

Capitolo I

Calcolo giuridico e prevedibilità decisoria

SOMMARIO: 1. Alle radici della calcolabilità decisoria: il “mito” della certezza del diritto. – 2. La portata della prevedibilità nel controllo sul giudizio giuridico. – 3. La prevedibilità del comando giurisdizionale nel prisma della legalità. – 4. Declino della fattispecie legale e ascesa del protagonismo giudiziale. Dalla destrutturazione della tipicità alla “processualizzazione” del fatto tipico. – 5. Pluralismo ermeneutico nel sistema multilivello delle fonti. – 6. Spinte sovranazionali verso una “dimensione giudiziaria” della legalità: la valorizzazione della prevedibilità *in action*. – 7. La stabilità dell’interpretazione giurisprudenziale quale indice possibile di prevedibilità. – 8. Regole del processo e prevedibilità dell’*overruling* giurisprudenziale *in malam partem*.

1. Alle radici della calcolabilità decisoria: il “mito” della certezza del diritto

C’è qualcosa di profondamente accattivante e, al tempo stesso, sfuggente nell’idea di una decisione “calcolabile”¹ che, sempre più spesso, affiora nelle riflessioni dei giuristi, con riferimento alla possibilità di razionalizzare gli esiti delle controversie giudiziarie e restituire prevedibilità all’attività dell’interprete.

Di rado, infatti, l’attenzione degli studiosi si è concentrata, con intensità e preoccupazione crescente, su un terreno tanto articolato e complesso come si è dimostrato essere quello della “calcolabilità” decisoria quale precipitato tecnico del declino della forza prescrittiva del diritto positivo²; terreno reso ancora

¹La genesi della formula si deve a N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 11 ss., e, successivamente, ID., *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016; a cui va ascritto il merito di aver dato impulso alla speculazione teorica sul tema della calcolabilità giuridica. Sul l’articolato dibattito che ne è seguito, nei diversi settori dell’ordinamento, si rinvia ai preziosi contributi racchiusi in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017.

²Nella recente produzione monografica in materia penalistica, si veda, tra tutti, A. MASSARO, *Determinatezza della norma penale e calcolabilità giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020;

più scivoloso dall'intensificarsi del dibattito circa l'opportunità di affidare la formazione dell'*iter* decisionale a strumenti di calcolo algoritmico, nel tentativo di offrire un più elevato livello di certezza nell'interpretazione ed applicazione delle norme e, quindi, di "prevedibilità" degli esiti giudiziari³.

La sovrapposizione semantica tra i termini impiegati rende opportuna, sin da ora, una precisazione terminologica. Sebbene strettamente connessa al concetto di "prevedibilità", la "calcolabilità" ne costituisce una declinazione specifica, basata su criteri di tipo matematico e su modelli deduttivi formalizzati, orientata verso un grado più elevato di determinazione e rigore⁴. Il che invita a riflettere sulla compatibilità di tale approccio con la complessità strutturale del diritto, la sua apertura al mutamento e alla pluralità degli ordinamenti, aspetti che mettono in discussione la possibilità di ricondurre l'attività decisoria a schemi automatizzati e rigidamente predittivi.

Ulteriore fattore di complessità del tema risiede nella sua attitudine a rendere particolarmente attuali, alla luce delle sempre più concrete prospettive delineate dall'Intelligenza Artificiale, interrogativi di radicale portata che, interessando il rapporto tra giudice e legge, finiscono per involgere, più in generale, l'assetto dei poteri all'interno di uno Stato di diritto e l'individuazione dei rispettivi limiti.

Nonostante, infatti, il tema della calcolabilità decisionaria, ciclicamente affrontato nel corso della storia, si sia nutrito recentemente di nuova linfa a seguito della diffusione di strumenti di giustizia predittiva, l'esigenza di ricondurre l'operato del giudice entro la «razionalità del calcolo»⁵ era avvertita già molto tempo prima che l'Intelligenza Artificiale facesse ingresso nel campo della giustizia penale.

