



Comparative Law Review

VOLUME 14/2 – 2023

ISSN:2038 - 8993

COMPARATIVE LAW REVIEW

The Comparative Law Review is a biannual journal published by the
I. A. C. L. under the auspices and the hosting of the University of Perugia Department of Law.

Office address and contact details:

Department of Law - University of Perugia
Via Pascoli, 33 - 06123 Perugia (PG) - Telephone 075.5852437
Email: complawreview@gmail.com

EDITORS

Giuseppe Franco Ferrari
Tommaso Edoardo Frosini
Pier Giuseppe Monateri
Giovanni Marini
Salvatore Sica
Alessandro Somma
Massimiliano Granieri

EDITORIAL STAFF

Fausto Caggia
Giacomo Capuzzo
Cristina Costantini
Virgilio D'Antonio
Sonja Haberl
Edmondo Mostacci
Valentina Pera
Giacomo Rojas Elgueta
Tommaso Amico di Meane
Lorenzo Serafinelli

REFEREES

Salvatore Andò
Elvira Autorino
Ermanno Calzolaio
Diego Corapi
Giuseppe De Vergottini
Tommaso Edoardo Frosini
Fulco Lanchester
Maria Rosaria Marella
Antonello Miranda
Elisabetta Palici di Suni
Giovanni Pascuzzi
Maria Donata Panforti
Roberto Pardolesi
Giulio Ponzanelli
Andrea Zoppini
Mauro Grondona

SCIENTIFIC ADVISORY BOARD

Christian von Bar (Osnabrück)
Thomas Duve (Frankfurt am Main)
Erik Jayme (Heidelberg)
Duncan Kennedy (Harvard)
Christoph Paulus (Berlin)
Carlos Petit (Huelva)
Thomas Wilhelmsson (Helsinki)

COMPARATIVE LAW REVIEW VOL. 14/2

6

VINCENZO ZENO-ZENCOVICH
Tort law as a legal-realist system

17

ERMANNIO CALZOLAIO
Digital Assets and Property: Comparative Remarks from a Civil Law
Perspective

33

TOMASZ GIARO
The Wave of Transfers: An East-European Chapter in the Civil Law
Tradition

59

LORENZO SERAFINELLI
Aborto, armi da fuoco e cambiamento climatico.
Ovvero sulla privatizzazione del conflitto politico negli Stati Uniti a partire dal
trattico di sentenze del giugno 2022 della Corte Suprema

84

MAREL KATSIVELA
Vicarious/employer's liability in common law and in civil law in Canada

101

ANDREA STAZI
Smart Contracts: Elements, Pathologies and Remedies

116

CLAUDIA AMODIO

Il ruolo del precedente giudiziale nell'esperienza francese. Forme e riforme

145

CARLOS DE CORES HELGUERA

Causa concreta e operazione economica nella giurisprudenza uruguaiana.
L'influenza di Enrico Gabrielli

156

GIANMATTEO SABATINO

L'impero come forma giuridica della contemporaneità

194

ANNA BITETTO

European vs. American Class Action: discrepancy in law and economics perspective!

211

ENRICO BUONO

The Italian Constitution in the Anthropocene. Tracing The European Tradition of Environmental Constitutionalism

IL RUOLO DEL PRECEDENTE GIUDIZIALE NELL'ESPERIENZA FRANCESE. FORME E RIFORME

Claudia Amodio

SOMMARIO:

I. LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE: UNA QUESTIONE DI «STILE»; II. LE FORME DELL'AUTOREVOLEZZA OPERAZIONALE (E ORDINAMENTALE) DELLA *COUR DE CASSATION*. TENDENZE EVOLUTIVE E RIFORME RECENTI; III. DAL DIBATTITO SULLA RETROATTIVITÀ DEI *REVIREMENT* GIURISPRUDENZIALI... IV. ... ALLA FINE DEGLI «ATTENDU QUE». LA MODERNIZZAZIONE DELLO STILE DELLA *COUR DE CASSATION* E L'IRROBUSTIMENTO DEL SUO ONERE MOTIVAZIONALE; V. LA RIFORMA DEL SISTEMA DI REPERTORIAZIONE DELLE SENTENZE E L'*OPEN DATA*: NUOVE PROSPETTIVE PER IL PRECEDENTE?

The paper seeks to shed new light on the controversy in France over the role of the judiciary in the law-making process in the context of recent reforms that have changed the structure and the mode of publication of the Cour de cassation's judgments.

Part I examines the controversy within a group of related issues that pertain to the uniqueness of the French legal style, with priority of focus given to the understanding of the manifold and essential conditions underlying the 'derivative' authority of judicial decisions.

Part II explores aspects of judicial practice that are of paramount importance in assessing the actual operative authority of the French Supreme Court, going beyond and functioning despite its seemingly deficient argumentative legitimacy.

Part III makes an analysis of the debate in French law over the reversal of precedents and their retroactive effects, that has revived policy discussions with respect to the promotion of 'legal certainty' through a more 'realist' approach to the function of judgments.

Part IV and Part V deal with new perspectives on judicial precedent opened up by the newborn awareness of the importance of the quality and intelligibility of Cour de cassation's judgments, as well as by the various legal mechanisms allowing the Court to arrange them hierarchically.

«La jurisprudence est donc une source du droit, tout en ne l'étant pas, bien qu'elle le soit».

(Ph. Malaurie, *La jurisprudence parmi les sources du droit*, Defrénois, 2006, p. 479).

I. LA GIURISPRUDENZA COME FONTE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA FRANCESE: UNA QUESTIONE DI «STILE»

L'ottica comparativa detta differenziale¹, ricorrente e praticata nell'ambito del raffronto *civil law-common law* ma non solo, sembra particolarmente addirsi allo studio della giurisprudenza

¹ Tale ottica conduce a criticare, talora anche aspramente, i cedimenti del discorso comparativo verso le prospettive transnazionali unificanti, rinvenendovi se non la costruzione di identità giuridiche artificiali, quantomeno il rischio di sottovalutare le relazioni costitutive che fondano l'interdipendenza tra il diritto e il contesto culturale in cui opera: ciò che una delle voci più rappresentative di quest'approccio qualifica da ultimo come la «there-ness» del diritto (P. Legrand, *Negative comparative law : a Strong Programme for Weak Thought*, Cambridge and New York, 2022, p. 231).

come fonte² nell'esperienza francese³, tanto questa appare incarnare una sorta di versione esasperata di tutti gli assunti filosofico-giuridici che nella tradizione europeo-continentale hanno storicamente accompagnato la posizione egemonica del legislatore nell'ordinamento, primo tra tutti l'idea che «the essence of law», lungi dall'essere rinvenibile «within society of its own vitality», formi un tutt'uno con una «sovereign will»⁴.

In uno scritto pubblicato cinquant'anni orsono, un fine studioso delle istituzioni giudiziarie francesi ha creduto di rinvenire nella «supersition de la loi, qui doit pourvoir à tout, qui doit régler tous les problèmes, résoudre toutes les difficultés, lever tous les obstacles», un riflesso della preoccupazione di scongiurare ciò che epistemologicamente alligna «à l'état latent» nella mentalità giuridica di Oltralpe, ossia «une crainte profonde de l'arbitraire»⁵. La diagnosi può apparire esagerata per quanto è netta, ma è comunque indicativo che molti indici di quella che Paolo Grossi ha suggestivamente qualificato come «passività psicologica»⁶ di fronte ad un testo legislativo, siano stati ritrovati, anche di recente, nei più vari contesti discorsivi: con riguardo ad esempio alla tendenza dei giuristi francesi ad «attenuare l'effetto di originalità che potrebbero produrre i loro scritti»⁷, o al loro mancato incontro «con i tormenti del realismo giuridico»⁸, ma anche in riferimento a ciò che pur in un'epoca di accentuato disordine normativo continua a mantener viva la «névrose collective»⁹ di una sottostante «rationalité de l'ordre juridique»¹⁰, o le suggestioni consolanti di una scienza della legislazione¹¹.

Dal punto di vista della teorica delle fonti, non c'è dubbio che la sterilizzazione del formante giurisprudenziale abbia raggiunto la sua massima espressione nell'art. 5 del *Code civil*, il quale nel codificare il paradigma «decisionista» della sentenza, lo ammanta anche della specifica valenza simbolica associata al divieto per i giudici di ingerirsi, attraverso degli *arrêt de règlement*, nell'attività normativa riservata al legislatore¹². Un divieto che riflette, se non l'illusoria idea di un diritto senza interprete, quantomeno, e certamente, l'assolutizzazione

² Sulle questioni terminologiche legate alla possibile sinonimia sostanziale tra «giurisprudenza» e «precedente», v. L. Passanante, *Il precedente impossibile: Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. XI ss, ove ulteriori riferimenti.

³ Per una celebre trattazione storico-comparativa della «French Deviation» v. J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, Ann Arbor, 1968, p. 263 ss.

⁴ C. K. Allen, *Law in the Making*, 7. ed., Oxford, 1964, p. 1.

⁵ R. Perrot, *De l'empreinte juridique sur l'esprit de la société française*, in A. Siegfried, *Aspects de la société française*, Paris, 1954, p. 189 (c.vo dell'autore). Più di recente, V. Lasserre-Kiesow, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*, in R. Drago (dir.), *La confection de la loi*, Paris, 2005, p. 212 ha notato come «si la diabolisation de l'arbitraire marque la naissance des grands codes, il s'agit naturellement de l'arbitraire du juge».

⁶ P. Grossi, *Epicedio per l'assolutismo giuridico*, in *Quad. fior.*, 1988, p. 525.

⁷ Così C. Atias, *Teoria contro arbitrio - Elementi per una teoria delle teorie giuridiche* (1990), Milano, 1990, p. 133. Cfr. anche J. Carbonnier, *Droit civil - Introduction*, 27 ed., Paris, 2002, p. 308 ss.

⁸ C. Jamin, *L'incontro mancato dei civilisti francesi con il realismo giuridico*, in *ISAIDAT Law Rev.*, 2010, p. 33 ss.

⁹ Definita dall'ostinata «confusion entre fiction et réalité»: P. Legrand, *Perspectives du dehors sur le civilisme français*, in N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style?*, Montréal, 2003, p. 155.

¹⁰ R. Libchaber, *L'impossible rationalité de l'ordre juridique*, in *Mélanges Oppetit*, Paris, 2009, p. 505 ss.

¹¹ Nella terminologia francese: «légistique». Cfr. Sul punto V. Lasserre-Kiesow, *Comment faire les lois? L'éternel retour d'un défi*, cit., p. 209 ss.

¹² Sul piano funzionale, la comparazione tra la sentenza come «decisione» della lite e la sentenza come «precedente giudiziale», si deve notoriamente a G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Testi commentati*, in *Quaderni de «Il Foro italiano»*, 1968, p. 376 ss.

di una concezione tendenzialmente monista del diritto¹³, la salvaguardia della quale viene fatta dipendere da un preciso orizzonte entro cui collegare la regola giurisprudenziale, tale per cui essa non solo andrà vista come sempre ascrivibile, sia pur per il tramite di interpretazioni evolutive, al legislatore, ma andrà anche concepita, primariamente, come una prescrizione diretta ad una ristretta cerchia di destinatari (parti in causa e soggetti chiamati ad eseguirla)¹⁴.

Naturalmente, non si può non osservare come su tale statuto abbia inciso e continui ad incidere il modello del giudice funzionario, preordinato esso com'è, da un lato, a rompere con la tradizione premoderna della privatizzazione della funzione giurisdizionale e, dall'altro e conseguentemente, a rendere partecipe l'espressione tipica di quest'ultima – la sentenza – di un unico momento di sovranità incarnato dall'azione del legislatore¹⁵. Da questo punto di vista, la circostanza che ad un regime sostanzialmente autoritario quale quello napoleonico siano dovuti, oltre a tale modello, anche il sistema di garanzie di indipendenza e di inamovibilità dei giudici, potrebbe apparire sorprendente solo a chi non ponesse mente al fatto che a partire dalla Rivoluzione, quella tessuta attorno al giudiziario è non solo una «rete di sicurezza», ma anche e soprattutto una rete di «esautoramento»¹⁶. In altre parole, prima ancora che in una precisa disarticolazione dei rapporti tra produzione e applicazione delle regole giuridiche, l'opportunità di non opporre al potere legislativo un altro corpo o un'altra istituzione si trova radicalizzata nella stessa conformazione dello statuto dell'«autorité judiciaire», formula che persino i costituenti della Quinta Repubblica, più di centocinquanta anni dopo, non esiteranno a preferire a «pouvoir judiciaire»¹⁷. Del resto, nessuna tradizione come quella francese si sente così ancora ossessivamente minacciata dallo spettro del «gouvernement des juges»¹⁸.

Il fatto è che dal punto di vista anche sincronico, il tema della giurisprudenza come fonte rinvia ad una pluralità di nuclei tematici – teorica delle fonti, *legal process*, mentalità giuridica... – tutti aggregabili entro la prospettiva dello *stile* complessivo del sistema¹⁹, cosicché ciò che può essere percepito come un intollerabile vizio Oltremarica o al di là

¹³ P. Jestaz, *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 308. Nel senso che tale concezione sia condizionata anche dalla visione tipicamente cattolica dei rapporti tra l'universale e il particolare, v. A. Garapon e I. Papadopoulos, *Juger en Amérique et en France*, Paris, 2003, p. 124 ss.

¹⁴ A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 1996, p. 313.

¹⁵ Cfr. A. Diurni e D. Henrich, *Percorsi europei di diritto privato e comparato*, Milano, 2006, p. 90.

¹⁶ A. De Vita, *La responsabilità civile del giudice e dello Stato come problema nel diritto francese*, in *Foro it.*, 1979, V, c. 187.

¹⁷ Cfr. J. Foyer, *La justice: histoire d'un pouvoir refusé*, in *Pouv.*, 1981, p. 17 ss. e M. Troper, *Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?*, ivi, p. 5 ss.

¹⁸ L'espressione deriva dal noto lavoro di Édouard Lambert (*Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, Paris, 1921), ove era riferita – principalmente, anche se non esclusivamente – agli ostacoli di marca conservatrice frapposti dalla Corte Suprema allo sviluppo della legislazione sociale all'epoca del New Deal; nondimeno, il suo tono polemico è stato recuperato in vari contesti discorsivi, per denotare, genericamente, le rotture degli equilibri istituzionali capaci di risolversi a vantaggio del potere giudiziario: cfr., per tanti, G. Timsit, *L'évaluation en science juridique: retour sur une querelle théorique à propos de la notion de gouvernement des juges*, in *Rev. eur. sc. soc.*, 2007, p. 103 ss.; D. Terré, *Gouvernement des juges et démocratie*, in *Arch. phil. dr.*, 2003, p. 409 ss.; L. Favoreu, *Sur l'introduction hypothétique du recours individuel devant le Conseil constitutionnel*, in *Cab. Cons. const.*, 2001, n. 10 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/sur-l-introduction-hypothetique-du-recours-individuel-direct-devant-le-conseil-constitutionnel>).

