

# La certezza del diritto e lo Stato costituzionale

GIORGIO PINO\*

## 1. Della certezza (del diritto)

Il valore della certezza del diritto occupa un posto centrale nel sentire comune del giurista, e nell'arredo di base del diritto: il diritto esiste per dare certezze, l'esigenza di certezza è connaturata al concetto stesso di diritto<sup>1</sup>.

Allo stesso tempo, notoriamente, la certezza del diritto è un ideale fortemente contestato: è contestato che sia un valore effettivamente realizzabile, quantomeno date le circostanze reali della vita umana, il funzionamento degli ordinamenti giuridici contemporanei, la complessità della società, dell'economia, della tecnologia e del diritto nell'era della globalizzazione... Ed è contestato anche che sia un valore realmente meritevole di essere perseguito: forse, si sostiene, è anche bene che le cose stiano così, forse la complessità del mondo contemporaneo non fa che liberare il diritto da un pesante fardello ideologico o "mitologico" (quello della legalità formale, della certezza illuministica), che ne impedisce lo "spontaneo" dispiegarsi nella direzione della equa e ragionevole soluzione dei casi, e la sua "vitale", progressiva evoluzione per via sapienziale e giurisprudenziale<sup>2</sup>. E peraltro il valore della certezza potrebbe essere, in definitiva, solo una ingenua illusione, dettata da nient'altro che un bisogno infantile di ricevere dal diritto o dallo Stato una guida sicura e rassicurante, al pari di quella che un bambino cerca nell'autorità paterna; ingenua illusione alla quale si sacrifica un valore forse più importante, e cioè l'adattabilità del diritto alle situazioni concrete<sup>3</sup>.

---

\* Professore di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Roma Tre. Versioni precedenti di questo lavoro sono state presentate al Seminario annuale del "Gruppo di Pisa", "Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto", Brescia, Dipartimento di Giurisprudenza, 24 novembre 2017, e a un seminario dottorale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Magna Graecia (Catanzaro). Sono grato a tutti coloro con cui ho dialogato in queste occasioni, e in particolare a Paolo Carnevale, Andrea Porciello e Alberto Scerbo.

<sup>1</sup> Sulla certezza del diritto come valore giuridico fondamentale, e perfino costitutivo della giuridicità, N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, p. 150 (la certezza è «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto»); P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, p. 259; G. Fassò, *Società, legge e ragione*, p. 111; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, p. 84 («il diritto per questo esiste, per esser certo»); L. Alexander, E. Sherwin, *The Rule of Rules* (sulla *settlement function* del diritto). Alla certezza del diritto sono riconducibili molti dei requisiti che Lon Fuller indica come costitutivi della *inner morality of law* (anche se Fuller non si esprime direttamente in termini di certezza): L. Fuller, *The Morality of Law*. Infine, la certezza del diritto sembra essere uno dei valori ispiratori (insieme alla democrazia) del c.d. *normative positivism*: N. McCormick, *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*; J. Waldron, *Normative (or Ethical) Positivism*; B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*.

<sup>2</sup> Una posizione di questo tipo è paradigmaticamente espressa da P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto*; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*. Ma v. già G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pp. 202-203: «non solo è dubbio che la certezza come fissità dell'ordinamento in tutte le sue parti possa essere oggi un obiettivo realistico. È dubbio che sia anche desiderabile».

<sup>3</sup> Questa è la nota tesi di J. Frank, *Law and the Modern Mind* (discussa da Bobbio nel lavoro citato sopra, nt. 1). Al di là dei suoi aspetti caricaturali e provocatori, la tesi di Frank mette in evidenza un aspetto della certezza del diritto che è probabilmente destinato ad essere recuperato nel dibattito prossimo venturo, e cioè quello dei benefici *psicologici* che la certezza produce sui destinatari delle norme giuridiche; per un cenno, cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules*, pp. 139-140.

In questo contributo darò pressoché per scontato che la certezza del diritto sia un ideale apprezzabile, e che sia *in qualche misura* realizzabile (che non sia necessariamente una chimera, o una truffa). In altre parole, tenendo ferma la distinzione tra certezza del diritto come fatto e certezza del diritto come valore<sup>4</sup>, assumerò che la certezza sia un *valore* meritevole di essere perseguito dal diritto (e che peraltro sia normalmente presente nella struttura normativa, nel catalogo dei valori, nel contenuto etico sostanziale degli ordinamenti giuridici); e assumerò che la meritevolezza di questo valore (la sua desiderabilità su un piano etico-politico) non sia intaccata dal *fatto* che il diritto sia più o meno incerto<sup>5</sup>.

Su questo sfondo, in questo lavoro mi ripropongo due obiettivi. Il primo è provare a definire o analizzare il concetto di certezza del diritto: le sue componenti, i suoi requisiti (§§ 2-2.3). Il secondo è valutare se lo Stato costituzionale contemporaneo sia compatibile con il valore della certezza – ovvero, in termini meno drastici, quale sia il posto della certezza del diritto nello Stato costituzionale contemporaneo (§ 3).

## 2. Incertezze sulla certezza del diritto

Nonostante la sua importanza, e il suo carattere controverso, la certezza del diritto rimane un concetto comparativamente poco esplorato da parte dei teorici del diritto e dei giuristi positivi. Forse è solo un caso. O forse ci sono ragioni più profonde, legate alla inesorabile inafferrabilità di questo concetto: il concetto di certezza del diritto, così ovvio, così centrale, così intuitivamente attraente (pur con le controversie sopra accennate), una volta che sia sottoposto ad una analisi poco meno che superficiale prende a dissolversi «come un fantasma»<sup>6</sup>. Con la conseguenza, paradossale, che la certezza del diritto risulta essere un concetto strutturalmente incerto.

Qui di seguito proverò a delineare una definizione del *concetto* di certezza del diritto (§ 2.1); poi indicherò un elenco delle condizioni che permettono di realizzare o incrementare la certezza del diritto – le *condizioni* di certezza<sup>7</sup> (§ 2.2); in questo paragrafo, in particolare, sarà necessario introdurre alcune distinzioni, utili a dipanare la complessità interna al concetto di certezza del diritto; concluderò questa parte della trattazione con un bilancio provvisorio, incentrato sul carattere *relativo* del valore della certezza del diritto (§ 2.3).

---

<sup>4</sup> La necessità di distinguere tra certezza come fatto e certezza come valore è stata evidenziata da L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, p. 83, e successivamente è diventata pressoché imprescindibile quantomeno nelle analisi teorico-generalistiche della certezza: v. ad es. E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, p. 5; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, p. 252; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, pp. 25 ss.

<sup>5</sup> Certo, se il diritto fosse, di fatto, sempre incerto il valore della certezza del diritto apparirebbe in definitiva vuoto, impossibile. Ma una obiezione di questo tipo dovrebbe tenere conto del carattere *graduale* della certezza (*infra*, § 2.3).

<sup>6</sup> Così si esprimeva Giovanni Tarello a proposito del concetto di “azione”: v. *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*. Che la certezza del diritto sia un concetto ingannevolmente semplice è notato anche da M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, p. 259. Per un elenco delle molteplici e divergenti definizioni di certezza del diritto presenti nella letteratura giuridica, v. G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, pp. 7-13.

<sup>7</sup> Come per altri concetti filosofici e filosofico-giuridici (verità, validità...), è possibile e utile distinguere il *concetto* di certezza dalle *condizioni* o *criteri* della certezza: una cosa è stabilire cosa significhi che il diritto è (o non è) certo, altra cosa stabilire a quali condizioni lo sia (o non lo sia). Per alcuni impieghi di questa strategia di analisi concettuale, L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cap. 1 (su concetto e criteri di verità); E. Diciotti, *Il concetto e i criteri della validità normativa* (su concetto e criteri di validità); C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore* (su concetto e criteri di certezza).

## 2.1. *Certezza del diritto: cos'è, a cosa serve*

### 2.1.1. *Che cos'è la certezza del diritto*

Una definizione di partenza della certezza del diritto può essere la seguente: la certezza del diritto consiste nella possibilità di individuare, in maniera ragionevolmente attendibile, le conseguenze giuridiche, o la qualificazione giuridica, di determinati atti o fatti. La medesima definizione può essere utilmente riformulata facendo ricorso alla concezione della norma giuridica come proposizione condizionale, che lega un antecedente (fattispecie, o “caso generico”) ad una o più conseguenze giuridiche<sup>8</sup>: in questo senso, la certezza del diritto consiste nella possibilità di individuare, in maniera ragionevolmente attendibile, gli atti o fatti che ricadono nella fattispecie della norma giuridica, e le conseguenze che tale norma associa loro.

Questa definizione, si sarà notato, non coincide con quelle più diffuse nella letteratura giuridica, in quanto non identifica *direttamente* la “certezza” con la “prevedibilità”. Come si vedrà tra breve, infatti, la prevedibilità non può esaurire il concetto di certezza, anche se può ben essere *criterio* o *condizione* di certezza. Analogamente, ritengo che la “stabilità (o intangibilità) dei rapporti esauriti” non rappresenti un distinto significato di certezza del diritto, come spesso si afferma, ma piuttosto una delle possibili condizioni o requisiti della certezza.

La definizione qui proposta pone alcune questioni: ad esempio, a quali condizioni sia possibile formulare una valutazione in termini di certezza, o dal punto di vista di chi tale valutazione debba essere formulata. Questioni di questo tipo riguardano però, nuovamente, le condizioni (e non il concetto) di certezza, e perciò saranno affrontate nel prossimo paragrafo. Una questione che invece deve essere affrontata subito riguarda il *contenuto* della valutazione in termini di certezza: ovvero, che cosa vuol dire poter individuare le conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti.

