alla definitiva e radicale contrapposizione fra il giudizio di diritto e il giudizio di fatto. Vi ebbero naturalmente un ruolo decisivo i postulati (filosofico-politici oltre che strettamente giuridici) dell'illuminismo francese che animarono i rivoluzionari d'oltralpe, convinti assertori della onnipotenza della legge. Sul tema sono conosciuti ed apprezzati, anche a livello internazionale, gli studi magistrali di Paolo Grossi sulle mitologie giuridiche della modernità.

Ed ebbi allora modo di giungere alla conclusione che l'idea della "rigidità" della norma di legge, il divieto di interpretarla, la illusione della sua onnipotenza (la *Loi* con la *elle* maiuscola, capace di imporsi senza alcuna intermediazione) e la meccanicità della sua applicazione al caso concreto (il giudice come *Subsumptionsmaschine*), erano coesenziali all'esigenza di distinguere un giudizio di diritto da un giudizio di fatto.

3. Certamente spinto da quelle nostre conversazioni giovanili, Nicola Picardi ha dedicato, nella sua lunga vicenda scientifica, molte delle sue energie allo studio della Cassazione, influenzando anche i suoi allievi che ne hanno seguito le tracce.

Non mi è possibile, nel poco tempo a mia disposizione, procedere all'inventario dei suoi numerosi ed importanti contributi. Mi limito a segnalare gli scritti dedicati alla storia della Cassazione negli anni di profonda trasformazione politica e sociale dell'Italia, fra il 1944 e il 1956 [*"La storia della Cassazione, la Cassazione nella storia (1944-1956)"*³], nel periodo delle origini dello Stato repubblicano (*La Corte di Cassazione alle origini dello Stato repubblicano*, in AA.VV., *La Corte di Cassazione dalle origini ai nostri giorni*, Roma, 2010, p. 51 ss.).

Non meno importanti sono gli scritti picardiani a proposito del rapporto fra i "Patres" del diritto processuale civile e la Cassazione: vorrei ricordare i saggi su *"Giuseppe Pisanelli e la Cassazione"*⁴ e su *"Lodovico Mortara nel centenario del suo giuramento in cassazione"*⁵.

³ In *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, vol. III, Padova 1998, 221 ss., e già in *La Corte di Cassazione nell'ordinamento democratico*, Atti del Convegno di Roma 1995 in occasione dei 50 anni del ripristino dell'ordinamento democratico, Milano 1996, 281 ss.; nonché in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1996, 1247 ss.

⁴ In *Iuris vinculo. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli 2001, 349 ss., già in *Riv. dir. proc.*, 2000, 637 ss.

⁵ In *Riv. dir. proc.*, 2003, 354 ss.

Recentemente è stato Nicola Picardi a individuare il precedente storico della “relazione” del giudice relatore (introdotta nel 2006 e poi abrogata nel 2016) nel contesto del procedimento camerale di cassazione. Come noto, nell’ambito del giudizio camerale venne previsto (con una riforma del 2006) che il giudice relatore dovesse redigere una relazione da comunicare agli avvocati delle parti costituite, che avevano la possibilità di intervenire sia per iscritto, sia oralmente. Molti, se non tutti gli interpreti, pensarono che si trattasse di una novità assoluta. Si dovette attendere l’intervento di Picardi per collocare adeguatamente la riforma nella profondità del tempo. Fu Lui, nutrito di vivissima cultura storica, a segnalare⁶ la spiccata somiglianza fra questo «nuovo» modello di decisione camerale (incentrato sulla anticipata sottoposizione della proposta di decisione al contraddittorio delle parti) ed il risalente e nobile istituto, proprio della tradizione nazionale, del c.d. «opinamento» (già accolto nella procedura rotale e poi nel *Codice di procedura civile* emanato da Papa Pio VII nel 1817 e nel *Regolamento giudiziario* di Papa Gregorio XVI del 1834, nonché nel *Regolamento di procedura civile* del Granducato di Toscana del 1814). Fu proprio Picardi a descrivere la decisione camerale della Corte come «ordinanza opinata».

4. Un altro tema di particolare importanza oggetto delle relazioni del convegno odierno è quello legato al compito delle Corti supreme di assicurare l’uniforme interpretazione della giurisprudenza (il compito cosiddetto “nomofilattico”).

Questo tema è stato illustrato dai relatori anche nella profondità del tempo. Lo aveva già fatto Nicola Picardi. È stato Lui a ricordare – almeno a noi processualcivili – che i grandi tribunali italiani non decadde per interno esaurimento e furono invece soffocati dalla imposizione del modello della Cassazione. Anche grazie a Lui (e alle ricerche degli allievi) abbiamo saputo che in Italia uno dei dibattiti più significativi – se non proprio il più significativo – del XIX secolo in tema di istituzioni giudiziarie è stato quello fra i sostenitori del modello della Cassazione francese e i fautori della c.d. terza istanza tipica della tradizione nazionale. Alla base della disputa vi erano gravi questioni relative ai rapporti fra Magistratura suprema e Giudici comuni, fra potere politico e giurisdizione, fra diritto e legge, tutte questioni che le analisi

⁶ L’ordinanza “opinata” nel rito camerale in Cassazione, in *Il giusto proc. civ.*, 2008, 321 ss.

picardiane hanno messo a fuoco brillantemente. Fra l'altro Picardi ha sottolineato che i Tribunali di Terza Istanza assicuravano l'uniforme interpretazione della giurisprudenza, ancorché sovente disimpegnassero un sindacato esteso al fatto di causa (e non limitato al diritto).

4.1. Dalle relazioni che oggi abbiamo ascoltato è emerso (in particolare dalle relazioni di Quagliani e Petronio) che l'uniforme interpretazione e applicazione delle norme nei *dicta* giudiziari svolta nei secoli dai grandi tribunali supremi (fra i secoli XVI-XVIII) ha goduto di quel carattere "istituzionale" che un'autorevole dottrina ha, invece, inteso sottrarre, per riservarla alla sola Cassazione. Il richiamo ai lavori di Gino Gorla – apprezzato anche da Picardi – è più che mai pertinente. Le conseguenze paiono rilevanti.

E il conseguimento dell'uniformità della giurisprudenza non sembra dipendere dal tipo di pronuncia adottato dal Giudice supremo (dal segno della decisione, se d'accoglimento o rigetto), come pure dal tipo di cognizione cui esso provvede (se circoscritta al diritto o estesa anche al fatto). Verosimilmente è da correlare alla continuità delle *rationes decidendi*. Detto altrimenti, la funzione di assicurare la uniforme interpretazione della legge si realizza soltanto "mediante la posizione e l'osservanza", da parte dell'organo che ne è attributario, della propria giurisprudenza; e questa giurisprudenza può essere posta (ed anzi lo è nella maggior parte dei casi) "anche con le decisioni di rigetto del ricorso" e non soltanto con quelle semplicemente rescindenti.

Posso aggiungere che di ciò si è finalmente accorto il legislatore nel 2006, riscrivendo l'art. 384 c.p.c. e prevedendo la enunciazione del principio di diritto anche al di là dell'ipotesi tradizionale di accoglimento del ricorso.

5. Lo sguardo sul passato favorisce – ce lo ha insegnato proprio Nicola Picardi – l'esame della situazione attuale.

Le relazioni hanno posto l'accento, secondo me correttamente, sulla importanza della riforma del 2012 che ha riformulato il n. 5 dell'art. 360 c.p.c.

Oggi il ricorrente in cassazione può denunciare (ex art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c.) la decisione del giudice inferiore unicamente per "omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti", quando sino ad ora - e cioè dopo la "Novella" del 1950 - avrebbe invece potuto lamentare la "omessa, insufficiente o contraddittoria moti-

vazione circa un punto decisivo della controversia, prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio".

Vi sono dei casi (inseriti nel 2012) nei quali, peraltro, questo motivo di ricorso non è affatto utilizzabile. Vogliamo dire delle regole contenute nei commi 4 e 5 dell'art. 348-ter c.p.c., anch'esse riguardanti le modalità di accesso al giudizio dinanzi alla Suprema Corte. Nel caso di cosiddetta "doppia conforme" *in facto*, le due norme cancellano puramente e semplicemente la possibilità di formulare, quale motivo di ricorso per cassazione, il vizio di motivazione (pur nei limiti ristretti nei quali esso ora opera alla luce del nuovo art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.): vuoi avverso il provvedimento di primo grado (comma 4 cit.), che sia impugnato dinanzi alla Suprema Corte, a seguito della pronuncia della ordinanza di inammissibilità dell'appello (*ex* comma 2 art. 348-ter c.p.c.), allorché questa declaratoria di inammissibilità sia basata "sulle stesse ragioni, inerenti alle questioni di fatto, poste a base della decisione impugnata"; vuoi contro la sentenza di appello (comma 5 cit.), che *confermi* (nei modi testé veduti) la decisione di prime cure.

La Cassazione ha interpretato in modo rigoroso il nuovo art. 360, comma 1°, n. 5, c.p.c. ed ha sbarrato la strada ad aggiramenti della norma. Lo hanno fatto le sezioni unite, con una sentenza ampiamente citata (7 aprile 2014, n. 8053), secondo la quale vi è stata una esplicita scelta del legislatore "di ridurre al minimo costituzionale il sindacato sulla motivazione in sede di giudizio di legittimità". Il sindacato sulla motivazione è ora ammesso – affermano le sezioni unite – nei limiti (assai ristretti) nei quali era consentito dalla giurisprudenza formatasi (anteriormente alla riforma del d.lgs. n. 40 del 2006) sul vizio di motivazione prospettato nel ricorso (c.d. straordinario) per cassazione *ex* art. 111 co. 7 Cost. In sostanza, il vizio di motivazione ora "si converte in violazione di legge nei soli casi di omissione di motivazione, motivazione apparente, manifesta e irriducibile contraddittorietà, motivazione perplessa o incomprensibile". Ne deriva che, ad avviso delle sezioni unite – e della giurisprudenza successiva – "l'omesso esame di elementi istruttori, in quanto tale, non integra l'omesso esame circa un fatto decisivo previsto dalla norma, quando il fatto storico rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti".

6. Si è così creata una manifesta discontinuità storica nella evoluzione (mirabilmente indagata da Picardi negli scritti già ricordati) della Cassazione civile italiana. La quale, come è stato efficacemente dimostrato

nella sua relazione da Giampiero Balena, prese ad esercitare di sua iniziativa – nella vigenza di un codice di procedura civile quale quello del 1865 che non contemplava all'art. 517 un controllo sulla motivazione – un sindacato motivazionale.

In effetti la norma (art. 517 cit.) che si occupava dei motivi di ricorso (nel codice cessato del 1865) non conteneva alcun cenno alla motivazione della sentenza impugnata. Fu la Cassazione a “costruire” il controllo sulla sua sufficienza e coerenza ricavandolo dal richiamo (n. 2) alla nullità della sentenza il cui contenuto-forma era indicato (inclusi «*i motivi in fatto e in diritto*»: n. 6) dall'art. 361.

D'altronde, nonostante la lettera della norma (che, come noto, non diversamente da oggi, ammetteva il ricorso per cassazione solo per omesso esame di un fatto decisivo), tra il 1942 ed il 1950 la Cassazione, come ha sottolineato Balena, aveva voluto (continuare ad) esercitare il controllo sulla motivazione con una costante giurisprudenza dalla quale era derivata la formula (accolta dalla Novella del 1950) della «*omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa un punto decisivo della controversia prospettato dalle parti o rilevabile d'ufficio*».

6.1. La comparazione può aiutare a collocare esattamente la portata della riforma del 2012. La relazione di Panzarola ha dimostrato che altrove un controllo sul fatto è in vario modo esercitato. Se ciò vale per l'istituto della Cassazione spagnola (*Tribunal Supremo*) alla luce della LEC (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), la stessa cosa si verifica – pur con limiti comprensibili posti saggiamente dal *Bundesgerichtshof* (BGH) – anche in Germania, con l'istituto della “*Revision*”.

7. In conclusione, vorrei evidenziare che la riforma della Cassazione del 2012 merita di essere considerata assieme a quella del 2016, la quale ha avuto come principale conseguenza, in realtà poco notata dai più, la eliminazione del prezioso “opinamento” che, invece, avrebbe efficacemente “bilanciato”, per il corretto esercizio del diritto di difesa, la sostanziale abolizione della pubblica udienza di discussione. D'ora innanzi, dunque, nella gran parte dei casi la Cassazione non mostrerà il proprio “volto” e deciderà in esito ad una adunanza in camera di consiglio senza la presenza degli avvocati. Concluderà i giudizi con ordinanza, impiegando «tecniche più snelle di redazione motivazionale».

Ciò salvo nei casi in cui la stessa Corte riconosca che sussiste nel singolo ricorso la “particolare rilevanza della questione di diritto”.

Ci si può chiedere se, dopo questa ultima riforma, la Corte di Cassazione potrà esercitare ancora il suo ruolo.

Il dubbio è tanto più urgente se si considera che – come anticipato – la Corte non può più effettuare (a seguito della riscrittura del n. 5 dell'art. 360 cit.) un controllo di logicità e sufficienza della motivazione. Adesso si preoccupa pressoché esclusivamente della c.d. nomofilachia (preoccupandosene, per di più, in funzione della elaborazione di un precedente che servirà da mezzo al fine di selezionare i ricorsi e le modalità della loro trattazione).

Ora è vero che la funzione della Cassazione nel nostro ordinamento è quella propriamente nomofilattica, ma è anche vero che il ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione di norme di diritto va visto come nucleo essenziale del “giusto processo regolato dalla legge”, vale a dire come garanzia soggettiva per le parti del giudizio di merito di ottenere in concreto il controllo della Corte. Controllo che, per rispettare il principio del giusto processo, consacrato nell'art. 111 della Costituzione, deve essere assicurato contro le sentenze per ogni violazione di legge e non solo quando la Corte riconosca alla questione di diritto “esplicita valenza nomofilattica”.

L'augurio e la speranza sono, dunque, che la Corte di Cassazione italiana, anche dopo le ultime riforme, sappia esercitare ancora questa sua alta funzione di “organo supremo della giustizia” conferitale dall'art. 65 della Legge sull'Ordinamento Giudiziario (R.D. 30 gennaio 1941, n. 12).

Alcune recensioni alle opere di Nicola Picardi

Il presente volume, edito non senza peripezie e qualche ritardo ascrivibili esclusivamente ai curatori, raccoglie i contributi di giuristi di varia estrazione e provenienza riunitisi presso la *Sapienza*, nel dicembre 2017, per la prima tappa di un ciclo di incontri di studio del processo civile sotto il profilo storico-comparatistico: ricordando Nicola Picardi, eminente studioso della moderna scienza processualcivilistica, la cui opera non abbisogna di presentazione alcuna e a cui tutti i partecipanti, e tanti altri, in Italia ed all'estero, son stati a vario titolo legati.

Gli incontri alla *Sapienza* sono poi proseguiti negli anni successivi, con un evento dedicato all'insegnamento del diritto processuale nel ricordo di Edoardo Ricci; trattando dei profili processuali della Brexit, in memoria di Giuseppe Franchi.

