

LE IDEE DEGLI ALTRI

JORDI NIEVA-FENOLL

Le origini inglesi della Cassazione francese*

A giustificare la traduzione di questo saggio di Jordi Nieva-Fenoll è proprio il suo carattere complessivamente dissacratorio o, più semplicemente, l'originalità con la quale il collega spagnolo percorre un tratto di ricostruzione dell'inquadramento storico tradizionale di un istituto altrettanto tradizionalmente fondante i nostri sistemi di giustizia civile. Di più, forse impone la riproduzione in italiano di questo lavoro il richiamo alla ricostruzione-inquadramento realizzata da un gigante della nostra cultura giuridica in una delle sue opere più fondamentali. La rilevazione che Nieva-Fenoll realizza, con vivacità davvero anomala nella nostra prassi accademica, di una svista (peraltro nel lavoro catalogata tout court come un errore...) di Calamandrei riguardo all'effettiva influenza culturale all'origine della cassazione francese appare in sé interessante e sicuramente suggestiva; a prescindere da ogni ritegno postumo per la memoria comunque intangibile nella sua assoluta grandezza di un giurista ovviamente inarrivabile. (Angelo Dondi)

The English Origin of French Cassation

To date, the historical origin of cassation has been considered to be exclusively French. However, on examining the parliamentary background of the appeal process as well as the English bibliography of the same time cassation was developed, a clearly English provenance emerges. This important oversight may stem from French authors of the 19th century, in addition to the geopolitical circumstances of the moment that can unfortunately also impact science, and ultimately influenced all European doctrine. During the 20th century, the error endured to the point where the most relevant book on the subject, a work by Piero Calamandrei (Cassazione Civile, 1920), directly despises the hypothesis on the English origin of cassation despite having knowledge of debates in the French assembly in which this origin is made clear. Calamandrei's ignorance of the English language may have prevented him from directly consulting British sources, reinforcing a bias that has affected almost all researchers in this field until this day.

SOMMARIO: 1. - Introduzione. - 2. Qualche errore nella ricostruzione storica di un maestro come Calamandrei. - 3. La tendenziale svalutazione dell'opzione di *common law*. - 4. Storia e realtà del ruolo della House of Lords durante il secolo XVIII. - 5. Influenze inglesi nell'elaborazione di Pierre Gilbert de Voisins. - 6. Epilogo-considerazioni conclusive.

1. *Introduzione.* È una tendenza diffusa la svalutazione del contributo del diritto inglese rispetto a istituti processuali tipicamente europeo-continentali. L'origine di tale propensione deriva dalla considerazione dell'approccio britannico al diritto come radicalmente diverso, con una divaricazione che si tende a far risalire al secolo XIII, a seguito della creazione - autonoma rispetto alla tradizione romanistica - del *common law*. Di qui la tendenza a non includere negli studi dedicati al processo civile riferimenti pretti a tale tradizione culturale. Si può ritenere che rispetto a ciò abbia giocato un ruolo non sottovalutabile la scarsa conoscenza - fino almeno a qualche decennio fa -

della lingua inglese, in raffronto alla francese e alla tedesca, presso i giuristi europeo-continentali. E del resto, bisogna sottolineare, quanto meno a partire dall'opera di Blackstone, il rilievo di una sorta di volontaria esclusione da parte dei giuristi inglesi dalla tradizione romanistica, allo scopo di rivendicare il valore prevalente della propria cultura giuridica nazionale¹. Certo, occorre dire che il peso in qualche misura eccessivo attribuito al diritto romano a scapito del diritto «territoriale» nei programmi di studio delle università non ha costituito un problema - e si potrebbe ben aggiungere per nulla - esclusivamente inglese². È tuttavia innegabilmente in area britannica che questa circostanza ha avuto una ripercussione negativa particolarmente forte, con riflessi molto rilevanti come anche si dirà.

Tutto ciò posto, non può neanche ignorarsi qui la frequenza dei reciproci contatti che in qualche modo necessariamente si sono realizzati tra giuristi, in specie inglesi e francesi. Una circostanza, questa, determinata non solo da un fattore di prossimità geografica, ma anche dall'uso comune della lingua normanna - nota altresì come *law french* o come *old norman french* - nei tribunali inglesi fino al secolo XVII; e in ogni caso fino alla sua definitiva abolizione nel 1731³. Insieme con l'inglese, questa sorta di *argot* giuridico-francese è stata fino a non molto tempo fa, del resto, lingua ufficiale del parlamento britannico; al punto di essere ancora utilizzata in alcune circostanze ufficiali⁴.

È un dato di fatto, ad ogni modo, che il francese era a tutti gli effetti la lingua colta nell'Inghilterra dei secoli XVII e XVIII; periodo del tutto essenziale nel discorso che qui si tenderà a fare. La storia ci dice anche che due giuristi inglesi - Erskine e Bond - erano presenti a uno dei più importanti dibattiti dell'Assemblea nazionale francese (svoltosi il 12 agosto del 1790), concernente, appunto, la cassazione; il che, oltre al dato della mera presenza, lascia supporre che essi fossero in possesso di una buona conoscenza della lingua fran-

* Traduzione di FILIPPO NOCETO, dottorando di ricerca in Diritto processuale civile, presso l'Università degli Studi di Genova. Lo scritto è stato già pubblicato in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 2, 475-495.

¹ Si v. a riguardo quanto criticamente rilevato da BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London, 1768, 3 ss.

² Su questo aspetto v., per tutti, CACHÓN CADENAS, *Apuntes históricos sobre la enseñanza del Derecho procesal en la Universidad española*, in *El aprendizaje del Derecho procesal*, Barcelona, 2011, 25 ss.

³ Si v. in proposito ERSKINE MAY, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, London, 1844, 294.

⁴ ERSKINE MAY, *A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, cit., 294, riporta dell'esito fallimentare del tentativo di porre fine all'uso ufficiale di tale idioma nel parlamento britannico attorno al 1706. Ulteriori notizie e informazioni a tale riguardo possono essere reperite all'indirizzo <https://www.parliament.uk/site-information/glossary/norman-french/>.

cese⁵. Per altro verso, come si vedrà in seguito, i richiami al diritto inglese – come pure a quello statunitense – nel corso di quei dibattiti parlamentari sono stati sicuramente di grande rilievo⁶. E non sembra casuale che la traduzione dell’opera di Blackstone abbia visto la luce già nella Francia prerivoluzionaria del 1774⁷.

Quella fra i giuristi inglesi e francesi costituisce in ogni caso una relazione effettiva ed effettivamente realizzatasi nel corso del tempo. Lo dimostra la circostanza che almeno due membri del *Comité de Constitution*, costituito il 7 luglio del 1789, erano in possesso di profonde conoscenze del *common law* inglese. Ci si riferisce segnatamente a Jean-Joseph Mounier e di Jean-Nicolas Dèmeunier⁸. Ed è inoltre un dato di fatto che una tale circostanza abbia potuto avere una effettiva ripercussione – agevolmente verificabile – nel diritto successivo, derivato dall’Illuminismo e dalla rivoluzione. Per limitarsi a un esempio quasi ovvio, la stessa divisione dei poteri trova fondamento nelle concezioni di Locke⁹. E passando al versante del diritto processuale, la libera valutazione della prova – la cosiddetta *intime conviction* – risulta chiaramente mutuata dall’attività svolta dalla giuria inglese¹⁰. E può ancora aggiungersi che la stessa giuria, come noto introdotta nei procedimenti tipici della Francia rivoluzionaria, ha strettissimi legami con quella del diritto inglese; altrettanto notoriamente derivante dalla *Magna Carta Libertatum*¹¹.

⁵ Cfr. *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XVII - Du 9 juillet au 12 août 1790*, Paris, 1883, 737.

