

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 13/12/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38894-certezza-e-incertezza-del-diritto>

Autore: Fulvio Scarpino

Certezza e incertezza del diritto

MONOGRAFIA GIURIDICA

"Certezza ed incertezza del diritto"

AUTORE Fulvio Scarpino

§ 1.1 L'evoluzione storica del concetto di certezza del diritto.....	pag. 3
§ 1.2 La certezza del diritto dall'illuminismo al positivismo giuridico..	pag. 6
§ 1.3 Il mito della certezza del diritto nell'età della decodificazione...	pag. 13
§ 1.4 Incertezza del diritto e diritto alla certezza.....	pag. 19
§ 1.5 Conclusioni "La non arbitrarietà per superare l'incertezza del diritto".....	pag. 24

CAPITOLO PRIMO

CERTEZZA ED INCERTEZZA DEL DIRITTO

§ 1.1 L'evoluzione storica del concetto di certezza del diritto.

La nozione giuridica di certezza del diritto ha subito negli anni importanti trasformazioni concettuali e ciò lo si evince dalle pluralità di accezioni eterogenee, distinte e qualche volta divergenti che si sono susseguite nel pensiero filosofico-giuridico degli studiosi che si sono occupati della questione.

Tra le tante accezioni essa esprime l'effettiva conoscibilità delle prescrizioni da parte dei destinatari, ma anche la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo; la prevedibilità dell'intervento degli organi decisionali in sede di applicazione delle norme e l'esito delle loro decisioni, così come la fedeltà ai precedenti, l'omogeneità dei criteri di interpretazione giuridica, la controllabilità delle argomentazioni adottate nelle decisioni e nelle motivazioni. Essa, inoltre, implica univocità delle qualificazioni giuridiche, ma anche coerenza e completezza dell'ordinamento come sistema e chiarezza del quadro delle fonti normative; nella sostanza esige la sottoposizione del giudice alle norme, ma anche il rispetto dell'eguaglianza dei cittadini e la difesa contro gli abusi del potere.

Queste accezioni che in passato erano considerate il fulcro della certezza del diritto, oggi, sembrano aver perso la sua peculiare sostanza nonché il suo valore etico e politico trovando la compatibilità con quello che

invece è un diritto "incerto", plurale nelle fonti, flessibile nelle strutture e opinabile negli esiti; lontana quindi da quella visione della certezza illuministica e giuspositivistica che faceva dire ancora a Norberto Bobbio che un diritto incerto non era neppure diritto¹.

Ripercorrendo le tappe del suo percorso storico nel primo giuspositivismo la certezza è stata intesa prevalentemente come prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui; mentre nel giuspositivismo di orientamento normativista è stata principalmente concepita in una prospettiva garantista, come possibilità di conoscere ex ante i limiti dell'esercizio legale del potere coercitivo.

Nel dibattito attuale l'approccio è oltremodo diverso in quanto da un lato si sottolinea che la certezza giuridica presenta, tra le altre cose, anche una componente soggettiva, in genere non indagata dal giuspositivismo, mentre dall'altro lato che il nucleo concettuale della stessa rinvia a quei processi di interpretazione e di argomentazione razionale a cui molti teorici contemporanei riconoscono un ruolo essenziale nella determinazione dell'identità del diritto e finisce così per perdere del tutto i caratteri predittivi che ancora mantiene, sia pur in forma debole, nella dottrina giuspositivista matura.

¹ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Ed. Giappichelli, Torino 1961.

Questo positivismo etico è moderato in quanto non identifica legalità con giustizia.

Ciò che difende questa filosofia è che essere retti da regole e vivere in una società in cui l'attuazione dei poteri pubblici è prevedibile è elemento costitutivo della giustizia.

Bobbio definisce “positivismo etico moderato” quella filosofia normativa del diritto secondo cui è un bene che i comportamenti siano retti da regole, e nella quale il valore della certezza del diritto diventa centrale. Nell’ambito di una trattazione dedicata alla certezza del diritto non si può, pertanto, prescindere al richiamo del positivismo giuridico, e in specie alla sua variante normativista, imprescindibile sia per il fatto che questo tema è divenuto un oggetto centrale della riflessione giuridica moderna proprio quando il giuspositivismo si è affermato come orientamento teorico più diffusamente condiviso, sia per il fatto che soprattutto la versione normativista di tale dottrina attribuisce una speciale attenzione all’analisi della certezza che viene riconosciuta come il valore specifico del diritto.

Se non è più un fatto, la certezza del diritto resta un valore, al punto da far indurre gli studiosi a invocare "il diritto alla certezza" e a rimetterlo al centro del dibattito dei giuristi.

§ 1.2 La certezza del diritto dall'illuminismo al positivismo giuridico.

