



ALBERTO MATTIA SERAFIN

Il «precedente» nel diritto italo-europeo e l'ausilio della *corpus-assisted legal linguistics* nella costruzione discorsiva della decisione

Il saggio indaga il tema del «precedente giudiziale» alla luce degli approdi ai quali è pervenuta una corrente gius-filosofica tedesca, denominata «Structuring Legal Theory», anche con riferimento ai risvolti linguistici e semantici condensati nella c.d. «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

The essay is focused on the issue of «judicial precedent» in light of the conclusions reached by a German legal-philosophical current, called "Structuring Legal Theory", also with reference to the linguistic and semantic implications condensed in the so-called «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

Sommario: 1. Introduzione. – 2. L'influenza culturale della «Structuring Legal Theory». – 3. Il ruolo del «precedente». – 4. L'apporto della linguistica e la «Corpus-Assisted Legal Linguistics».

1. Introduzione

Il presente contributo muove dalla premessa general-teoretica, solo apparentemente stipulativa, stante in ciò, che nessun problema giuridico si presta ad essere rettamente indagato, pretermettendo l'adesione – consapevole ed esplicita – ad un'impostazione «scolastica» di fondo.

Tale chiave di lettura si risolve – per «scelta» (si badi, non volontaria, ma imposta dalla legalità costituzionale, oltreché europea: arg. ex artt. 54, 101, 117 cost.¹) – nella presa d'atto sequenziale: (i) dell'esistenza, accanto alla «legge», di fonti di rango superiore, peraltro non di rado incorporanti precetti, che non soddisfano logiche ipotetiche («se A, allora B»); (ii) dell'ineludibile attitudine di tale policentrismo normativo ad ottundere il paradigma normativo di stampo condizionale, dacché tanto la componente protasica («fatto») della fattispecie, quanto quella apodosica («effetto»), si mostrano oramai refrattarie a lasciarsi qualificare da fonte univoca; (iii) della potenziale illimitatezza di soluzioni scaturente dal concorso di tali fonti nella valutazione (tanto fattuale, quanto effettuale) del caso concreto e della conseguente accentuazione – salva la serialità – di una sua tendenziale irripetibilità; (iv) della dilatazione (non già del vituperato arbitrio, bensì) della «responsabilità» dell'operatore giuridico, chiamato a dare giustificazione – mercé la motivazione – della scelta dei dispositivi normativi coinvolti, nonché delle relative varianti combinatorie (non più «testuali», ma «inter-

¹ Su questo ampio tema, v. da ultimo il *magnum opus*, nel quale si articola il contributo di P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, 4ª ed., Napoli, 2020, voll. I-V.

testuali»); ed infine (v) dell'esigenza, in tal contesto, di ripensare integralmente il problema del «precedente».

A quest'ultimo profilo, sono precipuamente dedicate le seguenti brevi riflessioni.

2. L'influenza culturale della «Structuring Legal Theory»

Da un punto di vista costruttivo (che, cioè, non si limiti a denunciare la rassegnata «crisi della fattispecie»², ma che, pur non negandola, assuma questa quale punto di partenza d'una nuova prospettiva euristica), l'invocazione della *auctoritas rerum similiter iudicatarum* costringe a rimeditare i termini di un tale giudizio di «somialianza».

A tal fine, ci si avvarrà degli esiti ricostruttivi raggiunti dalla corrente – fra le più innovative della gius-filosofica tedesca contemporanea³ – facente capo al Prof. Friedrich Müller: la c.d. «Structuring legal theory» (d'ora in avanti, “SLT”)⁴.

Si tratta di un orientamento «post-positivista», il quale mira ad evidenziare – con il supporto della linguistica (cfr. *infra*, § 3) – come il contenuto d'una norma non possa essere desunto semplicemente dagli *statute*, cosicché la «normatività» non rappresenterebbe più una caratteristica «sostantiva» dei testi codificati, ma un processo fattuale costantemente in atto. L'interrogativo «what really and *in actual fact* happens when judicial decisions are made?» non può trovare risposta, ad avviso di questa corrente, solamente in quelli che vengono definiti «norm-texts».

“Court decisions – come invero si argomenta – are arrived at as a result of textual engagement with enacted law-texts (this is genetic concretization that draws on expressions deriving from the precedence of statute law) as well as with texts from textbooks, commentaries and monographic research (these are the dogmatic and theoretical elements of the concretization) and finally with material from precedents and international comparative law”⁵.

Questa linea teorica ha avuto sviluppi particolarmente significativi nell'ambito degli studi di semantica. In particolare, uno dei suoi più autorevoli rappresentanti, il Prof. Dietrich Busse,

² Chiara l'allusione a N. IRTI, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 38 ss., ora in *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 19 ss., e *Id.*, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 36 ss., ora in *Id.*, *Un diritto*, cit., p. 33 ss., ai quali si può aggiungere – da ultimo – *Id.*, *La necessità logica della fattispecie (intorno a una definizione leibniziana)*, in *Ars interpretandi*, 2019, p. 147 ss.

³ Un quadro complessivo è in M. KLATT, *Contemporary Legal Philosophy in Germany*, in *ARSP*, 2007, p. 519 ss., spec. 526 ss.

⁴ Cfr. F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent in Modern Continental European Law from the Perspective of “Structuring Legal Theory”*, in *Stellenbosch Law Review*, 2020, p. 426 ss. Il pensiero dell'A. può essere approfondito consultando altresì *Id.*, *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*, Berlino, 1989; *Id.*, *Strukturierende Rechtslehre*, 2^a ed., Berlino, 1994; *Id.*, *Methodik, Theorie, Linguistik des Rechts. Neue Aufsätze (1995- 1997)*, Berlino, 1997; *Id.*, *Basic Questions of Constitutional Concretization*, in *Rutgers Law Journal*, 2000, p. 325 ss.

⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 427.

muove dall'assunto che la *Auslegung* non può che involgere – anche da un punto di vista etimologico – la dimensione della «esplicazione» e della «interpretazione» dei «law-text»⁶.

In particolare, il concetto di «applicazione» del diritto – carnapiamente inteso come «estensione» della stesso – si connoterebbe per un'intrinseca carica «duale»: da un lato, v'è il «testo»; dall'altro, la «situation of everyday life», alla quale il testo stesso (ovvero una sua parte) «[...] can be applied»⁷.