Qui la risposta più diffusa nella letteratura giuridica rimanda, come abbiamo appena visto, al concetto di “prevedibilità”: stabilire le conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti significherebbe, dunque, poter prevedere in che modo gli organi dell'applicazione decideranno in merito alle conseguenze giuridiche di un certo comportamento<sup>9</sup>. Questo modo di impostare la questione genera però alcune perplessità. Ovviamente, la nozione di prevedibilità ha un ruolo da giocare nell'economia complessiva della certezza del diritto (§ 2.2); tuttavia, sarebbe fuorviante identificare *tout court* la certezza del diritto con la possibilità di formulare previsioni. Si pensi infatti al caso di una previsione su una decisione di un organo dell'applicazione (una previsione sulle conseguenze giuridiche che quell'organo assocerà ad un certo atto o fatto), formulata sulla base di elementi come corruzione, minacce, favori personali, fedeltà politiche, pregiudizi razziali e di genere, e simili: in tutti i casi in cui valutazioni sulle conseguenze giuridiche di atti o fatti basate su considerazioni di questo tipo fossero ampiamente affidabili (ad esempio a causa della diffusa corruzione dei funzionari pubblici, o di un clima di grave intimidazione nei loro confronti, ecc.) ci sarebbe senz'altro una certezza di qualche tipo, e assolutamente nulla

---

<sup>8</sup> Cfr. G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, cap. 2. Per una riformulazione della certezza del diritto in questa chiave v. anche F. Schauer, *Playing by the Rules*, pp. 138-139. La nozione di “caso generico”, cui si allude nel testo, è articolata in maniera rigorosa da C. Alchourrón, E. Bulygin, *Sistemi normativi*, pp. 32-35.

<sup>9</sup> Per alcuni esempi, P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, p. 259; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, pp. 567 ss; N. Irti, *L'età della decodificazione*, p. 94; M. Corsale, *Certezza del diritto I) Profili teorici*; R. Guastini, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*.

vieta di sviluppare concetti e tecniche di indagine appropriati a questo tipo di situazioni<sup>10</sup>. Ma chiaramente non si tratterebbe di certezza *del diritto*<sup>11</sup>.

La certezza del diritto, nel senso qui rilevante, non è un concetto puramente fattuale o naturalistico, ma un concetto *normativo*: una valutazione in termini di certezza (la possibilità, cioè, di individuare in maniera “certa” il diritto da applicare, o da rispettare, o da eludere, o da violare) deve dipendere dall’applicazione di un criterio normativo e universalizzabile, non da un giudizio puramente empirico o di causa-effetto. In altre parole, ai fini del concetto rilevante di certezza del diritto non si tratta di formulare ipotesi o profezie su cosa *di fatto* deciderà domani questo o quel giudice, profezie che talvolta potrebbero essere attendibili (come negli esempi fatti poco sopra di corruzione, minacce...), e talaltra potrebbero avere lo stesso grado di attendibilità di previsioni sul verificarsi di un terremoto o sull’andamento dei cambi sul mercato valutario<sup>12</sup>.

Questa è una delle ragioni che rendono insoddisfacente, a mio modo di vedere, la definizione standard di certezza del diritto, formulata esclusivamente in termini di “prevedibilità”. Se la prevedibilità rilevante ai fini della certezza del diritto non può essere intesa in un senso puramente empirico, naturalistico o finanche deterministico – come quasi tutti ammettono – allora essa non può che risolversi nella disponibilità di un criterio normativo, o meglio di un insieme di criteri normativi (e non di semplici dati fattuali), alla luce dei quali sia possibile effettuare valutazioni ragionevolmente attendibili sulle conseguenze giuridiche di determinati atti o fatti. E così la mera *prevedibilità* delle conseguenze giuridiche cede il passo alla *correttezza dell’inferenza* che porta ad associare certe conseguenze giuridiche a certi atti o fatti<sup>13</sup>. Un altro modo per dire questo è che l’oggetto della previsione rilevante ai fini della certezza del diritto non è un puro fatto (l’atto del decidere concretamente adottato da un certo organo dell’applicazione), ma un dover essere: è cioè il contenuto di quell’atto di decisione, quale dovrebbe razionalmente derivare da una serie di premesse normative<sup>14</sup>.

È proprio questa, allora, la nozione che ci serve per definire più esattamente il concetto di certezza del diritto: la certezza del diritto consiste nella possibilità di individuare, in maniera intersoggettivamente condivisa, le conseguenze giuridiche di un certo caso. Una volta che si sia così precisato *il concetto* di certezza, la questione ovviamente si sposta sull’individuazione *delle condizioni* di certezza, ossia delle condizioni in presenza delle quali l’inferenza richiesta dalla certezza (l’individuazione delle conseguenze giuridiche di un caso) sia giustificata. Questo, come vedremo tra breve

---

<sup>10</sup> Si pensi ad alcune recenti indagini statistiche, che hanno concluso che la digestione del giudice effettivamente ne condiziona il processo decisionale (come voleva un noto slogan del realismo giuridico americano della prima metà del Novecento): cfr. S. Danziger, J. Leva, L. Avnaim-Pesso, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*.

<sup>11</sup> C. Luzzati, *L’interprete e il legislatore*, pp. 252 ss. Nascono probabilmente dall’insoddisfazione verso l’identificazione tra certezza e (mera) prevedibilità alcune proposte – che non condivido – di definire la certezza del diritto come “combinazione ottimale” tra prevedibilità e accettabilità/correttezza morale delle decisioni giuridiche: v. ad es. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, pp. 3 ss.; A. Peczenik, *On Law and Reason*, pp. 24-25.

<sup>12</sup> L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*, p. 85; E. Diciotti, *Verità e certezza nell’interpretazione della legge*, pp. 8-12.

<sup>13</sup> In senso analogo v. L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*, p. 85 (la quale, pur muovendo da una definizione iniziale di certezza come prevedibilità, conclude che la certezza è «funzione [...] dell’esistenza e del rispetto da parte dell’organo decidente e di altri organi, delle regole alla cui stregua si valutano come corrette o scorrette delle decisioni. [...] la prevedibilità delle decisioni in questo senso si traduce in controllabilità: il valore specificamente giuridico della certezza è dunque la controllabilità delle decisioni giuridiche»); L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, pp. 81-82; C. Luzzati, *L’interprete e il legislatore*, pp. 274-275 (sulla certezza come “controllabilità”); J. Waldron, *Stare Decisus and the Rule of Law: A Layered Approach*, pp. 13-14 («principled predictability»).

<sup>14</sup> L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*.

(§ 2.2), richiede sia un certo assetto fattuale, sia la condivisione intersoggettiva di certi criteri normativi.

### 2.1.2. *A cosa serve la certezza del diritto*

Così definito il *contenuto*, si può provare a chiarire anche la *funzione* della certezza del diritto: a cosa serve, quali ideali promuove. Da questo punto di vista, la certezza del diritto sembra realizzare (o tendere a realizzare) non uno, ma plurimi obiettivi. In ciò non c'è niente di strano: molti valori, e molti istituti, possono realizzare più obiettivi contemporaneamente; e anzi ignorare questo dato restituirebbe un'immagine parziale, riduzionistica della certezza.

Ebbene, in primo luogo il diritto è un fenomeno normativo, o prescrittivo, nel senso che ha una essenziale funzione di guida delle condotte umane; ed è evidente che per realizzare questa funzione il diritto deve essere conoscibile e riconoscibile con certezza dai suoi destinatari; una prima funzione della certezza del diritto è dunque nell'interesse, per così dire, del diritto stesso (o di chi lo produce): la certezza incrementa l'efficacia e l'efficienza del sistema giuridico – per realizzare i suoi scopi, per essere obbedito, il diritto deve essere conosciuto dai suoi destinatari<sup>15</sup>.

Ma non è tutto. Se è vero che il diritto è un fenomeno normativo (un ordinamento della condotta umana, una «specifica tecnica sociale»<sup>16</sup>), allora un diritto “certo” è una tecnica sociale che risponde anche a valori di equità (nel senso di *fairness*) e di attenzione alla dignità e autonomia dei cittadini. Infatti, la certezza del diritto comporta che il diritto si abatterà, con il suo apparato sanzionatorio, solo su soggetti che erano nella condizione di conoscere gli obblighi loro imposti dal diritto stesso e le relative sanzioni. Non è conforme a un senso minimale di giustizia (come incarnato nella concettualità del *Rule of Law*) punire soggetti che non siano stati debitamente informati sul disvalore del loro comportamento<sup>17</sup>. Inoltre, muovendosi in un quadro giuridico certo i cittadini possono non solo prevedere la reazione del diritto alle loro condotte, ma anche formare aspettative reciproche su come si comporteranno gli altri cittadini in quanto anch'essi destinatari di norme giuridiche (certe). E in tal modo potranno formarsi piani di azione in modo autonomo e razionale<sup>18</sup>. Così intesa, peraltro, la certezza del diritto è nell'interesse sia del *bad man*, che è interessato a conoscere e prevedere la reazione dell'apparato sanzionatorio del diritto, per evitarlo o aggirarlo; sia del buon cittadino, che vuole rispettare la legge, e per questa ragione è interessato a conoscere ciò che deve, non deve, o può fare.

Infine, un'ulteriore prestazione della certezza del diritto ha a che fare con la separazione dei poteri e più in particolare con la *accountability* degli organi dell'applicazione del diritto. Un diritto certo, infatti, opera come fattore di riduzione della discrezionalità interpretativa e applicativa: davanti ad un quadro giuridico certo, le scelte interpretative dell'organo dell'applicazione sono più limitate di quelle che egli potrebbe avere in un contesto di incertezza. E di conseguenza la certezza del diritto rende anche più “controllabili” le decisioni degli organi dell'applicazione.

## 2.2. *Condizioni di (in)certezza*

---

<sup>15</sup> M. Corsale, *Certezza del diritto I) Profili teorici*, p. 2; M. Luciani, *L'eclissi della certezza del diritto*.

<sup>16</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, p. 26.

<sup>17</sup> J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtues*; G. Pino, *Legalità penale e Rule of Law* (con specifico riferimento alla questione della legalità penale). Un argomento di questo tipo è alla base della nota sentenza Corte costituzionale n. 364/1988, in materia di *ignorantia legis*. Questo aspetto della certezza del diritto, peraltro, è totalmente trascurato da chi la associa esclusivamente a una concezione autoritaria del potere: cfr. ad es. P. Grossi, *Sull'odierna “incertezza” del diritto*.

<sup>18</sup> B. Celano, *Publicity and the Rule of Law*; M. Luciani, *L'eclissi della certezza del diritto*, p. 1.

