

Premessa

Parafrasando Walter Benjamin¹, potrebbe osservarsi che la lucida coscienza disperata di stare nel mezzo di una crisi è qualcosa di cronico negli studi sulla certezza del diritto: un bene che, specialmente in Italia, viene rappresentato come straordinariamente valetudinario, quando non addirittura inattuabile². L'argomento più frequentemente adoperato dai critici è, più o meno, così riassumibile: la certezza del diritto è un mito (l'ha mostrato Kelsen evidenziando l'elemento creativo insito in ogni "applicazione" del diritto; lo ribadisce ogni giorno la pratica giuridica; lo rivela la necessità di adattare il diritto alle sempre mutevoli esigenze sociali), *dunque* non ha senso parlarne oltre, vagheggiarne l'attuazione né tesserne le lodi³. In opposizione a quest'ormai radicato atteggiamento di fatalistico scetticismo sulla certezza – non privo di alcuni sconfinamenti nell'irrazionalismo giuridico – ho intrapreso vent'anni or sono un percorso di ricerca iniziato con la pubblicazione della monografia "La certezza giuridica come preve-

¹ Si veda il motto riportato in esergo a questo libro; cfr. Benjamin, W., *Parigi capitale del XIX secolo*, a cura di Fortini, A., Einaudi, Torino 1986, p. 701.

² Il classico lavoro di Lopez de Oñate sulla certezza giuridica, del 1942, dà conto di giudizi circa la crisi del (la certezza del) diritto diffusi tra i giuristi italiani già dai primi decenni del XX secolo; cfr. Lopez de Oñate, F., *La certezza del diritto*, Gismondi, Roma 1942.

³ La critica della certezza giuridica, in Italia, si fonda sovente su luoghi comuni ben rappresentati in opere come *Caso e incertezza del diritto*, di Feliciano Benvenuti, forse il manifesto della concezione ingenua di (in)certezza diffusa in Italia. Vengono così riproposte tesi ben note: «L'interprete non avrebbe motivo di esistere sulla legge fosse certa. *In claris non fit interpretatio*, ma sfortunatamente, la chiarezza o, meglio, la certezza della legge non esiste e perciò è necessaria la *interpretatio* come ricerca di quella verità che non solo non traspare, ma spesso le manca al suo interno» (Benvenuti, F., *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di M. S. Giannini*, II, Giuffrè, Milano 1988, p. 32); o: «La previsione socio-legale appartiene all'utopia» (*ibidem*, p. 40); o ancora: «L'incertezza è, allora, la caratteristica naturale del diritto in quanto vivo ordinamento» (*ibidem*, p. 41). Si tratta, come si vede, di argomenti addirittura banali nella loro incontrovertibilità, ma solo ove si accolga una nozione assoluta di certezza/incertezza quale quella che intendo contestare in questo lavoro.

dibilità” nella collana “Analisi e diritto” dell’editore Giappichelli⁴, e proseguito con una serie di saggi dedicati all’analisi di specifici aspetti della nozione di certezza del diritto o alla sua relazione con altri concetti giuridici e politici di varia sorta. In quelle opere ho tentato un *revival* della certezza giuridica proponendone una ridefinizione in termini di concetto relativo e scalare, anziché assoluto e “tutto-o-niente”. Ho in particolare associato la certezza del diritto alla disposizione, più o meno spiccata e diffusa, alla previsione delle conseguenze giuridiche effettivamente ricollegate ad atti o fatti. Proprio a questa prevedibilità è invero usualmente ricondotto il valore normativo della certezza del diritto: apprezziamo il diritto in quanto certo perché, e nella misura in cui, ci consente una più accorta, informata e direi pure *serena* pianificazione delle nostre scelte pratiche e, dunque, delle nostre vite. Possiamo infatti conoscere *ex ante*, almeno con qualche approssimazione, sia le reazioni degli organi giuridici ai nostri o agli altrui comportamenti, sia i limiti di ciò che del diritto costituisce il *principium individuationis* più conturbante, ancorché indispensabile: la *coercizione*, intesa come controllo esclusivo di tutti gli usi potenziali o attuali della forza fisica esplicabile socialmente. Un diritto certo, dunque, è un diritto di cui sono noti prima di tutto i confini – che sono poi gli stessi che delimitano gli spazi di libertà degli individui *dal* diritto – e in secondo luogo le manifestazioni concrete ed esperibili, date da tutti gli effetti di norme, decisioni e atti giuridici che sortiscono un qualche impatto sulla realtà. Per contro, un diritto imprevedibile nelle sue applicazioni concrete è indesiderabile in quanto lascia gli individui in balia di decisioni giuridiche il cui contenuto non può essere ragionevolmente anticipato, con la conseguente possibilità che la propria condizione, il proprio status, il proprio patrimonio, i propri progetti e ideali di vita vengano compromessi in modo inopinato, improvviso e irrimediabile. Peggio ancora, un diritto incerto è un diritto nel quale gli spazi di libertà – dunque prima di tutto gli ambiti del giuridicamente lecito, del consentito e dell’irrelevante – hanno confini così sfocati ed evanescenti da dissolversi in un’indistinta penombra (nel senso di Hart) in cui gli individui brancolano alla cieca, paralizzati dal timore di urtare inavvertitamente contro leviatani giuridici titolari di poteri coercitivi esercitati in modo tanto imprevedibile, aleatorio e apparentemente capriccioso quanto irresistibile.