Fin dalle sue origini la certezza del diritto è stata definita una caratteristica essenziale e costitutiva del diritto ed è per tale ragione che molti autori del pensiero filosofico giuridico delle varie epoche prese in considerazione si sono soffermati sulla questione accostandosi al tema con modalità di analisi diverse.

Analizzare le diversità di approccio alla tematica è importante perché diverse sono le conseguenze che discendono dal considerare la certezza del diritto sotto un aspetto piuttosto che di un altro, creando talvolta una speciale interazione tra approccio metodologico e accezione del vocabolo.

In virtù di tale interazione, i concetti che il termine certezza identifica sono anche più di quelli precedentemente menzionati.

La medesima espressione, infatti, non è sempre stata utilizzata in modo uniforme per identificare lo stesso concetto, basti pensare che con la stessa locuzione “certezza del diritto” sono stati individuati, di volta in volta, la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo, l'efficacia dell'ordinamento, l'osservanza delle norme giuridiche da parte dei destinatari delle stesse, l'accessibilità delle prescrizioni alla conoscenza

degli interessati, l'effettiva cognizione del diritto da parte dei consociati, l'univocità delle qualificazioni giuridiche, la possibilità di prevedere l'intervento degli organi giuridici di applicazione e di esecuzione, la prevedibilità del contenuto delle decisioni del giudice, l'inviolabilità dei diritti quesiti, la conformità del diritto a standards di giustizia, l'artificiosa certificazione dei fatti o degli atti da parte dell'ordinamento giuridico, la presenza nel sistema giuridico di alcuni istituti specifici, quali, ad esempio, l'irretroattività della legge, il principio di legalità, la separazione dei poteri e la distinzione delle funzioni pubbliche². Si tratta, come risulta già dalla semplice menzione, di aspetti in parte connessi ma dotati anche di autonomia concettuale.

In passato la sua garanzia ha trovato in primo luogo, nelle leggi generali ed astratte, che si indirizzano alla generalità dei consociati, la capacità di prevedere quale fosse la valutazione che il diritto dovesse dare alle nostre azioni, nonché le conseguenze giuridiche che discendevano dal tenere una certa condotta.

Tuttavia è anche vero, come ampiamente sostenuto da Corsale, che per garantire le condizioni della stabilità e della coesione sociale³ la generalità ed l'astrattezza delle leggi da sole non bastano ad assicurare la certezza essendo necessari presupposti materiali, quali la possibilità di

² L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*. In *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile*. Ed. Utet, Torino, 1988, pp. 274-278.

³ Il riferimento è, in particolare, a M. Corsale (1979). Per una bibliografia essenziale sul tema della certezza del diritto cfr. Gianformaggio 1988; Corsale 1988; e Pizzorusso 1988.

conoscenza delle leggi da parte dei destinatari, l'uniformità di interpretazione da parte degli organi giudicanti, l'efficacia dell'ordinamento.

Non a caso nel Settecento l'ideale di un diritto certo, conoscibile e prevedibile fu il fulcro del pensiero giuridico contemporaneo. Tutto il pensiero giusnaturalistico moderno fu percorso dall'esigenza di garantire gli individui, tutti uguali e liberi in forza della legge di natura, da qualsiasi possibilità di arbitrio⁴.

Per le suddette ragioni, secondo Locke, occorreva “dispensare la giustizia e decidere intorno ai diritti dei sudditi con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti”, e inoltre che, “gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società in cui entrano e la comunità pone il potere legislativo nelle mani che giudica opportune, con la fiducia che sarà governata da leggi dichiarate, altrimenti la pace, la tranquillità e la proprietà rimarranno sempre nella stessa incertezza in cui si trovavano allo stato di natura”⁵.

Il fine indicato da Locke fu perseguito in gran parte degli Stati dell'Europa continentale attraverso le codificazioni che, tuttavia, ben lungi dall'essere una traduzione in norme positive dei principi ideali del diritto naturale, come avrebbero voluto i giusnaturalisti, si risolsero in una semplice “consolidazione” di norme preesistenti, romane o consuetudinarie.

⁴ A. Pizzorusso, *Certeza del diritto. Profili applicativi*. In *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1988, Vol. 6

⁵ J. Locke, *Due trattati sul governo*. Torino 1982, § 136.

Ciò che dell'ideologia illuministica i codici accolsero, come sottolinea Fassò, fu il principio meno giusnaturalistico, ossia quel principio secondo cui il codice dovesse essere completo, in modo che all'interprete fosse lasciata la minima libertà possibile⁶.

Tra i tanti progetti elaborati, in alcuni, si decise addirittura di stabilire l'obbligo per il giudice, nel caso di silenzio, di contraddizione o di oscurità della legge, di ricorrere alla commissione legislativa: e questo per affermare il principio secondo il quale nessuno avrebbe potuto "creare" diritto tranne il legislatore. C'è da dire però che nessuno dei testi definitivi dei codici giunse a questo estremo, tuttavia, si stabilì ugualmente che il giudice dovesse attenersi strettamente alla parola della legge e che, nel silenzio di questa, egli avrebbe dovuto decidere secondo i principi generali del codice stesso, secondo le norme di esso, regolanti casi analoghi a quello in questione.

