

A proposito di certezza del diritto

Riccardo Guastini*

Sommario

Commentando un libro di Humberto Ávila sulla certezza del diritto, l'autore analizza alcuni dei concetti e dei problemi coinvolti, tra i quali il concetto stesso di certezza, la struttura normativa e istituzionale dello stato liberale di diritto, le condizioni della certezza, nonché alcuni ostacoli alla certezza. L'autore analizza altresì i principi costituzionali da cui il principio (per lo più implicito) di certezza giuridica può essere desunto, così come le sue ulteriori implicazioni. Secondo l'autore, il tema della certezza giuridica è una sorta di *Aleph* (nel senso di Borges) dal quale molti problemi centrali della moderna teoria del diritto si intrecciano e si mostrano in tutta la loro evidenza.

Parole chiave: Certezza del diritto. Stato liberale di diritto.

Abstract

Commenting on a book on legal certainty by Humberto Ávila, the author analyzes some of the concepts and problems involved in the issue, including the concept of certainty itself, the rule of law and the normative and institutional structure of a liberal state, the conditions of certainty, as well as several obstacles to certainty. The author also analyzes the constitutional principles from which the (mostly implicit) principle of legal certainty can be derived, as well as its further implications. He argues that the issue of legal certainty is a kind of *Aleph* (in the sense of Borges) where a great deal of central intertwined problems of modern legal theory are evident.

Keywords: Legal Certainty. Rule of Law. Liberal State.

* Istituto Tarello per la Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università degli Studi di Genova, Via Balbi 30/18, 16126, Genova, Italia, guastini@unige.it.

Premessa

La letteratura in tema di certezza del diritto occupa un'intera biblioteca. In questa vasta biblioteca immaginaria il ponderoso volume di Humberto Ávila, *Teoria della certezza del diritto* (in corso di stampa per i tipi dell'editore Giappichelli, Torino), riveste una importanza speciale.

Sebbene si presenti soprattutto come un lavoro dogmatico sulla costituzione brasiliana e specificamente sul diritto tributario brasiliano (di cui l'autore è un riconosciuto specialista), il libro ha senza dubbio una portata teorico-generale. Ed è probabilmente lo studio più vasto e sistematico in materia condotto con metodo analitico.

Humberto Ávila (HÁ di qui in avanti) decostruisce la certezza del diritto, riducendola ai suoi elementi costitutivi, e mostrandone tutte le sue molteplici dimensioni, sia concettuali sia istituzionali.

1. Il concetto di certezza giuridica

Nella tradizione teorica e dogmatica prevalente – di ascendenza illuministica e giuspositivistica – il diritto è certo se, e solo se, ciascuno può prevedere con ragionevole precisione le conseguenze giuridiche delle proprie azioni, o comunque può conoscere *ex ante* i limiti e i modi dell'esercizio dei poteri coercitivi dello stato. HÁ elabora un concetto di certezza giuridica assai più articolato, entro un contesto teorico moderatamente “realistico” (nel senso del realismo giuridico) in materia di interpretazione.

A suo avviso, il diritto può dirsi “certo” a condizione che sia: (a) conoscibile e intelligibile, (b) affidabile, e (c) calcolabile.

- (a) La conoscibilità del diritto solleva due distinti problemi: conoscibilità dei testi normativi e conoscibilità del loro significato, i.e. delle norme, rispettivamente. I testi normativi sono conoscibili quando siano (ovviamente) pubblicati e accessibili. Le norme, a loro volta, sono conoscibili non solo quando i testi normativi siano intelligibili in virtù della loro formulazione, ma quando, inoltre, la loro interpretazione sia guidata da metodi interpretativi e strategie argomentative noti e intersoggettivamente controllabili. A queste condizioni, il diritto può essere (relativamente) conoscibile malgrado la sua (fatale) indeterminatezza, di cui ora diremo.
- (b) L'affidabilità del diritto suppone che le norme non abbiano effetti retroattivi, siano rispettose della cosa giudicata, dei diritti acquisiti, e dei rapporti esauriti. Ma affinché il diritto sia affidabile occorre altresì che sia ragionevolmente stabile, che il mutamento giuridico sia non troppo frequente né repentino, e sempre sia accompagnato da opportune norme di diritto intertemporale, che per l'appunto non travolgano i rapporti esauriti e i diritti acquisiti.

