

La crisi della certezza del diritto tra sfide e prospettive future

Il volume di Massimo Luciani *Ogni cosa al suo posto* è strutturalmente articolato in tre parti: nella prima (*La scienza giuridica, l'ordine, il limite*) l'a. evidenzia l'ordine che dovrebbe caratterizzare la scienza giuridica; nella seconda (*La rottura dell'ordine*) sottolinea la rottura dell'ordine, alla luce di fattori che mettono in crisi la stabilità del diritto; nell'ultima parte (*Esercizi di restauro e di restaurazione*) individua gli strumenti e le strategie che dovrebbero essere impiegati per ripristinare l'ordine su cui si fonda il sistema giuridico.

Nel primo capitolo (*Interrogativi sulla scienza giuridica*, pp. 3-17) l'a. evidenzia come l'ordine e la costituzione siano i pilastri fondamentali del concetto stesso di diritto, rappresentando il punto di partenza imprescindibile per qualsiasi discussione che riguardi l'ambito giuridico. È dalla seconda metà del diciannovesimo secolo che si è sviluppata una critica sempre più incisiva al positivismo giuridico (*pars destruens*), che ha portato alla piena sofferenza della *pars construens*, a causa del «diffuso scetticismo sulle capacità ordinanti della scienza giuridica» (p. 16)¹. Sul piano pratico, è facile notare come la conseguenza di tale atteggiamento critico siano le sempre più rare citazioni della dottrina negli atti giudiziari; questo avviene proprio perché la dottrina stessa viene ritenuta incapace di fornire certezza al diritto, determinando – come conseguenza – una visione del diritto sotto un profilo «soggettivo volontaristico incontrollabile» (p. 17).

Nel secondo capitolo (*Alla ricerca dell'ordine*, pp. 19-70) l'a. avvia un *excursus* storico che parte dal *chaos*, dove il diritto è visto come l'unico strumento capace di ristabilire l'ordine; perché quest'ultimo venga raggiunto, però, è necessario attraversare una fase intermedia, all'interno della quale si tenta di rendere ordinati i rapporti sociali. Per chiarire la sua analisi, Luciani rinvia al mito di Themis, seconda moglie di Zeus. Il re degli dèi aveva sposato in prime nozze una figlia del titano Oceano, Metis, simbolo di astuzia ed intelligenza. Rotto il legame con quest'ultima, Zeus sposa in seconde nozze Themis, personificazione della giustizia, dea dell'ordine e della legge naturale e divina. Le nozze rappresentano (nell'ottica del mito) il passaggio dall'ordine al disordine.

Nel corso del tempo – prosegue l'a. – è maturata l'idea di un ordine in grado, attraverso il diritto e le sue forme, di assicurare pace e stabilità; in tale prospettiva Luciani richiama la figura del Tiranno la cui autorità incontestabile gli permette di imporre l'or-

* A proposito di Massimo Luciani, *Ogni cosa al suo posto*, Giuffrè Editore, Milano 2023, pp. IX-269, ISBN 9788828853206.

¹ J.H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1843, 23 (trad. it. P. Frezza, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza*, Milano 1964); R. von Jhering, *Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft?*, Göttingen 2009, 49. Sulla critica al positivismo giuridico: K. Olivecrona, *Jherings Rechtspositivismus im Lichte der heutigen Wissenschaft*, in *Jherings Erbe*, Göttingen 1970; F. Viola, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in *Interpretazione ed applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974; C. Faralli, *Il positivismo giuridico in discussione. Guido Fassò e le critiche al kelsenismo*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 1, 2024, 113-126.

dine giuridico e al contempo di violarlo: in quanto *primus inter pares* ed *extra pares*, il Tiranno si pone come figura suprema, al di sopra delle leggi che vincolano i sudditi. Fondamentale l'insegnamento aristotelico: «la legge è ordine e, di necessità, la buona legge è buon ordine»².