Quello elaborato fin qui è il concetto (un possibile concetto) di certezza del diritto – la risposta alla domanda “che cosa è la certezza del diritto?”. Questo non dice ancora nulla su quali siano le condizioni in presenza delle quali è possibile affermare che il diritto è certo.

Qui è utile ricorrere a due coppie di distinzioni. La prima è ovvia: il diritto (ciò che chiamiamo diritto “oggettivo”, o diritto positivo) è, tra le altre cose, una somma di testi e di interpretazioni – la somma di atti normativi, disposizioni e norme<sup>19</sup>. Dunque è ragionevole aspettarsi che alcuni profili della certezza del diritto riguardino il piano dei testi normativi (ovvero, l’ambito della produzione del diritto, e della redazione dei testi normativi), e altri profili riguardino il piano delle norme (ovvero, l’ambito dell’interpretazione e dell’applicazione)<sup>20</sup>.

La seconda distinzione è invece poco sfruttata – a mia conoscenza – a proposito della questione della certezza del diritto. Si tratta della distinzione tra tipi di destinatari delle norme giuridiche: potremmo chiamarli destinatari “primari” e destinatari “secondari”, ovvero, rispettivamente, il cittadino e l’organo dell’applicazione<sup>21</sup>. Il diritto infatti ha una essenziale funzione di guida delle condotte umane (dei destinatari primari), ma allo stesso tempo è un fenomeno istituzionalizzato, caratterizzato dalla presenza di organi dell’applicazione, che entrano in gioco nel momento in cui si rende necessario applicare norme giuridiche per risolvere una controversia (intesa in senso ampio) tra destinatari primari; si può dunque affermare che anche gli organi dell’applicazione siano destinatari delle norme giuridiche – destinatari secondari. Che la distinzione tra queste due categorie di destinatari delle norme giuridiche possa avere un ruolo nella tematica della certezza del diritto, d’altronde, è già stato suggerito sopra (§ 2.1.2), dove si è visto che la certezza del diritto può assumere un diverso contenuto di valore (una diversa funzione) per il cittadino e per l’organo dell’applicazione.

Ora, la nozione tradizionale, illuministica, della certezza del diritto pone al centro della prospettiva il cittadino, l’uomo comune, il destinatario primario delle norme giuridiche: il soggetto, cioè, il cui comportamento le norme servono a regolare<sup>22</sup>. Ma problemi di certezza del diritto si pongono anche dal punto di vista dell’organo dell’applicazione: anche l’organo dell’applicazione può ben trovarsi in una situazione in cui il diritto non offra risposte chiare per certe questioni, non gli indichi chiaramente quale norma applicare per risolvere una certa controversia.

È evidente che questioni di certezza del diritto (o meglio, *distinte* questioni di certezza del diritto) si possano porre dal punto di vista del cittadino, o destinatario primario, e dal punto di vista dell’organo dell’applicazione, o destinatario secondario. Si potrà parlare dunque di una certezza “primaria”, riferita al cittadino, e di una certezza “secondaria”, riferita all’organo dell’applicazione.

Ora, a quali condizioni il diritto è più o meno certo per il cittadino e per l’organo dell’applicazione? Come abbiamo anticipato, queste condizioni includono sia un certo assetto fattuale, sia la condivisione di criteri normativi. Qui conviene invertire l’ordine seguito finora, e cominciare dall’organo dell’applicazione, o destinatario secondario.

---

<sup>19</sup> Per questo apparato concettuale, v. R. Guastini, *L’interpretazione dei documenti normativi*; G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, cap. 1.

<sup>20</sup> Uno spunto analogo in L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, pp. 574-580, dove distingue tra “certezza dell’esistenza” (di una fonte) e “certezza del contenuto”.

<sup>21</sup> G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, cap. 2. Questa distinzione di prospettive sembra affiorare anche nell’analisi della certezza del diritto svolta da L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*.

<sup>22</sup> L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, p. 81: in una prima accezione, «il diritto è certo se ciascuno (se il cittadino) è messo in grado di sapere che cosa dal diritto è autorizzato a fare, e che cosa in base al diritto è libero di fare».

Per l'organo dell'applicazione, il diritto è certo (certezza "secondaria") se gli consente di individuare le conseguenze giuridiche di un certo atto o fatto – ossia, se offre una soluzione tendenzialmente univoca al caso da decidere. Se il diritto è certo, il caso da decidere è, in linea di massima, un "caso facile"<sup>23</sup>. Quanto più aumentano le variabili e i margini di scelta nell'individuazione della soluzione del caso da decidere (ovvero: quanto meno il diritto predetermina la soluzione del caso), tanto più il diritto è, dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, incerto.

Ora, l'elenco delle condizioni idonee ad assicurare questo quadro di certezza è lungo e variabile. Gli elementi principali sono ben noti:

1<sub>a</sub>) chiarezza nella formulazione degli enunciati normativi; tendenziale preferenza per una normazione "per regole", anziché per principi, standards e clausole generali<sup>24</sup>; presenza di automatismi giuridici che evitino di ricorrere a giudizi caso per caso (finzioni, presunzioni, ecc.);

2<sub>a</sub>) chiarezza nel coordinamento tra testi normativi (ad esempio limitando al minimo l'abrogazione innominata o per incompatibilità, o formule abrogative come «e successive modificazioni»<sup>25</sup>); chiarezza nelle tecniche di soluzione delle antinomie, e condivisione di tali tecniche tra i vari operatori; concentrazione della regolamentazione giuridica rilevante per una certa materia in poche fonti (codici, testi unici), evitando che essa venga dispersa in atti diversi, emanati in tempi diversi e magari diversi anche per grado gerarchico<sup>26</sup>;

3<sub>a</sub>) chiarezza nei rapporti gerarchici tra le varie fonti, e consenso tra i vari operatori su tali rapporti;

4<sub>a</sub>) tendenziale completezza della disciplina giuridica, meccanismi "automatici" per colmare le lacune (norma generale esclusiva, *in dubio pro reo*, ecc.);

5<sub>a</sub>) condivisione di criteri interpretativi e argomentativi, e del loro ordine di preferenza;

6<sub>a</sub>) univocità degli orientamenti giurisprudenziali; riconoscimento di una speciale autorità interpretativa (nomofilattica) in capo ad alcuni soggetti istituzionali.

Quanto più si daranno le condizioni sopra viste, tanto più la decisione dell'organo dell'applicazione sarà "predeterminata" dal diritto: beninteso, non nel senso che, *di fatto*, la decisione dell'organo dell'applicazione seguirà meccanicamente e automaticamente, o molto probabilmente, ma nel senso che il contenuto di quella decisione (l'individuazione delle conseguenze giuridiche di un certo caso) sarà prodotto da operazioni relativamente semplici, predeterminate, e intersoggettivamente condivise nella comunità di riferimento; e dunque, l'organo si muoverà in un quadro di certezza.

Diversa la situazione dal punto di vista del cittadino (certezza primaria). Il cittadino, ovviamente, non applica il diritto, ma si trova nella situazione di modellare la propria condotta a fronte del quadro giuridico esistente. Inoltre, e soprattutto, diversamente dall'organo dell'applicazione, il cittadino non è – o non è necessariamente – un tecnico del diritto, non ci si può aspettare che possieda la competenza tecnica necessaria per dominare le sottigliezze interne al funzionamento della macchina del diritto (alcune delle quali invece figurano nell'elenco visto sopra, relativo all'organo dell'applicazione). Il diritto fa affidamento in larghissima misura sulla *self-application* da parte dei suoi destinatari, sulla possibilità che i cittadini si adeguino spontaneamente ai dettami del diritto<sup>27</sup>, e ciò

---

<sup>23</sup> In linea di massima: perché alcuni casi difficili derivano invece dal contrasto tra un quadro giuridico certo e esigenze morali e di giustizia.

<sup>24</sup> J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, p. 841; F. Schauer, *Playing by the Rules*, pp. 137-145.

<sup>25</sup> Corte costituzionale n. 292/1984.

<sup>26</sup> Sull'importanza della "riserva di codice" in particolare nel diritto penale, v. L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, pp. 215-228.

<sup>27</sup> Cfr. J. Waldron, *The Rule of Law and the Importance of the Procedure*. È certamente possibile che per i destinatari primari, i "cittadini", l'individuazione del diritto sia occasionalmente mediata da esperti in materie

presuppone che essi, normalmente, siano in grado di individuare il contenuto del diritto in maniera affidabile. A tal fine, è necessario che il cittadino abbia un accesso il più possibile univoco (e chiaro, ovviamente) alla comunicazione giuridica.

Ebbene, nelle organizzazioni giuridiche contemporanee, specialmente di *civil law*, la forma di comunicazione giuridica dotata di maggior grado di conoscibilità e accessibilità è, tradizionalmente, il diritto legislativo (diversamente dal diritto sapienziale, giurisprudenziale, o consuetudinario). È la legge – generale, astratta, pubblica – il punto di accesso privilegiato del cittadino alla comunicazione giuridica. Ma ovviamente, la vita del diritto non si esaurisce nella fase della “produzione” – ma prosegue in quella della applicazione. Nella comunicazione giuridica tra l’organo della produzione del diritto (il “legislatore”) e il cittadino si inserisce sempre un diaframma, uno strato ulteriore, un rumore di fondo, rappresentato dai discorsi degli organi dell’applicazione (e, sebbene più indirettamente, dai discorsi dei giuristi in generale). Da qui il dilemma: per un verso, il diritto legislativo è, almeno in teoria, quello più facilmente conoscibile per il cittadino; ma per altro verso, quello che realmente interessa al cittadino è sapere come il diritto viene o verrà applicato.

Da ciò deriva, mi pare, che dal punto di vista del cittadino, la certezza del diritto dipenda dall’avere, comunque, un punto di accesso *univoco* alla comunicazione giuridica: o perché lo strato di comunicazione giuridica rappresentato dai discorsi degli organi dell’applicazione è del tutto trasparente rispetto allo strato del diritto legislativo, come accade nel caso in cui gli organi dell’applicazione si attestino costantemente sull’interpretazione letterale dei testi normativi; o perché, all’opposto, tale strato – pur, in ipotesi, divergente dal diritto legislativo – è talmente compatto da sovrapporsi interamente ad esso, rappresentando così, in maniera univoca, ciò che per il cittadino mette “realmente” conto di sapere. In altre parole, ai fini della certezza primaria si deve realizzare una situazione che mima una dinamica di tipo “imperativistico”: c’è un sovrano (sia esso il legislatore, oppure il diritto giurisprudenziale oggettivatosi in un orientamento univoco), che dice chiaramente al cittadino cosa deve o non deve fare<sup>28</sup>.