⁶ Si v., ad es., anche per ampi richiami all’opera di Blackstone, l’intervento realizzato da Jean-Sifrein (o Siffrein) Maury del 25 ottobre del 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790*, Paris, 1885, 29, 31.

⁷ BLACKSTONE, *Commentaires sur les lois angloises, traduits de l’Anglois par Auguste-Pierre Damiens de Gonicourt sur la quatrième Édition d’Oxford*, Bruxelles, 1774.

⁸ Si v., ad es., per i ricorrenti riferimenti al diritto inglese e a quello statunitense, la *Mémoire de M. Mounier, sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France, lors de la séance du 12 août 1789*, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome VIII - Du 5 mai au 15 septembre 1789*, Paris, 1875, 407 ss., nonché l’interessante volume di DÈMEUNIER, *L’Amérique indépendante, ou les différentes constitutions des treize provinces qui se sont érigées en républiques sous le nom d’États-Unis de l’Amérique*, Paris, 1790, *passim*.

⁹ Si v. a riguardo la celebre opera di LOCKE, *Two treatises on government*, London, 1821, § 241.

¹⁰ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, III, London, 1794, 373-374.

¹¹ Si v. infatti il raffronto tra l’art. 9 della Costituzione francese del 1791 («En matière criminelle, nul citoyen ne peut être jugé que sur une accusation reçue par des jurés, ou décrétée par le Corps législatif, dans les cas où il lui appartient de poursuivre l’accusation. - Après l’accusation admise, le fait sera reconnu et déclaré par des jurés. - L’accusé aura la faculté d’en récuser jusqu’à vingt, sans donner des motifs. - Les jurés qui déclareront le fait, ne pourront être au-dessous du nombre de douze. - L’application de la loi sera faite par des juges. - L’instruction sera publique, et l’on ne pourra refuser aux accusés le secours d’un conseil. - Tout homme acquitté par un juré légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait») e l’art. 39 della *Magna Carta Libertatum* («No freeman shall be taken or impri-

Un tale complesso di origini comuni, per quanto non sempre riconosciute espressamente, ma solo talvolta evocate, non hanno costituito un referente effettivo con riguardo alla considerazione del *pourvoi en cassation*. Come è stato più volte affermato, anche sulla base di ricorrenti attestazioni da parte della dottrina, non appare esistere dubbio alcuno che la cassazione sia stata una novità pressoché totale dell'ultima parte del secolo XVIII; e ciò sulla base dell'asserzione più generale che essa sia stata un prodotto squisitamente francese. Di qui il quesito che si intende porre e al quale soprattutto si intende fornire una risposta: se sia per contro possibile che, in realtà, la cassazione abbia una per quanto denegata e occulta origine inglese.

2. *Qualche errore nella ricostruzione storica di un maestro come Calamandrei*. Come noto, l'autore al quale senza dubbio si deve lo studio più serio e completo sul piano storico in tema di cassazione è Piero Calamandrei¹². Il riferimento è qui al volume primo de «*La Cassazione civile*», nel quale si riconosce - con una qualche rassegna - il mancato rinvenimento di precedenti dell'istituto nella storia del diritto e neppure nel diritto comparato¹³. E in effetti, sembra di cogliere nell'andamento del discorso di questo autore una sorta di vittoria di carattere puramente dottrinale, rappresentata dalla circostanza che un giovane professore di appena trent'anni abbia inteso vedere nella cassazione un prodotto originale della teoria della divisione dei poteri; teoria sulla cui base i giuristi francesi sarebbero pervenuti a creare una sorta di cardine del sistema giuridico, inteso alla protezione del più significativo prodotto della rivoluzione: ossia la legge come espressione della volontà popolare manifestata attraverso l'attività dell'Assemblea nazionale francese. Questo è, del resto, quanto viene a più riprese ribadito negli stessi dibattiti presso tale Assemblea; ed è probabilmente questa stessa circostanza che si può ritenere aver sicuramente ispirato Calamandrei.

Sulla base di questa costruzione, non spetterebbe al giudice di cassazione conoscere il merito delle questioni¹⁴. Esso dovrebbe configurarsi come un unico

soned or diseased or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land»).

¹² CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I-II, Milano, 1920, ora in ID., *Opere Giuridiche*, VI-VII, Napoli, 1976.

¹³ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 693, 701.

¹⁴ Si v., ad es., quanto contenuto nell'intervento di Antoine-Balthasar-Joseph D'André del 8 maggio 1790, consultabile in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800)*, Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790, Paris, 1883, 432; nonché specificamente quanto a tale riguardo risultante nell'intervento svolto da Jacques-Guillaume Thouret, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799)*, Tome XVII - Du 9 juillet au 12 août 1790, Paris, 1883, 737.

giudice a livello nazionale, in quanto guardiano supremo della legge e vero e proprio nesso comune dell'attività di tutto il giudiziario di appello¹⁵. La derivazione formale di tale organo – con la correlativa esclusione della cognizione sul merito – deve infatti essere rintracciata nel *Conseil des parties* dell'*ancien régime*; istituzione collocata, come noto, nell'ambito – o, per così dire, a margine – del potere legislativo¹⁶. In tal modo, verrebbe configurato un percorso straordinario, diverso dall'appello, in quanto specificamente incentrato sulla «diretta» violazione della legge, e nettamente distinto dai profili di erronea applicazione del diritto ai fatti controversi¹⁷. Il tutto con un basilico obbiettivo di uniformazione dell'elaborazione giurisprudenziale, nell'interesse non solo dei soggetti coinvolti nella controversia ma, anche – se non soprattutto – nell'interesse pubblico e... della legge¹⁸. Con le caratteristiche di fondo appena descritte, il prodotto di tale elaborazione, quanto meno a prima vista, si configura come del tutto originale; e di ciò si ha invero un netto riscontro nei Decreti del 27 novembre e del 1° dicembre 1790 che ne sono all'origine¹⁹. Che la elaborazione di Calamandrei sia stata in qualche modo improntata – se non esplicitamente orientata – verso un certo tipo di conclusione è stato già notato, nell'ambito di studi sulla storia della cassazione, da Michele Taruffo,

¹⁵ Sull'unicità di tale giudice sul territorio nazionale v., ancora, l'intervento di Antoine-Balthasar-Joseph D'André del 8 maggio 1790, cit., 432; e, quanto ai rapporti con il giudiziario d'appello, l'intervento svolto da Philippe-Antoine Merlin (o Merlin de Douai) del 24 maggio 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800), Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790*, Paris, 1883, 666.

¹⁶ Su tali aspetti v., ad es., gli interventi svolti da Louis-Pierre-Joseph Prugnon il 12 agosto del 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790*, Paris, 1883, 740-741, da Bertrand Barère (o Barère de Vieuzac) il 25 maggio del 1790, con toni velatamente critici, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800), Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790*, Paris, 1883, 672, e da Robespierre il 9 novembre del 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790*, Paris, 1885, 336; nonché quanto in CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 365, 372.

¹⁷ In aggiunta al già richiamato intervento di Louis-Pierre-Joseph Prugnon del 12 agosto del 1790, cit., 740-741, v., per la sua singolare e illuminante chiarezza nel delineare i tratti caratteristici del giudice di cassazione, quanto rilevato in data 10 novembre 1790 da Isaac-René-Guy Le Chapelier, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799) Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790*, Paris, 1885, 351.

¹⁸ Si v. in proposito gli interventi svolti da Stanislas Marie Adélaïde, comte de Clermont-Tonnerre, il 25 maggio 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800), Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790*, Paris, 1883, 673 e da Jacques-Guillaume Thouret il 12 agosto del 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XVII - Du 9 juillet au 12 aout 1790*, Paris, 1883, 737.