In tale contesto, il classico approccio semantico di tipo «lessicale» (c.d. «check-list semantics») si mostrerebbe del tutto inadeguato, in quanto solo la teoria dei «frames» – o «schemata» o «scripts», elaborata e sviluppata da Charles Fillmore – sarebbe idonea a spiegare compiutamente l'attuale funzionamento dell'esperienza giuridica⁸.

Quando, ad esempio, si usano parole quali «buy», «sell», «pay» o «deliver», esse – a parere di Busse – non vengono intese isolatamente, ma in un contesto che, per quanto non si manifesti esplicitamente, è comunque presente nella «working memory» degli operatori⁹.

In questa direzione, l'A. è portato a sottolineare la «specificità» del «juridical working» rispetto a qualsiasi altro approccio – sia esso linguistico o filosofico – alla «semantics»¹⁰. Il «text-understanding» in campo giuridico, cioè, non sarebbe guidato solo, per così dire «epistemicamente», dalla “available encyclopedic knowledge of the recipients”, bensì anche, appunto «volizionalmente», dai loro “[...] intentions and interests”¹¹.

⁶ Così D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, in F. OLSEN, A. LORZ e D. STEIN (a cura di), *Law and Language: Theory and Society*, Düsseldorf, 2008, p. 239 ss., 239. Dello stesso A., v. anche ID., *Historische Semantik*, Stoccarda, 1987; ID., *Textinterpretation. Sprachtheoretische Grundlagen einer explikativen Semantik*, Opladen, 1991; ID., *Recht als Text. Linguistische Untersuchungen zur Arbeit mit Sprache in einer gesellschaftlichen Institution*, Tubinga, 1992; ID., *Juristische Semantik. Grundlagen der juristischen Interpretationstheorie in sprachwissenschaftlicher Sicht*, Berlino, 1993; ID., *Bedeutungsfeststellung, Interpretation, Arbeit mit Texten? Juristische Auslegungstätigkeit in linguistischer Sicht*, in U. HÄR-ZUMKEHR (a cura di), *Sprache und Recht*, Berlino-New York, 2002, p. 136 ss.; ID., *Architekturen des Wissens. Zum Verhältnis von Semantik und Epistemologie*, in E. MÜLLER (a cura di), *Begriffsgeschichte im Umbruch*, Amburgo, 2005, p. 843 ss.; ID., *Diskurslinguistik als Kontextualisierung: Methodische Kriterien. Sprachwissenschaftliche Überlegungen zur Analyse gesellschaftlichen Wissens*, in I. WARNKE (a cura di), *Diskurslinguistik. Methoden – Gegenstände – Grenzen*, Tubinga, 2006, p. 81 ss.

⁷ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 241. Le differenze fra «interpretazione» e «applicazione» sono ben chiarite – presso di noi – da R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 2004, p. 13 ss., ma cfr. anche le precisazioni di P. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione. Profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. giur.*, 1975, p. 826 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 26 ss.; ID., *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole*, cit., p. 273 ss.

⁸ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 241.

⁹ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 246.

¹⁰ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 247.

¹¹ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 247.

La conclusione di Busse, a questo riguardo, è netta: “the juridical work of interpretation therefore cannot be measured by a normal concept of language- or text-understanding”¹². In questa prospettiva, è, dunque, il concetto stesso di «applicazione» a dover essere rivisitato. Tradizionalmente inteso, esso postula la «primazia» del testo medesimo rispetto alla sua applicazione: “first, there is the text, and then come interpretation and application”¹³. Viceversa, codesta priorità temporale e logica non si darebbe nell’argomentare giuridico, in quanto – come osserva persuasivamente Busse – “the case searches the text suitable for it”¹⁴. Dinanzi al caso, il primo *step* è dunque rappresentato dalla ricerca, da parte dell’operatore giuridico, del testo idoneo: “the ‘application’ has the priority over the ‘applied object’ (the text)”. Ma il problema qui si complica, poiché la decisione del caso non postula – come si è tentato brevemente di chiarire in premessa – la consultazione di un solo testo, bensì di una conglomerazione di “[...] text or text-parts of different origin (from the same law, from another law, from high-court decisions, from legislative materials, from the commentaries, etc.)”¹⁵. Questo passaggio è denominato da Busse come «decision-relevant» o «decision-preparing text»: il «testo», cioè, degrada qui ad una funzione di «instrumentality», rispetto alla decisione del caso. “The text – chiosa, quindi, il nostro Autore – is not at all an instrument in act of application, but it is an instrument in the act of problem-solving or decision-making”¹⁶. Il problema linguistico – in tale frangente – è almeno apparentemente destinato a recedere, in quanto gli operatori del diritto si caratterizzerebbero, a voler usare il linguaggio degli studiosi dei fenomeni c.dd. conversazionali, per un alto «degree of preparedness», ove le parole s’inseriscono in una sfera epistemica di «frames» pre-attivati (c.d. «orizzonte»). Le parole stesse, allora, fungono da meri «pointers», ai quali è propria l’attitudine di selezionare e, quindi, focalizzare le parti d’un discorso dotato di significato, nel quale tuttavia gran parte del processo significativo è, appunto, svolto dai «frames».

Una plastica riprova di ciò è rintracciata dal Busse nelle pagine di un commentario ad un articolo non poco controverso: il § 242 dello *Strafgesetzbuch* (“StGB”), come noto incriminante il furto. Tali glosse – sviluppate in oltre ottanta capitoli – contengono il riferimento ad oltre mille altri testi giuridici (tra i quali ben trecentocinquanta decisioni giudiziarie), sicché il “significato” di codesta norma non può che compiutamente svelarsi in una complessa rete di relazioni «inter-testuali» o «epistemiche».

Solo questo complesso groviglio di rimandi – di «semantic ramifications», com’egli elegantemente le definisce – sarebbe quindi in grado di determinare il «meaning» di quel paragrafo.

¹² D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹³ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹⁴ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 248.

¹⁵ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 249.

¹⁶ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 249.

È ovvio, allora, che, se si volesse scientificizzare il fenomeno, non si potrebbe parlare più di «word-meaning», e neppure di «sentence-meaning», ma di «frame» o, meglio, di «frame-web» (concetto, questo, che va affermandosi anche nella semantica cognitiva)¹⁷.

In questo contesto – per quel che ora più interessa – il «processo» non potrebbe essere descritto come “beginning with the law text and leading to the case”, ma – all’esatto opposto – come “beginning with the case and leading to the law text (or better: law texts)”¹⁸.