Per un miglior complemento dell'opera, onde ricordare ancora il Professor Nicola Picardi, da molti e da prima già molto appropriatamente ricordato, si è creduto di ricercare ed in questa sede ripubblicare, come si fa di seguito in ordine cronologico, le recensioni (talvolta nella veste di "schedule") ad alcuni tra i suoi principali e numerosi studi: apparse, tra quelle pubblicate tra il 1965 ed il 2020, nella "*Rivista di Diritto Processuale*" e nella "*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*", in uno, tra i tanti, al ricordo di una significativa tappa del Suo rilevante *cursus honorum*, pubblicato su "*Il Giusto Processo Civile*", 2006, I, di celebrazione del conferimento del prestigioso premio *Justice in the World*.

Si lascia apprezzare autonomamente al Lettore l'elevatezza di livello del dialogo e dei rispettivi interlocutori.

Roma, settembre 2021

Claudio Consolo
Andrea Panzarola
Alessandro Fabbi

Rivista di Diritto Processuale (1965, p. 104)

– Nicola Picardi, *La successione processuale, I - Oggetto e limiti* (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Pisa), Milano, Giuffrè ed., 1964.

I mutamenti soggettivi che possono sopravvenire a carico delle parti nel corso di un processo formano l'oggetto di uno studio di ampie proporzioni, di cui il volume ora pubblicato rappresenta un primo saggio di carattere generale.

L'evento preso in esame non si limita ai due casi regolati dagli artt. 110 e 111 cod. proc. civ., ma ne comprende anche qualche altro espressamente previsto dalla legge. Il giovane a. (che già aveva studiato la domanda di sostituzione nel processo esecutivo in un ottimo articolo pubblicato nel 1959 su questa Rivista) sottopone a indagine unitaria tutti questi casi, in cui riscontra una serie di vicende che si svolgono nel processo, in modo autonomo in confronto ad analoghe vicende riguardanti il diritto sostanziale.

Qualche perplessità può sorgere nei riguardi dell'espressione con cui egli intende designare tali vicende: nella «successione processuale» troviamo l'attributo riferirsi all'oggetto in cui si succede, anziché a qualche modalità della successione (come, avviene quando diciamo successione «legittima», «testamentaria», «necessaria»).

Ma, prescindendo dalla terminologia, lo studio dedicato all'oggetto della successione è condotto con aggiornatissime conoscenze di teoria generale e porta, attraverso un'approfondita analisi critica delle opinioni tradizionali, a considerare come oggetto della successione lo status processuale della parte, ossia l'insieme delle posizioni processuali attive e inattive spettanti alla parte nel processo.

Si può forse dubitare dell'opportunità di pubblicare separatamente questa prima parte della ricerca, che non permette ancora apprezzare la fecondità dei risultati raggiunti. Ma l'a. mostra indubbie attitudini scientifiche, le quali ci fanno attendere con fiducia il seguito del suo lavoro (E.T.L.).

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (1965, p. 342)

N. PICARDI, *La successione processuale*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. XII-210.

Dopo alcuni cenni introduttivi destinati all'impostazione generale del problema, l'a. esamina in un primo tempo il fenomeno della succes-

sione nel processo in sé, inquadrando il tema e le relative teorie tradizionalmente proposte dalla dottrina nell'ambito della struttura procedimentale del giudizio (capp. II-IV). Successivamente la trattazione si traduce nell'esame della successione nel diritto controverso, toccando la considerazione della natura di tale posizione giuridica, del diritto soggettivo al provvedimento, e dell'oggetto della successione medesima (parte II della monografia). L'opera si chiude con una sintesi delle conclusioni raggiunte dall'a. in merito alla categoria della successione processuale.

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (1966, p. 328)

NICOLA PICARDI, *La successione processuale*, I, *Oggetto e limiti*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. IX-210.

1. I fenomeni traslativi, studiati dal Picardi, presentano due profili comuni, uno positivo: si tratta di subingresso o successione (p. 6, n. 2), e un altro negativo: il dato normativo non si esaurisce senz'altro in un mutamento soggettivo, sul piano del diritto sostanziale (p. 7). L'ipotesi di lavoro, formulata nel primo capitolo, è, malgrado la sua insufficienza, la tradizionale dicotomia fra successione nel processo e successione nel diritto controverso (p. 12), mentre la tesi è di delineare una categoria unitaria e omogenea, chiamata «successione processuale» (p. 13).

Dopo una convincente critica alla recente teoria per cui si avrebbe successione non nel processo, ma «durante il processo» (pp. 18-20), il P. si assume nel terzo capitolo il gravosissimo onere di affrontare il problema della natura del processo. Il che dipende dalla necessità di vagliare due orientamenti dottrinali, il primo, per il quale la successione tocca il rapporto processuale, l'altro che si riferisce al procedimento. Ed ecco la dimostrazione, forse sovrabbondante, che la nozione di rapporto giuridico - inteso come correlazione di posizioni giuridiche soggettive, ed in particolare correlazione fra diritto e obbligo o, tutt'al più, fra potere e soggezione - è insufficiente a rappresentare il processo, che è una rete di rapporti giuridici (pp. 25-51). Dimostrazione a cui segue la critica della teoria del processo come istituzione (pp. 51-56), e, finalmente, l'accoglimento della dottrina del procedimento. Alla quale il P. riporta un indubbio contributo, sia critico, rilevando fra l'altro

che contraddittoriamente la nozione di procedimento viene ordinariamente dapprima considerata soltanto sotto un profilo dinamico e poi sotto uno statico (p. 75 ss.), sia costruttivo, attribuendo valore al dato temporale e così considerando il processo stesso staticamente, come schema normativo nell'ambito del quale i singoli fatti sono disposti in ordine non solo logico, ma anche cronologico (pp. 63-74).

2. A questo punto il P., forgiatisi gli strumenti per la sua indagine, affronta il problema dell'oggetto della successione nel processo. Tale non potrebbe essere la «fattispecie», che non è che un presupposto della norma giuridica (ad es.: notificazione della citazione), ma piuttosto il «comportamento valutato o posizione soggettiva» (ad es.: potere di costituirsi in giudizio) (pp. 79-82). In particolare sono oggetto di successione le posizioni soggettive «attive», quali doveri, poteri e facoltà, considerate unitariamente, chiamate, appunto «attive» perché si «incardinano su di una condotta e sono costituite dal collegamento fra la valutazione normativa della condotta ed il soggetto che agisce» (pp. 82-86). Il P., peraltro, si affretta a precisare che il fenomeno non si esaurisce qui, perché in tutte le ipotesi di subingresso (artt. 110, 111, 511 c.p.c., ecc. ecc.), si ha successione, oltre che nei doveri poteri e facoltà processuali, anche nel cosiddetto diritto controverso (pp. 86-88). Qui l'a. apre una specie di lunga parentesi, costituita dal capitolo quinto (pp. 91-130), nel quale svolge una penetrante critica (anche se non sempre convincente, ma su ciò ritornerò in séguito, n. 4) alle varie concezioni correnti in tema, appunto, di successione nel diritto controverso, per dimostrare che non si tratta di un fenomeno sostanziale, e, quindi, né di successione nel diritto, né nella lite, né nella pretesa e neppure nell'oggetto del processo. E finalmente si giunge al momento centrale della dimostrazione: premesso che sussistono doveri degli organi giurisdizionali di decidere, in rito e in merito, di fronte al quale sta un diritto soggettivo al provvedimento (per la dimostrazione cfr. pp. 143-155), si conclude che la successione nel c.d. diritto controverso si risolve nel subingresso nel solo diritto al provvedimento di merito (pp. 160 e 167-171). Riassumendo: 1) nella ipotesi degli artt. 110 c.p.c., 127 c.c., 271, comma 3°, c.c., 511 c.p.c., 62, comma 3°, I. fall., ecc. ecc., si ha successione sia nelle posizioni attive (doveri, facoltà, poteri), sia in quelle inattive (diritti ai provvedimenti di rito e di merito); 2) nell'ipotesi dell'art. 111 c.p.c. nel solo diritto al provvedimento di merito, a meno che non intervenga il successore e il dante causa sia estromesso,

perché allora si ricadrebbe nel caso precedente; 3) nell'ipotesi di successore universale che subentra nel processo come sostituto del legatario o dell'erede che subentra nella posizione di sostituto processuale dell'alienante, il sostituto processuale è investito soltanto delle posizioni attive e dei diritti ai provvedimenti di rito.

3. Originale e finemente analitica è l'indagine del P., ma dubito che i risultati a cui egli giunge, pur scevri di implicazioni sostanziali, siano del tutto convincenti, specie per quel che concerne il frazionamento delle «posizioni soggettive» delle parti, sì che, come si è testé ricordato, potrebbero darsi tre oggetti di successione: 1) l'intero «*status di parte*», e cioè la somma di poteri doveri e facoltà processuali, dei diritti ai provvedimenti di rito e di quelli ai provvedimenti di merito; 2) il solo diritto ai provvedimenti di merito; 3) le posizioni attive e i diritti ai provvedimenti di rito.

Confrontando, in primo luogo, il primo tipo di successione con le varie ipotesi normative ricondotte ad essa dal P., noto che si descrive un fenomeno che con terminologia redentiana si potrebbe chiamare successione nell'azione in senso processuale (e, a proposito dell'articolo 511 c.p.c., mi si consenta di citare la mia *Assegnazione forzata e distribuzione del ricavato*, Milano, 1962, pp. 276-277). Azione in senso processuale che, com'è noto, si realizza nello svolgimento dell'attività concreta, spiegata nelle forme di legge, e che consiste nel proporre al giudice e nello svolgere presso di lui una domanda, per vederla possibilmente accolta (Redenti, *Diritto processuale civile*, I, Milano, 1952, p. 46).

In secondo luogo, la successione nel solo diritto ai provvedimenti di merito si avrebbe nell'ipotesi di trasferimento del diritto controverso per atto tra vivi a titolo particolare. Il che significa che l'alienante, che resta in causa, non avrebbe diritto alla sentenza. In questo caso, peraltro, se il successore non interviene, il giudice potrebbe egualmente emettere la sentenza? E se la emette, non può emetterla che contro l'acquirente, ma in questo caso come si spiega la dizione dell'art. 111, comma 3°, c.p.c., secondo il quale, nell'ipotesi di non intervento del successore a titolo particolare, la sentenza è pronunciata contro l'alienante, quando lo stesso P. riconosce che la sentenza è almeno formalmente «intestata» a quest'ultimo? (in verità, a p. 140 si dice che l'acquirente è il «destinatario formale» della sentenza, ma credo che sia un errore di stampa, perché a lui si riferiscono gli effetti sostanziali della decisione). Inoltre la concezione dell'a. presuppone che sia

necessario rendere palese in giudizio l'avvenuto trasferimento perché scatti il meccanismo della sostituzione processuale. Orbene, a questo proposito, gli interrogativi si assommano agli interrogativi; infatti tale concezione, malgrado le argomentazioni del Garbagnati, non è seguita in dottrina. Non è certo qui il caso, nei ristretti limiti di una recensione, di interloquire su di una così delicata questione, ma vorrei soltanto ricordare taluni dubbi che sono stati avanzati in proposito: accogliendo tale punto di vista: 1) si considererebbe vigente un obbligo senza che l'art. 111 c.p.c. ne accenni minimamente; 2) si farebbe dipendere l'efficacia o no dell'art. 111, comma 3°, c.p.c., da una dichiarazione di parte, cosa piuttosto insolita nella nostra legislazione; e, infine, 3) gravissime sarebbero le conseguenze della mancata *laudatio auctoris*, perché occorrerebbe concludere che la sentenza fra alienante e controparte non spiega effetti per l'acquirente.

Il terzo tipo di successione concerne l'erede che, subentrando nel processo, diventa sostituto del legatario o dell'alienante, ma verrebbe ad essere investito soltanto delle posizioni attive (doveri, poteri, facoltà) e del diritto ai provvedimenti di rito. Il che, se non prendo un abbaglio, significa delineare lo stesso meccanismo di cui al secondo tipo di successione, solo che mentre là il fenomeno è visto dalla parte dell'alienante, qui è esaminato dal punto di vista dell'acquirente.

La riprova dell'inaccettabilità di questa bipartizione, inoltre, può trarsi da quanto il P. scrive a proposito dell'esistenza di «poteri di iniziativa processuale del successore nel diritto al provvedimento di merito» (p. 176 s.), e cioè del «potere di intervenire o di essere chiamato nel processo» (ma è proprio un potere quest'ultimo?). Se, infatti, oggetto della successione è soltanto il diritto al provvedimento di merito, come si spiega l'insorgere di queste situazioni attive?

D'altro canto, non comprendo perché l'intervento del successore a titolo particolare debba essere coartato nell'angusto schema dell'intervento litisconsortile, quando lo stesso P. vi attribuisce «qualche particolarità aggiuntiva» (p. 178).

4. A questo punto vorrei formulare un ulteriore dubbio, sollevato dalla lettura dell'interessante volume del P.: è proprio vero che la successione di cui agli artt. 110 e 111 c.p.c. (oltre che alle norme ricordate più sopra) si dimensiona soltanto sotto un profilo processuale? Non mi pare che la teoria redentiana, secondo la quale si ha sempre una successione nell'azione in senso sostanziale, intesa come diritto alla

sanzione (Redenti, *op. cit.*, p. 47-51), oltre che in quella processuale, sia stata esaurientemente confutata dal P. infatti a p. 104, si accomuna la concezione del De Marini, sul trasferimento della «pretesa», con quella ben diversa del Redenti, che riguarda l'azione in senso sostanziale, che vige in concreto allo stadio di pretesa a séguito di una contestazione, e fino a che non sopravvenga la cosa giudicata (Redenti, *op. cit.*, p. 11, pp. 51-54). Il che porta, poi, il P., a pp. 116-119, ad unire nella esatta critica della evanescente nozione di «pretesa» anche il ben solido concetto redentiano di successione nell'azione in senso sostanziale. E gli addebiti mossi a quella nozione, come le difformità terminologiche, la mera verbalità dell'espressione sul piano materiale, e, infine, l'inaammissibilità di una controfigura dell'azione, non toccano per niente l'azione in senso sostanziale allo stato di pretesa, perché quest'ultimo vocabolo sta a significare che si tratta di un diritto in contestazione, della cui sussistenza o no non si è certi fin che non sopraggiunga una pronuncia del giudice, passata in giudicato.