(c) Il diritto – inteso (per dirla con Crisafulli) come insieme non di “disposizioni”, ma di “norme” propriamente intese, ossia di significati – non è un oggetto previamente “dato” ai giuristi e ai giudici, indipendentemente dalla sua interpretazione e applicazione: al contrario, ne dipende interamente. Così è perché i testi normativi non hanno un unico, univoco, significato (e, si potrebbe aggiungere, spesso presentano lacune, spesso esprimono norme confliggenti). In questo senso il diritto è indeterminato.

Duplicemente indeterminato, direi. Per un verso, è indeterminato l’ordinamento, nel senso che è controverso quali norme appartengano ad esso. Per un altro verso, è indeterminata ogni singola norma, nel senso che è controverso quali fattispecie ricadano nel suo campo di applicazione.

L’indeterminatezza del diritto non consente di prevedere con precisione – con “certezza” – le conseguenze giuridiche delle proprie azioni. Nondimeno, i possibili (plausibili) significati dei testi normativi sono in numero finito, e sono identificabili alla luce dei metodi d’interpretazione e degli stili di argomentazione in uso. Il diritto è calcolabile quando – essendo conoscibile, intelligibile, e affidabile – i cittadini (o almeno i loro avvocati e consulenti), conoscendo la pratica interpretativa e argomentativa esistente nella cultura giuridica data, abbiano una elevata capacità di anticipare le alternative interpretative, così da prevedere, sia pure tentativamente e solo approssimativamente, le possibili decisioni degli organi dell’applicazione e segnatamente dei giudici. Componente essenziale della certezza giuridica è dunque il controllo razionale della discrezionalità interpretativa.

Risulta evidente che conoscibilità, affidabilità, e calcolabilità sono proprietà strettamente intrecciate l’una con l’altra.

D’altra parte, è facile intuire che tutti i concetti in gioco sono concetti quantitativi, non classificatori. Nella teoria di HÁ, insomma, la certezza non è un concetto a due valori (certo/incerto): è piuttosto questione di grado. E comunque la certezza “assoluta” è inattuabile.

2. La struttura normativa dello stato di diritto

Molte costituzioni proclamano solennemente il valore della “sicurezza”, intesa come assenza di (o protezione da) minacce alla vita, alla salute, alla libertà, alla proprietà. Il principio di certezza “del diritto”, per contro, raramente si trova espressamente costituzionalizzato: la costituzione spagnola (ma, secondo HÁ, anche quella brasiliana) è una eccezione.

Il principio in questione, tuttavia, si affaccia spesso nelle argomentazioni dei tribunali costituzionali, quale criterio di valutazione della “ragionevolezza” delle leggi. Se ne trova un buon esempio in una decisione additiva della Corte costitu-

zionale italiana (Corte cost. 364/1988), che, pur senza fare espresso riferimento alla certezza del diritto, ha ritenuto parzialmente incostituzionale l'art. 5 cod. pen. – il principio “Ignorantia juris non excusat” (o, come anche si dice, “Nemo censetur ignorare jus”) – laddove *non* prevede come causa di giustificazione l'impossibilità di conoscere e/o comprendere la legge (penale).

Anche là dove non è espressamente formulato, il principio di certezza giuridica può essere tuttavia “costruito” – ricavato per via argomentativa – da una lunga serie di disposizioni costituzionali, comuni a molti ordinamenti liberal-democratici, detti comunemente “stati di diritto”.

Qualunque ordinamento giuridico (occidentale moderno) è costituito da due livelli, o strati, di norme:

- (i) le norme di condotta, che si rivolgono ai privati cittadini, qualificando deonticamente (obbligatorio, proibito, permesso, facoltativo) il comportamento; e
- (ii) le meta-norme di autorizzazione o competenza, che istituiscono e disciplinano (circoscrivendoli) i pubblici poteri di produzione e applicazione del diritto, mediante modalità non deontiche, ma hohfeldiane: potere (o competenza che dir si voglia), soggezione, incompetenza, immunità.