L'interesse nei confronti di una concezione meccanica di decisione, quale atto scevro da influenze irrazionali, e, più in generale, la propensione all'interpretazione

A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale. Contributo ad un'indagine sistemica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2020; D. PERRONE, *Nullum crimen sine iure. Il diritto penale giurisprudenziale tra dinamiche interpretative in malam partem e nuove istanze di garanzia*, Giappichelli, Torino, 2019; A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto penale giurisprudenziale*, Giappichelli, Torino, 2022; P. SCEVI, *La prevedibilità della norma penale tra legislatio e iurisdictio*, Giappichelli, Torino, 2022.

³ Per uno studio sull'impiego dell'Intelligenza Artificiale quale strumento per recuperare certezza e "calcolabilità" del diritto si rinvia al volume A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Il Mulino, Bologna, 2019. Per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia, *infra*, al Cap. III, § 1.

⁴ Di questa opinione, G. ZACCARIA, *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, in ID., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Il Mulino, Bologna, 2022, p. 63 ss., nonché in *Riv. dir. civ.*, 2020, pp. 279-280; e, nello stesso senso, A. TRIGGIANO, *Gli algoritmi predittivi nel processo. Riflessioni storico-giuridiche*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, pp. 20-21.

⁵ Così, N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 921.

della legge con modelli matematici⁶, affondano le loro radici nella *mathesis universalis*, elaborata da Gottfried Wilhelm von Leibniz⁷ nel tentativo di promuovere l'impiego delle scienze esatte in ambito giuridico.

È ampiamente nota, a tale riguardo, l'aspirazione leibniziana a definire «tutte le questioni di diritto puro [...] con certezza geometrica»⁸, in applicazione di una scienza essenzialmente formale che consenta ai giuristi di “calcolare” enunciati e precetti normativi, non meno di quanto operino i matematici con i numeri. Immaginava profeticamente Leibniz, nella sua *Dissertatio de Arte combinatoria*, che «quando sorgeranno delle controversie, non ci sarà maggior bisogno di discussione tra due filosofi di quanto ce ne sia tra due calcolatori. Sarà sufficiente, infatti, che prendano la penna in mano, si siedano a tavolino, e si dicano reciprocamente [...]: calcoliamo»⁹.

L'obiettivo era quello di adottare, anche nel mondo del diritto, un approccio scientifico che bandisse dalle riflessioni giuridiche ogni ingerenza personalistica in grado di favorire giudizi imprevedibili. In modo analogo a quanto accade nel mondo delle scienze fisico-matematiche, ove la presenza di giudizi qualitativi sui fenomeni indebolisce la predizione del loro evolversi, così anche l'ordine sociale, se lasciato in balia di valutazioni arbitrarie prive di oggettività – e, come tali, incalcolabili –, rischia di essere travolto da una imprevedibile instabilità¹⁰.

Considerazioni non dissimili si ritrovano negli studi economici di Max

⁶Un approccio matematico alle questioni giuridiche si rinveniva già nel pensiero di F. CARNELUTTI, *Matematica e diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, p. 201. Ripercorre il dibattito storico sulla possibilità di utilizzare i metodi delle scienze esatte nel campo giuridico, G. TADDEI ELMI, *Informatica giuridica. Presupposti, storia, disciplina, insegnamento, esiti*, in *Informatica e diritto*, 2014, n. 2, p. 87 ss.

⁷Sulle speculazioni leibniziane in merito alla sistematizzazione “geometrica” del diritto secondo un modello “calcolabile”, si rinvia allo studio di M. COSSUTTA, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza: dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, EUT, Trieste, 2018, p. 57 ss.; U. PAGALLO, *La variante transfinita della geometria legale: Leibniz e l'«algebra giuridica»*, in M. AYUSO (a cura di), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica. Studi in onore di Francesco Gentile*, Colección Prudentia Iuris, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 243 ss., e, da ultimo, A. TRIGGIANO, *Gli algoritmi predittivi nel processo. Riflessioni storico-giuridiche*, cit., p. 117 ss. Evidenziano, tra gli altri, i punti di contatto tra pensiero matematico e computazionale e cognizione giurisdizionale, U.E. MOSCATO, *Calculus? Da Leibniz all'intelligenza artificiale*, in AA.VV., *Giurisdizione penale, intelligenza artificiale ed etica del giudizio. Convegni di studio «Enrico de Nicola». Problemi attuali di diritto e procedura penale*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 25 ss.

