(De)codificare la giurisprudenza? Dalla predizione (del giudizio) alla protezione (dei giudicabili)

Valentina Capasso

▶ **To cite this version:**

Valentina Capasso. (De)codificare la giurisprudenza? Dalla predizione (del giudizio) alla protezione (dei giudicabili). i-lex. Rivista di Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive ed Intelligenza Artificiale, 2019. hal-02455124

HAL Id: hal-02455124

https://univ-lyon3.hal.science/hal-02455124

Submitted on 30 Jan 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

(DE)CODIFICARE LA GIURISPRUDENZA?

Dalla predizione (del giudizio) alla protezione (dei giudicabili)

VALENTINA CAPASSO

i-lex

i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale
Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it
Dicembre 2019
Fascicolo 12, 1-3
ISSN 1825-1927

i-lex. Scienze Giuridiche, Scienze Cognitive e Intelligenza Artificiale
Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it

(DE)CODIFICARE LA GIURISPRUDENZA?

VALENTINA CAPASSO*

Abstract: L'evidente contraddittorietà tra il valore formalmente attribuito alla giurisprudenza ed il ruolo da essa effettivamente svolto nella concreta configurazione del diritto *in action*, da lungo tempo avvertita in sede scientifica, risulta oggi ancor più enfatizzata dallo sviluppo di *logiciels* di giustizia predittiva. Questi ultimi, anzi, lasciano emergere un aspetto del fenomeno giurisprudenziale tendenzialmente trascurato dall'Accademia: il potere della massa. Fintantoché il dibattito si concentri sulle Corti superiori, infatti, può facilmente comprendersi che l'attenzione sia rivolta alla selezione *qualitativa* dei precedenti, posto che la loro inflazione, se si rivela problematica finanche nei sistemi che accolgono la regola dello *stare decisis* – come testimoniava già 15 anni fa J.A. Jolowicz [*Too Many Precedents?* In Aa.Vv., *Scintillae Iuris. Studi in Memoria di Gino Gorla*, Milano, 1994] –, diviene fatale in Paesi dove l'effettività della funzione nomofilattica è affidata esclusivamente all'autorevolezza (e dunque alla persuasività e non contraddittorietà) delle pronunce dei Giudici di legittimità. Di qui, la necessità di calcolare il peso specifico di ciascuna decisione [F. Auletta – F. Romeo, *A Preliminary Study on the Quantification of the Normativity of the Judicial Precedent***,** in E. Schweighofer, F. Kummer, A. Saarenpää (eds.), *Internet of things*, Bern, 2019]. L'intervento dei Collegi supremi, tuttavia, è percentualmente esiguo e tendenzialmente tardivo, sicché i rapporti giuridici risultano regolati (almeno) per anni (se non definitivamente) dalla giurisprudenza di merito. Non stupisce, allora, che gli strumenti di calcolo predittivo si siano concentrati sull'analisi massiva, al fine di orientare la primordiale determinazione delle parti (*settlement* o *litigation*?) in base agli indirizzi maggioritari. Con ciò, peraltro, le potenzialità applicative risultano sfruttate solo in parte. Dinanzi a testi non chiari e alla lunga attesa per ottenere l'unica "*interpretazione del significato della legge 'affidabile' per la collettività*" - cfr. Sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, § 11.4 -, ci si chiede se le decisioni di merito, quando convergenti in misura non trascurabile, non possano costituire la fonte (consuetudinaria) di regole di comportamento 'attuali' e di un 'affidamento' tale da garantire gli operatori innanzi ad eventuali, future smentite ad opera delle Corti di vertice. In sostanza, di 'diritto vivente'.

Parole chiave: Affidamento, consuetudine, dialogo tra Corti, diritto vivente, fonti del diritto, giurisprudenza, giustizia predittiva, nomofilachia, *open data*, *overruling*, precedenti giurisprudenziali

1. Introduzione

Il legame ideale tra (sperata) certezza del diritto e codificazione non conosce barriere geografiche, se è vero che Cardozo, in una delle proprie *lectures* del 1923, tesseva le lodi dell'American Law Institute, che, inaugurato nello stesso anno, si poneva come "*the first coöperative endeavor by all the groups engaged in the development of law to grapple with the monster of uncertainty and slay him*"[1]. La tecnica prescelta per "*uccidere l'incertezza*" era quella – tuttora in uso – del *restatement of law*: in sostanza, la codificazione della giurisprudenza[2].

