

## TRE MODI DI DIRE “(IN)CERTEZZA DEL DIRITTO”

di

**Federico Casa**

(Università degli Studi di Padova)

### *Abstract*

*Actually the legal uncertainty is reflected in different levels: on one hand, the methods for producing rules, it means the existence and the system combination of each source of law, and this as result of pluralism, and from the other hand, the hermeneutic work of interpreters in an open society reintroduces the variation reasons in all its gravity. The variation reasons complicate the predictability not only of the decision of individual cases, but also the development of the legal system. The purpose is to verify philosophers and jurists' paradigmatic answers to an ever higher degree of system uncertainty and if and how they can be satisfactory and for which reasons.*

### **I. L'itinerario di ricerca e tre tentazioni da cui rifuggire (su cui però riflettere).**

Occorre subito dire, a scanso di equivoci, che nel trattare questo tema occorre rifuggire dalla tentazione di affrontare tre argomenti, non certo perché essi non possano dirsi rilevanti; anzi. Eppure la trattazione di questi ci porterebbe troppo lontano dal nostro intendimento, che è quello di verificare la natura di alcune risposte (paradigmatiche) di filosofi e giuristi al problema dell'incertezza del diritto, della quale non sembra doversi dare la prova.

Ritenendo opportuno anticipare alcune conclusioni, ci sia solo consentito evidenziare che le risposte oggi prevalenti alle domande che derivano dalla constatazione della

diffusa e crescente incertezza del diritto, conseguente al pluralismo delle fonti giuridiche, sono di natura soprattutto (solo) epistemologica. In altri termini, il problema della certezza del diritto è oggi degradato da problema ontologico a tema metodologico, cosicché non si registra una discussione di natura filosofica in senso generale sul tema della certezza del diritto<sup>(1)</sup>. La questione è divenuta un problema essenzialmente scientifico, riconducibile a paradigmi già noti, parendo oggi bastevoli quelli già proposti dal positivismo giuridico di formazione analitica, allorché invece il tema della certezza del diritto avrebbe potuto (e dovuto) imporre discussioni essenzialmente filosofiche. Inutile dire che l'abbandono dell'approccio metafisico-ontologico comporta il venir meno di ogni idea di giustificazione in senso fondazionista<sup>(2)</sup>, così come il senso stesso di una discussione politica sulla legislazione<sup>(3)</sup>.

Sulla descrizione dell'incertezza del diritto non pare pertanto necessario dilungarci, poiché ci sembra di poter affermare con sicurezza che, a prescindere dal significato che intendiamo attribuire alla locuzione "certezza giuridica", risulta senza dubbio possibile affermare, rispetto all'attuale situazione del diritto contemporaneo, che anche solo il proliferare delle fonti del diritto è causa di significativa incertezza. Anzi, la definizione forse più appropriata, e meno impegnativa, è quella secondo la quale è possibile descrivere la situazione dell'esperienza giuridica contemporanea, secondo la formula della fine del "monismo normativo", imponendosi la ri-configurazione delle fonti del diritto secondo una scacchiera pluralistica. Risultato questo di una netta separazione dell'identificazione, propria del positivismo giuridico, di legalità e

---

<sup>(1)</sup> Per una discussione di natura anche filosofica sul tema della certezza del diritto, seppure da una prospettiva gius-realista, cfr. C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1997, pp. 89-104.

<sup>(2)</sup> Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, 1981, pp. 137 ss.; F. GENTILE, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà. Seconda edizione integrata da tre codicilli*, Padova, 2001, pp. 2-9, 57-65; F. CAVALLA, *L'origine e il diritto*, Milano, 2017, pp. 331-351.

<sup>(3)</sup> Cfr. F. CIARAMELLI, *Creazione e interpretazione della norma*, Troina, 2003, pp. 11-20.

legittimità<sup>(4)</sup>, venendo quest'ultima pacificamente ricondotta a fonti diverse dalle legge<sup>(5)</sup>. D'altro canto, anche la giurisdizione e l'amministrazione assumono oggi uno spazio sempre più ampio rispetto a quello che era loro concesso solo qualche decennio fa nell'ambito del diritto statale <sup>(6)</sup>. Ne deriva che, «se la controversia futura non viene decisa secondo legge ma secondo altri criteri, ossia secondo criteri, che non dispongono per l'avvenire, o sono manchevoli di fattispecie, allora cadono calcolabilità e affidamento. Siano valori ideologici o fedi ultraterrene, situazioni di vita o circostanze storiche; poco importa, poiché tutti giungono al risultato di un diritto incalcolabile»<sup>(7)</sup>. Ha allora ragione, almeno in parte, chi ritiene che viviamo «in un mondo di ectoplasmi normativi, riassunti nella comoda categoria del soft law, dotati di un potere regolativo più o meno intenso, laddove l'intensità non è da misurare con la minore o maggiore efficacia di queste discipline, ma è determinata dal maggiore o minore impiego degli strumenti sanzionatori, rientranti nel monopolio statale. Lo Stato si ritrova in una situazione antica, funge da "braccio secolare", che garantisce l'effettività di scelte normative assunte altrove»<sup>(8)</sup>.

La prima tentazione, alla quale rinunciare, sarebbe allora di discutere analiticamente le soluzioni proposte dalle dottrine del positivismo giuridico, poiché, se le fonti si moltiplicano, la normatività si diffonde e l'incertezza del diritto si propaga ovunque;

---

<sup>(4)</sup> L. FERRAJOLI, *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", XV, n. 2, 1985, p. 407, secondo il quale «il postulato epistemologico del positivismo giuridico si identifica con il principio di legalità; cioè con la regola che prescrive, a proposito degli ordinamenti giuridici che includono tale principio come norma positiva, di considerare "valide" tutte e solo le espressioni "giuridicamente vere" perché suffragate dall'analisi dei discorsi normativi del legislatore».

<sup>(5)</sup> F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi* (2000), in ID., L. MENGONI, F. MODUGNO, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, pp. 247-259.

<sup>(6)</sup> C. CAMARDI, *Certeza e incerteza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017, pp. 13-14, e la completa bibliografia ivi citata, nonché N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, pp. 11-46.

<sup>(7)</sup> N. IRTI, *Per una dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, I, 2016, p. 922.

<sup>(8)</sup> R. BIN, *Soft law, no law*, in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, p. 33.

venuto meno il criterio (statuale) di identificazione del diritto, si ripropone in tutta la sua gravità il tema del fondamento della norma e della sua validità giuridica. Da questo punto di vista, è difficile non fare riferimento alla lezione di Kelsen, il quale, come noto, concepiva la norma giuridica come un'entità precostituita, che ha una propria definita esistenza ontologica nella sfera del dover essere. Non vi è dubbio però che egli distinguesse in modo netto il problema dell'individuazione del materiale giuridico positivo da quello della determinazione delle norme giuridiche, dal momento che, mentre il materiale giuridico viene individuato a partire dalla norma fondamentale, il significato oggettivo della legge stabilito dalla scienza giuridica<sup>(9)</sup>. Lungo questo percorso metodologico, implicitamente interpretando Kelsen, Uberto Scarpelli evidenziava come una norma è soltanto «il punto di arrivo di un procedimento interpretativo, né può essere espresso se non affidandola ad un enunciato o insieme di enunciati che dovranno a loro volta essere reinterpretati da chi voglia intenderne il significato e ritrovare la norma»<sup>(10)</sup>. Ci pare che la tesi non sia oggi più in discussione, e non solo nel positivismo giuridico post-hartiano. In questo modo non è però risolto il problema preliminare, poiché il pluralismo delle fonti finisce per rendere più urgente rispondere alla domanda relativa all'individuazione del diritto, ancora prima di “costruire” la norma giuridica. Secondo Mario Jori, è il «senso comune»<sup>(11)</sup> che consente di individuare il diritto, essendo poi discussione che spetta ai giuristi

---

<sup>(9)</sup> In questo senso, C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, pp. 55-60, cui faremo spesso riferimento nel proseguo del presente contributo.

<sup>(10)</sup> Cfr. U. SCARPELLI, *Norma* (voce), in *Gli strumenti del sapere contemporaneo*, II, *I concetti*, Torino, 1985, pp. 570-577.

<sup>(11)</sup> Salvo poi domandarsi se il “senso comune” cui fa riferimento l'eminente esponente della Scuola analitica italiana non abbia qualche cosa a che vedere con la “regolarità” tutta metafisica della quale discuteva Francesco Gentile a metà degli anni Ottanta, utilizzando la lezione di J. HUIZINGA, *Homo ludens*, (1938), tr. it., Milano, 1972<sup>3</sup>; cfr. F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1984, pp. 35-39. Anche il problema dell'individuazione del diritto non può certo essere confuso con le ragioni per le quali occorre ubbidire al diritto; cfr. A. SCHIAVELLO, *L'obbligo di ubbidire al diritto*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, pp. 472-504 e la bibliografia ivi indicata.

determinarlo attraverso il sistema delle fonti<sup>(12)</sup>. La risposta di Jori, per certi versi, è coerente con quella di Hart, poiché tale determinazione diviene una questione di fatto e non è il risultato di un'opzione epistemologica, come sosteneva Kelsen; eppure, per altri versi, la contraddice, poiché con la norma di riconoscimento Hart risolveva non solo il problema della determinazione del diritto da parte dei funzionari, ma anche quello dell'individuazione del concetto di diritto da parte del senso comune<sup>(13)</sup>. D'altro canto era lo stesso Dworkin a rilevare come i principi, a differenza delle regole, non si prestano ad essere individuati attraverso il riferimento ad una condivisa regola di riferimento<sup>(14)</sup>. Coleman, concedendo molto a Dworkin, oggi evidenzia come la regola di riconoscimento altro non rappresenti che uno schema per la negoziazione dei consociati, il cui contenuto non è evidentemente specificato, ma costituisce il risultato di discussioni ricorsive all'interno dello schema di riferimento: «l'autorità giuridica è resa possibile da una convergenza interdipendente da comportamenti e atteggiamenti: qualcosa che può essere considerato come “un accordo” fra gli individui espresso in una regola sociale o convenzionale che impone un obbligo»<sup>(15)</sup>. È probabilmente sul tema del riferimento al «contesto sociale», che il positivismo, anche quello più inclusivo come quello di Raz<sup>(16)</sup>, deve accomiarsi dall'idea del diritto come «pratica sociale» (secondo la lezione di Viola); eppure, non sarebbe sbagliato osservare che tale “distanza” viene presa pur sempre all'interno di un orizz-

---

<sup>(12)</sup> M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di meta-giurisprudenza descrittiva*, Pisa, 2010, p. 75.

<sup>(13)</sup> A. ANDRONICO, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*. Torino, 2012, p. 23.

<sup>(14)</sup> R. DWORKIN, *Il modello delle regole* (1977), in ID., *I diritti presi sul serio*, Bologna, tr. it., 1982, pp. 79 ss.

<sup>(15)</sup> J. COLEMAN, *La pratica dei principi. In difesa di un approccio pragmatista alla teoria del diritto* (1998), Bologna, 2006, p. 180; cfr. A. SCHIAVELLO, *Introduzione. Gius-positivismo o gius-positivismi? Un bilancio sul positivismo giuridico degli ultimi vent'anni*, in ID., V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino, 2005, pp. 224-228.

<sup>(16)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 220-222.

zonte epistemologico essenzialmente linguistico e costruttivista<sup>(17)</sup>, pur non ritenendo l'insegnamento di Viola così contiguo a quello di Zaccaria.

Ciò nonostante, il normativismo giuridico post-hartiano non risulta messo in crisi dal problema del pluralismo delle fonti, declinato nella forma dell'appartenenza di una norma ad un determinato ordinamento giuridico, tema risolto sia mediante il ricorso all'attività interpretativa, che consente di determinare la validità di una disposizione formalmente valida e di attribuirle significato, sia tramite il riconoscimento di norme non formalmente valide ma effettivamente osservate nel contesto di riferimento<sup>(18)</sup>. D'altro canto, anche il normativismo giuridico più diffidente nei confronti della prospettiva empirista del gius-realismo non dubita che la norma giuridica, nonostante costituisca una proposizione del linguaggio deontico-prescrittivo, non possa assumersi preesistente dal punto di vista ontologico all'attività interpretativa<sup>(19)</sup>. Sarebbe pertanto un inopinato difetto di attenzione affermare che il pluralismo delle fonti abbia messo in crisi il positivismo giuridico analitico, oggi dominante nella cultura filosofico-giuridica. Anzi, per certi versi, pur apparendo l'affermazione quasi paradossale, sono le Scuole gius-naturalistiche che paiono essersi fin troppo disinteressate dei problemi filosofici derivanti dall'affermarsi del pluralismo delle fonti del diritto. A meno che non si voglia confondere il l'imperativismo giuridico con il positivismo giuridico analitico e il neo-costituzionalismo con il gius-naturalismo in senso classico. In altri termini, è vero che la prospettiva giuridica di formazione analitica risolve il problema del fondazionismo, attraverso «abiti concettuali che divengono estensioni della vita pratica»<sup>(20)</sup>, come ama dire un po' provoca-

---

<sup>(17)</sup> F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2001, pp. 311-408.