Nei diversi sistemi giuridici europei la nozione di 'certezza del diritto' viene espressa in vario modo: *Rechtssicherheit*, in tedesco, *seguridad*, in spagnolo, *security*, in inglese, *sécurité*, in francese. L'espressione sottolinea sempre l'importanza del legame tra sicurezza e certezza, elementi essenziali per garantire l'ordine giuridico. Il concetto di certezza racchiude in sé molteplici sfaccettature e risponde a svariate esigenze, fra cui la chiarezza delle norme giuridiche è imprescindibile. A tal proposito, l'a. delinea tre principi fondamentali per garantire la certezza: l'intero ordinamento deve operare come un sistema che genera certezza; la tutela delle singole istanze di giustizia non deve avvenire sacrificando la legalità e la certezza del diritto; l'attuazione e l'applicazione dei principi costituzionali non devono compromettere la 'sicurezza' giuridica. La certezza del diritto si configura, quindi, come una norma vincolante per tutti i consociati, tutti soggetti all'esigenza di un ordine certo, che operi nel rispetto delle leggi e dei principi giuridici stabiliti. L'a. ricorre alla metafora della mano 'invisibile' di Adam Smith³ per illustrare la dimensione normativa della socialità che regola i rapporti interpersonali, paragonando la mano invisibile, che guida le scelte individuali verso l'interesse collettivo nel mercato libero, alla locuzione *ubi societas ibi ius*, al fine di evidenziare come la socialità sia caratterizzata da una intrinseca dimensione normativa che autoregola i rapporti interni, frutto di complessi processi collettivi⁴. Nel prosieguo dell'analisi, Luciani affronta un'ulteriore questione fondamentale che coinvolge la certezza del diritto, relativa al confronto tra legge scritta e legge non scritta: mentre la prima si caratterizza per la sua intrinseca certezza, la seconda ha in sé la volatilità tipica della legge non scrit-

² Aristotele, *Politica*, VII (H), 4, 1326.

³ La 'mano invisibile' è secondo Adam Smith una forza che guida il mercato verso l'equilibrio: gli individui, pur perseguendo interessi personali, contribuiscono involontariamente al benessere collettivo. Il concetto viene introdotto per la prima volta dall'economista scozzese in *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London 1776. Sulla teoria smithiana, *ex multis*, W.J. Samuels, *Erasing the Invisible Hand: Essays on an Elusive and Misused Concept in Economics*, Cambridge 2011; S. Fiori, *Machines, Bodies, and Invisible Hands. Metaphors of Order and Economic Theory in Adam Smith*, Cham 2021; R. P. Malloy, *Law and the Invisible Hand*, Cambridge 2022. Per una critica sull'attribuzione a Smith della metafora della mano invisibile del mercato, A. Roncaglia, *Il mito della mano invisibile*, Roma-Bari 2000, 45 ss.

⁴ Cic. *de rep.* 1.25.39: *Est igitur – inquit Africanus – res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. Sul passo, G. Aricò Anselmo, *Ius publicum - ius privatum in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in *AUPA*. 37, 1983, 445-787; G. Mancuso, *Rileggendo Cic. De re publ. 1.25.39 alla luce di Santi Romano*, in *Studi per Giovanni Nicosia V*, Milano 2007, 79-83; S. Romeo, *Populus e res publica. Riflessioni sulle categorie politiche del mondo antico*, in *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 66/3, 2021, 3-80.

ta: «se la legge scritta è democratica, la tradizione non scritta è aristocratica»⁵.

Il capitolo si conclude evidenziando l'importanza di costruire e 'curare' uno stato costituzionale di diritto che miri a rinforzare le sue strutture, a preservare i suoi meccanismi e a sanare le sue patologie. Tuttavia, tali meccanismi di manutenzione e riparazione possono incontrare alcuni limiti; limiti che sono quindi analizzati nel terzo capitolo (*Alla ricerca del limite*, pp. 71-90) in cui Luciani, chiudendo la prima parte del volume, analizza i confini entro i quali i poteri devono operare per garantire la corretta funzionalità di uno stato costituzionale di diritto.

Il costituzionalismo appartiene alla modernità, tant'è che nasce in un contesto storico-economico differente rispetto al passato. I primi limiti esterni al potere vengono enucleati già a partire dal diritto comune, quando Baldo degli Ubaldi introdusse la distinzione tra *potestas absoluta* e *potestas ordinaria*, al fine di circoscrivere le manifestazioni più estreme del potere, relegandole all'ampia sfera dell'eccezionalità. Si sviluppò così col tempo l'idea che il costituzionalismo dovesse estendere il suo potere sia in senso orizzontale che verticale, territorialmente e funzionalmente, per evitare la concentrazione del potere nelle mani di un singolo individuo. Di conseguenza, la separazione dei poteri statuali – ed in particolare tra potere legislativo ed esecutivo – divenne essenziale, costituendo la *conditio sine qua non* del riconoscimento e dell'operatività dei diritti⁶: è necessario che *legis latio* e *legis executio* restino distinte, perché l'una non deve costituire esercizio dell'altra. La Costituzione stessa assegna la funzione legislativa alle Camere, indicando in maniera puntuale i tratti caratterizzanti della loro titolarità e delineando al contempo gli ulteriori poteri delle due assemblee: l'ordine dei poteri è, quindi, intrinsecamente costituzionale. Compito del giurista, precisa l'a., è quello di volgere lo sguardo alle eventuali alterazioni di tale ordine, individuando i rimedi per rimuoverne e correggerne le distorsioni.

