

CAPITOLO 5

Il metodo del giurista italiano e francese: un confronto

Laurence Klesta Chabaud*

SOMMARIO: Introduzione - I. Alcuni fattori storici di distacco fra i metodi italiano e francese - I.1. Il diritto francese come diritto applicato - I.2. Lo stile argomentativo delle sentenze della *Cour de cassation* - II. Alcuni fattori contemporanei di ravvicinamento fra i metodi italiano e francese - II.1. La struttura del nuovo titolo III, Libro III, *code civil* - II.2. La riforma del primo ottobre 2019 sullo stile delle sentenze della *Cour de cassation* - II.3. Il controllo di conformità delle leggi rispetto ai trattati internazionali.

Introduzione.

Ringrazio gli organizzatori non solo per l'invito a questo bel convegno, ma anche per avermi 'suggerito' il titolo del mio intervento, ossia un confronto di metodo fra il giurista italiano e il suo omologo francese. Il tema, di teoria generale, è, inutile dirlo, vastissimo e, nel breve arco di tempo che mi è concesso, cercherò, per quanto possibile, di aggiungere qualche elemento di diritto comparato.

Introdurrò l'argomento con alcune riflessioni di carattere semantico tratte dalla parola 'metodo' nel senso di ricerca, indagine secondo una sequenza prestabilita. Questa definizione, generale, acquisisce, per il giurista italiano, un ulteriore significato, dogmatico, piuttosto inconsueto per il suo collega transalpino. Infatti, quest'ultimo avrebbe, credo, aggiunto una precisazione per meglio circoscrivere il tema oggetto del mio intervento, parlando ad esempio di *méthode d'interprétation*; oppure avrebbe scelto un'altra parola, e mi viene in mente 'raggiornamento'. Ovviamente siamo sempre discutendo di procedimento mentale volto a risolvere un problema, ma, le parole sono nel nostro campo particolarmente significative e il *raisonnement* mi pare più consone

* Ricercatrice presso il dipartimento di diritto privato e critica del diritto dell'Università di Padova.

al sillogismo giuridico francese dove il giudizio (la *conclusion*) è il risultato di un confronto fra la premessa maggiore, la *règle de droit*, e la premessa minore, i fatti.

Con il 'Metodo' (*Nova methodus*)¹, il giurista italiano si riferisce ad una cultura giuridica che ha le sue radici nella scienza tedesca del XVIII secolo, di cui è rimasta pressoché immune la Francia², dove il diritto ha valore di sistema e i concetti e le proposizioni sono vincolati da un postulato ordinante, l'individuo. Non si tratta, come è stato efficacemente rilevato, solo di un "problema di accertamento dei fatti, ma di scelta di presa di posizioni di valori metagiuridici"³ che, fin dall'inizio del diciannovesimo secolo, periodo in cui furono tradotti gli scritti della scuola Pandettistica, ha impresso nella mente dei giuristi italiani una capacità a valutare le questioni giuridiche secondo, appunto, un metodo dogmatico e astratto⁴.

Fonte di un'argomentazione e di uno stile propri, il Metodo ha dato origine ad un linguaggio specifico, utile all'elaborazione scientifica del diritto e direi 'superfluo' per l'applicazione, tradizionale, del diritto romano comune che caratterizza l'esperienza transalpina. Al riguardo, la parola, "fattispecie", l'immagine del fatto, è emblematica del distacco tra i metodi italiano e francese: il disegno di una situazione descritta solo con qualche connotato tipico, appunto la fattispecie, può, infatti, essere astratta (la situazione tipo descritta nella norma) oppure concreta, in funzione dell'applicazione di una norma, quando se ne riconoscono i connotati⁵. Credo che l'idea di riflesso della norma, inerente la fattispecie, viene meno nella traduzione transalpina, *faits d'espèce*, che rimane perlopiù descrittiva per la semplice ragione che il pensiero giuridico francese non usa uno stile argomentativo astratto e concettuale. Fattori politici, linguistici, culturali in senso ampio, hanno, in vari modi, ostacolato la penetrazione, in Francia, di questo metodo dogmatico (il 'Metodo') verosimilmente perché il Paese disponeva già di un proprio assetto giuridico e non intendeva modificarlo.

In una prima parte, mi soffermerò brevemente sul processo storico che ha influenzato l'indirizzo metodologica francese nell'applicazione della legge (I). In una seconda parte, prenderò in considerazione le nuove prospettive, già in atto, che segnano un ravvicinamento, a volte difficoltoso, di metodo fra Italia e Francia (II).

