Salvatore Amato (1953) è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Catania.

Alberto Andronico (1967) è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Catania.

Giovanni Bombelli (1967) è professore associato di Filosofia del diritto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

Alessio Lo Giudice (1977) è professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi di Messina.

"'Ma quello non è Bruno Montanari?' Ricordo ancora il momento in cui Annamaria Lisitano, che non è più con noi ma che avrebbe scritto pagine molto più belle delle mie in omaggio a Bruno, mi indicava un trafelato Bruno Montanari che, con l'immancabile 'bagaglio a mano', varcava i cancelli di Villa Cerami per effettuare la 'presa di servizio' come professore straordinario in quel Dipartimento di Giurisprudenza in cui avrebbe non solo insegnato per trent'anni, ma di cui sarebbe stato uno straordinario Direttore di Dipartimento, avviando un radicale cambiamento dell'organizzazione didattica (era il periodo del 'Processo di Bologna', l'attuazione della Magna Charta universitaria europea decisa dalla convenzione di Lisbona), ma anche della struttura edilizia (l'attuale Polo di via Roccaromana, oltre alla valorizzazione e nuova dislocazione dell'emeroteca)."

Salvatore Amato

In copertina:
Anna Spagna, *Reflections in movement*, 2021

Mimesis Edizioni
Antropologia della libertà
www.mimesisedizioni.it

36,00 euro

ISBN 978-88-5757-227-7

S. AMATO - A. ANDRONICO - G. BOMBELLI - A. LO GIUDICE (A CURA DI) **DIRITTO, POTERE E LIBERTÀ**

MIMESIS

DIRITTO, POTERE E LIBERTÀ

SCRITTI IN ONORE DI BRUNO MONTANARI

A CURA DI SALVATORE AMATO, ALBERTO ANDRONICO, GIOVANNI BOMBELLI E ALESSIO LO GIUDICE

Qualche anno fa si sono tenute presso l'Auditorium dell'ex Chiesa della Purità dell'Università di Catania due giornate in onore di Bruno Montanari. Questo testo raccoglie le quattro relazioni presentate in quell'occasione e tanti altri contributi che costituiscono un'ideale prosecuzione della discussione che ne è seguita. Bruno Montanari, per tutti coloro che hanno preso la parola nel corso di quelle giornate, è stato un amico e per molti un maestro. È stata una fortuna averlo incontrato lungo il nostro cammino. E queste pagine sono un tentativo, speriamo riuscito, di ringraziarlo.

MIMESIS / ANTROPOLOGIA DELLA LIBERTÀ

MIMESIS / ANTROPOLOGIA DELLA LIBERTÀ

N. 17

Collana diretta da Sergio Ubbiali, Alberto Andronico *e* Paolo Heritier

COMITATO SCIENTIFICO
Salvatore Amato (Università di Catania), Luigino Bruni (Università LUMSA di Roma), Fabio Ciaramelli (Università di Napoli Federico II), Jean-Pierre Dupuy (Stanford University), János Frivaldszky (Pázmány Péter Catholic University, Budapest), Peter Goodrich (Cardozo School of Law, New York), Maurizio Manzin (Università di Trento), Flavia Monceri (Università del Molise), Bruno Montanari (Università di Catania e Cattolica di Milano), Philippe Nemo (ESCP Europe, Paris), Patrick Nerhot (Università di Torino), Pierangelo Sequeri (Facoltà di Teologia dell'Italia Settentrionale), Roberto Salizzoni (Università di Torino), Aldo Schiavello (Università di Palermo), Francesco Tomatis (Università di Salerno), Federico Vercellone (Università di Torino), Ugo Volli (Università di Torino)

Il discorso contemporaneo sull'umano appare, se non letteralmente impossibile, dissolto in una pluralità di figure contraddittorie e settoriali. Non è infatti configurabile qualche elemento, riconoscibile e condivisibile da tutti, mediante il quale l'umanità chiarisca a se stessa cosa significhi essere uomo. L'antropologia si presenta come inevitabilmente legata a un "conflitto delle antropologie", ritenuto irriducibile, tra contrapposte istanze religioso-culturali, tecno-scientifiche, politico-economiche. Tale situazione, di per sé paradossale, non impedisce che uomini concreti ogni giorno vivano, soffrano, edifichino, distruggano quel che è interno all'uomo e quel che lo circonda.

Nell'abitare la contraddizione, senza illudersi di poter sfuggire a tale condizione epocale, la collana intende configurare l'esperienza possibile della sempre controversa libertà dell'uomo quale cifra dell'umano, mediante il prisma reticolare delle discipline, dei problemi, dei linguaggi, delle forme espressive che la rifrangono in colori e visioni sempre diverse. Dall'economia al diritto, dalla politica alla filosofia, dalla scienza alla religione, dalla tecnologia alla comunicazione e all'estetica, la possibilità dell'antropologia come discorso concreto intorno all'uomo appare ancora un progetto interamente da fare, eppure da sempre in atto ogni volta che un singolo essere umano vede la luce.