Dopo aver illustrato i meccanismi con cui il diritto crea un sistema ordinato, l'a. avvia – nella seconda parte del volume intitolata *La rottura dell'ordine* – una riflessione volta a sottolineare la crisi dell'ordine stesso. Si tratta di una crisi che, alla luce dell'analisi precedentemente condotta, si manifesta soprattutto secondo Luciani nell'ordine costituzionale, strettamente legato alla separazione dei poteri.

Nel primo capitolo (*Venti di crisi*, pp. 93-111), si pone in rilievo come la crisi del rapporto tra ordine e diritto, sebbene abbia radici lontane, si sia acuita nel tardo Novecento. Il passaggio dallo Stato di diritto allo Stato costituzionale di diritto implicherebbe uno stravolgimento dei paradigmi classici. Solo i principi possono essere individuati giuridicamente, poiché sono gli unici in grado di esprimere un dover essere giuridico⁷. I valori,

⁵ J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque. Des origines à Aristote*. Paris 2001 (trad. it. E. Lana, *La legge nel pensiero greco*, Milano 2005, 44). Cfr., anche, R. Orestano, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Atti del Convegno Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Roma 1983, 95-144; A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 65 ss.

⁶ La causa della separazione dei poteri, del resto, è proprio «la garanzia dei diritti individuali»: M. Mazziotti, *I conflitti di attribuzione tra i poteri dello stato*, Milano 1972, 149.

⁷ Che i valori, invece, non possiedono: A. D'Atena, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3068.

che non possono essere costituzionalizzati, sono utilizzati a posteriori come termine di paragone rispetto ai principi costituzionali. Lo Stato costituzionale, pur non rappresentando un'evoluzione diretta dello Stato di diritto, ne eredita gran parte degli istituti e delle istituzioni. La legalità formale viene superata dalla legalità sostanziale, incarnata dalla Costituzione; al vertice del sistema giuridico si pongono la Corte Costituzionale e la Corte di Cassazione, i cui rapporti necessitano di una precisa regolamentazione tramite strumenti dedicati. Da questa esigenza emerge il diritto dello Stato costituzionale, diritto prevalentemente giurisprudenziale.

Il secondo capitolo (*La produzione della legge*, pp.113-146) si apre con una critica al protagonismo del Governo nella c.d. 'monopoesi primaria'. L'avvento di norme costituzionali che hanno consentito al Governo l'esercizio della funzione legislativa non ha alterato la distinzione fondamentale tra atti normativi primari di provenienza governativa e fonti di provenienza parlamentare. Tuttavia, per l'a., il marcato protagonismo governativo potrebbe essere mitigato dai regolamenti parlamentari vigenti, all'interno dei quali sono previsti meccanismi istituzionali efficienti che permettono di bilanciare la pretesa di rapidità decisionale richiesta dai Governi con l'esigenza di correttezza e ponderatezza delle decisioni parlamentari.

La legge-provvedimento deve rispettare i paradigmi della 'non arbitrarietà' e della 'non irragionevolezza': si tratta però di parametri che presentano notevoli criticità. Sebbene alla Corte costituzionale sia affidato il compito di operare sulla base di criteri rigidi, tipizzati e controllabili, talvolta le sue decisioni appaiono caratterizzate da un ampio margine di discrezionalità. Per Luciani, infatti, la Corte non sempre si sofferma sulle 'motivazioni' che dovrebbero giustificare l'adozione di una legge-provvedimento (e la cui adozione il legislatore dovrebbe motivare), ma indaga sulla presenza o l'assenza di una 'ratio' «con evidente ampliamento dei margini del relativo apprezzamento» (p. 137).

È evidente come vi sia una stretta connessione tra separazione dei poteri e tutela dei diritti costituzionali. L'effettiva garanzia di questi ultimi risulta infatti compromessa qualora non venga rispettato il principio di separazione dei poteri. L'a. guarda alla legge-provvedimento con grande perplessità, perché, a suo avviso, essa tradisce la sua stessa natura normativa, la sua funzione essenziale; essa annulla, infatti, ogni forma di garanzia partecipativa e ostacola, di fatto, «la naturale elasticità dell'azione amministrativa, che trova nel potere di autotutela una fisiologica risposta alle necessità di riesame del provvedimento» (p.146).

