

L'OPINIONE

Il ruolo della Corte di cassazione nella creazione del diritto francese (Prolusione illustrata alla Scuola Superiore S. Anna di Pisa)
di VINCENT LAMANDA

1. È un onore ed un privilegio parlare in questo luogo da secoli dedicato alla conoscenza, come ben lo attesta il motto "*in supremae dignitatis*", grazie al quale l'Università di Pisa conserva il ricordo della bolla pontificale che l'ha istituito.

Permettetemi, a titolo di premessa, di dire, nel momento in cui vi torno per la seconda volta, quanto sia grande il potere di seduzione della vostra città. Essa coniuga felicemente la gloriosa tradizione con la costante ricerca di eccellenza, che la pone tra le prime in Europa.

Desidero manifestarvi la mia profonda gratitudine per l'ospitalità e la sollecitudine di cui sono stato oggetto.

Sono particolarmente sensibile all'invito che mi è stato fatto, di presentarvi l'importanza della Giurisdizione che presiedo, nella creazione del diritto in Francia.

E' lo sguardo di un professionista che vi voglio offrire oggi sul ruolo della Corte di Cassazione nella materia. Uno sguardo che cercherà di guardare nel passato per prevedere il futuro.

Già nel 1804, Portalis, uno dei redattori del codice civile, nel suo discorso di introduzione del testo, ha ritenuto che il compito dei giudici rimane nel "*cogliere il vero significato delle leggi, applicarle con discernimento e sostituirle nelle ipotesi in cui non sono state efficaci*" ⁽¹⁾.

Nessun dubbio, secondo quest'ultimo, sul coinvolgimento dei giudici, ed in particolare i giudici della Corte di cassazione, nell'elaborazione normativa, nella creazione del diritto.

Questo punto di vista, tuttavia, non è sempre stato unanimamente condiviso in Francia.

E non lo è ancora oggi.

Al fine di consentire una migliore comprensione del testo, nella traduzione (di Teresa-Angela Camelio) si è preferito discostarsi dalla semplice traslazione letterale.

(1) Tex: «à les suppléer dans le cas où elles n'ont pas réglés».

Come tutte le nostre istituzioni giudiziarie, la Corte di cassazione è l'erede di una lenta costruzione, fondata sul ruolo di giudice dei nostri re.

Nel Medioevo, il potere più vicino al popolo ⁽²⁾ è quello del signore. Da parte sua, la Chiesa sviluppa delle istituzioni che le sono proprie, il cui funzionamento è legato all'esercizio della sua missione ed allo statuto dei chierici.

Fino al XIII secolo, la giustizia "ordinaria" è rappresentata dai tribunali feudali e da quelli della Chiesa. Ma, nel corso dei secoli, la monarchia si attiva per restituire al sovrano la sua qualità di giustiziere superiore. Anche se nato all'epoca, il principio per cui "ogni giustizia emana dal re" prenderà corpo solo gradualmente, a mano a mano che si estenderanno i poteri dei giudici. E' lo stato di "persona che deve essere giudicata dalla giustizia reale" che trasformerà gli uomini e le donne del tardo medioevo in "soggetti" del re di Francia.

Concepita come un'arma nella riconquista del potere reale contro i signori, le città e la Chiesa, la giustizia reale vede il suo ruolo moltiplicarsi gradualmente, come dimostra il crescente numero di giurisdizioni che sorgono capillarmente nel paese. Queste contribuiscono attivamente all'assimilazione dei territori annessi alla corona. Hanno la prerogativa di rispondere alle nuove esigenze create dalla nascita dello Stato centrale. Sono investite da un ruolo di sostegno al Tesoro reale. Rendere giustizia, a preceduto, in Francia, Francia, l'amministrazione del regno e la riscossione delle imposte.

L'organizzazione giudiziaria che sta per sorgere, apparirà molto complessa e ben poco leggibile alla vigilia della Rivoluzione.

Una distinzione è d'obbligo, allora, fra:

- la giustizia delegata, vale a dire l'insieme dei tribunali reali ai quali il re ha delegato il compito di rendere la giustizia dal suo

(2) Tex: «le pouvoir le plus proche».

