

A. PUNZI, *Diritto Certezza Sicurezza*, Torino, Giappichelli, II ed., 2017, 173 pp.

*Diritto Certezza Sicurezza* mostra *in primis* un imponente tessuto metodologico. Lo strumentario gius-filosofico operato dall'Autore si sostanzia in un elegante bilanciamento tra la corrente "esperienziale-ontologica" e l'opposta visione "classificatoria-positiva" del diritto. Il disegno strutturale dell'opera trova la sua compiuta definizione in un lavoro dialogico di utilizzazione di diverse e storicamente contrapposte posizioni sistematiche. Convinzione profonda è che le vie di un diritto "certo" e "sicuro" passino per la comprensione critica di un sistema di varie realtà, già gravido delle soluzioni di equità e giustizia sostanziale, oltre le staccionate di alcuni famosi sistemi accademici. «Il presente lavoro, in tal senso, muove dal convincimento che la metodologia giuridica possa essere declinata come una filosofia della giurisprudenza, la cui riflessione teorica prenda le mosse, né solo dal diritto *vigente* in forma di legge né solo dai valori che di esso dovrebbero idealmente costituire il presidio, bensì da quel diritto vivente, nel quale i profili della validità e della giustizia inevitabilmente si intrecciano, pur senza confondersi» (p. 7). Il pensiero gius-filosofico non è così piegato dall'Autore a favore di questa o quella corrente, bensì all'interno delle stesse, in base al dato pragmatico, trova risposta. Le ragioni ideali del giusnaturalismo incontrano naturalmente la definizione normativa del positivismo. Le ragioni della politica legislativa sono allineate all'esercizio dei poteri giudiziari. Diritto e politica, nel medio di una morale pubblica che funge da regia di coordinamento. Continuando, la teoria generale del diritto, intesa come anticipazione di attribuzione del giusto e dell'arte del discernimento, sposa le ragioni di una giurisprudenza della scienza pratica, permettendo sia ai diritti, che ai valori, di esistere nella reciprocità. Storia delle tradizioni giuridiche che incontrano la modernità, il diritto delle specifiche identità regionali che si confronta con le necessità e imposizioni della globalizzazione. Lo spazio di un'economia imprenditoriale, storicamente in contrasto con l'operare di soggetti pubblici che invece, in questo itinerario trova le ragioni "insospettabili" di un dialogo proficuo. Per costruire un siffatto apparato giuridico, l'Autore non sceglie la strada della giustapposizione sistematico-strutturale, bensì quella di comporre la pozione filosofica attraverso l'uso dell'esperienza comune, capace di mediare e amalgamare scuole "tradizionalmente" situate su rive opposte del pensiero. Questo quadro metodologico trova un

perno dinamico nell'etica. L'etica del giurista contemporaneo è sintetizzata nelle ragioni del dialogo: un dialogo con il proprio tempo, nelle questioni complesse e dinamiche di un'umanità sospesa tra spregiudicate politiche postmoderne e necessari esercizi della prudenza, da attuare ed aggiornare attraverso il ragionamento pratico. L'imponente apparato sistematico innerva in maniera puntuale e dettagliata la dialettica tra certezza e sicurezza della nostra epoca, nel medio del diritto. L'Autore non si limita a prendere posizione sui temi di ricerca, bensì con raffinate tecniche di bilanciamento ci mostra *pro und contra* questioni di attualità che sono sostanza "fenomenologica" ed "analitica" viva della nostra contemporaneità, senza tralasciare una puntuale ricostruzione storica.

La questione delle intercettazioni telefoniche si pone, *in limine iuris* come confine in frizione tra libertà del corpo e della mente da un lato e necessario sacrificio in nome di un potere pubblico fatto di identità trasparenti dall'altro, che tuttavia così operando minano (almeno apparentemente) l'*humus* kantiano dello Stato liberale. I fenomeni corruttivi, specie in un'epoca globalizzata devono essere combattuti, e dunque il sistema pubblico accetta di essere una "casa di vetro", in Italia grazie alla normativa sull'anticorruzione che ha ridisegnato una nuova filosofia pubblica della trasparenza. In questa nuova epoca digitale ci troviamo a ripensare il paradigma strutturale della libertà, nel tempo dei *Big Data*, da *Facebook* ai motori di ricerca i calcolatori algoritmici governano le condotte di agire del singolo, suggerendoci i siti maggiormente seduttivi per la nostra navigazione, specie nel campo del *marketing*. L'Autore pone *in nuce* la responsabilità che i detentori dei *logoi* hanno per resistere alle insidie private della loro libera autodeterminazione.

I diritti devono essere interpretati, la loro astratta enunciazione deve trovare concreta tutela, rinvenibile in un'ermeneutica della ragion pratica. La certezza del diritto, anche a caro prezzo può essere raggiunta attraverso il bilanciamento di diverse e confliggenti esigenze giuridiche, caso emblematico è la censura. La ponderazione proposta è un ricco e definito piano investigativo che tiene in debita considerazione: relativismo etico, modelli procedurali della giustizia, scala di valori. In questo quadro, come si struttura l'idea di natura umana in relazione agli sviluppi della tecnologia? Fino a che punto l'intervento tecnico può dirsi rispettoso della dignità umana? Qual è

il confine “certo” al tempo dell’ingegneria genetica, della clonazione umana e del diritto al non nascere? Dov’è la certezza del diritto?