¹⁹ Cfr., alla data 27 novembre 1790, quanto in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XXI - Du 26 novembre 1790 au 2 janvier 1791*, Paris, 1885, 38 ss.

con una significativa distinzione dalle opinioni espresse dai sostenitori dell'impostazione prevalente²⁰. A questo riguardo e per quanto ci concerne, sembra doversi aggiungere che la fascinazione per l'argomento probabilmente abbia funzionato come occasione di marginalizzazione di alcune ipotesi ricostruttive; ipotesi che pure lo stesso Calamandrei aveva considerato in maniera espressa e che, se approfonditamente considerate, avrebbero consentito di pervenire a conclusioni ben diverse, per quanto destinate a togliere originalità alla strutturazione normativa realizzata durante la rivoluzione francese. C'è infatti che, di suo, Calamandrei ci fornisce alcuni dati molto interessanti; dati che, per quanto l'autore in qualche modo tenda più o meno esplicitamente a minimizzare, se non nascondere al lettore, appaiono estremamente rivelatori. Un primo dato è che il grande Maestro non sembri riscontrare nulla di simile al *Tribunal de cassation* al di fuori della Francia; con l'unica eccezione rappresentata dalla *Supreme Court* statunitense e dal controllo di costituzionalità delle leggi da essa svolto²¹. Si tratta, tuttavia, di una funzione che era del tutto assente nell'assetto della *Supreme Court* contemporaneo ai dibattiti svoltisi presso l'*Assemblée*; essendo, infatti, il controllo di legittimità costituzionale da parte di questo giudice notoriamente risalente al 1803, in coincidenza con la soluzione del caso *Marbury v. Madison*, e, dunque, a distanza di tredici anni dall'adozione della legge istitutiva della cassazione francese²². È pertanto da ritenersi che ben difficilmente un tale esempio abbia potuto ispirare la suddetta *Assemblée*. E occorre anche dire che Calamandrei avrebbe ben potuto derivare da questo incrocio di circostanze qualche ispirazione per prospettare una possibile origine anglosassone della cassazione; eppure non lo fece, limitandosi a catalogare come meramente fortuita tale ipotesi, per poi scartarla del tutto. Il che è di per sé evocativo.

In secondo luogo, occorre aggiungere che Calamandrei non riscontra nessun esempio, precedente all'istituzione della *Cour de cassation*, di organo giudiziario attivabile per il tramite di un ricorso fondato esclusivamente su un *error in iudicando*²³. E ciò, in qualche misura, prescindendo dal riconoscimento che la separazione tra questione di fatto e di diritto rappresenti un tipico ele-

²⁰ Cfr. TARUFFO, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación civil*, Lima, 2005, 67 ss. (trad. in lingua spagnola a cura di MONROY GÁLVEZ e MONROY PALACIOS del volume *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991).

²¹ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 625-626. Per un unico riferimento, riguardo al *Tribunal de cassation*, v., anche per ulteriori rimandi bibliografici, HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*, Paris, 1987, *passim*.

²² Il riferimento è, come noto, al landmark case *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803.

²³ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 618.

mento della cultura anglosassone, esteso a tutti i livelli di giurisdizione in ragione della presenza della giuria²⁴. Come vedremo anche in seguito, risulta tuttavia indubbia l'esistenza di un parallelismo fra la funzione esercitata dal *Tribunal de cassation* e il compito proprio della *House of Lords* inglese; circostanza che proprio Calamandrei nega²⁵. Il ricorso alla *House of Lords* si fonda infatti necessariamente su errori *in point of law*; il che costituisce qualcosa di più di un indizio, dal momento che assai raramente accade di trovare una coincidenza tanto precisa a livello di probabili antecedenti storici. Ma Calamandrei, nell'intento di spiegare una tale coincidenza, si allontana nuovamente da questa «ipotesi anglosassone»²⁶. Il che avviene essenzialmente argomentando che una tale circostanza, a differenza di quanto per il *Tribunal de cassation*, non deriva dall'imitazione di competenza della *House of Lords* ma, piuttosto, dalla intrinseca configurazione dei mezzi di impugnazione del diritto inglese e, invero, nel suo complesso, dal sistema della giuria, che obbliga necessariamente una tale separazione/distinzione fra fatto e diritto²⁷.

In definitiva, ciò che Calamandrei fa è prescindere dall'esempio inglese anche per altre e diverse ragioni, per quanto la principale consista nella circostanza che - a suo parere - la missione tipica della *House of Lords* non sia accomunabile a quella del *Tribunal de cassation*. Nella visione dell'autore, compito di quest'ultimo organo era l'annullamento delle sentenze in contrasto con la legge e, in senso più ampio, quello di preservare l'assetto del sistema giuridico, mediante l'esercizio di una funzione fondamentalmente nomofilattica. Una funzione, quest'ultima, che, secondo lo stesso Calamandrei, non sarebbe invece riscontrabile nella *House of Lords*; sostanzialmente configurata da tale autore come un mero secondo grado di giudizio.

Occorre tuttavia affermare che una tale sistemazione sembra risentire di alcuni errori. Anzitutto, essa indica una delle principali differenze fra il modello francese e il modello inglese nel fatto che, in quest'ultimo, vige lo *stare decisis*; ossia il meccanismo del precedente, come noto inesistente in Francia²⁸. Ciononostante, oggi è del tutto notorio che un tale meccanismo sia storicamente posteriore alla Rivoluzione francese, essendo assestatosi in Inghilterra

²⁴ Cfr. nuovamente CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 618-619.

²⁵ Nel senso dell'esercizio da parte della *House of Lords* di una mera funzione di giudice di ultima istanza, priva di una vocazione di carattere generale, v., ancora, CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 623.

²⁶ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 622.

²⁷ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 622-623.

²⁸ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 619-620.

proprio in ragione del *case law* di fine secolo XIX della *House of Lords*²⁹. Ci si intende con ciò riferire alla sua oggettiva inesistenza nel momento della nascita del *pourvoi en cassation*. Ed è pertanto quasi curioso che il grande autore rifiuti di considerare un tale sistema di precedenti vincolanti, in quanto costituenti un mero e molto diafano vestigio di efficacia normativa della giurisprudenza, che avvicina le sentenze della *House of Lords* allo *ius constitutio-nis*. È da ipotizzare che, probabilmente, il proposito di allontanarsi dal modello inglese abbia in qualche misura impedito a Calamandrei di tenere effettivamente conto un tale parallelismo.

Ma nonostante tutto ciò, è anche più sorprendente che lo stesso Calamandrei ometta di considerare evidenti analogie fra la cassazione e l'*appeal* presso la *House of Lords*, alcune delle quali egli stesso indica peraltro espressamente. A parte quella del ricorso limitato al *point of law*, sussiste anche un'ulteriore analogia, davvero molto rivelatrice in ragione del suo carattere a tutti gli effetti insolito. Ci si riferisce alla possibilità della *House of Lords* di accogliere il ricorso, riformando la sentenza, oppure rinviare la questione al giudice di grado inferiore perché provveda con una nuova decisione.