¹⁹ Qualsiasi ambito tra i molti in cui la parola “stile” è intervenuta come una sorta di intermediario linguistico tra il diritto e un più vasto contesto storico-intellettuale, si offre come un esempio di un'istintiva, e anzi congenita, preoccupazione dei comparatisti, volta da un lato al superamento del punto di vista formalista, e dall'altro al riempimento dei “vuoti” attraverso cui l'apprensione del diritto si è andata tradizionalmente costruendo. Il primo manuale a farvi ricorso è quello, celeberrimo, di Zweigert e H. Kötz, *Introduzione al diritto comparato* (1984), vol. 1, Milano, 1992, p. 84 ss.

dell'Atlantico – si pensi al gusto per le formule astratte e geometriche, nette e concise, al limite del lapidario – può tranquillamente assurgere ad un'irrinunciabile virtù del ragionamento giuridico nell'esperienza francese, e viceversa²⁰.

Non è certo senza ragione che a partire dai fondamentali studi di Gino Gorla pubblicati nei *Quaderni del Foro italiano*²¹, un approccio molto diffuso tra i giuscomparatisti raccomandi di dare il giusto rilievo, all'interno dei cosiddetti demarcatori sistemologici, allo stile delle sentenze, essendo questo l'espressione a livello linguistico sia del potere al quale si riferiscono, sia di una concezione del diritto e della giustizia storicamente determinata, entrambe a loro volta connotate e assortite da una vasta gamma di usanze e di riti²².

Immaginando che la tecnica redazionale delle decisioni giurisprudenziali racchiuda una sorta di autoritratto del giudice, uno scritto di Lasser suggerisce che «[t]he American judge is somehow expected to judge, really to judge», laddove «[i]n France, the Code is supposed to have *already* judged»²³. Ed invero, la sentenza di *common law*, tesa com'è a far risaltare, attraverso l'approfondita discussione di varie *rationes* e *opiniones*, la bontà della soluzione giurisprudenziale raggiunta, appare rispondere anche esteticamente al celebre adagio anglosassone, per cui «justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done»²⁴. Viceversa, la sentenza francese, in particolare quella promanante dalla *Cour de cassation*, è tipicamente redatta per riportare il precetto enunciato, anche eventualmente inedito, all'autorità di un testo, onde appunto avvalorare l'opposta idea di «une science logique du droit, une science dans laquelle les prémisses légales étant univoques et intangibles, la conclusion s'imposera avec la force d'une démonstration géométrique»²⁵. La distanza tra i due universi – romantico il primo, classico il secondo – è tale che potrebbe in un certo senso evocare quella che anche visivamente intercorre tra un giardino alla francese e un giardino all'inglese²⁶.

Sul piano più strettamente tecnico-giuridico, è plausibile ritenere che ai giudici francesi non sia restato che trarre le conseguenze, anche a livello linguistico, della diffidenza da cui procede il loro statuto nel delicato passaggio dall'Antico Regime alla modernità²⁷. Caratteristiche come la segretezza delle loro deliberazioni e l'impersonalità e laconicità del loro linguaggio, rispecchiano, da questo punto di vista, più che una rivendicazione di indipendenza, l'ostentazione di una discrezione, che si vuole assicurata tanto al momento dell'elaborazione, quanto al momento della stesura di una sentenza, l'idea sottostante

²⁰ R. Sefton-Green, *Vices et vertus de la motivation judiciaire : comparaisons anglo-françaises*, in *Les Cahiers de la Justice*, vol. 2, no. 2, 2011, p. 89 ss.

²¹ E poi successivamente raccolti in due volumetti: G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, Roma, 1968 e Id., *Lo stile delle sentenze. Testi commentati (seconda puntata)*, Roma, 1968.

²² G. Gorla, *Lo stile delle sentenze. Ricerca storico-comparativa e Testi commentati (prima puntata)*, cit., p. 94. Cfr., anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Torino, 2012, p. 186 ss.

²³ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, in 104 *Yale L. J.*, 1995, p. 1326 (c.vo dell'autore).

²⁴ *R v Sussex Justices, ex parte McCarthy* [1924] KB 256 (l'espressione è tratta dall'*opinion* di Lord Hewart, p. 259).

²⁵ L. Raucant, *Droit et linguistique - une approche du formalisme juridique*, in *Les Cah. de droit*, 1978, p. 593.

²⁶ H. Croze, *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, in *Mélanges Malaurie*, Paris, 2005, p. 181 s.

²⁷ Cfr. J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, cit., part. p. 263 ss. e 431.

essendo che l'unica razionalità concessa è quella logico-cartesiana e l'assenza di contraddizioni interne²⁸.

La scarsa propensione dei giudici francesi, e in particolare dei giudici di legittimità, a mettere ufficialmente in vista l'originalità del proprio operato, unitamente alla loro spiccata tendenza a sterilizzare al massimo la *ratio decidendi* dai fatti di causa²⁹, appare con ciò quanto di più lontano si possa immaginare sia dalla preoccupazione di fornire una spiegazione comprensibile e persuasiva circa la bontà della soluzione adottata³⁰, sia da quella, connessa, di enunciare una regola, un precedente, che sia giuridicamente vincolante per l'avvenire³¹: preoccupazioni cui, per converso, risponde il modello deliberativo e normativo proprio delle sentenze di *common law*³², per sua natura improntato ad una concezione del diritto più pluralistica e politicamente più carica di quella in cui la giurisprudenza francese, e in più in generale la cultura giuridica, è disposta a riconoscersi³³.

Tradizionalmente, la dottrina francese qualifica le decisioni cui si deve l'attuale conformazione di molti settori dell'ordinamento come *arrêt* di principio, vale a dire sentenze che per l'autorità da cui promanano e la solidità dell'indirizzo interpretativo rappresentato, sono relativamente sottratte al "rischio" di *revirement*. Ma evidentemente nulla impedisce che all'epoca in cui sono stati formulati, taluni *arrêt* di principio siano stati il frutto di un *revirement*, e nemmeno che in futuro essi vengano superati in virtù di un nuovo mutamento giurisprudenziale³⁴.

Riservandoci di approfondire più avanti lo "stampo" concettuale imperniato sugli «attendu que» al quale la *Cour de cassation* ha tradizionalmente aderito in ottemperanza all'ideologia antigisprudenziale che ne ha decretato l'originaria istituzione come *Tribunal de cassation*³⁵, va detto sin d'ora che la stringatezza delle sue sentenze si è tradizionalmente spinta sino, in pratica, all'assenza di motivazione, proprio con riguardo ai *revirement* giurisprudenziali. Fermo restando che nessuna esperienza giuridica può dirsi immune da oscillazioni o da contrasti interpretativi anche importanti³⁶, l'impressione cioè è che la forza di impatto sprigionatasi storicamente dal legicentrismo e dai suoi corollari abbia raggiunto in un certo senso il suo culmine ogniqualvolta l'assolvimento di un onere motivazionale aggiuntivo sarebbe stato più attendibile³⁷. Infatti, che in Francia un indirizzo interpretativo anche

²⁸ W. Mastor, *Opiner à voix basse... et se taire : réflexions critiques sur le secret des délibérés*, in *Mélanges Genevois*, Paris, 2009, part. p. 725 ss.

²⁹ Cfr. A. Gambaro, *Lo stile della sentenza francese*, in L. Vacca (a cura di), *Lo stile delle sentenze e l'utilizzazione dei precedenti. Profili storico-comparatistici*, Torino, 2000, part p. 122.

³⁰ Sul punto M. Taruffo, voce *Motivazione*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. 20, 1990, Roma, p. 2.

³¹ Ricorda la rigida interpretazione francese dei limiti del giudicato G. Cornu, *La sentence en France*, in AA.VV., *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 161.

³² V. per tutti G. Gorla, *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"*, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 1239 ss.

³³ Ciò che spiega naturalmente anche le evoluzioni dei meccanismi di *appointment* dei giudici americani, come ben chiarito già da J. Ferejohn, *Judicializing Politics, Politicizing Law*, in *Law & Contemp. Prob.*, 2002, pp. 41 ss. e 65.

³⁴ C. Atias, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé*, in *JCP*, 1984, I, 3145.

³⁵ Cfr. da ultimo il sintetico ma efficace *excursus* storico rinvenibile nel *Rapport* «Assemblée plénière, chambre mixte, avis», settembre 2021, part. p. 11 ss. (<https://www.courdecassation.fr/files/files/R%C3%A9forme/RAPPORT%20Assembl%C3%A9e%20pl%C3%A9ni%C3%A8re%20-%20chambre%20mixte%20-%20avis.pdf>).

³⁶ La storia anche recente insegna che ovunque, incluso nella tradizione di *common law*, il valore della giurisprudenza costante e uniforme è tutto tranne che un valore assoluto, persino in tema di diritti fondamentali. Il riferimento, ovviamente, è al caso *Dobbs*: cfr. tra tanti N. Varsava, *Precedent, Reliance, and Dobbs*, in *Harv. Law Rev.*, 2023, p. 1845 ss.

³⁷ Cfr. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, 5. ed., Torino, 1992, p. 45.

consolidato possa essere capovolto senza che l'affermazione di un nuovo orientamento passi per un confronto anche minimo con quello che si è inteso superare, la dice lunga su quanto la cortina ellittica degli «attendu que» corrisponda ad un «conservatorismo estetico»³⁸ che sotto molti aspetti potremmo considerare come la cifra più emblematica dello stile francese. Uno stile che è sì legato a doppio filo con l'esperienza della codificazione e quindi con la scrittura del diritto, ma che, con paradosso solo apparente, deve essere colto anche e soprattutto nell'alternanza tra ciò che è scritto o scrivibile e ciò che non lo è. In fondo, l'«immense subtilité sur laquelle repose la jurisprudence» nel diritto francese sta proprio in questo: se da un lato, «son autorité de fait justifie son importance dans la prise de décision», dall'altro «son absence d'autorité de droit lui interdit d'accéder à l'écriture de la décision»³⁹.

II. LE FORME DELL'AUTOREVOLEZZA OPERAZIONALE (E ORDINAMENTALE) DELLA *COUR DE CASSATION*. TENDENZE EVOLUTIVE E RIFORME RECENTI

Fin qui per quanto riguarda i retaggi culturali dell'epoca in cui prende forma la svolta codificatoria e, con essa, una teorica delle fonti in cui da un lato il legislatore assume monopolisticamente il ruolo un tempo condiviso con la dottrina e la giurisprudenza, e dall'altro, e conseguentemente, quest'ultima – al pari della scienza giuridica – si costituisce come conoscenza di qualcosa che le è dato da fuori come punto di partenza assoluto.

Ma accanto alle peculiarità di una data tradizione giuridica, lo sguardo del comparatista si interessa naturalmente anche alle tendenze evolutive in grado di rivelare eventuali affinità transnazionali, potendo queste emergere tanto dalla circolazione di suggestioni e modelli alieni ritenuti congeniali a determinate esigenze, quanto – se non specialmente – dal sempre possibile iato tra la teoria e la prassi dei processi di produzione normativa, ovvero, tra formanti declamatori e formanti operazionali⁴⁰.

Fermo restando che una disamina esauriente dei vari fattori che nel tempo hanno reso del tutto controfattuale la visione francese che riduceva i giudici a meri esecutori/interpreti della volontà sovrana del legislatore, è un obiettivo che qui non ci si può neanche lontanamente prefiggere, non c'è dubbio che il colpo di grazia sia stato inferto dall'apertura dell'ordinamento a istanze di legalità che si collocano fuori dal livello statale, e soprattutto dal ruolo (necessariamente) svolto in tale apertura dai giudici nazionali⁴¹. La sovranità e l'unificazione del diritto sono d'altronde il segno distintivo dello Stato moderno, mentre la crisi della sovranità e il pluralismo giuridico – un pluralismo capace di moltiplicare tanto i

³⁸ C. Atias, *Teoria contro arbitrio - Elementi per una teoria delle teorie giuridiche*, cit., p. 133.

³⁹ P. Deumier, *Et pour quelques signes de plus : mentionner les précédents*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2016, p. 67 (c.vo nostro).

⁴⁰ Cfr. ovviamente R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 60 ss. e, volendo, per ulteriori riferimenti alle strategie comparatistiche volte a dare rilievo ai limiti della normatività esplicita: C. Amodio, *Taking metaphors seriously. L'occhio del comparatista sul diritto*, in *The Cardozo L.B.*, 2014, 20(2), part. p. 28 ss.

⁴¹ M. de S.-O.-SE Lasser, *Judicial Transformations: The Rights Revolution in the Courts of Europe*, Oxford, 2009. Per quanto riguarda specificamente il ruolo della *Cour de cassation*, cfr. D. Simon, *La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne: Europe du droit, Europe des juges*, in AA.VV., *La Cour de cassation et la construction juridique européenne - Rapport annuel 2006 de la Cour de Cassation*, part. p. 80 ss. (https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Rapport%20annuel/rapport-annuel_2006.pdf).

modi di produzione delle regole quanto i livelli giurisdizionali di tutela dei diritti – lo sono, probabilmente, dello Stato contemporaneo⁴².

La rivincita silente del formante giurisprudenziale comincia però in realtà già nel XIX secolo, e forse si può dire per il modello di sentenza racchiuso nell'art. 5 del *Code civil* quanto si è osservato retrospettivamente a proposito del formalismo della Scuola dell'Esegesi, e cioè che esso inglobava in fondo, già in sé, il germe del suo declassamento a mera professione di fede⁴³.

Se nel 1968, J.P. Dawson osservava come il ruolo della giurisprudenza quale artefice primo della costruzione di interi settori dell'ordinamento francese sia stato gelosamente conservato e difeso proprio attraverso l'essenzialità delle formule oracolari della *Cour de cassation*⁴⁴, quest'ultima è apparsa vieppiù consapevole del suo «rôle normatif», al punto di dedicare lo studio annuale del 2018 proprio a questo tema⁴⁵. D'altra parte, anche Oltralpe la migliore dottrina discorre non da ora, di «gradation des arrêts»⁴⁶, con ciò intendendo evocare un'implicita gerarchia tra la «masse des décisions ordinaires» nelle quali la *Cour de cassation* «n'est que le juge du cas» e le ipotesi di «jurisprudence normative»⁴⁷ il cui valore di precedente è quantomeno persuasivo.

La complessità del tema richiede peraltro di riconoscere che la stessa distinzione tra precedente vincolante e precedente persuasivo, già di per sé discutibile e discussa⁴⁸, non rende ragione del fatto che se il diritto francese è disposto ad occultare la capacità creativa della giurisprudenza, sacrificandola per così dire sull'altare del formalismo giuridico, è tendenzialmente da escludere che la stessa disponibilità possa riscontrarsi rispetto al problema della coerenza anche applicativa del diritto⁴⁹, che anzi trova nell'enfasi sulla funzione nomofilattica della *Cour de cassation* il suo naturale referente discorsivo. Va rilevato semmai come il ruolo operativo (e ordinamentale) dei giudici di legittimità transiti tradizionalmente più che dal testo delle loro decisioni, da vari strumenti che mirano a tutelare la credibilità e l'autorevolezza dell'organo al quale appartengono⁵⁰.