Sul piano della logica dei poteri l’Autore analizza la dialettica tra diritto e potere, specificatamente osservando il primato del potere, per comprendere l’essenza legislativa che sorregge le moderne tecniche di costruzione della certezza giuridica. L’hobbesiano ordine fondato sulla pace e sulla sicurezza può giustificare, oggi, un superamento di alcuni fondamentali paradigmi democratici? Le necessità della certezza sembrano contrastare radicalmente con il modello aristotelico della democrazia. I molti non sembrano poter garantire una retorica dell’ordine. Questo moderno imperativismo conduce inevitabilmente a fenomeni di semplificazione “artificiali”.

La necessaria certezza del diritto si lega indissolubilmente ad un moderno senso del principio di legalità. Come garantire la sicurezza, alla luce di una moderna separazione dei poteri? Il sorvegliare e punire di Foucault sembra acquisire nuova linfa nell’età dell’incertezza: è necessario tenere in considerazione il giuridismo universale della società moderna e i potenti micropoteri che si muovono al suo interno. Il formalismo kelseniano viene provato alla luce dell’indeterminatezza delle disposizioni e dei possibili significati delle stesse. L’ermeneutica decisionistica kelseniana non rischia però una pericolosa deriva autoritaria? Questo è in fondo un normativismo spesso adottato dal nostro tempo, afono del tono giudiziale. In senso diverso il primo Carl Smith, lontano dal decisionismo politico e dal potere sovrano che opera nello stato di necessità, ragionando da giurista cerca di comprendere il funzionamento delle norme, specie sul piano pratico. Un’ideale di giustizia sostanziale, giudizio e controllo delle decisioni “prevedibili” che si pongono in un’ottica di certezza e sicurezza del diritto (in contrasto con la sua successiva *kehrte* sul decisionismo politico-giuridico).

Sul piano interpretativo, l’Autore pondera la progettazione del senso che apre lo spazio della comprensione irriducibile. Le ragioni heideggeriane però, oltre le rappresentazioni soggettive muovono dall’astratto al concreto e viceversa, risultando indispensabile la ricerca di regole certe (R. Guastini, M. Barberis). Il sillogismo giuridico, piano d’indagine fondamentale è visto nella sua doppia lettura dell’utilità e del rischio di quelle verifiche di senso da compiere al momento della decisione (P. Comanducci). Il giurista per orientarsi deve essere in grado di opzionare per la

credibilità razionale, strada alternativa ad un diritto assolutizzato in uno schema di certezza e validità oggettivo, afono del piano soggettivo, da un lato, e dall'alto necessitante di un più bilanciato piano di conoscenza giuridica oltre la mera soggettività. La verità processuale è da accertare grazie al cognitivismo probabilistico e all'inserimento del processo nella comunità dell'argomentazione.

Come si articolano sicurezza e certezza sul piano della pena? Prevale la scuola classica di diritto penale o quella positiva? Rigida applicazione del principio di legalità o centralità di una terapeutica sociale? L'evoluzione legislativa penale ha condotto ad una progressiva ridefinizione dell'idea di pena, senza perdere di vista le necessità di una politica della sicurezza. Trattamenti psichiatrici e studi criminologici, alla luce delle disposizioni internazionali mirano a permettere una rieducazione funzionale ad un possibile futuro reinserimento sociale. La rieducazione è economicamente onerosa, oltre che a tratti difficile in un'epoca gravata dall'esigenza della sicurezza, minacciata da una globalizzazione che chiede risposte forti ed esemplari in una postmodernità che ha messo in crisi valori liberali e solidaristici. Il processo rieducativo deve però proseguire nel suo percorso attuativo-costitutivo, perché il suo oscuramento significherebbe un pericoloso regresso della civiltà (G. Vassalli).

Il tema della sicurezza pubblica e certezza normativa non può non essere osservato anche sul piano del mercato. Lo stato minimo teorizzato da Nozick, esonerato da ogni compito di edificazione di un equo ordine sociale, sembra mostrare dei limiti sul piano della responsabilità e libertà individuale. L'idea di un annullamento del *Welfare*, una libertà individuale negativa chiusa ad interferenze pubbliche (nell'epoca dello scambio digitale di informazioni e dati) sembrano essere superati da un tempo di relazioni globali in costante ricerca di sempre nuove modalità di interazione tra poteri pubblici e scelte private. Il paternalismo libertario di Thaler e Sunstein con il concetto di *nudge*, cioè "spinta gentile", sembra poter indicare un giusto concetto di mercato che tenga in considerazione esigenze imprenditoriali senza annullare le libertà individuali. Un equilibrio del mercato che economicamente deve esercitare le sue politiche di *marketing*, temperato dalla tutela intangibile di un *homo oeconomicus* capace di operare delle scelte consapevoli. L'impresa, alla luce di quanto esposto deve essere responsabile, la convenienza deve inquadarsi in un corredo di regole che definiscano un'etica aziendale capace di produrre un