<sup>(18)</sup> Cfr. G. PINO, *Norma giuridica*, in ID., cit., p. 170; cfr. naturalmente anche A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico dopo Herbert L.A. Hart. Un'introduzione critica*, Torino, 2006, pp. 23 ss.; nonché A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 3-24, 207-228.

<sup>(19)</sup> U. SCARPELLI, *Norma*, cit., pp. 170-177; nello stesso senso, C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 39-41.

<sup>(20)</sup> A. GARGANI, *Il sapere senza fondamenti. La condotta intellettuale come strutturazione dell'esperienza comune*, Torino, 1975, pp. 98-100.

toriamente Aldo Gargani, che, in ambito giuridico, divengono le «pratiche sociali diffuse e osservate nell'ambito di una determinata comunità»<sup>(21)</sup>. Tutto ciò ad una condizione. La semplice validità di una norma non è sufficiente a far sì che essa possa riuscire a guidare la condotta dei suoi destinatari; tali condotte si trovano sempre all'interno di un contesto, ed è tale contesto che fissa le condizioni alle quali la regola può effettivamente raggiungere il proprio obiettivo<sup>(22)</sup>. D'altro canto, «l'adeguatezza rispetto al contesto di applicazione diventa una condizione necessaria di esistenza del diritto, la cui autorità riposa proprio sulla "coerenza" con le credenze dei suoi destinatari»<sup>(23)</sup>.

La seconda tentazione, anch'essa, tutto sommato, propria di certo gius-naturalismo, è quella di trasformare, inconsapevolmente ma surrettiziamente, la propria filosofia del diritto in filosofia della politica, forse anche in sociologia del diritto. Lungo questo versante allora sarebbe di grande interesse riannodare il pluralismo delle fonti e l'incertezza che ne deriva al «politeismo dei valori», che registrava ormai un secolo fa Max Weber, riconducendolo alla crisi della sovranità degli Stati moderni e al processo di secolarizzazione, già allora giunto ai suoi esiti finali. Tale itinerario argomentativo comporta il riferimento a tre principi fondamentali: il principio dell'azione elettiva, della differenziazione e specializzazione progressiva, della legittimazione del mutamento, tutti convergenti nell'auto-determinazione del soggetto, che diviene la genesi e ragione stessa dell'idea della "costruzione" della conoscenza. Un'altra implicazione di queste tesi riguarda l'affermarsi del principio elettivo delle democrazie, e con esso di un legame sociale fondato sull'ordine contrattuale, in cui il criterio di

---

<sup>(21)</sup> F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, anche se Francesco Viola non condividerebbe questa ricostruzione del suo pensiero filosofico-giuridico.

<sup>(22)</sup> Cfr. F. CIARAMELLI, *Creazione ed interpretazione*, cit., pp. 55-81.

<sup>(23)</sup> A. ANDRONICO, *Viaggio*, cit. p. 54; cfr. il riferimento al «bene comune» di F. GENTILE, *Intelligenza politica*, cit., p. 43-48, e il rinvio a S. FONTANA, *Teologia politica*, Milano, 1980, anche se forse occorrerebbe dilungarsi sul rapporto tra la pragmatica trascendentale e la filosofia dell'essere; cfr. sul tema V. POSSENTI, *Il realismo e la fine della filosofia moderna*, Roma, 2016, pp. 92-100.

scelta dell'individuo non è sindacabile; ciò non può che comportare una crescente complessità del mondo sociale, politico e giuridico. Da questo punto di vista, il nostro tempo avrebbe raggiunto la forma estrema della secolarizzazione, portando alle ultime conseguenze logiche l'estensione della sfera dell'agire sociale e interindividuale<sup>(24)</sup>; non intesa però la secolarizzazione solo come processo dissolutivo ma anche quale sinonimo di affrancamento da vicoli teologici e religiosi. Non vi è dubbio che sia stato merito di Karl Löwith, sin da subito influente allievo di Heidegger, aver evidenziato il rilievo della categoria del tempo e la specifica radice teologico-cristiana dell'idea del tempo irreversibile, in cui il "consumo" del medesimo è funzionale alla liberazione dell'uomo<sup>(25)</sup>. Conseguita però l'illusione del progresso e con essa la crisi del «monismo metodologico» che avrebbe dovuto consentire di conseguirlo, e constatato nell'ambito delle scienze naturali il principio di "irreversibilità" della natura<sup>(26)</sup>, sarebbe stata la stessa filosofia della storia a sancire la sua fine, allorché «gli Stati moderni finiscono per perdere la propria legittimazione» proprio perché, una volta che i concetti hanno assunto lo scopo funzionale e fenomenologico dell'epistemologia husserliana, viene meno l'idea stessa del pensiero e il senso della storia, ed essi «non hanno più un "futuro"»<sup>(27)</sup>.

Tali disamine sono condivise da quegli Autori, i quali ritengono che vi sia uno strettissimo legame tra gli esiti ultimi della secolarizzazione, le trasformazioni biologiche e sociali, e la crisi di legittimità degli Stati moderni; a partire da tali prospettive, il massimo grado di certezza dell'ordinamento giuridico potrà essere conseguito attraverso il ricorso ad una rinnovata idea del sistema giuridico. Viene, infatti, proposto un sistema che si adatti al diverso significato che viene ad assumere il diritto alla fine

---

<sup>(24)</sup> G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Torino, 2005, pp. 28-30.

<sup>(25)</sup> K. LÖWITH, *Significato e fine della storia: i presupposti teologici della fine della storia* (1946, 1953), tr. it., Milano, 2010, pp. 183-190.

<sup>(26)</sup> D. BOHM, *Causalità e caso nella fisica moderna* (1984<sup>2</sup>), tr. it., Napoli, 1997, pp. 213-226.

<sup>(27)</sup> G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione*, cit., pp. 28-30.



di un'epoca, in cui la secolarizzazione si è ormai definitivamente compiuta<sup>(28)</sup>. Spogliata quindi l'esperienza giuridica da ogni riferimento metafisico, inteso, secondo queste teoriche, come la pretesa di interpretare il mondo teologicamente, sulla base dell'idea di giustizia, pertanto attraverso paradigmi essenzialistici, residua un diritto inteso come il risultato di decisioni e di scelte, una produzione artificiale contingente, solo in vista della risoluzione di problemi puntuali. In altri termini, la secolarizzazione del diritto, concepita «come deriva, perdita del centro, ma anche affrancamento dai vincoli metafisici ed etici, un *continuum* di laicizzazione», imporrebbe oggi una scienza giuridica, che deve, a sua volta, “secolarizzarsi”. Abbandonare i concetti sostanzialistici in nome di quelli strumentali, trascurare i paradigmi e i modelli inventati per una realtà giuridica che non esiste più, quella della Modernità<sup>(29)</sup>: ordine/conflitto, giustizia/ingiustizia (del caso particolare), certezza/incertezza, e sostituirli con modelli esplicativi, capaci di dare conto delle «categorie del tempo» e della contingenza del presente<sup>(30)</sup>, in cui il disordine, nell'epoca della globalizzazione, diviene la condizione normale delle società contemporanee<sup>(31)</sup>.

La terza tentazione è quella di discutere la distinzione proposta in letteratura, con riferimento alle teoriche sulla certezza del diritto. Da una parte, vi sono le concezioni cosiddette «oggettualistiche», le quali configurano il diritto come un insieme di oggetti normativi oppure fattuali, che la scienza giuridica può conoscere e ha il compi-

---

<sup>(28)</sup> M. BARCELLONA, *Diritto, Sistema e Senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Torino, 1996, pp. 28-30; G. TEUBNER, *Il diritto come sistema autopoietico* (1989), tr. it., Milano, 1996; ID., *Il diritto come soggetto epistemico: per una teoria della conoscenza costruttivista*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1990; C. CAMARDI, *Certezza e incertezza*, cit., pp. 197-232; A. FEBBRAJO, *Funzionalismo strutturale e sociologia del diritto, nell'opera di Niklas Luhmann*, Milano, 1975, pp. 192 ss.; M. MELI, *Evoluzione sociale e organizzazione giuridica, Una nuova teoria: l'autopoiesi*, in *Riv. crit. dir. priv.* 1989.

<sup>(29)</sup> Sulla genesi giuridico-politica della “Modernità”, cfr. A. SCERBO, *Diritto e virtù*, in ID., M. LA TORRE (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Catanzaro, 2003, pp. 117-157.

<sup>(30)</sup> Cfr. G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione*, cit., p. 140.

<sup>(31)</sup> G. TEUBNER, *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. l'emergere delle costituzioni civili* (2005), tr. it., Roma, 2015.

to di descrivere<sup>(32)</sup>. Secondo queste teoriche il diritto ha un'esistenza distinta dal complesso di ragionamenti interpretativi e argomentativi necessari, affinché esso possa essere effettivamente compreso; si tratterebbe, in altri termini, della caratteristica concezione della certezza giuridica propria della Modernità giuridica, presupposto dell'affermazione degli ideali del governo delle leggi e dello Stato di diritto; tali caratteri parrebbero caratterizzare tanto il gius-positivismo quanto il realismo giuridico. Dall'altra parte, le concezioni cosiddette «non oggettualistiche», secondo le quali il diritto è un'attività sociale di natura ermeneutica. L'esperienza giuridica allora non è soltanto un sistema finito di norme, ma «un oggetto complesso contornato da un limite», visto che l'individuazione del diritto e la determinazione della sua validità dipendono essenzialmente dai processi argomentativi, cosicché le pratiche di ragionamento «sono altrettanto importanti delle regole del diritto oggettivo per capire come questo funziona»<sup>(33)</sup>. Non vi è dubbio che ne deriva una diversa concezione della validità giuridica, del concetto di fonte e naturalmente di sistema giuridico; in questa prospettiva la certezza del diritto è assicurata dalla predeterminazione e ragionevolezza delle procedure<sup>(34)</sup>. Si tratta di una tentazione questa dalla quale è più agevole rifuggire rispetto a quelle precedenti, non tanto perché la riteniamo poco utile alla discussione sulla certezza del diritto, quanto perché le teoriche cosiddette «non oggettualistiche», che a dire il vero preferiremmo definire “costruttiviste”, finiscono per ricomprendere concezioni tra loro molto diverse, come quelle di MacCormick, Alexy, ma anche quella di Viola e di Zaccaria, in relazione alle quali ultime non vi è dubbio che l'esigenza della certezza del diritto ceda il passo a quella della giustizia. D'altro canto, è pur vero che sia Alexy sia MacCormick, così come il posi-

---

<sup>(32)</sup> Cfr. S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002, p. 14; in questo senso anche V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, Torino, 1999, p. 226; F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 13.

<sup>(33)</sup> S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., pp. 15-22; cfr. V. GIORDANO, *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee*, Napoli, 2008, pp. 103-166, la quale, nella sostanza, condivide la distinzione, pur evidenziando i limiti delle teoriche costruttiviste e proceduraliste.

<sup>(34)</sup> S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., p. 299.

tivismo giuridico post-analitico oppure la Scuola di Genova di Tarello, di cui pure non è un tratto caratterizzante il tema della certezza del diritto, risolvono questa discussione nel problema epistemologico del controllo di razionalità. Eppure, è altrettanto sicuro che buona parte di questi Autori non riterrebbero di sottoscrivere le tesi costruttiviste e anti-realiste del post-positivismo, secondo le quali conoscere la realtà non equivale a descriverla, ma piuttosto ad elaborare una rappresentazione più o meno plausibile della stessa a partire da un certo punto di osservazione<sup>(35)</sup>. Gli studiosi di formazione ermeneutica non dubitano invece che nel processo applicativo i fatti vengono descritti per mezzo dei tratti distintivi contenuti nella fattispecie delle norme generali. Le caratteristiche specifiche dei fatti possono essere l'occasione per applicare la norma presa in considerazione inizialmente, rielaborata alla luce del confronto con la situazione specifica; attraverso il senso della tradizione (giuridica), il caso singolare viene realmente riconosciuto e ricondotto ad una condivisa idea di giustizia<sup>(36)</sup>. D'altro canto, l'odierno gius-realismo analitico, che secondo questa distinzione dovrebbe essere ricondotto al «non oggettualismo», adotta una concezione della norma giuridica di matrice ancora hartiana<sup>(37)</sup>; esso è in grado di tracciare una precisa separazione tra interpretazione giuridica e applicazione del diritto<sup>(38)</sup>. Da ultimo, si tenga presente che tale distinzione è, almeno in parte, sovrapponibile a quella, unanimamente accettata in teoria dell'interpretazione, tra soluzioni «cognitiviste» oppure anche dette «formaliste» e «non cognitiviste». Queste ultime consentono di perseguire una fedeltà alla legge, declinata, ci parrebbe, nel senso della certezza del diritto, «attraverso una costante collaborazione degli interpreti ad un processo no-

---

<sup>(35)</sup> V. VILLA, *Costruttivismo*, cit., pp. 103-131.

<sup>(36)</sup> Cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, 1990, p. 55; R. ALEXY, *Interpretazione giuridica*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, V, Roma, 1996, p. 66.