Nella teoria della codificazione il problema della certezza del diritto trovò quindi risposta sia dal punto di vista della produzione, che dal punto di vista della applicazione, in una gerarchia delle fonti in cui al livello più alto si trova la volontà sovrana, la legge, e in posizione subordinata l'interpretazione dei giudici.

6 G. Fassò, Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale, in Riv.Proc. Civ., 1972

Le codificazioni costituirono indirettamente un collegamento tra giusnaturalismo e positivismo giuridico ottocentesco.

La legge per eccellenza di allora era il codice nel quale, appunto, si trovavano riunite ed esaltate tutte le caratteristiche della legge, cioè la volontà positiva del legislatore, capace di imporsi indifferentemente su tutto il territorio dello Stato e operante per la realizzazione di un progetto giuridico di ragione, quella della borghesia liberale, che si basava sul carattere deduttivo dello svolgimento delle norme, la completezza, la generalità e l'astrattezza.

La legge nella sua generalità ed astrattezza era ritenuta capace di garantire l'imparzialità dello Stato di fronte ai cittadini. La conseguente eguaglianza giuridica di questi ultimi e la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dell'agire individuale era un'esigenza che la borghesia del tempo sentiva fortemente.

Pur rappresentando, il valore della certezza, un ideale di difficile realizzazione il diritto codificato del secolo scorso cercò, pertanto, di renderlo concreto, e non perché fosse costituito da norme generali ed astratte, ma perché la società era sostanzialmente stabile e le norme raccolte nei codici uniformemente interpretate dai giudici, secondo una comune ideologia, rispondendo alle esigenze del tempo⁷.

7 V. Ferrari, Funzioni del diritto. Roma-Bari, 1989.

A partire dalla fine dell'Ottocento, le profonde trasformazioni sociali ed economiche, conseguenti alle diverse fasi della rivoluzione industriale, il progressivo venire meno della egemonia della classe borghese e il livellamento tra le diverse classi sociali portarono a delle conseguenze profonde anche in ambito giuridico.

In una società caratterizzata da rapide trasformazioni, da una grandissima mobilità e da una continua diversificazione di gruppi e strati sociali, la legge con le sue caratteristiche di generalità e di astrattezza perse progressivamente la sua centralità. Il dogma della completezza dell'ordinamento giuridico divenne insostenibile in una realtà in trasformazione, in cui continuamente nuove attività e nuovi rapporti economici facevano sorgere la necessità di corrispondenti nuovi istituti e nuovi rapporti giuridici.

Nacque così l'idea di un ruolo "creatore" del giudice che nella sua attività non si limitasse a ricorrere a procedimenti puramente logico-formali ma ad interpretare le esigenze profonde delle società economiche, etiche, sociali, per colmare le lacune che esistono nel diritto.

Non a caso in questo clima di instabilità cominciarono a manifestarsi le prime critiche alla certezza del diritto, sia da parte di un giuspositivista come Hans Kelsen, sia da parte di un anti-formalista come Jerome Frank.

Kelsen tenne una posizione scettica nei confronti della certezza considerandola semplicemente un'illusione⁸; Frank, invece uno degli esponenti più estremi della rivolta contro il formalismo fece di essa la critica più corrosiva⁹.

⁸ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1934). Torino, 1952

⁹ J. Frank, J. 1931. Are Judges Human? *University of Pennsylvania Law Review*: 17-53, 233-67.

§ 1.3 Il mito della certezza del diritto nell'età della decodificazione.

Venendo agli Stati contemporanei essi presentano trasformazioni profonde che allontanandosi dal modello dello Stato di diritto del liberalismo e del positivismo ottocentesco, incentrato sull'assoluto predominio della fonte legislativa.

La perdita di centralità della legge è resa palese dal forte ridimensionamento dello strumento che può essere considerato l'emblema della pretesa del legislatore di avocare a sé la disciplina della vita sociale e il codice.

I codici e le norme generali ed astratte in esso contenute hanno perso progressivamente e quasi completamente la loro centralità: siamo oggi, nell'età della decodificazione, caratterizzata dalla sempre maggiore importanza attribuita alle leggi speciali, dal formarsi di micro-sistemi normativi logicamente autonomi, dal moltiplicarsi di leggi spesso tra di loro scarsamente coordinate, pieni di formulazioni vaghe ed equivoche.

“La crisi della centralità del codice - sottolinea Irti - è solo un'immagine della crisi dello stato moderno e così dell'emersione storica di gruppi e classi, di categorie economiche ed élites che esigono specifici statuti e tavole di diritto [...]. Il movimento delle norme speciali è fedele

interprete di una società pulviscolare, che non si riconosce in una comune tavola di valori”¹⁰.