Vero è che il P. riprende in séguito la critica al Redenti, osservando che l'oggetto del fenomeno translativo non può essere l'azione in senso sostanziale, perché le teorie sull'azione restano sulla soglia del fenomeno processuale, concentrando l'attenzione soltanto sulla possibilità di mettere in moto il processo. Il che, se è vero per le concezioni «astratte» dell'azione, non lo è affatto per la «concreta» nozione redentiana, dato che l'azione stessa è vista come il diritto di esercitare una attività presso il giudice e di conseguire con ciò un determinato risultato a carico altrui (Redenti, *op. cit.*, n. 10, p. 51). La dottrina qui difesa è, infine, attaccata da un altro punto di vista, negandosi che: 1) il trasferimento del diritto tragga con sé, in mancanza di una esplicita pattuizione contraria, quello dell'azione, e 2) il trasferimento dell'azione importi quello del diritto. Il primo argomento del P. è che sussistono diversi fenomeni translativi completamente distinti e indipendenti da analoghi mutamenti sul piano sostanziale, come, ad es., quelli degli artt. 127 c.c., 271, comma 3°, c.c., 511 c.p.c. A mio avviso queste tre ipotesi non possono essere accomunate, perché nelle prime due dovrebbe aversi trasferimento nell'azione in senso sostanziale, mentre nella terza v'è soltanto subingresso in quella processuale; riconosco, comunque, che c'è una frattura fra successione nel diritto materiale e successione nel processo. Ciò, peraltro, non significa che nell'ipotesi di cui agli artt. 110-111 c.p.c. vi debba sempre essere una frattura tra diritto e azione.

Il secondo argomento è che mutamento sostanziale e mutamento processuale operano su piani distinti e senza interferenze reciproche; ma questo è proprio da dimostrare, e il richiamo che il P. fa alla trattazione svolta al n. 35 non mi pare del tutto esauriente.

Il terzo argomento è che la teoria tradizionale non è suffragata da argomentazioni valide in assoluto, perché non è concludente far riferimento al broccardo *accessorium sequitur principale*; ma ancora una volta ciò non vale per la concezione del Redenti, che ha dimostrato la sussistenza di un nesso tra l'azione (e la eccezione) e i diritti soggettivi primari e sottostanti, nesso genetico e nesso di scopo finale, interessante la tutela del diritto (*op. cit.*, n. 13, pp. 57- 60). Di conseguenza anche la critica formulata alla fine di p. 186 viene a perdere di importanza, perché è il nesso di cui sopra che giustifica il trasferimento, e non tanto l'«approvazione» da parte del successore del risultato del processo.

Sono d'accordo, piuttosto, con la acuta osservazione del P. secondo cui la differenza tra il modo di vedere del Redenti (e il mio) e quello suo dipende dal non accettare egli che il momento fondamentale dell'attività giurisdizionale sia costituito dall'accertamento, ma, invece, dal comando. Tema assai arduo e delicato, che avrebbe forse meritato un più preciso approfondimento; comunque avrebbe dovuto essere affrontato (e, magari, criticato), il noto insegnamento redentiano secondo il quale nella pronuncia del giudice ci potrà essere qualche cosa di programmatico, ma non c'è nulla di imperativo in concreto, perché è la legge stessa che collega direttamente e automaticamente il «fare stato» alla enunciazione normativa (*Variazioni sul tema del verbo comandare*, in questa rivista, 1959, p. 791). Di tale opinione, invece, il P. tiene conto soltanto in una breve nota.

5. Concludendo, si tratta di un'opera ragionata e indubbiamente meditata a lungo, che si vale di un argomentare nitidissimo e scevro da qualsiasi lenocinio retorico.

Sul piano, poi, del contenuto, si deve dare atto al P. di aver dimostrato la natura unitaria delle ipotesi degli artt. 110 e 111 c.p.c. Peccato, peraltro, che, forse vittima di talune premesse di carattere generale, portate alle loro conseguente troppo rigidamente, il P. finisca per negare ogni importanza, nella trattazione del fenomeno in oggetto, all'azione in senso sostanziale, giungendo così ad una completa frantumazione delle posizioni soggettive del processo. Mi sembra un mero *flatus vocis* usare, per ricostituire tale unità, il vocabolo *status*, che, secondo

la teoria generale si riferisce a un *esse* preliminare ad un rapporto giuridico ovvero a situazioni giuridiche necessarie, come *status civitatis*, *familiae*, ecc. ecc.). Il che, infine, porta l'a. ad un eccessivo frazionamento delle varie ipotesi di successione nel processo: orbene tale ricostruzione del fenomeno, almeno allo stato attuale della nostra legislazione, finisce, come ho tentato di dimostrare, per non corrispondere al dato normativo, dal quale, invece, il P. era pur così felicemente partito, prima ancora che nell'impostazione generale del volume qui recensito, nell'articolo su *La domanda di sostituzione nel processo esecutivo*, apparso nella *Riv. dir. proc.*, 1959, p. 574 ss. [ANGELO BONSIGNORI]

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (1969, p. 343)

N. PICARDI, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. XII-436.

L'a. affronta il tema con un preliminare esame comparatistico, nel quale estende e approfondisce l'indagine vuoi sugli ordinamenti di tipo francese, vuoi su quelli di tipo tedesco, vuoi infine sugli ordinamenti di tipo inglese, fra questi ultimi inserendo i sistemi scandinavi.

Lo studio dell'ordinamento italiano è iniziato dal Picardi attraverso una indagine storica, indagine che poi si sposta sul sistema vigente, laddove è esaminata la posizione del terzo a seconda che abbia trascritto il proprio acquisto dopo o prima della trascrizione della domanda giudiziale.

Rivista di Diritto Processuale (1971, p. 98)

Nicola Picardi, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, Giuffrè 1968.
Andrea Proto Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, Jovene 1968.

I due libri di cui rendo conto con qualche ritardo e con finalità meramente informativa, pubblicati nello stesso anno come risultato di ricerche indipendenti, sono venuti a colmare una lacuna nella nostra

dottrina. Non che mancassero contributi anche importanti nello studio del nuovo assetto ricevuto dalla pubblicità delle domande giudiziali nei codici oggi vigenti e in qualche legge successiva, ma era mancato finora uno studio monografico di un tema considerato generalmente tra i più ardui ed anche tra i più aridi, posto sul crinale che separa il diritto civile dal diritto processuale civile. Ora questa lacuna è stata colmata (e vi ha contribuito anche un lavoro del Colesanti non ancora comparso in edizione definitiva, ma che risale sostanzialmente alla stessa epoca), non certo nel senso che i libri a cui mi riferisco abbiano esaurito lo studio del tema, ma sì nel senso che esso è stato impostato ed esplorato accuratamente da due giovani studiosi diversi di formazione e di temperamento che avevano già dato buona prova delle loro capacità e che qui hanno dato una nuova dimostrazione della loro preparazione e del pieno possesso del metodo di ricerca. Picardi aveva studiato la *successione processuale* (v. in questa Rivista 1965, p. 104), Proto Pisani aveva indagato a lungo sull'*opposizione di terzo* (v. in questa Rivista 1967, p. 500), preparandosi entrambi, da diversi punti di vista, ad affrontare il tema odierno.

Picardi dedica una buona metà del suo volume ad un'ampia ed attenta e molto meritoria esposizione dei sistemi di pubblicità della domanda e del loro inserimento nel più vasto tema dei trasferimenti immobiliari, quali figurano accolti in altri paesi, specialmente di quelli che hanno influito in varia misura sull'evoluzione del nostro diritto. Tale è anzitutto il sistema francese, che inizialmente fu il modello seguito dal nostro legislatore, in cui di regola alla pubblicità della domanda giudiziale non è attribuita alcuna efficacia costitutiva. Opposto è il principio su cui è imperniato il sistema di tipo germanico, in cui vige la regola che subordina l'efficacia dei trasferimenti di beni immobili all'iscrizione dei relativi atti nei pubblici registri e garantisce il diritto dell'acquirente di buona fede secondo le risultanze del libro fondiario: ma dal momento dell'iscrizione della lite, i terzi acquistano a loro rischio e pericolo. Diverse e non tutte uguali le soluzioni che si riscontrano negli ordinamenti di tipo inglese (tra le altre, quelle che risultano dal sistema Torrens). Queste premesse permettono di seguire gli sviluppi che ha avuto il problema nel nostro diritto.

A questo punto l'a. si è particolarmente soffermato sulla situazione del terzo acquirente *lite pendente*, con riguardo, all'art. 111 cod. proc. civ., distinguendo le varie ipotesi possibili secondo le opinioni sostenute nella dottrina e proponendo a sua volta di identificare l'oggetto

in cui succede il terzo come costituito non già dal diritto soggettivo sostanziale bensì dal diritto (processuale) al provvedimento di merito: soluzione questa ch'egli aveva già prospettato in via generale nel suo precedente volume sulla *successione processuale*, che qui troverebbe una puntuale applicazione.

Altro, anzi opposto è il cammino percorso da Proto Pisani, il quale si è proposto in primo luogo di individuare il significato dell'espressione "diritto controverso" che si trova nell'art. 111: egli rifiuta la tesi del Picardi, esamina a lungo l'abbondante letteratura tedesca sull'"oggetto del processo" e sostiene che le due locuzioni coincidono e designano la situazione sostanziale, meramente ipotetica, meramente affermata, che legittima in via ordinaria una delle parti a stare in giudizio e costituisce l'oggetto del processo e della sentenza; specificando infine quale sia il diritto controverso nelle diverse categorie di azioni. Passa poi a coordinare il quarto comma dell'art. 111 cod. proc. civ., con gli articoli del codice civile che prescrivono la trascrizione di alcune categorie di domande giudiziali, ciò che dà luogo ad una ricca casistica e all'esame dei casi e dei limiti in cui la sentenza è efficace anche contro il terzo acquirente del bene dedotto in giudizio. La seconda parte del volume è poi dedicata ad uno studio accurato e molto interessante della trascrizione delle domande ed alla sua ricostruzione sistematica.

Autorevoli osservazioni sul tema e sugli studi qui menzionati si trovano nel l'importante articolo del Mengoni, *Note sulla trascrizione delle impugnative negoziali*, in questa Rivista, 1969, p. 360 (L.).

Rivista di Diritto Processuale (1984, p. 574)

Ricerche sul processo: 2 - Il processo civile svizzero, ed. Maggioli, Rimini, 1983.

Con questo volume, edito su iniziativa dell'Università degli Studi di Roma II e del Consiglio Nazionale delle Ricerche, continua uno dei servizi che da qualche tempo Nicola Picardi rende alla cultura giuridica italiana: quello di far conoscere ai lettori del nostro Paese le leggi processuali vigenti altrove. Il tema scelto questa volta (il processo civile svizzero) è particolarmente importante, non fosse altro che per la nostra vicinanza geografica alla Confederazione elvetica; e particolar-

mente complicato, per la coesistenza di una legge processuale federale e di diverse leggi processuali cantonali. Il libro contiene, per prima cosa, i testi di legge più significativi: la Legge sul processo civile del Cantone di Zurigo (in Italiano), il Codice di procedura del Cantone di Vaud (in Francese), il Codice di procedura della Repubblica e Cantone del Ticino, la Legge federale sulla esecuzione e sul fallimento (in Italiano), il Concordato intercantonale sull'arbitrato. Già l'insieme dei testi normativi presentati è dunque ricco e utilissimo. Ma non è tutto qui.

Il volume, infatti, contiene anche scritti sotto più di un profilo ghiotti: una ricca «prefazione» di Picardi, che in realtà è molto più di una semplice «prefazione» (già nota ai lettori della Rivista: cfr. infatti questa *Rivista*, 1983, p. 600 e ss.); una *Introduzione allo studio del processo civile svizzero*, a cura dei professori W.J. Habscheid e H.U. Walder; alcune brevi note alle norme del codice zurighese, un *Sommario delle fonti normative sull'organizzazione e sul processo civile*, ed una *Nota bibliografica* a cura del già ricordato prof. Walder.

Per il suo contenuto, il libro può essere uno strumento utilissimo di lavoro e orientamento. (E.F. Ricci)

Rivista di Diritto Processuale (1988, p. 517)

Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, *La responsabilità del giudice*, Giuffrè editore, Milano 1987.

Un tema d'attualità, specialmente dopo i dibattiti, che hanno preceduto il referendum abrogativo degli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. e nel mezzo delle polemiche non sopite, che circondano il difficile *iter* di formazione della nuova legge; ed un tema che, superando la specificità della disciplina della responsabilità civile, si inserisce nel grande e fervido dibattito sul rapporto tra il giudice, i cittadini e la legge.

Ma l'opera di Giuliani e Picardi (che inaugura una suggestiva e promettente raccolta dal titolo *Dialettica, diritto e processo*) va ben al di là del contingente. Preceduto da vari studi monografici, dei quali gli Autori danno scrupolosamente conto in una nota introduttiva, il libro guida il lettore, anzitutto, alla conoscenza dei modelli storici e comparativi della responsabilità, dal diritto della democrazia greca alla legislazione napoleonica ed illustra i presupposti filosofici delle soluzioni

accolte nelle varie epoche storiche, raccordandole con i valori etici e giuridici volta a volta dominanti.

Si delinea così l'utilizzazione e l'evoluzione dei due modelli alternativi della responsabilità professionale e di quella disciplinare, o meglio il passaggio graduale dall'uno all'altro, che non ignora, accanto ai "modelli puri", i più diffusi "sistemi misti", e se ne illustrano i collegamenti con la posizione politico-costituzionale del giudice e con i suoi poteri nel processo.

Tutto ciò vale poi ad introdurre, e a porre nella dovuta prospettiva storica, l'analisi approfondita del regime della responsabilità del giudice in Italia, dallo Stato liberale allo Stato fascista, sino alle *querelles* insorte sulla responsabilità politica del giudice nello Stato repubblicano, dagli anni '50 agli anni '70, alla problematica della professionalità, sviluppatasi negli anni '80 in relazione all'aumento dei poteri del giudice, alle tesi oggi dibattute dalla classe politica come della magistratura.

Non mi attenderò a riassumere più che tanto i filoni della ricerca, svolta dagli Autori con esemplare chiarezza, di pensiero e di forma, e con ammirevole ricchezza di riferimenti. Vorrei invece richiamare soprattutto l'attenzione degli "addetti ai lavori" (e oggi, prima di ogni altro, del legislatore) sulle "conclusioni" (p. 231 ss.): nelle quali, dopo avere respinto "i falsi presupposti di una controversia", come quella agitata nelle tesi contrapposte della magistratura e della classe politica - che vengono confutate con grande vigore critico - si segnala il "bivio" tra giudice "funzionario" e giudice "professionale", le varie implicazioni dell'una e dell'altra scelta, le differenti funzioni ascritte alla responsabilità civile. Rimandando ormai il lettore al libro, vorrei infine riferire, come tema di meditazione quanto mai attuale, solo il monito finale di Giuliani e di Picardi: "L'ampliamento della responsabilità del giudice alla ipotesi della colpa, non è, però, scevro di pericoli. Tale forma di controllo presuppone un certo tipo di società con valori omogenei, una concezione del diritto come sapere universale, giudici professionali come nell'età di mezzo. Nella situazione attuale, caratterizzata da gravi tensioni sociali, l'innesto di questo tipo di responsabilità, senza le opportune cautele, potrebbe, però portare a non difficili distorsioni; per eliminare l'abuso del giudice si rischierebbe di favorire l'abuso della parte, soprattutto nei casi in cui il potere politico o quello economico permetterebbe di ricorrere a strumentalizzazioni ed intimidazioni. Si tratta, quindi, di mettere a punto tutta una serie

di garanzie senza le quali quello del giudice diverrebbe un mestiere difficile, al di là di ogni ragionevolezza.” (Giuseppe Tarzia).

