

Premessa alla seconda edizione

Dalla prima edizione di quest'opera ad oggi non vi è stata alcuna particolare disposizione di legge che abbia interessato la Cassazione. Eppure, forse mai come in questo caso, c'è stato bisogno di una nuova edizione di un lavoro. Ciò non solo per il fiorire di nuovi studi sul nostro supremo organo di giustizia, molti dei quali opera di giovani, ma anche e soprattutto per l'incessante attività della giurisprudenza che fa emergere sempre nuove sfaccettature della materia, delle quali bisogna tenere conto.

Penso per un momento al requisito di "autosufficienza" del ricorso, una volta contenuto entro schemi e formule rigide, poi ridimensionato nell'interpretazione della stessa Corte, che pur salvando il principio (e come si potrebbe fare altrimenti, quantomeno se si pensa alla mole di lavoro del nostro supremo organo di giustizia), ne ha sensibilmente ammorbidito i tratti e le sue applicazioni ed infine ritornato all'originario rigore.

Notevoli variazioni interpretative sono avvenute anche per il filtro di cui all'art. 360-bis c.p.c., che oggi non ci appare più come sterile strumento volto a cestinare le iniziative dei ricorrenti, ma sempre più assume i tratti di una concreta costruzione destinata ad eliminare il contenzioso inutile (tanto frequente quanto inaccettabile) dei ricorsi presentati al solo scopo di allungare i tempi della controversia, senza alcuna prospettiva di successo o al fine di tentare di togliere di mezzo decisioni il cui contenuto non è così pravo come il ricorrente vorrebbe fare credere.

Contenzioso inutile e dannoso, che trova nel procedimento di cassazione lo strumento più fertile per rallentare i tempi della giustizia e che la Suprema Corte deve necessariamente arginare.

Non è detto che debbano essere riservate alla Cassazione solo le cause "importanti" come qualcuno vorrebbe, ma le cause "serie", quelle che hanno un preciso fondamento e che sono le uniche degne di essere esaminate. Co-

me diceva Carnelutti (Vita di avvocato. Mio fratello Daniele. In difesa di uno sconosciuto, riediz., Milano, 2006, p. 14), non si tratta di punire gli avvocati che “usano” la parola, ma quelli che ne “abusano”.

Ma come dicevo all'inizio, l'esigenza di una nuova edizione è sorta soprattutto per le necessità di dare conto dell'incessante numero di pronunzie della Suprema Corte che si avvicendano di continuo e che impongono di ampliare alcune delle tematiche svolte o di rivederne altre. Del resto è così che si costruisce e si solidifica un libro. Un libro deve certo rispecchiare il costruito e l'importanza che gli ha impresso l'autore, ma specie se è un libro di diritto deve essere continuamente aperto alle ulteriori soluzioni che vengono proposte dal fermento della scienza.

Ma v'è anche un'altra ragione per ritornare sopra un'opera già redatta e diffusa. Ed è quella di riesaminarla da cima a fondo, per vedere se le fondamenta reggono e se il lavoro possa conservare un valore per il futuro.

Sommessamente mi pare di potere dire che la risposta a questo secondo quesito, possa essere positiva.

Resta quindi la necessità di soddisfare la prima esigenza, che è quella dell'aggiornamento continuo, costante e proficuo.

Gian Franco Ricci

Maggio 2016

PARTE PRIMA
IL RICORSO PER CASSAZIONE

Origine e vicende storiche della Cassazione

SOMMARIO: 1. La nascita della Cassazione. Dal *Tribunal de Cassation* alla *Cour de Cassation*. – 2. Variazioni sul tema della *Cassation* francese. La *Revision* germanica. – 3. La Cassazione in Italia nel periodo delle Repubbliche giacobine. – 4. La soppressione dell'Istituto dopo il Congresso di Vienna e la sua restaurazione nello Stato sabaudo. La restaurazione negli altri Stati italiani. – 5. Le ulteriori vicende della Cassazione dopo l'Unità d'Italia. Le Cassazioni regionali. L'introduzione dell'unica Cassazione romana nel 1923. – 6. La Cassazione nel codice di procedura civile del 1865. – 7. L'art. 65, r.d. n. 12 del 1941. *a*) L'introduzione della nomofilachia nell'attuale codice. L'"esatta osservanza" della legge. – 8. (*Segue*). *b*) L'"uniforme" interpretazione della legge e l'"unità" del diritto oggettivo nazionale. – 9. L'odierno aspetto della Cassazione. – 10. Il volto unitario della Cassazione.