⁴Cfr. Gometz, G., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005. Il volume venne in seguito tradotto in spagnolo da Diego Moreno Cruz e Diego Dei Vecchi e pubblicato nel 2012 dall’editore Marcial Pons; cfr. Gometz, G., *La certeza jurídica como previsibilidad*, Marcial Pons Madrid 2012.

In questa monografia intendo per l'appunto concentrarmi sulla faccia "oscura" della questione della certezza giuridica, ossia la sua carenza, il suo difetto, la sua negazione, quella insomma che potremmo fin d'ora chiamare l'*incertezza* del diritto. Vorrei in particolare chiarire come mai questa incertezza sia un male e, correlativamente, quali siano i costi da sopportare ove si approdi alla conclusione, oggi sfortunatamente molto *en vogue*, secondo cui la possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche delle azioni sia un valore di second'ordine, sempre sacrificabile in vista della necessità di tutelare beni etico-politici di nuova emergenza e/o di rango più elevato.

Un *caveat* per il lettore. Questa trattazione, diversamente da quelle che in precedenza ho dedicato all'argomento, tralascia buona parte delle dispute teoriche che hanno caratterizzato l'evoluzione del concetto di certezza del diritto, impiegandone una versione deliberatamente semplificata e per così dire "realista" (certezza come disposizione *di fatto* a prevedere *fatti*). Questo lavoro è rivolto infatti soprattutto a un pubblico di giuristi positivi e studenti universitari di materie giuridiche, normalmente più interessati alla dimensione pratico-operativa dei concetti che alla loro genealogia. Anche per questo motivo, note e apparato bibliografico saranno limitati ai riferimenti indispensabili.

Articolerò il mio discorso sull'incertezza del diritto in quattro capitoli.

Nel primo introdurrò la nozione di certezza del diritto come prevedibilità delle conseguenze giuridiche di atti o fatti e illustrerò alcune ragioni per trattarla in termini di concetto fattuale e questione di grado piuttosto che come concetto normativo e "tutto-o-niente".

Nel secondo capitolo tratterò la questione della giustificazione della certezza giuridica in rapporto alla giustizia formale, a quella sostanziale, alla democrazia e all'efficienza economica, e proverò a evidenziare alcuni specifici (e tragici) inconvenienti di un elevato importo di incertezza del diritto.

Nel terzo capitolo proporrò una serie di condizioni d'uso del termine "certezza del diritto" con l'obiettivo di favorire un previo accordo sulle modalità e sull'oggetto dei controlli empirici volti ad appurare il grado della sua occorrenza/carenza in una situazione data.

Nel quarto capitolo elencherò una serie di fattori che determinano delle variazioni in positivo o in negativo del grado di certezza di un diritto o di una particolare disciplina normativa e ricaverò una sorta di conclusione contro lo scetticismo più o meno interessato di chi, da decenni, proclama la crisi di questo fondamentale presidio di civiltà giuridica o ne ravvisa la

subordinazione alle più svariate esigenze etico-politiche sostanziali. Ho idea infatti che solo un diritto sufficientemente certo e stabile possa funzionare come strumento di controllo della ragione umana su una realtà in cui la fatale, imprevedibile casualità degli eventi viene almeno in parte sostituita da una causazione intenzionale, finalizzata e *intelligente* nel senso più alto del termine.

Mi ostino a sperare che questo limitato dominio dell'azione giuridicamente regolata sul mondo continui a dare alla preoccupata umanità di cui scrive Benjamin, se non proprio la certezza del futuro, almeno un suo surrogato piuttosto rassicurante.

Cagliari, giugno 2024