Si possono dunque indicare come condizioni di certezza del diritto dal punto di vista del cittadino (certezza primaria):

1<sub>b</sub>) un diritto legislativo quantitativamente contenuto, facile da reperire e non disperso in una pluralità di documenti diversi (come tipicamente accade nel caso di un codice);

2<sub>b</sub>) un diritto legislativo ragionevolmente aggiornato: una normazione obsoleta, infatti, fa nascere il dubbio sulla sua attuale vigenza, su come si coordini con la normazione più recente, e su come venga effettivamente interpretata dagli organi dell’applicazione<sup>29</sup>;

3<sub>b</sub>) limitazione o tendenziale esclusione della legislazione retroattiva; chiarezza nella regolamentazione dei regimi giuridici intertemporali;

4<sub>b</sub>) chiarezza e univocità nella formulazione del diritto legislativo. Si noti che “chiarezza” non equivale necessariamente a “precisione”: in alcuni casi, un enunciato molto preciso può risultare affatto incomprensibile. Si pensi al caso di enunciati normativi

---

giuridiche (professionisti, uffici amministrativi...); ma, considerato che il diritto è presente nelle vite dei destinatari primari in maniera estremamente capillare, sarebbe decisamente assurdo che il cittadino dovesse richiedere un parere legale per *ogni* questione giuridica in cui fosse coinvolto.

<sup>28</sup> Non è un caso, dunque, che un sostenitore dell’imperativismo (e dell’utilitarismo) come Bentham fosse anche un fautore della codificazione, e fosse radicalmente contrario al diritto giurisprudenziale.

<sup>29</sup> Si noti che il requisito dell’aggiornamento del dato normativo acquista una sua salienza specialmente laddove vi sia un certo grado di dispersione delle fonti. Di contro, dove sia noto che le fonti sono concentrate in pochi documenti, e che comunque le eventuali modifiche normative sono destinate ad essere incorporate in queste medesime fonti (come nel caso della “riserva di codice”: *supra*, nt. 26), il fatto che la fonte sia “vecchia” non sembra creare particolari problemi.



che contengono rinvii a catena ad altri enunciati<sup>30</sup>: in questi casi, il significato del singolo enunciato che dispone il rinvio è, verosimilmente, chiaro (precisamente, rinviare ad altro enunciato), ma il complessivo contenuto normativo (la sostanza della comunicazione giuridica) può essere assai difficile da ricostruire. Oppure, si pensi all'uso di una terminologia tecnico-specialistica, o di formule di non immediata comprensibilità, in enunciati normativi volti a disciplinare condotte che possono essere tenute da chiunque (ad esempio per fissare un limite di velocità, o il tasso alcolemico nell'organismo di un guidatore) e non solo da chi può dominare quella terminologia<sup>31</sup>.

5<sub>b</sub>) uso, da parte degli operatori giuridici, di tecniche interpretative aderenti alla lettera della legge, o al significato "ovvio" degli enunciati legislativi<sup>32</sup>;

6<sub>b</sub>) formazione di indirizzi interpretativi stabili e consolidati; esistenza di una speciale autorità interpretativa diffusamente riconosciuta;

7<sub>b</sub>) norme e istituti che prevedano la stabilità o intangibilità dei rapporti esauriti (prescrizione, decadenza, cosa giudicata...), e loro costante, coerente applicazione da parte degli organi; speditezza dei processi decisionali degli organi dell'applicazione (in pendenza dei quali i soggetti interessati si trovano in una situazione di incertezza circa la stabilità della propria situazione giuridica);

8<sub>b</sub>) tendenziale sovrapposizione tra regolazione giuridica e valori morali ampiamente condivisi nella comunità di riferimento; ad esempio, va a detrimento della certezza del diritto l'esistenza di fattispecie di reato altamente "artificiali"<sup>33</sup>.

### 2.3. *La certezza del diritto come valore relativo*

Possiamo adesso formulare alcune osservazioni conclusive, di carattere generale, sulla certezza del diritto. Una caratteristica della certezza del diritto che emerge chiaramente dal discorso fatto fin qui è la multidimensionalità di questo concetto (e delle sue condizioni), o meglio il suo carattere relativo. A ben vedere, la certezza è un valore relativo in molti sensi diversi.

In primo luogo, è un valore relativo nel senso che esso assume contenuti diversi a seconda che si adotti il punto di vista del cittadino oppure dal punto di vista dell'organo dell'applicazione (certezza primaria vs certezza secondaria). Dal punto di vista dell'organo dell'applicazione, la certezza richiede essenzialmente che siano disponibili criteri condivisi di correttezza della decisione giuridica (con riferimento all'identificazione delle fonti, alla loro interpretazione, e alla presenza di una autorità interpretativa); dal punto di vista del cittadino la certezza richiede essenzialmente conoscibilità del dato normativo e prevedibilità delle decisioni degli organi dell'applicazione: o perché tali decisioni sono fedeli alla legge, o perché riproducono la giurisprudenza costante. E peraltro, mentre il cittadino può solo godere della certezza del diritto, o subire l'incertezza del diritto, l'organo dell'applicazione può attivamente concorrere a creare una situazione di certezza o di incertezza del diritto.

Queste due dimensioni della certezza (per il cittadino e per l'organo dell'applicazione) sono distinte, anche se tra esse vi possono essere delle interferenze. In linea di massima, si può ipotizzare che se il diritto è certo per l'organo dell'applicazione lo è anche per il cittadino, se non altro perché in questa situazione gli organi dell'applicazione tenderanno a produrre decisioni univoche. E se il diritto è incerto per l'organo dell'applicazione lo è anche (a maggior ragione, verrebbe da dire) per il cittadino. Ma non

---

<sup>30</sup> R. Guastini, *Conoscere il diritto*.

<sup>31</sup> T. Endicott, *The Value of Vagueness*.

<sup>32</sup> Corte costituzionale n. 73/1958, la «esigenza fondamentale della certezza del diritto» richiede il ricorso a tecniche di stretta interpretazione.

<sup>33</sup> L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, p. 81; Corte costituzionale n. 364/1988.

vale necessariamente l'inverso. Infatti, un determinato quadro normativo può porre il cittadino in una situazione di profonda incertezza, mentre l'organo dell'applicazione potrebbe essere perfettamente in grado di districarsi agevolmente in esso utilizzando i propri ferri del mestiere (ad esempio, alcuni impieghi dell'argomento sistematico possono essere strumenti di pronto utilizzo per l'organo dell'applicazione, mentre per il cittadino possono risultare altamente tecnici, e tendenzialmente incomprensibili). O viceversa, il cittadino potrebbe ritenere che il diritto è certo facendo ragionevole affidamento sulla chiarezza di un certo dato normativo (ricordiamoci che il cittadino ha bisogno di punti di accesso univoci alla comunicazione giuridica: il codice, la singola legge, il singolo articolo, ecc.), senza però avvedersi che quel dato normativo è inserito in una fitta rete di rapporti sistematici, o ha alle spalle una sofferta storia interpretativa, che ne complicano e stravolgono il senso agli occhi esperti dell'organo dell'applicazione.

A maggior riprova di come il valore della certezza si atteggi diversamente a seconda del punto di vista adottato, si noti come i due elenchi (per quanto incompleti e tendenziali) di condizioni di certezza sopra abbozzati non coincidono: non tutte le condizioni di certezza per l'organo dell'applicazione sono anche idonee ad assicurare certezza dal punto di vista del cittadino. Questo è particolarmente chiaro nel caso del requisito dell'irretroattività: mentre una legge retroattiva coglie – per definizione, si potrebbe dire – il cittadino di sorpresa, lo mette davanti a conseguenze giuridiche che non poteva conoscere al momento in cui ha compiuto un certo atto o fatto, per l'organo dell'applicazione una legge retroattiva non solleva di per sé problemi di certezza del diritto: la sua applicazione è, in teoria, chiara. E la stessa “precisione” (distinta dalla “chiarezza”: v. sopra, lett. 4<sub>b</sub>) degli enunciati normativi può ripercuotersi diversamente sul cittadino e sull'organo dell'applicazione.

In secondo luogo, la certezza del diritto è un valore relativo nel senso che le condizioni della certezza hanno carattere graduale; dunque la certezza è sempre una questione di più o meno. Basta guardare le condizioni di certezza elencate nel paragrafo precedente, per rendersi conto che la valutazione in termini di certezza dipende dall'interazione di molteplici fattori, che per lo più hanno una dimensione scalare e non dicotomica. Più in generale, il modo stesso in cui il diritto è e funziona (il suo carattere sistematico e gerarchico; l'uso del linguaggio naturale, che è strutturalmente vago; la pluralità di soggetti dotati di potere decisionale) rende inevitabile che il diritto incorpori un grado di incertezza. Ciò rende la certezza una nozione particolarmente sfuggente da accertare in concreto: pur esistendo, ovviamente, casi particolarmente chiari di certezza e di incertezza, non è possibile determinare una soglia precisa oltre la quale l'incertezza diventa intollerabile; il giudizio sulla certezza del diritto è contestuale, relazionale, e dunque strutturalmente incerto.

In terzo luogo, la certezza del diritto è un valore relativo nel senso che non può essere considerato l'unico valore rilevante per il diritto, e nemmeno necessariamente il più importante (almeno, non sempre e comunque il più importante)<sup>34</sup>. A volte un diritto “elastico”, formulato per standards e clausole generali, può realizzare obiettivi socialmente apprezzabili meglio di un diritto certo ma rigido<sup>35</sup>. E certamente il valore della certezza può essere più importante – e tendenzialmente inderogabile – in alcuni ambiti (diritto penale, diritto tributario, in generale il diritto sanzionatorio), e meno in altri. Qui ritorna la consueta contrapposizione – presente non solo nel diritto, ma soprattutto nel diritto – tra certezza e giustizia, tra applicazione di regole fisse e giudizi casistici. Verosimilmente il

---

<sup>34</sup> Sulla insopprimibile tensione, incorporata dal diritto, tra certezza ed equità, v. P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, p. 259; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, pp. 592-593.