1. *La nascita della Cassazione. Dal Tribunal de Cassation alla Cour de Cassation*

Nonostante che l'esistenza di una terza istanza di impugnazione delle decisioni giudiziarie fosse presente in vari Stati europei anche in epoche anteriori alla Rivoluzione francese (si pensi ad esempio al Piemonte, nel quale un terzo grado esisteva fin dal 1355 sotto forma di *Consilium Residens*¹), è com'è noto alla Rivoluzione francese che si deve la nascita della Cassazione in senso proprio, con la sua specifica peculiarità che l'ha sem-

¹ Il *Consilium Residens* fu poi trasformato in *Senato* e tutta la materia delle impugnazioni, che prevedeva un secondo grado di fronte al Prefetto della provincia ed un terzo grado di fronte al Senato, fu regolata dagli Editti di Emanuele Filiberto del 17 gennaio 1561. Sulle Costituzioni Sabaude di Emanuele Filiberto, comunemente conosciute come "Ordini nuovi" pubblicati fra il 1561 ed il 1566, si veda PENE VIDARI, *Giudici e processo nelle raccolte legislative Sabaude settecentesche*, Introduzione alle *Costituzioni Sabaude (1723)*, nei *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di Picardi e Giuliani, I, Milano, 2002, p. IX ss.

pre differenziata da un normale terzo grado di giudizio. Aveva sicuramente ragione Salvatore Satta allorché affermava che sarebbe certo in errore chi volesse rinvenire le origini della Cassazione in istituti anteriori al sorgere dello Stato moderno, perché è solo con la nascita di quest'ultimo che la Cassazione si affaccia per la prima volta nel panorama giuridico europeo².

² SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, rist., Milano, 1966, II, 2, p. 175. In questo senso l'opinione del Satta si pone in netta antitesi con il pensiero di Calamandrei, senza dubbio il più grande studioso dell'istituto della Cassazione e la cui opera è fondamentale per ogni possibile ricostruzione della materia, sia da un punto di vista storico, che dogmatico. Calamandrei ha infatti sempre sostenuto con indicibile perspicacia (e alle volte anche con sofisticate argomentazioni) che l'origine del giudizio di cassazione andava rinvenuta nell'istituto di diritto comune della *querela nullitatis* e dunque in un nucleo originario ben antecedente all'inizio dell'età moderna (CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, I, ora in *Op. giur.*, VI, Napoli, 1976, p. 131 ss.). Ma è ben noto l'ostacolo che l'illustre giurista fiorentino si trovò di fronte. La *querela nullitatis* (alla quale, all'epoca in cui in Francia sorse la Cassazione e cioè nel 1790, erano improntati alcuni ordinamenti processuali, come quello austriaco formatosi sotto la legislazione di Giuseppe II del 1785), era infatti uno strumento di antica memoria impiegabile contro le sentenze passate in giudicato, ma solo in conseguenza di *errores procedendo* che avessero determinato la *nullità* della pronunzia. E dunque nulla detto istituto poteva avere a che fare contro quegli errori di giudizio che non si fossero riflessi sulla nullità della decisione, ma solo sulla sua ingiustizia. Questo secondo aspetto, che costituì la caratteristica preponderante della Cassazione al suo sorgere (e che lo è anche per la Cassazione moderna) e che affonda le sue radici nella violazione delle norme di diritto sostanziale, non appariva affatto riconducibile allo schema della *querela nullitatis*. Da qui l'ardita interpretazione di Calamandrei, volta a tentare di ricondurre anche l'errore di giudizio al paradigma della nullità della sentenza, sulla base della considerazione, che pur non avendo di regola l'ingiustizia della decisione alcuna conseguenza sulla sua validità, tuttavia eccezionalmente per motivi di ordine pubblico («ragioni di ordine costituzionale», per dirla con l'a.: v. CALAMANDREI, *Sopravvivenza della querela di nullità nel processo civile vigente*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, p. 120 ss.) ne sarebbe consentita l'equiparazione. Per questa via l'a. tentava di assorbire anche l'errore di giudizio nella querela di nullità, trasferendo poi il tutto nello schema della Cassazione, concepito appunto come un'«azione di impugnativa» della decisione, diversa dall'azione che aveva dato vita al processo di merito. In tal senso, l'impostazione di Calamandrei si riallaccia a quella di CHIOVENDA, anch'egli ferreo assertore del fatto che il ricorso per cassazione non esaminava il rapporto sostanziale, ma solo «il giudizio di diritto contenuto nella sentenza». L'erroneità di tale giudizio da qualsiasi tipo di violazione fosse dipesa (e quindi anche da violazioni di norme sostanziali) finiva a questa stregua secondo l'a. per concentrarsi in una specie di nullità della decisione derivata da motivi in certa guisa pubblicistici, costituiti dal comportamento del giudice che trascendendo i suoi compiti, abbia voluto «fare opera di legislatore» (*Principi di diritto processuale civile*, rist. anast. con *Prefazione* di Andrioli, Napoli, 1965, p. 1021). Come ben si vede, questa impostazione se ben può accogliersi per ciò che concerne la configurazione del procedimento avanti alla Corte come una sorta di impugnativa contro la sentenza (e non come una terza istanza), mostra però all'atto pratico un evidente limite dato dallo sforzo (del resto insuperabile) di voler convogliare anche l'ingiustizia della sentenza nel paradigma della sua invalidità. Il che è comunque un esito necessario per chi voglia inserire il giudizio di cassazione nel solco della *querela nullitatis*. Ogni problema si supera se invece si considera storicamente la Cassazione come un istituto del tutto nuovo, la cui preoccupazione non fu quel-