Un tale rinvio, in effetti oggetto di speciale menzione nei dibattiti dell'*Assemblée*, sarebbe derivato dal procedimento della *cassation* presso il *Conseil des Parties*; nel quale pure erano previste simili forme di rinvio, secondo quanto ci dice lo stesso Calamandrei³⁰. Per formulare questa ricostruzione il nostro autore si fonda essenzialmente su di uno scritto del 1767 di Pierre Gilbert de Voisins che, come si vedrà anche in seguito, sembra piuttosto indirizzato a formulare raccomandazioni al re riguardo a ciò che avrebbe dovuto essere la cassazione, piuttosto che effettivamente descrivere ciò che la cassazione era all'epoca³¹. Invero, appare sospettabile che lo stesso de Voisins sia stato a sua volta ispirato dal diritto inglese a questo riguardo, posto che il suo lavoro risale ad appena un anno dalla prima edizione del 1765 dell'opera

²⁹ Appare imprescindibile, a tale riguardo, la consultazione dell'approfondito lavoro di DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, Cambridge, 2008, 31 ss. E all'interno di una letteratura davvero vasta v., ad es., CROSS, HARRIS, *El precedente en el Derecho inglés*, Madrid, 2012, 123 ss. (trad. in lingua spagnola a cura di PULIDO del volume *Precedent in English Law*, Oxford, 1991); BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, 2007, 199 ss.; nonché, in senso parzialmente difforme, PASSANANTE, *Il precedente impossibile*, Torino, 2018, 191 ss.

³⁰ Si v., infatti, nuovamente l'intervento di Stanislas Marie Adélaïde, del 25 maggio 1790, cit., 673; e cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 341.

³¹ Si v., anche per la consultazione del testo integrale dello scritto di de Voisins segnalato nel testo, ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations. Un épisode des querelles entre Louis XV et les parlements (1767)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, (1922-), *Quatrième série*, 35, 1958, 1-33.

di Blackstone. Ed è in ogni caso un dato certo che l'anomalo meccanismo del rinvio sia del tutto assente negli altri ordinamenti dell'epoca; salvo ovviamente quello inglese³². Come del resto riconosce lo stesso Calamandrei, non si può infatti seriamente ragionare intorno alla funzione di giudice di cassazione del *Conseil des parties*, dato che tale funzione si esplicava nelle frequenti ipotesi di contraddizione/illogicità occasionate dall'esercizio del potere assoluto del sovrano; e ciò oltretutto decidendo spesso anche del merito delle questioni oggetto dei ricorsi al *Conseil*³³. Ed è in questo quadro complessivo che sembrano giustificarsi le affermazioni di de Voisins.

Appaiono del resto altrettanto suggestive e diffuse le discussioni che ebbero luogo nell'*Assemblée* riguardo alla collocazione del *Tribunal de cassation* all'interno dei poteri dello Stato, posta la sua piuttosto curiosa collocazione *auprès du corps législatif*. E per quanto la lettura dei dibattiti parlamentari illustri molto chiaramente che la volontà dei membri dell'*Assemblée* fosse di rispettare in tal modo la divisione dei poteri, collocando il garante della legge proprio all'interno del potere legislativo, è certo che si verifichi oltretutto a questo riguardo un'altra straordinaria coincidenza. In effetti, la *House of Lords* è essa stessa anche un organo del potere legislativo; e ciò a prescindere dalla sua origine e delle sue proprie funzionalità, che in seguito verranno esaminate. Tutto ciò fa comunque sospettare che su tali dibattiti abbia avuto una qualche influenza la configurazione... «proteica» della *House of Lords* all'interno dell'ordinamento inglese. Una configurazione che, non a caso, aveva anche destato l'interesse di Montesquieu quando, descrivendo l'ordinamento inglese, notava che una parte del potere legislativo, strutturato come tribunale supremo, aveva la funzione di controllare l'applicazione della legge in favore della tutela della legge stessa. E si tratta di parole per certo rivelatrici³⁴.

Quanto detto trova ulteriore conferma in un passaggio di uno dei giuristi più citati e influenti all'interno della stessa *Assemblée*: ossia Philippe-Antoine Merlin, anche noto come Merlin de Douai. Nel corso di un suo importante intervento, questo autore non si limita infatti a stabilire un mero parallelismo fra *House of Lords* e *Tribunal de Cassation*, ma qualifica direttamente la

³² E ciò neppure nel diritto francese, quanto meno non in maniera effettivamente istituzionalizzata, ma solo discrezionale. Si v. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 354-355.

³³ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 351.

³⁴ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, (réédition de la ed. de Paris, 1748), I, Paris, 1979, 301, ove può leggersi: «C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle».

House of Lords come corte di cassazione. La forza del passaggio ne merita qui la riproduzione per esteso: «Les Anglais j’ose le dire, Messieurs, les Anglais vous ont donné là-dessus une grande leçon. Ces hommes qu’on nous a cités si souvent comme des maîtres en fait d’ordre judiciaire ; ces hommes qui ont admis l’ambulance des juges ordinaires, ont senti la nécessité de rendre sédentaires les juges de cassation. C’est à leur chambre-haute qu’ils ont attribué le pouvoir exclusif de casser les arrêts qui contreviennent aux lois du royaume et assurément, il serait difficile de leur persuader qu’ils eussent mieux fait, pour leur intérêt national, de confier ce pouvoir à un tribunal errant»³⁵.

Dopo una simile descrizione, sembra di poter dire che resta ben poco da aggiungere ed elaborare. Ciò che resta è soprattutto occuparsi ora delle fonti inglesi, al fine di comprovare alcune intuizioni e in definitiva confermare e segnalare che le conclusioni ormai più volte riferite a Calamandrei erano in qualche misura erronee. C’è anche da dire che Calamandrei conosceva il passaggio appena richiamato di Merlin, dato che lo cita nel suo lavoro; per quanto un poco interpolato ma non in maniera da comprometterne in assoluto il contenuto³⁶. Il fatto è che - per essere espliciti - Calamandrei non sembra dare credito alle affermazioni di un giurista del livello di Merlin, che pure richiama in altri luoghi del suo lavoro sulla cassazione, ma che su questo specifico punto decide di omettere, sottovalutando la circostanza che proprio Merlin è uno dei principali autori della disciplina in materia di *cassation*. Per fare ciò - e comunque per fondare la sua scelta - Calamandrei si basa su di una frase estratta dal dibattito svoltosi nello stesso giorno, il 24 maggio 1790, in cui viene realizzata l’affermazione sopra riportata; una frase pronunciata da Guillaume François Charles Goupil de Préfelin, e avente questo tenore: «*ce moyen* [la cassazione] *a manqué jusqu’à présent à toutes les nations modernes*»³⁷. Tuttavia, anche a questo riguardo occorre notare che alla lettura per esteso dell’affermazione di de Préfelin appare evidente che anche la concezione del suddetto non coincida esattamente con la frase di Merlin relativa alla cassazione; e che, inoltre, tale affermazione risulti chiaramente esagerata,

³⁵ Cfr. il già richiamato intervento del 24 maggio 1790 svolto da Philippe-Antoine Merlin, cit., 666.

³⁶ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 393.

³⁷ Gli incisi riportati nel corpo del testo sono tratti dall’intervento di Guillaume François Charles Goupil de Préfelin del 24 maggio 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1789-1800), Tome XV - Du 21 avril au 30 mai 1790*, Paris, 1883, 668. Si v., inoltre, MICHAUD, *Biographie universelle ancienne et moderne*, Paris, 1816, XVII, 191, ove piuttosto curiosamente si rinviene la circostanza che de Préfelin avesse assunto l’incarico di giudice del *Tribunal de Cassation* nel 1800, un anno prima della sua morte.

al fine di esaltare l'importanza della protezione dell'attività legislativa pur non andando, oltre a ciò, nonostante la sua virulenza.

Non si può escludere a questo proposito che abbia avuto una qualche eccessiva influenza la notoriamente iperbolica asserzione di Robespierre riguardo alla sostituzione della giurisprudenza da parte della legge³⁸. In ogni caso, non sembra poi del tutto sorprendente che Calamandrei abbia potuto commettere errori di questo genere. Tutto sommato, la bibliografia inglese nella sua opera è ridottissima; al punto che, mancando del tutto riferimenti a opere in lingua originale, si può supporre che egli non abbia potuto consultare fonti dirette³⁹. Certo non sappiamo che cosa avrebbe potuto occasionare una tale consultazione diretta, e se sarebbe prevalsa la volontà di attribuire all'*Assemblée* francese originalità assoluta o se, piuttosto, Calamandrei avrebbe desistito, attribuendo maggior rilievo - o almeno un qualche rilievo - all'antecedente inglese.