Non si specifica la provenienza delle *authorities*, ma sembra piuttosto ragionevole assumere che si trattasse delle decisioni delle sole Corti superiori. Del resto, perché mai – in un Paese ove lo stare *decisis verticale* non è mai stato in discussione – considerare qualcosa di meno?

2. La complessa dinamica del dialogo verticale tra Corti

La risposta non è scontata come sembrerebbe: anche negli Stati Uniti è generalmente riconosciuto che "*what the Supreme Court says is not necessarily the law of the land*"[3]; tant'è che i rapporti che la Corte suprema intrattiene con i giudici di merito sono stati di volta in

* Università degli Studi di Napoli "Federico II" and Université Jean Moulin Lyon 3.

[1] B.N. Cardozo, *Introduction. The need of a scientific restatement as an aid to certainty,* in Id., *The Growth of The Law,* Yale University Press, 1924, 6.

[2] Ufficialmente, i 'restatements of law' sono 'secondary sources', ed hanno quindi valore meramente persuasivo: come spiegava già B.N. Cardozo, *Introduction,* cit., 9, parlando del primo lavoro dell'ALI, "*it will be something less than a code and something more than a treatise. It will be invested with unique authority, not to command, but to persuade. It will embody a composite thought and speak a composite voice. Universities and bench and bar will have had a part in its creation. I have great faith in the power of such a restatement to unify our law*"; e, a giudicare dal rilievo pratico che lo strumento ha assunto nel tempo, aveva ragione.

[3] C.A. Johnson, *Lower Court Reactions to Supreme Court Decisions: A Quantitative Examination*, in *American Journal of Political Science,* 1979, 792. Similmente, per la Francia, v. M.A. Frison Roche, S. Bories, *La jurisprudence massive*, in *Rec. Dalloz*, 1993, 287 ss.

volta riguardati secondo un modello *top-down*, *bottom-up* e *side-by-side*[4]: nessuno è in sé errato, ma ciascuno è parziale.

Dal primo punto di vista, le interazioni tra i vari livelli della giurisdizione possono essere viste come un tipico problema principale-agente: l'organo di vertice, una volta stabilito qual è il diritto, deve affidarsi alle Corti inferiori affinché esso venga applicato estensivamente; ma, poiché il primo non può strutturalmente verificare che ciò avvenga in ogni caso – vuoi perché lo scrutinio delle decisioni difformi è affidato all'iniziativa di parte, vuoi perché la legge stessa può, quando la Costituzione lo consente, imporre dei limiti all'impugnazione di legittimità – e poiché non sono configurabili dei reali incentivi all'adeguamento (pena il venir meno dell'indipendenza interna della Magistratura), la concreta attuazione del *dictum* è rimessa, in sostanza, alla volontà degli agenti. I quali non solo riescono – spesso impunemente – a sottrarsi *tout court* al compito[5], ma talora, più sottilmente, aggirano il contrasto frontale restringendo l'ambito di applicazione della pronuncia[6].

D'altro canto, prima che la Corte suprema si pronunci, lo *ius-dicere* è interamente rimesso alla giurisprudenza di merito, il che genera fisiologicamente contrasti; ora, se è evidente che ciò rappresenta un costo per la collettività – in termini di incertezza del diritto –, la stessa osservazione del dibattito in corso nella giurisprudenza *du fond* è fonte di informazioni per i giudici superiori, che dunque 'imparano' da quella[7].

---

[4] N.S. Siegel, *Reciprocal Legitimation in the Federal Court System*, in *Vanderbilt Law Review*, 2017, 1183 e 1188.

[5] B.C. Canon, *Reactions of State Supreme Courts to a U.S. Supreme Court Civil Liberties Decision*, in *Law & Society Review*, 1973, 109 ss.; N.T. Romans, *The Role of State Supreme Courts in Judicial Policy Making: Escobedo, Miranda and the Use of Judicial Impact Analysis, in The Western Political Quarterly,* 1974, 38 ss

[6] R.M. Re, *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*, in *The Georgetown Law Journal*, 2016, 921 ss.; ma v. già Id., *Narrowing Precedent in The Supreme Court,* in *Columbia Law Review*, 2014, 1909-1910.