Qualche anno fa, Lasser ha messo in luce come per tradizione, il livello al quale la *Cour de cassation* ha elaborato la sua politica giurisprudenziale non è esclusivamente lo stringato discorso ufficiale degli *arrêt*, bensì, soprattutto, un discorso per così dire *à côté*, svolto a margine delle decisioni più importanti⁵¹. Indicazioni preziose si possono ricavare in particolare dai *Bulletin* della Corte e dai più autorevoli *Recueils* di giurisprudenza, i quali nei casi più significativi non si limitano a riportare gli *arrêt*, ma descrivono anche lo svolgimento del processo e le conclusioni delle parti e – ciò che è più importante – spesso contengono

⁴² Nella letteratura francese, l'opera forse più stimolante in materia si deve a J. Chevallier, *L'état post-moderne*, 2. ed., Paris, 2004.

⁴³ A. Gambaro e R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 315 s.

⁴⁴ J.P. Dawson, *The Oracles of Law*, cit, part. p. 431.

⁴⁵ *Le rôle normatif de la Cour de cassation – Etude annuelle 2018* (https://www.courdecassation.fr/IMG///2019-0118_Etude_2018.pdf *Le rôle normatif de la Cour de cassation – Étude annuelle 2018*).

⁴⁶ P. Deumier, *Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation*, in *Arch. phil. dr.*, 2006, 57.

⁴⁷ P. Rémy, *La part faite au juge*, in *Pow.*, 2003, p. 33.

⁴⁸ Tra tanti, v. l'analitica trattazione di G. Sartor, *Il precedente giudiziale*, in *Contr. e impr.*, 1996, p. 1100 ss.

⁴⁹ Come messo in luce nell'ampio e articolato studio di P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires*, in *Mélanges Burgelin*, Paris, 2008, p. 125 ss.

⁵⁰ A. Gambaro, *Lo stile della sentenza francese*, cit., p. 135

⁵¹ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, cit., part. p.1343 ss. Solo in tempi recentissimi, come si vedrà *infra*, la *Cour de Cassation* ha deciso di rafforzare la parte motivazionale delle sue decisioni, ricomponendo almeno parzialmente questa sorta di «biforcazione», accentuata dal progressivo proliferare, accanto alle sentenze, dei dispositivi volti alla loro comunicazione e divulgazione.

le relazioni dei Consiglieri e i pareri degli Avvocati generali. Estremamente importanti sono anche i *Rapport* pubblicati con cadenza annuale sul sito ufficiale della *Cour de cassation*, la cui caratteristica distintiva è, in sintesi, quella di contenere una sorta di dottrina⁵² o di pedagogia⁵³ della massima autorità della giustizia ordinaria francese⁵⁴. Meno assillato dal proposito di dissimulare le considerazioni tecnico-giuridiche e politico-normative che costituiscono le ragioni più profonde di una sentenza⁵⁵, questo discorso *à côté* costituisce una fonte di cognizione imprescindibile per evidenziare il carattere di «diritto pubblico mascherato»⁵⁶ di alcune decisioni giurisprudenziali. La sua importanza, inoltre, è accresciuta dalle informazioni che esso per solito fornisce circa l'orientamento nel cui solco una determinata sentenza si inserisce o introduce, eventualmente, una soluzione di continuità⁵⁷. Uno studio monografico del 2021 ha documentato inoltre come da vent'anni a questa parte gli avvocati generali presso la Corte facciano ricorso all'«argument du précédent» addirittura nel 98% dei casi⁵⁸.

Su un piano diverso ma comunque correlato alla funzione ordinamentale della *Cour de cassation*, va ricordato che pur essendo molto meno restrittivo rispetto a quello che caratterizza, notoriamente, i paesi *di common law*, l'ordinamento francese dispone anch'esso dal 2002 di un insieme di dispositivi che condizionano l'ammissibilità dei ricorsi e ne differenziano il trattamento⁵⁹: un sistema, questo, che si è gradualmente affinato nel corso del tempo, producendo un considerevole effetto deflativo⁶⁰.

Si noti poi che su impulso del Presidente della Corte, la decisione del ricorso avverso la sentenza di un giudice di rinvio il quale abbia deciso nello stesso senso della sentenza precedentemente cassata sarà normalmente rimessa all'*Assemblée plénière*. Inoltre, proprio in virtù dell'autorevolezza che connota le sentenze rese in questa particolare formazione, costituita da tutti i Presidenti e da alcuni giudici delle singole sezioni, l'*Assemblée plénière* può altresì essere chiamata a decidere questioni di principio rispetto alle quali si siano manifestate divergenze interpretative tra i giudici di merito e la giurisprudenza dell'organo di vertice. Qualora invece si renda necessario superare un contrasto giurisprudenziale tra due o più sezioni della Corte, e sempre su iniziativa del Presidente, il ricorso può essere devoluto ad una *Chambre mixte*⁶¹.

⁵² R. Libchaber, *Une doctrine de la Cour de cassation?*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 197 ss.

⁵³ P. Deumier, *La pédagogie selon la Cour de cassation : anti-pédagogie dans les arrêts, pédagogie hors les arrêts*, in P. Raimbault e M. Hecquard-Théron (a cura di), *Pédagogie au service du droit*, Toulouse, 2011, p. 403 ss.

⁵⁴ Y. Chartier, *Le rapport de la Cour de cassation*, in *JCP*, 2000, I, 238, part. p. 1183 s.

⁵⁵ In dottrina sono state talvolta ravvisate anche delle discrasie tra il discorso ufficiale e il discorso ufficioso: P. Deumier, *Les notes au BICC : d'une source d'information à une source d'interprétation pouvant devenir source de confusion*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 61 ss.

⁵⁶ L'espressione è di S. Rodotà, *Introduzione al tema «La responsabilità civile tra presente e futuro»*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 561.

⁵⁷ Cfr. X. Henry, *Le chaînage des arrêts de la Cour de cassation dans le Bulletin civil*, in *BICC* 2004, n. 599.

⁵⁸ G. Leroy, *La pratique du précédent en droit français. Étude à partir des avis de l'avocat général à la Cour de cassation et des conclusions du rapporteur public au Conseil d'État*, Aix-Marseille, 2021, part. p. 23 ss.

⁵⁹ Cfr. S. Amrani-Mekki, *Les textes organisant la non-admission des pourvois en cassation en droit français*, in L. Cadiet e S. Amrani-Mekki (a cura di), *La sélection des pourvois à la Cour de cassation : quelle mission pour la Cour de cassation ? : enjeux nationaux, regards extérieurs*, Paris, 2005, p. 19 ss. e F. Terrier, *La pratique de la procédure de non-admission à la Cour de cassation*, in *Just. et Cass.*, 2013, p. 95 ss.

⁶⁰ Per una recente visione d'insieme, v. C. Gau-Cabée, *La Cassation française à l'épreuve du nombre - Chronique d'une émancipation inachevée*, Paris, 2021.

⁶¹ A. Perdriau, *La chambre mixte et l'Assemblée plénière de la Cour de cassation*, in *JCP*, 1994, I, 3798, p. 465 ss.

Siamo forse lontani dal poter dire che esiste un vincolo relativo alle decisioni rese dei più alti consessi giurisdizionali, ma è chiaro che le prospettive del precedente come fonte sono tanto più aperte quanto più si valorizzi, anche in difetto di un assetto che ad esso riconosca formale preminenza, l'esigenza che l'opera di concretizzazione del diritto vivente svolta dalla *Cour de Cassation* costituisca un punto di riferimento ordinamentale. Senza dimenticare che nell'ordinamento francese esistono originali meccanismi di nomofilachia cosiddetta preventiva⁶² e un ancor più originale sistema di giustizia costituzionale che, collocandosi in una posizione assolutamente peculiare rispetto alla contrapposizione sindacato diffuso-sindacato accentrato, attribuisce un'eccezionale importanza al ruolo interpretativo svolto dagli organi di vertice del sistema giudiziario.

Sotto il primo profilo, ammontano oramai a quasi quattrocento – per una media di uno al mese – gli *avis* che nel corso degli ultimi trent'anni la *Cour de cassation* ha pronunciato al fine di dirimere in via preventiva i dubbi interpretativi sollevati dai giudici di merito⁶³. Agli inizi degli anni novanta, il legislatore ha infatti ammesso la possibilità che prima di statuire su una domanda che solleva una nuova questione di diritto e la cui soluzione presenta, o presenterà, una seria difficoltà, i giudici di merito sollecitino il parere della Corte di cassazione⁶⁴: possibilità che, oltre che per la sua rilevanza in tema di nomofilachia, va apprezzata per la presa di distanza che sottende rispetto a quell'ideologia di completezza, di chiarezza, e di autosufficienza della legge che nell'art. 4 del *Code civil*, ideale *pendant* dell'art. 5, aveva portato a qualificare come «prétexte» evenienze realisticamente attendibili come, rispettivamente, il suo «silence», la sua «obscurité», e la sua «insuffisance»⁶⁵. È notevole inoltre che in tempi recenti la *Cour de cassation* abbia inteso incrementare e facilitare il ricorso alla *procédure d'avis*, affidando ad un gruppo di ricerca il compito di elaborare proposte e raccomandazioni a tal fine⁶⁶.

In secondo luogo, ma certo non per importanza, un ulteriore cambio di prospettiva relativo al momento giurisprudenziale del diritto va qui sottolineato, ed è quello veicolato dalle ampie responsabilità che la configurazione recentemente assunta dal sistema francese di giustizia costituzionale ha assegnato ai due organi di vertice del sistema giudiziario, e dunque anche alla Corte di Cassazione per quanto riguarda il circuito della giustizia ordinaria.

Caduto infatti, nel 2012, il secolare tabù dell'incontestabilità della legge una volta promulgata, per effetto dell'introduzione, accanto al tradizionale sistema di sindacato

⁶² Meccanismi che hanno da ultimo ispirato la redazione dell'art. 363-bis del codice di procedura civile italiano, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 e recante la rubrica “Rinvio pregiudiziale”: cfr. per tutti E. Calzolaio, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il ruolo «normativo» della giurisprudenza. Spunti comparativi*, in *Foro it.*, 2023, IV, 129 ss.

⁶³ Il dato è facilmente ricavabile dal nuovo portale di ricerca reso disponibile sul sito della Corte: <https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?sort=date-desc>.

⁶⁴ C. Chauvin, *La saisine pour avis*, in AA.VV., *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, Paris, 1994, p. 109 ss. Si noti che ai requisiti previsti dagli Artt. L441-1 del *Code de l'organisation judiciaire*, la Corte ha nel tempo affiancato la condizione per cui la questione non deve fare oggetto di un ricorso giurisdizionale pendente.

⁶⁵ Nel senso che entrambe le disposizioni «proviennent d'une rupture historique, qui a substitué un droit légiféré à un droit jurisprudentiel», R. Libchaber, *Les articles 4 et 5 du code civil ou les devoirs contradictoires du juge civil*, in G. Fauré e G. Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code Civil*, Paris, 2003, p. 158. Alcuni autori, infatti, non guardano con molto favore all'istituto dell'*avis*, perlopiù intravedendovi – nonostante la sua non vincolatività (anche per il giudice di merito che ha sollevato la questione) – il rischio di un'ingerenza del potere giudiziario nella funzione normativa riservata al legislatore: per un quadro delle diverse posizioni, v. T. Revet (dir.), *L'inflation des avis en droit*, Paris, 1998 e B. Oppetit, *La résurgence du rescrit*, in *Dalloz*, 1991, chron., p. 105 ss.

⁶⁶ Cfr. il *Rapport* «Assemblée plénière, chambre mixte, avis», cit., part. p. 87 ss.

preventivo previsto dalla Costituzione della Quinta Repubblica, della logica del giudizio incidentale si come sottesa alla *question prioritaire de constitutionnalité*⁶⁷, la giurisprudenza della *Cour de cassation* è sempre più frequentemente sollecitata ad un confronto con la Costituzione: ciò che di per sé, all'evidenza, conduce a disarticolare in forme del tutto nuove i rapporti tra diritto e interpretazione. E non è tutto: tale confronto con la Costituzione, la *Cour de cassation* è chiamata in una certa misura anche a guidarlo. Infatti, al fine di limitare sensibilmente il numero di eccezioni di costituzionalità passibili di giungere al *Conseil constitutionnel*⁶⁸, l'attivazione del nuovo controllo di per via incidentale è rimessa al cosiddetto sistema del doppio filtro, per cui l'eccezione di costituzionalità è sì suscettibile di essere sollevata davanti a qualsiasi autorità giudiziaria⁶⁹, ma perché possa pervenire al giudice costituzionale, è necessario che la relativa istanza sia trasmessa da parte o del *Conseil d'État* o della *Cour de cassation*. Se la questione sorge davanti a un giudice di grado inferiore, questi cioè non potrà, dopo il positivo riscontro dei requisiti di rilevanza, ammissibilità e serietà, sottoporla direttamente al *Conseil constitutionnel*, bensì dovrà rinviarla agli organi di vertice della giurisdizione di appartenenza, ordinaria o amministrativa a seconda dei casi. E spetterà ad essi decidere se è effettivamente opportuno, in funzione anche della novità della questione, richiedere l'intervento dei *sages*⁷⁰.

L'articolazione del nuovo modello di accesso al *Conseil constitutionnel* è resa d'altro canto ancora più delicata dalla commistione tra il nuovo controllo successivo e concreto, da un lato, e il tradizionale sindacato preventivo e astratto, dall'altro⁷¹. Accogliendo una prospettiva sostanzialmente crisafulliana, i *sages* hanno statuito che l'oggetto del controllo successivo non è un'astratta disposizione legislativa, bensì la portata effettiva ad essa conferita da un'interpretazione giurisprudenziale costante, affermando altresì che diversamente si giungerebbe ad attribuire un'impunità costituzionale all'interpretazione della legge e a privare il nuovo sistema di giustizia costituzionale di una parte considerevole della sua portata⁷². È chiara, dunque, l'importanza che i precedenti della *Cour de cassation*

⁶⁷ Per una disamina dei vari aspetti anche critici della riforma, nonché dei suoi antefatti, cfr. C. Amodio, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, cit., pp. 139 ss. e 256 ss.

⁶⁸ Cfr. ad esempio i rilievi formulati da M. Jean-Claude Colliard, nel corso dell'audizione documentata dal *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de Loi organique (n. 1599) relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution* (https://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1898.asp#P946_349927).

⁶⁹ Con l'eccezione delle Corti d'assise: restrizione che risponde da una parte alle insufficienti garanzie di adeguatezza di questo giudice, in ragione della sua composizione, a svolgere il primo «filtro» sull'ammissibilità della questione, dall'altra alla preoccupazione di un utilizzo dell'eccezione di costituzionalità a fini dilatori.

⁷⁰ Cfr. rispettivamente artt. 23-2 e 23-4, della Legge organica n. 1523 del 10 dicembre 2009.