⁸Così, G.W. LEIBNIZ, *Principi ed esempi della scienza generale*, in F. BARONE (a cura di), *Scritti di logica*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 121.

⁹A conferma dell'approccio geometrico alle questioni sorte dal mondo sociale, si richiama l'ulteriore celebre passo di G.W. LEIBNIZ, *De scientia universalis seu calcolo philosophico* (1684 ca.), trad. it. in ID., *Scritti di logica*, a cura di F. BARONE, Zanichelli, Bologna, 1968, p. 237.

¹⁰Sintetizza, in questi termini, il pensiero leibniziano, M. COSSUTTA, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza: dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, cit., p. 58.

Weber, a cui va senz'altro ascritto il merito di aver ravvisato nella "calcolabilità giuridica" uno dei tratti fondanti della società moderna capitalistica¹¹. Secondo l'intuizione di Weber, «un diritto che si possa calcolare in modo simile a una macchina»¹² consente all'imprenditore di «orientare il proprio agire in base ad aspettative precise»¹³, potendo fare affidamento sia sulla stabilità del mercato, sia sul corretto funzionamento dell'amministrazione della giustizia¹⁴. Un diritto calcolabile permette, infatti, all'imprenditore di prevedere e razionalizzare non solo il fabbisogno di mercato, il costo della mano d'opera o delle materie prime, ma, altresì, i tempi e le modalità di applicazione della legge in caso di controversie giudiziali¹⁵.

Questo bisogno di prevedibilità della risposta giuridica postula necessariamente l'idea di un giudice ridimensionato nel ruolo di meccanico esecutore della legge, secondo il noto modello weberiano di *Paragraphen automat* ovvero sia una «macchina nella quale si inseriscono dall'alto gli atti, affinché emetta in basso la sentenza con motivazioni più o meno fondate»¹⁶.

Si tratta, del resto, di un'esigenza a cui aveva tentato di rispondere anche

¹¹ Max Weber, uno dei massimi rappresentanti della sociologia moderna, ha individuato nella prevedibilità del diritto una condizione imprescindibile per il funzionamento del mercato e per l'agire economico razionale. Tale concezione è espressa da M. WEBER, *Storia economica. Linea di una storia universale dell'economia e della società* (1923), Donzelli, Roma, 1996, p. 294 ss. Secondo M. WEBER, *Sociologia della religione*, Einaudi, Torino, 2002, p. 14, il capitalismo «ha bisogno, oltre che di mezzi tecnici di lavoro calcolabili, anche di un diritto calcolabile e di un'amministrazione in base a regole formali». Nel descrivere la genesi del capitalismo occidentale, N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, p. 802, richiama il pensiero di Weber, evidenziando l'importanza del calcolo giuridico e, cioè, della prevedibilità dell'esito delle controversie, quale «fattore di razionalità economica».

¹² Così, M. WEBER, *Economia e società* (1922), vol. I, *Teoria delle categorie sociologiche*, Edizioni di comunità, Torino, 1995, p. 87. Sulla "meccanizzazione" del diritto, si rinvia, nel dibattito filosofico, a G. ITZCOVICH, *Il diritto come macchina. Razionalizzazione del diritto e forma giuridica in Max Weber*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno XXXI, 2001, p. 365 ss.; ID., *Sulla metafora del diritto come macchina*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009, p. 384; G. TUZET, *Sul possibile moto della macchina*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009, p. 359; ID., *Il diritto non è una macchina*, in *Dir. quest. pubbl.*, 9/2009, p. 401 ss.

¹³ Così, N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, cit., p. 810.

¹⁴ Intuizione attualizzata da N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., p. 21 ss.

¹⁵ Sulla razionalizzazione della società, nel pensiero di Max Weber, si rinvia all'analisi di A. TRIGGIANO, *Gli algoritmi predittivi nel processo. Riflessioni storico-giuridiche*, cit., p. 174 ss.; A. DE SIMONE, *Razionalità e diritto in Max Weber*, in AA.VV., *Diritto, giustizia e logiche del dominio*, Morlacchi Editore, Perugia, 2007, p. 104.