Nel terzo capitolo (*L'applicazione della legge*, pp.147-179) si procede con una attenta analisi del ruolo predominante assunto dal potere giudiziario. Si tratta di un protagonismo che, a detta di Luciani, fonda le sue radici nella esigenza di diretta applicazione delle norme costituzionali: in caso di insanabile contrasto tra legge e Costituzione, prevale sempre la seconda sulla prima. Una legge incostituzionale, sebbene illegittima, rappresenta comunque un ostacolo all'applicazione diretta delle norme costituzionali fino a quando non viene dichiarata tale e rimossa dall'ordinamento giuridico⁸. Tuttavia,

⁸ Problema di diritto positivo, poiché l'ordinamento potrebbe esentare dall'osservanza della

questa apparente contraddizione si dissolve se si considera che, qualora ogni titolare di potere operasse entro i propri confini, non sorgerebbero conflitti.

Un'importante sfida consiste nell'interpretare la legge in conformità alla Costituzione, aderendo al suo carattere graduale e al suo costante progresso. Secondo l'a., per giungere ad un'interpretazione giuridica corretta, è opportuno procedere per fasi: si parte da una *decodifica*, cioè – nel senso genuino del termine – si procede all'individuazione di quale codice applicare. Successivamente si passa alla fase di *decifrazione* del testo, per poi giungere al momento dell'*identificazione dell'enunciato* (la cosiddetta attività di qualificazione). Il quarto passaggio è quello dell'*identificazione dell'enunciato giuridico*, mediante l'applicazione delle regole di diritto positivo. L'ultimo passaggio, che si apre solo nell'ipotesi in cui siano superati positivamente i passaggi precedenti, è quello dell'*interpretazione giuridica*, specifica attività di ascrizione di significato ad enunciati dotati di normatività giuridica.

Il capitolo che chiude la seconda parte del volume (*Il controllo della legge*, pp. 181-222) riconosce alla Corte Costituzionale un importante compito, quello, cioè, di giudicare dei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato, come fosse giudice di ultima istanza delle controversie giuridiche. Il discorso sviluppato nel capitolo in esame si basa su due punti cardine: giurisdizionalità e potere annullatorio della legge. La Corte Costituzionale, come garante delle Costituzione, esercita secondo l'a., un'autorità pienamente giurisdizionale. L'art. 136 comma 1 della Costituzione⁹ permette di invocare la declaratoria di illegittimità costituzionale di una legge con effetti *erga omnes*; tratto, quest'ultimo, caratterizzante dello Stato Costituzionale di diritto.

Per analizzare dettagliatamente il caso, l'a. affronta la delicata questione del 'fine vita', un tema che la Corte Costituzionale ha avuto l'onere di esaminare. Nello specifico, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'articolo 580 c.p.¹⁰ rubricato, *Istigazione o aiuto al suicidio*, articolo che è stato poi in parte dichiarato incostituzionale, in quanto in contrasto con una serie di principi fondamentali sanciti dalla Costituzione¹¹. Luciani conclude il capitolo muovendo una critica importante nei

legge illegittima anche prima che essa sia dichiarata tale (C.S. Nino, *A Philosophical Reconstruction of Judicial Review*, in *Cardozo L. Rev.*, 1993, 808).

⁹ Art. 136 co. 1 Cost.: «Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione».

¹⁰ Art. 580 c.p.: «Chiunque determina altri al suicidio o rafforza l'altrui proposito di suicidio, ovvero ne agevola in qualsiasi modo l'esecuzione, è punito, se il suicidio avviene, con la reclusione da cinque a dodici anni. Se il suicidio non avviene, è punito con la reclusione da uno a cinque anni, sempre che dal tentativo di suicidio derivi una lesione personale grave o gravissima.

Le pene sono aumentate se la persona istigata o eccitata o aiutata si trova in una delle condizioni indicate nei numeri 1 e 2 dell'articolo precedente. Nondimeno, se la persona suddetta è minore degli anni quattordici o comunque è priva della capacità d'intendere o di volere, si applicano le disposizioni relative all'omicidio».

¹¹ La Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 580 del codice penale, nella parte in cui non esclude la punibilità di chi, con le modalità previste dagli artt. 1 e 2 della legge

confronti del legislatore: per l'a. il legislatore tende a scaricare sulla Corte Costituzionale la responsabilità di prendere decisioni su questioni divisive e oggetto di accesa discussione pubblica, evitando così di assumersi la propria responsabilità politica. Lo strumento del rinvio a data fissa porta il legislatore ad una preventiva assoluzione, perché è la Corte ad assumersi le conseguenze della decisione.