⁷¹ E ciò, in particolare, sotto il profilo dell'eventuale sussistenza di zone «franche» dell'ordinamento, per la cui eliminazione la previsione legislativa del divieto di rinvio pregiudiziale nei casi in cui la legge contestata abbia superato il vaglio del sindacato preventivo e astratto non sembrava in astratto costituire, per quanto attenuato dall'inciso «salvo cambiamento di circostanze», una soluzione del tutto soddisfacente. In concreto, tuttavia, già dalle prime pronunce, il *Conseil constitutionnel* ha ritenuto giustificato il riesame della legittimità costituzionale di una disposizione quando, successivamente alla decisione di conformità, fossero intervenuti dei cambiamenti nelle disposizioni costituzionali applicabili o nelle circostanze di fatto o di diritto suscettibili di condizionare la portata della disposizione legislativa censurata. V. Cons. const., 3 dicembre 2009, n° 2009-595 DC e relativo commento di B. Genevois, *Le contrôle a priori de constitutionnalité au service du contrôle a posteriori*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2010, p. 1 ss.

⁷² Cons. const., 6 ottobre 2010, n° 2010-39 QPC e Cons. const., 14 ottobre 2010, n° 2010-52 QPC.

assumono anche dal punto di vista dell'eventuale certificazione di conformità costituzionale da essi operata⁷³.

Questi aspetti del ruolo ordinamentale della *Cour de cassation* meriterebbero di essere tutti ulteriormente approfonditi. Anche dai pochi cenni svolti, si comprende comunque con estrema evidenza che né il tema della sua funzione nomofilattica, né quello, correlato, del ruolo del precedente, si pongono oggi negli stessi termini in cui si ponevano solo pochi anni fa. Le questioni sollevate infatti non hanno più a che vedere solo con la posizione cruciale nell'interpretazione e nella creazione di norme che talune sue decisioni rivestono, ma anche in qualche modo con la necessità di riconoscerle e di governarle, in un'ottica se non di certezza quanto meno di prevedibilità del diritto.

«Quelle part d'insécurité un système juridique peut-il supporter?» si chiedeva ormai più di vent'anni orsono, non senza un afflato realista, un Consigliere della Suprema Corte⁷⁴. Ebbene, a questa domanda vengono ora offerte risposte nuove.

Come si cercherà di documentare analizzando le novità cui è specificamente dedicato questo contributo, la direzione che la *Cour de cassation* ha continuato ad additare a se stessa in tempi più vicini è senza dubbio quella di una profonda modernizzazione.

Sullo sfondo di tale tensione modernizzatrice, ad assumere particolare rilievo è l'idea che in un contesto di accentuato pluralismo normativo e di spiccata vitalità del formante giurisprudenziale, dare per risolto il problema della «sécurité juridique» senza veramente *prendre sul serio* l'opera della *Cour de cassation* e la sua vocazione di guida e di arbitro definitivo delle diverse opzioni interpretative possibili, rischi di rivelarsi nulla più che un'illusione ottica. Un'illusione ottica certo alimentata dalla discrezione con cui i giudici di legittimità hanno tradizionalmente interpretato il proprio ruolo, ma che ha cominciato a rivelarsi come tale solo quando, nel 2004, proprio dal Presidente della *Cour de cassation*, è giunto un esplicito invito a riprendere un dibattito che almeno in astratto aveva tutte le caratteristiche per porre al centro delle discussioni la funzione ordinamentale non solo dell'organo giurisdizionale in sé, ma anche della motivazione delle sue sentenze: il riferimento è al dibattito sugli effetti dei *revirement* giurisprudenziali.

Come si vedrà, a tale iniziativa ha fatto seguito nel 2005 la pubblicazione di un documento, conosciuto come *Rapport Molfessis* dal nome del professore che ha coordinato il gruppo di lavoro, nel quale l'opportunità di “procedimentalizzare” i mutamenti giurisprudenziali viene non solo sostenuta, ma anche in concreto argomentata – elemento relevantissimo, stante il tradizionale scetticismo dei giuristi francesi verso le suggestioni provenienti da altri ordinamenti – attraverso diffusi riferimenti a istituti e pratiche della tradizione di *common law* quali l'*amicus curiae* e il *prospective overruling*.

In quali termini tale *Rapport* abbia implicato una più generale presa di coscienza circa l'importanza della tecnica di argomentazione, ma anche di pubblicizzazione, delle sentenze

⁷³ In un'ulteriore decisione (Cons. const. 8 avr. 2011, n° 2011-120 QPC) i *sages* hanno precisato che per interpretazione giurisprudenziale costante occorre intendere quella incarnata dagli organi di vertice del sistema giurisdizionale, confermando in questo modo come il modello attualmente vigente si collochi in una posizione assolutamente peculiare rispetto sia alla contrapposizione controllo astratto-controllo concreto sia a quella controllo diffuso-controllo accentrato. Cfr. sul punto già Cfr. M. Grienberger-Fass, *Les filtres juridictionnels dans la question préalable en appréciation de constitutionnalité, préfiguration d'un contrôle diffus de constitutionnalité*, in *Pet. Aff.*, 23 ottobre 2009, p. 24 ss.

⁷⁴ J.-G. Huglo, *La Cour de cassation et le principe de la sécurité juridique*, in *Cah. Cons. const.*, 2001, n. 11 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-cour-de-cassation-et-le-principe-de-la-securite-juridique>).

dei giudici di legittimità, è difficile dire, tanto più che uno dei suoi maggiori profili di criticità – lo si evidenzierà – è una certa leggerezza proprio su questi temi.

La *Cour de cassation* però non si è arrestata nel proprio percorso di riflessione e di evoluzione⁷⁵. Facendosi promotrice di due recentissime riforme concernenti lo stile e la repertoriazione delle sentenze, essa si è mostrata infatti via via sempre più consapevole del fatto che la sua capacità di guidare la giurisprudenza delle corti inferiori è direttamente collegata tanto al tasso di intelligibilità dell'itinerario ermeneutico seguito, quanto al grado di conoscibilità delle sue decisioni, a loro volta strettamente correlati ad una ragionevole differenziazione al loro interno. Come si avrà modo di vedere, tali ulteriori sviluppi – rilevanti anche perché, com'è stato sottolineato, chiamano in causa una forma di autodichia storicamente connotata⁷⁶ – si sono attuati per gradi e non senza qualche reticenza, ma come ha icasticamente riassunto uno degli stessi membri della Corte: « [o]n ne comprendrait pas en effet que la Cour de cassation n'évolue pas rapidement [...] alors même que tout son environnement change »⁷⁷.

III. DAL DIBATTITO SULLA RETROATTIVITÀ DEI *REVIREMENT* GIURISPRUDENZIALI...

Quello dei *revirement* della *Cour de cassation* costituisce non da ora uno dei terreni tematici sui quali la dottrina francese più si è dovuta misurare con il carattere costitutivo, e non meramente dichiarativo, delle decisioni giurisprudenziali, e con il loro possibile tradursi in nuove regole suscettibili di estendersi al di là della concretezza del caso individuale. La dimensione *lato sensu* critica di questa tipologia di *arrêt* non deve del resto sorprendere, sol che se ne consideri la frizione con la concezione tradizionale della sentenza come risposta a un caso particolare, teoricamente sprovvista di efficacia generale, e preordinata al «maintien du cadre légaliste traditionnel»⁷⁸.

Già all'inizio del secolo scorso, un certo disagio verso l'impatto dei *revirement* dei giudici di legittimità aveva dato vita all'interrogativo circa la possibilità di regolare i conflitti tra indirizzi giurisprudenziali successivi alla stregua dei conflitti di legge, vale a dire stabilendo che, relativamente ad una data questione, la nuova regola giurisprudenziale potesse prevalere su quella anteriore solo in riferimento a fatti avvenuti successivamente alla sua formulazione⁷⁹. Tuttavia, tale interrogativo non ha per lungo tempo ricevuto alcuna risposta: l'introduzione di forme di deroga all'efficacia retroattiva dei *revirement*, da un lato, avrebbe accentuato l'autonomia della regola giurisprudenziale rispetto al testo normativo, posto che è solo retroattivamente che la prima, concepita come la derivazione deduttiva e

⁷⁵ Cfr. il Rapport de la Commission de réflexion "Cour de cassation 2030", 2021 (<https://www.courdecassation.fr/files/files/Cc2030/Rapport%20de%20la%20Commission%20%27Cour%20de%20cassation%202030%27.pdf>).

⁷⁶ E. Calzolaio, *Lo stile delle sentenze della Corte di cassazione francese dopo l'abbandono della frase unica*, in *Scritti in onore di Mario G. Losano. Dalla filosofia del diritto alla comparazione giuridica*, Torino, 2021, p. 24.

⁷⁷ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, 2017, p. 14 (https://www.courdecassation.fr/files/files/R%3%A9forme/Synth%3%A8se_introductive_Commission_de_r%3%A9flexion.pdf).

⁷⁸ G. Cornu, *La sentence en France*, cit., p. 161.

⁷⁹ P. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1929, T. 1, p. 27.

meccanica della seconda, può con questa saldarsi⁸⁰; dall'altro, avrebbe significato attribuire alla norma risultante dalla nuova interpretazione uno statuto analogo a quello della regola legislativa, in contrasto con il principio secondo cui questa è l'unica legittimata, oltre che a rivolgersi ad una generalità di soggetti, a produrre diritto per l'avvenire⁸¹.

Per parte sua, la Corte di cassazione si è sempre mostrata molto restia a riconoscersi il potere di modulare gli effetti di un *revirement*, affermando anche recentemente che nessun consociato può vantare, nemmeno facendo leva sull'esigenza di certezza giuridica, «un droit acquis à une jurisprudence immuable»⁸². Formula, questa, che può peraltro essere decostruita come un ambiguo tentativo dei giudici di legittimità di dissimulare la reale portata delle loro decisioni: escludendo, infatti, che una data regola giurisprudenziale consolidata possa costituire la base normativa di un affidamento giuridicamente rilevante, e dunque di pretese azionabili, i giudici ammettono al contempo, quantomeno implicitamente, di non voler «legarsi le mani» stabilendo un rapporto univoco tra il dato testuale di partenza e una certa sua interpretazione, e di voler mantenere aperte, con il *revirement* che si apprestano a formulare, nuove strade interpretative ed evolutive. Così, da una parte affermano la loro esclusiva subordinazione ad un testo normativo preesistente e dato come un *a priori*, dall'altra rivendicano il potere di interpretarlo nei modi più disparati⁸³. Una comparazione dettagliata con l'esperienza statunitense esula dagli obiettivi di questo contributo, ma va quantomeno ricordato che le tecniche ivi messe a punto per limitare o procedimentalizzare la retroattività degli *overruling* imprevedibili – prime tra tutte il *prospective overruling*, mediante la quale un giudice stabilisce che l'operatività del mutamento giurisprudenziale è limitata a casi futuri, e che deciderà il caso di specie in applicazione della regola superata per tutelare l'affidamento ingenerato da quest'ultima in una delle parti – si iscrive in un complesso processo di «revisione generale della teoria classica»⁸⁴ dello *stare decisis*, il cui risultato ultimo può individuarsi nel definitivo abbandono della concezione dichiarativa dell'attività giudiziaria. In particolare, mentre il «semplice» *overruling* si è storicamente prestato a giustificazioni rispettose di quella visione formalista, caratteristica tanto della teoria classica del precedente quanto della concezione francese della funzione giudiziaria, secondo cui nel decidere una controversia il giudice non crea nuovo diritto ma semplicemente applica un diritto predeterminato non ancora correttamente verbalizzato⁸⁵, lo «strappo» generato dal *prospective overruling* con questa visione è stato di tale entità da non poter essere ricucito entro le coordinate della teoria classica: e ciò per l'intuitiva ragione che tale tecnica si traduce nella possibilità per il giudice di enunciare rispetto al medesimo punto di diritto due interpretazioni/regole contrapposte, delle quali non si può evidentemente predicare il loro comune costituire una «dichiarazione» fedele di ciò che il diritto «è»⁸⁶.

⁸⁰ Ad es. C. Atias, *Nul ne peut prétendre au maintien d'une jurisprudence constante, même s'il a agi avant son abandon*, in Dalloz, 2000, *jur.*, p. 593. V. anche F. Zénati, *La jurisprudence*, Paris, 1991, p. 154 e P. Rémy, *La recodification civile*, in Droits, 1997, p. 17.

⁸¹ T. Revet, *La légiprudence*, in *Mélanges Malaurie*, Paris, 2005, p. 386. Per una visione più articolata, cfr. F. Ost, *Le temps du droit*, Paris, 1999, p. 150.

⁸² Cass. civ., 21 marzo 2000, in Dalloz, 2000, *jur.*, p. 593.

⁸³ Cfr. N. Molfessis, *La sécurité juridique et la jurisprudence vue par elle même*, in Rev. trim. dr. civ., 2000, part. p. 668 s. e P. Malinvaud, *À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, ivi, 2005, p. 312 ss.

⁸⁴ U. Mattei, *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, Milano, 1988, p. 309.

⁸⁵ *Ivi*, pp. 213 ss. e 313.

⁸⁶ Quanto, invece, alle ricadute del *prospective overruling* sul vincolo formale del precedente, è più che mai interessante in questa sede sottolineare come il suo concreto operare abbia reso alquanto sfumata la

Ebbene, una svolta «réaliste»⁸⁷ non dissimile sembrava aver preso forma in Francia nel 2004, quando venendo incontro alle pressioni provenienti anche dal mondo imprenditoriale e assicurativo⁸⁸, la più alta autorità della giustizia ordinaria ha affidato ad un gruppo di giuristi particolarmente qualificati il compito di valutare l'opportunità di instaurare «un droit transitoire des revirements de jurisprudence», o altri meccanismi atti ad assicurare una progressiva «insertion» dei nuovi orientamenti «dans le droit positif»⁸⁹.

Ne è scaturito un *Rapport*, in cui la proposta di introdurre una sorta di versione francese del *prospective overruling*, indifferentemente denominata⁹⁰, talvolta, «revirement pour l'avenir»⁹¹, talaltra, più spesso, «modulation dans le temps des revirements»⁹², ha finito per mettere in discussione uno dei caratteri più stabili delle pronunce giurisprudenziali, ossia la loro retroattività.

Ad una prima impressione, i redattori del *Rapport* prendevano le distanze dalla visione, racchiusa nell'art. 5 del *Code civil*, per cui in una decisione giurisprudenziale sono e devono essere tecnicamente indistinguibili, pena la violazione del divieto fatto ai giudici di statuire in forma di legge o regolamento, «la consécration de la solution» e la sua «application [...] à des faits antérieurs»⁹³.

Tuttavia, ad una lettura più approfondita, appare evidente come il riconoscimento del potere creativo dei giudici fosse vissuto come un passaggio in qualche modo non solo necessario, ma anche sufficiente, per teorizzare la possibilità di limitare le conseguenze «néfastes» che discenderebbero dalla retroattività dei *revirement*⁹⁴.