<sup>(37)</sup> Cfr. H. HART, *Il concetto del diritto* (1961), tr. it., Torino, 1965, pp. 146-159; cfr. nello stesso senso M. JORI, *Il formalismo giuridico*, Milano, 1980, pp. 96 ss.

<sup>(38)</sup> R. GUASTINI, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, pp. 41-56; 451-458.

mo-poietico, che non si esaurisce nella pur fondamentale produzione delle norme da parte de legislatore»<sup>(39)</sup>.

## II. La certezza del diritto come prevedibilità

Intendendo invece entrare nel vivo della discussione sulla certezza del diritto, ci parrebbe di particolare interesse rilevare che, pur rappresentando ancora oggi il giusnaturalismo di Cotta e il positivismo giuridico di Bobbio i due più diffusi approcci antagonisti al diritto della nostra filosofia-giuridica<sup>(40)</sup>, essi, tutto sommato, condividevano la medesima concezione della certezza del diritto<sup>(41)</sup>. Sergio Cotta infatti osservava come la certezza del diritto non potesse essere affrontata a partire dall'idea che si trattasse di un valore del diritto, poiché, in quanto «condizione preliminare al diritto», intesa naturalmente non in senso kantiano, la certezza giuridica «precede necessariamente ogni attribuzione di valore ad esso»<sup>(42)</sup>. Norberto Bobbio peraltro, prima della svolta in senso funzionalistico del suo pensiero, aveva già rilevato, in polemica con il gius-realismo di Jerome Frank, come la certezza fosse «un elemento intrinseco al diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»<sup>(43)</sup>. Consonanza, si diceva, di particolare interesse, non solo perché in seguito nelle Scuole positivistiche il problema della certezza del diritto sarebbe sempre stato affrontato, compren-

---

<sup>(39)</sup> P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, pp. 145-146.

<sup>(40)</sup> Sul tema la letteratura è evidentemente sterminata; cfr. R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica* (2013-2015), tr. it., Napoli, 2015, pp. 6-10, il quale discute di due forme di positivismo e di tre di non-positivismo giuridico.

<sup>(41)</sup> Ci pare di poter affermare che sulle medesime posizioni, pur con qualche distinguo, fosse anche G. FASSÒ, *Società, legge e ragione*, Milano, 1974, p. 11, secondo il quale «quella della certezza non è dunque un'esigenza che sia stata sentita contingentemente in qualche determinata situazione storica, ma la ragion d'essere stessa del diritto».

<sup>(42)</sup> S. COTTA, *Certezza di essere nel diritto*, in AA.VV., *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, pp. 77-89.

<sup>(43)</sup> N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, XXVIII, 1951, pp. 146-152.

sibilmente, a partire dall'opposizione fatto/valore<sup>(44)</sup>, ma anche perché il gius-naturalismo, anche in questo caso per ragioni altrettanto facilmente decifrabili, avrebbe rinunciato ad occuparsi del tema della certezza del diritto<sup>(45)</sup>, persino da un punto di vista metafisico<sup>(46)</sup>. D'altro canto, Bobbio aveva in più occasioni spiegato come vi fossero due tipi di filosofia del diritto: quella "dei filosofi" e la filosofia del diritto dei "giuristi". La prima doveva occuparsi della trasposizione all'ambito giuridico delle più diffuse visioni del mondo (idealismo, illuminismo, esistenzialismo, marxismo), suggerendo un lessico di concetti e principi con particolare riferimento, anche se non solo, al tema della giustizia. La seconda invece doveva concentrare la propria attenzione non tanto sul concetto di diritto né sulle problematiche della giustizia, quanto sui problemi concettuali che nascono all'interno dell'esperienza giuridica<sup>(47)</sup>, la si voglia anche denominare «teoria del diritto»<sup>(48)</sup>, oppure «filosofia del diritto positivo», per utilizzare una suggestiva definizione di Pierluigi Chiassoni<sup>(49)</sup>, poco rileva. Quel che più conta è che nel frattempo il gius-naturalismo contemporaneo abbandonava l'idea che le questioni teorico-generalì più importanti (il tema della validità, delle fonti giuridiche, del sistema giuridico e della certezza) dovessero essere discusse, poiché l'approccio metafisico, tutto problematizzando, avrebbe potuto in ogni momento aggiornare i risultati della scienza giuridica. Ma anche questa conside-

---

<sup>(44)</sup> Cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, pp. 25-51; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in E. DICIOTTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, pp. 81-88; C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 252-255.

<sup>(45)</sup> Da questo punto di vista, fa eccezione L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964), tr. it., Milano, 1986, pp. 138 ss.

<sup>(46)</sup> Lo stesso Enrico Opocher nelle Sue *Lezioni*, dedicate ai temi della validità giuridica, al valore del diritto, alla libertà, alla storicità, alla giustizia e al tempo nell'esperienza giuridica, non affronta il problema della certezza del diritto; cfr. E. OPOCHER, *Lezioni metafisiche sul diritto* (1966-1968), a cura di F. TODESCAN, Padova, 2005.

<sup>(47)</sup> N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965; sul tema occorre senza dubbio vedere A. PUNZI, *Filosofia del diritto*, in *Estr. dal VI agg. Enc. dir.*, Milano 2003, p. 1163; recentemente si veda R. GUASTINI, *Teoria del diritto*, Modena, 2012, p. 16.

<sup>(48)</sup> *Op. ult. cit.*, p. 27.

<sup>(49)</sup> P. CHIASSONI, *L'indirizzo analitico nella filosofia del diritto. I. Da Bentham a Kelsen*, Torino, 2009.

razione rischia di portare la discussione troppo lontano, perché occorrerebbe discutere il tratto ritenuto «violento», di ogni approccio metafisico alla realtà<sup>(50)</sup>, e così anche all'esperienza giuridica.

Rimane la considerazione che la domanda che i giuristi oggi più spesso pongono ai filosofi è la seguente: come assicurare la certezza del diritto, se «la *lex codicis* degrada, sempre di più, a un primo “dato di partenza” che, nei successivi svolgimenti ermeneutici da parte dei diversi operatori giuridici, si nutre, sovente, di criteri giuridici d'ordine fattuale (ritratti della giuridicità propria ed interna al fatto), e di criteri di metalogica–giuridica (e cioè di criteri logico-giuridici formulati “a catena” sulla base di pregressi sistemi o apparati logico-giuridici)<sup>(51)</sup>. E ciò anche considerato che «il frequente ricorso ai principi nella disciplina dei rapporti privati rende meno prevedibile l'esito di una controversia di quanto non sarebbe se la stessa fosse più semplicemente sussunta o sussumibile all'interno di una fattispecie»<sup>(52)</sup>. La questione è cruciale, poiché oggi le possibili risposte della filosofia giuridica sono essenzialmente due; esse trovano la loro genesi entrambe nel positivismo giuridico analitico post-hartiano, soluzioni prettamente epistemologiche, non ontologiche o metafisiche. Pertanto la certezza del diritto viene considerata ora come la capacità di prevedere le soluzioni dei giudici in relazione al contenuto del diritto, ora quale «conoscibilità delle norme giuridiche [al fine di] di controllare la correttezza delle decisioni giudi-

---

<sup>(50)</sup> Cfr. G. VATTIMO, *Oltre l'interpretazione*, Roma-Bari, 1994, pp. 39-41, secondo il quale, dopo Heidegger, anche Adorno e Lévinas ritengono di dovere diffidare della metafisica non come di un errore teorico, ma anzitutto come di un «pensiero violento»: «o perché, come pensa Adorno, il suo interesse esclusivo per l'universale e per le essenze la prepara ad accettare che, in nome dell'università, si calpestino gli individui; o perché, come pensa Lévinas, la pretesa di cogliere l'essere come condizione per l'incontro con il singolo esistente apre la via alle stesse aberrazioni». Per Vattimo, invece, la «natura violenta» della metafisica risiede nella constatazione «della presenza perentoria dell'essere», che diviene fondamento, e «non lascia più adito a ulteriori domande, è come un'autorità che tacita s'impone senza “fornire spiegazioni”».

<sup>(51)</sup> G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice civile e il ruolo della legge tra giustizia giuridica e incertezza applicativa*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2019, p. 59.

<sup>(52)</sup> C. CAMARDI, *Certezza e incertezza*, cit., p. 14.

ziali»<sup>(53)</sup>; non sembra invece possibile una definizione che dia conto di entrambi gli obiettivi<sup>(54)</sup>.

Risulta pertanto senza dubbio condivisibile la tesi, secondo la quale le concezioni fattuali della certezza richiedono di prevedere l'applicazione e l'uniformità delle opinioni dei giudici relative al contenuto dei testi di legge, valutazione questa che non dipende in alcuna misura dalla razionalità dei procedimenti intellettuali dei giudici. «Insomma, si può sostenere che la prevedibilità delle opinioni dei giudici sia una buona cosa, ma non si può affermare che essa dipenda dalla conoscibilità del diritto, oppure dalla capacità dei giudici di compiere un ragionamento corretto oppure di pervenire alla conoscenza del diritto in senso veritativo»<sup>(55)</sup>.

Le concezioni fattuali fanno riferimento alla certezza del diritto, intesa come capacità dei consociati di prevedere le norme generali che troveranno applicazione ai casi singoli rispetto alle decisioni giudiziali. Esse ritengono di dover elencare una serie di fattori che devono sussistere, al fine di formulare un positivo giudizio di prevedibilità. Tali teoriche, almeno apparentemente, accomunano concezioni filosofico-giuridiche profondamente diverse; nel proseguo, seppur brevemente, faremo riferimento a due proposte abbastanza contigue, che trovano la loro genesi però in visioni specularmente opposte dell'esperienza giuridica<sup>(56)</sup>.

Solo incidentalmente, è però utile rilevare che nell'ambito del positivismo giuridico un riferimento importante rimane la distinzione tra l'interpretazione giudiziale e quella dottrinale, così come viene prospettata nel Kelsen degli anni Sessanta ma an-

---

<sup>(53)</sup> E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, 1999, p. 291.

<sup>(54)</sup> Di diverso avviso, con qualche perplessità, C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 271-284.

<sup>(55)</sup> E. DICIOTTI, *Verità e certezza*, cit., p. 294; in questo senso, con particolare riferimento alla dissociazione tra la razionalità dei procedimenti giustificativi e i contenuti delle dottrine di giustificazione, cfr. C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 512-519.

<sup>(56)</sup> Risulta invece definitivamente superato il legalismo positivista ottocentesco, che costituiva il tratto caratteristico del pur significativo saggio sulla certezza giuridica di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; cfr. G. GOMETZ, *La certezza*, cit., pp. 138-149. Sul tema si veda B. LEONI, *La libertà e la legge* (1961), Macerata, 1995, pp. 82-106, sul quale non si può fare riferimento al bel saggio di A. FAVARO, *Bruno Leoni. Dell'irrazionalità della legge per la spontaneità dell'ordinamento*, Napoli, 2010.

che da Ross. Secondo Kelsen, il giudizio del giudice è prevedibile, poiché la scienza giuridica fissa all'interno della "cornice" tutte le possibili alternative interpretative praticabili dall'organo abilitato a decidere la controversia<sup>(57)</sup>. La certezza del diritto è dunque accostata alla possibilità degli individui di conoscere le decisioni giuridiche prima che vengano assunte, prevedendo il modo in cui saranno risolti i casi concreti. In Kelsen è quindi presente l'idea che è possibile studiare scientificamente quali siano le soluzioni che possano essere statisticamente più spesso adottate tra quelle individuate dalla scienza del diritto. Si tratta di uno studio sociologico, che potrebbe fornire importanti elementi di conoscenza ulteriori rispetto a quelli proposti dalla scienza normativa, una scienza che abbia ad oggetto il *Sein* giuridico, come effettiva soluzione approssimativamente realizzabile dei casi concreti<sup>(58)</sup>. D'altro canto, lo stesso Alf Ross avrebbe parzialmente moderato questa posizione, che, almeno in tesi, separa nettamente la validità di una norma dalla sua efficacia, delineando il tema della validità del diritto a partire da un giudizio di fatto, non più però da un punto di vista logico-formale, ma essenzialmente empirico, in quanto costituito dalle decisioni delle corti. In altri termini, se il risultato dell'interpretazione giudiziale è il diritto efficace, secondo Ross, la scienza giuridica deve occuparsi della validità giuridica, nel senso di prevedere l'interpretazione che le corti daranno a quella determinata disposizione giuridica, in relazione a quel particolare caso concreto. In altri termini, il risultato dell'interpretazione dottrinale, che costituisce il lavoro della scienza giuridica, è una vera e propria previsione, avente ad oggetto il significato e l'applicazione che di quella determinata disposizione giuridica offriranno le corti investite della controversia. Occorrerebbe forse evidenziare le marcate differenze della giurisprudenza normativa kelseniana rispetto a quella di Ross<sup>(59)</sup>, oppure domandarsi se questa epi-

---

<sup>(57)</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), tr. it., Torino, 1975, pp. 282-285, 390.

<sup>(58)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., pp. 100-102.