L'OPINIONE

nome. Al disopra dei "baillages" (3), dei "senechaussées" e delle diverse giurisdizioni specializzate vi sono i tribunali dei parlamenti, *curiae regis in parlamento*, ed i consigli superiori provinciali o sovrani con un ruolo quasi tanto amministrativo che giudiziario;

- la giustizia trattenuta: se il re ha *delegato* l'esercizio della giustizia, *non ha* per cio' solo, completamente, *alienato* il suo diritto ed il suo dovere di cristiano *di rendere* giustizia, che ha in parte "trattenuto". Egli esercita tale diritto/dovere, sia sopra la gerarchia giudiziaria, sia contro la gerarchia giudiziaria, personalmente o piuttosto nei suoi consigli, *curiae regis in consilio*.

Fra questi, il *Consiglio delle parti* è l'antenato della giurisdizione che ho l'onore di presiedere.

Alcune delle loro caratteristiche sono abbastanza simili. Il primo regolamento di procedura conosciuto per questo consiglio di giustizia, è datato del 18 febbraio 1566. Come spesso accade, sotto il vecchio Regime, è difficile identificare un atto fondatore di un'istituzione che abbia data certa. La creazione pretoriana e la pratica, hanno contribuito a farle riconoscere una generale progressiva funzione. Una certezza tuttavia: la tecnica di cassazione, utilizzata ancora oggi, è molto antica. Essa ha scavato le sue radici molto lontano nella nostra storia, certamente a partire XVI secolo e probabilmente prima. Oggi, la Corte di Cassazione in casi certamente residuali, continua ad applicare l'ultimo regolamento di procedura del Consiglio delle parti, cosiddetto regolamento di Aguesseau del 28 giugno 1738, mantenuto in vigore dalla legge rivoluzionaria all'epoca dell'istituzione della Corte di Cassazione, e mai più abrogata;

- infine, la giustizia concessa: la monarchia fa prevalere l'idea che ogni giustizia non reale sia nata da una concessione esplicita o implicita. Cerca inoltre con ogni mezzo, di indebolire le tre giurisdizioni non reali: signorili, comunali ed ecclesiastici, facendone dei

(3) NdT: Il termine di *bailliage* si riferiva originariamente, sia ad un'entità territoriale (circostrizione amministrativa, finanziaria e giudiziaria) che alla carica che vi era legata. Si trattava della medesima istituzione della *sénéchaussée* e della *gouvernance*.

semplici intermediari locali della giustizia reale. Alla vigilia della Rivoluzione, la complessità del sistema giudiziario è al suo apice. I giudici ed il personale giudiziario, in generale, sono soggetti ad aspre critiche, ampiamente ritrasmesse dai filosofi dell'Illuminismo. Possiamo anche vedere gli ultimi anni del XVIII secolo, come quelli della fine di un sogno politico di una monarchia dei giudici che avrebbe alimentato i tribunali dei Parlamenti?

È questa ,infatti, la chiave lettura di un grande scrittore, uomo politico e diplomatico francese , Chateaubriand: *"I Parlamenti avevano la loro causa da vendicare. La monarchia assoluta aveva recuperato la loro autorità usurpata agli Stati Generali. Le registrazioni forzate, i letti di giustizia, gli esili, rendendo i magistrati più popolari, li spingevano a chiedere delle libertà delle quali, in fondo, non erano sinceri sostenitori. Richiedevano gli Stati Generali, non osando confessare che desideravano ottenere per loro il potere legislativo e politico. Affrettavano in tal modo la risurrezione di un corpo di cui avevano accolto l'eredità, che, riprendendo la vita, li avrebbe ricondotti alla loro propria specialità, la giustizia"*.

I giudici del vecchio Regime, ed in particolare, quelli seduti nei tribunali dei parlamenti o nell'istanza di cassazione dell'epoca, il Consiglio delle parti, si sentivano investiti di una missione primordiale: essere i custodi vigili delle leggi fondamentali del regno.

2. Il termine di legge non aveva lo stesso significato che riveste per noi. La legge era certo l'editto del re, ma ogni nuova dichiarazione reale, iscrivendosi al seguito in una lunga serie, doveva essere analizzata alla luce delle precedenti. Occorreva che rimanesse coerente con esse.

Gli usi e la giurisprudenza giudiziaria, creatrici di norme, completavano questo insieme con l'aggiunta di principi generali.