¹⁶ Cfr. M. WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I (1922), p. 18: «[D]er Richter [ist] [...] mehr oder minder ein Paragraphen-Automat [...], in welchen man oben die Akten nebst den Kosten und Gebühren hineinwirft, auf daß er unten das Urteil nebst den mehr oder minder stichhaltigen Gründen ausspeie: – dessen Funktionieren also jedenfalls im großen und ganzen kalkulierbar ist».

l'ideale illuministico del giudice *bouche de la loi*, assimilabile – come pretendeva Montesquieu – ad un «essere inanimato»¹⁷ che pronuncia, sulle sue labbra, le parole della legge.

Affinché la libertà dei consociati non fosse asservita al comando imprevedibile dei giudici dell'*Ancien régime*, la legalità illuminista e, specialmente, il suo corollario espresso dalla riserva di legge avevano assegnato al legislatore il monopolio nella produzione delle fonti del diritto, mettendo al bando ogni forma di «libertinaggio interpretativo»¹⁸ nell'esercizio della funzione giurisdizionale. A tale proposito, il filosofo illuminista Gaetano Filangieri ammoniva: «l'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi [...]. Il Re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi»¹⁹.

Sul versante penalistico, questa visione rigorosamente “legicentrica” del diritto si era tradotta nell'esaltazione del referente positivo quale unico strumento in grado di selezionare i comportamenti penalmente rilevanti e di sottrarre all'organo giudicante pericolosi sconfinamenti persecutori.

A tal fine, l'attività interpretativa giudiziale veniva ancorata ad un'operazione logico-deduttiva di tipo sillogistico²⁰, circoscritta unicamente a ricondurre,

¹⁷ In questi termini, MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, vol. I, Rizzoli, Milano, 1989, p. 317, per cui: «*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur*».

¹⁸ L'espressione è di A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, in G. IUDICA-P. ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 317. In senso analogo, D. MICHELETTI, *Jus contra lex. Un campionario dell'incontenibile avversione del giudice penale per la legalità*, in *DisCrimen*, 2016, p. 169.

¹⁹ A commento del dispaccio reale di Ferdinando IV di Borbone del 23 settembre 1774, si richiamano le parole di G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, Stamperia di Michele Morelli, Napoli, MDCCLXXIV, p. 10 ss., il quale sottolineava che «nei governi dispotici gli uomini comandano; nei governi moderati comandano le leggi».

²⁰ Nonostante il modello sillogistico abbia origini antichissime (si veda, sul punto, A. GIULIANI, *Abelardo e il diritto (Alle origini dell'interpretazione meccanicistica della legge)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, p. 867 ss.), la formulazione della dottrina sillogistica del giudizio viene fatta tradizionalmente risalire a C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), Einaudi, Torino, 2011, § IV, p. 15, il quale, adattando al campo giuridico il sillogismo “scientifico” aristotelico, riconosceva in capo al giudice unicamente il compito di applicare la norma che si ricava letteralmente dal testo legislativo, mediante un ragionamento di tipo sillogistico, per cui «la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o no alla legge, la conseguenza la libertà o la pena». Diversamente, «quando il giudice sia costretto o voglia fare anche soli due sillogismi si apre la porta dell'incertezza». Per un'approfondita ricostruzione della concezione sillogistica del giudizio criminale elaborata da Beccaria si rinvia, senza pretesa di completezza, ai contributi raccolti in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, di G. MARINUCCI, *Beccaria penalista, nostro contemporaneo*, p. 2025 ss.; M. PISANI, *Cesare Beccaria e la sua missione universale*, p. 2043 ss.; E. AMODIO, *La Scuola*

in modo meccanico, il fatto storico (*premessa minore*) alla norma di legge generale e astratta (*premessa maggiore*).

L'incedere automatico del procedimento sillogistico permetteva, così, di conseguire, anche nel mondo del diritto, quella certezza tipica della dimostrazione matematica che può essere perseguita soltanto attraverso i passaggi della logica deduttiva²¹. In particolare, la scelta di ricorrere alla logica deduttiva nell'inferenza appena richiamata impediva, a fronte di premesse chiare e puntuali, di giungere ad una conclusione imprevedibile che lasciasse, in capo al giudice, margini di discrezionalità nella decisione sulla libertà del singolo.