Dopo la riflessione sulla rottura del sistema, l'a., nella terza ed ultima parte della sua riflessione (*Esercizi di restauro e di restaurazione*), si avvia alla conclusione individuando gli strumenti essenziali per il ripristino dell'ordine perduto.

A tal fine, analizza, *in primis*, le condizioni politico-sociali necessarie per restaurare l'ordine costituzionale dei poteri. Il primo capitolo (*Il contesto*, pp. 225-232) si apre con un'esortazione all'impegno concreto, mediante il richiamo alle significative parole di Antonio Gramsci: «L'anima non si salva per solo dire. Ci vogliono le opere, e come!»¹². Per Luciani è necessario recuperare la logica originaria dello stare in-sede, con adattamenti ed aggiornamenti necessari in un contesto mutato.

Il volume si conclude (*Ragionare in campo vasto e nel tempo lungo*, pp. 233-261) con la fiduciosa convinzione dell'a. nella possibilità di risolvere il problema trattato. In una situazione come quella attuale, in cui il carattere misto della forma di governo e l'aspetto plebiscitario delle elezioni sono accentuati, i partiti cercano il consenso principalmente proponendo un *leader* alla pubblica opinione attraverso strategie manipolative. Per ottimizzare l'ordine costituzionale dei poteri, sarebbe invece necessario implementare un uso sapiente degli strumenti di organizzazione del lavoro parlamentare; inoltre, per evitare l'interferenza tra giurisdizione costituzionale e legislazione, basterebbe correggere alcune imprecisioni normative.

La strada intrapresa costituisce, secondo l'a., un passo significativo verso la direzione corretta.

La cultura giuridica, oltre ad essere degli studiosi, è anche degli avvocati, dei magistrati, dei notai, degli operatori giuridici¹³ e degli stessi consociati, grazie alla sua intrinseca capacità ordinante. Ed è proprio a livello della teoria del diritto che si costruiscono le premesse del rendimento effettivo dell'ordinamento. La cultura giuridica è quindi chiamata a trovare un equilibrio tra i mutamenti storico-politici e la consapevolezza

22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*) – ovvero, quanto ai fatti anteriori alla pubblicazione della presente sentenza nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica, con modalità equivalenti nei sensi di cui in motivazione –, agevola l'esecuzione del proposito di suicidio, autonomamente e liberamente formatosi, di una persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da una patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che ella reputa intollerabili, ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli, sempre che tali condizioni e le modalità di esecuzione siano state verificate da una struttura pubblica del servizio sanitario nazionale, previo parere del comitato etico territorialmente competente» (C. Cost. sent. n. 242 del 22 novembre 2019).

¹² A. Gramsci, *Quaderni dal carcere*, Quaderno 10 (XXXII), 1932-1935, 226.

¹³ L'indispensabile unitarietà della cultura giuridica è efficacemente rivendicata da M. Donini, *Cultura dei penalisti e condivisione dei saperi. La formazione comune e non separata di magistrati e avvocati è una premessa al tema delle carriere*, in *Sistema penale* (online).

dell'inerzia delle sovrastrutture giuridiche, rimanendo, però, saldamente ancorata all'idea che l'attenzione alla forma è fondamentale in uno stato di diritto.

Il volume di Massimo Luciani affronta il problema della crisi del principio della certezza del diritto e sottolinea la necessità del suo ripristino e della sua riaffermazione. La certezza del diritto rappresenta, infatti, uno strumento fondamentale per garantire la prevedibilità e la sicurezza giuridica, elementi essenziali per consentire a ciascun individuo di conoscere in anticipo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. L'a. muove una severa critica nei confronti di coloro che, invano, tentano di trovare strade alternative che non rispettano le regole in materia di forma e di mutamento delle dottrine giuridiche positive; strade, queste ultime, che conducono inevitabilmente a una profonda crisi dell'ordinamento e, in ultima analisi, della società nel suo complesso.

Ogni cosa al suo posto è un invito a riconsiderare criticamente fenomeni istituzionali dati per assodati, ma ben lontani dallo spirito della Costituzione e dallo statuto della scienza giuridica.

Senza certezza del diritto, intesa nel tradizionale senso di tendenziale prevedibilità delle conseguenze giuridiche del proprio agire, nessun sistema sociale è in grado di funzionare correttamente. È per questo che il principio di certezza deve costituire la prospettiva privilegiata di appianamento degli innumerevoli problemi che nella contemporaneità dell'esperienza giuridica continuamente scaturiscono e richiedono soluzione.

Lea Bolognese
Università del Salento
avv.lea@studiobolognese.it