Per decidere di registrare o no un editto e permettere così la sua applicazione in una provincia, i giudici effettuavano un controllo di conformità della volontà del re con queste regole essenziali che costituivano il fondamento, secondo loro, dell'identità costituzionale della Francia. Quando censuravano una disposizione che

L'OPINIONE

sembrava loro contraria a questa identità, inviavano delle rimostranze al re rappresentandogli lo svantaggio irriducibile della sua decisione.

Con l'introduzione di ulteriori norme di diritto generale ed impersonale attraverso decreti detti "di regolamento", i giudici si arrogavano l'equivalenza di un potere legislativo.

La monarchia assoluta sopporterà sempre più male questo modo di concepire il suo ruolo da parte della magistratura. I parlamentari saranno travolti insieme al re dalla tempesta rivoluzionaria che avevano contribuito tuttavia a provocare.

Dai suoi primi giorni, l'Assemblea Nazionale Costituente si preoccupa per la riforma della giustizia che si conclude con la grande legge del 16/24 agosto 1790. Questo testo fondamentale pone le basi di un'organizzazione giudiziaria semplificata, riducendo in modo significativo i poteri dei giudici.

Poiché i giudici, alla fine del vecchio regime, erano coinvolti nella fronda organizzata contro il potere reale, i rivoluzionari intendono evitare che questi pongano nuovamente ostacolo all'azione dello stato.

Così l'art 13 della legge 16/24 di agosto 1790, sempre in vigore, proclama *"le funzioni giudiziarie sono distinte e rimangono separate dalle funzioni amministrative. I giudici non possono, senza violare i loro doveri pubblici, turbare, di qualsiasi modo, le azioni degli organi amministrativi né citare gli amministratori a ragione delle loro funzioni"*.

Questo principio pone un limite espresso alle prerogative dei giudici e si colloca alle origini di una specificità dell'apparato istituzionale francese che vede coesistere due ordini giurisdizionali: l'ordine giudiziario e l'ordine amministrativo.

Dopo numerosi dibattiti sulla sua natura e sulla sua stessa utilità, i rivoluzionari mantengono l'esistenza di una giurisdizione suprema, originariamente chiamata *"Tribunale di cassazione"*, incaricata di pronunciarsi sulla regolarità dell'applicazione della legge dalle giurisdizioni.

È interessante ricordare che, fino al 1837, quando i tribunali non volevano inclinarsi davanti alle decisioni di questa istanza chiamata, dal 1804, "*Corte di cassazione*", era compito del potere legislativo di modificare la legge che suscitava la difficoltà di interpretazione. La volontà del legislatore era di limitare strettamente il compito del giudice.

La Rivoluzione francese non aveva voluto limitare il potere dei giudici alla sola applicazione della legge, concepita come la norma che emana dalla sovranità nazionale, unica espressione legittima della volontà democratica?

Questa stretta interpretazione influenzerà la concezione francese del dovere del giudice limitato ad una applicazione letterale della legge.

I redattori del Codice civile, imponendo al giudice, all'articolo 4, il dovere di giudicare, anche nel caso "*del silenzio, dell'oscurità o dell'insufficienza della legge*," sotto pena di essere "*perseguito come colpevole di diniego di giustizia*", hanno tuttavia riconosciuto implicitamente che l'applicazione di una legge, necessariamente generale, a casi specifici implica un processo di interpretazione che coinvolge i giudici nella creazione del diritto.

Ma l'articolo 5 ha ben presto limitato questo potere, proibendo "*ai giudici di pronunciarsi per via di una disposizione generale e regolamentare sui casi specifici*". Lo stesso articolo 1351 chiarisce che la decisione di giustizia ha autorità solo relativamente alla singola fattispecie alla quale si riferisce. Il giudice francese non può, quindi, a differenza del suo collega di *common law*, giustificare la sua decisione facendo riferimento ad un precedente.

La Corte di Cassazione si è vista assegnare il ruolo principale riguardo all'indispensabile interpretazione della legge.

La sua importante missione, consiste nel mantenere l'uniformità della sua applicazione, ed, in particolare, nell'annullare le decisioni che ne hanno imposto una falsa applicazione.

L'OPINIONE

Per garantire l'uniformità dell'interpretazione della legge, dovrà necessariamente scegliere, tra tutte le soluzioni possibili, quella che si imporrà in modo naturale a tutti.

Durante gran parte del XIX secolo, la Corte di Cassazione esalterà il culto della legge, con la scuola del "Esegesi", che pretende di trovare nella lettera dei codici e nel pensiero del legislatore la soluzione ai problemi che avrebbero potuto sorgere.