Il giudice, convertendo le parole della legge in parole della sentenza, decideva la controversia in modo oggettivo ed impersonale: grazie a questo «circolo»²² veniva assicurata la calcolabilità delle decisioni giudiziarie. Invero, tale obiettivo veniva perseguito, sotto questo profilo, garantendo che la fattispecie penale, da un lato, e la sua applicazione da parte del giudice, dall'altro lato, nella sostanza coincidessero. Sicché, una volta fissata, in modo preciso e determinato, la regola giuridica astratta, a cui ricondurre la regolamentazione del caso concreto, la decisione giudiziale si sarebbe limitata a riprodurre meccanicamente l'unico significato normativo preconstituito dalla legge, sostanziandosi come la risultante automatica del rapporto fra *premessa maggiore* e *premessa minore*²³.

In forza di questo «sillogismo perfetto»²⁴, la capacità della legge di delineare,

positiva e il pensiero di Beccaria: un dissenso nascosto dietro la "venerazione riconoscente", p. 2053 ss.; S. LARIZZA, *Cesare Beccaria e il principio di stretta necessità del diritto penale*, p. 2076 ss. Sul tema, si veda, altresì, L. FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015, p. 137 ss.; M. BARBERIS, *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Beccaria*, *ivi*, p. 163 ss.; G. AMARELLI, *Il giudice ed il rispetto della legge penale in sede interpretativa. Obsolescenza apparente e attualità permanente del pensiero di Beccaria*, in *Riv. AIC*, 2015, pp. 2-3.

²¹ Sulla necessità che il mondo del diritto, al fine di produrre risultati oggettivi, debba far propria la logica deduttiva, si esprime M. COSSUTTA, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza: dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, cit., p. 72 ss. Nel senso di ritenere la logica deduttiva lo strumento utile a coniugare diritto e certezza, M. PESCATORE, *La logica del diritto*, Unione tipografico-civile, Torino, 1863, p. 48, per cui «la forma del diritto è la regola certa; la sua ragione è quel processo logico, che pone un principio e ne deduce le conseguenze; la *iuris ratio*, la *recta disputandi ratio*, che i giureconsulti romani invocano ad ogni istante non è altro che la logica del diritto. Scompagnato da questa forma il diritto perde, per così dire, ogni consistenza obiettiva, e sparisce».

²² Parla di «circolo logico» fra decidere, giudicare e applicare la legge, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., VII ss.

²³ Per un'ampia disamina dello sviluppo logico della dimostrazione sillogistica, M. COSSUTTA, *Riflessioni sulla giurisprudenza come scienza: dal more geometrico alla Geometrie der totalen Rechtserscheinung*, cit., p. 92 ss.

²⁴ Ancora, C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § IV, p. 15.

in termini chiari e stabili, i comportamenti vietati, senza dipendere dalla soluzione dei casi concreti e, quindi, senza il bisogno di ricorrere ad alcuna mediazione interpretativa da parte del giudice, avrebbe assicurato una pressoché totale convergenza tra la conoscenza delle regole da parte dei singoli destinatari e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche derivanti dai comportamenti tenuti dagli stessi²⁵.

In altre parole, l'automatismo nella applicazione della regola, offerto dal procedere meccanicistico del sillogismo, avrebbe soddisfatto l'aspettativa dei singoli di prevedere, non solo gli effetti che l'ordinamento giuridico determina per i loro comportamenti ma anche le decisioni provenienti dall'autorità giudiziaria²⁶, garantendo, di riflesso, una più solida certezza al diritto²⁷.

L'espressione "certezza del diritto" – dal latino *certus*, participio di *cernere* ovvero discernere, vedere chiaro – presuppone la conoscibilità delle norme che disciplinano i comportamenti legittimi dei consociati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche e la stabilità dell'ordinamento nel tempo. In questa prospettiva, il "vedere chiaro" assume una valenza temporale: implica, cioè, la capacità di "vedere prima". Certezza significa, quindi, anticipare il futuro, renderlo presente prima che si attui, in una traiettoria che, dalla prevedibilità basata sulla deduzione sillogistica, può estendersi sino alla predizione fondata su modelli algoritmici²⁸.