[7] È per questo che "*Justices like the smell of well-percolated cases*": cfr. W.H. Perry, *Deciding to Decide: Agenda Setting in the United States Supreme Court,* Harvard University Press, 1991, 230; v. anche, sul punto, F. Ferraris, "*Rationing Justice*!. *La selezione dei ricorsi nelle Corti supreme di Stati Uniti e Italia*, Giappichelli, 2015, 100 ss.

Infine, vi sono casi in cui, tra i vari livelli di giurisdizione, si instaura una sorta di circuito di legittimazione: come in una *pièce* teatrale in tre tempi, dapprima la Corte suprema suggerisce – più o meno intenzionalmente – la propria propensione verso un certo svolgimento, senza tuttavia portarlo immediatamente a compimento; in prosieguo, le Corti inferiori si riallacciano all'*obiter* della prima e ne sviluppano il ragionamento fino alle estreme conseguenze; infine, il giudice di vertice consacra la soluzione, basandosi sulla pletora di precedenti di merito che ha, in fondo, provocato esso stesso[8].

Onde disvelare tali *patterns* – che sia per approvarli, per correggerli o per sfruttarne le potenzialità – è necessario, evidentemente, accedere ad un'enorme quantità di informazioni: ciò che sarà ben presto reso possibile – in Francia – dalla prossima pubblicazione integrale delle decisioni giudiziarie, ma che è ben immaginabile anche rispetto all'ordinamento italiano[9], sol che si ponga attenzione alla circostanza che il processo civile telematico rappresenta una riserva naturale e facilmente attingibile dei provvedimenti di merito, ed è quindi astrattamente in grado di fornire il materiale grezzo su cui innestare l'analisi.

3. La giustizia predittiva tra (eccessive?) paure ed aspettative

In realtà, non è questo il profilo su cui s'è concentrata l'attenzione: da quando, al di là delle Alpi, la *loi* 1321 del 2016 *pour une République numérique* ha programmaticamente previsto che tutte le decisioni siano rese pubbliche gratuitamente, previa analisi del rischio d'identificazione dei soggetti implicati, non si fa che parlare di

[8] S. Siegel, *Reciprocal Legitimation*, cit., 1183 ss. Una variazione sul tema è offerta dai casi in cui è la *Supreme Court* stessa a suggerire il "*narrowing from below*" dei propri precedenti, magari perché divenuti obsoleti o in quanto applicati in maniera eccessivamente pedante: R.M. Re, *Narrowing Supreme Court Precedent from Below*, cit., 956-958.

[9] Nonostante il non certo grande successo del progetto di una Banca dati della giurisprudenza di merito, *ex* art. 7 D.M. 1 ottobre 2015 (misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'ufficio per il processo, di attuazione dell'art. 50 d.l. n. 90/2014), su cui v. *Banca dati della giurisprudenza di merito – Modello 25 (approfondimento),* su www.csm.it. Si segnalano, tuttavia, i progetti "*Giurisprudenza Predittiva*", "*Giustizia Predittiva*" e "*Prevedibilità delle decisioni*" rispettivamente e autonomamente avviati dalle Corti d'appello di Venezia, Brescia e Bari.

justice prédictive. Infatti, quando la legge entrerà in vigore, le pronunce disponibili al pubblico passeranno dalle attuali 19 mila per l'ordine amministrativo e 13 mila per quello ordinario a, rispettivamente, quasi 130 mila e oltre 3,8 milioni[10]; ed è evidente l'appetibilità di un simile prodotto grezzo per gli operatori privati che già oggi sfruttano il connubio tra massa giurisprudenziale ed algoritmi.

Così, metà del rapporto "*L'open data des décisions de justice*"[11] – rilasciato a fine 2017 dalla commissione di studio presieduta dal prof. Loïc Cadiet e incaricata dal Governo di analizzare le modalità di implementazione della riforma – è dedicato alla regolazione del fenomeno. Ciò che non è apparso a tutti apprezzabile: in particolare, alla commissione è stato rimproverato non solo di aver adottato un atteggiamento eccessivamente difensivo nei confronti dell'*open data*, ma anche di aver dedicato un'attenzione sproporzionata alla *justice prédictive* – che, in realtà, "*n'est la spécialité que de 11% des 140 acteurs de la Legal Tech recensés* […] *en 2017*" – mentre "*les bénéfices attendus de l'open data vont bien au-delà*": la disponibilità dei dati, infatti, potrebbe alimentare analisi (come quella "*d'efficacité comparée des parcours du contentieux*" o quella "*du cout d'un procès*") forse "*prosaïques*", ma ben più "*utiles aux citoyens*"[12].