Ma alla fine del XIX secolo questo metodo di interpretazione viene denunciato come apportatore solo di stagnazione e addirittura di sclerosi del diritto .

Si delinea, a questo punto, una nuova ricerca che si preoccupa delle esigenze sociali emergenti e delle idee attuali per dare un nuovo significato alla legge.

Da esegeta del testo, il giudice diventa creatore di norme.

Colpisce la constatazione che in quel momento, tra i magistrati della Corte di Cassazione, si trovavano ex-parlamentari e senatori. Qualcuno diceva che dopo l'istituzione del giudice dalla legge, si assisteva alla realizzazione del diritto da parte del giudice.

In virtù del principio di separazione del fatto e del diritto che caratterizza il procedimento di cassazione, il ricorso non ha possibilità di essere accolto se non é fondato su un mezzo (una giustificazione) che corrisponde ad un caso di cassazione. In sostanza, se non costituisce, in sé, una ipotesi di violazione della legge. Senza tenere conto del fatto che, le decisioni della Corte di cassazione, ad eccezione di quelle delle Sezioni Unite, non rivestono un carattere obbligatorio e che i giudici di merito rimangono liberi di interpretare la legge come meglio credono.

Queste condizioni, a prima vista rigorose non hanno alterato la funzione creatrice della Corte di cassazione. Posta al vertice della gerarchia giudiziaria, essa ha saputo fare adottare le sue posizioni dall'insieme dei magistrati.

Per averne una conferma tangibile sul piano giurisprudenziale, basta ricordare il grande contributo fornito all'adeguamento delle evoluzioni economiche e sociali del diritto della responsabilità civile.

Il comma 1 dell'articolo 1384 del Codice civile del 1804 dispone: «*Non soltanto si è responsabile del danno che si causa dal suo proprio fatto, ma anche di quello che è stato causato dal fatto delle persone di cui si deve rispondere, o delle cose che si ha in custodia*»

Da anni, questo testo è stato considerato come un semplice complemento degli articoli precedenti (1382 e 1383), che enunciano il principio della responsabilità per colpa.

Durante i XIX e XX secoli, lo sviluppo dell'industria e l'uso della meccanizzazione hanno moltiplicato le cause dei danni. Ma, la maggior parte delle vittime non erano in grado di dimostrare una colpa imputabile al proprietario della macchina, del veicolo, i breve, della "cosa", all'origine del danno. L'assenza, a quel epoca, di una protezione sociale organizzata rendeva la situazione insostenibile.

La Corte di cassazione, consapevole del carattere insoddisfacente della risposta della Giustizia ad un fenomeno che era in espansione così come il progresso tecnico, sosterrà che potrà essere presa in considerazione la responsabilità civile del custode della cosa all'origine del danno. Sulla base del primo comma dell'articolo 1384 del codice civile e facendogli dire ben più di quanto dica, la Corte ha stabilito il principio della responsabilità per "danno da cose" (4).

Il fatto che il custode provi di essere esente da colpa, che la causa del danno sia rimasta sconosciuta o che la cosa non abbia un difetto intrinseco, non è sufficiente ad esonerarlo dalla sua responsabilità.

Così, da successive decisioni, la Corte Suprema ha delineato i contorni di una responsabilità oggettiva, affermando che la responsabilità è collegata "alla custodia della cosa, e non alla cosa in sé".

Questi sviluppi giurisprudenziali hanno dato un contributo decisivo all'affermazione di una responsabilità indipendente della colpa, e basata sul concetto di rischio. Rispondendo alle preoccupazioni

(4) Lett.: «responsabilité pour fait de la chose».

L'OPINIONE

della società industriale, provocheranno la reazione del legislatore. Così un famoso caso del 1896 relativo all'esplosione di una caldaia, sarà seguito dalla legge del 9 aprile 1898 sugli incidenti del lavoro, che stabilirà la teoria del rischio professionale.

Si può solo rimanere impressionati dalla ricchezza di questa costruzione pretoriana, elaborata da una sola riga di un solo articolo e soprattutto dal fatto che, essa, ancora oggi, disciplina la responsabilità delle cose materiali nel diritto francese .