Il diritto dei codici è scaduto da diritto generale, applicabile salvo deroghe, a diritto comune, applicabile solo alle fattispecie più generali, non caratterizzate da quegli elementi particolari che ne hanno determinato la sussunzione sotto la legislazione speciale.

La marginalizzazione del codice si è poi notevolmente accentuata, da un lato, dopo l’entrata in vigore della Costituzione, dall’altro, a seguito della nascita di istituzioni internazionali come, in primo luogo, l’Unione Europea.

La Costituzione infatti si pone ad un livello normativo gerarchicamente superiore alla legislazione ordinaria, di cui il codice è espressione, sancendo diritti fondamentali e regole cui la legge non può derogare.

L’Unione Europea, d’altra parte, è dotata di appositi organi produttivi di un diritto comunitario di cui l’ordinamento italiano riconosce l’efficacia. La stessa Corte Costituzionale in diverse pronunce ha affermato la capacità dei trattati comunitari di derogare al sistema costituzionale delle fonti ed ha sottolineato il potere-dovere dei giudici nazionali e degli organi della Pubblica Amministrazione di disapplicare, cioè considerare non

¹⁰ N. Irti, *L’età della decodificazione*, Milano, 1979.

efficaci, le norme interne contrastanti con il diritto comunitario direttamente applicabile.

Ulteriori fattori tra gli altri che hanno messo in crisi la legge statuale sono il diritto internazionale privato e la cosiddetta *lex mercatoria*.

Il diritto internazionale privato, ovvero l'insieme delle norme che servono ad individuare le regole applicabili ai rapporti tra italiani e stranieri, ha sempre maggior rilevanza nelle odierne società multietniche.

La *lex mercatoria*, espressione con la quale, come è noto, si designa un diritto derivante dagli usi, dai contratti e dai regolamenti degli ordini professionali nel campo del commercio internazionale, applicato dagli arbitri, scelti dalle parti in alternativa ai giudici nazionali, nelle decisioni delle controversie tra operatori commerciali di paesi diversi, ha da tempo superato la frammentazione dei diritti nazionali, rispondendo alle esigenze della globalizzazione dei mercati.

La produzione legislativa così come si presenta oggi, sempre più abbondante, caotica, continuamente modificata, piena di formule oscure e compromissorie, lascia aperti margini molto ampi di "creatività" da parte del giudice.

Tutto ciò ha minato alla base il principio della certezza del diritto: oggi nessun cittadino, neppure il più esperto, è in grado di conoscere il diritto in vigore e, conseguentemente, di prevedere la valutazione giuridica dei suoi comportamenti.

Si è posta quindi in modo drammatico la questione di come recuperare un grado di certezza accettabile, evidenziando che la certezza non è solo un elemento che attiene al momento della produzione del diritto, ma anche un aspetto dell'applicazione giuridica.

La prima risposta formulata dalla dottrina è stata quella del ruolo da attribuire alla Costituzione; in quanto posta al vertice la carta costituzionale, che pure ha determinato la crisi della normazione legislativa, consente però di ricostruire l'unità del sistema, le cui norme devono costituire attuazione o almeno non violazione di essa. Le norme costituzionali, fornendo il parametro di legittimità delle norme ordinarie e tracciando le linee di sviluppo delle norme speciali, riducono - o dovrebbero ridurre - l'incertezza dal punto di vista della produzione normativa, lasciando intravedere un quadro di riferimento¹¹.

Anche dal punto di vista dell'applicazione, negli anni '70 Fassò si appellava alla Costituzione, proponendo di affidare alla Corte Costituzionale una funzione unificatrice della giurisprudenza.

Di fronte alle trasformazioni della società contemporanea Fassò sottolineava la necessità di rivedere il rapporto tra giudice e legge, ma rilevava con forza che la crisi del diritto sotto forma di legge non potrà essere superata da un diritto lasciato alle decisioni imprevedibili e

¹¹ Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther. Torino 1992.

Grimm, D. 1996. Il futuro della costituzione. In *Il futuro della costituzione*. A cura di G. Zagrebelsky, P. Portinaro, J. Luther -Torino.

incontrollabili dei giudici, che creino diritto secondo le loro convinzioni personali.

Al fine di conciliare i pregi del diritto in forma di legge con quelli del diritto fatto dal giudice Fassò riteneva di dover sottoporre le leggi ad un giudice unico che potesse ricondurre il diritto alla coscienza del popolo¹².

Più tardi, nel 1987 Uberto Scarpelli sulla scia di Fassò invitava i giudici costituzionali a farsi elemento centrale e portante, matrice razionalizzante dell'intero sistema, ma non senza un certo scetticismo.