¹ A. MAZZACANE, "voce" *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, 1981 reperibile su: <https://enciclopediadeldiritto.giuffrefrancislefebvre.it/>.

² Ad eccezione di alcuni giuristi, in particolare Raymond Saleille.

³ U. SCARPELLI, *Il metodo giuridico*, in *Rev. dir. proc.*, 1971, p. 563.

⁴ R. SACCO, *Rapport de synthèse*, in *Travaux de l'Association Henri Capitant - La circulation du modèle juridique français*, XLIV, Litec, 1993, p. 11.

⁵ P. ZATTI - V. COLLUSI, *Lineamenti di diritto privato*, Cedam, 2015, pp. 8-17.

I. Alcuni fattori storici di distacco fra i metodi italiano e francese.

Due aspetti derivanti dalla concezione legalista del diritto francese, che potrebbero risultare a prima vista contraddittori, saranno esaminati: innanzitutto lo spazio lasciato, dalla *loi*, alla giurisprudenza (I.1); seguirà una breve analisi dello stile argomentativo delle sentenze della *Cour de cassation*, emblematico del predominio della legge sulle altre fonti del diritto (I.2).

I.1. Il diritto francese come diritto applicato.

Inizierei con una distinzione tra una visione c.d. 'idealista' del diritto e una, invece, di tipo realista. La prima, caratteristica dell'esperienza rivoluzionaria transalpina, si riferisce al mito della legge quale fattore di unità nazionale e simbolo della ragione universale dedotta in regole positive. Basato esclusivamente sulla legge (la *loi, expression de la volonté générale*), il nuovo ordine giuridico rivoluzionario si reggeva su un sistema giudiziario unico e gerarchizzato incaricato, appunto, di 'eseguire' la legge⁶. Tale prospettiva che impediva al giudice di andare oltre la lettera delle leggi, si è ben presto scontrato con la realtà che Portalis aveva già previsto con il suo concetto di 'leggi opportune'. Queste, limitate ai 'punti di passaggio essenziali della vita in società', incaricavano, implicitamente, il giudice del potere/dovere di creare il diritto, a margine o in base alla legge stessa⁷.

Con la visione "realista" del diritto veniva così riconosciuto alle corti, specialmente alla *Cour de cassation*, il compito, e ciò fin dall'entrata in vigore del *code civil*⁸, di interpretare la legge per renderla applicabile, riferendosi ai lavori preparatori al codice, la cui qualità fu unanimemente riconosciuta⁹. In altre parole si attribuì, in un contesto di relativa stabilità economica e sociale che durò fino alla prima guerra mondiale, un valore empirico alla regola di diritto e quindi alla descrizione dei fatti tramite la concretizzazione di nozioni generali (il buon padre di famiglia) e/o il ricorso integrativo a più fonti, in particolare gli usi¹⁰. Nel corso degli anni, tale aspetto, pragmatico tipico della *caselaw*, fu amplificato dal distacco storico di alcuni testi fondamentali, *in primis*

⁶ C. AMODIO, *Au nom de la loi. L'esperienza giuridica francese nel contesto europeo*, Giappichelli, 2012, p. 27; anche COUR DE CASSATION, *Etude annuelle: Le rôle normatif de la Cour de cassation*, 2018, pp. 15-16 reperibile sul sito: www.courdecassation.fr/

⁷ J. M. E. PORTALIS, *Discours préliminaire sur le projet de la Commission*, Tome I, Travaux préparatoires, p. 476, in Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1856, reperibile sul sito della Bibliothèque nationale de France (BnF) Gallica: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k1061517.r=langFR>.

⁸ Che, a sua volta, rifletteva la prassi giudiziaria dell'*Ancien droit*

⁹ Il *déni de justice* previsto all'art. 4 *code civil*, sanziona, infatti, il giudice che, sul pretesto dell'oscurità o dell'insufficienza della legge, rifiuta di rendere giustizia.

¹⁰ COUR DE CASSATION, *Etude annuelle*, cit., p. 17.

il *code civil* del 1804 rimasto pressoché immutato, senza tuttavia, che il giurista francese rinunciasse alla concezione legalista del diritto.

1.2. Lo stile argomentativo delle sentenze della *Cour de cassation*.

Tradizionalmente, e fino alla riforma del 2019, le decisioni della Corte suprema francese erano redatte secondo lo schema di una frase unica che cominciava con *La Cour* e si chiudeva con il verbo 'casse' oppure 'rejette'. In mezzo vi erano i c.d. 'attendu que', specie di considerazioni dove la Corte presentava gli elementi essenziali di fatto e le decisioni delle corti inferiori nonché i motivi di ricorso.