Nello stesso modo, nel 1911, la Corte di Cassazione decise che il contratto di trasporto di persone sottendeva, anche se le parti non l'avevano espressamente previsto, un obbligo di sicurezza di risultato che richiedeva al trasportatore di condurre il viaggiatore sano e salvo a destinazione.

Dopo il 1961, nei procedimenti che coinvolgono dei clienti di albergatori, negozianti e artigiani vittime di un incidente nei loro locali, la Corte ha esteso tale obbligo a tutti i professionisti che ricevono la clientela a casa.

Affermando, in una sentenza del 20 Maggio 1930, che tra medico e paziente vi era un contratto, la Corte di cassazione ha gettato le basi per una giurisprudenza che, a tappe, definirà le regole del regime della responsabilità medica. Enunciando il principio secondo il quale l'obbligo del medico è quello di fornire delle cure conformi ai dati scientifici stabiliti, ha concluso che questi non era vincolato che da obblighi di sicurezza , temperati da obblighi di risultato consistenti, da un lato, nel dovere di informazione dei rischi per il paziente, e dall'altro, e nella sicurezza circa la qualità dei dispositivi medici utilizzati o impiantati.

Quasi un secolo dopo avere ricavato dal primo comma dell'articolo 1384 del codice civile, il principio generale dei "*danni da cose*", la Corte di Cassazione nella sua decisione a Sezioni Unite del 29 marzo 1991 ha tratto dallo stesso testo il principio generale di responsabilità "*del danno da persone del quale si deve rispondere*".

Questa sentenza ha segnato il punto di partenza di una nuova costruzione giurisprudenziale, che, da allora, si applica al tutore di un minore, alle istituzioni responsabili degli atti pregiudizievoli

dei minori nella loro cura, e alle associazioni sportive, in seguito ai danni causati dai loro membri durante le competizioni sportive a cui partecipano.

Il passaggio da una società industrializzata ad una società di consumazione a partire da anni '60, ha spinto a riconoscere la necessità di proteggere il soggetto che riceve la prestazione ⁽⁵⁾ rispetto a chi la riceve ⁽⁶⁾ durante la stipula di un contratto. La competenza di quest'ultimo e il suo potere economico gli permettono, se non di dettare la sua legge al primo, almeno, di avere su di lui una certa influenza.

A poco a poco, saranno a carico dei professionisti obblighi non espressamente previsti nel contratto per compensare la debolezza o l'ignoranza dei consumatori.

"Forzando" in un certo senso l'interpretazione del contratto, la Corte di cassazione ha creato la regola secondo la quale il soggetto tenuto alla prestazione è vincolato da obblighi di informazione che gli impongono di indicare al fruitore della prestazione l'importanza dei suoi impegni, anche a costo di dissuaderlo a concludere il contratto se questo potrebbe rivelarsi svantaggioso per lui.

Per evitare che il professionista abusi delle personali competenze per realizzare dei profitti illegittimi, la Corte di Cassazione lo costringe a dividerle con il suo contraente. Quando la diffusione dell'informazione è spontanea da parte sua, si esige che i giudici si assicurano della sua lealtà.

Dal 1994, la Corte ha dichiarato che il banchiere è tenuto ad un obbligo di prudenza nei confronti del mutuatario nella concessione di un credito, obbligo che dovrebbe portare come stabilito il 29 giugno 2007 dalla camera mista, ad avvertirlo in caso di eccessivo indebitamento.

⁽⁵⁾ N.d.T.: consumatore in senso ampio.

⁽⁶⁾ N.d.T.: professionista in senso ampio.

L'OPINIONE

Annulando due sentenze della corte d'appello che avevano respinto la richiesta di indennizzo presentata da mutuatari non avvertiti di alcuni prestiti che una banca aveva elargito malgrado il relativo rimborso superasse la loro capacità contributiva, la camera mista ha affermato il principio secondo il quale una banca non può limitarsi a tenere conto unicamente del suo profitto, ignorando la difficile situazione del suo cliente disinformato. Il contratto di finanziamento è un contratto di mutuo interesse. Il banchiere non dovrebbe perseguire ciecamente il suo esclusivo interesse, ma anche garantire, in qualche misura, la salvaguardia di quello del suo cliente. A questo titolo, dovrebbe aiutarlo, se non a cercare la soluzione migliore, almeno ad evitare quello che potrebbe condurre irrimediabilmente alla rovina del debitore. Il banchiere non può concedere un credito senza informare il suo cliente sui rischi.