Nata come *Tribunal de Cassation* nel 1790³ e successivamente divenuta *Cour de Cassation* con il Senatoconsulto del 28 floreale dell'anno XII (18 maggio 1804), essa apparve immediatamente dotata di una caratteristica peculiare che la distaccava da ogni possibile ipotesi di terzo grado di giudizio: quella per cui l'istituto era costituito al di fuori dell'ordine giudiziario essendo collegato al potere legislativo (il *Tribunal* era infatti “*etabli auprès du Corps législatif*”), con lo scopo di controllare l'operato dei giudici affinché le loro decisioni non distorcessero la volontà della legge. Tutta l'opera dei rivoluzionari francesi appare ispirata da un evidente feticismo verso l'autorità della legge, per cui il diritto oggettivo anziché un prodotto storico in continua evoluzione, viene considerato come il risultato di una serie di principi fissati in modo definitivo dalla volontà del legislatore, ai quali il giudice si deve scrupolosamente attenere⁴.

la (o solo quella) di intercettare la nullità della decisione, ma di colpire ogni vizio di diritto della stessa, quand'anche non abbia prodotto la sua invalidità, ma solo la sua ingiustizia. Ciò che costituisce il nucleo fondamentale della Cassazione originaria, non è insomma lo scopo di annullare le decisioni che si siano formate invalidamente, ma quello molto più ampio di casare ogni sentenza che abbia violato la legge. Si tratta dunque di un organo di ben più vasto respiro di quello costituito dalla *querela nullitatis* che al massimo può essere assorbita dalla prima come parte del suo contenuto, ma che non ne esaurisce l'ambito, il quale si staglia nella più generale prospettiva anche della tutela del diritto sostanziale, che è questione ben più ampia di quella volta ad intercettare la semplice nullità dei processi. È qui che l'opinione di Satta acquista tutto il suo particolare rilievo, che è appunto quello di aver saputo evidenziare che la Cassazione fin dal suo sorgere all'epoca della Rivoluzione francese, si manifestò come un istituto del tutto nuovo, “rivoluzionario” appunto, destinato a recidere ogni legame con il passato (e quindi completamente diverso sia dalle comuni “terze istanze” dell'epoca, sia dai procedimenti che conservavano ancora la *querela* di nullità). Quindi appare del tutto esatta la sua affermazione, per cui lo spirito della Cassazione (anche di quella attuale), non si coglie se non la si inquadra nell'empito rivoluzionario che scosse la Francia alla fine del secolo XVIII.