Un dato interessante che traspare dal documento – e in particolare dal suo ricorso diffuso a pratiche discorsive di tipo consequenzialista che vanno oltre i tradizionali schemi formalistici di stampo positivista, o che quantomeno tendono ad ibridarli con suggestioni provenienti da altri ordinamenti – è il tentativo di ricondurre le decisioni della Corte di cassazione, ormai valorizzate nella loro (potenziale) efficacia *ultra partes*, a ideali non solo per così dire antichi quali ad esempio la certezza del diritto, ma anche in qualche misura nuovi, come l'abbassamento dei costi⁹⁵.

In concreto, i suoi redattori proponevano che la decisione di introdurre un *revirement* fosse preceduta da un «débat contradictoire spécifique entre les parties» e «*au-delà des parties*»⁹⁶, suggerendo al riguardo un possibile ricorso all'*amicus curiae*, figura anch'essa di origine

distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* sulla quale tale vincolo si basa: cfr. U. Mattei, *Stare decisis – Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti d'America*, cit., p. 324 s.

⁸⁷ N. Molfessis (dir.), *Les revirements de jurisprudence – Rapport remis à Monsieur le Premier Président Guy Canivet*, Paris, 2005, p. 12 (d'ora in avanti: *Rapport Molfessis*).

⁸⁸ V. ad es. J. Béguin, *Les revirements de jurisprudence ne vaudront-ils que pour l'avenir?*, in JCP, 2004, I, 189, p. 2295 ss. (si tratta di un'intervista a Guy Canivet, all'epoca Presidente della *Cour de Cassation*, e a Nicolas Molfessis, Presidente del gruppo di ricerca sui *revirement*) e P. Morvan, *Le revirement de jurisprudence pour l'avenir*, in Dalloz, 2005, *chron.*, p. 247 ss.

⁸⁹ *Rapport Molfessis*, cit., pp. 3 e 8.

⁹⁰ Cfr. *Rapport Molfessis*, cit., pp. 27 e 29, con alcune riflessioni sul *prospective overruling* in USA.

⁹¹ *Ivi*, p. 7.

⁹² *Ivi*, pp. 10, 20, 21, 24, 32, 35, 36, 37, 38.

⁹³ *Ivi*, p. 9.

⁹⁴ *Ivi*, p. 14.

⁹⁵ *Ivi*, p. 14 s. Su questa stessa linea M.-A. Frison-Roche, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – La théorie de l'action comme principe de l'application dans le temps des jurisprudences*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 310 ss.

⁹⁶ *Rapport Molfessis*, cit., p. 40.

anglosassone, e più generale la partecipazione, in forme tutte da definire, di «organisations et représentants des intérêts» variamente coinvolti nella decisione⁹⁷. Al di là della vaghezza di linguaggio, l'idea di base era che questa inedita proceduralizzazione⁹⁸ della dialettica processuale potesse far emergere elementi utili alla luce dei quali i giudici di legittimità fossero in grado di valutare «au cas par cas» il tasso di imprevedibilità del mutamento di giurisprudenza⁹⁹: vale a dire, il grado di affidamento riposto sulla continuità di una certa linea giurisprudenziale, e da qui l'impatto che la nuova regola spiegherebbe non solo sulla singola controversia, ma su tutte le controversie pendenti in relazione alle quali il contrasto tra due orientamenti giurisprudenziali successivi si risolverebbe, verosimilmente, a favore del *revirement*¹⁰⁰.

Va notato tuttavia che i redattori del *Rapport* escludevano con nettezza che dall'accertamento dell'imprevedibilità del *revirement* potesse scaturire la possibilità per il giudice di graduarne l'efficacia per tutte le cause pendenti fuorché per quella del caso di specie¹⁰¹: una possibilità che è stata progressivamente affinata nella prassi statunitense del *prospective overruling* in un'ottica di bilanciamento degli interessi che tiene conto non solo delle aspettative soddisfatte dall'applicazione della vecchia regola, ma anche della situazione di chi ha profuso energie sia processuali che finanziarie al fine di ottenerne un superamento, ovvero un *revirement*¹⁰².

Naturalmente, riconoscere che le regole create dalla Corte di cassazione esplicano effetti *anche* diversi rispetto alla regolamentazione giuridica del caso concreto¹⁰³ è cosa diversa dall'ammettere la possibilità che i suoi giudici pronuncino un precetto destinato ad esplicare *solo* effetti diversi rispetto alla regolamentazione giuridica del caso concreto. Da questo punto di vista, non sembra casuale che all'espressione «revirement pour l'avenir» i redattori del *Rapport* abbiano preferito la locuzione «modulation dans le temps»¹⁰⁴. Tale opzione linguistica, infatti, appare coerente con la tendenza complessiva del documento, che non è quella di fornire indicazioni sul valore della regola nuova (nel caso concreto solo prospettata), appunto, per l'avvenire, ma piuttosto quella di proporre un «remède» all'«effet normatif» dei precetti giurisprudenziali¹⁰⁵.

L'esempio più citato (e deplorato) dal *Rapport* riguarda l'obbligo di informazione cui il medico è tenuto nei confronti del paziente, il quale proprio per effetto di un *overruling* dei giudici di legittimità, confermato a distanza di pochi anni e divenuto ben presto un *arrêt* di principio, ha cessato di trovare un limite nel carattere «eccezionale» del rischio inerente al

⁹⁷ *Ivi*, p. 41.

⁹⁸ Su questi aspetti del *Rapport Molfessis* cfr. S. Amrani Mekki, *A propos de la rétroactivité de la jurisprudence – Quelques réflexions procédurales*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 293 ss.

⁹⁹ *Rapport Molfessis*, cit., p. 21.

¹⁰⁰ *Ivi*, p. 12.

¹⁰¹ *Ivi*, p. 42 ss.

¹⁰² Cfr. R. Traynor, *Quo vadis prospective overruling: A Question of Judicial Responsibility*, in 28 Hast. L.J., 1977, p. 546 ss.

¹⁰³ Come pure fanno i redattori del *Rapport*: v. *Rapport Molfessis*, cit., p. 41.

¹⁰⁴ V. *supra*, note 92 e 93. A proposito di questa scelta lessicale, una spiegazione plausibile – e allo stesso tempo rivelatoria della vischiosità culturale del paradigma decisionista e non normativo delle sentenze francesi – è fornita da J.-L. Aubert, *Faut-il «moduler» dans le temps les revirements de jurisprudence? ... J'en doute*, in Rev. trim. dr. civ., 2005, p. 302, secondo il quale la seconda espressione è più neutra perché in meno palese contrasto con l'art. 5 del *Code civil*.

¹⁰⁵ *Rapport Molfessis*, cit., p. 12.

trattamento sanitario¹⁰⁶. Il tutto, con notevoli conseguenze sul piano sanzionatorio e assicurativo anche nei confronti di quei professionisti che avevano omesso di fornire simili informazioni sotto la vigenza, per così dire, di un orientamento giurisprudenziale diverso¹⁰⁷. In questo come in altri casi, la *Cour de cassation* – che per prassi consolidata non usa né discutere né citare i propri precedenti per timore di “scivolare” verso il riconoscimento del valore del precedente come fonte¹⁰⁸ – ha pronunciato un *revirement* senza minimamente accennare all'indirizzo interpretativo travolto. Semplicemente ha introdotto, succintamente motivandola, una regola diversa: regola che nella misura in cui è stata ribadita in una serie abbastanza numerosa di casi, è diventata il nuovo punto di riferimento normativo – il nuovo *arrêt* di principio – in materia.

Ciò detto, è difficile sfuggire all'impressione che il *Rapport Molfessis* veicoli più una variazione sul tema dei limiti che si pongono, anche in un'ottica di legittimità democratica¹⁰⁹, all'attività interpretativa dei giudici, che una seria riflessione sulle implicazioni che la proposta di procedimentalizzare i *revirement* giurisprudenziali comporterebbe. Le molte zone d'ombra della tecnica di argomentazione della *Cour de cassation* non hanno ricevuto l'attenzione che avrebbero meritato, e la portata minima del documento si limita, a ben vedere, nell'invitare i giudici di legittimità a procedere per piccoli passi, onde sottrarre il loro operato a critiche legate alla pronuncia di *revirements* spettacolari e imprevedibili¹¹⁰. Non solo ma, come spesso accade negli scritti dottrinali francesi, lo spettro del «gouvernement des juges» è puntualmente evocato, e il modo in cui si tenta di esorcizzarlo consiste nell'escludere che dal potere della Cassazione di modulare l'efficacia dei suoi *revirement* scaturisca «la capacité de créer du droit»¹¹¹, in violazione dell'assoluta preminenza del legislatore quanto alle scelte politico-normative suscettibili di incidere su esigenze di carattere generale¹¹².

Le distanze a prima vista prese dall'art. 5 del *Code civil* si rivelano insomma alquanto illusorie: per i redattori del *Rapport*, in questo ancora decisamente imbevuti di quella forma di conservatorismo estetico che abbiamo già indicato essere un precipitato durevole della concezione monista del diritto tramandata dall'ideologia positivista, tra l'enunciazione della

¹⁰⁶ Cass. civ., 7 ottobre 1998, in JCP, 1998, II, 10179 e Cass. civ., 9 ottobre 2001, in Dalloz, 2001, *chron.*, p. 3470.

¹⁰⁷ P. Sargos, *Portée d'un revirement de jurisprudence au sujet de l'obligation d'information du médecin*, in Dalloz, 2001, *chron.*, p. 3470 ss.

¹⁰⁸ Oltre che all'ideologia legicentrica, secondo P. Deumier, *Et pour quelques signes de plus: mentionner les précédents*, cit., p. 67, questa prassi si deve anche alla tendenza ad assimilare due piani che dovrebbero invece essere tenuti separati: il piano della «mention du précédent» e il piano del «précédent obligatoire».

¹⁰⁹ *Rapport Molfessis*, cit., 12. E cfr. anche J.-L. Aubert, *Faut-il «moduler» dans le temps les revirements de jurisprudence? ... J'en doute*, cit., p. 301.

¹¹⁰ Si è soffermato su questi ed altri punti di criticità del *Rapport* V. Heuzé, *À propos du Rapport sur les revirements de jurisprudence. Une réaction entre indignation et incrédulité*, in JCP, 2005, I, 130, p. 671 ss. Molto critica anche la reazione del Presidente della sezione sociale della *Cour de cassation*, il quale, giudicando il *Rapport* profondamente inquietante in ragione della visione del diritto che sottintende, ne ha criticato l'erezione della certezza del diritto a «valeur absolue» e la riduzione «arrogante» della dimensione giuridica alla dimensione economica: P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit. Libre propos sur le “rapport sur les revirements de jurisprudence”*, in *Dr. soc.*, 2005, p. 123 s.

¹¹¹ *Rapport Molfessis*, cit., p. 13 e 37.

¹¹² B. Mathieu, *La Cour de cassation et le législateur: ou comment avoir le dernier mot*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2004, p. 228. V. anche P. Malinvaud, *À propos de la rétroactivité des revirements de jurisprudence*, cit., p. 318 e il classico P. Malaurie, *La jurisprudence combattue par la loi*, in *Mélanges Savatier*, Paris, 1965, p. 603 ss.

regola e la decisione del caso concreto¹¹³, deve continuare a sussistere un legame non solo funzionale, ma anche necessariamente visivo, per cui se da un lato si accoglie l'idea che l'affermazione di un nuovo orientamento passi per un più ampio confronto con quello che si intende superare, dall'altro, il luogo deputato allo svolgimento di tale confronto – ed eventualmente alla modulazione nel tempo dell'efficacia del *revirement* – pare continuare a non essere il testo della sentenza, bensì il momento che precede la sua stesura, nei limiti di ciò che di questo restituisce il già menzionato discorso ufficioso «à côté».

Sotto molti aspetti, il *Rapport* sembra prefigurare la necessità di un momento di maggiore maturità e condivisione circa la portata di alcune proposte, come quando si accenna alla possibilità che la Corte di Cassazione implementi l'uso degli *obiter dicta* nel suo iter argomentativo¹¹⁴. Peraltro, molto raramente, anche nelle sentenze dei giudici di legittimità emanate successivamente alla sua pubblicazione, sono rinvenibili proposizioni non strettamente necessari alla giustificazione del dispositivo, e ancor più rari sono gli *obiter qualificabili* «d'anticipation»¹¹⁵, privi di qualsivoglia effettiva implicazione *inter partes*. Più in generale, fino a poco tempo fa, invano si sarebbe cercato nel “corpo” di una decisione giurisprudenziale un'articolata motivazione circa la portata di un nuovo orientamento interpretativo, o l'opportunità di introdurlo¹¹⁶.

Mutatis mutandiis, le ragioni di tale propensione a “spostare” ad un livello esterno alla sentenza tutto quanto possa indebolire son «caractère de nécessité évidente» sono le stesse che, tradizionalmente, hanno irretito il dibattito sulla trasposizione della *dissenting opinion* in Francia¹¹⁷: in fondo, la posta in gioco è pur sempre la disponibilità ad accettare un'idea più «“profane” du droit, au sens où le droit n'est pas pensé comme une religion à mystères, comme un dogme révélé et inaccessible à la raison, mais, au contraire, comme un ensemble

¹¹³ *Rapport Molfessis*, cit., p. 9.

¹¹⁴ *Rapport Molfessis*, cit., p. 44.

¹¹⁵ Cfr. S. Tournaux, *L'obiter dictum de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2011, p. 45 ss.

¹¹⁶ Valga per tutte ricordare una decisione del 2006, resa in *Assemblée plénière*, con la quale si è sì inteso escludere l'applicabilità di un *revirement* stabilito dai giudici dalla seconda sezione in epoca anteriore ai fatti di specie, ma in forza di argomenti resi intelleggibili solo grazie al *Rapport* del Consigliere e all'*avis* dell'Avvocato generale, entrambi pubblicati nel *Bulletin d'information de la Cour de cassation* a margine dell'*arrêt*. Ciò che è dato inferire dal “combinato disposto” che integra il testo della succinta decisione della Corte è che il *revirement* in questione, introducendo un onere processuale a carico della parte che agiva per violazione della presunzione d'innocenza, avrebbe determinato – qualora “non modulato” – una delusione del legittimo affidamento della parte stessa sul fatto che il giudizio si sarebbe svolto secondo le regole vigenti all'epoca del compimento degli atti processuali, delusione censurabile per contrasto con l'art. 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo: cfr. Cass., Ass. Plén., 21 dicembre 2006, n° 00-20.493, su cui, tra gli altri, P. Deumier, *Evolution du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2007, p. 72 ss. Una decisione più recente dell'*Assemblée plénière* (Cass., Ass. Plén., 5 aprile 2019, n. 18-17442), introduttiva di nuove regole in materia di responsabilità civile per esposizione all'amianto, è sembrata sul punto farsi carico di un maggiore onere motivazionale, non prefigurando tuttavia una radicale discontinuità rispetto alla prassi di affidare al discorso «à côté» le necessarie precisazioni circa gli effetti del *revirement* (cfr. Ch. Willmann, *Préjudice d'anxiété : un revirement... anxiogène*», in *Rev. dr. san. et soc.*, 2019, p. 539 ss.)