²⁵ L'uso del condizionale anticipa i dubbi circa l'effettiva capacità della legge di soddisfare l'esigenza di prevedibilità. Scettico in questo senso, P. CALAMANDREI, *Problemi generali del diritto e del processo*, in *Opere giuridiche*, Vol. I, Roma TrE-Press, Roma, ried. 2019, p. 646, il quale si domandava se fosse vero che «nel sistema della legalità, la sentenza del giudice è sicuramente prevedibile».

²⁶ Con queste parole, M. IMMORDINO, *Il principio di certezza del diritto nei rapporti tra Amministrazione e cittadini*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 24, coglie la dimensione soggettiva della "certezza del diritto".

²⁷ La letteratura sul tema della "certezza del diritto" è vastissima. Nell'impossibilità di darne compiutamente conto in questa sede, si rinvia alla lettura dei lavori fondamentali di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1968; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, *ivi*, p. 167 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, I, p. 81 ss., e *ID.*, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, II, p. 115 ss.; G. CONSO, *La certezza del diritto: ieri, oggi, domani*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 547 ss.; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1970; *ID.*, voce *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, VI, 1988; L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, p. 94 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *EAD.* (a cura di), *Studi sulla giustificazione giuridica*, Giappichelli, Torino, 1986, p. 157 ss.; *EAD.*, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, Utet, Torino, 1988, p. 274 ss.; C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubbl.*, 2018, p. 517 ss.; A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto (profili applicativi)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, VI, 1988, p. 1 ss.

²⁸ Nonostante il prefisso comune, "pre-vedere" e "pre-dire" declinano due modalità distinte di calcolo nel ragionamento giuridico. Nella "prevedibilità" il calcolo è legato a doppio filo con il rispetto delle regole da parte dell'organo decidente, il quale, convertendo le parole della legge in parole della sentenza, assicura calcolabilità all'esito del sillogismo. Nella "predizione", invece, il

Sicché, in linea con il significato attribuito dal primo giuspositivismo alla nozione di “certezza del diritto”, la conoscenza e l’intelligibilità delle regole prestabilite dal legislatore²⁹ avrebbero permesso ai consociati di “calcolare”³⁰, con una certa dose di precisione, gli effetti giuridici dei propri comportamenti e neutralizzare, *in nuce*, il pericolo di decisioni imprevedibili, in virtù della tendenziale aderenza degli esiti decisori allo schema legale astratto.

In questo senso, ben si poteva parlare di calcolabilità del diritto: «una calcolabilità che prelude alla sua prevedibilità»³¹ e consente al singolo di riporre legittimo affidamento nella stabilità dell’ordinamento giuridico³².

Ben presto, però, la purezza della «legalità legislativa»³³ – come esaltata, non

calcolo si avvale di sofisticate tecnologie, capaci di sfruttare gli algoritmi di Intelligenza Artificiale per predire il diritto da applicare in concreto. Sull’inadeguatezza del termine “predizione”, si rinvia, tuttavia, alle considerazioni espresse, *infra*, al Cap. III, § 1. Secondo C. CASTELLI, *Giusto processo ed efficienza*, in C. CASTELLI-D. PIANA, *Giusto processo ed intelligenza artificiale*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2019, p. 41, «non può essere confusa la prevedibilità delle decisioni, con la loro predizione: la prima, “vede” un futuro esito giudiziario della lite la cui realizzazione è tutta da costruire; la seconda – nella sua forma propria e più estrema – si sostituisce ad esso immediatamente, con ciò cancellandolo e negando i valori che gli sono sottesi».

²⁹ Nell’ambito del primo giuspositivismo, la certezza è definita prevalentemente come conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti individuali, basata esclusivamente sulla conoscenza dei contenuti delle norme del diritto. Ripercorre il quadro teorico dominante entro il quale si collocano le riflessioni positivistiche sulla certezza del diritto, S. BERTEA, *La concezione della certezza del diritto nel dibattito teorico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 131 ss., nonché ID., *Certezza e argomentazione giuridica*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2002, p. 57 ss. Per la molteplicità di significati assunti dalla locuzione “certezza del diritto”, non sempre concettualmente connessi, si veda, tra gli altri, L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., pp. 158-162; E. DICIOTTI, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 6 ss.; e, più di recente, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 35.