Ebbene, in uno stato liberale di diritto, ciascuno dei due insiemi di norme ha una sua propria norma di chiusura.

L'insieme delle norme di condotta è chiuso dal principio di libertà, o norma generale “esclusiva” (Donati) o “negativa” (Zitelmann): “Tutto ciò che non è espressamente proibito (ai privati cittadini) è tacitamente permesso”. Se ne trova una mirabile formulazione nell'art. 5 della *Déclaration* dell'Ottantanove: «Tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas».

L'insieme delle meta-norme di competenza, a sua volta, è chiuso dal principio di legalità: grosso modo, “Tutto ciò che non è espressamente permesso (agli organi dello stato, ai pubblici poteri) è tacitamente proibito”.

Ma entrambi questi principi esigono qualche chiarimento.

(a) Il principio di libertà, così come l'ho formulato, è una banale tautologia, dal momento che le modalità deontiche sono interdefinibili, e “permesso” è logicamente equivalente a “non-proibito”. Ma è importante capire che altro è un comportamento permesso (in senso negativo, diciamo) perché non proibito (e dunque suscettibile di proibizione in futuro); altro è un permesso (positivo) statuito da una norma che espressamente conferisce un diritto di libertà.

E, ovviamente, la distinzione tra permesso negativo e permesso positivo riveste una importanza speciale quando il permesso positivo di cui si parla sia un diritto di libertà conferito da una costituzione rigida. Una libertà costituzionale è altra cosa da una libertà “naturale” pre-giuridica, che sussiste (solo) là dove il diritto positivo non si spinge.

Si noti che questo modo di vedere (che risale alla teoria giuridica secentesca: Hobbes, Pufendorf) suppone che la libertà “naturale” sia coestensiva con le lacune del diritto, intese, in modo elementare, pre-teorico, come condotte non deonticamente qualificate, e dunque indifferenti. È l’idea dello “spazio vuoto di diritto” di Bergbohm e Santi Romano (sebbene con questa idea essi pretendessero non già di illustrare il concetto di lacuna, ma di negare l’esistenza di lacune).

(b) La formulazione deontica del principio di legalità, offerta sopra, simmetrica al principio di libertà, è icastica, ma concettualmente imprecisa, giacché qui sono in gioco non propriamente concetti deontici, ma concetti hohfeldiani. Tecnicamente si dovrebbe dire: “Tutto ciò che non è autorizzato è non autorizzato”.

Di nuovo, una tautologia, si direbbe. Ma non è così, perché l’espressione “non autorizzato” (almeno in diritto pubblico) ha, diciamo così, un significato instabile. Nella prima occorrenza “non autorizzato” è la proprietà di un potere non conferito da una norma previa. Nella seconda occorrenza, “non-autorizzato” è la proprietà di un atto formalmente invalido.

Così è perché “in natura” esistono sì libertà pre-giuridiche (condotte non disciplinate dal diritto, e dunque giuridicamente indifferenti), ma non poteri o competenze. Il potere (giuridico: altra cosa è il potere di fatto) è una creazione artificiale del diritto positivo. Insomma, il principio di legalità è semplicemente una regola sulla validità degli atti delle pubbliche autorità, ivi inclusa l’autorità legislativa laddove la costituzione sia rigida.

3. Le istituzioni della certezza

HÁ argomenta persuasivamente che il principio di certezza giuridica, anche là dove non è espressamente formulato in costituzione, è strumentale alla realizzazione di altri principi espressi, che intrattengono con esso una connessione evidente, ed è pertanto “implicito” in essi. “Implicito”, beninteso, non in senso strettamente logico, ma in senso argomentativo. Del resto, non è infrequente incontrare nella giurisprudenza costituzionale di diversi paesi la costruzione di un qualche principio inespresso con l’argomento che tale principio, pure *inespresso*, è condizione necessaria di efficacia dell’uno o dell’altro principio costituzionale *espresso*. La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana ne offre innumerevoli esempi.