La soluzione del controllo di conformità alla Costituzione, quale metodo per conseguire una *reductio ad unum* delle norme giuridiche, infatti, appare problematica.

In primo luogo, la Corte Costituzionale decide in base a tecniche ed argomenti che solo parzialmente sono giuridici, ma sono sostanzialmente di politica per così dire costituzionale. Ogni decisione della Corte suscita dibattiti, spesso accesi, sulle conseguenze non solo giuridiche, ma anche politiche che produce.

Inoltre, le norme costituzionali sono, per la loro ampiezza e compromissorietà, ambigue e non rappresentano un criterio adeguato per il controllo dell'attività interpretativa, la quale può pervenire sulla loro base a

¹² G. Fassò, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1972.*

decisioni anche divergenti, tutte giustificabili attraverso la disposizione interpretata.

Infine, ed è questo uno degli aspetti più complessi, la Costituzione non appare più esprimere un'immagine dello Stato e della società unanimemente condivisi.

§ 1.4 Incertezza del diritto e diritto alla certezza.

L'esito dell'attuale incertezza del sistema giuridico viene ad essere individuato dai filosofi contemporanei nei principi, sia da un punto di vista legislativo, nel senso di una legislazione per principi, capace di garantire l'elasticità del sistema, sia da un punto di vista giurisprudenziale inteso come il "diritto dei giudici fondato sui principi, in quanto come è noto, i principi si caratterizzano per la fattispecie aperta"¹³

Per Alexy¹⁴ che riprende, ampliandolo, il modello di Dworkin, i principi sono "precetti di ottimizzazione", ossia norme la cui realizzazione è suscettibile di gradazioni: essi si limitano a prescrivere che qualcosa deve essere realizzato in un certo grado o in una certa misura, in relazione alle compatibilità giuridiche, con altri principi e, di fatto, con le caratteristiche concrete dei casi¹⁵.

Ecco che si possono già trarre le prime conclusioni dovute al fatto che la società del secondo Ottocento è stata definita "il mondo della sicurezza", una sicurezza oggettiva che nasceva dalla struttura stessa della società in cui i codici, raccogliendo e fissando i valori dominanti, fornivano

¹³ U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi. Rivista di filosofia, 1987:* p.3 ss.

¹⁴ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Concetto e validità del diritto, Einaudi, Torino, 1995

¹⁵ R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*. Bologna, 1982

un quadro di riferimento certo e sicuro, in base al quale ogni individuo sapeva cosa doveva aspettarsi dagli altri soggetti privati e dai poteri pubblici.

La società odierna, invece, in continua trasformazione, sempre più divisa in gruppi e categorie che non condividono valori comuni e portatori di interessi diversi, spesso fra loro contrastanti e profondamente mutevoli, è caratterizzata da insicurezza e instabilità e non può quindi esprimere un diritto uniforme e indifferenziato.

Ma, proprio in forza a questo stato di cose, è sempre più sentita da parte dei singoli l'esigenza irrinunciabile a quello che può definirsi "diritto alla certezza"¹⁶ o, in un senso più ampio, comprensivo di quello di certezza, alla sicurezza.

Sul punto Norberto Bobbio ha specificato che i diritti umani "sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre"¹⁷. Ad esempio la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione; le libertà civili delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti; le libertà politiche e quelle sociali della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati e così via. Certe richieste nascono, infatti, soltanto quando nascono certi bisogni e nuovi

¹⁶ A. Aarnio, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification*. Dordrecht-Boston-Lancaster-Tokyo: D.Reidel, 1987

¹⁷ N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990

bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni della società.

Seguendo queste linee interpretative, si può dunque sostenere che nella società contemporanea, caratterizzata da instabilità, insicurezza, incertezza sia nato un “diritto alla certezza” o, in senso lato, alla sicurezza, da collocarsi fra i cosiddetti diritti della terza generazione, categoria vaga ed eterogenea, la cui caratteristica è stata spesso individuata nell’essere aspirazioni diffuse, desideri non di singoli, ma di gruppi umani, popoli o nazioni¹⁸.

Tale diritto alla sicurezza è posto dal moderno pensiero costituzionale tra gli ideali che la Costituzione deve perseguire e proteggere. Si tratta di un concetto molto ampio che si estende fino a comprendere la difesa dai rischi per la vita personale e sociale, dalle malattie e dalla disoccupazione, nei confronti dei pericoli dello sviluppo tecnico-industriale ma che comprende anche un nucleo squisitamente giuridico¹⁹.

La sicurezza giuridica, a sua volta, presenta una dimensione oggettiva, di chiara derivazione hobbesiana, che Peces Barba definisce

¹⁸ A.E. Perez Lluño, *La seguridad juridica*, Barcelona, 1991

¹⁹ G. Peces Barba Martinez, *Teoria dei diritti fondamentali* (1991). Trad. it. a cura di V. Ferrari. Milano, 1993.