³ Com'è noto, il *Tribunal de Cassation* fu istituito con decreto del 27 novembre-1 dicembre 1790.

⁴ È questa quella che PUNZI, *Il processo civile (Sistema e problematiche)*², Torino, 2010, II, p. 459 ss., chiama esattamente «prima stagione» della Cassazione, nella quale il feticismo verso l'assoluta supremazia della legge, si rivela nelle discussioni dell'Assemblea legislativa della Francia rivoluzionaria, che pur nella loro ampollosità (“*enfilalades d'ambition creuses*”, le definirà il Taine: così, SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., II, 2, p. 176), conservano comunque un altissimo valore storico anche oggi. L'opinione secondo la quale la Cassazione sorse come *longa manus* del potere legislativo è chiaramente sostenuta da CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, p. 395. In argomento, v. oggi anche LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino, 2015, p. 9. Tale opinione, ancorché costituisca un'idea corrente – era frequentemente ripetuta da Robespierre – appariva comunque erronea a MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1923, I, p. 81, sulla base del presupposto che «l'ufficio di interpretare le leggi» deve per forza essere affidato ad un organo diverso da quello legislativo. Non si potrebbe quindi negare alla Corte di Cassazione la qualità di organo giurisdizionale, già fino dalla sua origine. Tutta-

Ne consegue che ogni interpretazione normativa fatta dal magistrato sulla base delle proprie convinzioni personali, ancorché razionalmente corretta, doveva necessariamente trovare riscontro nell'esistenza di un organo di controllo che non poteva certo afferire all'ordine giudiziario, ma doveva starne fuori per potere meglio censurare gli errori attribuiti ai magistrati. Era l'idea dominante di Robespierre: quest'organo doveva custodire la legge e quindi sorvegliare il potere giurisdizionale, non farne parte⁵.

via, la tesi di M. non si può accogliere in quanto basata sull'idea astratta dell'istituto o per lo meno sul carattere che esso aveva al momento in cui l'a. scriveva. Storicamente infatti il problema è completamente diverso, giacché il *Tribunal de Cassation* fu creato proprio come organo collegato al potere legislativo ("*etabli aupres du Corps legislatif*", come si è detto appunto nel testo). Per cui non si può negare la realtà dei fatti storici o pretendere di interpretarli secondo il profilo dogmatico che un istituto dovrebbe avere. D'altro canto, il collegamento con l'organismo legislativo del *Tribunal de Cassation*, finisce per essere riconosciuto dallo stesso MORTARA, *op. loc. citt.*, che non può fare a meno di negare «il fine politico dell'istituzione» al momento in cui sorse. In proposito si vedano anche le osservazioni di MAZZARELLA, *Analisi del giudizio civile di cassazione*³, Padova, 2003, pp. 3 ss. e 10, il quale pur sembrando anch'egli riconoscere l'origine storica della Cassazione nel fine politico di custode della legge contro gli "attentati" dei giudici (p. 10), mette però in guardia contro la radicalizzazione di una prospettiva di tal genere che ci presenti la Suprema Corte italiana come un organo avente ancor oggi quelle caratteristiche. Ciò nel senso che, divenuta ormai la Corte organo giurisdizionale, non si dovrebbe fare l'errore di continuare a pensare che la sua funzione sia rimasta quella stessa che la connotò al suo sorgere, giacché l'istituto è variato nella storia e con la storia (si vedano in PUNZI, *op. loc. citt.*, abilmente descritte le varie "stagioni" che la Cassazione ha vissuto nei secoli). Da qui la sfida del Mazzarella a quelle posizioni che egli chiama "fideistiche" circa la funzione della Corte, ad esempio delle quali cita, a pp. 3 e 4, l'affermazione del Furno: la «Cassazione non ha segreti per noi», dato che della stessa «siamo in grado di conoscere perfettamente la sua genesi storica, le vicende e le trasformazioni successive» (FURNO, *Problemi attuali della Corte di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1958, p. 482). In realtà, indipendentemente dalla critica che si voglia fare alla ricostruzione storica dell'istituto (sul punto v. per esempio lo stesso MAZZARELLA, *Passato e presente della Cassazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, p. 88 ss. e TARUFFO, *Cassazione e revisione. Un problema nella storia delle istituzioni giudiziarie*, in *Atti del IV Convegno Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1982, II, p. 89) e pur non potendo trascurare i notevoli cambiamenti che esso ha storicamente subito, non sembra che il suo spirito di fondo creato dai rivoluzionari francesi del 1790, della "custodia" della legge, sia nella sostanza mutato. Per capire ciò, non occorre neppure fare capo alla rivalutazione della funzione nomofilattica della Corte avutasi in Italia dal 2006 in poi. Basta osservare che il carattere fondamentale che distingue la Cassazione da tutti gli altri giudici di impugnazione (e che la differenzia anche dalla maggioranza delle altre Corti Supreme), permane a tutt'oggi: ed è quello per cui essa non si limita a fare giustizia dagli errori contenuti nella sentenza impugnata per ripristinare il diritto del singolo (come fa ogni giudice dell'impugnazione), ma largisce anche l'esatta interpretazione del diritto come valore oggettivo, realtà presente oggi come al suo sorgere (ed anzi, al suo sorgere, più spiccata che mai), nella quale stava la stessa premessa per la funzione di nomofilachia che la Corte si troverà in seguito a dovere svolgere (v. *infra*, il parag. 7 ss. di questo stesso capitolo).

