

Angelo Abignente**L'incertezza nel diritto: biasimo o elogio?**

“In una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all’unico parametro dell’anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima. All’interno di un sistema equilibrato di tutele, bilanciato con i valori dell’impresa, la discrezionalità del giudice risponde, infatti, all’esigenza di personalizzazione del danno subito dal lavoratore, pure essa imposta dal principio di eguaglianza. La previsione di una misura risarcitoria uniforme, indipendente dalle peculiarità e dalla diversità delle vicende dei licenziamenti intimati dal datore di lavoro, si traduce in un’indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell’esperienza concreta – diverse”.

È questo un passaggio significativo, l’enunciazione di un vero principio di diritto, che sorregge l’argomentazione della sentenza 194/2018 con cui la Corte Costituzionale censurava alcune disposizioni del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23, il *Jobs act*. La pronuncia di incostituzionalità ha subito sollecitato un intenso dibattito nella dottrina specialistica ma ai margini, con maggiore distacco e pacatezza, è forse possibile una riflessione teorica che parta dalla domanda: quali sono i limiti regolativi della legislazione?

Una cultura giuridica che ci ha plasmato o almeno ha plasmato la generazione a cui appartengo ci ha indotto a ritrovare certezza nella regolamentazione legislativa, nella fattispecie chiusa in cui si cristallizza la prevedibilità di comportamenti futuri. Ma è da chiedersi se quel paradigma, nella avvertita crisi della *fattispecie*, segni ancora una via preferenziale, com-

piuta ed esaustiva, nella realtà complessa in cui ci troviamo a vivere ed operare.

Pietro Piovani poneva l'accento sull'incontro del diritto con la vita, con la *molteplicità* e *poliedricità* della vita che si rivela un *prisma* dalle molteplici sfaccettature, radicandolo nella lettura dei Classici, nei dialoghi platonici e, particolarmente, nel Critone dove si coglie il movimento delle leggi verso l'individuo che è chiamato ad una accettazione ed osservanza critica. La dialettica diritto-vita è del resto un tema ricorrente nella riflessione filosofica novecentesca che emergeva in Capograssi nel compito assegnato al diritto di mediare tra l'individuo e l'esperienza; un compito arduo in un periodo di crisi quando lo Stato, chiamato nella sua *funzione di sintesi* a regolamentare il *mobile trasformarsi delle situazioni*, si rivela ambigualmente *onnipotente* e *impotente*, finendo per cedere ad una *astrazione dalla vita* che rischia di obnubilare il carattere della *umanità della vita*.

Si può dire che l'incontro del diritto con la vita e con il molteplice dell'esperienza è la vena carsica che attraversa anche la più recente riflessione filosofico-giuridica, la *riabilitazione della filosofia pratica*, ad opera di quegli autori che intendono recuperare il carattere razionale dell'agire e del sapere, la saggezza che lo orienta e dirige. Il nucleo centrale è la ripresa e rivalutazione del pensiero di Aristotele e la sua distinzione tra *scienze teoretiche* e *scienze pratiche*, rette non già dalla necessità oggettiva ma dalla contingenza, variabilità e mutevolezza che orientano l'agire, secondo il criterio della *phronesis* e della deliberazione contestuale.

Da questo approccio può scaturire un metodo che sappia rinunciare all'accomodante vettore di una mera derivazione (o del calcolo cartesiano) ma che si impegni nella costruzione che, dando significato al contesto, non si esaurisca in esso sino a diventare arbitrio ma lo riporti nei confini segnati dal testo, interpretandolo in riferimento ai bisogni, ai valori, alle scelte politiche e sociali che esso esprime. Riemerge così la convenienza del paradigma delle clausole generali, maggiormente capace di assecondare i mutamenti del presente e di non arrendersi, come osservava Rodotà con sensibilità gramsciana, *ad un vecchio che non muore e ad un nuovo che non riesce a nascere*.

È un paradigma coerente con lo Stato costituzionale, subentrato allo stato legislativo ed alla dommatica centralità della legge, che si apre alla complessità del presente ed al suo continuo ed accelerato divenire affidandosi alla giurisprudenza, chiamata in prima linea a celebrare quella mediazione sin-

tetica di cui parlava Capograssi, l'incontro del diritto con il caso, con la vita nella sua poliedricità.

La Corte Costituzionale ne è consapevole auspice nel censurare la “*indebita omologazione di situazioni che possono essere – e sono, nell’esperienza concreta – diverse*” da parte del legislatore e nel valorizzare la “*prudente discrezionale valutazione del giudice*”.

Ciò non vuol dire configurare ed attribuire alla giurisprudenza un ruolo assoluto, esente da limiti e confini. Il limite alla discrezionalità, nel caso vagliato dalla Corte, è individuato nei “*confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima*”. Si instaura una relazione dialettica tra giudice e legislatore che richiama il tema classico del dialogo platonico, rivelando la relazione tra diritto e linguaggio che non è retto soltanto da regole sintattiche e semantiche ma anche prammatiche, capaci, in una situazione discorsiva, di tradurre il senso ed il bisogno in espressioni performative.