Rivista di Diritto Processuale (1991, p. 1111)

Ricerche sul processo. 6 - Il processo civile inglese, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, ed. Maggioli, Rimini 1991.

La meritoria Collana, curata da Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, si arricchisce di un'altra opera preziosa, in un disegno culturale assai chiaro: quello di avvicinare al lettore italiano normative processuali ispirate, per tradizioni storiche e per ideologie, a modelli profondamente diversi, fornendogli la conoscenza delle fonti più importanti e le necessarie chiavi di lettura e proponendogli le riflessioni comparatistiche col diritto italiano, che l'acquisizione di queste esperienze può suscitare.

Il volume, redatto da Luigi Moccia, è articolato in due parti. La prima, dedicata ai profili storici e al sistema attuale, contiene una "introduzione storica alla procedura davanti alle antiche corti di *common law* e di *equity*", di Albert Kiralfy, un saggio di Luigi Moccia su "La giustizia civile inglese: aspetti organizzativi e professionali" ed altro di Sir Jack Jacob dedicato ad illustrare "Principi e caratteri generali del processo civile inglese". Va qui segnalata, accanto alla larga prospettiva di questa indispensabile introduzione, la cura posta da Moccia non solo nella traduzione ma anche negli opportuni adattamenti dei testi dottrinali stranieri, per la migliore comprensione del lettore italiano. La seconda parte ("Il processo civile dell'Alta Corte") raccoglie, dopo una nota introduttiva dello stesso Moccia, i Regolamenti della Corte Suprema, opportunamente selezionati e tradotti.

Il volume - che si chiude con un'accurata nota bibliografica di Moccia - è aperto da una prefazione, nella quale Giuliani e Picardi tracciano, in una sintesi di ammirevole chiarezza, la storia delle indagini dei giuristi italiani sul processo civile inglese, offrono un limpido quadro del modello processuale inglese e in particolare del *pleading-system* e ne indicano il rapporto col nuovo processo di cognizione italiano, quale emerge dalla recente legge n. 353 del 1990.

Pur chi ritenga di formulare varie riserve (che non è questo il luogo per esplicitare) sulla complessiva idoneità del modello di fase preparatoria, offerto dal riformatore italiano, non potrà non meditare sulle considerazioni svolte dai due curatori nel loro cauto raffronto col mo-

dello inglese: un raffronto “giocato” sull’alternativa tra “il principio di concentrazione”, rivisitato dal legislatore italiano, e il “principio di selezione”, che ispira la procedura inglese. Questa procedura viene offerta agli operatori del processo come un punto di riferimento anche per immaginare ed esplorare le possibilità di precisazione o di evoluzione del nostro nuovo processo, quali potranno delinearci nella giurisprudenza teorica e pratica.

Un’opera dunque, quella che qui si segnala, che non solo offre un materiale prezioso di studio ai cultori del diritto processuale comparato, ma si impone all’attenzione di tutti coloro che vogliano interrogarsi sulle linee di tendenza del diritto processuale civile in un quadro più ampio, quale è imposto, non soltanto a livello scientifico, dallo sviluppo della Comunità europea (Giuseppe Tarzia).

Rivista di Diritto Processuale (1994, p. 1159)

Codice di procedura civile a cura di Nicola Picardi, Milano, Giuffrè, 1994.

Nella collana «Le fonti del diritto italiano» esce ora il frutto della monumentale fatica (2280 pagine) di Nicola Picardi e della squadra di studiosi che egli ha organizzato (chiamando accanto a sé come coordinatori Francesco Paolo Nicita e Bruno Sassani) per un commento, articolo per articolo, alle disposizioni del codice di procedura civile: al codice, quale risulta dalla inserzione in esso sia dei «provvedimenti urgenti» del 1990, sia delle norme processuali contenute nella legge istitutiva del giudice di pace, sino alle leggi più recenti, come la recente «novella» sull’arbitrato.

La prefazione, che il direttore dell’opera ha premesso al commento, traccia un rapido esame critico della storia del nostro processo civile nella seconda metà di questo secolo, sino agli ultimi sviluppi, ivi comprese le parti della riforma del 1990 e del 1991 non ancora entrate in vigore.

Qui non v’è che da segnalare la ricchezza eccezionale di un’opera che, dopo un’ampia bibliografia generale, premette una ricchissima bibliografia specifica ad ogni capo del codice e affronta, nel commento di ciascun articolo, sia i problemi di ricostruzione sistematica che quelli di interpretazione specifica, con un raggio di osservazione amplissimo. Può ben dirsi che il lettore troverà qui, in forma chiara

e compendiosa, ciascun problema o sottoproblema sorto, e per ciascuno di essi indicazioni esaurienti di dottrina e di giurisprudenza e soluzioni puntuali.

Il ricorso a questo essenziale strumento di consultazione e di studio è poi ulteriormente facilitato da un amplissimo indice analitico.

Non pare di dovere aggiungere altro per giustificare l'espressione dell'apprezzamento e della gratitudine che deve rivolgersi a Nicola Picardi e agli studiosi che si sono raccolti attorno a lui per la redazione di quest'opera (G.T.).

Rivista di Diritto Processuale (1997, p. 280)

Code Louis, T. I, *Ordonnance civile*, 1667, T. II, *Ordonnance Criminelle*, 1670, a cura di Nicola Picardi, ed. Giuffrè, Milano 1996.

Un'opera davvero singolarmente preziosa, quella che Nicola Picardi ha curato con infinito impegno e passione e ha condotto ora a felice conclusione: associato con Alessandro Giuliani nella direzione della raccolta di *Testi e documenti per la storia del processo*, che con questa prima impresa vede la luce.

Il tomo I contiene - dopo una introduzione di Picardi, sulla quale subito tornerò - la celebre *Ordonnance civile touchant la réformation de la justice*, promulgata da Luigi XIV a Saint Germain en Laye nell'aprile 1667: celebre, è vero, ma introvabile sul mercato almeno per il lettore italiano (il testo di questa, come dell'altra ordinanza, è tratto da una raccolta di antiche leggi francesi edita a Parigi nel 1839).

Il tomo II presenta, sotto il medesimo titolo - dopo una limpida introduzione del Prof. André Laingui dell'Università di Paris II - l'*Ordonnance criminelle* data a Saint Germain en Laye nell'agosto 1670: Cancelliere e guardasigilli, per entrambe, Pierre Séguier. Il Prof. Laingui ha pure aggiunto al testo dell'Ordinanza ricche note esplicative.

Sia il primo che il secondo tomo sono arricchiti e impreziositi dalla ristampa anastatica (da una edizione di Louvain dell'anno 1700) del processo verbale delle conferenze tenute tra i Commissari del Re (o meglio del suo *Conseil de Justice*) e i Deputati del Parlamento di Parigi, per l'esame, rispettivamente, degli articoli dell'una e dell'altra Ordinanza: i lavori preparatori, insomma, o, come è stato detto, «la storia segreta dell'Ordinanza».

Dicevo dell'introduzione di Picardi. Essa costituisce, in realtà, un ampio, documentatissimo ed affascinante saggio sull'origine del *Code Louis*; sul suo valore come prima, organica affermazione del principio della statualità della procedura; sulle tensioni fra il Re e i Parlamenti - ed in particolare il Parlamento di Parigi - che si composero - seppure, per alcuni versi, precariamente - nella elaborazione collegiale delle due Ordinanze; sui personaggi di spicco in questa opera legislativa, che segna la nascita del diritto processuale moderno almeno per la Francia ed i Paesi di *civil law* che alla sua legislazione si ispirarono, dopo la Rivoluzione e la Codificazione napoleonica. Ma non meno preziosa, per la nostra comprensione del testo dell'*Ordonnance civile*, è la ricostruzione, che Picardi ci offre, dei principi così posti, alcuni giunti fino a noi, altri superati ben presto (pur se ricorrenti) dall'esperienza storica: la soggezione del giudice alla legge; il divieto della interpretazione giurisprudenziale; e con essi l'articolazione della procedura ordinaria e di quelle speciali, il regime della prova, la responsabilità del giudice.

Il saggio di Picardi costituisce dunque la necessaria preparazione alla piena comprensione di questo testo normativo, che egli sottolinea essere stato concepito dai suoi autori e applicato dagli operatori come una vera e propria «codificazione», anziché come una semplice «consolidazione» di precedenti interventi legislativi dei Re di Francia. Parimenti il prof. Laingui traccia un quadro molto chiaro e analitico della procedura penale dettata con la seconda Ordinanza.

Ma, dopo aver letto questi saggi, chi abbia curiosità di ritrovare, in questi testi, le radici del nostro diritto vivente, o anche soltanto gli echi di problemi che ancora ci affaticano e ci appassionano, non avrà che da spigolare tra quelle norme. Due sole citazioni dell'*Ordonnance civile*, e solo come provocazione alla lettura: la disciplina severa delle «*contestations en cause*» (titolo XIV), scandita da termini per le difese e dalla «abrogazione dell'uso di dupliche, tripliche, addizioni, prime e seconde e altre simili scritture», col divieto ai giudici di prenderle in considerazione (ivi, art. 3); la minuziosa regolamentazione delle ricusazioni dei giudici (titolo XXIV) con la regola (art. 6) che «il giudice potrà essere ricusato se ha dato consiglio o conosciuto antecedentemente della lite come giudice o come arbitro, se ha sollecitato o raccomandato, o se ha manifestato il suo parere» fuori del processo: accompagnata però anche da una regola di chiusura (art. 12) per la quale «non intendiamo escludere gli altri

motivi (*moyens*) di fatto e di diritto, per i quali un giudice potrebbe essere validamente ricusato».

Inutile continuare negli esempi. Ognuno di noi potrà trovare, in questi testi ritornati alla luce, infinite occasioni di riflessione (Giuseppe Tarzia).

Il giusto processo civile (2006, p. 251)

Il Premio « Justice in the World » a Nicola Picardi

Il Premio «Justice in the World», notoriamente uno dei più prestigiosi premi internazionali nel campo della cultura giuridica e dell'amministrazione della Giustizia, è stato assegnato quest'anno, per la prima volta, ad uno studioso italiano, Nicola Picardi, ordinario di Diritto processuale civile nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma «La Sapienza».

L'assegnazione è stata deliberata dalla giuria internazionale del Premio, nominata dalla *Justice in the World Fondation* e presieduta da Rainer Voss, riunitasi a Madrid nel dicembre 2005 per deliberare sulle varie candidature presentate da personalità di vari Paesi.

Il premio, istituito nel 1997, negli anni scorsi era stato conferito, fra gli altri, a Ahron Barak, professore dell'Università ebraica di Gerusalemme e Presidente della Corte Suprema di Israele, a Jutta Limbach, Presidente della Corte Suprema tedesca, a Héctor FixZamundio, professore nell'Università autonoma del Messico, e al giurista malese Param Cumaraswamy.

La scelta è caduta quest'anno sul nome di Nicola Picardi, in riconoscimento della sua pluriennale attività scientifica e di divulgazione per il miglioramento dell'amministrazione della Giustizia e in difesa dell'indipendenza e responsabilità del giudice nei vari Paesi del mondo.

La cerimonia del conferimento del Premio è avvenuta il 28 marzo 2006 a Madrid, alla presenza di alte personalità del mondo politico, culturale e giudiziario della Spagna, dell'Austria, della Germania e del Portogallo. Per l'Italia erano presenti l'Ambasciatore a Madrid e il Procuratore generale della Corte di Cassazione Francesco Favara.

La nostra Rivista si rallegra vivamente con Nicola Picardi per l'altissimo riconoscimento della grande importanza della sua opera scientifica.

Rivista di Diritto Processuale (2006, p. 1061)

Nicola Picardi, Alessandro Giuliani (a cura di), *Testi e documenti per la storia del processo*, 23 voll. in 26 tomi, Giuffrè, Milano 1996-2004.

1. Alcuni volumi di questa collana sono stati già recensiti su questa *Rivista* (1996, pp. 279 ss. e 2003, p. 592) ad opera di Giuseppe Tarzia. Una volta completata la collana, è ora possibile segnalare l'intera opera, che risulta strutturata in due sezioni: la prima dedicata ai *grandi modelli europei*; la seconda ai *codici degli stati italiani preunitari*. Nell'economia di questa recensione ci si dovrà, peraltro, limitare ad evidenziare solo alcune delle linee guida seguite dai curatori nella selezione dei materiali e riportare, sommariamente, i contenuti dei diversi volumi.

La collana, innanzitutto, costituisce l'ideale prosecuzione, ed anche la conclusione, delle ricerche di grande interesse scientifico sulla storiografia del diritto processuale che i curatori hanno, congiuntamente, condotto a partire dal 1973, ricerche che, quanto alle loro prime fasi, sono state già approfonditamente e criticamente analizzate su questa *Rivista* (2004, pp. 1 ss.) da Knut Wolfgang Nörr nel noto saggio dal titolo *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*. Come risulta dalla prefazione al X volume della prima serie (dedicato all'*Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica tedesca*) che conclude, cronologicamente, l'opera, la collana qui in esame si ricollega, da un lato, alle *Ricerche sul processo*, (10 tomi, Padova 1976 - Rimini 1998) e, dall'altro, all'*Educazione giuridica*, (sempre a cura degli stessi autori, 11 tomi, Perugia 1975 - Napoli 1994). Essa costituisce, anzi, la diretta prosecuzione dei due ultimi tomi dell'*Educazione giuridica* dal titolo *Modelli storici della procedura continentale*, Napoli 1994, (il primo dedicato ai *profili, logici ed istituzionali*, il secondo dal titolo dall'*«ordo iudiciarius» al codice di procedura*). Come ricordato da Picardi nella predetta prefazione, in origine, era stato programmato un terzo tomo dedicato ai grandi modelli europei. La molteplicità dei materiali inventariati e selezionati, la complessità dei problemi e l'opportunità di mettere a disposizione degli studiosi testi fondamentali, spesso di difficile reperimento, hanno, però, indotto i curatori ad abbandonare il disegno originario e a convertire, nel 1996, il progettato terzo tomo dei *Modelli storici della procedura continentale* in una autonoma serie di materiali, raccolti appunto nella prima sezione della collana qui esaminata dal titolo, appunto, *I grandi modelli europei*. In un secondo momento, è stata aggiunta la se-

conda sezione, dedicata, come si è detto, ai *codici processuali degli stati italiani preunitari*.