“sicurezza attraverso il diritto” e una dimensione soggettiva “la sicurezza nel diritto”, che altro non è, appunto, che la certezza giuridica²⁰.

Una certezza in senso più debole rispetto al passato che, nella crisi sopra delineata di un punto di riferimento quale la legge, si affida sempre più all’attività interpretativa e applicativa del diritto. Proprio come le leggi, anche le decisioni giudiziarie - scrive Habermas citando Dworkin - sono “creature sia della storia che della morale: ciò che un individuo ha diritto di avere in una società civile dipende sia dalle consuetudini che dalla giustizia delle istituzioni politiche. Il problema della razionalità giurisdizionale dipende da come l’applicazione di un diritto contingentemente formatosi possa essere internamente intrapresa in maniera compatibile ed esternamente motivata in maniera razionale, sì da garantire simultaneamente certezza giuridica e giustizia”²¹.

La certezza del diritto che si può e si deve reperire nelle società contemporanee, caratterizzate da un diritto che si presenta come entità dinamica da un “diritto mite”, secondo la celebre definizione di Zagrebelsky, risiede nella possibilità di ricavare la soluzione giuridica dei casi concreti per mezzo di una procedura argomentativa che faccia sì che la soluzione adottata, anche se non è in realtà l’unica possibile, possa essere

²⁰ N. Bobbio, N. La certezza del diritto è un mito? *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951.

²¹ J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996.

riconosciuta come legittima e non arbitraria, in quanto quella meglio argomentabile alla luce e in coerenza coi principi su cui il diritto è fondato.

1.5 Conclusioni "La non arbitrarietà per superare l'incertezza del diritto"

Se non è più un fatto, la certezza del diritto resta comunque un valore, al punto da indurre a invocare "il diritto alla certezza" e a rimmetterlo al centro del dibattito dei giuristi.

Dal dibattito contemporaneo è scaturito che la certezza del diritto può essere raggiunta pervenendo all'applicazione non arbitraria del diritto, facendo in modo che la decisione del caso non sia fondata esclusivamente sulle valutazioni personali dell'interprete ma, almeno in parte, sul diritto vigente.

Lo stesso Alexy nel concludere che il diritto per principi non necessariamente deve essere considerato un sistema normativo irrimediabilmente incerto affermava già che la certezza del diritto poteva essere garantita qualora le procedure di bilanciamento fossero assoggettate a controlli razionali che escludessero il carattere arbitrario delle decisioni particolari.

A tal fine, l'autore ritenne che fosse necessario elaborare e utilizzare da chi giudica una teoria dell'argomentazione idonea a sottoporre l'attività di ponderazione a delle regole generali la cui razionalità è riconosciuta intersoggettivamente. In tal modo, il processo interpretativo e applicativo del diritto da parte degli organi giudicanti, anche se non

interamente predeterminato, potrebbe essere perlomeno sottoposto a una verifica sulla base di criteri precedentemente stabiliti e la certezza del diritto verrebbe comunque garantita. Nella direzione di contribuire all'elaborazione di una simile dottrina generale dell'argomentazione, pare muoversi lo stesso autore quando sviluppa una teoria dei diritti fondamentali nella quale vengono presentati una serie di parametri, in parte tratti dalla giurisprudenza costituzionale tedesca, in parte ispirati alla razionalità economica, che devono guidare le procedure di bilanciamento tra i diritti sanciti dalla costituzione. Il pensiero di Alexy potrebbe pertanto riassumersi in relazione alle procedure di ponderazione e di giustificazione giuridica definendo la certezza del diritto come quella richiesta di applicazione della legge in modo non arbitrario orientata ad una decisione del caso che non sia fondata esclusivamente sulle valutazioni personali dell'interprete, ma sul diritto vigente.

Ad avvalorare questa tesi è anche Aarnio che muovendosi sullo stesso binario definisce la certezza del diritto come la garanzia della non arbitrarietà della sentenza e dell'appropriatezza sostanziale delle determinazioni relative alle conseguenze giuridiche delle azioni degli individui. Così intesa, essa viene principalmente connessa al tema dell'interpretazione del diritto. Quest'ultima rinvia all'esistenza di una pratica linguistica comune e condivisa, specificamente giuridica, retta da un insieme di regole peculiari, quelle dell'interpretazione giuridica, appunto,

che la differenziano e la delimitano rispetto ad altre forme di comunicazione linguistica²².

Le regole dell'interpretazione giuridica, effettivamente utilizzate o richiamate nella prassi dei sistemi giuridici occidentali, non sono tali da vincolare in modo meccanico l'interprete. Si tratta, infatti, di un insieme di regole vaghe, aperte, flessibili che ammettono a loro volta una varietà di interpretazioni e conducono alla possibilità di attribuire significati diversi ad uno stesso testo.