Il ruolo dello strumento linguistico – come opportunamente evidenziato da uno dei più recenti epigoni della SLT – non è più, conseguentemente, solo quello di fungere da *medium* per «condividere» e «negoziare» norme, ma anche quello, che rileva massime in uno stato costituzionale, di trasformare la forza brutta dei conflitti sociali in una «semantic struggle», dalla quale a uscire vittorioso è solo chi si provi di trovare meritevoli e più persuasivi argomenti¹⁹.

3. Il ruolo del «precedente»

Le considerazioni di cui sopra ci sembrano propedeutiche ad una radicale rivisitazione del ruolo del «precedente giudiziale»²⁰.

¹⁷ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 252.

¹⁸ D. BUSSE, *Interpreting Law: Text Understanding – Text Application – Working with Texts*, cit., p. 254.

¹⁹ F. VOGEL, *Calculating legal meanings, Drawbacks and Opportunities of Corpus-Assisted Legal Linguistics to Make the Law (More) Explicit*, in J. GILTROW e D. STEIN (a cura di), *The Pragmatic Turn in Law. Inference and Interpretation in Legal Discourse*, Berlino-Boston, 2017, p. 287 ss.

²⁰ Nella nostra letteratura, abbiamo consultato al riguardo G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, in *Enc. giur.* Treccani, XXIII, 1990, p. 1 ss.; U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario e stare decisis*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIV, Torino, 1996, p. 148 ss.; F. GALGANO, *Stare decisis e no nella giurisprudenza italiana*, in *Contr. impr.*, 2004, p. 1 ss.; Id., *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, *ivi*, 2017, p. 77 ss.; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell’ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, c. 279 ss.; Id., *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, p. 533 ss.; Id., *Nomofilachia e “diritto vivente” nell’esercizio della giurisdizione*, in A. DIDONE (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Milano, 2014, p. 601 ss., ora in Id., *Magistratura giustizia società*, Bari, 2020, p. 331 ss., da cui si citerà; Id., *Il precedente nella giurisprudenza*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato: i precedenti*, Bologna, 2018, p. 89 ss., ora in Id., *Magistratura*, cit., p. 349 ss., da cui parimenti si citerà; M. ESPOSITO, *Lurisdiction in genere sumpta: il rapporto tra legge e giurisdizione nella prospettiva della domanda giudiziale*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 812 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 6 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in *Foro it.*, 2012, c. 305 ss.; Id., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 364 ss.; N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 1539 ss.; G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi “falsi amici”*, in *Contr. impr.*, 2017, p. 1073 ss.; S. SICA, *Il valore del precedente: attuale dimensione del diritto “vivente”*, in *Federalismi*, 2018, p. 1 ss.; G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle «nomofilachie di settore»*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, p. 1443 ss.; A. VALITUTTI, *Precedente giudiziale e argomento «ex auctoritate»*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 494 ss.; M. ESPOSITO, *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 1007 ss.; E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa tra civil law e common law*, in *Contr. impr.*, 2020, p. 1447 ss.; A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione. Il ruolo degli operatori giuridici e in ispecie del notaio*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 66 ss., spec. 76 ss. Da ultimo, un’ottima e recente ricostruzione storica è in U. PETRONIO, *Il precedente negli ordinamenti continentali di antico regime*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 949 ss.; per sviluppi evolutivi, non meno significativi, infine, G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in *Riv. dir. civ.*, 2020, p. 277 ss., spec. 288 ss.

Per la SLT, infatti, il «pre-cedente» (*Präjudiz*) non può essere inteso solo da un punto di vista «cronologico», ossia come caso, che, appunto, ne «pre-cede» un altro; esso è – o, forse, rischia di diventare – anche «pre-giudizio» (*Vor-Judiz*), «pre-decisione» (*Vor-Entscheidung*) o «pre-cetto» (*Vorschrift*).

Senonché, mentre nel mondo di *common law*, esso sarebbe davvero positiva «pre-condizione» (*Vorbedingung*) per la «giustizia» della successiva decisione, nei sistemi di *civil law*, viceversa, il «pre-cedente» non dovrebbe «pre-decidere» alcunché: “such a decision – scrive sempre Müller – may be interesting, may ease my argumentative burden, may reassure me and may even induce me to disagree or give a dissenting judgement”, ma “[...] an earlier judgement can [...] not bind me or tell me what, in terms of the code, is ‘right or wrong’, ‘legal or illegal’”²¹.

La situazione, che s’impone all’operatore del diritto, il quale intenda «discostarsi» dal precedente – per quanto “impressive and/or eminent” esso sia – è correttamente qualificata da Müller in termini di «dovere»²².

²¹ F. MÜLLER, *Observation on the Role of Precedent*, cit., pp. 427-428. Ora, sebbene la distinzione tra le due esperienze giuridiche sia, proprio nel contesto del «precedente», divenuta oramai classica (v., esemplarmente, U. MATTEI, voce *Precedente giudiziario*, cit., p. 148), essa non merita tuttavia d’essere esasperata. Invero, fra le convergenze «inter-sistemologiche» tra i due «mondi» giuridici deve segnalarsi, anzitutto, la «statutorification» del diritto consuetudinario, per usare la celebre dizione di G. CALABRESI, *A Common Law for the Age of Statutes*, Cambridge, 1982, p. 1 ss., 1. Il che, peraltro, secondo una tendenza già precocemente segnalata da E. BRUNCKEN, *The Common Law and Statutes*, in *The Yale Law Journal*, 1920, p. 516 ss., ma specialmente – eppure sempre in tono critico – da S. WILLISTON, *Written and Unwritten Law*, in *American Bar Association Journal*, 1931, p. 39 ss., e quindi da F.H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at Codification*, in *Inter American Law Review*, 1960, p. 1 ss. Per altro e opposto verso, va evidenziata la «giurisprudenzializzazione» del diritto scritto: da noi, cfr. i saggi raccolti in S. MAZZAMUTO e L. NIVARRA (a cura di), *Giurisprudenza per principi e autonomia privata*, Torino, 2016, nonché quelli che si leggono in C. SALVI (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, sebbene una diversa impostazione possa invece al riguardo trovarsi in G. PERLINGIERI e G. CARAPEZZA FIGLIA (a cura di), *L’«interpretazione secondo Costituzione» nella giurisprudenza. Crestomazia di decisioni giuridiche*, I e II, Napoli, 2012, 2021.