2. Le chiavi di lettura dei volumi recensiti vanno sostanzialmente ricercate - come, del resto, già evidenziato da Nörr (*op. cit.*, pp. 6 ss.) - nel passaggio dal *iudicium* (o *ordo iudiciarius*) al *processus* e dall'*ordine isonomico* all'*ordine asimmetrico*. In altri termini, l'ottica adottata nella collana è il passaggio da un processo di carattere *extrastatuale* ad un processo di natura *statuale*. Picardi, nella prefazione al *Code Louis, T. I Ordonnance civile 1667*, chiarisce, infatti, che «fino all'età moderna ai tribunali veniva riconosciuto il potere di determinare i modi stessi del loro operare... L'*ordo iudiciarius*, la procedura, era considerato manifestazione d'una razionalità pratica e sociale, che si era realizzata nel tempo attraverso le prassi create dai giudici, avvocati e loro ausiliari, con la collaborazione della dottrina... Conseguentemente veniva riconosciuta alla procedura natura originaria e, in certo senso, *extrastatuale*: nessuno, neppure il Papa, avrebbe potuto prescindere dall'*ordo*». Con la formazione dello stato moderno si affermò, invece, l'opposto principio della statualità della procedura. In una situazione di esasperato conflitto con la magistratura, Luigi XIV, infatti, rivendicò definitivamente a sé il monopolio della legislazione processuale. La collana si apre, perciò, con il *Code Louis*, articolato nei due tomi: l'*Ordonnance civile* del 1667, con introduzione di N. Picardi, e l'*Ordonnance criminelle* del 1670, con introduzione di A. Langui, tomi arricchiti della ristampa anastatica dei lavori preparatori, documenti indispensabili per studiare «la storia segreta» della prima codificazione processuale ed i rapporti fra legislatore e giudice.

Il principio della statualità della procedura, ed i conseguenti sviluppi della concezione del giudice funzionario e della burocratizzazione del processo, troveranno, poi, adeguata documentazione nel XVIII secolo. All'inizio, si colloca il *Codex Legum Svecicarum* del 1734, con prefazione di Giuliani e Picardi ed introduzione di K.A. Modéer, pubblicato in svedese e in latino. Si tratta di un volume che Tarzia ha già segnalato come una «autentica preziosità» (in questa *Rivista* 2003, pp. 592-593). Segue il monumentale *Codex Fridericianus Marchicus del 1748*, in due tomi, con introduzione di H. Mohnaupt ed il *Regolamento giudiziario di Giuseppe II del 1781* con prefazione di Picardi ed introduzione di W. Ogris e P. Oberhammer.

Nel secolo XIX i testi più significativi sono indubbiamente i *codici napoleonici di procedura civile* del 1806, con introduzione di U. Petronio, e di *istruzione criminale* del 1808, con introduzione di A. Langui, volume corredato anche dai classici *Prolegomeni* di J.G. Locré de Boissy e da un saggio di P.L. Cipolla. Si tratta di testi legislativi destinati ad avere una grande influenza sulla legislazione europea e, in particolare, sulle codificazioni degli stati italiani preunitari. Nell'800, non minor rilievo hanno, peraltro, anche le grandi legislazioni germaniche, tuttora vigenti, anche se con opportuni aggiornamenti. Sono stati, quindi, riprodotti in versione italiana sia l'*Ordinanza di procedura civile dell'Impero germanico del 1877/1898*, con prefazione di Picardi e Martino ed ampia introduzione di C. Wollshläger, sia l'*Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe del 1895* (la c.d. ordinanza di F. Klein) con l'introduzione di W.H. Rechberger e G.E. Kodak e quella di C. Consolo. È stato anche riprodotto, con ampia introduzione di V. Fairén Guillen, un altro importante modello processuale: il codice spagnolo del 1881 (*Ley de enjuiciamiento civil*), che è restato in vigore fino al XXI secolo.

Infine, il XX secolo, nella collana, è rappresentato dai due più celebri modelli di processo ispirato all'ideologia del c.d. socialismo reale, che, a seguito delle note vicende, sono rapidamente passati dall'attualità alla storia. Sono stati, infatti, pubblicati, in versione italiana, il *Codice di procedura civile della Repubblica Socialista Federativa Sovietica di Russia* del 1964, con l'introduzione di N. Picardi e R.L. Lantieri e quella di M.A. Gurvic, nonché la già ricordata *Ordinanza della procedura civile della Repubblica Democratica Tedesca* del 1975, con prefazione di Picardi e Martino ed introduzione di H. Kelner.

3. I tredici volumi della seconda sezione della collana sono, invece, dedicati, come si è detto, ai codici degli stati italiani preunitari. Si tratta di una legislazione varia e complessa che cerca spesso di contemperare, in varie maniere, la tradizione italiana risalente al processo comune con le suggestioni derivate dai modelli francesi ed austriaci, che avevano avuto diretta, ma parziale, applicazione in Italia.

La sezione si apre con le *Costituzioni sabaude* del 1723, arricchite dall'introduzione di G.S. Pene Vidari. Segue il *Codice estense* del 1771, con introduzione di C.E. Tavilla, ed il *Codice di Malta*, 1777/1784, con introduzione di C. Carcereri de Prati, nonché il *Codice giudiziario barbacoviano* del 1788, con ampia introduzione di F. Cordopatri. Il XVIII secolo si chiude, infine, con un volume nel quale sono state riprodotte

le *Legislazioni processuali delle Repubbliche giacobine in Italia, 1796-1799*, difficilmente reperibili, arricchite da una introduzione di C. Carcereri de Prati.

Il XIX secolo è, invece, rappresentato dal *Regolamento di procedura civile per i tribunali del Granducato di Toscana* del 1814, con introduzione di M. Ascheri; dal *Regolamento Generale del processo civile per Regno Lombardo Veneto* del 1815, con introduzione di M. Taruffo; dal *Codice per lo Regno delle Due Sicilie, Parte III*, del 1819 con introduzione di F. Cipriani; dal *Codice di procedura civile di Maria Luigia* del 1820, con introduzione di A. Chizzini; dal *Regolamento giudiziario per gli affari civili di Gregorio Papa XVI*, del 1834, con introduzione di U. Petronio e N. Picardi; dal *Codice di procedura civile per gli Stati Estensi* del 1852, con introduzione di M. Vellani; dai due *Codici di procedura civile del Regno di Sardegna*, del 1854 e del 1859, con introduzione di S. Chiarloni e, infine, dal *Codice di procedura civile del Regno d'Italia* del 1865, con introduzione di G. Monteleone, nel quale è anche riprodotta la *Relazione Pisanelli*.

In definitiva, la collana qui recensita offre agli studiosi la possibilità di risalire alle radici della legislazione processuale. Essi potranno trovare, nei testi, tornati alla luce dopo una stagione di oblio, nuove occasioni di riflessione ed utilizzare il passato per chiarire i problemi di oggi.

Ai curatori di quest'opera monumentale, Alessandro Giuliani e Nicola Picardi, si deve quindi esprimere l'ammirazione e la gratitudine di tutti gli studiosi del processo, italiani e stranieri (Carmine Punzi).

Rivista di Diritto Processuale (2007, p. 723)

Nicola Picardi, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano 2006, pp. XXIII-644.

In copertina, la riproduzione di un quadro seicentesco con l'immagine di S. Ivo (1253-1303), sacerdote in Bretagna, patrono degli avvocati, dei giudici, dei notai e, in genere, dei giuristi, proclamato santo il 19 maggio 1347 da papa Clemente VI; in epigrafe, un brano di una *opinion* di Felix Frankfurter del 1943: «La storia della libertà è stata in gran parte la storia del rispetto delle garanzie procedurali».

Con ammirevole sintesi, in seicentotrentuno pagine, il *Manuale del processo civile* (non del diritto processuale civile) compendia tutti gli argomenti della materia: la prima parte, fino p. 251, riguarda i principi generali, comuni ad ogni processo: al giudice, alle parti, agli atti. La seconda, da p. 255 a p. 425, al processo ordinario di cognizione, comprese le impugnazioni. La terza parte, da p. 429 a p. 506, si occupa dei processi speciali, congiuntamente di quelli a cognizione piena ed esauriente e dei procedimenti a cognizione sommaria: il processo davanti al giudice di pace, il processo del lavoro, il processo societario (o commerciale); il processo di separazione e di divorzio; il procedimento per ingiunzione, il procedimento per la repressione della condotta antisindacale, il procedimento per convalida di licenza e di sfratto, il procedimento sommario societario (o commerciale). In questo ambito, il capitolo XXV, da p. 475 a p. 491, è dedicato ai procedimenti in camera di consiglio, vuoi a quelli di giurisdizione volontaria, vuoi a quelli contenziosi. Nella quarta parte, da p. 509 a p. 585, si esaminano, insieme, la tutela esecutiva e quella cautelare; ai procedimenti cautelari è dedicato il capitolo XXXI, da p. 561 a p. 585: qui è anche esaminata la tutela possessoria. L'ultima parte riguarda la conciliazione e l'arbitrato. L'opera si apre con la contrapposizione tra la «tradizione orientale», per la quale «l'agire in giudizio per far valere i propri diritti non è considerato un comportamento eticamente raccomandabile» e la «tradizione occidentale», nella quale «la figura dell'arbitro ha finito con l'assumere un ruolo secondario rispetto a quello del giudice e rimangono sostanzialmente emarginate dal sistema la mediazione e la conciliazione».

L'ultimo paragrafo della *Introduzione* è intitolato «Oggetto e metodo»: indicato il primo nello «studio dei processi giurisdizionali» e nella «trattazione delle procedure alternative di composizione delle controversie», si rileva che il «metodo dogmatico-sistematico» «ha portato ad un crescente grado di astrazione(...) determinando così uno stacco tra *teoria processuale*, estremamente raffinata e *pratica processuale*, disastrata e, comunque, non in linea con gli *standards* europei»; il «diverso orientamento», per il quale «il punto centrale della ricerca viene spostato sul funzionamento dell'apparato giudiziario» è qualificato «sociologia della giustizia». Sono, quindi, messi in evidenza i limiti della logica formale, alla quale è contrapposta la «logica argomentativa». L'*Introduzione* si conclude con la menzione del «principio di effettività», «che si è affiancato a quello del garantismo».

Le note bibliografiche, conclusive di ciascun capitolo, costituiscono uno stimolo all'approfondimento dei singoli argomenti.

In relazione a ciascun tema, peraltro, sono indicate le nozioni essenziali e si dà conto delle questioni aperte in giurisprudenza e nel dibattito teorico.

L'opera costituisce il maturo frutto di una lunga esperienza didattica, è un prezioso strumento per lo studio al diritto processuale civile, un utile breviario per intraprendere l'irto percorso tra effettività e garanzie, tra l'esercizio del diritto di azione e del diritto alla difesa, secondo i principi del «giusto» processo (Giorgio Costantino).

Rivista di Diritto Processuale (2008, p. 772)

Nicola Picardi, Roberto Martino (a cura di), *Codice di Procedura Civile della Federazione Russa* (2003), Cacucci, Bari 2007, pp. XX-762.

Questo benemerito volume contiene il codice di procedura civile della Federazione Russa entrato in vigore nel 2003, in versione italiana (traduzione a cura di U. Lopardi) e in versione inglese oltre che nell'originale in russo.

Roberto Martino presenta l'opera con una succosa prefazione nella quale - dopo aver chiarito che il lavoro si colloca in ideale continuità con le iniziative di studio dovute in passato a Nicola Picardi e ad Alessandro Giuliani (a tutti note) - informa anche sui profili di novità del codice rispetto alla disciplina previgente di tipo «socialista». Nicola Picardi, R.L. Lantieri e U. Lopardi ci danno poi uno splendido saggio di carattere storico (*il processo civile in Russia da Pietro il Grande ad oggi*); mentre Dmitry Y. Maleshin informa sulla genesi del nuovo codice (*La riforma della procedura civile in Russia: l'aspetto socio-culturale*) e V.K. Puchinsky e E.V. Kudryavtseva danno una descrizione della disciplina contenuta nel nuovo codice. Gli scritti degli autori russi sono tradotti da U. Lopardi.

Sotto il duplice profilo culturale e informativo, l'opera è un vero gioiello, sia perché si tratta dell'unica fonte disponibile in Italia per chi non conosca il russo, sia perché il nuovo codice della Federazione Russa è presentato e illustrato anche da eminenti specialisti russi. A Nicola Picardi, a Roberto Martino, agli autori russi e a U. Lopardi (senza le cui

traduzioni l'opera non avrebbe potuto vedere la luce) va il ringraziamento di tutti. Il mio plauso è assolutamente entusiastico (E.F. Ricci).

Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile (2008, p. 308)

Codice di procedura civile della Federazione Russa (2003), a cura di N. Picardi e R. Martino, Cacucci, Bari, 2007, pp. XX-762.

1. Sono ben note ed apprezzate le monumentali ricerche dirette da trent'anni a questa parte da Nicola Picardi, prima con Alessandro Giuliani, poi, dopo la scomparsa di questi, da solo. *Ricerche sul processo, L'educazione giuridica, Testi e documenti per la storia del processo*, sono le collane che raccolgono preziosi testi, molto spesso tradotti, indagini storiche, raffinatissimi e coltissimi saggi introduttivi dei curatori.

Questo *Codice* si inserisce a pieno titolo in quel filone metodologico - con mutata veste editoriale - con l'affiancamento a Nicola Picardi di suoi allievi, in primo luogo di Roberto Martino, al quale si deve l'interessante prefazione.

Tre saggi introduttivi guidano, davvero "saggiamente", il lettore allo studio del testo normativo, tradotto in italiano da Ubaldo Lopardi, e pubblicato anche in inglese (traduzione di V. Fedchuk) e in russo. Completa il volume la nuova costituzione della Federazione Russa del 12 dicembre 2003, sempre in tre lingue.

Il primo saggio *Il processo civile in Russia da Pietro il grande ad oggi* (pp. 3- 66) è dovuto a tre autori: Nicola Picardi, Rossella Lavinia Lanteri e Ubaldo Lopardi, per parti diverse. Il metodo di Nicola Picardi vi traspare ed è seguito dagli allievi, direi con successo.

La storia delle istituzioni è considerata un fattore per comprendere un ordinamento; le note rendono ragione della vasta cultura; l'umiltà del ricercatore di classe traspare dalla dichiarazione secondo cui "Questa ricerca, d'altra parte, non ha la pretesa di prospettare giudizi definitivi. Il suo scopo è solo quello di fornire materiali per stimolare ulteriori indagini e studi".

In realtà vi è di più, perché il lettore è arricchito dall'indagine e può avvicinarsi con attenzione anche ai più recenti mutamenti in quel grande Paese. In lingua italiana sono apparsi vari studi sull'ordinamento processuale russo, oltre di Nicola Picardi, di Mauro Cappelletti, di Giuseppe Franchi ed altri, ma ora queste pagine consentono di comprendere le linee di tendenza della futura evoluzione.

Il secondo saggio è di Dimitry Maleshin, professore all'Università di Stato di Mosca e ben noto negli ambienti internazionali: *Riforma della procedura civile in Russia: l'aspetto socio-culturale* (pp. 69-80). In esso vengono messi a fuoco i principi della riforma, fra i quali il tentativo di conciliare individualismo e collettivismo. Si percepisce da queste pagine interessanti quanta strada sia stata compiuta per la creazione di un moderno Stato di diritto, senza trascurare le peculiarità culturali russe.

