

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

aAccademia
university
press



«Diálogos» / 1



«Diálogos»

Incontri con la cultura giuridica latino-americana

1

Scritti in onore di Mario G. Losano
Dalla filosofia del diritto
alla comparazione giuridica

a cura di
Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

**Scritti in onore
di Mario G. Losano**

Volume pubblicato con il contributo
del Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli Studi di Ferrara
e del programma Ramón y Cajal (RYC 2019-028316-I),
finanziato dall'Agencia Estatal de Investigación
del Gobierno de España e dal Fondo Sociale Europeo

© 2021

Accademia University Press
via Carlo Alberto 55
I-10123 Torino



prima edizione aprile 2021
isbn 978-88-31978-91-0
edizione digitale www.aAccademia.it/mariolosano

book design boffetta.com

Accademia University Press è un marchio registrato di proprietà
di LEXIS Compagnia Editoriale in Torino srl

Premessa		VII
Mario Losano: nota biografica		IX
L'America Latina nelle classificazioni giuscomparate: la tradizione giuridica contro-egemonica del <i>buena vivir</i> nell'area andina	Serena Baldin	3
Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica	Ermanno Calzolaio	18
I "ponti" per il trasferimento di dati EU-Usa: dai <i>Safe Harbour Privacy Principles</i> al <i>Privacy Shield</i>	Virgilio D'Antonio	34
Pluralismo giuridico e <i>Rule of Law</i>: un approccio fondato sul reciproco condizionamento tra fonti	Alessandra Facchi	63
Mario G. Losano tra Kelsen e Bobbio. Un dialogo infinito	Lorena Forni	85
Il metodo del e nel diritto pubblico comparato	Tommaso Edoardo Frosini	99
Il giudice disobbediente nel terzo millennio	Davide Galliani	115
Note su "sistema" e compilazione giustiniana	Paolo Garbarino	136
Mario G. Losano: un kelsenólogo no kelsenólatra	José Antonio García Sáez	178
Presupuestos históricos y epistemológicos de la <i>Begriffsjurisprudenz</i>	Joaquín Garrido Martín	207
Femminismo e diritto. Tra teoria critica e comparazione	Orsetta Giolo	230
Un caso di reinterpretazione del diritto islamico: il <i>khul'</i> nella prassi giurisprudenziale pakistana	Elisa Giunchi	250
Il diritto dello stato, le pretese della religione, e il governo del pluralismo normativo nelle costituzioni democratiche	Michele Graziadei	265
Los espacios y desafíos del análisis comparado en derechos humanos. Breves lecciones del legado comparatista de Mario G. Losano	Encarnación La Spina	288
Intelligenza artificiale e responsabilità per danni al consumatore in Brasile	Sabrina Lanni	306

Transhumanismo e identidad humana ante el reto de la revolución 4.0 de la inteligencia artificial	Fernando H. Llano Alonso	325
Ensayo de interpretación del pensamiento de Mario G. Losano: una lectura geo-filosófica del derecho	Luis Lloredo Alix	371
Lo <i>scientific State of Mind</i> del giurista: la comparazione quantitativa tra diritto e letteratura	Matteo Nicolini	390
El nuevo paradigma andino. Crisis del modelo unitario de organización territorial en América Latina	Giorgia Pavani	406
L'identità della Costituzione brasiliana del 1988 alla prova dell'analisi comparata (e della verifica empirica)	Lucio Pegoraro	425
La protección de datos personales en la sociedad de las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación	Antonio E. Pérez Luño	447
Mario Losano in Brasile: tra politica, sociologia e storia del diritto (2012-2018)	Gustavo Siqueira Silveira	468
La importancia del factor cultural en los matrimonios forzados	Ángeles Solanes Corella	478
Sull'identità del diritto latinoamericano	Alessandro Somma	497
Sicurezza e diritti nella <i>digital age</i>. La tecnologia: un'arma a doppio taglio nella lotta al terrorismo internazionale	Arianna Vedaschi	518
Il sapere giuridico come costruzione sociale e la formazione del giurista in America Latina	Virginia Zambrano	538
Big Data e epistemologia giuridica	Vincenzo Zeno-Zencovich	574
Elenco opere (2017-2020)		587

Mario Losano è notoriamente uno studioso eccellente, la cui produzione scientifica sconfinava nei più disparati campi del sapere giuridico e oltre. Lo abbiamo apprezzato e lo apprezziamo quando arricchisce le nostre conoscenze nella filosofia del diritto, nella teoria generale del diritto, nella storia del diritto, nell'informatica giuridica, nel diritto comparato, nella filosofia politica, solo per citare i settori nei quali è una riconosciuta autorità scientifica. Al suo attivo conta manuali di grande successo e diffusione, innumerevoli libri e saggi considerati un imprescindibile punto di riferimento nelle materie a cui sono dedicati, edizioni critiche di materiali rinvenuti nel corso di minuziose ricerche di archivio e traduzioni di testi. Il tutto frutto di lavoro sul campo, alla ricerca di fonti ma anche e soprattutto della condivisione di esperienze ed emozioni.

È insomma un intellettuale, e anzi un raro esempio di intellettuale: i suoi lavori spiccano per la tensione interdisciplinare, oltre che per caratteristiche decisamente poco diffuse in un mondo sempre più animato da tecnocrati dediti all'iperspecializzazione. Possiede una invidiabile capacità di rendere comprensibili riflessioni e dati che per mole e complessità sarebbero altrimenti inaccessibili ai più. Inoltre è

Premessa

mosso da un'autentica passione civile e politica, testimoniata da una ricca produzione di saggi dedicati ai temi politici e sociali più scottanti del momento. Anche per questo le fatiche di Mario sono tradotte in molte lingue, e il suo impegno premiato da onorificenze e dottorati honoris causa conferiti da prestigiose università europee e latinoamericane.