Brevi e senza riferimento alla dottrina, le sentenze volte ad accertare la legalità delle decisioni delle giurisdizioni di merito, non superavano, di solito, una pagina¹¹. Questo controllo, disciplinare, si rifletteva nello stile argomentativo adottato dalla *Cour* volto a garantire l'uniformità dell'interpretazione e dell'applicazione della legge, 'naturale' specchio della concezione legalista (*légicentrisme*) del diritto: la motivazione della sentenza era contenuta in un riferimento alla legge applicata e/o a un articolo del *code*, che riprendeva la prassi giudiziaria adottata dal *Tribunal de cassation* della fine del XVIII secolo. Come è stato notato, l'arte di interpretare la motivazione della *Cour de cassation*, dove l'uso rigoroso di ogni parola 'calibrato' al caso di specie consentiva alla Corte di esercitare, quasi di nascosto, la sua funzione normativa¹², era un segno distintivo della cultura giuridica transalpina¹³.

Risulta quindi chiara la differenza con lo stile italiano più prolifico e propenso a ordinare, in base a categorie giuridiche astratte, il contenuto del diritto materiale per lasciare spazio alla motivazione: nelle decisioni francesi, lo stato dei fatti non risultava pienamente distinto da quest'ultima e, in assenza di richiami dottrinali e giurisprudenziali, non consentiva una valutazione 'scientifica' del caso, tipica invece, della visione concettuale sistematica del diritto.

II. Alcuni fattori contemporanei di ravvicinamento fra i metodi italiano e francese.

Sono il segno di una frammentazione dell'ordine giuridico transalpino dovuto all'evoluzione del materiale normativo (non solo le leggi e nemmeno i *code*) e all'importanza, ormai assunta, dalle fonti europee. Tratti da recenti riforme, questi fattori hanno introdotto maggiore rigore nel procedimento giuridico francese e incentivato, il più

¹¹ F. RANIERI, *Le droit civil français et la culture juridique française dans la doctrine allemande d'aujourd'hui: un éloignement définitif?*, in *Rev. française de théorie juridique*, 2000, p. 159.

¹² F. MARCHADIER, *Avant-propos*, in *Etude annuelle*, cit., p. 6

¹³ P. RANIERI, *Le droit civil français*, cit., p. 167.

delle volte, un'applicazione più sistematica della norma. Il primo di questi elementi, riguarda la struttura del nuovo titolo III del Libro III del *code civil* (II. 1), il secondo, le modifiche apportate allo stile argomentativo delle sentenze della *Cour de cassation* (II. 2), il terzo, infine, più problematico, il controllo esercitato dalla stessa Corte sulla conformità delle leggi rispetto ai trattati internazionali, in particolare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (II. 3).

II. 1. La struttura del nuovo titolo III, Libro III, *code civil*.

La riforma del diritto dei contratti, della disciplina generale e della prova delle obbligazioni (2016) ha significativamente modificato l'impianto della disciplina codicistica, assecondando il processo di avvicinamento spontaneo dei sistemi domestici¹⁴. Senza entrare nel dettaglio¹⁵, vi sono alcuni elementi, formali, che hanno contribuito a "modernizzare" il metodo transalpino, in un quadro, tuttora fedele all'approccio pragmatico basato sulla giurisprudenza. La c.d. '*codification à droit constant*' utilizzata per novellare il *code civil*¹⁶ è emblematica del riordino normativo della giurisprudenza.

Con la riforma, il 'legislatore' francese si è basato sulla tecnica delle definizioni per meglio identificare alcuni concetti fondamentali, quali l'obbligazione, l'atto giuridico e il fatto giuridico¹⁷. Queste definizioni, poste all'inizio del nuovo tit. 3, quale segno di razionalizzazione della materia, coinvolgono, man mano che si procede nella lettura del codice, concetti più ristretti, ad esempio il contratto sinallagmatico, il contratto commutativo, il contratto di *gré à gré*, ...¹⁸. Soprattutto, vi sono, in questo capitolo intitolato 'Disposizioni preliminari', riferimenti, assenti o meglio non esplicitati prima della riforma, al principio generale della libertà contrattuale, in senso lato (scelta del contraente, del contenuto e della forma del contratto) e al concetto di buona fede, in particolare l'ambito applicativo (*pourparlers*, formazione ed esecuzione del contratto) e la sanzione (norma imperativa).