Si condivida o meno il giudizio sul lavoro della commissione, non pare infondato il sospetto che le aspettative sulle potenzialità dei l*ogiciels* di giustizia predittiva – come, del resto, le critiche – siano eccessive. Da un lato, la paventata sostituzione della macchina all'uomo sembra ipotizzabile solo a condizione che quest'ultimo lo consenta: da sempre – anche da prima che disposizioni specifiche prevedessero la possibilità *tout court* di rinviare a precedenti conformi – gli avvocati delle parti producono precedenti conformi alla soluzione da loro patrocinata e, prima ancora, i magistrati consultano quelle disponibili nelle banche dati; inoltre, sebbene su scala più limitata, rientra tra i compiti del presidente di sezione quello di "*cura[re] […] lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della se-*

[10] V. L. Cadiet, Open *et* Big data, *procès virtuel, justice predictive… entre justesse et justice*, in N. Blanc - M. Mekki (dir.) *Le juge et le numérique: un défi pour la justice du XXIe siècle*, Dalloz, 2019, 94, ove i dati numerici precisi.

[11] Consultabile su www.courdecassation.fr.

[12] B. Mathis, *Rapport Cadiet: une vision frileuse de l'open data des décisions de justice,* in *JPC Entreprise et Affaires*, 15 febbraio 2018, 1086 ss.

zione" (art. 47-*quater*, comma 1°, ord. giud). Ma tutto questo non ha mai impedito che, girando per i corridoi di un Tribunale, potesse capitare di udire due giudici risolvere diversamente la stessa questione[13].

Dall'altro, immaginare che la disponibilità del dato percentuale di ricorrenza di decisioni di un certo segno possa consentire alle parti di calcolare le proprie chances di successo sembra cadere nel medesimo equivoco in cui si incorre spesso – in materia di prova tecnico-scientifica – quando si tenta di sussumere un dato accadimento reale in una legge statistica: e invece, come l'affermazione che una certa sostanza causa l'insorgenza di una determinata patologia nel 5% dei casi non vale né ad escludere, né a provare la causalità in giudizio (perché, da un lato, la bassa incidenza non toglie che si possa, nella specie, essere in presenza di uno di quei casi; dall'altro, non può escludersi in astratto che la patologia, insorta in un soggetto effettivamente esposto, abbia seguito una diversa eziologia)[14], così, sapere che

[13] P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, 1989 (rist. della IV edizione 1959), 151-152.

[14] È, in sostanza, la distinzione tra *general* e *specific causation*: posto che già la prima pone problemi di non agevole soluzione – perché, prendendo ancora ad esempio il campo epidemiologico, "*background rates of a given disease (e.g., cancer) in the general population make it difficult to establish a causal linkage between exposure to a potentially disease-causing agent and the disease. In addition, the exact mechanism of many diseases – like cancer – is still unknown, and many factors may be involved*" – "[n]*o matter how persuasive epidemiological or toxicological studies may be, they could not show individual causation, although they might enable a (probabilistic) judgment about the association of a particular chemical exposure to human disease in general.* […] *Even if epidemiologists and toxicologists are able to identify correlations between exposure to a given chemical and a disease, their summary statistical statements apply only to the group studied, not to the individual members of the group. And even if a physician's diagnosis attributes the plaintiff's disease to a given agent, there is still a great deal of attendant uncertainty*": cfr. E. Beecher-Monas, *Evaluating Scientific Evidence. An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*, Cambridge University Press, 2007, 58. In Italia, oltre al fondamentale contributo di F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale. Il nesso di condizionamento fra azione ed evento,* Giuffrè, 1975, v. P. Tonini, C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, 172 ss., ove ulteriori riferimenti. Quanto alla giurisprudenza, basti menzionare la storica sentenza Franzese: Cass. pen., 10 luglio-11 settembre 2002, n. 30328, in *Foro it.,* 2002, II, 601 s., con nota di O. Di Giovine, *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle sezioni unite*; in *Cass. pen.,* 2002, 3643 s., con nota di T. Massa, *Le Sezioni unite davanti "a nuvole e orologi": osservazioni sparse sul principio di causalità; ivi*, 2003, 1175 s., con nota di R. Blaiotta, *Con una storica sen-*

una certa questione è stata decisa in un senso, ad esempio, dal 70% dei Tribunali, non assicura certo che, nel caso di specie, l'attore che si sia determinato ad agire – magari proprio sulla base di tali dati – non si trovi dinanzi un giudice appartenente a quel 30% che aderisce alla soluzione opposta.