⁵ Non può pertanto condividersi quanto risulta dal parag. 385 della *Relazione ministeriale* al Progetto del Codice di procedura civile del 1865 (elaborata da Giuseppe Pisanelli), ora in

Codice di procedura civile del Regno d'Italia (1865), nei *Testi e documenti per la storia del processo*, a cura di Picardi e Giuliani, XIII, Milano, 2004, p. 206, ove si afferma che l'Assemblea francese avrebbe introdotto fin dall'inizio la Cassazione come parte integrante dell'ordine giudiziario. La funzione eminentemente politica della Cassazione della Francia rivoluzionaria la poneva del resto agli antipodi del sistema vigente nell'ordinamento giudiziario del suo potente vicino, cioè l'Impero asburgico, basato su un organo al vertice che costituiva parte integrante della funzione giurisdizionale, costituito dal *Supremo Tribunale di Giustizia* (o di *revisione*) con sede a Vienna, il quale ebbe una funzione del tutto diversa nella legislazione austriaca fin dalla codificazione dell'Imperatore Giuseppe II, rappresentata dal *Regolamento generale della procedura giudiziaria* emanato il 1 maggio 1781, il cui contenuto è conosciuto come AGO (*Allgemeine Gerichtsordnung*). Tuttavia la disciplina della revisione austriaca dell'epoca, a cui si fa spesso riferimento, è quella risultante dal successivo *Regolamento Galiziano* promulgato da Francesco I Imperatore d'Austria (ultimo imperatore del Sacro Romano Impero, con il nome di Francesco II) il 19 dicembre del 1796, che altro non fu se non un'elaborazione del Codice Giuseppino fatta entrare in vigore gradatamente nei vari territori dell'Impero e che prese il nome dal fatto che il primo di questi territori in cui venne impiegato, fu appunto la Galizia occidentale (e proprio in tale veste, come vedremo, il Regolamento in oggetto fu successivamente introdotto nel Lombardo-Veneto). L'ordinamento processuale austriaco si basava su un sistema piramidale al cui vertice vi era appunto il Supremo Tribunale di Giustizia, (che rappresentava una vera e propria terza istanza con funzione di giudice di merito, secondo il principio derivato dal diritto canonico della "doppia conforme"). Per cui ad esso si poteva ricorrere solo se le sentenze pronunziate nei due gradi precedenti, fossero di segno diverso. Il Regolamento prevedeva anche la *querela nullitatis* derivata dal diritto comune, che rappresentava invece il rimedio in diritto per quelle violazioni che avessero determinato l'invalidità della decisione. Come ben si vede, la funzione degli organi di vertice dell'ordinamento austriaco era agli antipodi rispetto al sistema francese. In quest'ultimo non esisteva innanzitutto il sistema della doppia conforme, antiquato e pesante, ma il diverso criterio basato semplicemente sul principio del doppio grado, nel quale l'intervento dell'organo supremo non era condizionato dal segno delle sentenze, ma esclusivamente dal fatto che fosse stata violata la legge. Preoccupazione questa, estranea alla Suprema Corte austriaca, che aveva solo la funzione di convalidare una delle due decisioni di merito. Fu proprio per questa ragione, che nel