ritorno commerciale, operando lontano da un piano di azione spregiudicata. Le spinte contraddittorie dell'economia certamente non faranno mai del consumatore un arbitro del mercato, è fin troppo evidente la sproporzione, tuttavia nella società dell'informazione l'agente deve essere in grado di agire con consapevolezza nell'ambiente che lo circonda (N. Irti). La logica del bilanciamento giuridico, pondera: la competenza del consumatore, la responsabilità dell'impresa e il controllo sulla correttezza delle informazioni (per mano pubblica). Ogni ente agisce sotto l'osservanza dell'altro. Ognuno chiama alla responsabilità l'altro agente, in una logica triale.

«L'importanza della coppia concettuale certezza/sicurezza può cogliersi altresì orientando la riflessione sulle condizioni, teoriche e pratiche, di possibilità di un ordinamento giuridico internazionale» (p. 144). L'ordine cosmopolitico kantiano si fonda in sostanza su di un piano consuetudinario. Il meccanismo egoistico degli stati di hegeliana memoria richiede una forte volontà pattizia e federativa per non sgretolarsi nelle logiche di un assente spazio comune. La dottrina pura del diritto si proietta nell'ottica internazionale e, sebbene ricerchi i valori della pace «essa giunge fino ad una lucida e puntuale giustificazione della guerra giusta» (p. 147). La logica kelseniana torna in auge nell'esigenza di una sicurezza globale, per tutelare e proteggere i diritti inviolabili dell'uomo. Nel caso dell'intervento Nato del Kosovo nel 1999 fu necessario superare il divieto d'ingerenza negli affari di un singolo stato per dare attuazione alla tutela dei diritti umani, per mezzo della Carta Onu 1945. La sicurezza è stata intesa nel senso di tutelare una pace violata da terribili atti di aggressione nei confronti dei cittadini kosovari. La giustificazione interventista certo può rintracciarsi nella necessità appunto di tutelare il livello minimo dei diritti umani (F. Viola).

L'avvento della globalizzazione ha sancito la crisi del modello Westfalia, fondato sul principio di sovranità degli stati nazionali. Il modello kelseniano segue uno schema gerarchico. Diversamente, la teoria istituzionale del diritto (S. Romano) pone l'idea dinamica di una pluralità degli ordinamenti. Lo Stato ha al suo interno altri ordinamenti giuridici: enti locali, aziende, partiti politici, etc. Al di fuori dello Stato vi sono altri ordinamenti, al di sopra vi è l'ordinamento internazionale. Dentro uno Stato albergano quindi delle forze dotate di una propria ontologica regolazione, anche se illecite, capaci di esprimere una forza e di predisporre nelle loro strutture

meccanismi sanzionatori. La teoria di Santi Romano perfettamente si sposa con l'idea contemporanea di un diritto dei privati. Regole capaci di produrre effetti anche verso altri soggetti, che però complicano i processi decisionali (V. Omaggio). Il nuovo *soft law* si configura con regole non prodotte da Stati e autorità pubbliche, eppure capaci di generare obblighi e validità. Sono le forme contrattuali standardizzate o codici di condotta posti da organismi privati (G. Teubner, P. Korth). La *lex mercatoria* ha le sue pratiche e le sue clausole, in grado esprimere una precisa forza e direzione (B. Romano, F. Ciaramelli). Al primo livello si trovano i codici aziendali. Su di un piano più vincolante ci sono le norme dei codici deontologici. Su questo piano, indica l'Autore come in materia di *privacy* ci sia stato un ripensamento di consolidati schemi di diritto pubblico. Un fenomeno di autoregolazione è poi costituito dal codice di autodisciplina pubblicitaria, nelle comunicazioni commerciali. Generato sostanzialmente dagli operatori e professionisti, trova giustificazione di funzionamento in coesistenza con la legislazione statale grazie alla teoria della pluralità di Santi Romano. L'ordinamento pubblicitario è derivato, fondato dai privati, meritevole di tutela e di rispetto. Sono quindi sempre norme, capaci di esprimere una forza e un vincolo, nella cornice della pluralità.

In conclusione, quello descritto e ricostruito attraverso specifiche esperienze giuridiche è un diritto vigente in costante trasformazione, causa ne è certamente anche la globalizzazione con la sua *lex mercatoria* e digitalizzazione di dati. Il ruolo della giurisprudenza di legittimità e merito è sì fondamentale, tuttavia questo diritto cerca la sua definizione in termini di: certezza e sicurezza anche in poteri e strutture differenti, quali gli operatori dell'impresa privata, o più in generale in quell'esperienza comune che oggi si evolve e ripensa in maniera rapida, a volte istantanea.

ANDREA AVERSANO