<sup>35</sup> T. Endicott, *The Value of Vagueness*; J. Waldron, *Vagueness and the Guidance of Action*; J.J. Moreso, *Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality*.

diritto, pur essendo innanzitutto “regola del comportamento”, pur incorporando strutturalmente un’esigenza di certezza (*supra*, § 1), ha bisogno di entrambe le cose. E nuovamente, non esiste una formula per predeterminare quando sia meglio mettere da parte le regole rigide per affidarsi ad una valutazione equitativa<sup>36</sup>.

### 3. La certezza del diritto nello Stato costituzionale

Finora ho dato per scontato che la certezza del diritto sia un valore giuridico apprezzabile da un punto di vista etico-politico (anche se non l’unico, e non necessariamente il più importante), ho provato a dare una definizione del concetto e delle condizioni della certezza, e ho sostenuto che la certezza è un valore relativo da diversi punti di vista. È noto – e vi abbiamo già accennato – che nel diritto contemporaneo (o post-moderno) la certezza del diritto è insidiata da molteplici fattori, quali: l’esplosione/frantumazione del diritto legislativo (perdita di generalità e astrattezza delle leggi, rapida successione di leggi che regolamentano una stessa materia, frammentazione della disciplina giuridica in molteplici testi legislativi, sciattezza nella formulazione linguistica delle leggi), il declino dei codici, la diffusione del *soft law* e di altre fonti atipiche, la sovrapposizione – spesso assai complicata – di fonti nazionali e sovranazionali...

In questa seconda parte del saggio mi concentrerò su un angolo particolare (ma non di secondaria importanza) della attuale “crisi” della certezza del diritto, che riguarda il posto di questo valore nello Stato costituzionale. L’avvento dello Stato costituzionale può essere infatti considerato un ulteriore fattore di crisi della certezza del diritto. E la certezza del diritto, a sua volta, può essere considerata come uno di quei concetti (come anche la validità, l’interpretazione...) che offrono un ottimo angolo visuale per penetrare il funzionamento dello Stato costituzionale contemporaneo, le sue dinamiche interne, specialmente se si mette a confronto il ruolo riconosciuto a questo valore nel diverso contesto dello Stato di diritto, o Stato “legislativo”.

Cominciamo proprio da qui. Per Stato di diritto, o Stato legislativo, intendo il modello di organizzazione giuridica che si diffonde in Europa continentale nel corso del XIX secolo, e che è centrato sui seguenti elementi caratterizzanti: il monopolio statale della produzione del diritto; una gerarchia delle fonti che vede la legge saldamente collocata al gradino supremo della giuridicità; la codificazione del diritto, che raccoglie tutto il diritto relativo ad una certa materia in un unico testo concepito come completo e coerente; una cultura giuridica che affida agli organi dell’applicazione il ruolo di fedeli applicatori della legge (grazie a strumenti, o a finzioni ideologiche, come il sillogismo giudiziario, l’interpretazione strettamente letterale o la ricerca della volontà del legislatore storico...) <sup>37</sup>.

In questo modello di organizzazione giuspolitica e di cultura giuridica, la certezza del diritto assume un valore assolutamente preminente<sup>38</sup>; è una sorta di meta-valore, che presiede al funzionamento dell’intero ordinamento giuridico, e che è funzionale alla (o è il presupposto della) realizzazione di tutti gli altri valori perseguiti dall’ordinamento: la tutela

---

<sup>36</sup> Su questo problema, F. Schauer, *Playing by the Rules*, pp. 196 ss; J.C. Bayón, *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*; B. Celano, *Rule of Law e particolarismo etico*.

<sup>37</sup> In proposito, si vedano le ricostruzioni di N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*; M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*.

<sup>38</sup> F. Lopez de Oñate, *La certezza del diritto*, p. 74 (la certezza del diritto costituisce il «succo vitale» del concetto stesso di Stato di diritto); M.A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione*, p. 16 («uno dei cardini della concezione giuridica illuministica è [...] la rigida difesa della certezza del diritto»); M. Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*; M. Luciani, *L’eclissi della certezza del diritto*, p. 2; P. Grossi, *Sull’odierna “incertezza” del diritto*, p. 55 (la certezza del diritto come «principio sommo» dello Stato legislativo).

dell'autonomia individuale, la sicurezza dei traffici, l'eguaglianza formale. Il diritto dello Stato legislativo ha l'aspirazione a presentarsi come una sorta di monolite ben scolpito: i cittadini lo possono vedere chiaramente, è fisso, ed è relativamente facile non andarsi a schiantare su di esso<sup>39</sup> (in questo contesto, la forma paradigmatica del diritto è il codice). Ovvero, per usare un'altra metafora, il diritto dello Stato legislativo funziona (o dovrebbe funzionare, in questa proiezione ideologica) come una macchina: è affidabile, prevedibile, dà sempre la stessa risposta se le si sottopone uno stesso problema, e così garantisce ai cittadini il massimo di libertà di movimento e di calcolabilità delle conseguenze delle proprie azioni<sup>40</sup>.

Con il passaggio dallo Stato legislativo allo Stato costituzionale, quasi tutto quello che c'è in questo quadro cambia. Il meta-valore, ora, non è più la certezza, ma il pluralismo<sup>41</sup>. Ovviamente, la certezza del diritto non è assente dal panorama dei valori tutelati dallo Stato costituzionale; e peraltro certi aspetti strutturali dello Stato costituzionale testimoniano esattamente una scelta in favore della certezza: si pensi al controllo accentrato di costituzionalità, che dovrebbe sottrarre il giudizio sulla validità delle leggi alla pluralità di opinioni dei singoli giudici comuni; alla rigidità costituzionale, che dovrebbe fissare la distinzione tra la materia costituzionale (la "sfera dell'indecidibile"<sup>42</sup>) e l'abito del libero margine di azione del legislatore; il fatto stesso che nello Stato costituzionale vi sia tipicamente una costituzione *scritta* serve a stabilire con (relativa) certezza quali sono i valori consacrati dallo Stato costituzionale<sup>43</sup>. E ovviamente alcune previsioni sostanziali (oltre a quelle strutturali) possono essere agevolmente viste (anche) in chiave di certezza del diritto: ad esempio l'irretroattività e tassatività della legge penale, le numerose riserve di legge sparse in Costituzione.

Quindi, in prima battuta si può dire che nello Stato costituzionale il valore della certezza del diritto non scompare, ma acquista una nuova, ulteriore dimensione relativa: è un valore tra gli altri presenti nel pantheon costituzionale, ed entra costantemente nel gioco del bilanciamento con altri valori o principi costituzionali<sup>44</sup>.

Ma non si tratta solo di questo. A ben vedere, nello Stato costituzionale la certezza del diritto subisce ancora un altro tipo di relativizzazione, o di indebolimento. E qui dobbiamo passare dalla considerazione degli aspetti strutturali, o anche dei contenuti sostanziali, dello Stato costituzionale, alla cultura giuridica che su esso si innesta: cioè agli atteggiamenti interpretativi e argomentativi diffusi tra i giuristi che operano nel contesto

---

<sup>39</sup> F.A. von Hayek, *The Constitution of Liberty*, p. 153: «like the laws of nature, the laws of the state provide fixed features of the environment in which [the individual] has to move».

<sup>40</sup> La metafora del diritto (o dello Stato) come macchina è presente già in Thomas Hobbes, ed è sfruttata anche da Max Weber. V. in proposito G. Itzcovich, *Sulla metafora del diritto come macchina*; S. Cassese, *Eclissi o rinascita del diritto?*, pp. 33-35. L'idea (anch'essa di ascendenza weberiana) della "calcolabilità" è stata recentemente recuperata da N. Irti, *Un diritto incalcolabile*. A tutto ciò si può accostare il modello del "giudice-automa", e dell'applicazione puramente meccanica della legge, anch'esso diffuso in questo contesto: cfr. N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*.

<sup>41</sup> Sul pluralismo come meta-valore del costituzionalismo contemporaneo, v. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, pp. 11, 16, 170-173; R. Bin, *Che cos'è la Costituzione?*, pp. 24, 30; M. Luciani, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della costituzione repubblicana*, p. 59; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cap. 1.

<sup>42</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. 1, pp. 822, 848; vol. 2, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304.

<sup>43</sup> M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*; Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, cap. 1.

<sup>44</sup> Un esempio a questo riguardo potrebbe essere la nota sentenza 364/1988 della Corte costituzionale, in cui un istituto che può ben essere considerato una specifica declinazione della certezza del diritto, e cioè la presunzione di conoscenza della legge penale (art. 5 c.p.), viene indebolito al fine di tenere conto di altri principi costituzionali (il carattere personale della responsabilità penale e la funzione rieducativa della pena).

dello Stato costituzionale (cultura giuridica talvolta definita come “neocostituzionalistica”<sup>45</sup>).

### 3.1. *Fattori di incertezza nello Stato costituzionale*

Il tratto fondamentale di questa cultura giuridica è l’idea che la costituzione sia un insieme di principi (o addirittura di valori), che funzionano come fondamento dell’intero ordinamento giuridico, e che hanno la funzione di guidare un processo di profonda trasformazione sociale. I principi costituzionali, secondo questo modo di vedere, non riguardano una definita, specifica “materia costituzionale”, ma possono assumere rilevanza per *qualsunque* settore del diritto e per *qualsunque* questione giuridica; il diritto infra-costituzionale, dunque, è visto come uno sviluppo dei principi costituzionali rilevanti. Infine, la costituzione è considerata un documento giuridico pienamente normativo, il che significa che è suscettibile di applicazione giudiziale (diretta o indiretta); non solo: è considerato compito di qualunque operatore giuridico – e in primo luogo di qualunque operatore giudiziario – contribuire alla maggiore e migliore attuazione o applicazione della costituzione (con i mezzi di cui dispone).