<sup>(59)</sup> Cfr. M. URSO, *Ross e l'applicazione del diritto*, in ID., V. VILLA, F. VIOLA, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo, 1974, pp. 85-102, e ciò con particolare riferimento all'opera di A. ROSS, *Diritto e giustizia* (1953), tr. it., Torino, 1965.



stemologia possa comportare la violazione della legge di Hume, visto che l'analisi viene svolta nell'ambito dell'*essere*, da cui si traggono valutazioni sul *dover essere*. Risulta però più utile evidenziare come la discussione sulla certezza del diritto, anche in questo caso, diviene un vero e proprio dibattito scientifico e metodologico. Come noto, occorre rilevare che Ross attribuisce alla scienza giuridica anche una valenza politica, intesa in questo senso come la capacità della medesima di perseguire obiettivi precisi e risolvere problemi puntuali, emergenti dall'applicazione della tecnica giuridica relativi all'attività del legislatore e dei giudici.

Se si condividono queste osservazioni, diventano maggiormente comprensibili quelle teoriche post-hartiane che, nel trattare la certezza giuridica come prevedibilità, correttamente prescrivono la necessità della chiarezza e della precisione delle disposizioni giuridiche, le quali devono concorrere alla riduzione di ciò che Kelsen denominava «l'indeterminatezza relativa del grado inferiore»<sup>(60)</sup>. In questo modo le previsioni complessive possono comprendere un numero e una varietà minori di alternative attese, anche considerato che gli enunciati normativi di oscura formulazione, vaghi e ambigui, contribuiscono alla indeterminatezza degli atti di grado inferiore e aumentano il grado di discrezionalità degli interpreti. Peraltro, affinché le previsioni dei consociati possano avere successo, risulta necessario che l'ordinamento giuridico sia spontaneamente o coattivamente osservato; le conseguenze giuridiche devono effettivamente ricollegarsi agli atti o ai fatti considerati dai previsori, i quali, a loro volta, devono rientrare nella gamma di quelle che sono le conseguenze attese, alla luce del quadro di riferimento e delle altre conoscenze effettuali. Occorre che, proprio di fatto, vi sia una regolarità decisionale e che le conoscenze giuridiche rilevanti per la predizione siano diffuse; ad esse si affiancano gli stili di decisione, le scelte effettivamente praticate, i tempi della giustizia<sup>(61)</sup>. Non sarà poi irrilevante la stabilità delle regolamentazioni giuridiche, con particolare riferimento alle norme generali,

---

<sup>(60)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., p. 278.

<sup>(61)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 279-282.

poiché ciò consente ai destinatari delle norme giuridiche una pianificazione della propria condotta che possa estendersi anche al futuro<sup>(62)</sup>. È opportuno poi che vi sia una congruenza tra le norme che si succedono nel tempo, evitando le riforme che si susseguono senza una *ratio* comune, cosicché gli individui saranno esposti a cambiamenti non prevedibili, a cui si associa naturalmente l'irretroattività della regolamentazione giuridica. Da ultimo, per conseguire la certezza del diritto, occorre instaurare una certa stabilità dei rapporti giuridici coperti dal giudicato, in modo tale che non sia agevole la ri-discussione dei medesimi. Le decisioni giudiziali, d'altro canto, devono essere ispirate ad ideologie improntate ad un'idea di giustizia condivisa<sup>(63)</sup>.

Tale concezione della certezza giuridica è stata oggetto, anche di recente, di svariate critiche, sia a partire dalla problematicità della concezione della spiegazione scientifica come previsione, e non piuttosto quale comprensione<sup>(64)</sup>, sia, come osservato in relazione alla scienza giuridica di Ross, con riferimento alla legge di Hume<sup>(65)</sup>, sia infine perché, così prospettata, questa altro non sarebbe se non (solo) una esigenza politica<sup>(66)</sup>. A ben vedere, sotteso a quest'ultimo orientamento della filosofia giuridi-

---

<sup>(62)</sup> Su questi temi, occorre senza dubbio vedere P. COMANDUCCI, *Principi giuridici e indeterminazione del diritto*, in *Anal. e dir.*, 1997, pp. 55-68; E. DICIOTTI, *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato*, in *op. ult. cit.*, 1992, pp. 97-138; G. FERRAJOLI, *Teoria del garantismo penale*, Milano, 1989, pp. 94-190; G. CARCATERRA, *Certezza, scienza, diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1962, pp. 377-394.

<sup>(63)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., pp. 283-291.

<sup>(64)</sup> Cfr. G.H. WRIGHT (von), *Spiegazione e comprensione* (1971), tr. it., Bologna, 1977, pp. 34-50.

<sup>(65)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete* pp. 262-277; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza*, cit., pp. 85-87.

<sup>(66)</sup> S. BERTEA, *Certezza del diritto*, cit., pp. 49-51, a giudizio del quale, in fine dei conti, essa rinvia al fatto che le regole giuridiche, una volta promulgate, rendono obbligatorie determinate condotte e vietate altre, cosicché «la norma giuridica è da considerarsi uno strumento per operare scelte pratiche all'ingrosso». In questa prospettiva le norme funzionano come ragioni escludenti, che permettono di determinare sulla base di criteri fissati in precedenza piuttosto che prefissati di volta in volta. Esso consente di risparmiare tempo e la fatica mentale connessi con la necessità di promuovere deliberazioni pratiche volta per volta. Nel fare ciò esso svolge una funzione fondamentale, dal momento che pone le condizioni che rendono possibile anche la cooperazione tra i vari membri della società e il raggiungimento degli obiettivi che richiedono l'attività congiunta di più individui» (p. 49).

ca analitica vi è un dibattito più delicato, che a partire dalla crisi del positivismo giuridico degli anni Sessanta del secolo scorso ha ad oggetto il contenuto di una teoria generale del diritto di formazione analitica: il rapporto tra un possibile discorso sociologico-empirico da una parte ed etico politico dall'altra<sup>(67)</sup>.

Piuttosto, giova menzionare il problema del rispetto della legge di Hume, su cui si fonda la "Grande Divisione" tra essere e dover essere, secondo la quale fra il discorso descrittivo e quello prescrittivo c'è un "salto logico", che impedisce sia di dedurre una conclusione normativa da sole premesse fattuali, sia di dedurre una conclusione fattuale da sole premesse normative<sup>(68)</sup>. Con riferimento al tema della certezza del diritto, il problema non pare così agevolmente superabile. Sia che si concepisca la questione della certezza del diritto come una regola logico-linguistica, oppure un principio metafisico, oppure ancora un impegno assiologico a compiere scelte libere e responsabili<sup>(69)</sup>, essa pone non pochi problemi in relazione alla concezione della certezza come prevedibilità. In effetti, nonostante tutte le precauzioni del caso<sup>(70)</sup>, la concezione della certezza giuridica come prevedibilità deve fare riferimento ad alcuni "fatti sociali"; si pensi ai necessari riferimenti ai tempi della giustizia e alle pratiche effettivamente praticate dai giudici e dai consociati, salvo poi da questi dedurre un valore giuridico<sup>(71)</sup>, che è proprio ciò che la legge di Hume vieta.

Massimo Corsale, da una prospettiva che potrebbe dirsi istituzionalista, in ogni caso decisamente anti-positivista e del tutto estranea alla lezione della filosofia analitica, in relazione al tema della certezza del diritto, proponeva una risposta che, giusta-

---

<sup>(67)</sup> Cfr. M. JORI, *Il gius-positivismo italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987, pp. 53-56, il quale rilevava correttamente come la crisi del positivismo, dal punto di vista epistemologico, fosse coincisa con l'avvenuta separazione tra il discorso etico-politico sul diritto e quello sociologico-empirico, i quali risultavano «assicurati dalla terza via kelseniana, che consentiva una scienza normativa, descrittiva di norme valide, collocata in una posizione autonoma tra il discorso etico-politico sul diritto e la sociologia giuridica empirica» (p. 53).

<sup>(68)</sup> Cfr. E. LECALDANO, *Hume e la nascita dell'etica contemporanea*, Roma-Bari, 1991.

<sup>(69)</sup> Cfr. C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 117-124, il quale predilige questa terza opzione declinata in versione epistemologica, forte della lezione di Scarpelli e di Ferrajoli.

<sup>(70)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., pp. 22-51.

<sup>(71)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., p. 254.

mente, viene almeno in parte assimilata a quella di Aarnio e di Peczenick<sup>(72)</sup>. Il tema della certezza in Corsale coincide infatti con la prevedibilità e la sicurezza nell'attuazione della giustizia: «la possibilità di tenere conto, prima d'intraprendere un'azione di come gli altri consociati la giudicheranno, e di quali comportamenti terranno nei suoi confronti, costituisce il ruolo indispensabile perché si determini e sussista nella comunità il sentimento di sicurezza circa la soddisfazione effettiva della fondamentale esigenza di giustizia, ossia che il diritto prevalga sul torto»<sup>(73)</sup>. In altri termini, ciò che rileva, secondo Corsale, sono essenzialmente le modalità, attraverso le quali possa realizzarsi la giustizia, cosicché la certezza è tanto più facilmente assicurata, quanto l'ordinamento giuridico sia effettivo-efficiente e siano tendenzialmente univoche le interpretazioni e le qualificazioni giuridiche<sup>(74)</sup>. In questa prospettiva solo una comune «ideologia sociale» all'interno di un determinato ordinamento giuridico risulta in grado di assicurare la certezza del diritto, a condizione però che sia possibile determinare un complesso di idee culturali, di idee religiose, di concezioni circa i rapporti sociali e politici, i quali, pur non essendo completamente condivisi dai singoli membri, lo caratterizza però come unità organicamente integrata, costituendone la cultura comune<sup>(75)</sup>.

Ci è parso importante menzionare la posizione di Corsale, per rilevare che, per quanto possa apparire contigua a quella di Gometz, non si tratta di una posizione frutto di una scelta epistemologica, oppure del ripensamento di una opzione scientifica, quanto di una forma di sociologia descrittiva, probabilmente non poco influen-

---

<sup>(72)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., pp. 103-107, n. 209, che prende a riferimento M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970, in seguito ripensata in ID., *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979, in particolare pp. 31-41, le cui assonanze con i teorici dell'argomentazione giuridica Aarnio e Peczenik riguardano rispettivamente il rapporto tra la prevedibilità delle decisioni giuridiche e la loro accettabilità sulla base di considerazioni morali, e della certezza con l'accettabilità sostanziale della decisione rispetto alla visione del mondo propria di una determinata società.

<sup>(73)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 32-33.

<sup>(74)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 34, 58.

<sup>(75)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 113-115.

zata dall'istituzionalismo di Santi Romano. Diverso è il caso di Gometz, il quale risulta invece condizionato non solo dalla svolta in senso empirico-sociologica della lezione di Bobbio e di Ross<sup>(76)</sup>, ma soprattutto dallo spostamento da parte di Uberto Scarpelli della scelta gius-positivista nel campo delle scelte etico-politiche<sup>(77)</sup>. Infatti, in relazione ai discorsi sulla scienza, anche con riferimento a quello sulla certezza del diritto, mentre Bobbio ammetteva una scienza meramente descrittiva della sociologia degli effetti della giurisprudenza, Scarpelli sosteneva che la struttura epistemologica della giurisprudenza fosse inevitabilmente funzionale solo alla prescrizione. Da questo punto di vista, il tema della certezza del diritto, attraverso e a causa dell'opzione etico-politica<sup>(78)</sup>, come la scelta stessa del positivismo giuridico quale filosofia giuridica<sup>(79)</sup>, diviene tema essenzialmente epistemologico.

### III. La certezza del diritto come controllabilità.

Tale tesi è ormai prevalente tanto negli ambienti che si rifanno al positivismo giuridico analitico hartiano e post-hartiano, al realismo giuridico della Scuola di Genova, anche se certo in questa non è preminente il tema della certezza del diritto, alla filosofia dell'agire comunicativo di Habermas, al neo-costituzionalismo di Alexy, alle teorie dell'argomentazione di Aarnio, Peczenic e Maccormick, nelle quali invece prevale decisamente la discussione sulla questione della certezza del diritto, fino alle

---

<sup>(76)</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, Torino, 1967, pp. 157 ss.; ID. *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977.

<sup>(77)</sup> U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 179 ss.; sul tema cfr. A. PINTORE, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Napoli, 1990, in particolare, pp. 10-50 e 87-142, ove si dimostra come l'accoglimento da parte di Scarpelli della «struttura aperta» dei «concetti giuridici» di Hart fosse funzionale al consolidamento dello stato di diritto.

<sup>(78)</sup> M. JORI, *Il giuspositivismo*, cit., p. 40, cfr. C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 415-428.

<sup>(79)</sup> V. VELLUZZI, *Introduzione. Percorsi del positivismo giuridico del Novecento*, in ID., A. SCHIAVELLO, *Il positivismo giuridico*, cit., pp. 3-24.

teorie ermeneutiche del diritto che, pur rifiutando il modello del sillogismo giuridico, non possono più rinunciare al controllo di razionalità della decisione<sup>(80)</sup>.