3. *La tendenziale svalutazione dell'opzione di common law.* Una fra le cose più sorprendenti, alla mia prima lettura de «La Cassazione civile», è stata che la cassazione sembra essere sorta proprio come un fungo dentro a un bosco; subitaneamente e praticamente dal nulla. E, oltretutto, senza chiari parallelismi in nessuna istituzione precedente; e neppure in Francia, come lo stesso Calamandrei intende sottolineare con vigore.

Più o meno in contemporanea con la vicenda della cassazione francese, si deve notare che in Inghilterra inizia a essere elaborata la dottrina del precedente, ossia dello *stare decisis*; e ciò posto che, fino ad allora, alla giurisprudenza era stata attribuita una funzione di «elaborazione esemplificatrice», sostanzialmente simile a quella ad essa spettante in qualsiasi altro ordinamento europeo⁴⁰. Una circostanza, questa, del tutto chiaramente attestata da Matthew Hale intorno alla metà del secolo XVII, laddove esclude che all'attività giurisprudenziale possa essere attribuita la qualità/natura di diritto in senso proprio⁴¹. E in effetti, la dottrina del precedente vincolante non giunge a consoli-

³⁸ «Ce mot de jurisprudence des tribunaux, dans l'acception qu'il avait dans l'ancien régime, ne signifie plus rien dans le nouveau; il doit être effacé de notre langue. Dans un État qui a une Constitution, une législation, la jurisprudence des tribunaux n'est autre chose que la loi; alors il y a toujours identité de jurisprudence»; cfr. il testo dell'intervento svolto da Robespierre il 18 novembre 1790, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 - Première série (1787-1799), Tome XX - Du 23 octobre au 26 novembre 1790*, Paris, 1885, 516.

³⁹ Cfr. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, 597-598.

⁴⁰ Si v., *amplius*, DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, cit., 35.

⁴¹ Cfr. HALE, *The history of the common law*, (1713), London, 1779, 67, ove può leggersi: «Judicial decisions. It is true the decisions of courts of justice, though by virtue of the laws of this realm they do

darsi in Inghilterra che ben oltre la metà del secolo XIX, ossia molto dopo l'istituzione della cassazione; e, ciò nonostante, l'esistenza di un'idea di «efficacia esemplificativa» della giurisprudenza, che non trovava preciso e concreto riscontro nel resto delle culture giuridiche europee.

C'è anche da aggiungere che in quest'epoca era molto vivace un interessante dibattito dottrinale sul positivismo, caratterizzato dal confliggere di due impostazioni scientifiche: quella di coloro che tendevano ad attribuire maggiore importanza alla legge e quelli che non ritenevano che il giudice fosse – come invece aveva affermato Montesquieu – solo la *bouche de la loi*⁴². La cosa più sorprendente è che la posizione assunta a questo riguardo dal giurista inglese di probabile maggiore influenza sui dibattiti sviluppatasi nel periodo della Rivoluzione francese, Jeremy Bentham, è appunto del tutto conformata all'antico brocardo *non exemplis, sed legibus iudicandum est*, al quale la cultura giuridica francese appare conformarsi senza eccezioni. Due lavori di Bentham attestano questa sua posizione. Nel primo di questi – segnatamente *Introduction to the principles of morals and legislation* – Bentham si pronuncia decisamente in favore della legge, con l'occasione rappresentata dal proposito di elaborare un codice penale⁴³. È nota qui l'utilizzazione della definizione di *pannomion*, come al fine di descrivere l'insieme complessivo delle leggi vigenti (inclusiva cioè di normative generali come il codice civile, quello penale e una legge costituzionale o costituzione); il tutto all'interno di una drastica critica dell'assetto virtualmente disordinato del *common law* e della sua supposta origine giurisprudenziale, come del resto pure di quello dei contemporanei ordinamenti europeo-continentali⁴⁴. E peraltro analoghe risultano le considerazioni che Bentham formula in un'opera come *Traité de Législation civile et pénale*, contenente precise argomentazioni in favore dell'organizzazione di un ordinamento giuridico sulla base di un adeguato *corpus legislativo*⁴⁵.

bind, as a law between the parties thereto, as to the particular case in question, till reversed by error or attain, yet they do not make a law properly so called, (for that only the king and parliament can do); yet they have a great weight and authority in expounding, declaring, and publishing what the law of this kingdom is, especially when such decisions hold a consonancy and congruity with resolutions and decisions of former times; and though such decisions are less than a law, yet they are a greater evidence thereof than the opinion of any private persons, as such whatsoever».

⁴² Si v., *amplius*, DUXBURY, *The nature and authority of precedent*, cit., 38.

⁴³ Cfr. BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, (1780), London, 1823, I, II, 2, 272.

⁴⁴ Cfr. nuovamente BENTHAM, *Introduction to the principles of morals and legislation*, cit., II, 272-275.

⁴⁵ Cfr., ad es., BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, I, Paris, 1802, 108 ss., 146 ss., III, Paris, 1820, 185 ss.

Procedendo di alcuni anni a ritroso, da Bentham a Blackstone, ci accade di incrociare un'analisi molto approfondita dell'effettiva realtà settecentesca del diritto inglese⁴⁶. In estrema sintesi, Blackstone si riferisce al *common law* come a una «antient collection of unwritten maxims and customs», aggiungendo che, in un regime democratico, il potere legislativo appartiene al popolo, come rappresentato presso la *House of Commons*, a sua volta composta di eletti; ovviamente con l'aggiunta di una *House of Lords*, quale vestigio del consiglio reale e funzionante come bilanciamento complessivo di questi tre poteri⁴⁷. Per quanto qui più propriamente ci concerne appare interessante notare che Blackstone fa espresso riferimento anche all'attività giurisprudenziale, descritta come la raccolta delle sentenze che all'incirca dal secolo XVII - anche se non del tutto regolarmente - insieme all'elaborazione dottrinale compongono gli usi del *common law*, variamente configurati e dispersi nel corso dei secoli precedenti⁴⁸. Ciò che viene realizzato è l'attribuzione di un valore in qualche misura obbligatorio a questi usi/costumi positivizzati dalla giurisprudenza; usi dai quali solo i giudici possono allontanarsi, una volta motivato tale distacco attraverso la verifica della loro inadeguatezza o ingiustizia⁴⁹. In questo modo, all'attività elaborativa del giudiziario, che si esplica attraverso la motivazione delle sentenze, viene attribuito un valore identico a quello delle leggi imperiali nel diritto romano; il tutto, in ogni caso, con una maggiore legittimazione democratica rispetto a tale diritto, proprio per la provenienza di queste positivizzazioni normative dal costume e dagli usi invalsi all'interno della comunità⁵⁰.

A prescindere dal ruolo attribuito alla giurisprudenza - ruolo comunque ben più rilevante di quello attribuitole nel resto d'Europa - la legge, intesa come *statute law*, assume anche in Inghilterra un valore gerarchicamente superiore al *common law*⁵¹. In realtà, secondo Blackstone, un atto del parlamento «is the exercise of the highest authority that this kingdom acknowledges upon earth»⁵². Talché, il valore attribuito alla legge è da considerarsi anche in Inghilterra per certo del tutto centrale e superiore; al di là della stessa espressione della volontà popolare. Si tratta di idee che, tuttavia, erano largamente ignora-

⁴⁶ Quale riferimento di carattere generale sull'origine e la successiva elaborazione del *common law*; v., *ex multis*, BRAND, *The making of the Common Law*, London, 1992, *passim*.