Ebbene, nel momento in cui in una organizzazione giuridica (specialmente se dotata di costituzione scritta e controllo di costituzionalità) comincia ad operare una cultura giuridica di questo tipo, la certezza del diritto recede sempre più sullo sfondo.

Innanzitutto, il fatto stesso che la legge si trovi in posizione subordinata rispetto alla costituzione indebolisce la certezza della legge, perché la validità della legge può sempre essere messa in questione rispetto alla costituzione: la certezza della legge viene indebolita dalla certezza (ed effettività) della costituzione<sup>46</sup>. Ma questa è solo la proverbiale punta dell’iceberg. Nello Stato costituzionale, la superiorità della costituzione sulla legge produce una serie di conseguenze ulteriori che scendono a cascata. Vediamone le principali, sempre ponendoci dal punto di vista dello scolorirsi della certezza del diritto.

1) La cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo qualifica le norme costituzionali come principi. Ciò è favorito dalla stessa formulazione testuale delle disposizioni costituzionali, ricche di termini vaghi e indeterminati, valutativi, che rimandano a concetti etico-politici (libertà, eguaglianza, dignità, democrazia...); la presenza di questo tipo di linguaggio è conseguenza, a sua volta, delle aspirazioni tipiche delle costituzioni pluralistiche: esse rappresentano un compromesso tra visioni diverse della società su alcuni valori fondativi, aspirano a trasformare la società alla luce di quei valori, e aspirano a durare a lungo. Di conseguenza, sembra scontato interpretare queste disposizioni come espressioni di principi (anziché regole)<sup>47</sup>. Ora, i principi sono norme generiche e indeterminate, con un campo di applicazione (fatispecie) molto ampio, e che pertanto tendono a confliggere reciprocamente: la loro applicazione richiede attività di bilanciamento (talvolta caso per caso) e concretizzazione; inoltre, le disposizioni di principio vengono normalmente assoggettate a interpretazione espansiva (e comunque rifiutano l’interpretazione letterale); di conseguenza, i principi vengono usati come punti di partenza dai quali è possibile generare per via interpretativa nuove norme (regole, o principi a loro volta) (questa è la dimensione “nomogenetica” dei principi<sup>48</sup>). Così, il

---

<sup>45</sup> Per una ricostruzione più dettagliata di questa cultura giuridica (che preferisco chiamare “costituzionalismo contemporaneo”, o “costituzionalismo dei diritti”), v. G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cap. 1.

<sup>46</sup> Cfr. Corte costituzionale n. 225/1987, dove appunto si contrappone la certezza della legge alla certezza della costituzione.

<sup>47</sup> Qualificare una norma come regola oppure come principio è frutto di una scelta interpretativa. Ebbene, la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo tende a interpretare le disposizioni costituzionali, o la gran parte di esse, esattamente come principi, e non come regole.

<sup>48</sup> In proposito, G. Pino, *Diritti e interpretazione*, p. 54.

panorama dei principi costituzionali è in continuo movimento, sempre nuovi principi possono essere desunti dalla costituzione, o comunque considerati di rilevanza costituzionale, così come possono essere escogitate sempre nuove possibilità di composizione dei conflitti tra i principi costituzionali<sup>49</sup>.

2) La validità dipende da giudizi di valore. Nello Stato costituzionale il giudizio di validità della legge non è rimesso ad una valutazione solo formale (il rispetto di una procedura), ma ad una valutazione di compatibilità e di congruenza sostanziale tra la legge e i principi costituzionali rilevanti; e il contenuto stesso di questi principi può essere controverso, perché richiede una “lettura morale”<sup>50</sup>; di conseguenza, l’accertamento della validità sostanziale della legge può richiedere complesse e controverse valutazioni, anche di natura etico-sostanziale<sup>51</sup>.

3) Se nell’architettura dello Stato costituzionale il controllo *accentrato* di costituzionalità è un presidio di certezza del diritto<sup>52</sup>, la pratica dell’interpretazione conforme a costituzione tende a trasformare il giudizio di costituzionalità in un giudizio *diffuso*: assicura una diretta penetrazione dei principi costituzionali nel tessuto del diritto legislativo, ma a valere solo per il caso concreto. Con la conseguenza che nulla garantisce che altri giudici non diano una diversa interpretazione di quella legge, o non ne valutino diversamente l’incompatibilità con la Costituzione. Peraltro, la pratica dell’interpretazione conforme talvolta viene portata a sviluppi a loro modo coerenti con le sue premesse (assicurare la massima prescrittività alla costituzione), ma sempre più distanti dal modello accentrato di controllo di costituzionalità: si pensi ai suggerimenti, talvolta pressanti, rivolti dalla Corte costituzionale ai giudici comuni di applicare per analogia i principi indicati dalla Corte stessa in una decisione precedente<sup>53</sup>; o di effettuare direttamente le manipolazioni del testo legislativo richieste dal rispetto di un principio costituzionale

---

<sup>49</sup> Questo aspetto del costituzionalismo contemporaneo (la presenza di principi) è di solito considerato la ragione principale della sua incompatibilità con la certezza del diritto: G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*; R. Guastini, *Diritto mite, diritto incerto*; C. Luzzati, *La certezza del diritto al tempo delle costituzioni rigide*; M. Luciani, *L’eclissi della certezza del diritto* (che indica anche la tutela multilivello dei diritti come fattore di incertezza). Ma, come si cerca di mostrare nel testo, c’è molto di più.

<sup>50</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, p. 352 (v. anche p. 353, sulle «connotazioni sostanzialistiche e valutative della validità»), p. 918 («il giudizio di validità sostanziale delle leggi [...] è un giudizio di valore»), p. 919 («una volta incorporati nei livelli più alti, i valori rendono valutativi i giudizi di validità sulle norme di livello più basso»), p. 916-917 (p. 917: la «validità delle leggi non è mai decidibile con certezza»); B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, cap. 2; G. Pino, *Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*; Id., *Diritti e interpretazione*, pp. 139-142. La nozione di “lettura morale” della costituzione rinvia a R. Dworkin, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*.

<sup>51</sup> Si legga, ad esempio, il seguente passo di Corte costituzionale n. 487/1989, relativo alla portata della riserva di legge nell’ambito del principio di legalità penale: «come l’effettivo ambito di comprensione del “generale” principio di legalità in sede penale non è, almeno di regola, desunto, nella sua ampiezza, dalle sole, peraltro non univoche, formule costituzionali che pur lo enunciano bensì, come è ormai generalmente ammesso, dalla ratio profonda che le ispira, così la reale comprensione, in ispecie, del principio di riserva di legge penale va principalmente ricavata dal fondamento politico-ideologico, sistematico e teleologico dello stesso principio piuttosto che dalle dichiarazioni costituzionali, necessarie e solenni ma non sempre tecnicamente precise, che lo enunciano; dichiarazioni i cui contenuti e limiti vanno, appunto, ricavati, anche e soprattutto, dai precitati fondamenti e, in particolare, dall’oggettiva, determinante funzione che, nell’intero ramo penale dell’ordinamento statale, la riserva in questione esplica».

<sup>52</sup> Di contrario avviso C. Luzzati, *La certezza del diritto al tempo delle costituzioni rigide*; anche M. Luciani, *Interpretazione conforme a costituzione*, ritiene che dal punto di vista della certezza del diritto le sentenze di annullamento della Corte costituzionale producano un effetto contraddittorio: «se, infatti, le conseguenze dell’annullamento sono assai più solide di quelle di un’interpretazione, quell’esito compromette la stabilità dell’ordinamento» (p. 473).

<sup>53</sup> Corte costituzionale n. 148/2004.

precedentemente enunciato dalla Corte stessa – o addirittura di un principio implicitamente ricavabile dalla giurisprudenza della Corte<sup>54</sup>.

4) La Corte costituzionale affianca al proprio ruolo di legislatore negativo (che, in Italia, è verosimilmente quello presupposto dall'art. 136 cost.)<sup>55</sup>, un ruolo sempre più preponderante di co-legislatore (sentenze additive, sostitutive), e di autorità interpretativa<sup>56</sup>. Queste tecniche decisorie per un verso assicurano un pronto adeguamento del diritto legislativo ai principi costituzionali (senza passare dal “vuoto” legislativo che sarebbe prodotto da una sentenza di accoglimento secca), ma per altro verso rendono – anche se in misura diversa a seconda dei casi – il diritto meno certo e meno facilmente conoscibile: il caso più eclatante è rappresentato dalle sentenze additive o interpretative “di principio”, che rinviando ad una successiva concretizzazione ad opera del giudice, almeno fino a quando non intervenga in materia il legislatore<sup>57</sup>.

5) L'opera giurisprudenziale di concretizzazione dei principi costituzionali può talvolta assumere le sembianze del “dialogo” o della cooperazione<sup>58</sup>. Ma talvolta può assumere le sembianze del conflitto o della concorrenza: una concorrenza tra diversi organi dell'applicazione sulla migliore interpretazione della costituzione, e della legge alla luce della costituzione (le c.d. guerre tra corti)<sup>59</sup>. In questi casi, evidentemente, un organo dell'applicazione assume che la propria interpretazione sia tutto sommato *migliore* (cioè più fedele alla Costituzione) rispetto a quella fatta propria da un altro organo dell'applicazione. Anche se la Corte costituzionale si propone come una giurisdizione interpretativa, resta il fatto che le sue interpretazioni non sono (riconosciute come) vincolanti dal circuito giudiziario nel suo complesso; cosicché, anche quando la Corte costituzionale indica un'interpretazione della legge come conforme a costituzione, i giudici comuni conservano la libertà di ricercare altre interpretazioni di quella legge, se le stimano maggiormente conformi a Costituzione (si ricordi che il giudizio di conformità tra legge e principi costituzionali può chiamare in causa complesse valutazioni ed essere controverso: *supra*, n. 2). Si innesca così una concorrenza tra organi giudiziari in vista dell'obiettivo di meglio interpretare e applicare la costituzione, concorrenza in cui ogni organo “dialoga” direttamente con la costituzione (salvo che alla fine la situazione non venga risolta da una pronuncia autoritativa di annullamento della Corte costituzionale).