Sul fenomeno della «convergence», v. da ultimo il saggio di J. LYN ENTRIKIN, *The Death of Common Law*, in *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 2019, p. 351 ss., spec. 445 ss., ma anche già M.N. MARCHENKO, *Convergence of Romano-Germanic and Anglo-Saxon Law*, in *Journal of Comparative Law*, 2010, p. 211 ss.; J.L. FRIESEN, *When Common Law Courts Interpret Civil Codes*, in *The Wisconsin International Law Journal*, 1996, p. 1 ss., spec. 8 ss.; R.F. UTTER e D.C. LUNDSGAARD, *Judicial Review in the New Nations of Central and Eastern Europe: Some Thoughts from a Comparative Perspective*, in *Ohio State Law Journal*, 1993, p. 559 ss. Da noi, v. invece U. MATTEI e L. PES, *Civil Law e Common Law. Verso una convergenza?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, p. 183 ss.; M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, 1993, c. 431 ss., spec. 439 ss. Dei lavori già da noi citati, spunti su ciò si trovano infine in G. ALPA, *La regola del precedente*, cit., p. 1074 ss.; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 7, nt. 3; 8, nt. 4; E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza come fonte normativa*, cit., p. 1449 ss.; M. ESPOSITO, *lurisdictio in genere sumpta*, cit., p. 816 ss.; R. RORDORF, *Nomifilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 337 ss.; G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto*, cit., p. 369 ss.; G. ZACCARIA, *Figure del giudicare*, cit., p. 287 ss.

²² F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 428. *Contra*, G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 4, che argomenta l’opposta dagli artt. 65 ord. giur. e 111 Cost. La tesi di Müller, a nostro giudizio, va intesa nella sua valenza «retorica»: com’è chiaro che non si dà alcuna «situazione giuridica soggettiva», almeno tecnicamente intesa, in capo all’«interprete», dovrebbe dirsi altrettanto evidente come questa, ove anche configurata nei termini del «dovere», verrebbe piuttosto a tradursi, in chiave «positiva», nell’osservanza del «principio di legalità» (v. anche *infra* nel testo), e non invece –

Il quale troverebbe fondamento non solo nel «principio» di separazione dei poteri²³, ma nello stesso art. 97(1) del *Grundgesetz*, secondo cui “Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen”.

D'altra parte, come chiarito dalla Corte Costituzionale tedesca, “judges are independent and subject only to the law (article 97(1) of the Basic Law). A court, therefore, in the interpretation and application of norms, needs not adhere to a prevailing opinion. It is even then not precluded from upholding its own interpretation of the law and from basing its decision upon it when all the other courts – including those of a higher instance – espouse an opposite point of view. By reason of the independence of judges, the administration of justice is constitutionally inconsistent”²⁴.

Ora, questa soluzione strettamente «positivistica», che milita verso l'annichilimento dell'*argumentum ab auctoritate*²⁵, appare a tutta prima persuasiva. Chiaro e incontestabile, infatti, è il nesso tra il precedente e quel «principio di legalità», che vede – da noi, come in Germania – i giudici “soggetti soltanto alla legge” (giusta l'art. 101, comma 2, Cost.²⁶) o, ancora

come appunto fa, a fini enfatici, l'A. – nel rifiuto, di stampo «negativo», di «discostarsi», e cioè di «non conformarsi» al precedente. Sottolinea, in proposito, G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia*, cit., p. 1445, che invero ad essere sanzionata non è propriamente la “violazione del precedente”, bensì la “violazione di legge”.

²³ Lo richiamano in questo ambito anche G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 7-8 e M. ESPOSITO, *Lo stare decisis al vaglio dei principi costituzionali*, cit., p. 1022, ma in senso critico v. invece S. SICA, *Il valore del precedente*, cit., p. 6. Non è certo questa la sede per affrontare un tema così complesso, ma a noi pare che il richiamo al principio di «tripartizione» dei poteri non sia in tale contesto del tutto pertinente, quanto meno ove si identifichi il «legislatore» con la «legge», dacché è chiaro come l'interprete, che per comodità individueremo nel «giudice», non deve far capo – come più volte s'è detto – alla sola «legge», ma anche alle «fonti» a questa sovra-ordinate; né pare casuale come si tenda a intravedere in queste ultime un che di «obiettivo», sganciato cioè da concezioni «vetero-soggettivistiche», salvo a voler far capo, ad esempio, al «legislatore costituzionale».

²⁴ 87 BverfGE 273 278.

²⁵ Vi si sofferma G. GORLA, voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 2.

²⁶ Non casualmente richiamato anche da R. RORDORF in *Stare decisis*, cit., c. 280 e in *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 339, ove si aggiunge, peraltro, un pertinente riferimento all'art. 111, comma 1, Cost., lì dove – di nuovo, per così dire «oggettivamente» – non solo vuole che il «giudice» sia soggetto alla «legge», ma anche che il (giusto) «processo» sia regolato da quella (v. anche F. GALGANO, *Stare decisis*, cit., p. 3, il quale ricorda il paventato contrasto tra quella disposizione e l'art. 65 ord. giur.). In giurisprudenza, milita in questa direzione la Cass., Sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in *Foro it.*, 2011, c. 3343 ss., con nota di R. CAPONI, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*; in *Corr. giur.*, 2011, p. 1392 ss., con nota di F. CAVALLA, C. CONSOLO e M. DE CRISTOFARO, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*; in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 1072 ss., con nota di M.C. VANZ, *Overruling, preclusioni e certezza delle regole processuali*, della quale conviene riportare questo eloquente passaggio: “nel quadro degli equilibri costituzionali (ispirati al principio classico della divisione dei poteri) i giudici (estranei al circuito di produzione delle norme giuridiche) sono appunto (per disposto dell'art. 101 Cost., comma 2), ‘soggetti alla legge’” [...] “il che realizza l'unico collegamento possibile, in uno Stato di diritto, tra il giudice, non elettivo né politicamente responsabile, e la sovranità popolare, di cui la legge, opera di parlamentari eletti dal popolo e politicamente responsabili, è l'espressione prima; ma sono soggetti anche alle legge ‘soltanto’, il che, a sua volta, realizza la garanzia della indipendenza funzionale del giudice, nel senso che, nel momento dell'applicazione, e della previa interpretazione, a lui demandata, della legge, è fatto divieto a qualsiasi altro soggetto od autorità di interferire, in alcun modo, nella decisione del caso concreto” (corsivo aggiunto). Opportunamente

meglio, come annunciato a chiusura del precedente § 1, al “diritto”²⁷; come d’altronde confermato da quella risalente pronunzia della Consulta, che ebbe a dichiarare inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 65 ord. giur. (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12)²⁸. Senonché, non è raro imbattersi in chi tacci di «astrazione-astrattezza»²⁹ (ovviamente nel senso piú deteriore di codesti termini) una tale ricostruzione, perché – si dice – risulterebbe cosí minata la «prevedibilità» delle decisioni, e conseguentemente la «certezza» del diritto, di cui la prima sarebbe espressione; non si asseconderebbe, poi, il «senso comune», inteso anche come «con-divisione» della decisione; si tarperebbe, infine, il diritto «vivente», preferendogli una pedante adesione a quello «vigente»³⁰.