³⁰ Questa esigenza di calcolabilità è ben evidenziata da C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 17: «quando un codice fisso di leggi, che si debbono osservare alla lettera, non lascia al giudice altra incombenza che di esaminare le azioni de’ cittadini, e giudicarle conformi o difformi alla legge scritta, quando la norma del giusto e dell’ingiusto, che deve dirigere le azioni sì del cittadino ignorante come del cittadino filosofo, non è un affare di controversia, ma di fatto, allora i sudditi non sono soggetti alle piccole tirannie di molti. [...] Così acquistano i cittadini quella sicurezza di loro stessi che è giusta perché è lo scopo per cui gli uomini stanno in società, che è utile perché gli mette nel caso di esattamente calcolare gli inconvenienti di un misfatto».

³¹ Così, M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sull’interpretazione creativa nella società pluralista*, EUT, Trieste, 2012, p. 203.

³² Secondo N. IRTI, *Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica*, cit., p. 921, richiamando il pensiero di Max Weber, i bisogni di calcolabilità e di affidamento si pongono in rapporto di interconnessione, giacché «il diritto calcolabile è un diritto su cui fare affidamento, su cui riporre aspettative». Nella sconfinata letteratura sul tema ci si limita a rinviare a F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970; F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, *passim*.

³³ La formula, impiegata in contrapposizione alla «legalità giudiziale», è mutuata da G.

senza ingenuità³⁴, nella prospettiva illuministica – e, con essa, la calcolabilità geometrica del diritto hanno finito per rivelarsi aspirazioni meramente utopistiche. L’immagine di un giudice, che si limita ad applicare la legge secondo l’unica modalità di interpretazione cui la ragione illuminata conduce, ha alimentato, soprattutto agli albori del Novecento, una certa dose di scetticismo³⁵.

La realtà, in particolare, dell’ordinamento penale e delle sue componenti – tanto nella fase di produzione normativa, quanto in quella di applicazione del diritto – ha gradualmente mostrato un quadro ben più complesso e dinamico rispetto a quello tratteggiato dagli ideali ereditati dalla modernità giuridica³⁶.

Per un verso, i mutamenti intervenuti nell’assetto ordinamentale del sistema giuridico e l’alterazione degli equilibri politico-istituzionali tra gli organi di produzione normativa hanno segnato il progressivo declino della centralità rivestita dalla fonte legislativa e della sua capacità regolatrice; per altro verso, l’avvento di un modello decisorio assiologico costituzionalmente e convenzionalmente orientato e il decadimento della qualità semantica della normazione hanno contribuito ad erodere, rendendolo liquido³⁷, il nucleo prescrittivo del diritto e, con esso, la sua calcolabilità.

Questa crisi, che ha investito il quadro giuridico positivista³⁸, ha finito, di

FIANDACA, *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova, 2002, p. 3. In senso analogo, parla di «legalità legalistica», M. VOGLIOTTI, voce *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Giuffrè, Milano, 2013, p. 373, il quale individua «tante legalità quante sono le prospettive da cui la si osserva».

³⁴ In questo senso, C. LUZZATI, *L’interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, cit., pp. 3-4, definisce «illuminismo ingenuo» la possibilità di risolvere tutte le controversie giuridiche sulla base di parametri legislativi precostituiti.

³⁵ Lo scetticismo rispetto all’univocità di interpretazione ha visto il suo esponente più celebre in Hans Kelsen, considerato uno dei più autorevoli critici del paradigma giusnaturalista e del razionalismo giuridico d’ispirazione illuministica. Nel delineare la propria “dottrina pura del diritto”, propone un modello antitetico al paradigma illuministico, secondo cui la norma è concepita come una sola delle molteplici possibili declinazioni di una stessa disposizione: H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 124.