I principi espressi da cui può essere ricavato il principio inespresso di certezza sono principalmente i principi di libertà, eguaglianza, e dignità. Quest’ultimo, a onor del vero, è un concetto estremamente elastico e sfuggente; si può anzi dubitare che abbia un contenuto (non meramente emotivo, ma) normativo qualsivoglia. HÁ, molto sensatamente, lo ridefinisce come la capacità di pianificare il proprio futuro, sicché la protezione della dignità esige – e la certezza del diritto è funzionale a – il rispetto dell’autonomia individuale: il principio cardine dell’etica liberale.

D'altro canto, il principio di certezza, anche là dove non è espressamente formulato, offre giustificazione assiologica a – e trova concretizzazione in – una lunga serie di principi e regole espressi, di rango ora costituzionale, ora semplicemente legislativo. Tra questi (sarebbe difficile enumerarli tutti):

- (a) le regole in materia di pubblicazione degli atti normativi e di *vacatio legis*;
- (b) il principio di legalità della giurisdizione (la soggezione del giudice alla sola legge e l'obbligo di motivazione delle decisioni giurisdizionali);
- (c) il principio di legalità dell'amministrazione (e il connesso principio di tipicità degli atti amministrativi);
- (d) il principio di stretta legalità e stretta interpretazione (divieto di analogia e, a mio avviso, anche di interpretazione estensiva) in materia penale;
- (e) il principio di legalità dei tributi;
- (f) il principio di irretroattività della legge (sebbene in alcune costituzioni questo sia circoscritto alla sola legge penale);
- (g) la regola di intangibilità della cosa giudicata, nonché dei rapporti esauriti e dei diritti acquisiti;
- (h) la stessa rigidità costituzionale, che è funzionale alla certezza giuridica al livello più elevato della gerarchia delle fonti.

Il principio di certezza del diritto, insomma, è strumentale alla realizzazione di altri principi più alti, che lo giustificano, e al tempo stesso è a sua volta matrice – e fondamento assiologico – di altri principi subordinati che lo concretizzano.

4. Gli ostacoli alla certezza

Malgrado quanto sono venuto dicendo, è abbastanza evidente che il principio di certezza giuridica è inattuato, o comunque attuato molto imperfettamente, in tutti gli ordinamenti statali contemporanei. Dal lavoro di HÁ emerge con chiarezza quali e quanti fenomeni rendano il diritto incerto.

Nel seguito, tralasciando le cause dirette di discrezionalità interpretativa (equivocità dei testi normativi, vaghezza o “trama aperta” delle norme, clausole generali, lacune, antinomie, etc.), provo ad enumerare senza un ordine preciso alcuni ostacoli, macroscopici, alla certezza.

(1) Una prima classe di ostacoli deriva dal sistema delle fonti, più precisamente dalla pluralità di fonti eterogenee (leggi centrali e locali, atti governativi con forza di legge, etc.), non sempre chiaramente ordinate secondo un ordine gerarchico.

Ciò è particolarmente vero, naturalmente, nei paesi dell'Unione europea, dove la normativa europea interferisce con le fonti nazionali. Persino con le fonti di rango costituzionale, secondo giurisprudenza consolidata, sebbene assai discutibile

(chi scrive la trova decisamente infondata: come può una norma qualsivoglia, nella specie una norma internazionale convenzionale, prevalere sulla norma, nella specie una norma costituzionale, che le dà fondamento? potrebbe mai un regolamento derogare alla legge che lo autorizza o un decreto delegato derogare alla legge di delegazione?).