Il terzo saggio sul nuovo codice è di V.K. Puchinsky e E.V. Kudrayutseva (pp. 83-93), e si sofferma sulla struttura della riforma e il ruolo dei tribunali. Nel paragrafo sul riparto di giurisdizione si sottolinea che la giurisdizione arbitrale, obbligatoria quando le controversie riguardino organizzazioni, amministrazioni ed imprese statali, ha un nuovo codice, in vigore dal 2002.

L'art. 127 della Costituzione della Federazione Russa disciplina la Corte suprema di arbitrato, organo che fa all'evidenza parte del potere giudiziario.

Siamo agli antipodi con la nostra concezione dell'arbitrato che o è fondato sulla libertà delle parti (anche se sempre più vincolata da lacci e laccioli) oppure non è.

Per questo, e non solo, mi auguro che anche il codice dell'arbitrato venga tradotto e presentato con analogo approfondimento critico di quest'opera di grande interesse.

2. Ciò detto e presentata l'opera al lettore, sarei tentato di svolgere qualche considerazione che sorge leggendo i saggi e i testi normativi.

Balza innanzitutto agli occhi la stringatezza del codice, non solo formato da appena 446 articoli, ma anche particolarmente parsimonioso nella disciplina.

Voglio solo ricordare, a volo d'uccello, perché una riflessione, in questa sede, farebbe solo cadere nella superficialità, che le cause civili sono trattate dal giudice unico, salvo riserva di collegialità; che è stato introdotto il giudice di pace; che la procura di Stato mantiene un rilevante potere, ma non così incisivo come in precedenza; che ovunque domina il principio del contraddittorio, sancito dalla Costituzione; che il giudice ha sì poteri d'impulso d'ufficio in materia istruttoria, ma il concetto marxista di verità materiale è fortemente in discussione; che la Corte suprema ha accentuate funzioni di giudice di controllo della legge, senza essere vincolato ai motivi di ricorso (art. 347, comma 2°);

che il ti tolo terzo riguarda le controversie, devolute al giudice civile, relative a rapporti di diritto amministrativo.

Di tant'altro il Codice induce curiosità, in attesa di una riflessione sui primi cinque anni di applicazione.

Certo può fare impressione il capo XXXV sul ricovero coattivo in ospedale psichiatrico, a fronte della nostra domestica "amministrazione di sostegno"! [FEDERICO CARPI]

Rivista di Diritto Processuale (2009, p. 964)

Nicola Picardi (a cura di), *Codice di procedura civile*, 4° ed., Giuffré, Milano 2008, tomi I e II, pp. XLIX-4001.

Nella prefazione della terza edizione del *Codice di procedura civile*, Nicola Picardi, mutuando un'espressione di Carbonier (*l'inflation des lois*), scriveva che siamo in presenza della c.d. inflazione legislativa. Inflazione legislativa che produce una rapida obsolescenza di qualsiasi scritto dedicato all'analisi del diritto positivo e, in particolare, dei commenti dei testi legislativi, che subiscono un contraccolpo immediato in occasione di ogni modifica di questi testi.

E, infatti, dopo la pubblicazione della terza edizione del *Codice di procedura civile*, effettuata nel 2004, è intervenuta, con un complesso di provvedimenti legislativi (l. 14 maggio 2005, n. 80; l. 28 dicembre 2005, n. 263; d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40; l. 8 febbraio 2006, n. 54; l. 21 febbraio 2006, n. 102), un'ulteriore riforma che ha veramente finito per ridurre il codice di procedura civile - per usare ancora una felice espressione già individuata da Picardi in occasione della precedente edizione - ad un «mosaico di sopravvivenze».

Questa inflazione legislativa non ha peraltro scoraggiato Nicola Picardi e i valenti giovani studiosi che con lui collaborano.

Innanzitutto è stato pubblicato nel 2006, con la collaborazione di Cristina Asprella, un primo commento di questa riforma.

Vede ora la luce, in splendida veste tipografica e ormai diviso in due tomi, la quarta edizione del *Codice di procedura civile* a cura di Nicola Picardi, che contiene un aggiornamento critico dell'intera opera, realizzato con l'impegno, oltre che di Cristina Asprella, anche di Clarice Delle Donne, Marco Farina, Ione Ferranti, Gina Gioia, Rosaria Gior-

dano, Raffaele Iannotta, Aniello Merone, Rodolfo Murra, Livia Picardi e Giovanni Romano.

L'opera è impreziosita da una prefazione di Nicola Picardi, che rappresenta una storia della nostra legislazione processuale: dal codice di procedura civile in lingua italiana, firmato da Napoleone nel palazzo di S. Cloud il 17 giugno 1806 e dai codici preunitari sino ai codici del Regno d'Italia del 1865 e del 1940. Picardi si occupa, quindi, delle riforme che hanno interessato il codice del 1940: dalla «controriforma» del 1951, alla riforma del processo del lavoro e alla «novella» degli anni '90, per giungere sino al processo riformatore degli anni 2005-2006. La prefazione di Picardi si chiude con l'analisi del processo di armonizzazione delle legislazioni processuali degli Stati europei con l'intervento normativo comunitario sugli ordinamenti processuali degli stati membri.

Nelle successive quattromila pagine si svolge l'analisi delle disposizioni del codice di procedura civile, nel testo aggiornato alla riforma degli anni 2005 e 2006 e sul quale sta nuovamente intervenendo il legislatore con ulteriori variazioni che, in alcuni casi, come nella prospettata abrogazione dell'art. 366 *bis* - e quindi con l'abolizione del quesito di diritto in Cassazione - assume ancora una volta il significato di vera e propria «controriforma» e che, comunque, conferma la già rilevata tendenza verso una inarrestabile inflazione legislativa.

Quest'analisi e il commento delle norme vigenti è compiuta, nei due tomi del *Codice di procedura civile* curato da Nicola Picardi, con una rara completezza di documentazione degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che si sono venuti formando, ma anche con prese di posizioni critiche e con la prospettazione di soluzioni di grande interesse, sempre coerenti con i principi e con il sistema del nostro processo, che rendono, in definitiva, quest'opera non solo utile, ma preziosa per tutti gli operatori del diritto e per gli studiosi del processo civile (Carminè Punzi).

Rivista di Diritto Processuale (2009, p. 176)

Nicola Picardi. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Giuffrè Editore, Milano 2007, pp. VII 264.

Nicola Picardi ci dona un libro bellissimo, che non può mancare nella biblioteca del cultore del diritto processuale civile come del giurista

e dell'operatore in genere. L'opera è ben più che la coerente *reductio ad unitatem* di una serie di studi svolti in oltre un quarto di secolo e richiamati a pié dell'introduzione, in un percorso di ricerca parallelo e spiritualmente simbiotico con quello del compianto Alessandro Giuliani, filosofo del diritto che insegnava nell'Ateneo perugino e che fece della concezione retorica del processo e delle ricerche sull'*ordo iudicialis* medievale il suo campo di elezione. La *consecutio* dei vari capitoli, arricchiti da un'Appendice che, in certo senso, sintetizza e produce ad *consequentias* l'ampia ricostituzione storicocomparatistica offerta nelle dense pagine, mostra un'ampiezza di respiro e di visione che solo un Maestro avvezzo al presente, non meno che al passato (anche remoto) dei problemi della giurisdizione civile, poteva imprimere al proprio lavoro, facendo propria la risposta che Marc Bloch dava alla domanda «a che serve la storia?»: a studiare «il passato in funzione del presente e il presente in funzione del passato». Il tutto impreziosito da doviziosi richiami bibliografici e riferimenti storici, talvolta anche in chiave distesamente aneddotica, come negli *exempla* della polemica tra Azzone e Lotario sulla *iurisdictio iure proprio* dell'imperatore (con annessa scommessa di un cavallo, onde i posteri commentarono che Lotario, che quella scommessa perse solo perché l'*opinio* di Azzone meglio soddisfaceva gli interessi del «cliente», *aequum dixit et equum perdidit*); oppure nel caso, divenuto proverbiale, del mugnaio di Sans-Souci, che seppe resistere alle tracotanze nobiliari elevando la celebre invocazione: «ci sono dei giudici a Berlino!».

Il libro si apre con un capitolo I, che funge da Introduzione e che fornisce il tessuto connettivo e il manifesto dell'opera: il titolo del primo paragrafo («*La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*») - che riprende quello del saggio dell'a. nella sua stesura originaria e costituisce la parafrasi del titolo che Savigny diede al celeberrimo *pamphlet* del 1814, con cui si opponeva, a petto delle posizioni del Thibaut, all'introduzione in Germania di un codice modellato sul *Code Napoléon* (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) - dà il senso e la misura dell'opera di Picardi, che riflette sulla contemporanea rivalutazione del momento giurisprudenziale del diritto.

Con il II capitolo Picardi dà abbrivio alla ricerca, descrivendo il significato di *iurisdictio* e di *iudex ordinarius* nello *ius commune* classico, quando il termine «giudice» indicava la suprema autorità del re-giudice e la stessa funzione legislativa non era che una componente della funzione giudiziaria. S'ebbe peraltro, nel sistema feudale come

in quello comunale, una progressiva erosione della *iurisdictio ordinaria* dell'imperatore, per concessione de *iure* o per usurpazione *de facto* da parte del feudatario o del comune, in cui il giudice non era un funzionario di carriera condizionato da vincoli burocratici, era assistito da un esperto di diritto (mercè l'istituto del *consilium sapientis*) ed esercitava un ruolo più vicino a quello di un mediatore e di un arbitro imparziale, che a quello di un funzionario o di un burocrate che traduce *tout court* la volontà del sovrano. La sua educazione era basata sulla retorica e sulla dialettica, tanto che persino il «Tresor» di Brunetto Latini (*la cara e buona immagine paterna / di voi quando nel mondo ad ora ad ora / m' insegnate come l'uom s'eterna*: Inf. XV 83-85) conteneva un catalogo delle norme di condotta del buon giudice nella civiltà comunale. A quei tempi la procedura, meglio nota come *ordo iudiciarius*, era manifestazione di una ragione pratica e sociale, veniva confezionata con la collaborazione essenziale dei giudici e degli avvocati e progressivamente si inverteva nella prassi dei tribunali, lo *stylus* (o *consuetudo*) *curiae* che *pro lege habetur*, purché *rationabilis*.

Nel capitolo III Picardi esamina, in dense pagine, la giurisdizione nella *common law*, sottolineando il progressivo distacco delle *Royal Courts of Justice* dalla *curia regis* e il coevo accentramento del potere giudiziario in un numero relativamente esiguo di giudici professionali con sede a Londra, che esaltavano il ruolo di garanzia della *common law*, cioè delle norme plasticamente create per via giurisprudenziale, quale limite al potere del re, a lui preesistente poiché «continuamente raffinato attraverso molte generazioni per opera di un numero infinito di uomini seri e dotti e... giunto a tale perfezione attraverso una lunga esperienza», secondo le parole di Sir Edward Coke, che ben rappresentano l'unità intellettuale, ideologica e cetuale dei giudici e degli avvocati inglesi, autentici *serjeants at law*, gelosi custodi della *common law* costruita come *case law*. Non mancano, naturalmente, riferimenti alla parallela giurisdizione della *Chancery Court*, nata proprio dai vasti poteri del Lord Cancelliere di concedere i *royal writs*, con l'annesso *power to make new law* e, soprattutto, di offrire risposte a coloro che facevano appello all'*aequitas* e alla *benignitas* regali, nonché all'istituto del *justice of the peace*, «most thoroughly English of English institutions», come lo considerava Maitland.

Chiuso l'importante *excursus* in terra anglica, i capitoli IV, V e VI formano un inscindibile *continuum*, che conduce dagli albori della moderna concezione della sovranità agli esiti «erosivi» di tale nozione

che la contemporanea postmodernità sottopone allo sguardo attento degli osservatori e degli studiosi. Picardi prende le mosse dalla paradigmatica situazione delle giurisdizioni in Francia, da quell'endemico conflitto che contrappose dapprima la giustizia regia a quella feudale e signorile e poi, all'interno della stessa giustizia regia, i Parlamenti al sovrano lungo tutto l'arco dell'*Ancien Régime* sino alla Rivoluzione del 1789. A Jean Bodin - scampato, a quanto pare, alla strage degli Ugonotti della notte di San Bartolomeo, ordinata da Caterina de' Medici e dai suoi consiglieri ispirandosi, a dir di Montaigne, alle teorie di Machiavelli - e poi a Pufendorf si deve la definizione di *iudiciaria potestas* come *pars summi Imperii*. In tal modo la *iurisdictio*, da nozione generale che era, diventa una componente della sovranità, un potere a questa subordinato e da questa derivato. Dall'extrastatualità, conclude Picardi, si passa alla statualità della giurisdizione.

Riprendendo, nel capitolo V, il filo evolutivo delle giurisdizioni in Francia, l'a. si sofferma in particolare sui tredici *Parlements*, emanazioni territoriali della *curia regis*, che creavano una fitta trama di tribunali, con cinque o sei gradi di giurisdizione e con la confusione e le lungaggini che ben possono essere evinte, anziché da fonti strettamente storiografiche, dalle opere letterarie di Rabelais e di Racine (*Les Plaideurs*). Si creò in quegli anni una vera e propria nobiltà di toga (*noblesse de robe*), inamovibilmente investita di un *office* durevole e venale e, soprattutto, non soggetta ad alcun rapporto burocratico-gerarchico con il sovrano, tanto che un acuto osservatore come Tocqueville, parlando di *Ancien Régime* e *Révolution*, aveva ben ragione di notare che «non vi era paese in Europa in cui i tribunali ordinari dipendessero meno dal governo, che in Francia». Per quel che concerne la procedura civile, con l'*Ordonnance civile* del 1667, facente parte del celebre *Code Louis*, si ebbe l'archetipo delle codificazioni moderne e una decisa affermazione della *thèse royale*, che voleva ridurre il giudice a mera *bouche de la loi*, rispetto alla *thèse parlementaire* (su cui influì direttamente l'ex magistrato Montesquieu), che attribuiva ai giudici il ruolo di garanti e custodi delle *lois fondamentales* del regno di Francia, che neppure il sovrano avrebbe potuto intaccare. La *Révolution* si appropriò, infine, del principio della separazione dei poteri in una versione che favoriva la supremazia di quello legislativo, aprendo la strada all'applicazione della cosiddetta legalità rivoluzionaria da parte dei famigerati tribunali. A ciò s'accompagnarono l'azzeramento dei poteri dei *Parlements*, «*enterrés tout vivants*», e la contemporanea trasformazione dei giudici in

«salariati di Stato», secondo l'espressione della legge sull'ordinamento giudiziario dell'agosto del 1790, astretti ad utilizzare il *référé législatif* (già presente *in nuce* nel *Code Louis*) per risolvere i dubbi interpretativi, e soggetti al controllo del *Tribunal de cassation*, inizialmente istituito presso il corpo legislativo, ma ben presto affrancatosi da questo. Aboliti i privilegi di classe e di ceto, smantellate le molteplici giurisdizioni, si era ormai affermato il monopolio statale della giurisdizione. Napoleone colse appieno i frutti di questa impostazione e, con la *grande loi* del 1810 sull'organizzazione giudiziaria, giunse a porre il giudice sotto il controllo dell'esecutivo, mentre dal *Code de procédure civile* del 1806 sortì definitivamente confermata l'appropriazione della procedura da parte del sovrano.