Ebbene, anche a voler soprassedere ai dubbi – peraltro non poco consistenti – in ordine all’opportunità di conservare tali concetti, per lo meno nel senso in cui la tradizione «logico-sussuntiva» ce li ha consegnati, non si può sottacere come da questo dialogo sia poi scaturito un effetto alquanto singolare e, per certi versi, addirittura paradossale.

La premessa, al riguardo, è nota: il «positivista» imputava al «sociologo» di distaccarsi dallo *ius positum* e, quindi, dal principio di legalità, aderendo per tal via alla decisione *dei piú*, che, come noto, non sempre, o probabilmente quasi mai, è la migliore; il «sociologo», viceversa,

si soffermano su questa sentenza, anche A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione*, cit., p. 78 ss. ed E. CALZOLAIO, *Il ruolo della giurisprudenza*, cit., p. 1458 ss.

²⁷ Per riprendere il titolo della monografia di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto». Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

²⁸ È la Corte cost., 16 dicembre 1968, n. 134, in *Giur. cost.*, 1968, p. 2249 ss., con nota di V. ANDRIOLI, *Quis super mediolani praetorem?*, che può leggersi anche in *Id.*, *Cinquant’anni di dialoghi con la giurisprudenza*, I, Milano, 2007, p. 292 ss. Ne torna qui d’assoluto proposito il passo – citato anche da R. RORDORF, *Il precedente*, cit., p. 356 – ove s’afferma: “non può essere avallata la supposizione che un organo giurisdizionale, anche quando gli vengano sottoposti validi argomenti in senso contrario, tenga fermo un suo precedente punto di vista solo per non distaccarsi dai precedenti”. Ma è da vedere – relatore sempre M. FRAGALI – anche la Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50, in *Giur. cost.*, 1970, p. 561 ss., con nota di A. D’ATENA, *La libertà interpretativa del giudice e l’intangibilità del «punto di diritto» enucleato dalla Cassazione*, riguardante l’art. 546, comma 1, c.p.p., nonché l’art. 384, comma 1, c.p.c., parimenti salvato dalla censura di contrasto con l’art. 101, comma 2, Cost.

Sulle origini della formula di cui all’art. 65 ord. giur., s’è recentemente soffermato G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris alla luce della nuova riforma del giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, p. 355 ss., 361 ss., il quale evidenzia come le precedenti leggi d’ordinamento giudiziario – quelle, cioè, risalenti al 1865 e al 1923 – facessero parola della sola «osservanza della legge», là dove nel 1941 s’aggiunsero le dizioni «uniforme interpretazione» e, soprattutto, «unità del diritto oggettivo nazionale».

²⁹ Dell’una e dell’altra discorre R. RORDORF rispettivamente in *Lo studio del precedente giudiziario*, cit., p. 534 e in *Stare decisis*, cit., c. 280.

³⁰ In vario senso, proprio R. RORDORF, *Stare decisis*, cit., c. 280 ss. e *Id.*, *Nomofilachia e “diritto vivente”*, cit., p. 336 ss. Sulla «prevedibilità», v. l’interessante saggio di J. WALDRON, *Stare decisis and the Rule of Law: a Layered Approach*, in *Michigan Law Review*, 2012, p. 1 ss., spec. 9 ss., ove si mette in luce come in realtà essa presupponga che: (i) “legal practice and legal decisionmaking should be such as to give rise to expectations”; e che (ii) “these expectations should, by and large, be respected by other legal decisionmakers”. Da noi vi si soffermano – in questo contesto – A. RICCIO, *La rivitalizzazione legislativa della funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 825 ss., 827 e, da ultimo, R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi*, 2019, p. 1 ss., spec. 10, lì dove osserva che “quanto ai precedenti, con una giurisprudenza sempre piú al centro della scena giuridica il bene della calcolabilità non può essere soddisfatto senza una adeguata valorizzazione degli stessi e della relativa forza di orientamento”.

gli condannava – in nome d'un «primato della prassi»³¹ – il suo essere oltremodo avvinto a quel «vincolo di positività»³², che rendeva la sua soluzione forse ligia alla *littera*, ma (almeno potenzialmente) ingiusta.

Fra i due litiganti (se così si può dire), è da ultimo intervenuto il legislatore, che – con gli artt. 348-ter e spec. 360-bis c.p.c.³³ – ha, da un lato, «positivizzato» il rimprovero del «sociologo» e, dall'altro, «sociologizzato» il pre-vigente «diritto positivo».

Non è questa la sede per rimeditare tali novelle, ma quel che è certo è che non può sottacersi la continuità metodologica fra ciò che si pensi in ordine al ruolo (per così dire «processuale») del pre-cedente, e quanto invece si abbia a ritenere con riguardo alla funzione (che per semplicità avremo invece a dire «sostanziale») connaturata al diritto in quanto tale.

Ora, il Prof. Galgano ha colto – con la consueta puntualità – un versante del problema, rimarcando una prossimità fra «dichiaratività» dell'interpretazione e regola dello *stare decisis*³⁴, perché quest'ultima evidentemente sottintende la riducibilità del «caso» entro lo schema ordinante della fattispecie.

Il punto può essere agevolmente dimostrato, estendendo la tavola del dibattito ad altri Autori. «La tipizzabilità o tipizzazione dei casi – già scriveva Gino Gorla³⁵ – costituisce la base del precedente giudiziale». «Il fatto – ha detto, più di recente, Natalino Irti³⁶ – si converte in caso; il caso permette al giudice di volgere lo sguardo al passato, e di individuare i «precedenti»»: questi ultimi, invero, “[...] sono fatti, identici o simili, «ordinati» secondo il medesimo *jus*: fatti, a cui il giudice anteriore ha applicato lo stesso criterio classificatorio”. «Invocare un principio di diritto – ha infine soggiunto, in termini ancora più espliciti, Renato Rordorf³⁷ – per decidere un determinato caso implica che se ne verifichi in concreto l'applicabilità, adoperando un metodo deduttivo (di sussunzione del caso alla preesistente regola giuridica insita nel principio di diritto)”.