Il tema è evidentemente strettamente connesso con il ragionamento giudiziale, per lo più ancora oggi costruito sulla base del sillogismo giuridico, il quale, per sua natura, consente il controllo sulla correttezza della giustificazione. Secondo le teorie nettamente prevalenti, la decisione giudiziale viene legittimata quale conclusione di una inferenza sillogistica, le cui premesse vanno giustificate sulla base di alcuni argomenti. La correttezza delle inferenze a partire dalla disposizione giuridica, individuata come in grado di decidere la controversia, prende il nome di «giustificazione interna»; viene chiamata invece «giustificazione esterna», ed è quella che maggiormente interessa, la determinazione e l'interpretazione della premessa maggiore del sillogismo e la giustificazione della premessa minore, denominata «giustificazione esterna in fatti», il cosiddetto «ragionamento probatorio»<sup>(81)</sup>. Il modello di controllo dal punto di vista interno impone la verifica sulla deduzione; quello esterno richiede la disamina della scelta della disposizione giuridica da applicare con particolare riferimento ai cosiddetti «argomenti dell'interpretazione»; come noto, tale attività non è necessariamente logica ma è soprattutto frutto dell'argomentazione<sup>(82)</sup>.

Secondo le concezioni normative della certezza giuridica, l'interrogativo va posto sulla funzionalità del valore della certezza rispetto a questo o a quel progetto di politica del diritto, riferendoci in questo senso ad un valore etico-politico o ad un principio giuridico, il quale «prescrive di produrre e applicare le norme in modo tale che sia possibile conoscere anticipatamente in via generale la valutazione giuridica dei comportamenti futuri»<sup>(83)</sup>. Secondo queste teorie, il tema della certezza diventa un

---

<sup>(80)</sup> G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012, pp. 126-141.

<sup>(81)</sup> D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione della decisione giudiziale*, Torino, 2019, p. 16.

<sup>(82)</sup> Cfr. P. MORO, *Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo*, in ID. (a cura di), *Il Diritto come Processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano, 2011, pp. 9-35.

<sup>(83)</sup> G. GOMETZ, *La certezza*, cit., p. 26.

questione scientifica, di epistemologia giuridica si direbbe, cosicché dal piano della legislazione si scivola verso quello dell'interpretazione; da quello ontologico del diritto a quello gnoseologico, nel senso che la certezza non rileva più quale carattere assiologico ed ideale del diritto, ma costituisce il risultato di una metodologia scientifica, non necessitante di alcuna fondazione.

«La diffusa convinzione che con l'accrescersi della fluidità delle norme si accresca anche la loro "adeguatezza" si dimostra un'illusione ottica: sarebbe come dire che una fotografia più è sfuocata e meglio rappresenta la realtà riprodotta, perché tanto più le immagini sono imprecise e tanto più consentono il libero gioco dell'immaginazione. Effettivamente, nei casi lasciati impregiudicati da una direttiva vaga, è difficile affermare che vi sia un diritto "molto adeguato", che tiene conto in modo differenziato delle particolarità inerenti alla varie situazioni specifiche. Meglio affermare che il legislatore ha preferito non decidere in via generale, delegando questo compito alle autorità inferiori, nella speranza che esse siano in grado di affrontarlo con maggiore efficacia»<sup>(84)</sup>. Come se una disposizione giuridica, dal punto di vista del diritto positivo, quanto più risultasse essere vaga<sup>(85)</sup> oppure equivoca<sup>(86)</sup>, tanto meno dovrebbe esistere.

L'argomento è coerente, attuale e probabilmente anche un po' malizioso dal punto di vista della scienza della legislazione. Ci piacerebbe in-seguire Claudio Luzzati nella rappresentazione dell'ordinamento giuridico, a sua volta immagine del diritto, quale «fotografia sfuocata», ma occorre "andare al punto" e rilevare come il controllo vada esercitato a posteriori sul contenuto della proposizione normativa. Da questo punto di vista, poco importa domandarsi se già nella teoria giuridica di Kelsen, come ri-

---

<sup>(84)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete*, cit. p. 276.

<sup>(85)</sup> La lezione è quella di Hart; si veda con grande lucidità E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, 1999, pp. 367 ss.

<sup>(86)</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in "Trattato di diritto civile e commerciale", già dir. da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, coor. da P. SCHLESINGER, Milano, 2014, pp. 39-52.

pensata e aggiornata da Uberto Scarpelli<sup>(87)</sup>, vi fossero, come sostiene Claudio Luzzati, i presupposti teorici per proporre un controllo di razionalità, non solo in ordine all'appartenenza di una disposizione giuridica ad un determinato ordinamento e alla sua validità (giudizi normativi), ma anche ai giudizi interpretativi dei giuristi. Per Luzzati infatti il procedimento di giustificazione, per essere «adeguato», deve essere improntato al requisito della «coerenza-formale della decisione», alla «non assurdità pragmatica» e al controllo critico «sui fatti ritenuti più rilevanti»<sup>(88)</sup>. D'altro canto, Ferrajoli non dubita che «la giustificazione non è idonea a giustificare “aprioristicamente alcuna decisione”, ma si limita a indicare le condizioni in presenza delle quali una decisione è giustificata e in assenza delle quali non è giustificata», cosicché «le giustificazioni dovranno essere *relative, a posteriori e condizionate*»<sup>(89)</sup>.

Non vi è dubbio che, da questo punto di vista, la questione della certezza giuridica risulti intimamente annodata, e riannodata, al tema della giustificazione esterna, la quale risulta condizionata, a sua volta, dalla concezione dell'esperienza giuridica del giurista-interprete. Ma non solo, visto che la giustificazione esterna risente decisamente della considerazione che l'accoglimento di un particolare statuto epistemologico della scienza giuridica determina non solo i “protocolli” e le “regole sintattiche” della scienza giuridica stessa, ma anche la costruzione di una teoria del significato. Donde le discussioni sulla natura prescrittiva oppure descrittiva di una compiuta teoria dell'interpretazione, le strategie, i codici interpretativi, gli argomenti, fino alle scelte valoriali, che informano l'attività interpretativa in senso stretto, compresa quella applicativa<sup>(90)</sup>. Si badi che tale distinzione è evidentemente criticata, anche se

---

<sup>(87)</sup> U. SCARPELLI, *Gli orizzonti della giustificazione*, in L. GIANFORMAGGIO, E. LECALDANO, *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, Roma-Bari, 1986, pp. 3-41.

<sup>(88)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 449-462.

<sup>(89)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 459-460; cfr. anche L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 321-322.

<sup>(90)</sup> V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, Torino, 2012, pp. 57-73; ma anche L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1954; sui rapporti tra «scelte» e/o «opzioni metafisiche» e «ipotesi» e/o «protocolli» della scienza, occorre vedere V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e delle scienze naturali*, Milano, 1984, pp. 117-216.



con sempre maggiore prudenza, dalle teorie del significato proposte dalla Scuola dell'ermeneutica giuridica, la quale ritiene che «nel campo della vita pratica l'attività interpretativa fa[ccia] parte integrante dell'oggetto da interpretare, che propriamente non esiste al di fuori o senza che sia interpretato, sicché si può dire che i procedimenti interpretativi modellano l'oggetto e lo fanno esistere in un certo modo. La conseguenza di questa tesi è che dal modo di praticare il diritto dipende il concetto di diritto che abbiamo»<sup>(91)</sup>.

Ciò detto, occorre anche tenere ben presente che la distinzione, propria anche della filosofia analitica, tra contesto di controllo (o giustificazione) e contesto di invenzione (o sociologico) costituisce il presupposto stesso del controllo della giustificazione delle proposizioni interpretative<sup>(92)</sup>, soprattutto della giustificazione esterna. Risulta vero che tale cesura di carattere epistemologico tra il contesto della scoperta e quello della giustificazione nell'attività giudiziale anche di recente è stata sottoposta ad una incisiva critica<sup>(93)</sup>. Eppure, tale paradigma continuerebbe ad avere una propria utilità, seppure in un senso debole, soprattutto per coloro che ritengono che la decisione giudiziale sia il risultato della combinazione di svariati sillogismi<sup>(94)</sup>, nei quali peraltro il momento della scoperta avrebbe sue caratteristiche peculiari<sup>(95)</sup>.

Da ultimo, con riferimento ai rapporti tra il tema della certezza del diritto e il controllo di razionalità sulla giustificazione interna e soprattutto quella esterna, occorre fare menzione a due ulteriori problemi, strettamente correlati l'uno all'altro, entrambi significativi.

---

<sup>(91)</sup> Cfr. F. VIOLA, *Interpretazione giuridica, diritti umani e la nuova scienza giuridica*, in *Rag. prat.*, 2010, p. 187.

<sup>(92)</sup> Cfr. R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 237-238.

<sup>(93)</sup> Cfr. T. MAZZARESE, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, Torino, 1996, pp. 127-139, 154 ss.

<sup>(94)</sup> Occorrerebbe anche affrontare il tema del rapporto tra l'attività dell'interpretare e quella dell'argomentare, sempre più spesso ritenuta la prima una fase della seconda; cfr. R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica* (1978), tr. it., Milano 1998; D.N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto* (1978), tr. it., Torino, 2001.

<sup>(95)</sup> Rispetto all'ambito giuridico, si veda V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica*, cit., pp. 136-215; E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 74-92, 256-293.

Il primo attiene al problema della natura conoscitiva in termini veritativi dei giudizi interpretativi; d'altro canto, l'assenza di una valenza conoscitiva renderebbe inutile ogni discussione sulla certezza giuridica<sup>(96)</sup>. La risposta oggi prevalente nella dottrina analitica è generalmente positiva, a condizione che si adotti una teoria della verità come «coerenza», oppure come «consenso ideale»<sup>(97)</sup>. I riferimenti filosofici di queste criteri di verifica sono, come altrettanto noto, alcune proposte epistemologiche paradigmatiche, come quella formulata da Aarnio, secondo il quale un giudizio interpretativo è accettabile, se l'attività interpretativa è basata sul principio, secondo cui i giudici e i giuristi dovrebbero tentare di pervenire ai risultati interpretativi, che possano ottenere l'adesione della maggioranza in una comunità giuridica in cui si svolga un discorso razionale; questo principio ha lo stesso ruolo della verità nelle scienze empiriche. Pertanto, «l'aspettativa della certezza del diritto è completamente soddisfatta, soltanto se la decisione cade entro l'ambito delle norme giuridiche, il discorso si svolge in modo razionale e la decisione si conforma al codice di valori prevalente» L'altro riferimento è la teoria della verità di Habermas e di Alexy, anche se non vi è dubbio che essa pone qualche ulteriore problema in relazione alla conoscibilità dei giudizi interpretativi, poiché occorre domandarsi in che senso si possa affermare che i giudizi interpretativi possano effettivamente ottenere il consenso razionale in una situazione linguistica ideale<sup>(98)</sup>.

Il secondo. Gli enunciati prescrittivi che costituiscono la premessa maggiore del sillogismo giuridico non contengono valori di verità, ma solo valutazioni, come la giu-

---

<sup>(96)</sup> Si tratta della tesi di R. GUASTINI, *Nuovi studi sull'interpretazione*, Roma, 2008, pp.165-174, secondo il quale «dire che una interpretazione è vera significa oggi (agli occhi di chiunque abbia una sia pur modesta cultura giuridica) indulgere ad uno smaccato artificio propagandistico, o rettorico, o – come sul dirsi – ad un uso del linguaggio in funzione apertamente persuasiva» (p. 167).

<sup>(97)</sup> Cfr. E. DICIOTTI, *Verità e certezza*, cit., p. 292; a dire il vero ancora preliminarmente occorrerebbe discutere, dal punto di vista filosofico, di che cosa sia possibile predicare la verità: di entità linguistiche come gli enunciati, oppure di entità logiche, oppure ancora di entità psicologiche come le credenze; naturalmente discutendo di inferenze argomentative, è preferibile riferirsi agli enunciati; cfr. D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione*, cit., pp. 37-42.

<sup>(98)</sup> E. DICIOTTI, *Verità e certezza*, cit., pp. 219-272.

stizia e l'ingiustizia, la validità e l'invalidità, in quanto attengono al dover essere. In relazione al punto di vista interno, non dovrebbe essere possibile discutere di deduzione con riferimento ad enunciati dei quali non possa essere predicata la verità oppure la falsità. La questione non è di poco conto, perché ne va di mezzo la correttezza logica delle deduzioni che consentono la costruzione della proposizione interpretativa, che in questa prospettiva costituisce il presupposto stesso della certezza del diritto. Non vi è dubbio che alcune soluzioni siano state proposte. Si è sostenuto infatti che la parte referenziale della norma altro non è che una proposizione, un enunciato descrittivo di un'azione oppure di uno stato di cose, del quale si può predicare la verità oppure la falsità, cosicché l'inferenza non ha ad oggetto norme ma delle proposizioni incorporate in norme; in questo modo sarebbe rispettata anche la legge di Hume<sup>(99)</sup>. Pare invece meno soddisfacente la tesi, in virtù della quale i giudizi di fatto sono rappresentati da valutazioni sull'osservanza delle norme<sup>(100)</sup>. Occorre, da ultimo, ritenere che il criterio deduttivo va riferito a enunciati corretti oppure scorretti, piuttosto che a enunciati veri o falsi, assumendosi in questo modo che il campo dell'applicazione della logica sia più ampio del vero e del falso e che copra la validità e l'invalidità, cosicché anche le inferenze normative vi sono ricomprese<sup>(101)</sup>; rimane il problema che la giustizia e l'obbligatorietà non corrispondono a nulla se non a valutazioni soggettive, mentre la verità è la oggettiva corrispondenza tra una proposizione e il mondo. Come si diceva precedentemente, il paradigma contestato della scoperta e della giustificazione rappresenta il presupposto epistemologico dell'analisi del teorico dell'interpretazione, per il quale è cruciale il problema di controllare la giustificazione esterna, cosicché egli dovrà concentrarsi essenzialmente sulla disposizione giuridica e sull'interpretazione della medesima, che costituisce la premessa maggiore del sillogismo giudiziale.