DIRITTO, POTERE E LIBERTÀ

Scritti in onore di Bruno Montanari

A cura di
Salvatore Amato, Alberto Andronico,
Giovanni Bombelli e Alessio Lo Giudice

MIMESIS

Volume pubblicato con il contributo del progetto di ricerca “Ecologia e diritto” finanziato dall’Università degli Studi di Catania.

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Antropologia della libertà*, n. 17
Isbn: 9788857572277

© 2022 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383

INDICE

Presentazione 9

RELAZIONI DI APERTURA

Per Bruno Montanari
Francesco Cavalla 13

Politica, autorità e potere
Francesco D'Agostino 19

Montanari
Mario Jori 33

Fragilità del potere, il tuo nome è uomo?
A proposito di un libro di Bruno Montanari (ma anche, en passant, a proposito di filosofia del diritto)
Eugenio Ripepe 61

SAGGI

Da Puchta alla Blockchain: effettività ed efficacia
Salvatore Amato 87

Nella bottega del Professore: le lezioni di Bruno Montanari
Alberto Andronico 103

"Ragion critica" come metodo: diritto, etica e potere. Dialogando con Bruno Montanari
Giovanni Bombelli 121

La filosofia del diritto come teoria "e" critica della regolazione sociale
Fabio Ciaramelli 143

Illogicità manifesta e senso comune nel metagiudizio di legittimità
Angelo Costanzo 151

In tema di obbligatorietà. Ripartendo dal Critone
Stefano Fuselli 163

Ancora sui principi di necessità nella tutela dell'ambiente e dei diritti: il ruolo del Giudice amministrativo
Michele Greco 177

Sulla "costituzione filosofica" del diritto
Tommaso Greco 193

La telefonata, il concorso, il potere. Lampi di libertà nell'Accademia
Paolo Heritier 203

Il potere debole, i diritti forti. A partire da un libro di Bruno Montanari
Antonio Incampo 223

La promessa della libertà e l'inganno del potere
Alessio Lo Giudice 235

Le ragioni della tolleranza e il bilanciamento con la giustizia
Fabio Macioce 253

Algoritmi o giudizi. A margine di un libro di Bruno Montanari non (ancora) scritto
Giovanni Magrì 271

L'argomento della "terza via" e la disputa su identità e differenze
Maurizio Manzin 317

Bruno. Disincanto come metodo creativo
Gabriele Molinari 331

Della certezza (del diritto)
Giorgio Pino 341

… A partire da G.F. Puchta. Intorno alla filosofia del diritto italiana del XIX secolo
Alberto Scerbo 359

Il pensiero giuridico allo stato mitico: un'epopea tragica
Lorenzo Scillitani 385

L'osservatore e lo spettatore. In margine ad alcune letture gius-sindacali di Bruno Montanari
Guglielmo Siniscalchi 399

Incertezza scientifica e nuove responsabilità individuali nella pandemia
Mariachiara Tallacchini 411

Paradigmi riduzionistici del diritto moderno e postmoderno
Barbara Troncarelli 427

SAGGI

Giorgio Pino

DELLA CERTEZZA (DEL DIRITTO)

1. *Incertezze sulla 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[1].

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

1 Sulla certezza del diritto come valore giuridico fondamentale, e perfino costitutivo della giuridicità, N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1951, 1, 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*, *op. cit.*, p. 259; G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Comunità, Milano 1974, p. 111; L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in Ead., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino 2008, p. 84 ("il diritto per questo esiste, per esser certo"). 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*.

sapienziale e giurisprudenziale[2]. 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[3].

Infine, 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 a una analisi poco meno che superficiale prende a dissolversi "come un fantasma"[4]. Con la conseguenza, paradossale, che la certezza del diritto risulta essere un concetto strutturalmente incerto.

---

2 Una posizione di questo tipo è paradigmaticamente espressa da P. Grossi, *Sulla odierna "incertezza" del diritto* in P. Grossi*, Ritorno al diritto,* Laterza, Roma-Bari 2015; N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto* in "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 2015, 4, pp. 1115-1143. Ma v. già G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*. *Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino 1992, 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".

3 Questa è la nota tesi di J. Frank, *Law and the Modern Mind,* Stevens & Sons, London 1949 (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. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford University Press, Oxford 1991, pp. 139-140.

4 Così si esprimeva Giovanni Tarello a proposito del concetto di "azione": v. *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, in G. Tarello, *Dottrine del processo civile*, il Mulino, Bologna 1989, pp. 241-261.
Che la certezza del diritto sia un concetto ingannevolmente semplice è notato anche da M. Jori, A. Pintore, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2014, 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*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 7-13.