Gli autori e le autrici di questi Scritti in onore sono studiosi attivi nel diritto comparato, nella filosofia e nella teoria generale del diritto che hanno inteso celebrare, tra le tante, una particolare virtù di Mario: aver gettato un ponte tra questi campi del sapere, con riflessioni che li hanno arricchiti, trasformati, resi migliori. Come gli studiosi e le studiose che hanno avuto la fortuna di incontrare l'Onorato, di attingere da una inesauribile fonte di conoscenza e umanità.

Luis Lloredo Alix
Alessandro Somma

Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica

Ermanno Calzolaio*

18

1. Alle origini dello stile delle sentenze francesi

La Corte di cassazione francese a partire dal 1 ottobre 2019 riforma il tradizionale stile di redazione delle sue sentenze, abbandonando in particolare la cd. “frase unica”. È senza dubbio una novità, ove si consideri che lo stile delle sentenze si è mantenuto costante per oltre due secoli, con caratteri del tutto peculiari che lo rendono in qualche modo unico all'interno della stessa tradizione di *civil law*. È dunque evidente l'interesse di uno studio che si concentri a verificare più dappresso il contenuto della riforma, tentando di coglierne la reale portata, stante, peraltro, che lo “stile delle sentenze” è comunemente riguardato come uno dei caratteri salienti di ogni esperienza giuridica, cui il comparatista dedica particolare attenzione in quanto consente di cogliere i tratti essenziali dei rapporti tra diritto legislativo e giurisprudenziale e, in definitiva, la concezione stessa del diritto accolta in un determinato ordinamento¹.

* Ermanno Calzolaio è professore ordinario di diritto privato comparato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Macerata. E-mail: ermanno.calzolaio@unimc.it.

1. Cfr. Antonio GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, in Letizia VACCA (a cura di), *Lo*

È appena il caso di ricordare che per “stile delle sentenze” si intende l’insieme degli elementi morfologici delle decisioni dei giudici nei vari ordinamenti e cioè il linguaggio utilizzato (disteso o conciso), la struttura, le modalità con cui come vengono rappresentati i fatti della causa e lo svolgimento del processo e con cui sono affrontate le questioni da decidere, la presenza (o l’assenza) di riferimenti a precedenti decisioni, il richiamo (o meno) a contributi dottrinali, il ricorso (o meno) ad opinioni separate (difformi o dissenzienti)². Come avvertiva il Gorla, il tema dello stile delle sentenze è essenziale per poter affrontare aspetti quali l’interpretazione della sentenza per estrarne la *ratio decidendi*, la sua valutazione come precedente e i suoi rapporti con altri precedenti³.

Nella varietà dei modelli adottati nei diversi sistemi giuridici, lo stile delle sentenze francesi, in particolare di quelle della *Cour de cassation*, è particolarmente significativo. Il suo tratto caratterizzante è costituito dall’assenza di qualsiasi illustrazione dell’itinerario ermeneutico seguito dal giudice per interpretare la norma assunta a base della decisione⁴. Ogni sentenza inizia sempre con l’indicazione del testo di legge e prosegue con l’affermazione apodittica della soluzione data alla questione di diritto (anche se talvolta, come osserva acutamente il Gorla, la Corte afferma «che la legge dice una certa cosa, anche se non la dice!»)⁵. La sentenza è strutturata con una frase unica, preceduta dall’*attendu que*. È particolarmente breve, il riferimento ai fatti di causa è

19

stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 121 ss., a p. 123. Sottolinea il rilievo dello studio dello stile delle sentenze Jean Louis HALPÉRIN, *Les styles judiciaires, des traditions nationales?*, «Droit et société», 2015, p. 491 ss. Sulla riforma francese, sia consentito rinviare a Ermanno CALZOLAI, *La Corte di cassazione francese abbandona gli attendus que: verso un nuovo «stile delle sentenze»?*, «Foro italiano», 2019, fasc. 6, p. 315 ss.

2. Cfr. ampiamente Gino GORLA, *Dovere professionale di conoscere la giurisprudenza e mezzi di informazione*, in *Quaderni del Foro Italiano*, 1966, pp. 42 ss.

3. Gino GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, estratto da *Quaderni del Foro Italiano*, Roma, 1968, p. 6, nonché Id., *La struttura della decisione giudiziale in diritto italiano e nella “Common Law”: Riflessi di tale struttura sull’interpretazione della sentenza, sui “Reports” e sul “Dissenting”*, «Giurisprudenza italiana», 1965, n. I, p. 1239 ss.

4. Cfr. GAMBARO, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 125.

5. Gino GORLA, *Sulla via dei “motivi” delle “sentenze”: lacune e trappole*, ora in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 716 ss., p. 728.

scarno, non vengono citati i precedenti giurisprudenziali e, tanto meno, i contributi dottrinali.

Questi caratteri stilistici si affermano nel periodo immediatamente successivo alla Rivoluzione francese, quando giunge a definitiva maturazione il passaggio verso una concezione del diritto che fa perno esclusivamente sulla fonte legislativa. I giuristi francesi dell'epoca ritengono di essersi assicurati una volta per tutte il risultato di attribuire ai tribunali il compito di applicare la legge al caso *sub iudice*, con l'idea di limitare, se non proprio 'cancellare', qualsiasi potere interpretativo. Una celebre frase di Robespierre – pronunciata in occasione di una sua allocuzione durante la seduta dell'Assemblea Costituente del 18 novembre 1790 – ben riassume il senso della trasformazione profonda che si era maturata: «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 Etat qui a une constitution, une législation, la jurisprudence n'est autre chose que la loi ; alors il y a identité de jurisprudence»⁶. Va prestata attenzione al significato di "jurisprudence". Oggi, infatti, in tutti gli ordinamenti di *civil law*, questo termine indica, nel suo complesso, l'attività di interpretazione della legge da parte dei giudici ai fini della sua applicazione al caso da decidere, mentre nei secoli che precedono la Rivoluzione francese esso designava, piuttosto, un dato diritto storicamente determinato (il diritto francese, romano, canonico, ecc.), ricomprendendo non solo le sentenze, ma anche le leggi, le consuetudini, i testi romani, la dottrina (nel loro insieme o separatamente)⁷. Nell'ultima parte della frase sopra riportata Robespierre si riferisce alla "jurisprudence" proprio in questo senso, per indicare il diritto francese, la cui unica fonte è appunto, ormai, quella legislativa.