4. Usi alternativi del dato giurisprudenziale

In realtà, i campi in cui l'analisi della giurisprudenza pregressa in funzione di previsione dell'esito di un litigio sembra più utile sono quelli in cui pochi, noti giudici decidono questioni tendenzialmente omogenee: non è un caso che, sinora, i migliori risultati – ovvero, una predittività del 79% – siano stati ottenuti con riferimento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo (in particolare, rispetto all'applicazione degli artt. 3, 6 e 8 CEDU)[15]. In questi casi, anzi, alla verifica di ciò che è stato (deciso) non pare inverosimile che si sia aggiunta un'operazione (forse inconscia) di *profiling* del giudice: ciò che, in sostanza, è avvenuto negli Stati Uniti, dove un algoritmo ha mostrato di riuscire a calcolare con esattezza l'esito delle decisioni della *Supreme court* – dei cui (soli) 9 giudici sono ben note le inclinazioni – nell'83% dei casi[16].

---

tenza le Sezioni unite abbandonano l'irrealistico modello nomologico-deduttivo di spiegazione causale di eventi singoli. Un nuovo inizio per la giurisprudenza e di E. Di Salvo, *Nesso: di causalità e giudizio controfattuale;* in *Dir. pen. proc.,* 2003, 50 ss., con nota di A. di Martino, *Il nesso causale attivato da condotte omissive tra probabilità, certezza e accertamento*; in *Corr. giur.,* 2003, 348 s., con nota di B. Di Vito, *Le Sezioni unite sul nesso di causalità omissiva in tema di responsabilità medica;* in *Danno resp.,* 2003, 195 s., con commento di S. Cacace, *L'omissione del medico e il rispetto della presunzione d'innocenza nell'accertamento del nesso causale.*

[15] N. Aletras, D. Tsarapatsanis, D. Preoţiuc-Pietro, V. Lampos, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective,* in *PeerJ Computer Science*, 2016, 2, e93.

[16] R. Guimera, M. Sales-Pardo, *Justice Blocks and Predictability of U.S. Supreme Court Votes*, in *PLoS ONE*, 2011, 6(11), 1 ss. Ma che l'impresa non fosse eccessivamente complicata è dimostrato dal fatto che, in precedenza, T.W. Ruger - P.T. Kim, A.D. Martin, K.M. Quinn, *The Supreme Court forecasting project: Legal and political science approaches to predicting Supreme Court decisionmaking*, in *Columbia Law Review*, 2004, 1150 ss., avevano sperimentato la capacità predittiva di un gruppo di esperti, le cui stime si sono rivelate corrette nel 67,9% dei casi.

Simili potenzialità sono eliminate in radice quando si tratti di agire innanzi ai giudici di merito in un certo ordinamento nazionale, anche laddove non si giunga – come, infine, si è fatto in Francia – alla decisione di occultare anche i dati identificativi dei magistrati. A ciò deve aggiungersi, con particolare riferimento al sistema italiano, la circostanza che conoscere lo stato attuale della giurisprudenza (anche di legittimità) dice poco su quello che potrà essere l'indirizzo maggioritario al momento della decisione ultima; con la conseguenza che quella che oggi sembra una causa col vento in poppa potrebbe rivelarsi, domani, anche sulla base della finzione della natura meramente dichiarativa delle pronunce giurisdizionali, un *unmeritorious claim*.

Se tali considerazioni paiono legittimare un certo scetticismo rispetto alla capacità predittiva del dato giurisprudenziale così come sinora intesa, ciò non significa che il trattamento della massa non sia capace di profilare utilità diverse ed ulteriori, forse meno avveniristiche, ma anche più concrete. Più specificamente, partendo dalla già constatata complessità dei rapporti che, al di là di quanto si afferma, intercorrono tra i giudici di grado diverso, è da chiedersi se la giurisprudenza di merito non possa assumere – in virtù della sua inedita accessibilità – un ruolo maggiore di quello che le si è sinora (non) attribuito.