sistema del Codice Giuseppino ci fu bisogno anche della *querela nullitatis*, che era l'unico strumento che poteva essere impiegato contro l'illegittimità della pronuncia. Ma con spettro limitato, perché come si è visto i vizi eliminabili con tale strumento erano solo quelli che avevano determinato la nullità della procedura, non altri. Insomma era mancata al legislatore austriaco, la grande intuizione di quello francese di un organo supremo che potesse mondare ogni violazione di legge da parte del giudice, di qualsiasi tenore essa potesse essere. Un organo che peraltro non si occupasse del merito della causa, già decantato da due gradi di giudizio, più che sufficienti per svolgere in modo completo l'indagine di fatto. Il modello francese non aveva dunque bisogno di rivedere una terza volta il merito della causa attraverso un giudice di revisione; né ebbe bisogno della querela di nullità, perché le funzioni di quest'ultima erano compenstrate in quelle della Cassazione. La quale si mostrò dunque come il modello più efficace e perfetto di organo di controllo che un ordinamento processuale potesse avere. Appare infatti significativo che la soppressione (sia pure temporanea) della Cassazione nelle Province italiane dopo la caduta di Napoleone, fosse vista da molti con gran rimpianto, come risulta dalle accurate osservazioni di Ferdinando dal Pozzo, giurista piemontese di rilievo della prima metà dell'800, il quale lamentava l'essere venuta meno la Cassazione nello Stato piemontese, un'istituzione così importante «*que tous ont admirée, et qui a laissé de si vifs et de si profonds regrets*» (ALVAZZI DEL FRATE, *Ferdinando Dal Pozzo e le riforme giudiziarie del 1822*,

Del resto che la funzione del *Tribunal* fosse essenzialmente “antigiudiziarica” si evince dall’appellativo di *Cassation* ad esso connesso. Non un’istanza di terzo grado, nominata secondo appello, riesame, revisione o altro: ma un procedimento volto a “distruggere” (“*casser*”, appunto) il risultato giudiziario erroneo⁶.

Ne conseguì ovviamente che la preoccupazione di tale organo supremo non fu assolutamente, almeno all’inizio, quella della tutela dello *ius litigatoris*: cioè di far sì che la parte che riteneva di avere subito un torto in sede di appello, potesse chiedere un ulteriore controllo della decisione al fine di ottenere la restaurazione del proprio diritto soggettivo leso. La funzione dell’istituto fu invece essenzialmente pubblicistica e cioè esclusivamente quella della tutela della sovranità della legge di fronte al possibile arbitrio interpretativo dei giudici.

Preoccupazione questa, della possibile interpretazione distorta da parte dei magistrati, che all’epoca secondo un’intransigente dottrina appariva in parte fondata, come si rileva dai noti scritti del Muratori⁷ e del Filangieri⁸, che biasimavano la completa incertezza a cui il diritto oggettivo era stato ridotto dalla disparità delle opinioni dei dottori e dalle troppo libere interpretazioni dei giudici, che, molto spesso con il ricorso ad un uso alquanto disinvolto dell’equità, si consideravano superiori alla legge.