³⁶ La crisi che ha travolto la concezione “moderna” del diritto e, in particolare, il sistema delle fonti ha segnato il passaggio verso quella che è stata definita l’epoca della post-modernità giuridica. Sull’evoluzione della modernità giuridica, si rinvia per un’interessante disamina a P. GROSSI, *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, in ID., *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari, 2012; ID., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015, p. 3 ss.; R.E. KOSTORIS (a cura di), *Percorsi giuridici della postmodernità*, Il Mulino, Bologna, 2016; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 21 ss. Tra i riferimenti fondamentali alla postmodernità, sul piano generale della riflessione filosofica, v. Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità* (1997), Laterza, Bari, 2018; U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità* (1986), Carocci, Roma, 2013; A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità* (1990), Il Mulino, Bologna, 1994.

³⁷ Per una teorizzazione della «modernità liquida», resta fondamentale il pensiero di Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Laterza, Bari, 2011.

³⁸ Sulla trasformazione e sulla progressiva crisi del positivismo giuridico, si rinvia alla

riflesso, per accordare preminenza al ruolo dell'interprete, favorendo il diffondersi di spazi sempre più ampi di discrezionalità e creatività giudiziale nel momento interpretativo ed applicativo del diritto³⁹.

Indebolito il primato della legge e tramontata l'illusione che la decisione rappresentasse il mero precipitato logico dell'operazione sillogistica di sussunzione del caso concreto nella fattispecie astratta⁴⁰, anche l'approccio alla tematica della certezza del diritto ha registrato, di riflesso, un mutamento di prospettiva radicale.

La transizione del sistema giuridico postmoderno verso una dimensione sempre più giudiziale del diritto⁴¹ ha finito, di fatto, per traslare sul versante giurisprudenziale le istanze di accessibilità e conoscibilità: dapprima riferite unicamente al testo legislativo, ora destinate a risolversi in termini di prevedibilità dell'esito giudiziario e di ragionevole affidamento verso la stabilizzazione dei risultati interpretativi. È in questa prospettiva che s'inseriscono i recenti tentativi, promossi dal legislatore, di assegnare una qualche vincolatività al precedente giudiziale, in particolare della Corte di cassazione, al fine di ridurre i contrasti giurisprudenziali e rendere più stabile – e, dunque, più prevedibile – l'applicazione della legge da parte dei giudici⁴².

disamina, non solo sotto il profilo storico ma anche in una più ampia prospettiva teorico-filosofica, di A. BARATTA, *Positivismo giuridico e scienza del diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 9 ss.; E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 451 ss.; U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in A. SCHIAVELLO-V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 112. Sui diversi significati assunti dal termine "positivismo giuridico", si veda la ricostruzione offerta da P. CHIASSONI, *Positivismo giuridico*, in G. PINO-A. SCHIAVELLO-V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 56 ss.; e da G. PINO, *Il positivismo giuridico di fronte allo Stato costituzionale*, in P. COMANDUCCI-R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 204 ss. Resta fondamentale, sul tema, il lavoro di N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996.

³⁹ Il rapporto tra legge e giurisdizione è oramai al centro delle riflessioni di numerosi giuristi. Per una visione più ampia del fenomeno e, in particolare, dei fattori che hanno contribuito alla progressiva dissoluzione del principio di legalità e al conseguente rafforzamento della funzione creativa dei giudici in ambito penale si rinvia, *infra*, ai §§ 2 e 3.

⁴⁰ Per un'approfondita disamina della polemica sulla configurazione sillogistica dell'attività giudiziale e delle ragioni che condussero al declino di questo modello, si rinvia a M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 12 ss.

⁴¹ Si sofferma sulla transizione del sistema penale, dall'«età della legge» all'«età della giurisdizione», A. DI PORTO, *Calcolo giuridico secondo la legge nell'età della giurisdizione. Il ritorno del testo normativo*, cit., p. 119 ss.

⁴² Ci si riferisce all'introduzione – nell'art. 618 c.p.p. – del meccanismo di devoluzione obbligatoria del ricorso da parte delle Sezioni semplici alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, qualora le prime ritengano di «non condividere» il principio di diritto formulato da quest'ultime. In questo modo, la disciplina del rapporto tra Sezioni semplici e Sezioni Unite si uniforma a