5. Segue: a) al servizio della nomofilachia

Ora, tralasciando il modello *side-by-side* – probabilmente per ora poco adatto agli sviluppi di una Corte che agli operatori appare "*sempre più solitaria e isolata*"[17], sotto il profilo *top-down*, sarebbe utile verificare l'*an* e il *quantum* del seguito delle pronunce di legittimità da parte della giurisprudenza di merito: se, in base al ruolo ordinamentale che le disposizioni – e, nella specie, l'art. 65 ord. giud. – riconoscono alla Cassazione, la prevalenza delle sue decisioni è *taken for granted*, solo l'analisi empirica può svelare se la realtà conferma delle affermazioni di principio. Qui soccorrerebbe, oltre al tradiziona-

[17] B. Capponi, *Per le Sezioni Unite la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo, pronunciata dal giudice dell'opposizione a precetto, è reclamabile …perché così pensano le Sezioni Unite*, 26 luglio 2019, in www.judicium.it.

le metodo dell'analisi delle citazioni[18] – che sono certo incentivate, ma non obbligate, dagli artt. 118, comma 1°, disp. att., c.p.c., e 348-*ter*, comma 1°, c.p.c., laddove consentono di motivare anche "*con riferimento a precedenti conformi*" – l'utilizzo degli strumenti anti-plagio già in uso[19]: è quanto si propone di fare una ricerca in corso in Belgio[20], ove, peraltro, la *Cour de cassation* è ben attenta ad annullare le decisioni di quanti mostrino di appiattirsi sui suoi *dicta*, senza fornire ragioni ulteriori di condivisione.

In secondo luogo, dal punto di vista *bottom-up*, il monitoraggio dei *giudici du fond* potrebbe essere utile ai fini di un utilizzo mirato dello strumento dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge di cui all'art. 363 c.p.c., sia quanto alla individuazione delle questioni che quanto al momento dell'intervento nomofilattico: se si pensa che, proprio bilanciando i costi dell'incertezza del diritto con i benefici informativi derivanti dal confronto tra indirizzi diversi, negli USA ci si muove per calcolare il trade-off ottimale, ovvero il momento migliore, per la *Supreme Court*, di intervenire[21], un simile calcolo potrebbe essere fruttuosamente utilizzato, ad esempio, nell'ambito del Progetto esecuzioni avviato dalla Terza Sezione della Corte di cassazione[22].

---

[18] S.C. Benesh, W.L. Martinek, *Lower Court Compliance with Precedent*, in K.T. McGuire (dir.), *New Directions in Judicial Politics,* Routledge, 2012, 269.

La tecnica, già ampiamente utilizzata negli Stati Uniti, è stata recentemente ripresa in Italia da chi – T. Agnoloni, U. Pagallo, *The case law of the Italian constitutional court, its power laws, and the web of scholarly opinions*, in K. Atkinson - T. Sichelman (eds.), *Proceedings of the 15th International Conference on Artificial Intelligence and Law,* ACM, 2015, 151 ss.; Id., *The Case Law of the Italian Constitutional Court between Network Theory and Philosophy of Information*, in *Inf. dir.,* 2016, 139 ss. – si propone di quantificare l'importanza normativa delle decisioni della Corte costituzionale.

[19] Proprio utilizzando tali strumenti, P.C. Corley, P. M.Collins Jr., B. Calvin, *Lower Court Influence on U.S. Supreme Court Opinion Content*, in *The Journal of Politics*, 2011, 31 ss., hanno messo in luce quanto materiale la Corte suprema tragga dalle pronunce dei giudici inferiori, benché sia restia a citarli; il che, una volta di più, dà contezza del reale impatto dei secondi sulla prima.

[20] M. Van Der Haegen, *Bulding a Legal Citation Network: The Influence of the Court of Cassation on the Lower Judiciary*, in *Utrecht Law Review*, 2017, 65 ss.

[21] T.S. Clark, J.P. Kastellec*, The Supreme Court and Percolation in the Lower Courts: An Optimal Stopping Model*, in *The Journal of Politics,* 2013, 150 ss.

[22] Su cui v. A. Spirito, *Il "Progetto esecuzioni" della Terza Sezione Civile della Corte di cassazione*, in *Riv. esec. forz.,* 2019, 1 ss.

Ciò detto dal punto di vista della Corte suprema, anche per i singoli le utilità di un trattamento intelligente del dato giurisprudenziale non sembrano esaurirsi al momento del sorgere del conflitto.