Per tale ragione, il contenuto delle decisioni giuridiche è parzialmente inconoscibile ex ante e imprevedibile. Tuttavia, l'obbligo di giustificare le decisioni sulla base delle direttive di interpretazione è idoneo ad escludere l'assoluta soggettività delle interpretazioni e, per tale via, a limitare il moltiplicarsi incontrollato dei significati giuridici. E' proprio la giustificazione che, in questa prospettiva, garantisce la non arbitrarietà e l'appropriatezza della decisione e, quindi, la certezza del diritto²³.

Con tali osservazioni, Aarnio instaura una stretta connessione tra certezza e giustificazione del diritto: il diritto generale ed astratto è certo se le soluzioni particolari e concrete da quello derivabili possono essere giustificate razionalmente. E una soluzione può essere considerata giustificata quando è possibile dimostrare che essa è compatibile con e, in

²² A. Aarnio (1987, 5). In tal modo, Aarnio richiama le idee espresse da Wittgenstein a proposito dei giochi linguistici. Il gioco linguistico del diritto è disciplinato da un insieme di regole (linguistiche) condivise e date per presupposte dagli operatori del diritto. Si veda anche Aarnio (1987, 213-214).

²³ Aarnio (1987, 185-188, 219).

qualche misura, determinata dal sistema assiologico e dai modelli di razionalità condivisi, almeno nelle linee fondamentali da una certa comunità di parlanti, c.d. intersoggettività dei criteri di giustificazione.

Egli parla, infatti, di razionalità dialettica riconducendo di conseguenza l'idea di razionalità non solo al rispetto delle regole della logica formale, ma ad una serie di parametri ulteriori quali, per esempio, quello della sincerità, quello dell'efficienza, quello della congruenza, quello della verificabilità ideale o empirica, quello dell'accessibilità al discorso e quello dell'equa ripartizione dell'onere di argomentazione.

Da specificare che i criteri della razionalità dialettica, che riguardano principalmente la procedura, non sono tali da garantire, tuttavia, la piena giustificazione di una decisione, richiedendosi che la soluzione sia pure accettabile dal punto di vista materiale.

Questa doppia dimensione è richiesta dal fatto che il semplice rispetto delle forme e delle procedure non è incompatibile con la commissione di atti che nella sostanza sono profondamente ingiusti ed ingiustificabili, dal momento che le forme sono spesso standardizzate nei contenuti.

Di qui, la necessità di fare riferimento ad un ulteriore requisito: quello della ragionevolezza o accettabilità sostanziale. Con tale termine, Aarnio, intende la necessità che le soluzioni giuridiche particolari siano conformi all'immagine del mondo elaborata nell'ambito di una certa forma

di vita, cioè ai valori di giustizia sostanziale propri di una determinata società.

Sulla base di tali osservazioni, Aarnio conclude che la certezza del diritto ha due componenti: una procedurale (requisito della razionalità dialettica) ed una sostanziale (requisito della accettabilità o della ragionevolezza). Con formula sintetica si può dire, allora, che per Aarnio un diritto è certo se le soluzioni particolari da esso derivate sono accettabili razionalmente, vale a dire pienamente giustificate nella forma e nella sostanza, per un uditorio particolare ideale²⁴.

Il soddisfacimento dei criteri di razionalità, secondo Aarnio, sono funzionali alla garanzia di certezza del diritto; e l'analisi della certezza del diritto da lui proposta è indicativa pure del fatto che nelle teorizzazioni più recenti, questo ideale assume un carattere complesso in una realtà, quale è quella costituita dalle società pluraliste contemporanee, in cui sono diffusi fenomeni che sembrano fornire ragioni per dubitare dell'esistenza di un'unica forma di vita e di un'immagine del mondo condivisa, come, ad esempio, la divisione, le differenze e la limitata coesione sociali, il conflitto di interessi, la radicalizzazione dei particolarismi, la compresenza di

²⁴Con tale espressione si intende fare riferimento ad un insieme limitato di individui, appartenenti ad un dato contesto sociale (componente particolare) che agiscono nel rispetto della razionalità dialettica (componente ideale). Quindi, la nozione di «uditorio particolare ideale» rinvia a un'idea non universalistica di razionalità, la quale sarebbe propria di una data cultura sociale. Sulla relazione tra razionalità ed uditorio si veda Aarnio, op. cit., (1987, 221-24).

molteplici culture e di confliggenti valori di riferimento, la pluralità ideologica.

Mentre nella concezione positivista la certezza è esclusivamente un valore formale; nel dibattito contemporaneo essa viene considerata come un ideale in cui è presente tanto una componente formale procedurale, quanto una materiale.

A questo riguardo, è particolarmente esplicito anche Peczenik²⁵. Tale autore sottolinea che la certezza del diritto può essere intesa in senso formale, in senso materiale e in senso ampio.