---

<sup>(99)</sup> R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, cit., pp. 250-251.

<sup>(100)</sup> G.H. WRIGHT (VON), *Norma e azione* (1963), tr. it., Bologna, 1986, pp. 37 ss.

<sup>(101)</sup> D. CANALE, G. TUZET, *La giustificazione*, cit., pp. 26-31.

Di particolare interesse, da questo punto di vista, allora lo studio del modello argomentativo "à la Perelman"<sup>(102)</sup>, secondo il quale i ragionamenti interpretativi dei giuristi sono quegli schemi discorsivi generalmente accettati in una determinata comunità giuridica; essi vanno studiati, analizzati e catalogati, nell'intento di predisporre dei repertori di argomenti elaborati ed utilizzabili dai giuristi, al fine di giustificare le loro opzioni interpretative<sup>(103)</sup>.

Sarebbe sbagliato, a questo punto della trattazione, non menzionare l'insegnamento di Giovanni Tarello, per quanto egli non fosse interessato al tema della certezza del diritto in modo decisivo. I ragionamenti dei giuristi sono discorsi nei quali essi utilizzano argomenti interpretativi, che altro non sono se non schemi di argomentazione largamente accettati in una data cultura giuridica, cui gli operatori dell'interpretazione finiscono sempre per conformarsi. Da questo punto di vista, il compito principale di una compiuta teoria dell'interpretazione è quello di redigere un inventario degli argomenti interpretativi di fatto utilizzati per poi proporre alcune distinzioni<sup>(104)</sup>, e ciò nell'ambito di una determinata esperienza giuridica, in modo tale da verificarne la struttura e la correttezza del funzionamento, ma soprattutto l'ideologia che ne costituisce il fondamento<sup>(105)</sup>.

Una elaborazione ancora più sofisticata del controllo di razionalità si deve senza dubbio al modello delle direttive interpretative proposto da Wróblewski, la cui «interpretazione operativa» impone che, ogniqualvolta non sia possibile attribuire alla

---

<sup>(102)</sup> P.L. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., pp. 67 ss.

<sup>(103)</sup> P. MORO, *L'arte della scrittura giuridica. Retorica e testo difensivo*, Pordenone, 2016, pp. 55-84.

<sup>(104)</sup> G. TARELLO, *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna, 1974, pp. 488-493.

<sup>(105)</sup> ID., *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, pp. 342-343; risulta sicuro che degli argomenti dell'interpretazione non sarebbe possibile stilare una graduatoria, ed è altrettanto certo che non risulta attuabile l'idea di indicare un argomento da ritenersi preferibile rispetto agli altri, dal momento che l'interesse alla loro raccolta riguarda l'utilità che essi possano ricoprire nel futuro, non solo per argomentare, ma anche per confutare le proposte interpretative delle controparti, prevedere le decisioni dei giudici (Ross), individuare l'ideologia sottostante alle decisioni giudiziali.

disposizione un significato «prima facie», secondo il modello della giustificazione esterna, occorrerà verificare le indicazioni provenienti dalle «direttive primarie», che altro non sono se non le regole interpretative «linguistiche», «sistematiche» e «funzionali». Si pensi alla regola che impone all'interprete di non attribuire ad una disposizione un significato che sia in contrasto con altra norma o principio presente nel sistema. Occorre poi analizzare il rispetto delle prescrizioni contenute nelle «direttive secondarie», anch'esse indicazioni di natura non solo «procedurale», perché prescrivono come debbano essere organizzate le «direttive primarie», ma anche «di preferenza», poiché ordinano i criteri per scegliere, in caso di risultati non convergenti derivanti dall'utilizzo delle direttive primarie, quale debba essere considerato il significato corretto della disposizione giuridica oggetto d'interpretazione<sup>(106)</sup>.

Il modello di giustificazione esterna delle regole interpretative che risulta oggi più seguito è però quello proposto da Robert Alexy, il quale costituisce un significativo esempio di una teoria dell'interpretazione prescrittiva e normativa, nel senso che essa indica quali condizioni debbano occorrere in uno stato di diritto costituzionale e democratico, perché possano essere razionalmente giustificate le premesse dei ragionamenti giudiziali e, ai fini che qui interessano, i fondamenti delle opzioni interpretative, in ultima analisi, la certezza del diritto. Egli ritiene che i discorsi giuridici costituiscano un caso particolare del discorso pratico generale, i quali si svolgono pertanto in conformità alle regole del discorso pratico, in parte distinguendosi dalle discussioni morali per una serie di limiti peculiari. Secondo Alexy «la particolarità consiste nel fatto che la pretesa di correttezza nel discorso giuridico a differenza del discorso pratico generale non si riferisce a ciò che è corretto *tout court*, ma a ciò che è corretto all'interno di un determinato sistema giuridico»; ciò comporta che la questione centrale del giudicare nelle «zone di apertura» del diritto è quella della «giusta

---

<sup>(106)</sup> J. WRÓBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione giuridica* (1969), in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI, (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico. Materiali ad uso degli studenti*, II, Torino, 1989, pp. 267-302.

compensazione» e della «giusta distribuzione». «Interrogarsi sulla giusta compensazione e sulla equa distribuzione sono domande di giustizia di natura morale», cosicché «la pretesa di correttezza fonda, anche al livello dell'applicazione del diritto, un collegamento necessario tra diritto e morale»<sup>(107)</sup>.

Occorre, sempre a giudizio di Alexy, controllare l'uso degli argomenti «linguistici», «genetici» che sono quelli costituiti dall'effettivo volere del legislatore storico, gli argomenti «sistematici» come l'analogia, l'argomento *a contrario*, *a fortiori* e quello *per absurdum*, nonché quelli «pratici generali», i quali riguardano non solo ciò che è bene, ma anche una interpretazione secondo giustizia a prescindere dalle conseguenze. La verifica della giustificazione concerne l'analisi dell'utilizzo di tutti gli argomenti interpretativi pertinenti, ordinandoli ed esponendoli in maniera completa ed esaustiva, verificando il rispetto delle due «regole di precedenza». La prima prescrive che i risultati interpretativi «istituzionali» debbano essere preferiti a quelli formati a seguito di una interpretazione fondata sugli argomenti «pratici generali». La seconda indicazione prevede che il prodotto interpretativo ottenuto a seguito di una interpretazione linguistica, debba essere preferito a quello corollario di una lettura «genetica», salvo poi preferirsi questi ultimi a quelli fondati sui criteri interpretativi di natura sistematica e così via. Eppure, sottolinea Alexy, tali prescrizioni non contengono alcuna indicazione relativa al «punto di partenza del processo interpretativo», il quale è però necessariamente condizionato dalle diverse convinzioni normative esistenti e dagli interessi interpretativi dei partecipanti<sup>(108)</sup>.

Per concludere in tema di giustificazione esterna, occorre fare riferimento al modello dei «codici interpretativi», sviluppato e proposto a seguito delle più recenti evoluzioni della Scuola di Genova, la quale suggerisce il paradigma del «codice interpretativo», quale archetipo delle regole interpretative a cui di fatto si attiene il giurista, al-

---

<sup>(107)</sup> R. ALEXY, *La natura*, cit., pp. 64-65.

<sup>(108)</sup> ID., *Teoria dell'argomentazione giuridica*, cit., pp. 185-198, 240-242

lorché propone una determinata interpretazione-prodotto<sup>(109)</sup>. Ogniqualvolta un giudice, o più generalmente un giurista, è tenuto ad attribuire un determinato significato ad una disposizione giuridica, egli utilizza un codice ermeneutico, costituito dalla combinazione di tre diverse tipologie di direttive: le «primarie», «secondarie» e «assiomatiche», cosicché il teorico dell'interpretazione, a "posteriori", dovrebbe poter essere in grado di valutare la correttezza del «codice interpretativo» utilizzato e quindi la giustezza dell'interpretazione proposta. A partire pertanto dall'analisi dei procedimenti interpretativi utilizzati nella pratica dai giuristi, è possibile affermare che essi praticano più o meno consapevolmente ben ventisei «direttive primarie», suddivise a loro volta in cinque gruppi: le direttive d'interpretazione «linguistica», «psicologica», «autoritativa», «teleologica» ed «eteronoma», il cui funzionamento è assicurato dal rispetto delle regole contenute nelle «direttive secondarie». Le direttive «selettive» indicano quale direttiva «primaria» oppure quali complessi di direttive primarie, combinate tra loro, siano state utilizzate nell'ambito di una determinata operazione ermeneutica, al fine di attribuire un certo significato ad una disposizione. Le direttive «procedurali» verificano l'ordine con il quale si è fatto ricorso alla direttive «primarie»; mentre le direttive «preferenziali» verificano se possono essersi realizzate le condizioni a partire dalle quali il risultato interpretativo possa essere definito come quello preferibile. Infatti, «in un mondo che, per ipotesi, fosse popolato solo di direttive primarie, la determinazione finale del significato di una disposizione verrebbe a dipendere unicamente dal mero arbitrio dell'interprete nella selezione e nell'uso di tali direttive»<sup>(110)</sup>. Nell'ambito delle direttive «secondarie» assumono allora una particolare rilevanza quelle «preferenziali», le quali consentono di valutare se

---

<sup>(109)</sup> Non è sicuramente questa la sede per discutere se, effettivamente, si tratti di una meta-teoria dell'interpretazione di natura descrittiva, coerentemente all'insegnamento di Giovanni Tarello, oppure se la ricostruzione del codice ermeneutico adottato, e seguito dal giudice nel formulare una interpretazione-prodotto, finisca per trasformare una teorica filosoficamente concepita come rigorosamente descrittiva in un modello sostanzialmente prescrittivo; cfr. P.L. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione*, cit., pp. 78-116.

<sup>(110)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 98-99.

l'interpretazione proposta possa dirsi in linea con determinati canoni, assunti come criteri di comparazione, in qualche misura caratterizzanti il sistema medesimo. Si pensi ai valori della «completezza» oppure della «coerenza» del risultato interpretativo, oppure ancora alla «congruenza assiologica», la quale vieta di desumere dalle singole disposizioni norme che siano espressione di valutazioni incongruenti rispetto alla scala di valori desumibile da una o più norme superiori del sistema. Oppure al requisito della «non ridondanza», il quale preclude all'interprete di attribuire a due disposizioni appartenenti alla stessa fonte significati che siano, in tutto o in parte identici, esempi queste di direttive «inibitorie», dal momento che esse rappresentano criteri di paragone della bontà del risultato interpretativo. La stessa funzione è assegnata alle direttive di «priorità assoluta», le quali, per converso, non costituiscono se non un repertorio di regole, il cui contenuto precettivo consente di escludere con sicurezza alcuni risultati interpretativi: «tra il significato letterale-originalista e il difforme significato letterale-evolutivo (morale), di una stessa disposizione si deve preferire il significato letterale-originalista». Ed ancora: «tra due o più significati di una stessa disposizione si deve preferire quello che risulti meglio compatibile con le pertinenti costruzioni dogmatiche per la materia, il sotto-settore, ovvero la disposizione del diritto positivo cui la disposizione attiene»<sup>(111)</sup>.

In ultima analisi, è allora possibile affermare che la disamina della giustificazione della decisione giudiziale e della proposizione interpretativa dovrebbe consentire di uniformare le determinazioni dei giuristi, e così la prevedibilità del momento applicativo del diritto. Risulta pertanto sicuro che la discussione riguarda proprio la determinazione del significato della disposizione giuridica, poiché l'analisi della giustificazione, in particolare di quelle esterna, altro non rappresenta se non una forma di controllo del risultato interpretativo. Esso, come dovrebbe avere dimostrato la trattazione precedente, dipende però dai valori preferiti dal giudice-interprete, «poiché

---

<sup>(111)</sup> *Op. ult. cit.*, p. 119.



non vi sono valori a priori più alti e valori a priori più bassi; l'unica richiesta è che i valori in base ai quali una direttiva si ritiene difendibile vengano esplicitati»<sup>(112)</sup>.