6. Segue: b) al servizio della sicurezza giuridica

Se è vero che il diritto obiettivo "*segue [le trasformazioni della società] a una certa distanza come l'ombra segue il corpo*" [23], l'interpretazione dello stesso, da parte del giudice di legittimità, giunge con un ritardo – si potrebbe dire – al quadrato; non solo per cause patologiche, ma anche, come s'è visto, perché talora può esservi una certa utilità nell'attendere lo sviluppo del dibattito.

E tuttavia, nell'attesa, gli operatori non possono restare immobili; naturale sembrerebbe, allora, che facessero riferimento alla giurisprudenza di merito maggioritaria, anche perché – sebbene con un certo grado di finzione quanto alle attitudini personali[24] – è per Costituzione che i giudici "*si distinguono fra loro soltanto per diversità di funzioni*" (art. 107, comma 3°, Cost.), e, in quanto "*soggetti soltanto alla legge"* (art. 101, comma 2°, Cost.), sono tutti ugualmente capaci di dichiararla. Invece, stando a quanto ha recentemente statuito la Cassazione, un simile affidamento sarebbe fatto a rischio e pericolo della parte, perché l'unica "*interpretazione del significato della legge* "*affidabile*" *per la collettività*"[25] sarebbe quella di legittimità.

Del resto, è noto che il diritto vivente è parametrato sulle pronunce degli organi giurisdizionali di vertice[26], e può essere integrato anche da una sola pronuncia degli stessi[27]; e, d'altro canto, la Corte co-

[23] F. Carnelutti, *Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*, CEDAM, 1936, 113.

[24] Cfr. G. Verde, *Il giudice fra specializzazione e 'diritto tabellare'*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 2013, 133 ss.

[25] Cass., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135, § 11.4, in Foro it., 2019, I, 1623 ss., con nota di V. Capasso, *Di* overrulings *invocati a sproposito e di effetti collaterali del mai debellato sindacato diffuso di costituzionalità.*

[26] Ma non è sempre stato così: v., in proposito, L. Salvato (a cura di), *Profili del 'diritto vivente' nella giurisprudenza costituzionale*, febbraio 2015, su www.cortecostituzionale.it, *§ 2. L'uso del sintagma 'diritto vivente' nella giurisprudenza costituzionale; la rilevanza dell'interpretazione della dottrina, dei giudici di merito e della prassi amministrativa*.

[27] *Ibid*.

stituzionale, laddove ha dato rilevanza ad un eventuale "*gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari*"[28] al fine di circoscrivere la portata dell'art. 5 c.p. ("*nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità della ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile*"), pensava certamente ai giudici di legittimità.

Tali affermazioni, peraltro, sembrano trovare un – seppur inespresso – fondamento anche nella circostanza della maggiore conoscibilità delle pronunce di vertice. V'è da chiedersi, allora, se, una volta che sia reso indiscriminatamente accessibile l'intero patrimonio giurisprudenziale, esse non vadano riviste, e in un duplice senso.

Da un lato, fintantoché l'intervento di legittimità manchi, sembra ragionevole e rispondente a quei "*doveri 'strumentali', d'attenzione, prudenza ecc*."[29] che possono predicarsi in capo ai singoli rispetto alla conoscenza della legge (non solo penale), basarsi sull'interpretazione della maggioranza dei giudici (sebbene) *du fond*. Dall'altro, e quale corollario, tale affidamento dovrebbe trovare un riconoscimento al momento della pronuncia di legittimità: in questo senso, negli Stati Uniti, si è già sottolineato il valore di affidamento costituito dalle pronunce delle Corti inferiori, tanto da suggerirne una forza semivincolante[30]; e, più di recente, si sono registrati tentativi di teorizzare le condizioni ricorrendo le quali la Corte suprema dovrebbe seguire il precedente dal basso[31]. Quanto alla Francia, dove la dialettica tra giudici di diverso livello è tradizionalmente riconosciuta e – con riferimento al giudizio civile – finanche consacrata nel Codice[32], si ipotizza persino un "*phénomene d'inversion hiérarchique*"[33].

---

[28] Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, in *Foro it.,* 1988, I, 1385, con nota di G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: "prima lettura" della sentenza n. 364/88*; ivi, 1990, I, 415, con nota di E. Grande, *La sentenza n. 364/88 della Corte costituzionale e l'esperienza di* '*common law*'*: alcuni possibili significati di una pronuncia in tema di errore di diritto.*

[29] Corte cost., 23-24 marzo 1988, n. 364, cit.