In quest'ottica, è significativo che proprio nel periodo post-rivoluzionario viene previsto l'obbligo di motivazione delle sentenze: una legge del 24 agosto 1790 dispone che

6. *Gazette Nationale ou Le Moniteur Universel*, 19 novembre 1790, n. 323, p. 411.

7. Gino GORLA, voce *Giurisprudenza*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX, Milano, 1970, p. 489 e ulteriori riferimenti *ivi*. Sul significato di «jurisprudence des arrêts», cfr. Gino GORLA, *Atteggiamenti di Domat verso la giurisprudenza e la dottrina*, in *Quaderni del Foro Italiano*, 1968, in specie pp. 8 ss.

ogni sentenza deve esplicitare i «motifs qui auront déterminé le jugement», fino a giungere a consacrare lo stesso obbligo nell'art. 208 della Costituzione del 5 *primaire* anno III (1795), secondo cui «Les jugements sont motivés et on y énonce les termes de la loi appliquée», cui si adegnerà poi il *code de procédure civile* del 1808 (art. 141).

La previsione dell'obbligo di motivazione costituisce una novità, giacché nei secoli precedenti le sentenze emanate dalle corti reali si limitavano alla constatazione dei fatti e all'affermazione dell'esistenza di una regola giuridica applicata al caso⁸. Va però tenuto presente che, al contrario di quanto avverrà ad esempio in Italia, per motivazione il legislatore francese di fine Settecento non intende la giustificazione della soluzione data alle questioni di diritto (e tanto meno a quelle di fatto, come la valutazione delle prove, la spiegazione dell'interpretazione del contratto o del testamento o altro). I *motifs* non costituiscono altro che l'esplicitazione sintetica di quel *quid* che il giudice assume a base della decisione, sicché la sentenza deve limitarsi ad enunciare il testo di legge applicato, inteso come *casus legis* escludente la questione di interpretazione, che doveva essere rimessa al potere legislativo mediante il *référé législatif*⁹.

L'unificazione di motivi e dispositivo giunge ad investire i profili soggettivi della motivazione, cioè quelli inerenti all'individualità delle opinioni, in funzione del loro accorpamento in guisa di motivazione collegiale, proveniente dall'organo come tale. È proprio in questo contesto, così sommariamente evocato, che iniziano a profilarsi quei tratti significativi dello stile delle sentenze della Corte di cassazione francese¹⁰. Uno stile, dunque, che si lega all'idea di un giudice-burocrate e che nasce come risposta alla preoccupazione (quasi ossessiva) di realizzare la divisione dei poteri, assicurando la assoluta supremazia di quello legislativo, in

8. Tony SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», 1955, p. 5 ss.

9. Cfr. ancora GORLA, *op. loc. ult. cit.*

10. Sulle origini storiche del modello francese, cfr. Gino GORLA, *La motivation des jugements*, «Foro italiano», 1979, n. V, c. 1, successivamente riprodotto in *Id.*, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., 1981, pp. 716 ss. Per un'efficace quadro di sintesi cfr. Yves CHARTIER, *De l'an II à l'an 2000. Remarques sur la rédaction des arrêts civils de la Cour de cassation*, in *Mélanges P. Drai*, Paris, Dalloz, 2000, p. 269, in particolare pp. 278 s.

aperto contrasto con i Parlamenti e l'arbitrio dei giudici nell'interpretazione del diritto nell'*ancien régime*¹¹.

2. Lo stile francese tra continuità e cambiamenti

Anche dopo l'abolizione del *référé législatif*¹² e ad onta del ruolo sempre più centrale assunto dalla giurisprudenza, lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese è rimasto sostanzialmente inalterato, a testimonianza del fatto che lo "stile" è uno di quei caratteri stabili di ogni esperienza giuridica, la cui morfologia non dipende tanto dalle norme procedurali, quanto piuttosto da atteggiamenti profondamente radicati.

Tuttavia, da tempo i giuristi francesi si interrogano sulla necessità di riformare il modo tradizionale di redazione delle sentenze, in particolare la struttura a frase unica, che è anche la caratteristica di maggiore impatto simbolico.

Alla metà degli anni settanta dello scorso secolo, un autorevole contributo pubblicato nella *Revue de droit civil* da André Tunc (professore di diritto privato alla Sorbona e fine comparatista) e Adolphe Touffait (Procuratore generale presso la *Cour de cassation*) segna un passo importante e auspica un deciso cambio di direzione, verso una motivazione più esplicita delle sentenze. In quel saggio si osserva che lo stile conciso e apodittico insegue il miraggio della brevità quale elemento imprescindibile della precisione giuridica, che fa perno sul ragionamento deduttivo basato sul sillogismo: ad una affermazione di principio (premessa maggiore), segue la constatazione dei fatti (premessa minore) e da esse si giunge alla conclusione. In realtà, l'utilizzazione di formule brevi, contenenti parole che si prestano alle interpretazioni più disparate, non consente di comprendere pienamente la regola di diritto formulata e quindi genera una grande incertezza. Inoltre, l'assenza di una spiegazione conduce a presentare come evidente un principio spesso contestabile, al punto di giungere a ritenere del tutto nor-

11. GORLA, *Sulla via dei "motivi" delle "sentenze": lacune e trappole*, cit., p. 725.

12. Come è noto, il *référé législatif* venne abolito con l'emaneazione del *code civil* nel 1804. In argomento, cfr. Piero CALAMANDREI, *La cassazione civile*, Milano, Giuffrè, 1920, in specie pp. 472 ss.

male l'enunciazione di una regola diversa da quella contenuta in un caso analogo deciso in precedenza¹³.