³¹ In direzione critica, P. PERLINGIERI, *Prassi, principio di legalità e scuole civilistiche*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, p. 956 ss., ora in Id., *Scuole*, cit., p. 213 ss., da cui si cita, spec. 217, ove si osserva come, per tal modo, si venga a distorcere l'autorevole insegnamento, secondo cui il diritto è – anzitutto – «scienza pratica»: chiara, qui, l'allusione a S. PUGLIATTI, *La giurisprudenza come scienza pratica*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1950, p. 49 ss.

³² Felici notazioni in N. IRTI, *Sulla «positività ermeneutica» (per Vincenzo Scalisi)*, in *Jus civile*, 2017, p. 123 ss.

³³ Secondo R. RORDORF, *Lo studio del precedente giudiziario*, cit., p. 535, «il legislatore ha inteso anche in tempi recenti rafforzare il valore del precedente», mercé l'introduzione degli artt. 360-bis, 374, comma 3, e 384, comma 1, c.p.c. (v. anche Id., *Il precedente*, cit., pp. 352-353 e Id., *Nomofilachia e «diritto vivente»*, cit., p. 343, ove invero si parla di «testimonianze incontrovertibili»). Si soffermano su queste novelle anche G. CANZIO, *Nomofilachia, valore del precedente*, cit., cc. 307-308; Id., *Nomofilachia e diritto*, cit., p. 365; N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità*, cit., p. 1540; A. VALITUTTI, *Precedente giudiziale*, cit., pp. 503-504; S. SICA, *Il valore del precedente*, cit., p. 8; G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., p. 9, nt. 5; M. ESPOSITO, *Iurisdiction in genere sumpta*, cit., p. 816.

³⁴ Così ne *La giurisprudenza fra ars inveniendi e ars combinatoria*, cit., p. 86.

³⁵ Nella voce *Precedente giudiziale*, cit., p. 8.

³⁶ In *Sulla relazione logica di con-formità*, cit., p. 1541.

³⁷ Ne *Il precedente*, cit., p. 353.

Viceversa, chi rifiuta la logica della «fattispecie» tenderà ad impostare il problema del precedente – semmai esso sussista – alla stregua di diverse coordinate³⁸.

Si è invero tentato d'evidenziare piú distesamente, in altra sede, come il legame d'implicazione logica «Se A, allora B» sia condannato – in un contesto caratterizzato dal concorso, ai fini della decisione del caso concreto, delle regole, delle clausole generali e, infine, dei principi³⁹, (st)rettamente intesi, e cioè non quelli enunciati dalle SS.UU.⁴⁰ – ad una radicale inutilizzabilità⁴¹.

Perché se la risoluzione del caso reclama un «bilanciamento»⁴², è evidente come quest'ultimo non possa mai condurre allo stesso risultato (arg. anche, in chiave «normativa», ex art. 3 Cost.⁴³), sicché neppure astrattamente verrebbe a porsi la questione d'una *auctoritas rerum similiter iudicatarum*.

Identica, viceversa, potrà solo essere l'individuazione dei *termini* della comparazione (*i.e.*, le fonti normative chiamate in causa dal fatto), ma appunto non anche – fatta salva ovviamente l'ipotesi, evidentemente «di scuola», d'un caso realmente uguale ad un altro – l'*esito* di quel

³⁸ Lo evidenzia G. ALPA, *La regola del precedente*, cit., pp. 1078-1079.

³⁹ Ai fini del presente contributo, sarà per ora sufficiente riportarsi alla migliore manualistica, la quale evidenzia come la «regola» sia “[...] una norma dettagliata che richiede un insieme sufficientemente specifico di comportamenti per la sua soddisfazione”; le «clausole generali», “frammenti di disposizioni normative caratterizzati da un particolare tipo di vaghezza, perché hanno un significato flessibile”; il «principio», infine, “[...] norma che impone la massima realizzazione di un valore”, sicché la sua caratteristica “[...] è la non definibilità in astratto delle fattispecie alle quali è applicabile, esso è sempre applicabile ad una nuova fattispecie anche non compresa in altre regole, quando la valutazione della nuova fattispecie riceva senso soltanto mediante la realizzazione di quel valore che il principio afferma”: così P. PERLINGIERI, P. FEMIA e G. PERLINGIERI, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, 10^a ed., Napoli, 2021, rispettivamente alle pp. 10, 19 e 10. Ma per piú ampi svolgimenti v. già P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in G. PERLINGIERI e M. D'AMBROSIO (a cura di), *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 209 ss.; *Id.*, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli, 2021, *passim*, spec. p. 17 ss.

⁴⁰ Come, d'altronde, sono le stesse ad ammettere, ad esempio nel perspicuo *obiter* della Cass., Sez. un., 22 maggio 2018, n. 12564, in *Giur. it.*, 2018, p. 1343 ss., con nota di P. GALLO, *La compensatio lucri cum damno e i suoi confini*; in *Danno resp.*, 2018, p. 410 ss., con nota di R. PARDOLESI e P. SANTORO, *Sul nuovo corso della compensatio*; in *Contratti*, 2018, p. 381 ss., con nota di F. PAROLA, *Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si pronunciano sul tema della compensatio lucri cum damno*; in *Corr. giur.*, 2018, p. 1050 ss., con nota di F.A. MAGNI, *Le Sezioni Unite confermano il divieto di cumulo di indennizzo assicurativo e risarcimento del danno*, lì dove si osserva che alle medesime “[...] è affidata, non l'enunciazione di principi generali e astratti o di verità dogmatiche sul diritto, ma la soluzione di questioni di principio di valenza nomofilattica pur sempre riferibili alle specificità del singolo caso della vita. Se ne ha una conferma nella stessa previsione dell'art. 363 c.p.c., perché anche là dove la Corte di cassazione è chiamata ad enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge, si tratta tuttavia del principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi nella risoluzione della specifica controversia”.

⁴¹ Rinviamo ad A. MATTIA SERAFIN, *Divagazioni su ragionevolezza e proporzionalità*, in *Diritto e processo*, 2021, p. 155 ss., 201 ss.

⁴² Da ultimo, v. G. ALPA, *Code is law: il bilanciamento dei valori e il ruolo del diritto*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 377 ss., il quale peraltro ricorda come detta nozione informò di sé la prima pronunzia della Consulta, e cioè la nota sentenza n. 1/1956.