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[5], 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[6].

Qui di seguito proverò a delineare una definizione del *concetto* di certezza del diritto (§ 2); poi indicherò un elenco delle condizioni che permettono di realizzare o incrementare la certezza del diritto – le *condizioni* di certezza[7] (§ 3); 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 (§ 4).

---

5 La necessità di distinguere tra certezza come fatto e certezza come valore è stata evidenziata da L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*, p. 83, e successivamente è diventata pressoché imprescindibile quantomeno nelle analisi teorico-generali della certezza: v. a es. E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino 1999, p. 5; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*. *Saggio sulla certezza del diritto,* Giuffrè, Milano 1999, p. 252; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, *op. cit.*, pp. 25 ss.

6 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*, § 4).

7 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 Teoria del garantismo penale,* Laterza, Roma-Bari 1989, cap. 1 (su concetto e criteri di verità); E. Diciotti, *Il concetto e i criteri della validità normativa* in L. Gianformaggio, M. Jori (a cura di)*, Scritti per Uberto Scarpelli, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 303-351a* (su concetto e criteri di validità); C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, *op. cit.*, (su concetto e criteri di certezza).

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

2.1. *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") a una o più conseguenze giuridiche[8]: 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: a 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.

8 Cfr. G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, *La norma giuridica*, ETS, Pisa 2016. cap. 2. Per una riformulazione della certezza del diritto in questa chiave v. anche F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, 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*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 32-35.

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[9]. 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 (§ 3); 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 a 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 (a 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 vieta di sviluppare concetti e tecniche di indagine appropriati a questo tipo di situazioni[10]. Ma chiaramente non si tratterebbe di certezza *del diritto*[11].

9 Per alcuni esempi, P. Calamandrei, *La funzione della giurisprudenza nel tempo presente*, *op. cit.*, p. 259; L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, pp. 567 ss; N. Irti, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 94; M. Corsale, *Certezza del diritto I) Profili teorici* in *Enciclopedia giuridica. vol. VI, 1988*; R. Guastini, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?* in "Le Regioni", 1986, pp. 1090-1102; G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, *op. cit.*

10 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*. in "Proceedings of the National Academy of Sciences", vol. CVIII, 2011, 17, pp. 6889-6892.

11 C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, *op. cit.*, 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/

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[12].

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[13]. Un altro modo

correttezza morale delle decisioni giuridiche: v. ad es. A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, Springer, Dordrecht 1987, pp. 3 ss.; A. Peczenik, *On Law and Reason*, Springer, Dordrecht 2008, pp. 24-25.

12 L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*, p. 85; E. Diciotti, *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Giappichelli, Torino 1999. pp. 8-12.

13 In senso analogo v. L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*, 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*, *op. cit.*, pp. 81-82; C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore*, *op. cit.*, pp. 274-275 (sulla

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[14].

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

2.2. *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

certezza come "controllabilità"); J. Waldron, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in "Michigan Law Review", vol. CXI, 2012, pp. 13-14 ("principled predictability").

14 L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*

sistema giuridico – per realizzare i suoi scopi, per essere obbedito, il diritto deve essere conosciuto dai suoi destinatari[15].

Ma non è tutto. Se è vero che il diritto è un fenomeno normativo (un ordinamento della condotta umana, una "specifica tecnica sociale"[16]), 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 abbatterà, 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 concettuologia del *Rule of Law*) punire soggetti che non siano stati debitamente informati sul disvalore del loro comportamento[17]. 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[18]. 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.

---

15 M. Corsale, *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in Enciclopedia giuridica. Vol. VI, 1988, p. 2; M. Luciani, *L'eclissi della certezza del diritto*.

16 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, ETAS, Milano 1966, p. 26.

17 J. Raz, *The Rule of Law and Its Virtues in* J. Raz*, The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 210-229; G. Pino, *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 (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*, *op. cit.*

18 B. Celano, *Publicity and the Rule of Law* in L. Green, B. Leiter (a cura di)*, Oxford Studies in Philosophy of Law.*, vol. II*,* Oxford University Press, Oxford 2013 pp. 122-147.; M. Luciani, *L'eclissi della certezza del diritto*, p. 1.

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 a un quadro giuridico certo, le scelte interpretative dell'organo dell'applicazione sono più limitate di quelle che esso potrebbe avere in un contesto di incertezza. E di conseguenza la certezza del diritto rende anche più "controllabili" le decisioni degli organi dell'applicazione.

3. *Condizioni di (in)certezza*

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[19]. 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)[20].

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'ap-

19 Per questo apparato concettuale, v. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi,* Giuffrè, Milano, 2004; G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, *op. cit.*, cap. 1.