Le critiche mosse allo stile tradizionale di redazione delle sentenze suscitano reazioni contrastanti nella dottrina francese. Accanto ad alcuni Autori favorevoli ad accogliere l'invito ad una maggiore trasparenza e leggibilità¹⁴, altri si mostrano fermamente inclini a mantenere l'approccio tradizionale («non è provato che essendo più lunghi si sia anche più chiari»¹⁵), non nascondendo di nutrire per esso una profonda ammirazione¹⁶.

Dalla pubblicazione di quel saggio, il tema non abbandonerà più l'attenzione dei giuristi francesi, fino a suscitare una riflessione profonda in seno alle più alte giurisdizioni.

Il *Conseil d'Etat* costituisce nel 2010 un gruppo di lavoro, che formula una serie di proposte, tutte orientate alla adozione di uno stile più diretto. A partire dal 2012 il *Conseil d'Etat* avvia quindi una fase di sperimentazione, iniziando a redigere le sue sentenze in modo più discorsivo e, alla fine del 2018, viene elaborato un documento contenente indicazioni precise, recepito a partire dal 1 gennaio 2019¹⁷. Da questo momento in poi sono abbandonati i «*considérant*» che precedevano ogni proposizione della sentenza, in favore di una tecnica redazionale meno burocratica, anche se sempre ancorata sulla costruzione sillogistica e deduttiva, oltre che sul rifiuto di citare i propri precedenti¹⁸.

Anche il *Conseil constitutionnel* abbandona da qualche tempo la frase unica. Ma, a differenza di quanto avvenuto

13. Adolphe TOUFFAIT-André TUNC, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, «Revue trimestrielle de droit civil», 1974, p. 487. Sull'interpretazione delle sentenze v. Jacques GHESTIN, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, «Recueil Dalloz», 2004, p. 2239.

14. Raymond LINDON, *La motivation des arrêts de la Cour de cassation*, «La semaine juridique, ed. gén.», 1975, n. I, p. 2681.

15. Così Hervé CROZE, *Pour une motivation pas trop explicite de la Cour de cassation*, in *Mélanges Philippe Malaurie*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 181 ss. In precedenza, v. André BRETON, *L'arrêt de la Cour de cassation (tel qu'il est, tel qu'il devrait être)*, «Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse», 1975, p. 730.

16. In tal senso, Philippe MALAURIE, *Le style des «Cours suprêmes» françaises. Une recherche constante de l'équilibre*, «La semaine juridique, ed. gén.», 2012, p. 689.

17. Il testo è disponibile sul sito www.conseil-etat.fr come anche la relazione del gruppo di lavoro (Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative) del mese di aprile 2012.

18. Cfr. in specie le pagine 9 e 24 del vademecum citato alla nota precedente.

in seno al *Conseil d'Etat*, ciò avviene in modo piuttosto repentino e in assenza di una preventiva discussione. Infatti, nel 2016 vengono pubblicate due decisioni formulate non a frase unica, accompagnate da un laconico comunicato stampa del Presidente del *Conseil* in cui si annuncia che da quel momento in poi non sarebbe stata più utilizzata la frase unica, in favore di uno stile diretto. In dottrina si osserva che il cambiamento non ha ancora inciso in modo sostanziale sul contenuto e sul modo di redazione¹⁹.

Le novità introdotte dal *Conseil d'Etat* e dal *Conseil constitutionnel* non potevano lasciare indifferente la *Cour de cassation*, che ha istituito nel 2014 una apposita commissione per elaborare un progetto²⁰, i cui risultati sono stati diffusi alla fine del 2018, giungendo quindi all'annuncio da parte del Primo Presidente della Corte dell'adozione di specifiche linee guida, operative dal 1 ottobre 2019²¹. Oltre all'abbandono della frase unica, la struttura delle decisioni è destinata a cambiare e, in alcuni casi, è prevista una motivazione rafforzata.

Per inciso, e prima di scendere ad un esame più dettagliato del contenuto della riforma, cade qui opportuna una riflessione tesa a sottolineare che, come emerge con chiarezza da quanto sin qui esposto, l'iniziativa rispetto ai cambiamenti di stile delle sentenze avviene non già per iniziativa del legislatore, quanto piuttosto dello stesso corpo giudiziario e, più precisamente, dai suoi vertici, alla maniera di quanto facevano i parlamenti d'antico regime, per cui le modifiche delle regole di prassi giudiziali rientravano nell'ambito dei poteri di autodichia delle Corti supreme. Solo all'inizio del XIX secolo, l'affermazione del principio di statualità del diritto giunge a coinvolgere anche il diritto processuale, inteso come sistema codificato, con il conseguente ribaltamento della concezione medievale secondo

19. Cfr. Nicole BELLOUBET, *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel: justifier et réformer*, «Nouveaux Cahiers Conseil Constitutionnel», 2017, p. 7. Cfr. Anche Pascale DEUMIER, *Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée*, «Revue trimestrielle de droit civil», 2019, pp. 67 ss. Cfr. altresì Naiara POSENATO, *Lo stile delle sentenze. Profili di attualità di diritto comparato*, Padova, Cleup, 2017, in specie pp. 78 ss.