⁴⁷ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, I, London, 1768, 17, 49-51.

⁴⁸ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., I, 63-64, 71-72.

⁴⁹ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., I, 70-71.

⁵⁰ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., I, 71, 74.

⁵¹ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., I, 89.

⁵² Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., I, 185.

te nelle culture giuridiche europeo-continentali contemporanee e anche successive.

Tanto questa concezione del diritto, come probabilmente anche l'intento complessivamente riformatore di Bentham – pur da questi stesso riconosciuto non essere coerente con l'impostazione di Blackstone, riguardo alla maggior importanza della legge nella sua forma codificata (circostanza che veniva riferita allo stesso *equity* in ragione della sua fondamentale imprecisione) – si sono in ogni caso rivelati del tutto decisivi⁵³. Queste conclusioni – insieme all'enunciazione della fondamentale preponderanza del potere legislativo da parte di un Montesquieu per altro ispirato dalla *English Constitution* – hanno influenzato indubbiamente e molto profondamente i membri dell'*Assemblée* francese⁵⁴. Del resto, questa stessa *Assemblée* era destinata a essere un'evidente riedizione della *House of Commons* e, come qui si è già evidenziato, nei dibattiti all'interno di essa sono costanti i richiami alla cultura giuridica inglese. Ed è per altro verso quasi superfluo ribadire una circostanza diffusamente conosciuta come che Montesquieu descriva la divisione dei poteri all'interno del capitolo VI, del libro XI, della sua opera, non a caso intitolata *Constitution d'Angleterre*.

All'interno di questo stato di cose, non sembra un azzardo sostenere che la Francia sia stata profondamente influenzata da tali idee nella configurazione del valore da attribuire alla legge e, correlativamente, alla giurisprudenza. Occorre non dimenticare, infatti, che Bentham soggiornò in Francia proprio in epoca rivoluzionaria; al punto da acquisire la cittadinanza francese come da lui stesso esplicitamente dichiarato⁵⁵.

È per altro di comune conoscenza che riguardo al peso da attribuire all'attività giurisprudenziale si segnalavano forti contrasti, pur risolti in breve tempo. Per quanto in un primo momento il *Tribunal de Cassation* fosse destinato a svolgere funzioni prettamente giurisprudenziali, si dovette comunque far luogo a una giurisprudenza di tale tribunale, a causa di un evento fortuito e sfortunato quale quello di un incendio che nel 1871 distrusse il *Bulletin des jugements du Tribunal de Cassation*⁵⁶. Ma c'è di più: ben presto, e una volta

⁵³ Si v. a riguardo BENTHAM, *A fragment on government or, a comment on the Commentaries*, London, 1823, VII, IX e XIX, ove può leggersi: «The Law is no man's enemy; the Law is no man's rival. Ask the clamorous and unruly multitude—it is never the Law itself that is the wrong; it is always some wicked interpreter of the Law that has corrupted it».

⁵⁴ Cfr. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, cit., I, 294 ss.

⁵⁵ Si v., infatti, BENTHAM, *To his fellow-citizens of France on Houses of Peers and Senates*, London, 1830, 3.

⁵⁶ Si v., anche per ulteriori notizie e rimandi, HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*, cit.,

trasformato in *Cour de cassation*, all'interno di tale organo si è registrata la creazione di una giurisprudenza a tutti gli effetti molto articolata, che con le sue precipue caratteristiche è giunta fino a noi.

Ciò in conclusione significa che si fa luogo in Francia a una struttura di tribunale supremo molto simile a quella inglese, oltretutto per derivazione statunitense⁵⁷. E il fatto che praticamente nessuno abbia pensato all'elaborazione di un sistema di precedenti vincolanti sembra doversi collegare essenzialmente alla circostanza che, *stricto sensu*, il sistema dello *stare decisis* si insedia in Inghilterra solo successivamente; come detto, intorno alla fine del secolo XIX. Da ultimo, si deve ribadire che il modello della cassazione non è da ritenersi originalmente francese, ma una sorta di versione probabilmente migliorata della *House of Lords* inglese dell'epoca; e, forse, in parte anche della *Supreme Court* statunitense. Una simile conclusione in ragione del suo carattere piuttosto - lo si riconosce - osé deve ovviamente essere dimostrata, come faremo ritornando a Blackstone ed esaminando le modalità di svolgimento della funzione della *House of Lords*.

4. *Storia e realtà del ruolo della House of Lords durante il secolo XVIII*. Nel secolo XVIII, la *House of Lords* rappresenta chiaramente - come del resto secondo la ricostruzione di Blackstone - un organo legislativo *ad usum* dell'aristocrazia, con una parziale funzione giurisdizionale. E occorre in effetti dire che si trattava, sotto questo profilo, di un'istituzione non diversa dagli altri consigli della corona dell'epoca. Stante la concentrazione nel monarca di gran parte dei poteri, la *House of Lords*, come *Magnum Concilium* e *Curia Regis*, si occupava delle questioni legislative e giudiziali spettanti al re; il tutto - a partire dal 1620 - con funzione di giudice di seconda istanza⁵⁸. Dato poi che in Inghilterra, a seguito della *Glorious Revolution* del 1688, il re viene privato di poteri effettivi, la posizione della *House of Lords* appare, per così dire, un poco sbalestrata; in quanto organo che, mentre conserva importanti attribuzioni legislative e giudiziali, risultava privo di uno stretto collegamento con un potere regio assoluto. È questa una condizione che caratterizza anche oggi la *House of Lords*, benché essa abbia formalmente conservato le sue funzioni giurisdizionali fino al 2009⁵⁹.

13.

⁵⁷ Per uno sguardo più ampio su tale aspetto v., per tutti, TARUFFO, *Precedente y jurisprudencia*, in *Páginas sobre justicia civil*, Madrid, 2009, 567-568.

⁵⁸ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, III, London, 1768, 454.

⁵⁹ Constitutional Reform Act 2005.

Ciò che comunque qui importa sapere è quale fosse l'effettiva funzione giurisdizionale della *House of Lords* negli ultimi decenni del secolo XVIII. Blackstone definisce quest'organo come *supreme court of judicature*, espressamente e unicamente dedicata agli *appeals* e agli *writs of error*⁶⁰. Prescindendo da questi ultimi – definibili come mere avocazioni discrezionali di questioni già oggetto di giudizio da parte di altri corti di giustizia – credo valga la pena considerare in maniera attenta e specifica gli *appeals*, quali strumenti creati nel 1620 e sostanzialmente utilizzabili fino all'inizio del secolo XXI⁶¹.

Nel contesto degli *appeals*, la funzione giurisdizionale svolta dalla *House of Lords* risulta essere solamente quella di rettificare ogni tipo di *injustice or mistake of the law* occasionati dalle decisioni di giudici di grado inferiore. Una sorta di ultima istanza – non a caso definita come *last resort* – in qualsiasi tipo di processo⁶². Una *distinct jurisdiction*, funzionante come un ricorso al re all'interno di un organo parlamentare; il tutto in un procedimento nel quale nessuna prova nuova è ammessa, in ragione della sostanziale estraneità al diritto inglese – a differenza di quello romano e canonico – del riesame della decisione di un giudice inferiore sulla base di prove non già precedentemente assunte⁶³. Il che risulta del resto anche logico, data la circostanza che, nel *common law*, spetta alla giuria la decisione delle questioni di fatto; con la rilevante conseguenza di una sostanziale non modificabilità del relativo *decisum* da parte di un organo giurisdizionale pur superiore⁶⁴. Occorre in effetti rammentare che quella dei giurati è una decisione non motivata, essendo il ver-

⁶⁰ BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 56.

⁶¹ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 455, nonché, più di recente, JONES, *The Judicial Role of the House of Lords before 1870*, in AA.VV., *The Judicial House of Lords. 1876-2009*, 6.