Siamo d'accordo, oggi, per dire che la gestione dei rischi e il comportamento delle banche sono in prima linea. In un'epoca in cui l'esigenza di una nuova etica e di una maggiore responsabilizzazione dei differenti protagonisti del settore non si è mai così tanto fatta sentire nel mondo degli affari, la giurisprudenza della Corte di Cassazione non è probabilmente estranea al fatto che la Francia non abbia vissuto alla fine degli anni 2000, la stessa crisi del credito immobiliare degli Stati Uniti o di alcuni paesi europei.

L'attività creativa della nostra giurisdizione si è anche manifestata, negli ultimi anni, con l'applicazione di norme esistenti a nuove situazioni.

In particolare, non si può evitare di menzionare la teoria del conflitto tra vicinato, originariamente fondata sulla colpa, che ora riposa su un principio generale che la Corte di cassazione riprende letteralmente nel visto all'inizio delle sue sentenze di censura, secondo il quale *"nessuno deve causare un conflitto tra vicinato"*.

Questa giurisprudenza continua ed estendere il suo raggio di azione.

Essa ha influenzato il diritto della costruzione, con una sentenza del 22 giugno 2005, assimilando i costruttori ai "vicini occasionali"

dei quali la responsabilità può essere richiesta sulla base del divieto di disturbo.

Questi esempi dimostrano che la Corte di cassazione è in grado di adeguare il diritto positivo ai bisogni della società più velocemente che il legislatore. E' compito della Corte precisare la portata delle disposizioni legislative in relazione alle nuove esigenze sociali procedendo regolarmente ad un ringiovanimento delle sue stesse interpretazioni della legge, più o meno ampie, a seconda delle materie. Questa attività non trova una giustificazione nella frase "*In nome del popolo francese*" scritta all'inizio di tutte le decisioni di giustizia? il Parlamento vota le leggi grazie alla delegazione del popolo sovrano. I giudici applicano le leggi, in nome del popolo.

Se questo vale per tutte le epoche, l'opera del giudice si impone ancora di più nell'epoca contemporanea, durante la quale si constata che i cittadini sono più interessati dalla Giustizia, non solo per risolvere le molteplici controversie pubbliche e private, ma altresì per dare pieno valore alle linee che, da più di un mezzo secolo, strutturano il nostro spazio giuridico.

Non è possibile non ricordare, a questo punto, il ruolo fondamentale che la Corte di Cassazione ha svolto per dare piena efficacia alla dimensione europea del nostro diritto.

3. Ai sensi dell'articolo 55 della nostra Costituzione, "*I trattati o accordi regolarmente ratificati o approvati hanno, al momento della pubblicazione, un'autorità superiore a quella delle leggi, con riserva per ogni accordo o trattato della sua applicazione dall'altra parte*".

La Corte di cassazione ne ha concluso, in una sentenza del 24 maggio 1975, che il giudice nazionale era tenuto a fare prevalere il diritto comunitario sul diritto interno, anche posteriore, di segno contrario.

Ha poi affermato che il giudice era tenuto a garantire l'applicazione di un diritto interno conforme alle esigenze della convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fon-

L'OPINIONE

damentali, scartando l'applicazione del diritto nazionale in caso di incompatibilità.

Nelle sue decisioni, il giudice francese si riferisce naturalmente a concetti desunti dal *corpus* europeo: la proporzionalità, l'efficacia o l'uguaglianza delle armi che inondano oramai tutto il campo della giurisprudenza influenzando il modo di procedere e l'etica dei giudici della Corte di cassazione così come delle giurisdizioni di merito.

Uno degli esempi più notevoli di questa evoluzione dei rapporti tra il legislatore e il giudice di cassazione, sotto l'impulso del diritto europeo, è quello delle leggi di convalida.

Le leggi della convalida sono una pratica comune sia per rimediare all'annullamento di un atto, sia per limitare gli effetti di una decisione di giustizia, sia per sconfiggere l'interpretazione della norma dal giudice, sostituendola con una nuova regola retroattiva. Esse mettono in causa il principio della separazione dei poteri e la garanzia dei diritti individuali.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo riconosce la validità delle leggi di convalida, solo in materia civile, se sono giustificate da "*motivi imperativi di interesse generale*".