¹¹⁷ L'espressione virgolettata è di D. Rousseau, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, in *Cah. Cons. const.*, 2000, n. 8 (<https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/cahiers-du-conseil-constitutionnel-n-8-juillet-2000>). In anni molto più vicini a noi, l'ammissibilità delle opinioni separate e dissidenti è stata ridiscussa, addirittura per impulso del Presidente della Repubblica (cfr. il discorso pronunciato il 15 gennaio 2018 in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario: <https://www.vie-publique.fr/discours/204816-declaration-de-m-emmanuel-macron-president-de-la-republique-sur-la-po>), ma poi nuovamente scartata in ragione della sua troppo marcata estraneità alla tradizione giuridica francese e in particolare al principio di segretezza della deliberazione.

de règles produit par les hommes et dont la signification normative se construit par la pratique de la discussion»¹¹⁸.

IV. ... ALLA FINE DEGLI «ATTENDU QUE». LA MODERNIZZAZIONE DELLO STILE DELLA COUR DE CASSATION E L'IRROBUSTIMENTO DEL SUO ONERE MOTIVAZIONALE

Nel 1838, una decisione della *Cour de cassation* stabilì «que les jugements et arrêts résident entièrement dans leur dispositif et que la loi n'a pas pu exiger et qu'elle n'a pas, en effet, exigé nulle part les motifs des motifs»¹¹⁹, così avallando la distanza siderale che già l'art. 5 del *Code civil* lasciava intendere dover esserci, nel corpo della sentenza, «entre ce qui est dit et ce qui est fait»¹²⁰.

Riprendendo il filo delle considerazioni svolte in apertura, potrebbe dirsi che la determinazione tanto dei rivoluzionari quanto dei codificatori nel riportare al centro dell'attività giurisprudenziale la soluzione di controversie, e non la statuizione di regole giuridiche, abbia relegato la dimensione *lato sensu* politica dell'interpretazione e della motivazione tra i «vaincus de l'histoire»¹²¹. Pur essendo vero, infatti, che «il giudice, a differenza del legislatore, deve motivare razionalmente la sua regola»¹²², e che ogni sentenza, in quanto atto interpretativo, è fondamentalmente un atto politico, è altrettanto vero che la sua politicità può essere limitata attraverso uno stile burocratico, ellittico, e sorvegliatamente avalutativo.

Congegnato com'è per assorbire nella conclusione la (supposta) verità delle premesse, il sillogismo giudiziale francese imperniato sulla struttura degli «attendu que» ha reso tradizionalmente difficile, se non a tratti impossibile, controllare quell'attività di precomprensione da cui la scelta delle premesse procede e dipende: in concreto, sia l'apprezzamento della fattispecie giudicanda (cd. premessa minore del sillogismo) sia la ricostruzione del quadro normativo da cui sono state tratte le conseguenze giuridiche (cd. premessa maggiore)¹²³.

Nelle sue decisioni, infatti, la Cassazione figura tipicamente come il soggetto di un unico periodo articolato in un dispositivo – frase principale – preceduto da una motivazione: motivazione che altrettanto tipicamente si snoda in una o più subordinate, le quali, proprio in virtù di tale loro carattere, saranno necessariamente stringate, e solitamente precedute dalla locuzione «attendu que». Il dispositivo, dal canto suo, sarà introdotto dalla locuzione «par ces motifs», o da qualunque altra – ad es.: «en conséquence» – capace di tradurre il

¹¹⁸ D. Rousseau, *La transposition des opinions dissidentes en France est-elle souhaitable ? - « Pour » : une opinion dissidente en faveur des opinions dissidentes*, cit.

¹¹⁹ Cass. Req., 16 maggio 1838, cit. da P. Deumier, *Les « motifs des motifs » des arrêts de la Cour de cassation Étude des travaux préparatoires*, cit., p. 125.

¹²⁰ G. Leroy, *Vers une exposition raisonnée de l'argument conséquentialiste dans la motivation des arrêts de la Cour de cassation ?*, in *Les Cahiers Portalis*, 9, p. 190.

¹²¹ Così, in riferimento però al ruolo della consuetudine, P. Jestaz, *Les sources du droit: le déplacement d'un pôle à l'autre*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1996, p. 309.

¹²² A. Gambaro, *Riflessione breve sulla argomentazione giurisprudenziale*, in *Giur. comm.*, 2005, II, p. 774. Nel diritto francese l'obbligo di motivazione delle decisioni giudiziarie trova il suo fondamento legislativo negli artt. 455 e 458 del *Code de procédure civile*.

¹²³ M. Taruffo, voce *Motivazione*, cit., p. 3.

legame logico tra esso e la parte motiva che lo precede¹²⁴. Più in dettaglio, la sentenza di rigetto prevede un succinto richiamo all'iter del processo e agli argomenti esposti dal ricorrente (preceduti dall'inciso «attendu que»), per poi passare a sviluppare altrettanto succintamente i motivi della decisione, ovvero la critica del ricorso («mais attendu que»), e finire disponendo il rigetto di quest'ultimo («par ces motifs...rejette le pourvoi»); per converso, la sentenza di cassazione inizierà con il «visa», ossia l'indicazione del testo normativo sul quale i giudici basano l'accoglimento del ricorso («Vu l'article»), si snoderà attraverso uno o più «attendu que» dedicati ai fatti di causa, alla sentenza appellata, e ai motivi per cui il giudice di merito ha violato il principio di diritto enunciato nella prima parte, e finalmente concluderà affermando che «par ces motifs» la sentenza impugnata va cassata e annullata¹²⁵.

Sul piano normativo, mette conto rilevare inoltre che una riforma del codice di procedura civile della fine degli anni Novanta ha introdotto la possibilità per i giudici di sostituire al cd. «exposé du litige» la semplice formula «visa des conclusions des parties», incoraggiando così ulteriormente non solo la tradizionale laconicità delle sentenze francesi sull'oggetto della controversia, ma anche la prassi della motivazione «implicite», per cui anziché motivare in ordine a tutte le deduzioni delle parti, i giudici implicitamente rigettano tutte le argomentazioni incompatibili con le ragioni addotte a fondamento del loro convincimento¹²⁶.

A fronte di tale ostentata sterilizzazione del formante giurisprudenziale nella creazione di regole giuridiche, che concerne anche e soprattutto le sentenze della massima autorità giudiziaria francese, alla domanda se essa corrisponda alla realtà delle cose occorre tuttavia rispondere, come già detto, in modo risolutamente e realisticamente negativo. La questione che nel tempo si è posta è stata piuttosto un'altra, e cioè se tale sterilizzazione non sia stata perseguita al prezzo, per così dire, della mortificazione della funzione nomofilattica della *Cour de cassation*: una domanda che in effetti è stata posta sia pur implicitamente, in un celebre saggio scritto negli anni settanta dal procuratore generale presso la *Cour de cassation* del momento e da uno degli esponenti più in vista ed influenti di sempre del mondo accademico francese¹²⁷.

Si osservava, in questo saggio, che la reiterazione nelle sentenze della *Cour de cassation* di formule stereotipate, quando non anche meramente ripetitive dei testi normativi applicati, si risolve, di fatto, in una «liturgia» al limite dell'enigmatico dal punto di vista delle corti inferiori, essendo queste perlopiù spinte a fare passivo ricorso ai «mots magiques» impiegati dai giudici di legittimità; laddove, per converso, l'eventuale comparsa di una «variation» nella formula fino a quel momento accolta, se non adeguatamente delucidata dalla *Cour de cassation*, le induce tendenzialmente a domandarsi se questa variazione redazionale abbia un significato, e quale¹²⁸.

¹²⁴ Cfr. per tanti J.-P. Ancel, *La rédaction de la décision de justice en France*, in A.A.V.V., *Juges et jugements : l'Europe plurielle. L'élaboration de la décision de justice en droit comparé*, Paris, 1998, p. 101 e P. Mimin, *Le style des jugements : vocabulaire, construction, dialectique, formes juridiques*, 4 ed., Paris, 1970, p. 185 ss.

¹²⁵ M.-N. Jobard-Bachelier e X. Bachelier, *La technique de cassation - Pourvois et arrêts en matière civile*, 2 ed., Paris, 1991, p. 15 ss.

¹²⁶ Cfr. V. A. Perdriau, *Le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998 au regard du juge de cassation*, in JCP, I, 115, p. 405 ss.

¹²⁷ A. Touffait e A.Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1974, p. 487 ss.

¹²⁸ *Ivi*, p. 494 s. Nello stesso senso, cfr. C. Atias, *La Cour de cassation, gardienne de l'unité du droit*, in AA.VV., *L'image doctrinale de la Cour de Cassation*, cit., part. p. 80 ss.

Tale netta presa di posizione, che certo avrebbe potuto quantomeno insinuare il dubbio circa l'opportunità che le sentenze continuino ad omettere l'itinerario ermeneutico seguito, e forse anche avviare un dibattito più generale sulla consonanza della logica deduttiva del sillogismo rispetto al tanto declamato primato della certezza del diritto, non ha tuttavia avuto per lungo tempo alcun séguito: né sullo stile della giurisprudenza¹²⁹, né sulle analisi, per la verità tutt'altro che frequenti e in genere piuttosto aproblematiche, che di esso sono state svolte dalla dottrina¹³⁰.

Solo di recente, sulla scia del dibattito sugli effetti dei *revirement* e anche di una condanna della Corte di Strasburgo deplorante l'assenza di «une motivation plus développée [...] de la Cour de cassation»¹³¹, illustri esponenti persino del mondo giudiziario si sono mostrati disponibili a rimettere in discussione le magnifiche sorti e progressive della concisione¹³², o perlomeno a ridimensionarne le virtù quando a venire particolarmente in rilievo è la contraddizione fondamentale tra una giurisprudenza che è sempre stata ferma nel negare a se stessa lo status di fonte del diritto, e le decisioni che, più di altre, smentiscono nei fatti tale finzione tralatizia.

Come preconizzato dai lavori che le hanno precedute, le riforme avviate nel 2019 al fine di «rendre visibles certains éléments de la prise de décision jusqu'alors cachés ou exprimés hors des arrêts»¹³³ non vanno nel senso di un cambiamento radicale, sistematico, e valevole una volta per tutte, ma piuttosto di un adattamento e di una gradazione della motivazione¹³⁴ in funzione dell'importanza della decisione resa, quest'ultima valutata alla stregua di vari criteri. Il comunicato stampa che accompagna le specifiche linee guida, operative dal 1° ottobre 2019, menziona al riguardo, a titolo esemplificativo, sei tipologie di *arrêt*: quelli che operano un *revirement*; quelli che dirimono una questione di principio o che rivestono un interesse significativo per lo sviluppo del diritto; quelli che statuiscono sull'interpretazione di un testo da poco entrato in vigore; quelli aventi un particolare risvolto sull'uniformità della giurisprudenza; quelli che ruotano attorno alla garanzia di un diritto fondamentale; quelli che statuiscono su una domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE o sulla richiesta di un parere consultivo alla Corte EDU¹³⁵.

A corollario di tale implicita gerarchizzazione degli *arrêt* della *Cour de cassation*, che postula evidentemente un apprezzamento qualitativo effettuato a monte della stesura della decisione, si prescrive che il tradizionale canone della brevità espositiva sia abbandonato a

¹²⁹ Estremamente significativo al proposito un dato riportato da S. Paget, *La réception de la jurisprudence*, in *Pet. Aff.*, 19 maggio 2007, p. 6, concernente l'emanazione da parte della *Cour de cassation*, nello stesso giorno, di dieci sentenze, tutte riproducenti la medesima definizione del concetto di colpa inescusabile contenuto nella legge n. 677 del 5 luglio 1985.

¹³⁰ Cfr. H. Croze, *Pour une motivation pas trop explicite des décisions de la Cour de cassation*, cit., p. 181 ss. e J. Ghestin, *L'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2004, *chron.*, p. 2239 ss.

¹³¹ CEDH, 14 mars 2019, n° 38299/15, Quilichini c/ France, spec. par. 44.

¹³² Secondo le parole del procuratore generale François Molins, riportate da O. Dufour, *Coup de jeune sur la rédaction des arrêts de la Cour de cassation*, in *Gaz. Pal.*, 3 maggio 2019, p. 13: «L'obscurité n'est plus le signe de la richesse de la pensée, les justiciables ont besoin de décisions claires et intelligibles».

¹³³ P. Deumier, *Motivation enrichie : bilan et perspectives*, in *Dalloz*, 2017, p. 1783.

¹³⁴ Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation, cit., p. 22.

¹³⁵ Dossier de presse «Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change», 2 aprile 2019 (<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/le-nouveau-mode-de-redaction-des>).

favore del principio della «motivation en forme développée»¹³⁶ ou «enrichie», quest'ultima definita come una «motivation qui mentionne des éléments traditionnellement passés sous silence et qui les articule de manière à ce qu'ils constituent les maillons intermédiaires du raisonnement justifiant le principe posé dans la décision»¹³⁷.

Assai rivelatrici dell'intento di conferire alla motivazione un ruolo fondamentale al fine sia di determinare l'esatto contenuto della pronuncia, sia di consentire un «accès au droit plus précis et plus informé»¹³⁸ che viene finalmente elevato al rango di fondamentale garanzia applicabile anche al diritto giurisprudenziale, sono le indicazioni concretamente fornite dalla riforma: non soltanto occorre ora che il giudice motivi adeguatamente in ordine al metodo di interpretazione prescelto, ma quando al momento della deliberazione siano state seriamente prese in considerazione delle soluzioni alternative, è necessario anche che la decisione le menzioni e metta in evidenza le ragioni per le quali esse sono state infine scartate.

Una novità di assoluto rilievo, volta anch'essa a fare luce su un'ampia zona d'ombra della tecnica redazionale tradizionale e, al contempo, a valorizzare l'onere motivazionale del giudice come elemento costitutivo del valore del precedente, consiste nel prevedere la possibilità che i giudici citino le proprie decisioni anteriori, in particolare nei casi in cui se ne discostano. La riforma non esclude che l'esposizione dell'itinerario ermeneutico possa svolgersi anche con riferimento a precedenti conformi – il riferimento ai *revirement* è solo esemplificativo e l'obiettivo generale, qui, è quello di «donner une traçabilité à l'arrêt au sein de la jurisprudence de la Cour»¹³⁹ – ma la prassi successiva alla sua entrata in vigore non sembra andare in questo senso, rivelando una maggiore disponibilità della *Cour* a richiamare l'orientamento interpretativo nel cui solco la decisione introduce una soluzione di continuità¹⁴⁰. L'impressione, comprovata anche da un recentissimo *Rapport* commissionato dalla *Cour de cassation*, è che in un sistema in cui vige comunque tuttora il divieto di cui all'art. 5 del *Code civil*, e con ciò una rigida interpretazione dei limiti del giudicato, le distorsioni cui può dar luogo l'impiego della «motivation par référence» – ovvero il mero richiamo tratteggio di precedenti consolidati – siano più acutamente percepite¹⁴¹. Tuttavia, nel medio

¹³⁶ *Ivi*.