Certamente la constatazione della molteplicità implica una esigenza di ordine e organizzazione che sappia assicurare quella stabilità e prevedibilità che, pur nella polisemia del termine, è resa nel linguaggio giuridico con *certezza* del diritto, nella sua portata dogmatica ed ancor più con il carattere di istanza etica, ancor prima che giuridica, ricorrente nel pensiero giuridico primo-novecentesco. Ma si tratta di individuare in che modo la stabilità possa essere raggiunta e di quale ordine si tratti.

Le teoriche oggettualistiche perseguono il disegno di una organizzazione strutturale, la definizione di un sistema in sé unitario e coerente, staticamente definibile *ex ante* sul presupposto di un'unità di base posta dall'alto, la sovranità dello Stato moderno. Ma oggi una organizzazione stabile è messa in discussione di fronte all'apertura dei confini, non soltanto politici, economici, amministrativi ma anche culturali, sociali, tecnologici, comunicativi e, soprattutto, all'emergere di situazioni giuridiche che reclamano tutela. Viene da ciò restituita l'immagine complessa di una costellazione giuridica in movimento, segnata dalla pluralità di fonti in rapido divenire, eterogenee nelle loro origini eppure necessariamente convergenti nella definizione del caso, in quella *pratica del diritto* a cui è orientato il giudizio. Proliferazione delle fonti normative che non sono più direttamente rapportabili alla legge, sia sul piano internazionale che sul piano interno, sì da mettere in crisi quella dimensione della certezza del diritto che viene costruita come rapportabilità della fonte giuridica ad un unico centro: più che di *fonte*, nel presente, si può

parlare di plurime polle, di plurime sorgenti ed alla codificazione ed al sistema precostituito viene preferita la metafora della *rete*.

La molteplicità ed il poliformismo potrebbero indurre a volte, *prima facie*, a denunciare il *caos* che ne consegue ma una riflessione più attenta può svelare che il *caos* nella cultura classica è all'origine del cosmo e ciò consente di immaginare e prefigurare che nell'esperienza giuridica quell'apparente disordine può generare nuovo ordine.

Ce lo può confermare uno sguardo alla giurisprudenza di merito ed ancor più di legittimità nei casi in cui è stata chiamata a risolvere questioni in materie in continua evoluzione, anche a causa del progredire della scienza. Assumendo il ruolo mediativo che il costituzionalismo riconosce allo *ius dicere*, emancipandolo dalla subalternità alla legge nella mera reiterazione del suo contenuto dispositivo, affrancatisi da quella rete protettiva che accompagnava il procedere sussuntivo, i giudici sono stati in grado di intervenire e di tutelare diritti emergenti anche lì dove il legislatore non era giunto con una disposizione esplicita, consapevoli che, nel sistema eterarchico contemporaneo, il vincolo della soggezione alla legge, sancito dall'art. 101 Cost., non può non significare l'apertura di quel dialogo con le leggi che veniva scandito nel Critone platonico. La "riduzione della complessità, il raccoglimento unitario del molteplice", per usare una espressione di Natalino Irti, non può infatti trovare esaustiva risposta nella legge che, disponendo in modo generale ed astratto, vede in qualche modo compromesso il suo carattere regolativo per la definizione di una situazione concreta di vita.

Si potrebbe leggere l'intervento giudiziario, in alcuni casi acriticamente definito *creativo*, come *vulnus* alla certezza del diritto, alla prevedibilità dell'azione e delle decisioni giurisprudenziali. Ma è forse ormai maturo il tempo per cogliere che l'incertezza non è l'equivalente antitetico della certezza, rivelandosi piuttosto *occasione di possibilità*, assumendo la valenza positiva nell'incontro del diritto con la vita, delineando "cerchie di riconoscimento" di nuove identità, con le parole di Salvatore Veca, quel "mutamento quotidiano" che sollecita domande di senso, di spiegazione, di comprensione. Domande a cui la giurisprudenza è chiamata a rispondere con decisioni che certamente esprimono un margine di discrezionale valutazione e forse anche di contenuta creatività ma che si sottopongono ad un vaglio critico.

Del resto questo procedere si rivela sintonico con il nostro tempo, con l'acquisizione del *probabile* che ne è la cifra, come si avverte non soltanto nelle discipline confinanti con la scienza giuridica, sociologiche e filosofi-

che, ma anche nelle *hard sciences*. Ce lo insegna la fisica quantistica che, sulle orme del di Werner Karl Heisenberg, nei suoi sviluppi successivi, ha attribuito centralità all'osservatore come parte del sistema osservato, egli stesso partecipe di quel sistema con la sua decisione: la sua scelta crea il sistema e non lo considera come dato predeterminato ma come potenzialità e probabilità. L'apertura al possibile nell'esperienza giuridica segna così la partecipazione ad un dialogo interdisciplinare, in una prospettiva connettiva e di apertura linguistica che può rivelarsi il terreno propizio per ridiscutere l'antica questione del carattere scientifico della giurisprudenza e del suo metodo.