20. Cfr. Pascale DEUMIER, *Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation? Raisons, identification, réalisation*, «Recueil Dalloz», 2015, p. 2022.

21. Cfr. il dossier de presse *Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change*, diffuso il 5 aprile 2019 e disponibile nel sito della Corte (<https://www.courdecassation.fr>).

cui la procedura, come complesso di regole di delimitazione delle questioni rilevanti e di selezione delle prove ammissibili, appariva aliena da interventi autoritativi del sovrano-legislatore. Mentre, oltre Manica, il *rule making power* ha continuato a svilupparsi nell'ambito degli organismi giurisdizionali di vertice, coinvolgendo pure le regole di procedura²².

3. Le nuove linee guida sulla redazione delle sentenze della *Cour de cassation*

Una prima novità investe tutte le sentenze, che perdono la caratteristica struttura a frase unica introdotta dagli “attendus que”, in favore di uno stile più diretto. Ogni paragrafo deve essere numerato e con una specifica titolazione. La sentenza si articola in tre parti: fatto e processo, esame dei motivi di ricorso, dispositivo.

Una seconda novità, invece, concerne solo alcune pronunce in cui la Corte è chiamata a dirimere questioni di maggiore importanza, per le quali è prevista una motivazione rafforzata (*motivation en forme développée*). Questa nuova forma redazionale riguarda le sentenze in cui la Corte muta un precedente orientamento (*revirement de jurisprudence*), oppure decide su una questione di principio o di rilevante interesse per lo sviluppo del diritto, o applica per la prima volta una nuova disposizione normativa, o dirime un contrasto di giurisprudenza, o affronta una questione avente ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona, o, infine, decide su una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE o di parere consultivo alla Corte europea dei diritti dell'uomo²³.

25

22. Su tutti questi profili cfr. ampiamente Luigi MOCCIA, *Comparazione giuridica e diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2005, pp. 392 ss. e ulteriori riferimenti *ivi*. Per un quadro di sintesi sulle fonti del diritto processuale inglese, v. Alisdair GILLESPIE, Siobhan WEARE, *The English Legal System*, 6a ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 553 ss.

23. A questo ultimo riguardo, va ricordato che la Francia ha ratificato (a differenza dell'Italia) il Protocollo n. 16 approvato il 2 ottobre 2013 ed entrato in vigore il 1 agosto 2018. Esso introduce la possibilità per gli Stati contraenti di chiedere alla Corte di Strasburgo di rendere un parere non vincolante sull'interpretazione o sull'applicazione della Convenzione nel contesto di un giudizio pendente a livello nazionale. Per primi riferimenti, cfr. Ermanno CALZOLAIO, *La competenza consultiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo dopo il Protocollo n. 16*, «La cittadinanza europea», 2015, pp. 103 ss. La prima domanda di parere è stata presentata proprio dalla Francia il 5 novembre 2018 (cfr. Pascale DEUMIER-HUGUES FULCHIRON, *Première demande d'avis à la CEDH: vers une jurispru-*

In sostanza, ci si avvia verso un modello articolato in due tipologie di sentenze: in via ordinaria, tutte le decisioni si conformeranno a criteri di redazione uniformi e in grado di assicurare una maggiore leggibilità, pur conservando sostanzialmente i tratti distintivi dello stile asciutto e impersonale da sempre adottato; in via straordinaria, alcune sentenze avranno una «*motivation en forme développée*», con uno stile più disteso, che, almeno nelle intenzioni, dovrebbe consentire di dettagliare il percorso argomentativo seguito nella decisione dei casi di rilevante interesse.

L'obiettivo che la Corte dichiara di perseguire è quello di permettere una migliore comprensione del senso e della portata della decisione, mediante l'esplicita citazione dei precedenti rilevanti, la più diffusa illustrazione delle questioni di diritto implicate, l'indicazione delle soluzioni alternative che vengono respinte, la più puntuale enunciazione delle regole da seguire da parte del giudice del rinvio in caso di accoglimento del ricorso. Secondo le intenzioni della Corte, tutto ciò dovrebbe permettere un «*accès au droit plus précis et plus informé*», assicurare una maggiore certezza e prevedibilità del diritto e facilitare la diffusione internazionale della giurisprudenza francese.

Nei primissimi commenti, la riforma è stata salutata come un'autentica rivoluzione. Con il tramonto degli “*attendus que*” scomparirebbe una tradizione connotata dalla volontaria concisione dello stile e da una motivazione racchiusa nell'enunciazione della regola di diritto. Insomma, «*la fine di un mondo*»²⁴. Il cambiamento sarebbe così radicale da implicare una nuova concezione del ruolo del giudice, che si affrancherebbe in modo definitivo dall'idea di giudice come *bouche de la loi*²⁵.

Come già detto, le nuove modalità di redazione divengono operative a partire dal 1 ottobre 2019 e solo all'esito della loro applicazione pratica sarà possibile misurarne la effettiva portata. Se l'aspetto che appare più rilevante è co-

dence “augmentée”?, «Recueil Dalloz», 2019, pp. 228 ss.), su cui la Grande Camera della Corte di Strasburgo si è pronunciata il 10 aprile 2019 (<https://hudoc.echr.coe.int>).