È in applicazione di questa giurisprudenza che l'assemblea plenaria della Corte di cassazione, in una sentenza del 23 gennaio 2004, ha approvato la decisione di una Corte d'appello rifiutando di applicare una legge di convalida "*di cui non risulta né dal testo, né dai lavori parlamentari che il legislatore abbia voluto rispondere ad un imperante motivo di interesse generale per correggere (una) interpretazione giurisdizionale (...) e dare a questa legge una portata retroattiva nello scopo di influenzare l'esito dei litigi in corso.*"

Questa decisione è tanto più notevole, in quanto la legge di convalida in data del 11 dicembre 2001 era stata sottoposta, senza che vi fosse alcuna causa di inconstituzionalità, al controllo preventivo del Consiglio costituzionale.

Alla qualificazione di "para-legislatore», data alla Corte di Cassazione, si potrebbe anche aggiungere quella di censore della legge.

Recentemente, l'entrata in vigore della riforma costituzionale ha introdotto nel nostro ordinamento, un controllo "a posteriori" della costituzionalità, per via eccezionale, e ha dato l'opportunità alla Corte di Cassazione di contribuire a riaffermare la forza degli impegni europei della Francia.

Dal 1 marzo 2010, il Consiglio costituzionale può essere infatti investito, tramite il filtro della Corte di Cassazione o del Consiglio di Stato, di una questione prioritaria di costituzionalità (QPC) da parte di qualsiasi cittadino che, con un'istanza depositata presso una giurisdizione che fa parte di uno dei nostri due ordini giurisdizionali, amministrativo o giudiziario, contesti la conformità di una disposizione legislativa ad un diritto o ad una libertà garantita dalla Costituzione. Il giudice non può mai, secondo la legge, porre una tale domanda automaticamente. Solo una parte può farlo.

Questa possibilità di mettere in dubbio la costituzionalità di una legge, e di ottenere la sua abrogazione, è ovviamente un progresso verso un migliore stato di diritto.

Nell'ipotesi in cui siano poste simultaneamente una questione di costituzionalità di una legge ed una questione circa la sua compatibilità col diritto europeo, il carattere prioritario, esplicitamente conferito dal legislatore all'esame di costituzionalità, comporterebbe tuttavia il rischio di relegare in secondo piano le libertà iscritte nei testi dell'unione europea. Il controllo di compatibilità non sarebbe allora, in qualche modo, subordinato al controllo di costituzionalità?

In un caso che coinvolgeva la libertà di circolazione all'interno dell'Unione europea, la Corte di Cassazione, nel suo pieno ruolo di custode delle libertà individuali, ha trasmesso, il 16 aprile 2010, una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea per la fine di risolvere le violazioni denunciate, riguardanti, al contempo, il mancato rispetto della Costituzione francese e del diritto comunitario.

Con una decisione del 22 giugno 2010, la Corte di Giustizia dell'Unione ha ammesso la novità rappresentata dal controllo prioritario

L'OPINIONE

di costituzionalità , ma solo a condizione che il giudice francese possa prescrivere, senza ritardo, tutte le misure necessarie per garantire la protezione giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

La Corte di Cassazione, nel caso di specie, non potendo agire in via conservativa, non ha tenuto conto delle nuove disposizioni che prevedono l'esame prioritario della questione di costituzionalità.

Il ruolo di ausiliario, per così dire, di censore del legislatore che svolge a volta la Corte di cassazione, non è forse minacciato da questa ultima riforma costituzionale?

In una decisione resa il 6 ottobre 2010, il Consiglio costituzionale ha affermato che *"Nel porre una questione prioritaria di costituzionalità, ogni cittadino ha il diritto di contestare l'effettiva portata costituzionale che un' interpretazione giurisprudenziale costante conferisce ad una certa disposizione"*. E in un'altra decisione, ha qualificato di costante la giurisprudenza che risultava da un'unica sentenza di una camera della Corte di Cassazione. Il servizio giuridico del Consiglio costituzionale ha commentato : *"Se la creazione della "QPC" ha stabilito un controllo astratto e a posteriori delle leggi, è riconosciuto ai cittadini il diritto di contestare la legittimità costituzionale di una disposizione di legge applicabile ad un litigio" . Il richiedente che pone una QPC, ha il diritto che sia considerata la costituzionalità di una disposizione di legge come è interpretata o applicata, cioè considerando la portata effettiva conferita dall'interpretazione giurisprudenziale costante"*.