20 Uno spunto analogo in L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, *op. cit.*, pp. 574-580, dove distingue tra "certezza dell'esistenza" (di una fonte) e "certezza del contenuto".

plicazione[21]. 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), 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[22]. 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

21 G. Pino, *Teoria analitica del diritto I*, *op. cit.*, cap. 2. Questa distinzione di prospettive sembra affiorare anche nell'analisi della certezza del diritto svolta da L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*.

22 L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*, 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".

condivisione di criteri normativi. Qui conviene invertire l'ordine seguito finora, e cominciare dall'organo dell'applicazione, o destinatario secondario.

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"[23]. 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$_a$) chiarezza nella formulazione degli enunciati normativi; tendenziale preferenza per una normazione "per regole", anziché per principi, standards e clausole generali[24]; presenza di automatismi giuridici che evitino di ricorrere a giudizi caso per caso (finzioni, presunzioni, ecc.);

2$_a$) chiarezza nel coordinamento tra testi normativi (a esempio limitando al minimo l'abrogazione innominata o per incompatibilità, o formule abrogative come "e successive modificazioni"[25]); 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[26];

3$_a$) chiarezza nei rapporti gerarchici tra le varie fonti, e consenso tra i vari operatori su tali rapporti;

---

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

24 J. Raz, *Legal Principles and the Limits of Law*, in "Yale Law Journal", vol. LXXXI, 1972 p. 841; F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, pp. 137-145.

25 Corte costituzionale n. 292/1984.

26 Sull'importanza della "riserva di codice" in particolare nel diritto penale, v. L. Ferrajoli, *Il paradigma garantista*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014., pp. 215-228.

4$_a$) tendenziale completezza della disciplina giuridica, meccanismi "automatici" per colmare le lacune (norma generale esclusiva, *in dubio pro reo*, ecc.);

5$_a$) condivisione di criteri interpretativi e argomentativi, e del loro ordine di preferenza;

6$_a$) 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[27], e ciò presuppone che essi, normalmente, siano in grado di individuare il contenuto del diritto in maniera affidabile. A tal fine, è ne-

27 Cfr. J. Waldron, *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. È certamente possibile che per i destinatari primari, i "cittadini", l'individuazione del diritto sia occasionalmente mediata da esperti in materie 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.

cessario 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[28].

28 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.

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

1_b) 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_b) 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[29];

3_b) limitazione o tendenziale esclusione della legislazione retroattiva; chiarezza nella regolamentazione dei regimi giuridici intertemporali;

4_b) 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 che contengono rinvii a catena ad altri enunciati[30]: 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 (a 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[31].

---

29 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.

30 R. Guastini*, Conoscere il diritto. Un inventario di problemi* in "Diritto & Questioni pubbliche", 13, 2013, pp. 513-536.

31 T. Endicott, *The Value of Vagueness*, in A. Marmor, S. Soames (a cura di), Philosophical Foundations of Language in the Law, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 14-30.

5_b) uso, da parte degli operatori giuridici, di tecniche interpretative aderenti alla lettera della legge, o al significato "ovvio" degli enunciati legislativi[32];

6_b) formazione di indirizzi interpretativi stabili e consolidati; esistenza di una speciale autorità interpretativa diffusamente riconosciuta;

7_b) 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_b) tendenziale sovrapposizione tra regolazione giuridica e valori morali ampiamente condivisi nella comunità di riferimento; a esempio, va a detrimento della certezza del diritto l'esistenza di fattispecie di reato altamente "artificiali"[33].

4. *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);

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

33 L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, *op. cit.*, p. 81; Corte costituzionale n. 364/1988.

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 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 (a 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'irre-

troattività: 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_b) 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)[34]. A volte un diritto "elastico", formulato per standards e clausole generali, può realizzare obiettivi socialmente apprezzabili meglio di un diritto certo ma rigido[35]. E certamente il valore della certezza può essere più

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

35 T. Endicott, *The Value of Vagueness in* A. Marmor, S. Soames (a cura di)*, Philosophical Foundations of Language in the Law,* Oxford University

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 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 a una valutazione equitativa[36].

Press, Oxford 2011, pp. 14-30; J.J. Moreso, *Legal Defeasibility and the Connection between Law and Morality* J. Ferrer Beltrán, G.B. Ratti (a cura di), The Logic of Legal Requirements. Essays on Defeasibility, Oxford University Press, Oxford 2012.

36 Su questo problema, F. Schauer, *Playing by the Rules*, *op. cit.*, pp. 196 ss; J.C. Bayón, *Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas* in "Doxa", 19, 1996, pp. 143-162; B. Celano, *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.

Finito di stampare
nel mese di maggio 2022
da Geca Industrie Grafiche – San Giuliano Milanese (MI)