24. Così Nicolas MOLFESSIS, *La fin d'un monde*, «La semaine juridique, ed. gén.», 2019, p. 447.

25. Olivia DUFOUR, *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation*, «Gazette du Palais», 9 aprile 2019, p. 5.

stituito dalle sentenze con motivazione rafforzata, occorrerà verificare fino a che punto si spingerà la Corte nel modificare il modo di redazione relativamente alla ricostruzione dei fatti di causa, nonché all'analisi dei propri precedenti, che costituiscono i due nodi centrali di un vero diritto giurisprudenziale. In proposito, un primo orientamento per cogliere la direzione verso cui si muove la Corte può trarsi da una sentenza pronunciata proprio in concomitanza con l'annuncio della riforma, in qualche modo sperimentando la motivazione «arricchita»²⁶. Sebbene essa è ancora introdotta dagli "attendu que", sono comunque presenti puntuali riferimenti ai precedenti e il percorso argomentativo appare meglio esplicitato, fermo restando che i fatti di causa continuano ad essere appena evocati.

Le considerazioni che precedono inducono ad assumere un atteggiamento di cautela circa l'impatto della riforma. Senza trascurare la rilevanza simbolica dell'abbandono della "frase unica" e di altre novità, non sembra infatti possibile prefigurare una radicale discontinuità rispetto allo stile tradizionale.

Del resto, la Corte stessa ha diffuso alcuni esempi, rielaborando secondo i nuovi criteri alcune sentenze già pronunciate. Ebbene, a parte la soppressione della frase unica, le modifiche non vanno al di là di ritocchi stilistici che certamente non intaccano i caratteri tradizionali dello stile delle sentenze francesi: la ricostruzione dei fatti di causa continua ed essere scarna, la motivazione resta concisa, il riferimento ai precedenti è assente nelle sentenze che non richiedono la motivazione rafforzata. Ciò testimonia che le modifiche nella redazione delle sentenze non vanno lette come un abbandono del rigore del ragionamento giuridico, né della struttura fondata sul sillogismo, né della concisione dello stile, che sono considerati come tratti identitari profondi e irrinunciabili²⁷.

27

26. *Cassation, Ass. Plén.*, 5 aprile 2019, n. 18-17442, disponibile all'indirizzo https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/643_5_41955.html, in materia di responsabilità per esposizione all'amianto.

27. « Que l'on ne s'y trompe pas! En aucun cas, ces méthodes renouvelées ne sauraient affecter la rigueur du raisonnement juridique suivi, la discipline structurante su syllogisme. Dans le même esprit, expliquer davantage de même qu'user d'une syntaxe moins complexe ne sauraient conduire la Haute juridiction à tourner le dos à une raisonnable concision de la décision, à renoncer à la fermeté de son style, à affaiblir l'indispensable

Sotto altro profilo, va pure segnalato che la sentenza continua ad essere concepita come atto collegiale, senza alcuna possibilità di redigere opinioni separate o dissidenti, come avviene nell'esperienza di *common law*. La questione era stata discussa, addirittura per impulso del Presidente della Repubblica in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2018²⁸, ma poi una simile possibilità è stata ritenuta troppo distante dalla tradizione francese²⁹.

4. Stile delle sentenze e ruolo della giurisprudenza come fonte normativa nei paesi di *civil law*

Il motivo della sostanziale continuità dello stile delle sentenze, pur dopo le novità recentemente introdotte, suggerisce di allargare lo sguardo, per svolgere alcune riflessioni che consentano di collocare il tema nel più ampio contesto del ruolo della giurisprudenza nell'esperienza francese e, in generale, dei paesi di *civil law*.

Infatti, l'interesse per lo studio dello stile delle sentenze risiede proprio nel fatto che in esso si annida una chiave di lettura imprescindibile per accedere «ai recessi o misteri della scienza storico-comparativa della giurisprudenza» e, in particolare, per indagare sul valore che essa assume nel sistema delle fonti o fattori del diritto³⁰.

In proposito, giova prendere le mosse da un rilievo ampiamente condiviso, secondo cui l'esperienza francese si è progressivamente evoluta verso un diritto a base giurisprudenziale³¹. Rivelatosi ben presto insufficiente per affrontare le sfide poste dall'evoluzione sociale e giuridica, il *code civil* del 1804 è stato sommerso dalla proliferazione di normative

autorité de larret. Evoluer sans rien perdre de l'identité profonde qui la constitue ». In questi termini, che non potrebbero essere più chiari, si esprime di recente un presidente di sezione della *Cour de cassation*, tra i maggiori ispiratori della riforma: BRUNO PIREYRE, *L'arbre qui cachait la forêt*, «La semaine juridique, ed. gén.», 2019, pp. 1178 ss., a p. 1179.

28. Nel discorso pronunciato in tale occasione il Presidente Macron aveva espresso l'auspicio che si giungesse a redigere e pubblicare opinioni separate (il testo del discorso è reperibile al seguente indirizzo: <https://www.courdecassation.fr/IMG/Alocutions%20Pr%C3%A9sident%20de%20la%20R%C3%A9publique%20Rentr%C3%A9e%202018.pdf>).

29. Cfr. DUFOUR, *op. ult. cit.*

30. Sul valore “rivelatore” dello stile delle sentenze, cfr. ampiamente GORLA, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, cit., in specie pp. 96 ss., da dove è tratta anche l'espressione riportata nel testo.

31. GAMBARO, *Lo stile*, cit., p. 129.

speciali, che hanno aperto lo spazio all'emersione di un imponente diritto giurisprudenziale in qualunque settore del diritto, fino al punto di spingere il legislatore ad inseguire la giurisprudenza, nel tentativo di razionalizzarne gli esiti.