[30] H.Y. Levin, *A Reliance Approach to Precedent*, in *Georgia Law Review*, 2013, 1074-1078.

[31] A.P. Bruhl, *Following Lower-Court Precedent*, in *The University of Chicago Law Review*, 2014, 851 ss.

[32] L'art. L431-6 *Code de l'organisation judiciaire*, infatti, nel prevedere i casi di rimessione all'*Assemblée plénière*, contempla non solo – come noto – l'ipotesi in cui il primo giudice di rinvio non si sia attenuto alla regola enunciata dalla Cassazione (il che costituisce riconoscimento implicito di tale facoltà), ma immagina che una questione possa "*pose*[r] *une question de principe*", non solo "*s'il existe des so-*

Ora, è evidente l'impossibilità – in un sistema in cui lo *stare decisis* non vige in *alcun* senso[34] – di ipotizzare un "*vincolo al contrario*"; e tuttavia, dinanzi alla moda dell'*overruling* all'italiana che sembra aver fatto presa sui nostri giudici di legittimità[35], e che trova un correttivo solo nella valorizzazione dell'affidamento pregresso di chi si ritrovi, *suo malgrado*, ad occasionare il mutamento giurisprudenziale, potrebbe immaginarsi, in prospettiva, che la scusabilità dell'"*errore*" sul significato della legge possa essere parametrata sulla giurisprudenza maggioritaria.

In questo senso, del resto, si è già mosso il legislatore brasiliano: l'art. 24 della *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro* è stato modificato nel 2018, prevede che il giudice debba tener conto, nel decidere, dell'*orientações gerais* all'epoca dei fatti; e, per orientamento generale si intende quello della giurisprudenza maggioritaria, derivante dalla pratica reiterata e ampiamente conosciuto dal pubblico.

In altri termini, se non può impedirsi l'*overruling*[36], che almeno sia *prospective*.

Peraltro, anche la superiore affermazione, nella prima parte, va precisata: è noto che, prendendo una posizione metodologica di tendenziale *self-restraint*, la stessa Cassazione ha affermato che "*se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è*

---

lutions divergentes […] *entre les juges du fond*", ma anche qualora il conflitto passi "*entre les juges du fond et la Cour de cassation*".

[33] A. Louvaris, *Présentation générale. La justice prédictive entre être et devoir-être*, in Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation (dir.), *La justice prédictive. Actes du colloque du 12 Février 2018, organisé par l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation à l'occasion de son bicentenaire en partenariat avec l'Université Paris-Dauphine PSL,* Dalloz, 2018, 33.

[34] Cfr. F. Auletta, *Profili nuovi del principio di diritto (il "vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite"),* in E. Fazzalari (a cura di), *Diritto processuale civile e corte costituzionale*, ESI, 2006, 1 ss.; Id., *Note intorno alla prima applicazione del c. d.* "*vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite*"*,* in *Giust. civ.,* 2008, 769 ss.; Id., *... il sole e l'altre stelle: è la giurisdizione quella del* '*sistema*' *dell'ABF?,* in *Banca, borsa, tit. cred*. 2018, 797.

[35] Sul fenomeno, v. i rilievi critici di L. Passanante, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Giappichelli, 2018, 273 ss.

[36] Inteso, evidentemente, in un senso più ampio rispetto a quello tradizionalmente ricevuto.

nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire — e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario — l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile"[37].

Ma quest'ultima, se c'è, viene da chi la disposizione la applica; cioè, dalla *massa*.

[37] Cass., sez. un., 18 maggior 2011, n. 10864, in *Foro it.,* 2012, I, 1864 ss., con nota di C. Consolo, *Può, 'de iure condendo' almeno, procedersi ancora ad un impiego tanto esiziale della nozione di improcedibilità del gravame?*; in *Giusto proc. civ.,* 2011, 1137, con di C. Asprella, *Sul termine di costituzione dell'attore o dell'appellante in caso di notificazione dell'atto introduttivo a più parti*; in *Corr. giur.,* 2012, 373, con nota di A. Paoletti, *Le sezioni unite si soffermano sui termini per la costituzione in giudizio in caso di notifica della citazione a più persone*; in *Corr. mer.,* 2011, 944 ss., con nota di G. Travaglino, *Appello con pluralità di parti e costituzione dell'appellante.*