(2) Una seconda classe di ostacoli attiene al disordine dei testi normativi. Ad esempio:

- (a) la bulimia delle autorità normative, cui segue una sterminata quantità di disposizioni normative sincronicamente vigenti;
- (b) la dispersione delle disposizioni vigenti in una molteplicità di documenti normativi distinti (insomma: la insufficiente codificazione);
- (c) la instabilità diacronica dei testi normativi, giacché ogni giorno nuove disposizioni sono introdotte nell'ordinamento, mentre disposizioni previgenti sono *tacitamente* derogate, o soppresse e sostituite.

(3) Una terza classe di ostacoli deriva dalla (pessima) tecnica di redazione dei testi normativi. Qualche esempio.

- (i) L'inclusione in un testo normativo su una qualsivoglia materia x di disposizioni che vertono su tutt'altra materia y, senza alcuna relazione con la materia x, rende assai difficile l'identificazione del diritto vigente sulla materia y.
- (ii) Accade frequentemente (normalmente, in realtà) che un testo normativo non già sostituisca, ma solo modifichi parzialmente un testo previgente, cambiando, ad esempio, non una legge intera, ma solo una disposizione legislativa, sicché la disciplina della materia in questione si trova dispersa in testi legislativi distinti; o anche (e ancor peggio) cambiando solo alcune parole di una disposizione preesistente (o sopprimendole), e non la disposizione nella sua interezza, sicché per identificare la disposizione vigente occorre combinare due (o più) frammenti di enunciati dispersi in testi normativi differenti.
- (iii) Accade altresì che un testo normativo A modifichi un precedente testo normativo B che a sua volta aveva modificato un precedente testo normativo C: con il risultato di rendere pressoché inconoscibili le disposizioni vigenti se non per gli specialisti.
- (iv) Una disposizione che faccia rinvio ad un'altra disposizione preesistente è priva di significato autonomo e indipendente, sicché non può essere compresa se non in combinazione con una diversa disposizione collocata in tutt'altro testo normativo; e d'altro canto una disposizione che (come pure accade) faccia rinvio ad una disposizione futura, ossia al momento inesistente, è a sua volta priva di qualsivoglia contenuto normativo (almeno quando non sia accompagnata da una norma di diritto intertemporale).

(v) L'abrogazione, totale o parziale, produce effetti univoci solo quando è espressa e inoltre menziona con precisione (con "nome e cognome", per così dire) le disposizioni normative in tutto o in parte abrogate; per contro, quando l'autorità normativa detta una nuova disciplina per una fattispecie qualsivoglia senza abrogare espressamente le disposizioni preesistenti (abrogazione meramente tacita), il risultato è fatalmente dubbio e potenzialmente controverso.

L'abrogazione "innominata" ("Sono abrogate tutte le norme incompatibili con la presente"), dal canto suo, altro non è che una sorta di delega ad abrogare rivolta agli organi dell'applicazione.

Fenomeni, tutti quelli menzionati, che mettono seriamente in discussione la fondatezza del principio tralazio *jura novit curia*.

(4) Infine, una quarta classe di ostacoli deriva dalla prassi giurisprudenziale. Mi riferisco a fenomeni quali:

- (a) l'interpretazione non uniforme, alla quale non sempre sopperisce il giudizio di cassazione;
- (b) l'interpretazione non convenientemente argomentata (spesso una motivazione inutilmente prolissa, frequente in tutte le giurisdizioni, maschera la mancanza di seri argomenti);
- (c) i *revirements*, specie quando si situano al livello degli organi giurisdizionali di ultima istanza;
- (d) l'interpretazione detta "evolutiva" (o "dinamica"), che, nell'inerzia del legislatore, attribuisce ai testi normativi (peraltro non senza ragione a volte) un significato diverso da quello comunemente accolto;
- (e) l'applicazione analogica, che – se consente al giudice di colmare le lacune (reali o immaginarie), come è doveroso fare vigendo il divieto di *non liquet* – produce comunque decisioni imprevedibili *ex ante*, perché fondate su norme fino a quel momento inesprese.

Il lavoro di HÁ mostra come il tema della certezza giuridica sia una sorta di *Aleph* (nel senso di Borges) dal quale molti problemi centrali della moderna teoria del diritto si intrecciano e si mostrano in tutta la loro evidenza.