Da questa affermazione, sembrerebbe che il Consiglio costituzionale si riconosca il diritto di controllare la giurisprudenza della Corte di cassazione.

L'ufficio legale del Consiglio costituzionale ha affermato che è stato ispirato dalla decisione della Corte Costituzionale italiana n. 3 del 1956, che afferma di tenere nella giusta considerazione *"l'interpretazione giurisprudenziale costante che conferisce al il principio legislativo il suo valore effettivo nella vita giuridica, se è vero -come è vero- che le norme non sono come sembrano, scritte in modo astratto, bensì', come emergono dal lavoro quotidiano del giudice, che opera per renderle concrete ed efficaci. "*

Se si considera -cosa che é perfettamente ammissibile- che la giurisprudenza fa corpo con la legge, perché dovrebbe diventerebbe separabile quando il Consiglio costituzionale l'esamina? Non è la legge interpretata dal giudice che il Consiglio abrogherà - ciò che avrebbe un senso - ma solo la giurisprudenza. Il testo, rimanderà conforme alla costituzione, a condizione che i giudici l'interpretano come lo indicherà e che sarà inevitabilmente diverso da quello finora prevalente.

Con la scusa del rafforzamento delle libertà fondamentali, lasciare il Consiglio costituzionale censurare la giurisprudenza della Corte di cassazione, non sarebbe che un modo, in fin dei conti, per sot-tomettere l'autorità giudiziaria, la cui indipendenza è garantita costituzionalmente, ad un controllo di un ordine separato, controllo più politico che giudiziario.

Si può sostenere, molto verosimilmente, che, a a breve, le giurisdizioni europee obbligheranno il legislatore francese a modificare la composizione del Consiglio costituzionale. Ma, a quel momento, più o meno vicino, non saremmo tornati al punto di partenza di questo discorso? Non saremmo in presenza di giudici con la possibilità, sul conto delle leggi fondamentali della Francia, di annullare la volontà del sovrano, cioè quella espressa nella legge dai rappresentanti del popolo? Di giudici che scrivono loro stessi la legge, grazie alle loro "riserve di interpretazione" della giurisprudenza, e che obbligano tutti i magistrati, a qualunque grado e giurisdizioni essi appartengano, a darne la stessa lettura?

Il ritorno del governo dei giudici e dei "*arrêts de règlement*", così detestato dalla fine dell'Ancien Régime, non sarebbe più che presagito? Non bisognerebbe temere per la stessa sopravvivenza della Corte di cassazione? Potrebbe questa sopravvivere all'istituzione di una Corte suprema? Il suo scopo essenziale, l'interpretazione della legge non sarebbe più la sua prerogativa esclusiva.

L'OPINIONE

6. Qualcuno teme questa prospettiva. Qualcuno se ne rallegra. Vorrei tuttavia concludere con una nota ottimistica. La Corte di Cassazione merita di avere ancora un bel futuro .

Una volta affermato il principio dell'applicazione della realtà concreta alla fattispecie astratta, che gli conferisce la sua effettiva consistenza giuridica, il giudice di merito diventa un suo obbligato intermediario nella messa in opera concreta di tale principio.

Istituito per pronunciarsi in occasione del caso specifico, il giudice, nondimeno, conserverà il suo ruolo fondamentale nell'interpretazione della legge.

Come diceva il professore Jean Carbonnier *"Il giudice non è uno schiavo incatenato dalla logica"* ad una norma astratta e impersonale, *"una macchina da sillogismo"*, ma *"un uomo (...) che giudica tanto con la sua conoscenza delle regole e della logica, quanto con la sua intuizione e sensibilità"*.

La legge è il giudizio sono due elementi correlati, ma irriducibili. La legge è l'inizio, la sentenza è la fine. Ma se la legge non può fare a meno della sentenza, non si può affermare il contrario, la mancanza della legge non può fermare il corso della giustizia.

Erede di una lunga tradizione, la Corte di cassazione non vuole adottare una concezione rigida del suo ruolo, né cedere alla tentazione incontrollata di un "attivismo" disordinato.

Domani continuerà a svolgere pienamente la sua missione: restituire la loro portata ai testi di cui è incaricata di assicurare la corretta applicazione, e riaffermare ogni giorno, con le sue decisioni, l'adesione dei cittadini nella nostra democrazia.