6) Lo Stato costituzionale è strutturalmente aperto all'integrazione sovranazionale (artt. 10, 11, 117): allo strato legislativo del diritto, e a quello costituzionale, si aggiunge così un ulteriore strato, o anche più strati ulteriori, di provenienza sovranazionale (diritto CEDU, diritto euro-unitario...). Nuovamente, l'incrocio e la sovrapposizione tra questi strati di legalità aumenta la complessità delle operazioni di individuazione del diritto, e

---

<sup>54</sup> Corte costituzionale n. 208/2009, commentata criticamente da G.U. Rescigno, *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*.

<sup>55</sup> L'idea che la Corte costituzionale debba funzionare essenzialmente come un “legislatore negativo” era stata difesa da H. Kelsen, *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)*.

<sup>56</sup> Si veda in proposito V. Marcenò, *La mutata prospettiva della giurisdizione costituzionale: una giurisdizione d'interpretazione non priva di limiti*.

<sup>57</sup> A. Ruggeri, C. Salazar, *Certezza del diritto*, p. 849.

<sup>58</sup> Così, Cassazione 12.3.2007, n. 5747, e Cassazione SSU 2.12.2004, n. 22601, in «Foro italiano», 2005, I, 60, dove la Cassazione riconosce una certa autorevolezza alle interpretazioni rese dalla Corte costituzionale, anche al fine di assicurare la certezza del diritto (e sempre che non vi siano serie ragioni per scegliere un'interpretazione diversa).

<sup>59</sup> Si veda ad es. Cassazione SSU pen, 17.5.2004, n. 23016, in «Giurisprudenza costituzionale», 2004, 4, p. 3010, che afferma che «le decisioni interpretative di rigetto della Corte costituzionale non hanno efficacia erga omnes [...], e pertanto determinano un vincolo negativo solo per il giudice del procedimento in cui è stata sollevata la relativa questione. In tutti gli altri casi il giudice conserva il potere-dovere di interpretare in piena autonomia le disposizioni di legge a norma dell'art. 101, comma 2 Cost., purché ne dia una lettura costituzionalmente orientata, ancorché differente da quella indicata nella decisione interpretativa».

porta con sé costi in termini di certezza del diritto: specialmente per il cittadino, ma anche per l'organo dell'applicazione<sup>60</sup>.

7) La cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo è “sostanzialista”: richiede la ricerca della soluzione più adatta ai casi, della giustizia “sostanziale”<sup>61</sup>: da ciò, lo smantellamento degli automatismi giuridici, delle soluzioni legislative troppo rigide<sup>62</sup>, che però, come abbiamo visto (§ 2.2), sono altrettanti strumenti di certezza.

### 3.2. *La certezza del diritto in dissolvenza?*

Quello che ne viene fuori è un quadro complesso, e in continuo movimento<sup>63</sup>. Se lo Stato legislativo cercava la fissità, la stabilità, l'individuazione di confini netti (tra diritto e morale, tra diritto e politica, tra diritto interno e diritto sovranazionale), lo Stato costituzionale rende indistinti tutti questi confini, e cerca il continuo adeguamento del diritto infra-costituzionale ai principi costituzionali; questo adeguamento inoltre viene perseguito con l'apporto di molteplici soggetti, e anche – se non soprattutto – per via interpretativa anziché per via legislativa. Lo Stato costituzionale innesca infatti una diffusione (e forse una prevalenza) del momento giurisprudenziale a scapito di quello legislativo (si pensi ad es. alla complessa riscrittura giurisprudenziale a cui è stata assoggettata la legge n. 40/2004).

Lo Stato costituzionale determina un passaggio dalla cultura della certezza alla cultura della giustificazione<sup>64</sup>: ogni atto di produzione del diritto è soggetto ad un continuo scrutinio di compatibilità con i principi costituzionali rilevanti; all'autorità dei numeri (principio di maggioranza) si sostituisce, o quantomeno si affianca, la necessità di fornire buoni argomenti, alla luce dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità<sup>65</sup>; alla legittimazione puramente politica si sostituisce, o quantomeno si affianca, una legittimazione assiologica (la Corte costituzionale come custode dei valori, o della ragionevolezza; la concorrenza tra soggetti diversi in vista dell'obiettivo di offrire la migliore garanzia dei diritti fondamentali).

All'immagine verticale propria dello Stato legislativo, con la legge al vertice del sistema delle fonti e il giudice soggetto solo alla legge, si contrappone così un modello diffuso, caratterizzato dall'equilibrio e dal controllo reciproco tra molteplici poteri, dotati di titoli di legittimazione diversi (legislatore, autorità amministrative indipendenti, giudici comuni, Corte costituzionale, Corti sovranazionali): alla piramide (o al monolite) si sostituisce il caleidoscopio – un equilibrio mutevole tra diversi poteri, senza che nessuna

---

<sup>60</sup> M. Luciani, *L'eclisse della certezza del diritto*.

<sup>61</sup> Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 204.

<sup>62</sup> Afferma V. Onida, *La Costituzione ieri e oggi*, p. 53, che fa parte del «nucleo forte di idee del costituzionalismo», tra le altre cose, il principio di uguaglianza inteso come «canone fondamentale di adeguatezza dei trattamenti giuridici alle situazioni»; v. anche M. Dogliani, *Il ruolo della corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, p. 158. Sulla continua opera di smantellamento, da parte della Corte costituzionale, dei meccanismi legislativi eccessivamente rigidi (presunzioni, automatismi, ecc.), cfr. R. Bin, *Diritti e argomenti*, pp. 88-93; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, pp. 209-213; M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, pp. 179-181.

<sup>63</sup> G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, p. 202.

<sup>64</sup> M. Kumm, *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*; M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, cap. 6; G. Pino, *Il costituzionalismo dei diritti*, cap. 7.

<sup>65</sup> Cfr. C. Lavagna, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, p. 655: «analizzare e penetrare il giudizio di ragionevolezza serve [...] ad illuminare la funzione dei giudici, che deve restare condizionata non solo dalle prescrizioni, spesso affrettate e disordinate, ma anche e soprattutto dalla logica, dalla sensibilità, dalla responsabilità. [...] Il che, mi pare, conduce a risultati molto più consoni alle esigenze di una moderna società democratica in cui la vera sovranità deve attribuirsi alla persuasione, rinunciando a facili dommatismi e a comodi principi di autorità» (corsivi aggiunti); in senso analogo v. anche M. Luciani, *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, p. 177.



singola autorità sia in grado di imporre l'ultima parola. Ovvero – il che è sostanzialmente lo stesso – l'ultima parola, l'esercizio del potere sovrano, è ritardato il più possibile, diluito in un caleidoscopio di vincoli e contropoteri, e in cui all'autorità di prendere decisioni si aggiunge l'onere di fornire adeguate giustificazioni<sup>66</sup>.

Ebbene, tirando adesso le fila di questa breve panoramica, emergono chiaramente le ombre che lo Stato costituzionale proietta sulla certezza del diritto. Queste ombre si possono compendiare, in definitiva, nel fatto che il diritto dello Stato costituzionale è un diritto prevalentemente giurisprudenziale. Non che la legislazione scompaia dal quadro, ovviamente; ma nello Stato costituzionale la produzione legislativa del diritto è quasi sempre solo il passo iniziale di un processo metabolico, al quale partecipano svariate categorie di interpreti – un processo tendenzialmente senza fine, o comunque senza un punto di arrivo precisamente definito, che ha come obiettivo l'elaborazione di una regolamentazione giuridica quanto più possibile conforme ai principi costituzionali.

Ora, dallo specifico punto di vista della certezza del diritto, la diffusa “giurisprudenzializzazione” del diritto contemporaneo porta con sé alcuni problemi. Rispetto alla legge, infatti, il diritto giurisprudenziale è meno facilmente conoscibile per il cittadino: sia nel senso della pura e semplice accessibilità dei provvedimenti giudiziari (peraltro alluvionali e mutevoli), sia perché è frutto di un potere “tecnico” (è del tutto illusorio pensare che un cittadino comune abbia la possibilità di penetrare i tecnicismi di una sentenza della Cassazione, o di certe sentenze interpretative della Corte costituzionale)<sup>67</sup>. Di conseguenza esiste il rischio che il diritto dello Stato costituzionale diventi non solo sempre più giurisprudenziale, ma anche sempre più sapienziale (nel senso di “tecnico”, esoterico, iniziatico): che inseguia la certezza per l'organo dell'applicazione, ma non anche la certezza per il cittadino<sup>68</sup>. E infine, in assenza di precedente vincolante o del diffuso riconoscimento di una speciale autorità interpretativa in capo a un certo organo, il diritto giurisprudenziale vale per definizione solo per il caso concreto: con evidenti ripercussioni sul valore della certezza del diritto, tanto più quando la pratica dell'interpretazione conforme si spinge fino alla disapplicazione della legge da parte dei giudici comuni<sup>69</sup>.

Ovviamente, la certezza è solo *uno* dei valori giuridici (è un valore relativo), specialmente nel contesto dello Stato costituzionale; altri valori, come l'adeguamento del diritto, anche per via interpretativa, alla realtà sociale, e la necessità di evitare soluzioni assurde o gravemente ingiuste, richiedono che il diritto abbia sempre un certo grado di flessibilità. Né è possibile vagheggiare un ritorno alla certezza “illuministica”, tutta incentrata sulla chiarezza e razionalità delle leggi: *quel* legislatore, oggi, è completamente

---

<sup>66</sup> Sull'idea che lo Stato costituzionale rifiuti la logica del primato, della *suprema potestas*, dell'ultima parola, cfr. M. Barberis, *Etica per giuristi*, pp. 78-80; M.R. Ferrarese, *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, spec. pp. 77-82; B. Celano, *I diritti nello Stato costituzionale*, pp. 161-162; M. Fioravanti, *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, pp. 1092-1093; G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, pp. 380-381 (sul diritto dello Stato costituzionale come «cura di molti»); M. Cartabia, *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, p. 187.

<sup>67</sup> V. J. Waldron, *Public Reason and “Justification” in the Courtroom*, pp. 130-134. Nel testo si fa riferimento a un ideale illuministico di legislazione redatta in termini direttamente comprensibili per il cittadino. Ovviamente, questa è oggi un'illusione molto vicina alla petizione di principio. Molte leggi sono formulate in maniera talmente tecnica (oltre che sciatta e imprecisa) da risultare del tutto incomprensibili al “cittadino” (*supra*, § 2.2).