In area germanica gli sviluppi furono ben altri. In Austria, l'alleanza tra giusnaturalismo wolffiano e *Polizeistaat* fu alla base del modello di giudicefunzionario che si diffonderà sul continente in età moderna, con il definitivo abbandono della pregressa concezione del *nobile officium iudicis*. In Prussia questo modello di giudice-funzionario, asservito al regio potere entro una rigida struttura gerarchico-burocratica, raggiunse lo *zenit*, tanto che ancora a fine Ottocento, nel celebre libro di *Jhering Der Zweck im Recht*, ritroviamo la metafora della caserma di origine fredericiana: «come il soldato nella severa disciplina militare deve anzitutto imparare la subordinazione, così nell'amministrazione della giustizia il giudice deve imparare ad obbedire alla legge».

Nel capitolo VI Picardi chiude il grande affresco sulla giurisdizione, esaminando gli sviluppi e i fermenti che giungono sino ai nostri giorni. Quella concezione statale e burocratica della giurisdizione che permane forte in *wack*, *Mortara*, *Chiovenda* e *Garsonnet*, farà sentire i suoi echi persino sulla nostra Costituzione del 1947 la quale, pur incline a munire i giudici di peculiari guarentigie, definisce la magistratura come «ordine» e non come potere, anche se poi, nel dirla «indipendente da ogni altro potere», mostra di porla *quoad effectum* sullo stesso piano dell'esecutivo e del legislativo. Nella seconda metà del XX secolo si assiste a una rivalutazione del momento giurisprudenziale ed equitativo del diritto e, correlativamente, a un progressivo, ancorché contrastato recupero di potere da parte dei giudici, in coincidenza con una revisione del concetto stesso di sovranità, quale naturale e inevitabile conseguenza dell'avvento dell'Unione Europea e di un sistema economico globale che non conosce frontiere.

Nelle *Appendici* l'a. completa l'indagine, riprendendo la voce *Processo civile (diritto moderno)*, apparsa nel 1987 sull'*Enciclopedia del diritto*, poco prima dell'altrettanto fondamentale voce *Prova in genere (filosofia del diritto)* di Alessandro Giuliani (pubblicata l'anno successivo), a comporre un quadro unitario che uno studioso della statura di Knut Wolfgang Nörr addita quale «svolta storico-ideologica e metodologica nella storiografia del diritto processuale». Picardi dà nuovi titoli ai due saggi posti nelle *Appendici*, a suggello di un *iter* storico quasi speculare o, vichianamente, di corsi e ricorsi: «Dal giudizio al processo» è ride-nominata la voce *Processo civile*; «*Torniamo al giudizio?*» si intitola *ex novo* l'articolo «*Audiatur et altera pars, le matrici storico-culturali del contraddittorio*», apparso nel 2003 sulla *Trimestrale*, nel quale l'a. riprende l'invito di Carnelutti del 1949 a tornare al giudizio. Si tratta di scritti troppo noti per ripercorrerli sia pure in forma compendiosa. Il processo, come scriveva già Carnelutti, altro non è che giudizio e formazione del giudizio: sicché la forma dubitativa del saggio con cui, per evidente *understatement*, si chiude il libro, si traduce in un'esortazione a riscoprire il valore del *iudicium*, quale *actus trium personarum* che si invera nel costante confronto dialogico tra il giudice e le parti, per una nuova alba della *iurisdictio* e dell'*ars disputandi* (Alberto Tedoldi).

Rivista di Diritto Processuale (2011, p. 680)

Nicola Picardi, *Manuale del processo civile*, 2° ed., Giuffrè, Milano 2010, pp. XXVII-716.

A quattro anni dalla pubblicazione della precedente edizione (recensita in questa Rivista, 2007, p. 723 s.), ne appare una nuova, che tiene conto non solo delle molteplici novità nel frattempo introdotte nel codice di rito, ma anche di quelle - apparentemente minori, in realtà sostanziali - del complessivo quadro normativo: dalle regole in materia di mediazione a quelle in tema di arbitrato nelle opere pubbliche. Il tutto senza mai perdere di vista il contesto sopranazionale, in cui pure non sono mancate delle novità attinenti alla materia processuale, anche se in numero minore di quelle intervenute sul piano interno.

L'Opera, accresciuta di circa 70 pagine, conserva la sua struttura tradizionale. Dopo un'introduzione mirata ad un'inquadramento storico e sistematico, essa si articola in 5 parti, dedicate rispettivamente

alle disposizioni generali, al processo ordinario di cognizione, ai procedimenti cognitivi speciali, ai processi esecutivi e cautelari, alle procedure alternative. La completa un utilissimo indice analitico.

Dai 33 capitoli della precedente edizione, si passa agli attuali 34, per l'introduzione di uno specificamente dedicato al procedimento cautelare. In realtà, nonostante l'identica intitolazione, molti capitoli si presentano, nei contenuti, come radicalmente nuovi. Si tratta di un lavoro che, tra i molti pregi, ha quello di essere particolare attento al processo «vivente», dedicando la massima attenzione, oltre che alla giurisprudenza nazionale, a quella delle Corti europee, ormai sempre più rilevante, anche nel quotidiano. Dunque, uno strumento prezioso per tutti gli operatori giuridici, non solo per chi si avvicina allo studio del processo civile (Achille Saletti).

Nicola Picardi (a cura di), *Codice di procedura civile*, 5° ed., Giuffrè, Milano 2010, tomi I e II, pp. XLIX - 4271.

Questa ormai classica Opera vede oggi edita la sua quinta edizione (la precedente, pubblicata nel 2008, è stata recensita in questa *Rivista*, 2009, p. 964).

Sotto la direzione di Nicola Picardi, con il coordinamento di Francesco Paolo Nicita e Bruno Sassani, nonché con l'apporto di Andrea Panzarola, hanno curato l'aggiornamento Cristina Asprella, Marianna Cesaretti, Clarice Delle Donne, Raffaella Di Iorio, Ione Ferranti, Gina Gioia, Rosaria Giordano, Raffaele Iannotta, Ubaldo Lopardi, Aniello Merone, Rodolfo Murra, Angelo Orofino, Livia Picardi (autrice anche dell'utilissimo indice analitico), Giovanni Romano e Filomena Santagada.

Anche la nuova edizione si apre con un ampio saggio dedicato da Nicola Picardi a «Il codice di procedura civile nel suo bicentenario». La storia della legislazione processualcivile italiana di oltre due secoli si svolge in queste pagine, in un quadro ampio ed affascinante, senza, però, mai perdere di vista il presente, inquadrando in tale evoluzione anche le più recenti innovazioni apportate al codice di rito.

L'Opera conserva anche in questa nuova edizione tutte le sue ben note caratteristiche positive. Da un lato fornisce un quadro completo - e ragionato - degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali, dall'altro tende sempre più ad essere non solo uno strumento informativo,

ma anche, e soprattutto, critico e ricostruttivo. Queste qualità si appalesano con particolare riguardo alle nuove norme introdotte dalla legge n. 69 del 2009, le quali vengono sovente, in difetto di elaborazione giurisprudenziale, investigate nei loro aspetti ricostruttivi e problematici dai loro commentatori.

L'Opera, attualmente costituita da due volumi, dedicati al commento del codice di procedura civile, è destinata, come si preannuncia nella prefazione, ad essere integrata da un ulteriore tomo, il terzo, dedicato a raccogliere e commentare non solo le leggi processuali speciali dello Stato, ma anche le altre fonti processuali che vigono nel nostro Stato, in particolare quelle europee. Un'Opera già preziosa per lo studioso e per il pratico, diverrà così uno strumento ancor più indispensabile per il giurista (Achille Saletti).

Rivista di Diritto Processuale (2020, p. 352)

NICOLA PICARDI, *Manuale del processo civile*, 4° ed., aggiornamento a cura di Roberto Martino, Andrea Panzarola e Livia Picardi, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, pp. XVIII-839.

A distanza di sette anni dalla terza edizione, pubblicata nel 2012 e curata direttamente dall'a., vede ora la luce la quarta edizione del Manuale del processo civile, con aggiornamenti effettuati con rara attenzione ed affetto verso il Maestro scomparso da Roberto Martino, Andrea Panzarola e Livia Picardi.

Tale aggiornamento, lasciando inalterato l'impianto sistematico e, quindi, l'impostazione originaria dell'opera, che già aveva tenuto conto nella terza edizione delle novità normative introdotte sino al 2012, dunque, tra l'altro, del c.d. «filtro» di inammissibilità in appello e del Tribunale delle imprese, ha dovuto occuparsi delle novità legislative e giurisprudenziali, che hanno visto la luce negli ultimi sette anni.

Dell'impostazione originaria non potevano essere modificati in alcun modo alcuni aspetti dell'opera, che non solo sono espressioni originali del pensiero di Nicola Picardi, ma che vengono considerati risultati ormai acquisiti dalla dottrina contemporanea.

Mi riferisco, a titolo di esempio, alle pagine dedicate da Nicola Picardi alla giurisdizione, dove l'a. prende le mosse dalla concezione

classica della giurisdizione come esercizio dell'*imperium* ed emanazione della sovranità dello Stato. E, in quanto emanazione della sovranità, lo Stato ne rivendica il monopolio.

L'a. osserva quindi che, a partire dalla seconda metà del XX secolo, si è registrata una profonda evoluzione e il monopolio statale della giurisdizione si è andato progressivamente sgretolando, sì che si deve constatare che la giurisdizione non appare più funzione esclusiva dello Stato e che è ormai ampiamente superata la concezione del giudice quale funzionario dello Stato.

Ed è in questo nuovo quadro sistematico che si deve prendere atto dei fenomeni rappresentati, nel campo dei rapporti tra giurisdizioni nazionali, dalla possibilità di deroga convenzionale alla giurisdizione italiana a favore di un giudice straniero o di un arbitro e del principio del riconoscimento automatico e senza un giudizio preventivo di compatibilità - c.d. delibazione - della sentenza straniera.

Ed è sempre in questa nuova concezione della giurisdizione che assume sempre maggiore spazio il concetto di «giurisdizione in senso oggettivo», che ha permesso alla Corte costituzionale, che questa impostazione ha accolto e applicato in concreto, di riconoscere a soggetti, certamente privi della titolarità di un ufficio giudiziario, di sollevare la questione di costituzionalità delle leggi da applicare.

Un caso significativo è quello dei Comandanti di porto, ai quali si conferisce espressamente lo *status* di organo amministrativo e la dipendenza gerarchica dal Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Eppure la Corte costituzionale ha riconosciuto ad essi la possibilità di sollevare la questione di costituzionalità quando sono chiamati ad applicare le sanzioni amministrative, previste dal Codice della navigazione e dalle leggi collegate e a definire i giudizi di opposizione proposti dai privati contro le sanzioni loro irrogate (v. Corte Cost., 9 luglio 1970, n. 121). E, analogo potere è stato riconosciuto, più di recente, agli stessi arbitri negli arbitrati volontari (v. Corte Cost. 28 novembre 2001, n. 376).

Infine, di fronte alla decisione della Corte di Strasburgo che ha affermato che l'arbitro non costituisce una «giurisdizione nazionale» e pertanto non sarebbe legittimato a rimettere alla stessa Corte una questione interpretativa di diritto comunitario (CGCE, 1° giugno 1999, C192/1997), Picardi osserva acutamente che la Corte ha avuto riguardo alla «nazionalità» della giurisdizione e non alla natura giurisdizionale *tout court* dell'arbitrato. E l'a. conclude affermando testualmente nel-

le ultime pagine del Manuale: «la verità è che l'arbitrato, a differenza della conciliazione e della mediazione, rappresenta un'alternativa non alla giurisdizione come tale, ma alla giurisdizione statale o ad altro sistema giurisdizionale».

Questa fedeltà all'impostazione originaria dell'opera di Nicola Picardi, che emerge dalla lettura delle pagine dedicate alla giurisdizione e alla evoluzione di questo concetto negli ultimi decenni, corrisponde anche nella quarta edizione del Manuale, la rimeditazione e la rivalutazione delle esperienze del processo civile che vanno maturando nel tempo e che vengono sollecitate dalle riforme introdotte da un legislatore in preda a quel «delirio rifondativo» cui fa cenno Picardi, richiamando un'espressione di Chiarloni, già nella prefazione alla seconda edizione del Manuale del 2009.

Di questa rimeditazione c'è traccia sensibile in tutte le cinque parti del Manuale.

Emerge già nella parte prima che si articola in tre sezioni. La prima, dedicata al giudice, che si occupa in particolare della giurisdizione e della competenza; la seconda dedicata alle parti, con i problemi delle parti e dei difensori e del P.M. e la terza agli atti processuali, dove vengono affrontati problemi fondamentali e di costante attualità quali quelli del giusto processo e dell'abuso del processo, nonché dell'entrata in funzione del c.d. processo civile telematico.

E per quanto concerne in particolare «il giusto processo» l'a. scrive (p. 251) che si tratta di un'espressione riassuntiva che sta ad indicare un fascio di diritti, i c.d. diritti giudiziari fondamentali che, da un lato, in chiave di «garantismo», dall'altro in chiave di «efficientismo», attuano il principio di «effettività».

La parte seconda dedicata al processo ordinario di cognizione si articola in otto capitoli, giacché si occupa non solo del giudizio di primo grado, dall'introduzione della causa alla sua decisione nonché alle vicende anomale del processo, ma anche di tutti i mezzi di impugnazione. Ed è nei capitoli dedicati alla Cassazione che Picardi osserva (p. 467) che la funzione della Cassazione è la risultanza di un delicato equilibrio fra due diverse esigenze di tutela: «esigenza oggettiva» di rispetto della norma sostanziale e processuale a tutela del c.d. *jus constitutionis* o meglio dell'ordinamento visto nella sua coerenza, ed «esigenza soggettiva» a tutela del c.d. *jus litigatoris*, al fine di ottenere «giustizia nel caso concreto», a rimedio di eventuali errori verificatisi, in danno del soccombente, nelle precedenti fasi di giudizio.

La parte terza è dedicata ai processi speciali. E qui Picardi interviene sulla *querelle* relativa alla c.d. tutela giurisdizionale differenziata per prendere atto che non è più sostenibile che la pluralità degli schemi processuali sia in contrasto con l'ideologia egualitaria.

E ribadisce che «il vero principio di parità suona non a ciascuno lo stesso, ma a ciascuno il suo» (p. 7). E aggiunge che sul piano processuale l'eguaglianza è sembrata realizzabile, in alcuni casi, soltanto con previsione di riti speciali e che di questi il risultato positivo più significativo è rappresentato dal processo del lavoro.