Questa spiccata tendenza del *Tribunal de Cassation* alla tutela del diritto oggettivo a scapito di quello delle parti litiganti, non deve però farci cadere nell’illusione opposta e cioè quella di un organo che esprimesse *ante litteram* specifiche tendenze nomofilattiche, relative al tracciato interpretativo che dovesse seguirsi da parte dei giudici di merito al fine dell’unificazione della giurisprudenza⁹.

in *L’età della Restaurazione e i moti del 1821* (Atti del Convegno nazionale di Studi tenutosi a Bra il 12-15 novembre 1991 per la celebrazione del bicentenario della nascita di Guglielmo Moffa di Lisio: 1791-1991), a cura di Mango, Savigliano, 1992, pp. 113 e 114). E come potremo vedere più avanti, l’eco della Cassazione fu così risonante da arrivare fino all’estremo limite del mondo civile dell’epoca, cioè fino alla Russia, che dalla codificazione dello zar Alessandro II in poi ebbe un proprio procedimento di cassazione sul modello francese (v. *infra*, nota 55).

⁶ L’idea del rafforzamento della sovranità statale attraverso la giurisdizione, ha avuto pratica applicazione in vari contesti storici ed è un fenomeno che sarebbe interessante approfondire, anche se ad esso gli studiosi si sono dimostrati sempre poco interessati (per riferimenti, v. GIOIA, *Lo sviluppo storico del ricorso per cassazione, tra necessità e abusi*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, p. 923 e nota 12).

⁷ MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Napoli, 1743, cap. XI.

⁸ FILANGIERI, *Riflessioni politiche sull’ultima legge del Governo, che riguarda la Riforma dell’amministrazione della Giustizia*, Napoli, 1774.

⁹ Normalmente, specie con riferimento all’art. 65, r.d. n. 12 del 1941 sull’Ordinamento

Va infatti chiaramente evidenziato che tale compito fu del tutto estraneo fin dall'origine alla Cassazione francese, che nulla mai ebbe in comune con la funzione che l'art. 65, r.d. n. 12 del 1941 sull'Ordinamento giudiziario, assegna alla Cassazione italiana. Ed errerebbe di certo chi volesse ravvedere nella funzione dell'originaria *Cassation*, un'anticipazione o una similitudine con quanto più tardi sarebbe avvenuto per l'equivalente nostro istituto.

Invero la funzione della Cassazione francese fu solo quella di controllare da un ambito esterno alla giurisdizione, se il giudice avesse esattamente inteso la legge ed in caso contrario cassare la sua interpretazione. Si trattava dunque di una funzione volta alla difesa del diritto oggettivo ed esaurentesi in essa. Erano indubbiamente aliene dal funzionamento dell'organo non solo come si è detto, eventuali prospettive di tutela dello *ius litigatoris* del singolo, ma anche il fatto che l'operato della *Cassation* potesse in qualche modo trascendere il solo puro e semplice caso deciso.

In sostanza, il *Tribunal de Cassation* censurava le decisioni dei giudici di merito che avevano sbagliato, ovviamente precisando in che cosa avessero sbagliato e perché avessero sbagliato. La funzione attribuita alla nostra Cassazione dal cit. art. 65, r.d. n. 12 del 1941, come vedremo, è certo più ambiziosa, giacché oltre alla censura e all'annullamento della decisione erronea (che riguarda solo il giudice che ha deciso), da tale censura essa trae l'espressione del corretto principio di diritto che dovranno seguire i futuri giudici per non cadere nell'identico errore (con il che la funzione della Corte non concerne più solamente il giudice che ha pronunciato, ma riguarderà anche ogni decisione futura).

Quindi bisogna stare attenti a non cadere in troppo facili entusiasmi nel valutare l'*esprit* dell'originario *Tribunal de Cassation* e ad evitare parallelismi non giustificati con quanto avviene oggi con la nostra Suprema Corte. La nomofilachia (per lo meno nell'accezione comune del termine, intesa come unificazione della giurisprudenza), nella struttura originaria dell'isti-