#### **IV. La (in)certeza del diritto come condizione normale dell'esperienza giuridica; una possibile conclusione.**

«Il vero è che la cosiddetta incalcolabilità giuridica non costituisce un disvalore oggettivo, assoluto, sul piano del diritto. Già sul piano sostanziale infatti è sufficiente osservare che ogni accadimento futuro, per quanto possa essere considerato “certo”, è, per natura, incalcolabile: la certezza circa l'inverarsi e non il non inverarsi, di un avvenimento futuro, per quanto possa assumersi fondata, è sempre storicamente irrealizzabile nella sua integralità»<sup>(113)</sup>. Cui aveva fatto eco qualche anno prima, sempre nella dottrina civilistica italiana, la formulazione della tesi, in virtù della quale ormai «il mito della certezza del diritto è decostruito attraverso l'immersione del diritto nella società, nei fatti, negli accadimenti e nei casi di cui la società, come storia, è fatta; e al tempo stesso delle più recenti acquisizioni delle scienze fisiche, naturalistiche, ma anche sociali, che hanno restituito un modello generalizzato di conoscenza», orientato non più alla certezza assoluta e alla completezza, «quanto verso l'instabilità e l'incertezza: dove anche il diritto appare frutto del caso, non tanto inteso come una provenienza cieca o una umana eventualità, ma come occasione per una nuova razionalità»<sup>(114)</sup>. Le citazioni di alcuni eminenti civilisti sono di grande interesse, non solo per la correttezza e profondità dell'analisi, anche se poi il primo, a differenza della seconda, pare accogliere con decisione l'insegnamento dell'ermeneutica giuridica, secondo il quale la giustizia del caso singolo è senza dub-

---

<sup>(112)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., p. 499.

<sup>(113)</sup> G. DORIA, *La “dissolvenza” del codice*, cit., p. 76, il quale correttamente rinvia a F. VIOLA, *Interpretazione e indeterminatezza della regola giuridica*, in *Dir. priv.*, VII-VIII, p. 56.

<sup>(114)</sup> C. CAMARDI, *Certeza e incerteza*, cit., p. 239.

bio preferibile alla certezza dell'ordinamento<sup>(115)</sup>, ma anche per i riferimenti ai primi teorici della complessità, quali Edgar Morin e Ilya Prigogine<sup>(116)</sup>.

A dire il vero, *La méthòde. La natura de la nature* di Edgar Morin ha già compiuto quarant'anni; solo di qualche anno successivo è *La Nouvelle Alliance. Metamorphose de la science* del chimico russo, premio Nobel, Ilya Prigogine e di Isabelle Stengers<sup>(117)</sup>, ai quali occorre aggiungere di quegli stessi anni *Stabilité structurelle et morphogénèse* dell'importante matematico francese René Thom<sup>(118)</sup>. Non vi è dubbio che tali teoriche, tutte genericamente riconducibili agli studi sulla complessità fossero già note nei primi anni Ottanta, e avessero trovato anche fecondi applicazioni allo studio delle scienze sociali, in particolare alla filosofia politica e alle scienze sociologiche, soprattutto con particolare riferimento alla teoria dei sistemi. D'altro canto, il tema è ben presente nelle opere degli anni Ottanta del secolo scorso di Niklas Luhmann, anche se i problemi teorici del noto sociologo tedesco non erano solo quelli della certezza del diritto, ma soprattutto, come noto, quelle dei rapporti del sistema giuridico con gli altri sistemi sociali<sup>(119)</sup>.

Chiarito questo, e considerato l'odierno interesse dei giuristi per la teoria della complessità, ritenuta questa in grado di giovare alla comprensione e alla risoluzione dei problemi derivanti dalla diffusa incertezza del diritto, occorre provare a comprendere in che senso tali teoriche siano oggi ritenute in grado di dare conto del problema

---

<sup>(115)</sup> Cfr. G. DORIA, *La "dissolvenza" del codice*, cit., pp. 77-78; sul tema si veda anche G. ALPA, *Il giudice e il diritto privato*, in M. BESSONE, R. GUASTINI (a cura di), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova, 1995, pp. 169-191; più di recente, T. GAZZOLO, *Il caso giuridico. Una ricostruzione gius-filosofica*, Torino, 2018, soprattutto pp. 179-205.

<sup>(116)</sup> E. MORIN, *Il metodo. Ordine, disordine, organizzazione* (1977), tr. it., Milano, 1985<sup>2</sup>; I. PRIGOGINE, *La fine delle certezze. Il tempo, il caos e le leggi della natura* (1996), tr. it., Torino, 1997.

<sup>(117)</sup> I. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nuova alleanza. Metamorfosi della scienza* (1979), tr. it., Torino, 1993<sup>2</sup>, in particolare, pp. 195-292.

<sup>(118)</sup> R. THOM, *Stabilità strutturale e morfogenesi. Saggio di una teoria generale dei modelli* (1977<sup>2</sup>), tr. it., Milano, 1983<sup>3</sup>.

<sup>(119)</sup> Con particolare riferimento alle scienze sociali, si veda J. HABERMAS, N. LUHMANN, *Teoria della società o Tecnologia sociale* (1974), tr. it., Milano, 1991.

dell'odierna mancanza di certezza del diritto. Sia allora consentito rilevare che nell'ambito delle varie articolazioni in cui si sono sviluppati tali studi, prevalentemente a partire dalle lezioni di Edgar Morin, secondo il quale per fare scienza «non si tratta più di obbedire ad un principio di ordine, che esclude il disordine, di chiarezza che esclude l'oscurità, di distinzione che esclude le comunicazioni, di disgiunzione, che esclude il soggetto e la complessità»<sup>(120)</sup>. Banalizzando le indicazioni del teorico della complessità, la proposta è quella di una metodologia scientifica che tenga conto della perenne trasformazione dell'oggetto della conoscenza, preso atto che il modello aristotelico di «forma e sostanza» e quello cartesiano di «oggetti semplificabili e decomponibili» vanno ormai abbandonati, in quanto paradigmi non più utilizzabili, e ciò in nome di una scienza che concepisca l'oggetto della propria ricerca come un sistema, nel contempo «unico e molteplice, totale e diverso, organizzato e complesso»<sup>(121)</sup>. Il nodo cruciale dell'intera proposta è pertanto l'idea dell'organizzazione del sistema, la quale è contemporaneamente «trasformazione e morfogenesi», che dà forma ai mutamenti di struttura del sistema: «l'organizzazione è quindi ciò che trasforma la trasformazione in forma, detto altrimenti, esso forma la forma formandosi essa stessa; si produce da sé producendo il sistema, il che ci mostra il suo carattere fondamentalmente generatore»<sup>(122)</sup>. L'indicazione è pertanto quella di costruire modelli e teorie scientifiche, in relazione alle quali occorre modificare il punto di vista dell'osservatore, dalla «complicazione» alla «complessità», dall'«evidenza oggettiva» a quello della «pertinenza», in modo tale di dare vita ad un modo di descrizione della realtà, in grado di attribuire un senso a proprietà dei sistemi che, se osservati secondo la prospettiva della complicazione o dell'infinito, non ne avrebbero alcuno. Siccome vi è sempre nella definizione di un sistema qualcosa di incerto oppure di arbitrario e vi sono sempre decisioni e scelte, occorre allo-

---

<sup>(120)</sup> E. MORIN, *Il metodo*, cit., p. 30.

<sup>(121)</sup> *Op. ult. cit.*, p. 159.

<sup>(122)</sup> *Op. ult. cit.*, p. 168.

ra considerare che nel concetto di sistema vi è ricompreso un soggetto che non si limita «a verificare l'osservazione, ma ad integrare ad essa l'auto-osservazione»<sup>(123)</sup>.

In questa prospettiva, il pensiero scientifico di Prigogine viene inteso come la formalizzazione di un modo di descrizione della realtà, che fa della proprietà dell'irreversibilità non già una proprietà soggettiva, attribuibile a dei sistemi complicati, ma «una proprietà oggettiva intrinseca propria di sistemi che per questo motivo sono definiti dinamicamente complessi»<sup>(124)</sup>. Secondo Prigogine, infatti, occorre considerare che in natura vi sono processi irreversibili, la cui esistenza aiuta a comprendere la formazione di «strutture dissipative» (strutture organizzate) di energia, in condizioni di non-equilibrio<sup>(125)</sup>. Da questo punto di vista, sono strutturalmente più stabili i sistemi che si collocano molto lontano dall'equilibrio termodinamico; questi ultimi sono i migliori «candidati a partecipare al gioco dell'evoluzione della materia verso strutture sempre più organizzate (le strutture dissipative)», nonostante possano avere una entropia negativa<sup>(126)</sup>.

La teoria di Prigogine ruota attorno all'idea che occorra abbandonare una rappresentazione solo fenomenologica del tempo e delle fluttuazioni, intese quali «perturbazioni causali» che si originano nei sistemi molto lontani dall'equilibrio; finché non avviene appunto una «fluttuazione critica» che, del tutto casualmente, modifica la struttura del sistema generando entropia negativa, ma contemporaneamente maggio-

---

<sup>(123)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 182, 183.

<sup>(124)</sup> G. BOCCHI, *Presentazione*, in ID., M. CERUTI (a cura di), *La sfida della complessità*, Milano, 1988 p. 11.

<sup>(125)</sup> I. PRIGOGINE, *La fine delle certezze*, cit., p. 71.

<sup>(126)</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 142-172; come accade alla biosfera del pianeta Terra, dato che il flusso continuo di energia e di materia proveniente dal sole la mantiene stabilmente lontano dall'equilibrio termodinamico, eppure, nel contempo, le consente di organizzarsi sotto forma di strutture ordinate di esseri viventi, tanto che, anche di recente, Prigogine avrebbe proposto i «sistemi dissipativi» come uno dei paradigmi della scienza della complessità. Occorre rilevare tale modello, quello di applicare i processi di autoorganizzazione, che si manifestano in molti sistemi fisici e chimici lontani dall'equilibrio termodinamico, agli organismi viventi e soprattutto alle società umane, nella comunità scientifica è tesi oggi del tutto avversata, anche da parte di coloro i quali condividono i presupposti epistemologici della teoria della complessità; cfr. M. CINI, *Dall'universo delle leggi naturali al mondo dei processi evolutivi*, Milano, 2004.

re ordine e organizzazione, pur lontano dall'equilibrio termodinamico. Occorre prendere atto che nelle scienze della natura vi sono sistemi instabili ad ogni livello dell'osservazione, che generano trasformazioni del sistema medesimo del tutto inspiegabili secondo il principio causale, non solo nella versione proposta da Hempel e da Nagel, ma anche nella sua riproposizione statistico-induttiva<sup>(127)</sup>. Le leggi della natura, in ultima analisi, non sono pertanto in grado di «predire il futuro», né di «retrodire il passato», trattandosi di «semplici possibilità»<sup>(128)</sup>.

D'altro canto, lo stesso Jacques Monod, importante biologo e filosofo francese, prima ancora di Prigogine, aveva sostenuto nel 1970 in quello che sarebbe ben presto divenuto un saggio molto influente nella cultura scientifica occidentale, *Le hasard et la nécessité*, che l'evoluzione biologica anche dell'uomo è il risultato dell'effetto combinato del caso e della necessità: il caso delle mutazioni e la necessità delle leggi fisiche e statistiche della selezione naturale. Il caso, considerato miracolo statistico dell'apparizione del codice genetico e delle successioni delle mutazioni favorevoli, viene contrapposto alla legalità naturale, «strappando il vivente dall'ordine inanimato della natura», cosicché, sempre secondo Monod, doveva considerarsi «morta e sepolta l'alleanza animista, e sono morte tutte le altre che ci volevano soggetti volontari, coscienti, dotati di progetti, chiusi in una identità stabile, cittadini del mondo, di un modo fatto per noi»<sup>(129)</sup>. A cui faceva eco, sempre Prigogine, secondo il quale «risulta morto e sepolto il mondo finalizzato, statico ed armonico, che la rivoluzione copernicana distrusse quando lanciò la Terra negli spazi infiniti. La natura non è fatta per noi, essa non è abbandonata alla nostra volontà»<sup>(130)</sup>.

Tenendo sempre presente che il problema cui occorre in questa sede fornire una proposta è l'utilità della teoria della complessità ai fini della comprensione delle que-

---

<sup>(127)</sup> F. LAUDISA, *La causalità*, Roma, 2010<sup>2</sup>, pp. 80-112.

<sup>(128)</sup> I. PRIGOGINE, *La fine delle certezze*, cit., p. 123.

<sup>(129)</sup> J. MONOD, *Il caso e la necessità. Saggio sulla filosofia naturale della biologia contemporanea* (1970), tr. it., Milano, 1973, pp. 109-123.

<sup>(130)</sup> I. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nuova alleanza*, cit., p. 288.

stioni poste dall'incertezza del diritto, sia consentito menzionare anche la teoria «delle catastrofi» del grande matematico francese René Thom, cui ci si riferisce anche negli studi di filosofia della politica dedicati alla crisi della sovranità dello Stato moderno<sup>(131)</sup>. Thom, utilizzando strumenti matematici, propone una metodologia scientifica più che una vera e propria teoria epistemologica, essenzialmente mirante all'interpretazione matematica di dati sperimentali. A partire da una prospettiva sistemica, egli sostiene l'interdipendenza dei fattori che de-stabilizzano l'equilibrio e rendono praticamente impossibile reperire «punti medi di assestamento»; ciò dipendendo, secondo Thom, non tanto da una legge meta-storica di alternanza di normalità e crisi<sup>(132)</sup>, epoche organiche ed epoche critiche, ma producendosi costantemente in presenza di una soglia critica non agevolmente prevedibile, la «catastrofe», appunto, la cui insopprimibilità e permanenza è costitutiva del sistema stesso<sup>(133)</sup>.