¹³⁷ Cfr. l'intervista rilasciata da Chantal Arens, Presidente della *Cour de cassation* fino al 30 giugno 2022: Chantal Arens: une présidence de la Cour de cassation, in Dalloz, 30 giugno 2022 (<https://www.dalloz-actualite.fr/interview/8-questions-chantal-arens#.Y5BiFXbMI2w>)

¹³⁸ Dossier de presse «Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change», 2 aprile 2019 (<https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/comprendre-une-decision-de-la-cour/le-nouveau-mode-de-redaction-des>).

¹³⁹ *Ivi*.

¹⁴⁰ Cfr. S. Hortala, *La réforme de la rédaction des décisions de la Cour de cassation. État des lieux*, in JCP, 2020, I, 999, part. p. 1543.

¹⁴¹ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, part. p. 100 s. (https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Divers/Rapport%20open%20data/Rapport_La_Diffusion_des_donn%C3%A9es_d%C3%A9cisionnelles_et_la_jurisprudence.pdf). Tuttavia, va segnalato che proprio in questo *Rapport*, sul quale ci intratterremo più diffusamente *infra* con riguardo al problema della pubblicizzazione delle sentenze, si formula una raccomandazione che tende ad aprire verso un richiamo più esteso del precedente, sia da parte dei giudici della *Cassation* che da parte dei giudici di merito: «Tout en évitant l'écueil d'une motivation «par référence», permettre aux juridictions du fond de faire état de décisions précédemment rendues par des juridictions du fond entre d'autres parties, spécialement les décisions des juridictions du fond signalées par la Cour de cassation pour leur intérêt particulier. Admettre que la Cour de cassation, dans les motifs de sa décision, puisse, le cas échéant, faire état de décisions des juridictions du fond, sans leur donner pour autant valeur de précédent obligatoire» (*ivi*, p. 14).

e lungo periodo, la dimensione operativa del precedente, già ben saggiabile – come detto – nelle prassi discorsive degli Avvocati generali¹⁴², sembra destinata inesorabilmente ad intensificarsi, di pari passo con l'enfasi – crescente, come si documenterà anche di qui a poco – che la stessa Corte pone sul valore della prevedibilità del diritto¹⁴³. È chiaro d'altra parte – e lo ha messo di recente in luce anche il Procuratore generale presso la *Cour de cassation* – che anche le nuove frontiere tecnologiche del valore della prevedibilità, rappresentate dalla cosiddetta giustizia predittiva, non potranno esplorarsi se non attraverso «l'analyse de décisions passées offrant la probabilité d'une solution donnée»¹⁴⁴.

Per converso, le sentenze della *Cour de cassation* continueranno a non essere il luogo più propizio per attestare in modo certo e inequivocabile l'influenza della dottrina sulla giurisprudenza¹⁴⁵. E ciò non perché nel diritto francese viga il divieto, come nel diritto italiano, di citare autori giuridici. E nemmeno perché, a livello concreto, non si siano date o non continuino a darsi soluzioni interpretative dalle indubbe ascendenze dottrinali. L'ammissibilità di riferimenti alla dottrina nelle proprie decisioni¹⁴⁶, pur oggetto di discussione durante i lavori preparatori, postulerebbe un dialogo finalmente aperto, e forse troppo «paritaire»¹⁴⁷, con la scienza giuridica, ed è stata per il momento esclusa dalla *Cour de cassation*, che resta pertanto fedele alla tradizione di dislocare nella fase “istruttoria” delle sentenze (relazioni elaborate dai Consiglieri relatori e pareri degli Avvocati generali) il riconoscimento della forza persuasiva di una certa elaborazione dottrinale.

Un elemento invece inedito, che recepisce la raccomandazione – già formulata del *Rapport Molfessis* – di tenere nella debita considerazione l'impatto economico e più in generale le prevedibili conseguenze pratiche della decisione, è la possibilità che nella «motivation développée» – e non più solo nel discorso «à côté» – trovi spazio la menzione degli «études d'incidences», allorché il giudice ne abbia tratto elementi decisivi al fine di assicurare un bilanciamento efficiente delle esigenze in conflitto¹⁴⁸.

In quali termini tale innovazione implicherà un passaggio «du syllogisme au conséquentialisme»¹⁴⁹, è difficile dire. Certo è che mentre questa e le altre di cui si è discusso finora hanno vocazione ad applicarsi, come detto, solo ad alcune tipologie di sentenze,

¹⁴² V. *supra*, nota 59.

¹⁴³ Cfr. V. Vigneau, *Le passé ne manque pas d'avenir. Libres propos d'un juge sur la justice prédictive*, in *Dalloz*, 2018, p. 1095: «on sait que, face à des situations de fait comparables, deux juges peuvent apporter des réponses différentes. C'est certes légal, mais c'est aussi contraire au principe de l'égalité de traitement devant la loi et à celui de la sécurité juridique. En permettant aux juges de comparer leur pratique juridictionnelle par rapport à une moyenne statistique, de connaître les tendances jurisprudentielles de leurs collègues, la “justice prédictive” favorisera la mise en cohérence de l'activité juridictionnelle des différentes juridictions du fond et l'harmonisation des jurisprudences, et ainsi contribuera à améliorer la prévisibilité de la justice et la sécurité juridique».

¹⁴⁴ Allocution de Monsieur Jean-Claude Marin, procureur général près la Cour de cassation, lors du colloque « La justice prédictive » organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, 12 febbraio 2018 (<https://www.courdecassation.fr/toutes-les-actualites/2018/02/12/la-justice-predictive-0>).

¹⁴⁵ P.-Y. Gautier, *L'influence de la doctrine sur la jurisprudence*, in *Dalloz*, 2003, *chron.*, p. 2839 ss.

¹⁴⁶ Auspicata anche da A. Touffait e A. Tunc, *Pour une motivation plus explicite des décisions de justice, notamment de celles de la Cour de cassation*, cit., p. 504.

¹⁴⁷ R. Libchaber, *Retour sur la motivation des arrêts de la Cour de cassation, et le rôle de la doctrine*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2000, p. 683.

¹⁴⁸ Dossier de presse « Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change », cit.

¹⁴⁹ H. Muir Watt, *La gestion de la rétroactivité des revirements de jurisprudence : systèmes de common law*, in *Rapport Molfessis*, cit., p. 69.

portata generale riveste invece quella che è forse la più rivoluzionaria e anche mediatizzata novità veicolata della riforma¹⁵⁰, ovvero la morte – a lungo annunciata e finora mai decretata¹⁵¹ – di quella sorta di “stampo” concettuale imperniato sugli «attendu que» al quale la *Cour de cassation* ha tradizionalmente aderito, portando alle sue estreme conseguenze lo schema del sillogismo e riducendo al massimo il suo onere motivazionale.

Sotto questo profilo, la motivazione che tipicamente si snodava in una o più subordinate, precedute dalla locuzione «attendu que», assume ora una nuova morfologia anche sintattica, più simile allo stile diretto già adottato dal *Conseil d'État* e dal *Conseil constitutionnel*¹⁵². La sostituzione della cd. frase unica e degli «attendu que» con un linguaggio più discorsivo si accompagna inoltre alla previsione di un modello che struttura le sentenze in tre parti – «faits et procédure; examen des moyens du pourvoi; dispositif de l'arrêt»¹⁵³ – e che identifica le diverse fasi del ragionamento mediante dei paragrafi numerati.

La seconda parte della sentenza, in particolare, dovrà essere articolata a sua volta in titoli e sottotitoli, al fine di dare opportuna rilevanza, distinguendoli anche visivamente, ai motivi di ricorso esposti dalle parti e alla loro disamina puntuale da parte della Corte, quest'ultima sistematicamente preceduta dalla locuzione «réponse de la Cour».

La rottura con lo stampo in cui i giudici della *Cour de Cassation* hanno dato forma a quasi due secoli di giurisprudenza è qui radicale, e per quanto essa non si presti ad essere letta come un abbandono del rigore del ragionamento giuridico, che resta pur sempre ispirato allo schema logico-deduttivo, è apparso subito chiaro, sin degli esempi che la stessa Corte ha fornito prima della formale entrata in vigore della riforma¹⁵⁴, che le decisioni fondate su motivazioni *more geometrico* si avviano ormai ad essere consegnate alla storia del diritto francese. E ciò tanto più che in tempi recentissimi l'attivismo e l'autodichia della *Cour de cassation* si sono espressi in ulteriori importanti iniziative, volte – come già indicato – a riaccordare il problema dell'intelligibilità dell'itinerario motivazionale con le possibilità predittive offerte dalle repertorizzazioni informatiche basate su algoritmi, «dans le but de mettre en relation des décisions de justice entre elles afin de retrouver, dans la masse des décisions, les arguments et motivations identiques, susceptibles de conduire aux mêmes décisions»¹⁵⁵.

In questo senso, c'è da attendersi che anche la prima parte in cui dal 1° ottobre 2019 si strutturano le sentenze – quella concernente la rappresentazione dei fatti della causa e dello svolgimento del processo, finora declinata ancora in modo scarno, ma comunque meno sommario rispetto a prima – sia destinata ad apparire sempre più come uno snodo cruciale

¹⁵⁰ «Il est des révolutions dont seuls quelques initiés mesurent l'ampleur»: in questi termini, J.-B. Jacquin, *La Cour de cassation va rendre ses décisions plus intelligibles*, in *Le Monde*, 6 aprile 2019 (https://www.lemonde.fr/societe/article/2019/04/06/la-cour-de-cassation-va-rendre-ses-decisions-plus-intelligibles_5446634_3224.html)

¹⁵¹ Si fa riferimento al celebre A. Touffait e L. Mallet, *La mort des Attendus?*, in *Foro it.*, 1968, V, c. 102 ss.

¹⁵² Cfr. P. Deumier, *Attendu que la phrase unique est progressivement abandonnée*, in *Rev. trim. dr. civ.*, 2019, p. 67 ss.

¹⁵³ Una trattazione estesa di questi profili è fornita dalla stessa *Cour de Cassation*: cfr. Guide des nouvelles règles relatives à la structure et à la rédaction des arrêts, 5 giugno 2019 (<https://www.courdecassation.fr/files/files/D%C3%A9cisions/Guide%20des%20nouvelles%20r%C3%A8gles%20relatives%20%C3%A0%20la%20structure%20et%20%C3%A0%20la%20r%C3%A9daction%20des%20arr%C3%AAts.pdf>)

¹⁵⁴ Esempi volti a riformulare sentenze già pronunciate secondo i nuovi criteri: cfr. il documento citato alla nota che precede, part. p. 12 ss.

¹⁵⁵ L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit. p. 26. Cfr. anche *infra*, par. 5.

di un vero diritto giurisprudenziale, stante il suo impatto sulla chiarezza del *decisum*, sulla determinazione della portata della *ratio decidendi* e, in ultima analisi, sul valore di prevedibilità del diritto che la riforma intende nel suo complesso promuovere.

Quanto al dispositivo, integrante il terzo punto della nuova struttura tripartita delle decisioni della *Cour* e ora imperativamente preceduto dalla locuzione, apposta in maiuscolo, «par ces motifs», l'ormai avvenuta enucleazione di una o più fasi del ragionamento in cui i giudici sono tenuti a puntualmente esaminare il motivo o i motivi del ricorso proposto («réponse de la Cour»), contribuirà probabilmente a spostare ancora di più l'asse della sua rilevanza sul piano endoprocessuale (piuttosto che ordinamentale), essendo ormai acquisito che l'autorità delle decisioni di giustizia dipende dalla forza argomentativa del ragionamento contenuto nella motivazione, e non già, come per la legge, dall'enunciazione lapidaria di regole¹⁵⁶. Si può anzi affermare con qualche fondamento che, a distanza di tre anni dall'entrata in vigore della riforma, ad essere inverato è l'insegnamento formulato da Atias ormai quasi sei lustri orsono: «L'unité du droit que la Cour de Cassation a mission de garder, doit être celle des motifs et non celle du dispositif; [...] c'est d'abord une unité de raisonnement»¹⁵⁷.

V. LA RIFORMA DEL SISTEMA DI REPERTORIAZIONE DELLE SENTENZE E L'OPEN DATA: NUOVE PROSPETTIVE PER IL PRECEDENTE?

Di pari passo con l'irrobustimento dell'onere motivazionale della *Cour de cassation* e – attraverso esso – della sua funzione nomofilattica, è divenuto via via più chiaro come anche il tema della comunicazione e della repertoriazione delle sue sentenze fosse destinato a porsi in modo nuovo. Ciò non già perché la prassi, fino a poco tempo fa consolidata, di destinarne alla pubblicazione solo una parte – ovvero, quella più ricca, compatibilmente con quanto si è detto a proposito delle molte zone d'ombra del sillogismo tradizionale, di contenuto normativo – sia di per sé poco propizia alla promozione dei valori di «sécurité juridique»¹⁵⁸ che la riforma dello stile delle sentenze ha inteso perseguire. Anzi, come da tempo si riconosce anche nella tradizione di *common law*, filtrare la pubblicazione delle pronunce che ogni giorno escono dai “mulini” della giustizia – nel caso della *Cour de cassation*, in ragione di circa ventimila all'anno – costituisce un espediente abbastanza efficace per rafforzare quel sentimento di conoscibilità e di coerenza che sarebbe invece inevitabilmente compromesso qualora non si destinasse ad un ragionevole oblio la casistica meno rilevante¹⁵⁹. Inoltre, avendo in mente il già segnalato, prezioso, ruolo suppletivo tradizionalmente svolto dai *Recueil*, dal *Bulletin* e dai *Rapport* della *Cour de cassation* in riferimento alle sentenze più importanti, va anche sottolineato come un tratto peculiare del caso francese risieda proprio in ciò che, parafrasando il titolo di un celebre scritto, i difetti

¹⁵⁶ Cfr. N. Posenato, *La riforma dello stile delle sentenze della Cour de Cassation*, in R.E. Cerchia (a cura di), *Percorsi di diritto comparato*, Milano, 2021, part. p. 156.

¹⁵⁷ C. Atias, *La Cour de Cassation, gardienne de l'unité du droit*, cit., p. 76.

¹⁵⁸ Dossier de presse « Le mode de rédaction des arrêts de la Cour de cassation change », cit.

¹⁵⁹ Cfr. l'ormai classico W.L. Reynolds e W.M. Richman, *The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals*, in 78 *Col. L.R.* 1167 (1978).

della giurisprudenza hanno tradizionalmente sopravanzato i difetti delle raccolte di giurisprudenza¹⁶⁰.