giudiziario, è entrato nel gergo comune l'uso di considerare la "nomofilachia" o la "funzione nomofilattica", come la finalità di unificare la giurisprudenza, spettante alla Corte assieme all'altra funzione della corretta applicazione del diritto oggettivo (funzioni entrambe peraltro sottolineate dal già cit. art. 65 che assegna alla Corte lo scopo di curare l'"*esatta osservanza*" della legge e la sua "*uniforme interpretazione*"). In realtà, a volere essere precisi la funzione di nomofilachia (da *nòmos*, legge e *phylatto*, custodisco), esprime solo il secondo dei due scopi e cioè quello della corretta applicazione del diritto. Nell'antica Grecia i *nomophylakes* erano infatti i magistrati incaricati di custodire e fare rispettare le leggi, contro le arbitrarie decisioni delle assemblee popolari. Quello dell'"unificazione della giurisprudenza" è dunque uno scopo ulteriore, rispetto al quale l'uso del termine di "nomofilachia" non è tecnicamente corretto. In argomento, si vedano i precisi rilievi di CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, II, ora in *Op. giur.*, VII, Napoli, 1976, p. 92 ss.

tuto non è mai esistita, né è esistita nelle evoluzioni che quest'ultimo ha avuto nel corso dei tempi. Per arrivare a vedere sorgere tale funzione bisogna aspettare uno specifico provvedimento legislativo (di fatto, come vedremo antecedente al 1941), perché solo in virtù di un'espressa previsione di legge è stato possibile assegnare alla Corte quella funzione ulteriore, che non era assolutamente propria della sua originaria struttura.

Questa precisazione è fondamentale, se non altro al fine di evitare ogni equivoco sull'esistenza di possibili fondamenti legittimanti la nomofilachia, che si pretenda di volere rinvenire nel carattere originario della *Cassation* francese.

Né si può avallare la tesi sia pure autorevolmente sostenuta, secondo cui l'assenza di ogni preoccupazione nomofilattica nelle funzioni dell'originario *Tribunal de Cassation*, avrebbe però condotto lentamente all'emersione di tale idea allorché si ebbe la trasformazione dello stesso nella *Cour de Cassation* nell'anno 1804¹⁰. Non pare infatti che neppure il nuovo volto dell'istituto abbia inciso sulla sua funzione, amplificandone la portata. Non c'è alcuna prova in questo senso ed è giusto ritenere, come osserva ancora Satta, che nessuna funzione di nomofilachia può essere ascritta alla Corte prima e al di fuori di uno specifico riconoscimento legislativo¹¹. Infatti la nomofilachia è carattere che non fu mai di per sé intrinsecamente connesso alle funzioni della *Cour*, che potevano oscillare dalla tutela del diritto oggettivo, a quella dello *ius litigatoris*, ma che in ogni caso si esaurivano esclusivamente nel controllo del rispetto della legalità nella decisione del caso singolo, con esclusione della possibilità di proiettare l'esito del suo giudizio al di fuori del caso deciso e farne prescrizione da seguire da parte degli altri giudici.

Pertanto è esatto ritenere che l'attribuzione di tale ulteriore funzione alla Corte, non possa essere stata effettuata se non in virtù di un preciso ed ulteriore intervento normativo esterno, che si è avuto solo successivamente al suo sorgere¹².

¹⁰ Così, invece, CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, cit., I, pp. 463-467 e 467 ss.

¹¹ SATTÀ, voce *Corte di cassazione* (*Dir. proc. civ.*), in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 799.

¹² Si può fin d'ora anticipare che l'idea della Cassazione come mezzo per uniformare la giurisprudenza, fu estranea anche al codice di procedura del 1865, nel quale com'è noto essa si limitava ad annullare il provvedimento erroneo, rinviando ad altro giudice il quale conservava «piena libertà di giudizio» (v. par. 401 della *Relazione ministeriale* al c.p.c. del 1865 cit.: v. *supra*, la nota 5). Ciò era chiaramente espresso dall'art. 544, secondo comma del codice, il quale si limitava ad affermare che in caso di annullamento con rinvio, la causa veniva rimandata ad altra autorità giudiziaria dello stesso grado di quella che pronunciò la sentenza cassata, senza precisare assolutamente che quest'ultima dovesse essere vincolata dalla decisione della Cassazione. L'elaborazione del *principio di diritto* era pertanto idea completamente estra-