⁶² BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 56.

⁶³ Appare a riguardo meritevole di essere riprodotto quanto rilevato da BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 455: «...an appeal to the king in parliament was always unquestionable allowed. But no new evidence is admitted in the house of lords upon any account, for this a distinct jurisdiction: which differs it very considerably from those instances, wherein the same jurisdiction revises and corrects its own acts, as in rehearings and bills of review. For it is a practice unknown to our law, (though constantly followed in the spiritual courts) when a superior court is reviewing a sentence of an inferior, to examine the justice of the former decree by evidence that was never produced below. This is the general method of proceeding in the courts of equity».

⁶⁴ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 452, ove può leggersi: «for, if any matter of fact is strongly controverted, this court is so sensible of the deficiency of trial by written depositions, that it will not bind the parties thereby, but usually directs the matter to be tried by a jury»; e, pur nell'ambito di un passaggio altrettanto significativo dedicato alla giurisdizione penale, in ID., *Commentaries on the Laws of England*, IV, Oxford, 1770, 384: «*But if such attainder of the vendor was by verdict, on the oath of his peers, the alienee cannot be received to falsify or contradict the fact of the crime committed*».

detto della giuria solo finalizzato a dar ragione a una delle parti; motivo per cui molto difficilmente un tribunale superiore potrebbe mai pervenire a «correggere» o disconoscere completamente la definizione dei fatti realizzata da una giuria⁶⁵.

Di conseguenza, solo errori di diritto, impossibilità di qualsiasi ulteriore assunzione probatoria, *distinct jurisdiction*, ricorso a un organo parlamentare...⁶⁶. Ove poi questi quattro elementi-chiave – ad aggiungersi a quanto esposto in precedenza – non pervenissero a persuadere il lettore del fatto che in ciò consista il nucleo basilico del modello francese di cassazione, forse potrà risultare più convincente la traduzione francese, risalente al 1774, di questo passaggio dell’opera di Blackstone: «Et sur le même principe, on pouvoit sans contredit toujours appeller au Roi en Parlement, [...]. Mais la Chambre des Pairs n’admet aucune nouvelle preuve, étant une jurisdiction distincte & très-au-dessus de celles qui révisent & corrigent leurs propres actes : comme dans les secondes audiences & bills de revue. Car c’est une pratique inconnue à notre droit (quoique constamment suivie dans les Cours spirituelles) quand une Cour supérieure révisé la sentence d’une Cour inférieure, d’examiner la justice du premier décret par une preuve qui n’avoit jamais été produite dans la Cour inférieure»⁶⁷.

Risulta materialmente impossibile che queste parole non abbiano influenzato gli autori della disciplina del *Tribunal de cassation* realizzata sedici anni dopo; e ciò per il semplice motivo che tali parole sono state praticamente copiate. Parole, oltretutto, insolite nel panorama europeo dell’epoca – come noto profondamente influenzato dal diritto romano e canonico – perché si possa pensare che in due culture nazionali tanto diverse i giuristi abbiano elaborato esattamente le stesse concezioni, con la piccola differenza che l’elaborazione/invenzione dei giuristi inglesi risulta anteriore e che, peraltro, fu incontestabilmente conosciuta ai legislatori francesi della *Assemblée*.

È oltretutto possibile che anche per il meccanismo del rinvio si possa rintracciare un’origine in qualche misura curiosa e sempre collocata nel diritto inglese. Nel 1663, Henry Elsynge riporta di una *petition* sottoposta all’esame della *House of Lords*, derivante da una controversia dai giudici valutata tanto difficile in un *point of law* da provocare la sospensione del procedimento fino a che i *Lords* non si fossero pronunciati indicando come avrebbe dovuto essere

⁶⁵ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, cit., III, 378.

⁶⁶ Su questi aspetti insiste, in effetti, lo stesso Blackstone in un’opera anteriore al proprio celebre commentario; cfr. BLACKSTONE, *An analysis of the laws of England*, (1756), London, 1757, 100.

⁶⁷ Cfr. BLACKSTONE, *Commentaires sur les loix angloises*, cit., 309-310.

giudicata tale questione⁶⁸. Il che fa pensare a una sorta di «riedizione» dell'analogo meccanismo dei *responsa* utilizzato dai giureconsulti imperiali romani; come quasi che proprio un tale meccanismo abbia funzionato come occasione ispiratrice.

Ma la cosa importante è rintracciare qui non solo nuovamente il «limite» rappresentato dal *point of law*, ma anche una possibile ragione del procedimento di rinvio. Si deve infatti ricordare che, dal 1670, la *House of Lords* non giudicava processi in prima istanza, in quanto di competenza esclusiva dei giudici ordinari⁶⁹. Questi ultimi potevano tuttavia formulare una specie di questione pregiudiziale. Ed è proprio l'attività di soluzione di tali questioni – come nettamente distinte dall'aspetto fattuale della controversia – che può ritenersi avere successivamente influenzato la *House of Lords* nell'attività di esame e di risposta agli *appeals*.

Ove a ciò si aggiunga che la decisione della giuria in prima istanza avrebbe di fatto precluso un nuovo esame della questione di fatto, appare possibile pervenire a un'immagine piuttosto precisa di ciò in cui consisteva il meccanismo dell'*appeal* intorno al secolo XVIII. Un meccanismo sostanzialmente identico a quello della *cassation*, nella forma di un ricorso presso una «giurisdizione particolare», costituente un organo del potere legislativo. In altri termini, un ricorso limitato a questioni di diritto, nel quale non risultava possibile l'assunzione di nessuna nuova prova; e strettamente finalizzato a rinviare la questione ai giudici di prima istanza ai fini di una decisione definitiva. Non si tratta, dunque, di similitudine. Ma, piuttosto, di una vera e propria identità; tanto evidente da rendere inutili ulteriori esplicazioni al riguardo.

5. *Influenze inglesi nell'elaborazione di Pierre Gilbert de Voisins*. La già citata «*mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*» può farsi consistere in un documento inteso a migliorare e velocizzare il funzionamento della cassazione all'interno del *Conseil de parties*; e ciò nonostante risulti alquanto diffusa la tendenza a considerare tale documento come una sorta di precursore del modello di cassazione francese. Si è inoltre segnalato che la *mémoire de Voisins* sia di poco posteriore all'opera di Blackstone; e così pure come

⁶⁸ Può leggersi in ELSYNGE, *The ancient and present manner of holding Parliaments in England with their priviledges*, London, 1663, 224: «*it was to demand Judgment in a Case depending in the Common pleas, which was of such dilliculty for point of Law, that the Judges did forbear to proceed, and so the Lords of Parliament directed them on which side to give judgment. Note that the Commons joined with the Lords to damn the recoignace of Elizabeth de Burgo, but the Commons diin not join in the assent touching G. de Stantons petition, for there the Lords direct Justice to be done in another Court*».

⁶⁹ Cfr. JONES, *The Judicial Role of the House of Lords before 1870*, cit., 6.

quest'ultimo dato sia da considerarsi cruciale, proprio nella prospettiva di avvalorare l'effettivo realizzarsi di un travaso di idee da un testo all'altro.

L'incipit di de Voisins consiste nell'affermazione che la cassazione non costituisce un mero strumento di impugnazione, non essendo configurabile come un ricorso ordinario; ma piuttosto come una legittima quanto straordinaria manifestazione del potere del re⁷⁰. Il tutto in strettissima e potente analogia con la «*distinct jurisdiction*» evocata da Blackstone.

Ma il giurista francese aggiunge anche che il procedimento in cassazione si fonda esclusivamente su errori di forma e inottemperanza alle *ordonnances*, essendo «*le moïen de cassation le plus clair et le plus précis*»; il che con ogni probabilità induce a ritenere che sia ammessa soltanto l'allegazione di errori di diritto⁷¹. Il tutto a configurare un'ulteriore e inequivocabile coincidenza.