Ad una funzione “compensativa” analoga può d'altra parte ricollegarsi la nascita, già agli inizi del XIX secolo, di un genere letterario che ha rappresentato e rappresenta tuttora un asse portante dell'apparato predisposto dalla dottrina per conoscere il materiale giurisprudenziale rilevante, e trasmetterne la conoscenza: ci si riferisce qui alle raccolte, note come «Les grands arrêts», che con cadenza regolare vengono pubblicate, dagli anni '30 del XIX secolo, in riferimento alle varie materie¹⁶¹. Come ha sottolineato Jestaz, è anche grazie all'attenzione che alcune decisioni ricevono dalla dottrina che il loro valore non strettamente limitato alla controversia in atto tra le parti può assurgere a un dato di sistema: «il y a lieu de distinguer entre le contentieux brut (largement ignoré, car il échappe en majeure partie à la publication) et ce produit raffiné qu'est la jurisprudence (publié et commenté, parfois jusqu'à l'excès). Au total, le phénomène jurisprudentiel ne se produit qu'en présence de décisions motivées, publiées et commentées»¹⁶².

A partire da questi brevi cenni, è plausibile ritenere che il circuito discorsivo «French academic doctrine, the conclusions of the advocates general, and the rapports of the reporting judges» indicato da Lasser come il vero laboratorio in cui testare l'effettiva dimensione dell'«official portrait of the French civil judge», e con essa quella del diritto vivente¹⁶³, garantisca già ragionevoli standard di conoscibilità delle sentenze più significative, quest'ultima caratteristica essendo mediamente riconosciuta al 10% del volume totale delle decisioni rese¹⁶⁴: in concreto, come indicato dal Presidente onorario della Suprema Corte, ha titolo a rientrare in questa selezione ogni pronuncia «qui précise la portée d'une règle de droit», o «qui amorce ou consacre une jurisprudence nouvelle», o «qui infléchit ou modifie une solution ancienne», o ancora «qui rappelle des principes acquis, afin qu'ils ne soient pas perdus de vue ou pour montrer l'attachement de la Cour à des solutions controversées»¹⁶⁵.

L'evoluzione da un sistema di repertorizzazione selettivo ad uno a più ampio raggio, già in realtà avviata in questi ultimi anni¹⁶⁶ ma ulteriormente incoraggiata da recentissime iniziative della *Cour de cassation* assunte a margine di quelle appena descritte¹⁶⁷, può apparire quindi in

¹⁶⁰ F. Galgano, *Dei difetti della giurisprudenza, ovvero dei difetti delle riviste di giurisprudenza*, in *Contr. impr.*, 1992, p. 504 ss. Cfr. anche A. Lacabarats, *Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2007, p. 889 ss.

¹⁶¹ Tuttora illuminante circa la nascita e le finalità di tale genere letterario è la Prefazione di Henri Capitant alla 1ª edizione dei *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, riprodotta anche nelle ultime edizioni curate da F. Terré e Y. Lequette.

¹⁶² P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, 2015, p. 63.

¹⁶³ M. de S.-O.-SE. Lasser, *Judicial (Self-)Portrait: Judicial Discourse in the French Legal System*, cit., p. 1402. Un interessante osservatorio al riguardo è costituito dall'intensificarsi di quel discorso «péri-décisionnel» che si è in precedenza qualificato «à côté»: cfr. E. Grego, *Les discours péri-décisionnel des Hautes juridictions françaises. Analyse de la communication numérique officielle au service d'une diplomatie juridictionnelle*, Thèse soutenue le 18 décembre 2020, Université de Montpellier.

¹⁶⁴ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit., p. 38.

¹⁶⁵ A. Lacabarats, *Les outils pour apprécier l'intérêt d'un arrêt de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 2007, p. 889.

¹⁶⁶ Ma con esclusivo riguardo alle decisioni delle corti d'appello, che dal 2008 sono repertoriate dalla banca dati JuriCA, concepita tuttavia ad uso esclusivo degli operatori giudiziari: cfr. L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation - juin 2022*, cit., p. 34.

¹⁶⁷ Cfr. *infra*, nota 178 e testo corrispondente.

un certo senso contraddittoria o almeno sorprendente, ma ha delle ragioni che attengono, in primo luogo, ad un'evoluzione ormai palpabile del concetto di conoscibilità, intesa sempre più come accessibilità pressoché totale. Con riguardo al fenomeno giurisprudenziale, un aspetto interessante di tale evoluzione è che essa si svolge in ossequio ai dettami di una nuova concezione, più democratica, del potere giudiziario, snodandosi però sempre più attraverso i paradigmi di cui la società civile post-democratica¹⁶⁸ dispone, ovvero quelli offerti dalla tecnologia dell'informazione e della comunicazione *open data*. Inoltre, proprio come avviene nel caso dei dati, l'accresciuta disponibilità delle sentenze della *Cour de cassation* è sempre più preordinata alla loro possibile riutilizzazione, grazie a tecniche avanzate di intelligenza artificiale e di *machine learning*: essi cioè diventano materia prima per l'elaborazione di ulteriori decisioni, in un'ottica di prevedibilità che implica, naturalmente, anche il rinnovato rilievo sia degli argomenti motivazionali sia del quadro complessivo in cui collocarli¹⁶⁹.

Per misurare il riorientamento del formante conoscitivo della giurisprudenza, occorre ricordare che nel suo quotidiano operare, la pubblicazione selettiva delle sentenze della *Cour de Cassation* si è articolata attraverso una gamma differenziata di strumenti sia cartacei che telematici.

Fino al giugno 2021, i quattro livelli di pubblicazione delle decisioni della Suprema Corte francese più rilevanti erano rappresentati da altrettante sigle, in taluni casi anche cumulabili: P, B, R, I. In concreto, il primo livello era incarnato dalla pubblicazione nel *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, che esiste dal 1797. All'avvenuta repertoriatura nel *Bulletin des arrêts*, segnalata dalla lettera «P» apposta sul verbale della decisione, poteva accompagnarsi la pubblicazione nel *Bulletin d'information de la Cour de cassation (BICC)*, avente cadenza quindicinale: tale prassi, assai diffusa e segnalata dalla sigla «P+B» presente sulle relative sentenze, già nella primavera del 2020 era stata ritenuta ridonante, dal momento che, come indicato in un recentissimo *Rapport* commissionato dalla stessa Corte, «des deux niveaux de publication se confondaient pour n'en former plus qu'un»¹⁷⁰. Ad ogni modo, un ulteriore – terzo – livello, sempre sovrapponibile ai primi due, era costituito dalla diffusione nel *Rapport annuel* della *Cour de Cassation*, avente l'obiettivo già evocato di tracciare «des principaux arrêts de la période passée, sous forme de notices de présentation rappelant la question posée, les éventuels précédents et l'apport de cette décision au droit positif»¹⁷¹. Infine, all'interno delle decisioni siglate «P+B+R», era prevista una quarta differenziazione, potendo alcune di esse essere ulteriormente selezionate per essere pubblicate sul sito ufficiale della Corte di Cassazione, previa apposizione della menzione «P+B+R+I».

A questo sistema di repertoriatura selettiva e gerarchizzante si è sostituito, per le decisioni successive al 15 giugno 2021, un nuovo dispositivo più razionale, imperniato sulle lettere

¹⁶⁸ Nell'accezione del concetto fornita nell'ormai classico C. Crouch, *Postdemocrazia* (2000), Roma-Bari, Laterza, 2003.

¹⁶⁹ In questa prospettiva, si noti che già nel 2016 la *Cour de Cassation* aveva organizzato un Colloquio dal titolo “La jurisprudence dans le mouvement de l'open data”, le cui relazioni sono disponibili qui: <https://www.courdecassation.fr/agenda-evenementiel/la-jurisprudence-dans-le-mouvement-de-lopen-data>.

¹⁷⁰ L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence, Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 38.

¹⁷¹ *Ivi*, p. 37.

B, R, L e C. Mentre le prime due sono utilizzate fine di indicare la pubblicazione, rispettivamente, nel *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation* (che ha nel frattempo assorbito il *Bulletin d'information de la Cour de cassation*), e nel *Rapport annuel* (cui sono destinate in media circa 60 decisioni all'anno)¹⁷², la terza lettera segnala che la pronuncia formerà oggetto di un commento ufficiale nelle *Lettres des chambres*, cui ogni cittadino può abbonarsi gratuitamente al fine di avere un quadro tematico delle pronunce più significative delle varie sezioni della *Cour de Cassation* (già contrassegnate dalle nuove sigle «B», «R», o più frequentemente «B+R»), ma anche delle «décisions de moindre portée doctrinale, mais susceptibles d'apporter un éclairage simple aux questions que se posent les citoyens dans leur vie quotidienne»¹⁷³. Quanto alla lettera «C», essa rinvia ad un ulteriore inedito strumento divulgativo, il *Communiqué de presse*, destinato a dare diffusione in tempo pressoché reale alle decisioni suscettibili di avere «un impact sociétal fort ou faisant écho à de grands thèmes d'actualité, que celles-ci aient ou non une portée doctrinale»¹⁷⁴. Un documento ufficiale del 15 giugno 2021 segnala che soltanto le prime due sigle «ont vocation à hiérarchiser les arrêts de la Cour de cassation», mentre le altre due rinviano a supporti aventi solo «fins de communication»¹⁷⁵.

Ben prima di tali sviluppi, cui si sono sovrapposti a partire dall'ottobre 2021 quelli connessi alle politiche di apertura digitale applicate ai dati giurisprudenziali, dal 1999 un canale pubblico di diffusione telematica delle decisioni giurisprudenziali (ma non solo) era assicurato da *Légifrance*, secondo criteri meno restrittivi ma pur sempre selettivi, e inclusivi anche delle pronunce di merito più significative: si stima che ogni anno circa 15000 sentenze della giustizia ordinaria, gran parte delle quali emanate dalla *Cour de cassation*, siano state repertorate da *Légifrance*, contro le circa 1500 pubblicate nel *Bulletin des arrêts*¹⁷⁶.

Con la «loi pour une République numérique», emanata il 7 ottobre 2016, e l'adozione di ulteriori documenti, tanto a carattere normativo quanto a carattere preparatorio di testi normativi, che nel suo solco si sono susseguiti, il dibattito istituzionale francese sul rapporto fra tecnologie digitali e giustizia ha conosciuto un passaggio decisivo¹⁷⁷.

Secondo quanto calendarizzato¹⁷⁸, il 1° ottobre 2021 la *Cour de cassation* è infatti entrata nella «nouvelle ère» dell'*open data*, rendendo liberamente fruibili a partire dal suo sito circa 480000 decisioni, opportunamente anonimizzate¹⁷⁹. L'accesso a questo impressionante *corpus*, cui si sono aggiunte e sempre più si aggiungeranno – in tempo quasi reale, in particolare con riguardo alle sentenze destinate al *Bulletin*¹⁸⁰ – le decisioni rese ogni giorno dai giudici di legittimità, fa ora capo ad un nuovo motore di ricerca, *Judilibre*, anch'esso gestito direttamente dalla Suprema Corte.

¹⁷² Dati riportati nel *Livret de rentrée 2022* (p. 6) disponibile sul sito della Corte: https://www.courdecassation.fr/files/files/Publications/Livret_rentree_2022.pdf.

¹⁷³ *Ivi*, p. 7.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ *La nouvelle classification des arrêts*, 15 giugno 2021 (<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/1640>).

¹⁷⁶ Cfr. J.-M. Sommer, *La Cour de cassation à l'épreuve du numérique et de l'intelligence artificielle*, 9 febbraio 2021 (<https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/278415-la-cour-de-cassation-face-au-numerique-et-lintelligence-artificielle>).

¹⁷⁷ Per un *excursus* delle tappe più significative, v. L. Cadiet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit. p. 41 ss.

¹⁷⁸ *Ivi*, p. 43.

¹⁷⁹ Nouveau site internet - Communiqué de Mme la première présidente, 4 ottobre 2021 (<https://www.courdecassation.fr/print/pdf/node/3295>).

¹⁸⁰ Cfr. <https://www.courdecassation.fr/acces-rapide-judilibre/open-data-et-api>.

Tra le funzionalità più importanti di *Judilibre*, molte delle quali in corso di perfezionamento, particolare rilievo assume la possibilità non solo di accedere ai materiali rilevanti che costituiscono l'antefatto (si va dal testo della sentenza oggetto del *pourvoi* all'*avis* dell'Avvocato generale) di alcune pronunce, ma anche di apprezzare e studiare i rapporti con altre decisioni. Inoltre, per alcune sentenze, è fornita una sintetica descrizione del tema trattato (*titrage*) nonché una sorta di massima ufficiale, elaborata dalla sezione che ha deciso il ricorso (*sommaire*)¹⁸¹.

Il lancio di questo portale è descritto come un successo¹⁸², anche per l'ottica di virtuosa integrazione tra la nuova filosofia *open data* e i dispositivi di differenziazione qualitativa già esistenti che persegue¹⁸³. In prospettiva, peraltro, tutto lascia pensare che le "strade" della gerarchizzazione saranno ulteriormente affinate, sia perché i riferimenti ormai ammessi alle decisioni anteriori contribuiranno a trasformare il *corpus* giurisprudenziale sempre più in una rete ipertestuale, sia perché un'esigenza molto sentita è quella di scongiurare il rischio, segnalato poco sopra, che « les décisions qui ont un intérêt pour l'évolution du droit soient «noyées» dans la masse des décisions de justice diffusées »¹⁸⁴. Verosimilmente, inoltre, la diffusione delle decisioni dei gradi inferiori, anch'essa aumentata in modo vertiginoso con l'avvento degli *open data*¹⁸⁵, non potrà che favorire tale tendenza alla differenziazione.

Per concludere, se è vero, come sottolineato già nel 2017 dal *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, che « [l]a qualité, l'intelligibilité et la hiérarchisation de la production des décisions de justice à la source constituent la seule façon d'identifier les décisions importantes et la jurisprudence normative »¹⁸⁶, non può escludersi che dal neonato processo di acculturazione al senso e all'importanza della motivazione possa germogliare, quasi impercettibile, una cultura dell'unità del diritto più fermamente ancorata al valore del precedente.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Chantal Arens: *une présidence de la Cour de cassation*, in *Dalloz*, 30 giugno 2022, cit.

¹⁸³ Si consideri ad esempio che le sentenze più importanti repertoriate da *Judilibre* – e a cui è possibile limitare la ricerca, utilizzando l'apposito sistema di filtri – recano la menzione delle sigle «B» e «R».

¹⁸⁴ L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 76.

¹⁸⁵ Si noti che a partire dal 21 aprile 2022, le decisioni delle corti d'appello emanate successivamente al 15 aprile dello stesso anno sono anch'esse immesse direttamente nel portale *Judilibre*, così che «alors qu'avant l'entrée en vigueur de l'open data, environ 15 000 décisions étaient diffusées chaque année sur Légifrance, désormais environ trois millions de décisions rendues publiquement par an par les juridictions judiciaires seront accessibles gratuitement en ligne, ce qui représente une multiplication par 200 du nombre de décisions disponibles»: cfr. L. Cadet, C. Chainais e J.-M. Sommer (dir.), S. Jobert e E. Jond-Necand (rapp.), *La diffusion des données décisionnelles et la jurisprudence*, *Rapport remis à la première présidente de la Cour de cassation et au procureur général près la Cour de cassation* - juin 2022, cit., p. 43.

¹⁸⁶ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation*, cit., p. 26 s.