L'intento dichiarato consiste nel raggruppare una serie di nozioni e istituti in una specie di parte generale per facilitare le ricerche e dare sistematicità all'applicazione della

¹⁴ COUR DE CASSATION, *Rapport groupe de travail* disponibile sul sito: www.courdecassation.fr/.

¹⁵ Il Tit. III ("*Des contrats ou des obligations conventionnelles en général*") diventa "*Des sources d'obligations*" (delle fonti di obbligazioni) e comprende gli art. 1100-1303-4; il Tit. IV ("*Des engagements qui se forment sans convention*") diventa "*Du régime général des obligations*" (Delle obbligazioni in generale) e comprende gli artt. 1304-1352-9, infine il Tit. IV bis ("*De la responsabilité du fait des produits défectueux*") verte ormai sulla prova delle obbligazioni e comprende gli artt. 1353-1386-1.

¹⁶ Detta codificazione vuole reintegrare, senza modifiche, il diritto vivente di origine giurisprudenziale nel *code civil*, v. L. KLESTA, *La riforma francese del diritto delle obbligazioni: un atelier per il diritto codificato?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, II, p. 1543.

¹⁷ Resp. Artt. 1100, 1100-1 e 1100-2. La riforma è stata attuata tramite *ordonnance ex art. 38 Cost.*, fonte ibrida tra decreto legge e decreto legislativo.

¹⁸ Resp. Artt. 1106, 1108, 1110.

regola, arginando, almeno per parte, la principale critica avanzata dai detrattori della novella, ossia l'ingombrante presenza del giudice¹⁹.

II.2. La riforma del primo ottobre 2019 sullo stile delle sentenze della *Cour de cassation*.

In un contesto di frammentazione e di maggiore complessità delle fonti di diritto, la *Cour de cassation* si è attrezzata per salvaguardare l'unità e la coerenza del diritto sul territorio nazionale²⁰. La riforma del 2019 costituisce una tappa importante volta a sistematizzare il diritto giurisprudenziale²¹. Vanno segnalate, alcune novità significative, in particolare: la scomparsa dei c.d. '*attendu que*' e della frase unica a vantaggio di una suddivisione delle decisioni in tre parti, la prima riguardante i fatti e la procedura, la seconda, i motivi di cassazione e la terza, il dispositivo; nonché una motivazione approfondita per le sentenze più importanti, ad esempio in caso di *revirement* o di decisioni sui diritti fondamentali, dove vengono ormai evidenziati il metodo di interpretazione delle fonti, le ragioni alla base della soluzione nonché i riferimenti a casi precedenti e/o studi d'impatto qualora abbiano inciso significativamente sul dispositivo²². Queste modifiche di metodo lasciano inalterato lo stile diretto delle sentenze, tipico della tradizione transalpina, in omaggio, verosimilmente, a Portalis il quale amava ricordare che "le leggi sono fatte per gli uomini" devono, quindi, essere comprensibili a tutti²³.

II.3. Il controllo di conformità delle leggi rispetto ai trattati internazionali.

Questo controllo chiamato di '*conventionnalité*' laddove per "convenzioni" si intende 'trattati', fa parte del pacchetto di riforma che ha coinvolto la *Cour de cassation*²⁴. E' significativo, a mio modo di vedere, della doppia verifica, astratta e concreta caratteristica del metodo concettuale (ed in ciò ricorda la tecnica della "fattispecie") alla quale la Corte francese deve sottoporre le proprie sentenze aventi ad oggetto l'esercizio di un diritto fondamentale tutelato dalla CEDU.

¹⁹ Y. LEQUETTE, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats*, in *Revue des Contrats*, 2015, p. 616.

²⁰ *Rapport de la Commission de réflexion sur la réforme de la Cour de cassation* reperibile sul sito : <https://www.courdecassation.fr>

²¹ V. loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice reperibile sul sito: <https://www.legifrance.gouv.fr>

²² P. DEUMIER, *Motivation enrichie: bilan et perspectives*, in Dalloz, 2017, p. 1783.

²³ "Il (le législateur) ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites", v. J. M. E. PORTALIS, *Discours préliminaire*, cit.

²⁴ Sul controllo di *conventionnalité*, v. P. DUCOULOMBIER, *Contrôle de conventionnalité et Cour de cassation. De la méthode avant tout chose*, in Dalloz, 2017, p. 1778. Il terzo aspetto della riforma della *Cour de cassation* riguarda il filtro dei ricorsi, v. F. FERRAND, *Des circuits différenciés au filtrage des pourvois. La tentation radicale de la Cour de cassation*, *ivi*, p. 1770.