<sup>68</sup> Ad esempio, gran parte della giurisprudenza costituzionale in materia di determinatezza delle norme penali sembra assumere come punto di vista rilevante proprio quello dell'organo dell'applicazione: per stabilire se una norma di legge è sufficientemente determinata, la Corte si chiede se *il giudice* si trovi o meno nella condizione di interpretare/applicare la norma penale senza grandi sforzi interpretativi. Per un esempio di questo atteggiamento, v. Corte costituzionale n. 5/2004.

<sup>69</sup> G. Sorrenti, *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge*.

uscito di scena<sup>70</sup>, se mai è davvero esistito. Ma, come abbiamo già visto, non si può affermare che la certezza del diritto non faccia comunque parte dei valori incorporati nella struttura normativa dello Stato costituzionale.

Allora, pur non esistendo ricette magiche, la cultura giuridica del costituzionalismo contemporaneo può certamente dotarsi di alcuni anticorpi in chiave di certezza del diritto, anche per evitare che lo Stato costituzionale, esasperando alcune sue dinamiche interne, finisca per fagocitare le sue stesse conquiste (in termini di diritti, libertà, eguaglianza, ecc.). Alcuni di questi anticorpi potrebbero consistere nel perseguire un certo grado di stabilità delle interpretazioni giudiziarie<sup>71</sup>, prendendo sul serio la funzione nomofilattica della Cassazione; o nell'esigenza che le pratiche interpretative rispettino i confini del testo legislativo (per quanto malleabile, il dato linguistico non si spinge mai a poter significare *qualsiasi cosa*), e non si spingano fino alla disapplicazione della legge; o in un più ampio ricorso da parte della Corte costituzionale al proprio ruolo di legislatore negativo, dismettendo o limitando la funzione auto-attribuitasi di giurisdizione interpretativa.

Questi anticorpi sono a un tempo banali e problematici (quando una giurisprudenza è “consolidata”? come si stabiliscono “i confini del testo”? le decisioni di accoglimento della Corte non creano forse, almeno temporaneamente, delle lacune nel diritto?). Ma nessuno ha mai detto che il diritto non sia un affare complicato.

## Riferimenti bibliografici

- Aarnio A., *The Rational as Reasonable*, Springer, Dordrecht, 1987.
- Alchourrón C., Bulygin E., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica* (1971), Giappichelli, Torino, 2005.
- Alexander L., Sherwin E., *The Rule of Rules. Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Duke University Press, Durham, 2001.
- Barberis M., *Etica per giuristi*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- Bayón J.C., *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas*, in «Doxa», 19, 1996, pp.143-162.
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.
- , *Che cos'è la Costituzione?*, in «Quaderni costituzionali», 2007, 1, pp. 11-52.
- Bobbio N., *La certezza del diritto è un mito?*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 1951, 1, pp. 146-152.
- , *Il positivismo giuridico* (1961), Giappichelli, Torino, 1996.
- Calamandrei P., *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1955, pp. 252 ss.
- Camerlengo Q., *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002.
- Cartabia M., *Diritto amministrativo e diritti fondamentali*, in L. Torchia (a cura di), *Attraversare i confini del diritto. Giornata di studio dedicata a Sabino Cassese*, Il Mulino, Bologna, 2016, pp. 169-189.
- Cassese S., *Eclissi o rinascita del diritto?*, in P. Rossi (a cura di), *Fine del diritto?*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 29-36.
- Cattaneo M.A., *Illuminismo e legislazione*, Comunità, Milano, 1986.
- Celano B., *Publicity and the Rule of Law*, in L. Green, B. Leiter (eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law*, Volume 2, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 122-147.
- , *I diritti nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2013.
- , *Rule of Law e particolarismo etico*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 235-285.
- Cohen-Eliya M., Porat I., *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- Corsale M., *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. VI, 1988.
- Danziger S., Leva J., Avnaim-Pesso L., *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences», vol. 108, 2011, 17, pp. 6889-6892.

<sup>70</sup> U. Scarpelli, *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*; N. Irti, *L'età della decodificazione*.

<sup>71</sup> J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, p. 28.

- Diciotti E., *Il concetto e i criteri della validità normativa*, in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 303-351.
- , *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino, 1999.
- Dogliani M., *Diritto costituzionale e scrittura* (1997), in Id., *La ricerca dell'ordine perduto. Scritti scelti*, il Mulino, Bologna, 2016.
- , *Il ruolo della corte costituzionale nel processo di deformalizzazione dell'ordinamento giuridico*, in *Associazione per gli studi e le ricerche parlamentari*, Quaderno n. 11, Seminario 2000, Giappichelli, Torino, 2001.
- Dworkin R., *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in Id., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard U.P., Cambridge (MA), 1996, pp. 1-38.
- Endicott T., *The Value of Vagueness*, in A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 14-30.
- Fassò G., *Società, legge e ragione*, Comunità, Milano, 1974.
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007.
- , *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014.
- Ferrarese M.R., *Dal «verbo» legislativo a chi dice «l'ultima parola»: le corti costituzionali e la rete giudiziaria*, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2011, pp. 63-89.
- Fioravanti M., *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2014<sup>3</sup>.
- , *Legge e costituzione: il problema storico della garanzia dei diritti*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico», vol. 43, t. 1, 2014, pp. 1077-1094.
- Frank J., *Law and the Modern Mind* (1930), Stevens & Sons, London, 1949.
- Fuller L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven (CT), 1965.
- Gianformaggio L., *Certezza del diritto* (1986), in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008.
- Gometz G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Grossi P., *Sulla odierna 'incertezza' del diritto* (2014), in Id., *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2015.
- Guastini R., *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in «Le Regioni», 1986, pp. 1090-1102.
- , *Diritto mite, diritto incerto*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVI, 1996, pp. 513-525.
- , *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004.
- , *Conoscere il diritto. Un inventario di problemi*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 13, 2013, pp. 513-536.
- Irti N., *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979.
- , *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016.
- Itzcovich G., *Sulla metafora del diritto come macchina*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 9/2009, pp. 379-384.
- Jori M., Pintore A., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014.
- Kelsen H., *La garanzia giurisdizionale della costituzione (la giustizia costituzionale)* (1928), in Id., *La giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1981, pp. 143-206.
- , *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), ETAS, Milano, 1966.
- Kumm M., *The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review*, in «Law & Ethics of Human Rights», vol. 4, 2, 2010, pp. 142-175.
- Lavagna C., *Ragionevolezza e legittimità costituzionale* (1973), in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 637-656.
- Lipari N., *I civilisti e la certezza del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 2015, 4, pp. 1115-1143.
- Lombardi Vallauri L., *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1967.
- Lopez de Oñate F., *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano, 1968.
- Luciani M., *Corte costituzionale e unità nel nome dei valori*, in R. Romboli (a cura di), *La giustizia costituzionale a una svolta*, Giappichelli, Torino, 1991, pp. 170 ss.
- , *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in G. Brunelli, G. Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 31-72.
- , *L'eclissi della certezza del diritto*, in «Libero osservatorio del diritto», 1, 2015.
- , *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, 2016, pp. 391-476.
- Luzzati C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999.
- , *La certezza del diritto ai tempi delle costituzioni rigide*, in M. D'Amico, B. Randazzo (a cura di), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 1205-1223.
- MacCormick N., *A Moralistic Case for A-Moralistic Law*, in «Valparaiso University Law Review», vol. 20, 1985, pp. 1-41.

- Marcenò V., *La mutata prospettiva della giurisdizione costituzionale: una giurisdizione d'interpretazione non priva di limiti*, in «Democrazia e diritto», n. 1-2, 2012, pp. 296-308.
- Moreso, J.J. 2012. *Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality*, in J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (eds.), *The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility*, Oxford University Press, Oxford, pp. 225-237.
- Onida V., *La Costituzione ieri e oggi*, il Mulino, Bologna, 2008.
- Peczenik A., *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht, 1989, 2008<sup>2</sup>.
- Pino G., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2010.
- , *Positivism, Legal Validity, and the Separation of Law and Morals*, in «Ratio Juris», vol. 27, 2014, pp. 190-217.
- , *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2016.
- , *Legalità penale e Rule of Law*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016, pp. 177-233.
- , *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 2018.
- Raz J., *Legal Principles and the Limits of Law*, in «Yale Law Journal», vol. 81, 1972, pp. 823-854.
- , *The Rule of Law and Its Virtues* (1977), in Id., *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, 2009<sup>2</sup>, pp. 210-229.
- Rescigno G.U., *Del preteso principio secondo cui spetta ai giudici ricavare principi dalle sentenze della Corte e manipolare essi stessi direttamente le disposizioni di legge per renderle conformi a tali principi*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2009, pp. 2412-2418.
- Ruggeri A., Salazar C., *Certeza del diritto*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano, 2006.
- Scarpelli U., *Dalla legge al codice, dal codice ai principi*, in «Rivista di filosofia», 1987, pp. 3-15.
- Schauer F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- Sorrenti G., *Corte costituzionale, giudici e interpretazione ovvero... l'insostenibile leggerezza della legge*, in A. Ruggeri (a cura di), *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, ESI, Napoli, 2006, pp. 465-496.
- Tarello G., *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione* (1977), in Id., *Dottrine del processo civile*, il Mulino, Bologna, 1989, pp. 241-261.
- von Hayek F.A., *The Constitution of Liberty*, University of Chicago Press, Chicago, 1960.
- Waldron J., *Normative (or Ethical) Positivism*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- , *Public Reason and "Justification" in the Courtroom*, in «Journal of Law, Philosophy and Culture», vol. 1, 2007, pp. 107-134.
- , *Vagueness and the Guidance of Action*, in A. Marmor, S. Soames (eds.), *Philosophical Foundations of Language in the Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 58-82.
- , *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in «Michigan Law Review», vol. 111, 2012, pp. 1-31.
- , *Il Rule of Law e l'importanza della procedura*, in G. Pino, V. Villa (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, il Mulino, Bologna, 2016.
- Zagrebelsky G., *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- Zagrebelsky G., Marcenò V., *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna, 2012.