Questo fenomeno, ben conosciuto e studiato, viene designato dalla dottrina francese come «codification à droit constant», cioè l'adozione di 'codici' (o, piuttosto, di 'testi unici') che non si pongono l'obiettivo di modificare il diritto esistente, ma solo di razionalizzarlo, sistematizzarlo e renderlo più accessibile³². Allo scopo, nel 1989 è stata istituita in Francia la *Commission supérieure de codification*, con il compito di procedere ad un'osservazione sistematica dei settori del diritto per i quali si ritiene necessaria una riforma e di formulare proposte al legislatore³³. Del resto, la stessa riforma del diritto dei contratti e delle obbligazioni, entrata in vigore nel 2016 e che ha modificato quasi tutte le norme contenute nel *code civil* in materia, non costituisce altro che una razionalizzazione di regole e principi giurisprudenziali, pur con qualche significativa ma sporadica eccezione³⁴.

La rilevanza assunta dal diritto (di fonte) giurisprudenziale è, dunque, davvero sotto gli occhi di tutti e oggidì nessuno oserebbe più affermare la celebre frase attribuita (poco importa se a torto o a ragione) a Jean Joseph Bignon, professore di diritto civile a Parigi all'inizio del XIX secolo: «non conosco il diritto civile, io insegno solo il Code Napoléon»³⁵. Al contrario, si riconosce apertamente che

32. Cfr. per primi riferimenti Valerie LASSERRE, *Loi et règlement*, voce *Répertoire Droit Civil*, Paris, 2015, n. 103 : «La codification à droit constant n'était pas censée modifier le droit existant, mais plutôt le rationaliser, le systématiser, le rendre plus accessible de ce fait pour tous».

33. La Commissione è stata istituita con *décret* n° 89-647 del 12 settembre 1989 e pubblica annualmente una relazione sulla sua attività, disponibile sul sito www.legifrance.fr.

34. In tal senso, v. Alain BENABENT, Laurent AYNES, *Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu général*, «Recueil Dalloz», 2016, p. 434 s. Per ulteriori commenti sulla riforma cfr. Mustapha MEKKI, *Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire*, «Recueil Dalloz», 2016, p. 494 ss.; François CHENEDE, *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2016; Gaël CHANTEPIE, Mathias LATINA, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 2016. Sulla 'banalizzazione' dell'uso del termine codice cfr. Frédéric ZENATI-CASTAING, *L'avenir de la codification*, «Revue internationale de droit comparé», 2011, pp. 355 ss.

35. «Je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le Code Napoléon», cit. in Jean BONNECASE, *L'Ecole de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes*

«non si insegna più il Codice civile ; ormai si diffonde la giurisprudenza»³⁶. Non a caso, la stessa *Cour de cassation* mostra di essere perfettamente consapevole del “ruolo normativo” che essa ha assunto, al punto di dedicare lo studio annuale del 2018 proprio a questo tema³⁷.

Tuttavia, osservando più in profondità, è agevole rilevare che, a fronte del rilievo assunto dal diritto giurisprudenziale, in realtà è oscuro il ruolo che esso effettivamente assume all'interno del sistema delle fonti, al punto che, come è stato recentemente affermato da un Autore francese, «la giurisprudenza è una fonte del diritto, pur non essendolo, benché lo sia. Tutto ciò non è molto chiaro»³⁸. La medesima osservazione potrebbe essere riferita a tutti gli ordinamenti di *civil law*.

È allora evidente che ci si trova di fronte ad un fenomeno complesso, rispetto al quale appare quanto meno riduttivo e forse fuorviante discorrere di progressivo avvicinamento ad un sistema fondato sul precedente come avviene nell'esperienza di *common law*.

Una chiave di lettura per orientarsi nella complessità del tema, che richiederebbe ovviamente ben altro approfondimento, muove dal considerare che se non è certamente in discussione che il giudice - in Francia come nell'esperienza degli altri paesi di *civil law* - partecipa alla produzione del diritto, in caso di lacune legislative e, più in generale, per il tramite della stessa attività di interpretazione in sé stessa considerata³⁹, questo dice poco o nulla a proposito del ruolo della giurisprudenza come fonte autoritativa, distinta ed autonoma rispetto a quella legislativa⁴⁰. Infatti, da noi oltre ad escludersi un valore di precedente ad una singola

d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, Paris, Dalloz, 1924, p. 128. Sulla scuola dell'esegesi, v. più di recente l'approfondita analisi di Jean-François NIORT, *Homo Civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français (1804-1965)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

36. Così Nicolas MOLFESSIS, *Loi et jurisprudence*, «Pouvoirs», 2008, p. 87, a p. 94.

37. *Le rôle normatif de la Cour de cassation. Etude annuelle 2018*, reperibile al seguente indirizzo: https://www.courdecassation.fr/IMG//2019-01-18_Etude_2018.pdf.

38. «La jurisprudence est donc une source de droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit. Tout cela n'est pas clair»; così, Philippe MALAURIE, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Paris, Lextenso, 2006, p. 479.

39. Cfr. Giovanni PUGLIESE, *Leggi, giudici, giuristi*, in ID., *Scritti giuridici scelti*, IV, *Problemi di diritto vigente*, Napoli, Esi, 1982, pp. 25 ss.

40. MOCCIA, *op. cit.*, p. 857.

pronuncia, si tende a riconoscere valore normativo generale alla cosiddetta “giurisprudenza uniforme” o “costante”, che costituisce il punto di partenza insostituibile del diritto vivente, elaborato dalla giurisprudenza in modo riflessivo, più che creativo, di un diritto legislativo in evoluzione.

Insomma, il ruolo centrale assunto dal diritto giurisprudenziale non si accompagna ad un ripensamento della concezione di fondo, secondo cui la legge costituisce non solo l'unica fonte, ma anche la categoria predominante del diritto.