La certezza del diritto in senso formale (legal certainty in the formal sense) identifica la prevedibilità della decisione giuridica. Tuttavia, una trattazione della certezza del diritto che prendesse in considerazione solo l'aspetto formale sarebbe riduttiva e non soddisfacente, dal momento che la garanzia della certezza del diritto nel significato formale non è sufficiente ad escludere la commissione di ingiustizie sostanziali anche estreme.

In conclusione per la teoria generale contemporanea, che non è indifferente al problema della giustizia e della connessione tra diritto e valori non giuridici, è indispensabile elaborare una concezione diversa della

²⁵ A. Peczenik, *On law and Reason*, Ed. Kluwer, 1989

certezza del diritto, capace di impedire il paradosso di un ordinamento costituito da norme certe, ma anche ingiuste²⁶.

Di qui, la necessità di prendere in considerazione una nozione materiale di certezza giuridica (legal certainty in the material sense).

A ben vedere, nota Peczenik, l'esistenza di una componente sostanziale nel concetto di certezza è implicito anche nel senso formale di quell'espressione ed è un limite della riflessione giuridica non averlo sottolineato a sufficienza. Infatti, la necessità di interpretare i testi giuridici ai fini della determinazione dei loro contenuti effettivi, comporta per il giurista l'obbligo di fare riferimento ad un complesso di valori e di compiere delle scelte valutative. In tal modo, nella misura in cui è dipendente dall'interpretazione, la certezza del diritto anche nel senso formale rinvia ad operazioni che implicano la considerazione di valori sostanziali, e quindi, di elementi materiali. Per tale ragione, si tratta di procedere solo un poco oltre e sottolineare l'idea dell'indissolubilità dei due significati e la necessità di trattare unitariamente, sotto la dizione di certezza del diritto materiale, sia la certezza del diritto intesa in senso formale come prevedibilità delle conseguenze, sia quella intesa in senso sostanziale come

²⁶Peczenik (1989, 31). Sulla non indifferenza del diritto positivo ai problemi della giustizia, si veda: Alexy (1995, soprattutto 34-85). In tali pagine, Alexy presenta una serie di argomenti a favore della tesi secondo cui l'ingiustizia estrema e intollerabile può comportare l'invalidità delle norme. Nel caso in cui si riconoscesse la fondatezza di questa teoria il paradosso a cui alludo nel testo sarebbe assai grave dal momento che la mancata considerazione della componente sostanziale della certezza del diritto avrebbe per conseguenza la possibilità di trovarsi di fronte a norme contemporaneamente certe, ma pure inesistenti per l'ordinamento a causa della loro ingiustizia conclamata.

accettabilità razionale delle stesse. A conclusione di tale percorso, nel pensiero di Peczenik vi è un solo significato ammissibile di certezza del diritto, quello materiale, secondo cui essa è il compromesso ideale di prevedibilità e di accettabilità razionale delle decisioni giuridiche.

Per tale ragione, l'accezione formale perde la sua autonomia e finisce per costituire una componente di quella materiale, che diviene l'unico significato teoricamente giustificato alla luce della realtà degli ordinamenti giuridici contemporanei. Così intesa la certezza è effettivamente un valore degno di essere perseguito e un'aspettativa socialmente condivisa meritevole di tutela giuridica.

Rispetto a tali significati di certezza del diritto è enucleabile poi, secondo Peczenik, un'ulteriore accezione costituita dalla certezza materiale in senso ampio. Questa viene a comprendere pure la protezione che, in quanto ordinamento coercitivo, il diritto garantisce agli individui e agli enti collettivi. Si noti che in tale ultima nozione potrebbe rientrare anche l'idea di certezza come sicurezza sociale elaborata da Peces Barba. Pertanto, a questo proposito, più che di certezza alcuni studiosi del diritto preferiscono parlare di sicurezza del diritto.

In conclusione, dunque, la nozione di "certezza del diritto" per come più volte evidenziato contiene una pluralità di accezioni eterogenee, distinte e qualche volta divergenti. Esprime la conoscibilità delle prescrizioni da parte dei destinatari e/o la loro effettiva conoscenza, ma

anche la stabilità della regolamentazione giuridica nel tempo; la prevedibilità dell'intervento degli organi decisionali in sede di applicazione delle norme e l'esito delle loro decisioni, ma anche la fedeltà ai precedenti, l'omogeneità dei criteri di interpretazione giuridica, la controllabilità delle argomentazioni adottate nelle decisioni e nelle motivazioni. Essa implica univocità delle qualificazioni giuridiche, ma anche coerenza e completezza dell'ordinamento come sistema e chiarezza del quadro delle fonti normative.

Nella sostanza esige la sottoposizione del giudice alle norme, ma anche il rispetto dell'eguaglianza dei cittadini e la difesa contro gli abusi del potere.