Segue, quindi, una parte quarta dedicata ai processi esecutivi e cautelari, dove Picardi prende le mosse dal rilievo che la tutela esecutiva e la tutela cautelare, unitamente a quella di tipo cognitivo, sono componenti indispensabili della tutela giurisdizionale, ma che i tre tipi di tutela hanno caratteristiche differenti. Infatti, se la tutela cognitiva non costituisce più monopolio dello Stato, quella esecutiva e quella cautelare conservano tuttavia carattere statale, quanto meno in linea di massima (p. 645).

Il Manuale si conclude con una parte quinta dedicata ai processi e procedimenti alternativi, e, quindi, alla conciliazione e mediazione, nonché all'arbitrato.

Ed il capitolo dell'arbitrato si articola, a sua volta, in quattro parti dedicate rispettivamente all'arbitrato in generale, quindi all'arbitrato interno nelle sue espressioni fondamentali dell'arbitrato rituale e dell'arbitrato irrituale e all'arbitrato estero e, infine, all'arbitrato commerciale internazionale.

Queste brevi note di recensione sono sufficienti, a mio avviso, per illustrare l'importanza del Manuale di Nicola Picardi e dobbiamo, quindi, essere grati a Roberto Martino, Andrea Panzarola e Livia Picardi, per aver effettuato quest'aggiornamento che permette anche alle più giovani generazioni di studiosi di avvicinarsi al pensiero di un grande Maestro, che è stato per molti di noi caro Collega ed amico indimenticabile (Carminé Punzi).

Profilo degli autori

Curatori

Claudio Consolo: attualmente professore di diritto processuale civile all'Università di Roma La Sapienza, si è laureato a Padova, nel 1978, discutendo la tesi con il Professor Aldo Attardi. Ha svolto molteplici periodi di studio anche in veste di *visiting scholar* presso diverse università straniere. Già professore di diritto processuale civile e diritto dell'arbitrato interno ed internazionale presso le Università di Padova, Trento, ove pure è stato Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche e poi Preside della Facoltà di Giurisprudenza, del Sacro Cuore di Milano, Verona e di Innsbruck, nonché presso la Bocconi di Milano. È membro dei comitati scientifici e di direzione di molte riviste del settore. È membro dell'Associazione internazionale dei processualisti; fondatore e membro dall'origine del Comitato direttivo dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo amministrativo; membro del Comitato direttivo dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, del Consiglio Direttivo dell'Istituto Superiore di Studi sull'Arbitrato, nonché dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti di Venezia. Ha preso parte a plurime commissioni di studio e riforma, anche ministeriali, consigliere ministeriale, più di recente componente della commissione per la riforma del codice del processo amministrativo istituita presso il Consiglio di Stato e della commissione per un progetto di codice della giurisdizione contabile istituita presso la Corte dei Conti. Nel 2008 è stato nominato cittadino onorario di Longarone (Vajont).

Andrea Panzarola: allievo di Nicola Picardi, professore ordinario di diritto processuale civile, strutturato presso la Lum di Casamassima, insegna

a contratto la medesima materia, dal 2016, anche presso la Luiss-Guido Carli. Tiene o ha tenuto corsi anche di diritto dell'arbitrato, diritto processuale comunitario e teoria generale del processo, nonché di diritto processuale civile internazionale e progredito. Responsabile della Ricerca nella Facoltà di Giurisprudenza nonché Presidente del Corso di Studio in Diritto ed Economia per l'Impresa e la Cooperazione Internazionale della Lum. Membro del direttivo dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile. Membro della medesima Associazione e dell'Istituto Superiore di Studi sull'Arbitrato. È direttore o condirettore, nonché membro del comitato scientifico, di revisione o redazione, ovvero referee, di molteplici riviste. Membro della Commissione che sovrintende alla iscrizione presso l'Albo Speciale, istituita presso la Scuola Superiore della Avvocatura (in seno al CNF/Consiglio Nazionale Forense) e docente di diritto processuale civile presso la medesima Scuola Superiore della Avvocatura. Ha in passato insegnato presso Uninettuno, Unitelma La Sapienza, Università di Malta/*Link Campus University*, la Scuola Superiore della Magistratura e la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione. Autore di cinque volumi e di numerose pubblicazioni in materia di diritto processuale civile, arbitrato e procedura amministrativa.

Alessandro Fabbi: laureatosi presso la Università La Sapienza con il Professor Nicola Picardi, dottore di ricerca presso la Luiss, già ricercatore di diritto processuale civile presso la Università degli Studi di Catania, dove è tuttora membro del collegio dei docenti del rispettivo corso di dottorato, oltre che di vari gruppi di ricerca, e dove ha insegnato il diritto dell'arbitrato, come pure altrove in passato, a titolo d'esempio reggendo il corso di "*European Civil Procedure and Arbitration*" presso La Sapienza. Nel 2018 ha conseguito la abilitazione scientifica alla seconda fascia di insegnamento del diritto processuale civile. È stato più volte *fellow* in visita presso enti ed università stranieri e relatore in convegni in Italia ed all'estero. Membro dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile, nonché delle redazioni di varie riviste di settore. Autore di diverse pubblicazioni, tra cui una monografia in tema di prova nell'arbitrato internazionale.

Autori

Jean-Louis Halpérin: allievo della *École normale supérieure*, è professore di storia del diritto presso la medesima *École*, presso cui ha pure in

passato diretto il dipartimento di scienze sociali. Negli anni, ha altresì insegnato presso le Università Lyon III e Bourgogne. È direttore del *Centre de Théorie et Analyse du Droit* (UMR 7074, CNRS, Université Paris Nanterre, ENS). Tra le innumerevoli opere, dirige, insieme a Pierre Bonin, la collezione *Histoire du droit*; è altresì autore di monumentali contributi, tra i quali quello sul *Tribunal de cassation* francese. È stato insignito di vari premi, tra cui, con Frédéric Audren, il premio *Koenigswarter della Académie des sciences morales et politiques*, per l'opera *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIXe-XXe siècles*.

Ugo Petronio: prima docente e poi ordinario di storia del diritto italiano nelle Università di Venezia, Messina, Cagliari e Pisa, è stato chiamato alla Università La Sapienza di Roma dove è poi diventato professore emerito. Ha studiato la storia di alcune magistrature giudiziarie, del processo civile e di alcuni istituti processuali, delle codificazioni moderne (*code Napoléon*, codice di procedura, codice di commercio), dell'analogia, delle obbligazioni, del contratto, della proprietà, del possesso, del diritto agrario, degli usi civici.

Diego Quagliani: professore ordinario di storia del diritto medievale e moderno nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento, dove è stato preside e direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche. Ha tenuto corsi nelle Università di Parigi I, Francoforte, Salisburgo, Lione. Ha svolto ricerche e tenuto seminari in Europa, negli Stati Uniti e in Cina e ha diretto numerosi progetti di ricerca internazionali, tra i quali quello, insieme a Gerhard Dilcher, sfociato nella pubblicazione dei tre volumi sugli Inizi del diritto pubblico in Europa (Bologna – Berlin, 2007, 2008 e 2011). Tra le sue pubblicazioni: *“Civilis sapientia”*, Rimini, 1989; *I limiti della sovranità*, Padova, 1992; *La giustizia nel medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2003; *La sovranità*, Roma-Bari, 2004.

Giampiero Balena: professore ordinario di diritto processuale civile presso la Università di Bari, dove in precedenza è stato anche, per la medesima materia, assistente incaricato, ricercatore e poi professore associato. Ha altresì insegnato presso le università di Perugia e Firenze. Direttore della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università di Bari dal dicembre 2001 al febbraio 2013. Direttore responsabile della rivista *Il giusto processo civile*, condirettore e componente dei comitati di redazione di molteplici altre primarie riviste

di settore. Autore di plurime monografie e di un manuale di diritto processuale civile, giunto alla V edizione.

Giordano Ferri: ricercatore in storia del diritto medievale e moderno presso l'Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza ove è docente di storia del diritto italiano nel corso di laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza. Ha conseguito l'abilitazione scientifica nazionale alle funzioni di professore di seconda fascia per il settore storia del diritto medievale e moderno. È stato ricercatore III livello del Consiglio Nazionale delle Ricerche in servizio presso l'Unità di ricerca "Giorgio La Pira" (CNR/Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza). Dal 2007 è coordinatore didattico del Corso di Alta Formazione in diritto romano della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza. È stato docente, presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università Roma Tre, di costituzionalismo e integrazione europea e di storia del diritto pubblico nonché di ordinamenti giuridici e fonti del diritto nell'Europa medievale e di codificazione e scienza giuridica nell'Europa moderna e contemporanea. È segretario di redazione di *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, riconosciuta di classe A dall'Anvur e compresa nella Directory of Open Access Journals. Autore di diverse monografie e saggi sottoposti alla procedura di referaggio.

Carmine Punzi: allievo di Salvatore Satta, dopo aver conseguito nella sessione del 1960 la libera docenza, ha vinto il concorso a cattedra in diritto processuale civile del 1965 ed ha insegnato dal 1964 al 1974 nell'Università di Palermo e successivamente dal 1974 al 2008 nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza. È attualmente professore emerito presso la stessa Università. È presidente onorario dell'Associazione Italiana fra gli Studiosi del Processo Civile e presidente dell'Istituto Superiore di Studi sull'Arbitrato. Dal 2005 è direttore della *Rivista di diritto processuale*. È autore di numerose pubblicazioni, tra le quali: *La notificazione degli atti nel processo civile* (1959); *L'interruzione del processo* (1963); *Giudizio di fatto e giudizio di diritto* (1963); *Iura novit curia* (1965); *La tutela del terzo nel processo esecutivo* (1971); *Il processo civile* (voll. 3 – 2010); *Disegno sistematico dell'arbitrato* (2012). Ha curato l'aggiornamento dell'opera del suo Maestro, Satta, *Diritto processuale civile* (IX edizione 1981) e poi le successive edizioni: Satta – Punzi, *Diritto processuale civile* (X edizione, 1987; XI edizione 1992; XI edizione con appendice 1994; XII edizione 1996; XIII edizione 2000).

CONSIGLIO SCIENTIFICO-EDITORIALE
SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE

Presidente

UMBERTO GENTILONI

Membri

ALFREDO BERARDELLI
LIVIA ELEONORA BOVE
ORAZIO CARPENZANO
GIUSEPPE CICCARONE
MARIANNA FERRARA
CRISTINA LIMATOLA

COLLANA CONVEGNI

40. Human Nature
Anima, mente e corpo dall'antichità alle neuroscienze
Nunzio Allocca
41. The state of the art of Uralic studies: tradition vs innovation
Proceedings of the 'Padua Uralic seminar' - University of Padua,
November 11-12, 2016
Angela Marcantonio
42. La didattica del cinese nella scuola secondaria di secondo grado
Esperienze e prospettive
Alessandra Brezzi e Tiziana Lioi
43. Project Management
Driving Complexity. PMI® Italian Academic Workshop
Fabio Nonino, Alessandro Annarelli, Sergio Gerosa, Paola Mosca, Stefano Setti
44. Il lessico delle virtù nella letteratura italiana ed europea
tra Settecento e Ottocento
Atti della giornata internazionale di studi
Parigi, 3 giugno 2017
Alviera Bussotti, Valerio Camarotto, Silvia Ricca
45. Società e pratiche funerarie a Veio
Dalle origini alla conquista romana
Atti della giornata di studi
Roma, 7 giugno 2018
Marco Arizza
46. Riflessioni sull'opera di Bruno de Finetti
Probabilità, economia, società
Atti del convegno di Roma, 6 aprile 2016, in occasione della presentazione
del volume *Bruno de Finetti. Un matematico tra Utopia e Riformismo*, 2015,
Ediesse
Mario Tiberi
47. Luce d'Eramo
Un'opera plurale crocevia dei saperi
Maria Pia De Paulis, Corinne Lucas Fiorato, Ada Tosatti
48. Modern Forms of Work
A European Comparative Study
Stefano Bellomo and Fabrizio Ferraro
49. Confini e parole
Identità e alterità nell'epica e nel romanzo
Atti del Convegno, 21-22 settembre 2017 Sapienza Università di Roma
Annalisa Perrotta e Lorenzo Mainini

50. Contesti, forme e riflessi della censura
Creazione, ricezione e canoni culturali tra XVI e XX secolo
Lucia Bachelet, Francesca Golia, Enrico Ricceri, Eugenia Maria Rossi
51. I Romani nelle Alpi
Storia, epigrafia e archeologia di una presenza
Gian Luca Gregori e Romeo Dell'Era
52. Sapienza for International Development Cooperation
Strategies, Projects, Actions
Carlo Giovanni Cereti and Francesca Giofrè
53. Lo scaffale degli scrittori: la letteratura e gli altri saperi
*Miriam Carcione, Matilde Esposito, Serena Mauriello,
Letizia Anna Nappi, Ludovica Saverna*
54. Competenza comunicativa: insegnare e valutare
L'università tra scuola e mondo del lavoro
Marita Kaiser, Federico Masini, Agnieszka Stryjecka
55. Fatto e diritto nella storia moderna dell'ultimo grado del processo civile europeo
Atti del convegno del 22 dicembre 2017 in memoria di Nicola Picardi
Claudio Consolo, Alessandro Fabbi, Andrea Panzarola

Il presente volume raccoglie i contributi di giuristi di varia estrazione e provenienza riunitisi presso Sapienza Università di Roma, nel dicembre 2017, per la prima tappa di un ciclo di incontri di studio del processo civile sotto il profilo storico-comparatistico: ricordando Nicola Picardi, eminente studioso della moderna scienza processualcivile, la cui opera non abbisogna di presentazione alcuna e a cui tutti i partecipanti, e tanti altri, in Italia ed all'estero, son stati a vario titolo legati.

Gli incontri presso Sapienza Università di Roma sono poi proseguiti negli anni successivi, con un evento dedicato all'insegnamento del diritto processuale nel ricordo di Edoardo Ricci; trattando dei profili processuali della Brexit, in memoria di Giuseppe Franchi.

Claudio Consolo è professore ordinario di diritto processuale civile presso Sapienza Università di Roma ed attualmente vicepresidente della Scuola Superiore della Magistratura; in precedenza ha insegnato presso molte altre università; già membro di commissioni ministeriali, autore di innumerevoli pubblicazioni e di un ampio manuale ormai giunto alla dodicesima edizione.

Andrea Panzarola è professore ordinario di diritto processuale civile presso la LUM "Giuseppe Degennaro" di Casamassima, Bari, nonché attualmente docente della medesima materia presso la LUISS Guido Carli; autore e curatore di più volumi e di molteplici scritti minori.

Alessandro Fabbi, avvocato in Roma, è stato ricercatore presso l'Università di Catania dove ha insegnato il diritto dell'arbitrato, come pure altrove in passato, tra l'altro presso la Sapienza; nel 2018 ha ottenuto l'abilitazione alla seconda fascia di insegnamento del diritto processuale civile.

ISBN 978-88-9377-192-4



9 788893 771924