Ma c'è di più. Secondo il giurista francese, la funzione di cassazione non è attribuibile a nessun organo giurisdizionale ordinario, derivando essa direttamente e solamente dal potere del re, allorquando risultino esaurite le ulteriori vie di tutela giurisdizionale; e ciò al punto di poter al limite essere anche attivato d'ufficio⁷². Ovviamente Gilbert de Voisins si trova a confrontarsi con la difficoltà rappresentata dal fatto che la Francia dell'*ancien régime* è una monarchia assoluta, senza un parlamento di stile inglese; il che fa sì che inevitabilmente individui nel re e nel suo *Conseil* l'organo competente per svolgere la funzione di cassazione. Fondamentalmente nulla di molto diverso da quanto originariamente veniva attribuito alla *House of Lords*. In sostanza, un meccanismo deciso e delineato dal potere legislativo presente all'epoca.

Uno degli aspetti che il giurista francese elabora maggiormente è l'esclusione dal giudizio di cassazione del merito delle questioni, quale ambito riservato alla competenza dei tribunali inferiori e che, al più, occasiona l'eventuale attività di rinvio⁷³. Invero, De Voisins riconosce espressamente che la regola diretta ad escludere la cassazione sul merito non è stata sempre rispettata. E per quanto auspichi che lo sia in futuro - a differenza di quanto contemporaneamente avveniva in Inghilterra - non giustifica in alcun modo questa sua opinione; probabilmente in quanto interessato ad evitare la compromissione delle funzionalità tipiche di tale organo⁷⁴. Inoltre, egli non afferma esplicitamente

⁷⁰ Cfr. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, cit., 21.

⁷¹ Cfr. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, cit., 22-23.

⁷² Cfr. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, cit., 30, 33.

⁷³ Cfr. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, cit., 30-33.

⁷⁴ Cfr. ANTOINE, *Le mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*, cit., 32, ove può leggersi: «*Mais la cassation est une voie d'autorité, réservée pour des cas extraordinaires où elle se trouve d'une espèce de nécessité. Plus donc elle doit estre rare...*».

che non si possa assumere alcuna nuova prova in sede di cassazione, anche se il divieto di esame del merito della controversia risulta in questo autore così esplicito da includere nella visione più profonda di de Voisins anche il punto precedente.

In definitiva, la «*mémoire de Gilbert de Voisins sur les cassations*» manifesta in maniera inequivoca e sintetica il suo *background* e significato profondo. Essa non costituisce solo un documento sull'origine della cassazione in Francia, ma piuttosto un'affermazione di intenti riguardo a ciò che questo autore desiderava fosse la cassazione; in ciò seguendo in modo non dichiarato il modello inglese. Il documento risulta, dunque, certamente rivelatore; anche se non nel senso che gli è stato tradizionalmente attribuito. E perché questa ambiguità? Perché de Voisins, come altri potentati dell'epoca, in fondo temeva che i venti di libertà di provenienza inglese potessero convertirsi in un evento rivoluzionario per la Francia; circostanza della quale la storia gli diede in effetti ragione⁷⁵. Egli è addirittura giunto a lasciarci scritti nei quali traspaiono i suoi rimorsi al riguardo⁷⁶. E, in definitiva, è ragionevole pensare che egli non considerasse prudente che un consigliere del re facesse un riferimento tanto esplicito a un regime liberale come quello inglese.

Il fatto è che, dopotutto, dobbiamo ammettere che avevano ragione autori come Conzo e Waldeck; che Calamandrei smentisce proprio per via della loro intuizione circa l'origine inglese della cassazione⁷⁷. E occorre anche dire che in tali autori sono presenti meri richiami – per la più parte immotivati ed estremamente sintetici – al modello inglese; il che effettivamente consente di catalogare la loro come non più che un'intuizione, priva del necessario approfondimento.

6. *Epilogo-considerazioni conclusive*. Sono gli storici a riportare dell'esistenza di una anglofobia all'interno della Francia rivoluzionaria; e del persistere in maniera per così dire larvata di tale atteggiamento anche nei secoli successivi⁷⁸. Un atteggiamento per l'appunto diffuso, che non sembra tuttavia essere giun-

⁷⁵ Si v., spec., STONE, *Reinterpreting the French Revolution*, Cambridge, 2002, 37.

⁷⁶ Scritti raccolti da BAKER, *On the problem of the ideological origins of the French Revolution*, in ID., *Inventing the French Revolution. Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge, 1990, 23 ss.

⁷⁷ Il riferimento è alle opere di CONZO, *Intorno alla cosa irrevocabilmente giudicata*, Napoli, 1836, spec. 23 e WALDECK, *Die Nichtigkeitsbeschwerde als alleinige Rechtsmittel höchster Instanz*, Berlin, 1861, spec. 30-31.

⁷⁸ Si v., anche per opportuni approfondimenti sul tema, STONE, *Reinterpreting the French Revolution*, Cambridge, 2002, 115 ss.

to a coinvolgere i più brillanti giuristi francesi; che, come visto, hanno chiaramente indicato un antecedente nel modello inglese. Occorre anche ammettere che, più di recente e per qualche ragione, si è inteso obliare questo antecedente; fino al punto che uno studioso come Halperin parla della creazione della cassazione come di un percorso lento, complesso e in parte inafferrabile⁷⁹.

Sembra in effetti di poter dire che il modello inglese è parso subire una sorta di diffusa *oblivion*; e ciò per tutti, e anche – occorre confessarlo – per il sottoscritto. Il che non significa che, ovviamente, il prodotto finale sia risultato identico al modello inglese; posto che probabilmente l'elemento di maggiore differenziazione si può individuare nella circostanza che la *House of Lords* creava giurisprudenza, mentre non era certo questa – almeno nella fase iniziale – la funzionalità tipica del *Tribunal de cassation*. Anche se a quest'ultima considerazione non potrebbe che fare seguito il seguente interrogativo: che significato avrebbe il fatto che il *Tribunal* pervenisse a pubblicare un *bulletin* se non avesse creato una propria articolata giurisprudenza? Ma anche lasciando a margine questo tema, quanto alla gran parte, del resto, le concomitanze risultano – come si è ormai detto ripetutamente – per certo notevoli e molto suggestive.

Occorre in conclusione ricordare come nel volgere di qualche tempo l'istituzione della cassazione – ormai convertita in *Cour* – ha dato vita a un organo giurisdizionale che non appare più collocabile *auprès du corps législatif*. La sua produzione risulta ormai essere indubbiamente giurisprudenziale; essendo oltretutto il ricorso in cassazione condizionato da motivi espressi e complesse formalità. Circostanze, queste, che hanno definitivamente separato le cassazioni europee dal modello inglese; caratterizzato da una vincolatività dei precedenti, come noto estranea alla cultura europeo-continentale. Tutto ciò comunque non impedisce che la comune finalità di questi organi sia improntata a realizzare obiettivi di nomofilachia, per quanto a tali risultati si pervenga attraverso percorsi diversi. E probabilmente, ormai coscienti di queste comuni origini, sarebbe questo il momento di tentare l'elaborazione di un modello più uniforme di tribunale supremo per gran parte degli ordinamenti; non dimenticando l'origine paralegislativa – o non legislativa – di tali tribunali di cassazione⁸⁰

⁷⁹ Cfr. HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et ses pouvoirs*, cit., 23.

⁸⁰ Si v., *amplius*, NIEVA-FENOLL, *¿Un juez supremo o un legislador «supremo»?*, in ID., *La ciencia jurídica. Novedad y tradición*, Madrid, 2016, 423 ss.