Intendere la incertezza come *possibilità* non vuol dire quindi addivenire ad una posizione scettica e negare così in radice che l'istanza di certezza continui a svolgere un ruolo essenziale nel nostro sistema giuridico. Vuol dire piuttosto abbandonare quella visione propria delle concezioni oggettualistiche che la riducono a mera prevedibilità della applicazione di regole, intese nella loro stabilità ed univocità di senso e concepirla piuttosto come esito di una verifica razionale, di un giudizio pratico-razionale, non soltanto formale ma anche materiale, nel difficile incontro tra un assetto regolativo complesso, variegato ed in molti casi non segnato da unità di senso, con la realtà effettuale delle situazioni giuridiche soggettive portatrici di autonome istanze di giustizia materiale.

L'aspettativa di prevedibilità può senza dubbio essere considerata carattere comune e condiviso nello stato di diritto moderno e nella storia democratica dell'occidente europeo ma non può trascurarsi che il pluralismo culturale, sociale, etico di cui la contemporaneità è portatrice, non è in grado di trovare una composizione adeguata e stabile nell'atto positivo della regola, condizionato da procedure in cui, spesso, è quantomeno latente il confronto dialogico legittimante. Quella eterogeneità riemerge piuttosto proprio nel momento della applicazione della regola e rivendica nuove tutele, molto spesso nuovi diritti, come potrebbe documentare uno sguardo realistico ed attento alla giurisprudenza degli ultimi decenni: il senso della regola, per usare una terminologia diffusa, è sempre meno rilevabile *prima facie* e richiede sempre più una ricostruzione *tutto considerato*. Se, quindi, si vuole conservare viva l'istanza, l'aspettativa di certezza, è a questa interpretazione del senso, nel contesto applicativo, che bisogna guardare con la convinzione della non esaustività di un confinamento della certezza al solo momento produttivo della regola.

Detto in altri termini, la certezza permane come istanza razionale, accentuando i caratteri soggettivistici, la caratterizzazione di bisogno, di aspettativa nei confronti del potere, di diritto dei singoli legato all'agire individuale piuttosto che all'omogeneità dell'ordinamento; è istanza di controllo del procedimento decisionale. Dalla certezza come prevedibilità l'attenzione si sposta alla certezza come controllo, rivelandosi come principio razionale mai definitivamente realizzato perché sempre argomentativamente criticabile e rivedibile. La prospettiva da cui guardare alla certezza non è più la mera conformità ad un dato persistente ma, in un approccio retrospettivo, è controllo sulla ragionevolezza del decidere, quando la giurisprudenza, distolta dalla più agevole ed accomodante via di fuga di esasperati formalismi, mostra la sua capacità di prendere posizione ed impegnarsi di fronte alla questione *pratica* che le viene sottoposta che è sempre una questione di vita, e rende una risposta di giustizia non già una soluzione pre-definita nel suo contenuto regolativo. La *possibilità*, governata dall'uso appropriato della ragione, è in grado di abbattere confini angusti e paratie statiche, instaurando nuove relazioni di senso. Essa si rivela oggi particolarmente significativa nella concretizzazione dei principi ad opera del giudice in un tessuto normativo dai confini ampi e talvolta labili, luogo di riconoscimento di nuovi ed urgenti diritti alla vita, nelle sue dimensioni genetica e funzionale, al lavoro, alle relazioni intersoggettive e professionali, alla difesa di interessi pubblici e di beni comuni, ad una più ampia tutela risarcitoria attraverso una ridefinizione delle categorie civilistiche della responsabilità civile, della colpevolezza e del nesso di causalità, tutte declinazioni contemporanee della dignità della persona costituzionalmente protetta.

È, in definitiva, il controllo della ragionevolezza argomentativa il terreno in cui può essere riletta quella istanza di certezza che si traduceva in prevedibilità dei comportamenti e dell'azione, coniugandola ora come istanza di universalizzabilità che succede alla uniformità e viene assunta come ideale razionale, principio regolativo mai compiutamente saturo ma coerentemente perseguito nel suo divenire. Se il diritto è fattore di ordine del molteplice, accogliere la incertezza vuol dire mutare lo sguardo dalla previsione al controllo, assumendo la categoria del verosimile e del probabile in luogo del necessario, come indicavano Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca agli albori della teoria dell'argomentazione.

Incertezza: elogio o biasimo? Ai giudici l'ardua risposta.