A conferma di quanto precede, può evocarsi una recente sentenza resa a sezioni unite dalla nostra Corte di cassazione, in un caso che aveva ad oggetto un'azione di responsabilità del giudice per violazione di una consolidata regola giurisprudenziale in tema di rivalutazione e interessi. Al fine di negare la responsabilità, la Corte ha dovuto affrontare in modo espreso il tema della natura del diritto giurisprudenziale nel sistema delle fonti e, allo scopo, ha ripreso nelle linee essenziali gli argomenti già utilizzati nella propria giurisprudenza in materia di cd. *overruling*⁴¹, sviluppandoli nel modo che segue:

«La norma giuridica trova propriamente la sua fonte di produzione nella legge (e negli atti equiparati), negli atti, cioè, di competenza esclusiva degli organi del potere legislativo. Nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), “soggetti soltanto alla legge”, il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto. Questo precetto fondamentale della soggezione *impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto*, la quale ultima, nella sua *dimensione dichiarativa*, non può rappresentare la “lex temporis acti”, ossia il parametro normativo immanente

41. Cfr. ampiamente Ermanno CALZOLAI, *Mutamento giurisprudenziale e overruling*, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2013, pp. 899 ss., nonché ID., *The (Mis)use of Overruling in the Italian Case Law: Comparative Remarks*, «Law Quarterly Review», 2018, pp. 26 ss.

per la verifica di validità dell'atto compiuto in correlazione temporale con l'affermarsi dell'esegesi del giudice»⁴².

Da questa impostazione consegue che il giudice svolge sì un ruolo "creativo", ma pur sempre "di riflesso" rispetto alla legge, quale (unica) fonte di diritto:

«L'interpretazione della legge fornita dalla Corte di cassazione (e massimamente dalle sezioni unite di essa) va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato»⁴³.

Sicché,

«il precedente giurisprudenziale, pur autorevole, pur se proveniente dalla Corte di legittimità e finanche dalle Sezioni unite, e quindi anche se è diretta espressione di nomofilachia, non rientra tra le fonti del diritto, e come tale non è direttamente vincolante per il giudice (salvo che, naturalmente, per il giudice di rinvio)»⁴⁴.

Sembra allora davvero chiaro che, da noi, ciò che assume rilievo non è il precedente in sé, inteso come decisione di un caso concreto ove si enuncia una regola destinata ad essere applicata *anche* in casi successivi simili/analoghi. Al contrario, «il precedente in tanto rileva la sua utilità pratica in quanto il principio di diritto, che pure è legato alla concretezza del caso individuale, *sia disancorato dalla specifica regola dettata per quest'ultimo e assurga a paradigma di fattispecie*, rivelandosi efficacemente prescrittivo per la soluzione dei casi successivi in ragione dell'identità o dell'analogia dei fatti e venendo così a svolgere [...] un ruolo di guida nell'interpretazione e di sintesi coerenziatrice nella formazione del diritto vivente»⁴⁵.

42. Cass. civ., sez. un., 3 maggio 2019, n. 11747, n. 13.6, in «Resp. civile e previdenza», 2019, p. 1539 (corsivo nostro).

43. Ivi, n. 13.5.

44. Ivi, n. 13.2.

45. Così si esprime Giovanni CANZIO, già Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di Cassazione, nel saggio *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Studi in onore di Pasquale Stanzone*, Napoli, Esi, 2018, t. I, pp. 99 ss., a p. 107 (corsivo nostro). Cfr. altresì Michele TARUFFO, *Precedente e giurisprudenza*, Napoli, Esi, 2007, p. 13, nonché Giovanna VISINTINI, *Il dovere professionale di conoscere la giurisprudenza*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 409.

In conclusione, è allora possibile tornare al motivo della continuità o “resistenza” dei caratteri di fondo che connotano lo stile tradizionale delle sentenze francesi anche dopo le recenti riforme annunciate dalla *Cour de cassation*.

Questa resistenza costituisce l'indice di una resistenza ben più profonda, che si lega ad una concezione secondo cui, pur nel variare degli stili giudiziari e delle peculiarità riscontrabili nei vari ordinamenti di *civil law*, il diritto continua a trovare nella legge la sua (unica) forma espressiva, respingendosi quella dicotomia (ed autonomia) tra diritto scritto (delle leggi) e diritto non scritto (della giurisprudenza) che connota, per converso, la tradizione giuridica di *common law*⁴⁶. Con la conseguenza che i nostri giudici, a ben vedere, si trovano a godere di una libertà ben più estesa rispetto a quanto accade nella tradizione di *common law*, ove l'autonomia del diritto giurisprudenziale rispetto a quello di fonte legislativa si traduce in un rapporto dialettico tra le due fonti, che nel complesso si rivela rispettoso dei rispettivi ambiti di produzione del diritto.

Ne esce allora confermata la pertinenza di una osservazione di scenario circa il tema del rapporto tra giudici e leggi, che costituisce uno dei nodi più impegnativi della comparazione giuridica, secondo cui alla “giurisprudenza dei giudici” nel mondo di *common law*, cui si associa l'idea casistica del diritto e dei suoi modi di produzione nel modo di *common law*, si sovrappone invece, nella tradizione di *civil law*, una “giurisprudenza dei giuristi”, cui si associa una concezione logico-sistematica del diritto⁴⁷. Una concezione che, a ben vedere, consente alla giurisprudenza di innovare e svolgere il suo ruolo “normativo” (o creativo), epperò sempre trincerandosi dietro una (sovente apparente) mera applicazione del testo di legge.

46. Sul tema v. ampiamente MOCCIA, *op. cit.*, pp. 409 ss. V. altresì Ermanno CALZOLAIO, *The distinction between written and unwritten law and the debate about a written Constitution for the United Kingdom*, «Pravo I Upravljenie», 2016, pp. 55 ss.

47. Cfr. Ancora MOCCIA, *op. cit.*, p. 861.

aAaAa/

€ 38,00



ISSN 2724-6736



9 788831 978910