Dal punto di vista più strettamente filosofico-giuridico, non vi è dubbio che anche le indicazioni di Thom e soprattutto la metabolizzazione del paradigma della «crisi», secondo la lezione di Koselleck, avrebbero consentito alle scienze sociali di rappresentare la razionalità di Weber, Parsons e Luhmann come i discorsi di alcuni grandi epigoni della Modernità<sup>(134)</sup>. Infatti, lungo questo itinerario teorico, differentemente dalle tesi di Luhmann, la costruzione del sistema sociale non può più considerarsi il risultato ultimo della dissolvenza (nella Modernità) di una filosofia della storia di stampo giudaico-cristiano<sup>(135)</sup>, ma solo il risultato di successive instabilità, in cui la forma del sistema diventa l'involucro di un progetto, che altro non fa se non con-

---

<sup>(131)</sup> Cfr. R. THOM, *Stabilità strutturale e morfogenesi*, cit., pp. 47-99; G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Torino, 2013<sup>2</sup>, pp. 277 ss..

<sup>(132)</sup> R. KOSELLECK, *Crisi. Per un lessico della modernità* (1972), tr. it., Verona, 2012, pp. 46-66; cfr. anche ID. *Il vocabolario della modernità* (2006), tr. it., Bologna, 2009, pp. 95-108.

<sup>(133)</sup> G. MARRAMAO., *Potere e secolarizzazione*, cit., pp. 200-202.

<sup>(134)</sup> L'interpretazione in senso conservatrice dell'opera di Luhmann non è unanimemente condivisa in letteratura, soprattutto da parte di quegli Autori che si sono interessati della c.d. "Terza scuola di Francoforte"; cfr. A. FISCHER-LESCANO, R. CHRISTENSEN, *Auctoritas interpositio: how systems theory deconstructs decisionism*, in *Social & Legal Studies*, aprile 2012.

<sup>(135)</sup> P. ROSSI, *Prefazione*, in K. LÖWITH, *Significato e fine della storia*, cit., pp. 15-18.

servare e riprodurre continuamente la medesima struttura. Infatti, come il fattore termodinamico introduce in fisica il fattore tempo nella forma dell'irreversibilità, così il livello della «successione morfogenetica per fluttuazioni» delle «strutture dissipative» oppure il sopravvenire della «catastrofe» producono il mutamento sociale, in cui «il rapporto soggetto-oggetto, ordine-disordine vengono introiettati nel programma sistemico»<sup>(136)</sup>. D'altro canto, Monod aveva già consentito di evidenziare i limiti dei sistemi sociali neo-classici ispirati alla cosiddetta «invarianza riproduttiva», evidenziando come, per converso, la subordinazione della teleonomia all'invarianza genetica degli esseri viventi rappresentava il postulato della biologia classica, poiché, così ragionando, assegnando in altri termini alla progettualità degli esseri viventi un ruolo secondario, è stato possibile assicurare l'oggettività stessa della conoscenza scientifica<sup>(137)</sup>. Riprodotto tale ragionamento ai sistemi sociali, far dipendere l'ordine dei sistemi dalla «fluttuazione» significa riconoscere, come anche accade anche nelle «strutture dissipative», che l'organizzazione non dipende in alcun modo dall'equilibrio del sistema sociale<sup>(138)</sup>. In questo senso la scienza della complessità propone il superamento dei dualismi della scienza classica di «necessario-non necessario», «esistente-non esistente», a favore della coppia «possibile/non possibile», la quale sarebbe in grado di riformulare i problemi classici, non tanto in termini di previsione futura, quanto «quali insiemi delle possibilità, all'interno dei quali si ritagliano gli effettivi decorsi spazio-tempo, dovuti in parte al caso, in parte alla prospettiva dell'osservatore, che viene definitivamente reintegrato nelle proprie descrizioni». La necessità deriva dalla capacità di fare deduzioni infallibili, mentre il caso

---

<sup>(136)</sup> G. MARRAMAO., *Potere e secolarizzazione*, cit., p. 205; da questo punto di vista anche Luhmann utilizza ancora modelli ricostruttivi della Modernità, riconducibili a dualismi come ordine-disordine, e conflitto-disordine, che l'epistemologia della complessità ripropone di ripensare integralmente e radicalmente.

<sup>(137)</sup> J. MONOD, *Il caso e la necessità*, cit., pp. 29, 35.

<sup>(138)</sup> I. PRIGOGINE, I. STENGERS, *La nuova alleanza*, cit., p. 286.

dall'incapacità di fare induzioni infallibili, cosicché l'una e l'altro riflettono solo talune delle nostre attitudini, «non quelle della natura»<sup>(139)</sup>.

Eppure, il riferimento dei giuristi alla scienza della complessità<sup>(140)</sup>, ritenuta in grado di dare un senso all'odierna «incalcolabilità del diritto»<sup>(141)</sup>, perlopiù attraverso una costruzione sistemica dell'ordinamento giuridico, importa, al pari della teorie scientifiche della prevedibilità e della controllabilità, un capovolgimento del rapporto certezza/incertezza, almeno così come lo aveva proposto Cotta, ma anche, pur con qualche distinguo, Bobbio e Fassò. Anche la scienza della complessità, infatti, nel proporre un radicale costruttivismo nell'elaborazione delle teorie scientifiche<sup>(142)</sup>, ricollega il tema della certezza/incertezza del diritto all'idea stessa della positivizzazione della disposizione giuridica. In altri termini, secondo queste teoriche, nei limiti naturalmente in cui esse possano ritenersi applicabili agli studi giuridici, il diritto, sia esso costituito da norme, sia esso rappresentato da fatti sociali capaci di dirigere i comportamenti anche attraverso la psicologia umana, è per sua natura indeterminato, incompleto e incoerente. Spetta allora all'interprete, che il più delle volte coincide con il giudice, individuare discrezionalmente il diritto positivo applicabile, sulla base di valutazioni e criteri, anche extra-giuridici, in virtù di argomenti, che dovrebbero però potersi prevedere oppure controllare. Parimenti, le teoriche della complessità costituiscono l'occasione per ribadire il superamento della tradizionale conoscenza «semplificatrice e normalizzante», che vuol «chiudere» la realtà nell'ordine e nella conoscenza di un sistema dato, che va superata da una conoscenza basata sul recupero dell'intreccio delle relazioni e degli oggetti, «distinguendoli, ma tenendoli insieme, secondo la nota massima per cui "il tutto è più della somma delle parti", che

---

<sup>(139)</sup> M. CERUTI, *La hybris dell'onniscienza e la sfida della complessità*, in ID., G. BOCCHI (a cura di), *La sfida della complessità*, cit., pp. 30-31

<sup>(140)</sup> C. CAMARDI, *Certezza e incertezza*, cit., p. 239, n. 187, la quale fa riferimento a E. MORIN, *Il metodo*, cit., p. 28.

<sup>(141)</sup> N. IRTI, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, I, 2014, p. 987.

<sup>(142)</sup> Cfr. V. VILLA, *Costruttivismo*, cit., pp. 82.133.



include il necessario confronto con l'imprevedibilità, la contraddizione e il disordine»<sup>(143)</sup>.

La precedente disamina dovrebbe avere consentito di dimostrare che allo stato dell'attuale riflessione filosofica-giuridica al problema della diffusa (in)certezza del diritto si forniscono soluzioni di natura epistemologica, la cui applicazione è rimessa all'attività interpretativa e a quella giudiziale. Si tratta di risposte largamente condivise, relativamente recenti, e tutte d'impronta, ci pare, positivista, ammesso che si tratti di categoria giuridica che abbia ancora un qualche significato esplicativo. Per converso, da una parte, i giuristi, forse anche consapevoli delle difficoltà della politica e della natura sempre più compromissoria di ogni legislazione, hanno smesso di contestare il proliferare della legislazione e le imperfezioni della tecnica legislativa, dall'altra, di considerare la certezza quale elemento imprescindibile del diritto positivo. Pare essere decorsa un'"era geologica", allorché Giorgio Del Vecchio, pur influenzato dal neo-kantismo di Stammler, riteneva il carattere della giuridicità (e quindi anche della certezza) una forma a priori, o trascendentale della conoscenza giuridica, non desumibile dal materiale empirico conosciuto come giuridico, ma dal concetto che si applica a quest'ultimo, quando lo si conosce come tale<sup>(144)</sup>. Le stesse conclusioni seppure per vie diverse ribadiva Sergio Cotta<sup>(145)</sup>. A ben vedere, la "distanza" tra tali concezioni non è temporale ma di concezione dell'esperienza giuridica, nel senso che la rinuncia ad un approccio metafisico comporta anche l'abbandono di ogni discussione sui tratti caratteristici della positività della legislazione<sup>(146)</sup>. Sarebbe infatti sbagliato dimenticare che è tesi importante di certo giusnaturalismo l'idea che «la legge sia una descrizione affidabile di fatti morali», che risale a Fuller prima, e a Finnis poi, secondo la quale essa deve possedere, finché intende essere tale, quei requisiti di interna moralità "procedurale" pubblicità, chiarezza, sta-

---

<sup>(143)</sup> C. CAMARDI, *Certezza e incertezza*, cit., p. 239.

<sup>(144)</sup> M. BARBERIS, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Bologna, 1993, p. 140.

<sup>(145)</sup> S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1985, pp. 140 ss.

<sup>(146)</sup> F. CAVALLA, *L'origine e il diritto*, cit., p. 373-376.

bilità nel tempo, giustiziabilità, assenza di contraddizioni, certezza, «che si trasducono nella impossibilità di convalidare contenuti moralmente aberranti, intesi come descrizioni non affidabili, e quindi falsi, di fatto morali»<sup>(147)</sup>. In questa prospettiva, di contro ad ogni teorica «non oggettualistica», dovrebbe persistere «una cesura netta tra i soggetti e le disposizioni giuridiche», tra le norme e gli interpreti, «persistendo il carattere descrittivo di stati di fatto attribuito alla legge» e il sistematico rigetto di ogni aspetto intenzionale nell'attribuzione di significato alla medesima<sup>(148)</sup>. Certo, non vi è dubbio alcuno che ogni disposizione giuridica sia oggetto di un processo di positivizzazione da parte del giurista, spesso anche attraverso il componimento del disordine della lite, «che è quanto dire del passaggio da uno stato di squilibrio ad uno stato di equilibrio sociale»<sup>(149)</sup>. Eppure, ciò non significa in alcun modo che la disposizione giuridica venga generata fisiologicamente in modo ambiguo e vago, cosicché l'attribuzione stessa della certezza si formerebbe solo nel divenire dell'ordinamento giuridico osservato da un punto di vista dinamico<sup>(150)</sup>; anzi, dovrebbe forse ritenersi esattamente il contrario, e ritenere che la certezza inerisca alla natura stessa del diritto.

Pare invece oggi prevalere la tesi, in virtù della quale l'esperienza giuridica sia geneticamente incerta, spettando al giudice-interprete, al quale il legislatore avrebbe delegato buona parte della propria attività, conseguire, scientificamente, quel grado di certezza delle posizioni giuridiche attive e passive, che possano assicurare la convivenza civile. Pertanto, attraverso il fraintendimento dell'opera di concretizzazione del diritto da parte del giurista e del giudice, che è essenzialmente trasformazione del

---

<sup>(147)</sup> J. FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali* (1980, 1992), tr. it., Torino, 1992, pp. 397-401.

<sup>(148)</sup> G. PALOMBELLA, *Filosofia del diritto*, Padova, 1996, p. 245.

<sup>(149)</sup> F. GENTILE, *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 48, 57.

<sup>(150)</sup> C. LUZZATI, *L'interprete*, cit., pp. 327-338, in cui viene chiarito come le consonanze tra la teoria dell'interpretazione di Kelsen e quella Hart siano solo esteriori, poiché Hart si occupa da un punto di vista statico della conoscibilità delle proposizioni normative attraverso l'attività interpretativa, mentre Kelsen, da un punto di vista dinamico dello sviluppo degli ordinamenti, da un grado superiore a quello inferiore e della formazione progressiva di una norma complessa (pp. 331-332).

conflitto sociale in controversia giuridica, si finisce per affidare all'interpretazione l'intera opera di positivizzazione del diritto<sup>(151)</sup>, cosicché (solo) al giudice-interprete vengono attribuite le più rilevanti scelte politiche, che altro non sono se non la ricerca delle buone ragioni per vivere insieme. E, si badi, non è certo la natura della giurisprudenza, quale fonte del diritto, ad essere qui in discussione.

---

<sup>(151)</sup> Si veda, anche se non necessariamente in senso critico rispetto all'opera "politica" della giurisprudenza, L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 568-593.