⁴³ Per il collegamento di tale norma con l'art. 101, comma 2, Cost., v. R. RORDORF, *Il precedente*, cit., p. 352.

concorso⁴⁴, nel quale peraltro può darsi recessività d'un «valore», ma mai sua integrale disfatta⁴⁵.

Della «costituzionalità» d'un diverso atteggiamento – tenuta in disparte l'efficacia del giudicato ex art. 2909 c.c.⁴⁶ – sarebbe allora lecito dubitare⁴⁷, non già perché si sia fatta cattiva applicazione (per così dire, «a valle») delle regole sul «precedente»⁴⁸, bensì in quanto non s'è prescelta (verrebbe da dire, «a monte») l'additata strada del bilanciamento: se non acconcia, quanto meno non peregrina, si rivelerebbe allora l'opzione – che vide forse contrario Calamandrei⁴⁹ – di non «costituzionalizzare» la nomofilachia⁵⁰.

Quelli appena enucleati sono chiaramente compiti spettanti all'interprete, ragion per cui v'è motivo di leggero dissenso – a voler tornare alla SLT – rispetto a Müller, quando egli afferma:

⁴⁴ Un tentativo concreto in A. MATTIA SERAFIN, *Sub-locazione e ospitalità, patrimonio e personalità*, in G. CARAPEZZA FIGLIA, G. FREZZA e P. VIRGADAMO (a cura di), *A 50 anni da «La personalità umana nell'ordinamento giuridico» di Pietro Perlingieri*, Napoli, 2023, p. 223 ss., in commento alla Cass. 19 giugno 2009, n. 14343, in *Corr. giur.*, 2010, p. 58 ss., con nota di N. IZZO, *Il dovere di solidarietà sociale e l'ospitalità del conduttore*.

⁴⁵ In diversa direzione, R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 219, secondo cui non sarebbe dato di trovare “[...] un punto di equilibrio, una soluzione ‘mediana’, che tenga conto di entrambi i principi in conflitto, e che – in qualche modo – li applichi e li sacrifichi parzialmente entrambi”, perché “[...] il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare senz'altro un principio, applicando l'altro”.

⁴⁶ Sul punto, M. ESPOSITO, *Lo stare decisis*, cit., p. 1014, nt. 14.

⁴⁷ In senso parimenti critico, A.A. CARRABBA, *Ragione e invenzione*, cit., p. 79 ss. Ma – se mal non s'intende – a una tale linea di pensiero alludeva anche la Corte cost., 2 aprile 1970, n. 50, cit. sopra alla nt. 31, lì dove si osservava: “non è [...] un sofisma, come invece crede il giudice a quo, affermare che la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza emessa nella stessa causa, come è oggi nel sistema del rinvio dalla Cassazione; ogni limite posto dalla legge all'esercizio di poteri o di funzioni è legittimo fino a quando non vulneri un precetto costituzionale”.

⁴⁸ In codesta direzione, non pare si possa neppure virtualmente porre l'alternativa – invece affacciata dalla Cass., Sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620, in *Corr. merito*, 2013, p. 287 ss., con nota di G. TRAVAGLINO, *Compenso arbitrale e ricorso straordinario* – secondo cui “[...] una diversa interpretazione giurisprudenziale di una norma di legge rispetto a quella precedentemente affermata non ha ragione di essere allorché entrambe siano compatibili, come nella fattispecie, con la lettera della legge, essendo da preferire l'interpretazione sulla cui base si è formata una certa stabilità di applicazione”. Né sarebbero pregiudiziali, allora, gli eventuali dubbî di costituzionalità delle recenti novelle sopra cit. rispetto agli artt. 101 e 106 Cost., su cui cfr. G. VERDE, *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., p. 9, nt. 5 e spec. G. RAITI, *Brevi note sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al Codice di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 1601 ss., 1602-1603, il quale comunque esclude – alla p. 1604, e a certe condizioni *ivi* chiarite – profili di contrasto con l'art. 111, comma 7, Cost.

⁴⁹ In seconda sotto-commissione, egli infatti propose d'inserire all'art. 12 – rubricato «Unicità della giurisdizione» – un comma 2, che così recitava: “al vertice dell'ordinamento giudiziario, unica per tutto lo Stato, siede in ... la Corte di cassazione istituita per mantenere la unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici” [lo si legge in P. CALAMANDREI, *Potere giudiziario e Suprema Corte costituzionale. Relazione alla commissione per la costituzione (II^a sottocommissione) sul potere giudiziario e sulla suprema Corte costituzionale*, in *Ib.*, *Opere giuridiche*, III, Roma, 2019, rist., p. 215 ss., 218]. Una ricostruzione suggestiva di tutto ciò è ora in A. BARBERA, *Calamandrei e l'ordinamento giudiziario: una battaglia su più fronti*, in *Rass. parl.*, 2006, p. 359 ss., poi in S. MERLINI (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico, 1944-1948*, Roma-Bari, 2007, p. 129 ss. (per una compendiata indagine sulla più ampia configurazione della Cassazione nei lavori dell'Assemblea costituente, v. invece G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, p. 6 ss.).

⁵⁰ Conforme G. SCARSELLI, *Ius constitutionis e ius litigatoris*, cit., p. 362.

“it is not for judges to lay down binding precepts applicable beyond the case in question, but only for the legislature to do so for defined types of cases”⁵¹.

Si avverte invero in codesta affermazione l’eco d’un ragionare «sillogistico», in cui il «legislatore» definisce il caso, perché sia poi il «giudice» ad (asetticamente) riscontrarlo; viceversa, quell’applicazione «beyond the case in question» verrebbe a rappresentare – nella «nuova» prospettiva – semplicemente un’individuazione *inesatta* o *incompleta* dei termini del bilanciamento⁵².

In tale direzione, appare assai utile il rilievo, secondo cui la «norma» avrebbe un duplice volto: essa, cioè, potrebbe essere intesa ora (aggiungiamo noi, staticamente) come mero «text-form» (leggi, decisioni, commentari, etc.), oppure come vero e proprio «concept»⁵³; in tale ultima accezione, tuttavia, essa non dovrebbe dirsi, per così dire, «pronta per l’uso», in quanto abbisogna d’essere costruita attivamente in una misura “[...] accepted in the community of lawyers, that is with arguments for their interpretation”⁵⁴.

D’altra parte, di ciò è consapevole lo stesso Friedrich Müller, lì dove denuncia la crisi degli strumenti della logica e, dunque, avanza l’idea che l’interpretazione sia un «creative process»⁵⁵, nel quale la norma non viene «applicata», bensì «generata»: “the process starts off with the norm-text, which, at most, provides the judge with an inconclusive, antecedent version of the legal norm still to be produced”⁵⁶.

E non si può, quindi, non concordare con l’efficacissimo suo, finale rilievo: il «significato» della norma – genericamente indicato come «meaning» – altro non è (“merely”, egli dice) che un «significante» per ulteriori «significati», da produrre di volta in volta. A questa saggia considerazione, per tornare più direttamente al «precedente», ci sentiremmo allora d’affiancare quella acutamente portata alla luce – nella nostra letteratura – da Giovanni Verde⁵⁷, al quale si deve il rilievo secondo cui il «precedente» stesso non dovrebbe dirsi più «significante», ma «significato».

4. L’apporto della linguistica e la «Corpus-Assisted Legal Linguistics»

Occorre ora interrogarsi – alla stregua delle coordinate ermenutiche poco sopra descritte – quale ruolo possa assolvere la «linguistica», qui concepita non certo nell’accezione

⁵¹ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 429.

⁵² Rinviamo ancora ad A. MATTIA SERAFIN, *Sub-locazione e ospitalità*, cit., spec. §§ 3-5. A questa operazione interpretativa può anche conferirsi – se così si preferisce – il nome, senz’altro più tradizionale, e ovviamente espressivo d’un diverso tipo d’ermeneutica, che è quello di «sussunzione».

⁵³ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁴ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 431.

⁵⁶ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 430.

⁵⁷ In *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, cit., pp. 8-9.

tradizionale, bensì come strumento per rendere più trasparente la costruzione «discorsiva» della decisione⁵⁸.

A questo riguardo, merita segnalare che la generazione più antica dei fautori della SLT, nell'interrogarsi circa i «possible future developments» della materia, avvertiva che «problema giuridico» si allontanerà sempre di più dalla dimensione della comunicazione linguistica⁵⁹.

Viceversa, gli epigoni più tardi di tale corrente di pensiero hanno avuto modo d'esplorare i benefici della c.d. «corpus-assisted legal linguistics»⁶⁰, ossia di un'analisi qualitativa – svolta mediante intelligenza artificiale e i *big data*⁶¹ – delle (co-)occorrenze delle diverse parole, all'interno dei testi giuridici.

In particolare, è stato costruito un *corpus* di 9.085 decisioni (corrispondenti a ventidue milioni di parole) emanate da Corti locali ed europee, nel periodo 1954-2012, inserendo nel sistema la parola *Arbeitnehmer* («employee»).

Verificando anche le parole composte, si è notato – da un punto di vista diacronico – che il «compound» determinato *Leiharbeitnehmer*, ossia il lavoratore a tempo determinato, aumenta in modo esponenziale⁶²; del pari, si rimarca l'uso correlato della parola *Tätigkeit* («action/employment»), per distinguere lo «employee» (*Arbeitnehmer*) dal «freelancer» (*Selbstständiger*); infine, e soprattutto, il crescente uso d'altri «compound» determinanti – come *Arbeitnehmerähnlichkeit* («similarity of employee»), *Arbeitnehmereigenschaft* («attributes of employee»), *Arbeitnehmerbegriff* («meaning of employee»), *Arbeitnehmerstatus* («status of employee»), *Arbeitnehmerkategorien* («categories of employee»), etc. – segnalerebbe la tendenza giurisprudenziale a «prototipizzare» i casi⁶³.

La criticità, dunque, non sta più nell'«intendersi»: a livello strettamente processuale, una parte in causa, oramai, non solo sa benissimo cosa vuole dire, ma ha anche capito a cosa stia alludendo l'altra, nonché i «backgrounds» e gli «interests», che sorreggono le relative posizioni. Sta cercando, piuttosto, di trovare argomenti che possano far dire la sua interpretazione «preferibile», sebbene il linguaggio «naturale» non gli profili gerarchia alcuna

⁵⁸ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 289.

⁵⁹ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 432 ss.

⁶⁰ È tornato sul tema, da ultimo, S. GOŹDŹ-ROSKOWSKI, *Corpus Linguistics in Legal Discourse*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 2021, p. 1515 ss., ove si dà conto anche delle modifiche frattempo intervenute per effetto di successive scoperte tecnologiche. Chi intenda avere uno sguardo complessivo su come queste ed altre tecniche abbiano trovato accoglimento presso le nostre Accademie, può consultare G. PONTRANDOLFO, *Legal Linguistics in Italy*, in F. VOGEL (a cura di), *Legal Linguistics Beyond Borders: Language and Law in a World of Media, Globalisation and Social Conflicts. Relaunching the International Language and Law Association (ILLA)*, II, Berlin, 2019, p. 59 ss.

⁶¹ Un recente quadro complessivo è in P. PERLINGIERI, S. GIOVA e I. PRISCO (a cura di), *Il trattamento algoritmico dei dati tra etica, diritto ed economia*, Atti del 14^o Convegno Nazionale, 9-10-11 maggio 2019, Grand Hotel Vesuvio – Napoli, 2020.

⁶² F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., p. 298. In particolare, 54 «hits» per il (lungo) periodo 1950-1989; 244 *hits* dal 1990 al 1999; 654 *hits* dal 2000 al 2012.

⁶³ F. VOGEL, *Calculating Legal Meanings*, cit., pp. 298-299.

di «preferential meanings»: la lingua – prosegue lo stesso A. – assolve la sua funzione nel rendere la comunicazione «possibile», ma non le si può chiedere di decidere anche quale, di due soluzioni, possa dirsi «migliore»⁶⁴.

Subentra allora qui – avanti all’angoscia della scelta – un senso di «responsabilità», che è invece Müller a definire efficacemente come «methodical honesty»⁶⁵: il giurista, in esito ad un’iniziale intesa «del» testo («con» e, soprattutto, «sul» quale lavora), non «comprende» più per sé, ma attua il processo di semantizzazione, al fine di «far comprendere» agli altri⁶⁶.

Alberto Mattia Serafin

Assegnista dell'Università degli studi di Napoli Federico II nell'ambito del progetto “Modelli Organizzativi e Innovazione Digitale: il Nuovo Ufficio per il Processo per l'Efficienza del Sistema - Giustizia (MOD-UPP)”

⁶⁴ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., pp. 433.

⁶⁵ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 434.

⁶⁶ F. MÜLLER, *Observations on the Role of Precedent*, cit., p. 435.