

ABSTRACT

La certezza del diritto rappresenta uno dei principi più importanti in uno Stato di diritto; esso consente di prevedere la risposta dello Stato ai comportamenti e alle azioni di chi è sottoposto al diritto. Gli operatori danno forma al diritto, agiscono in rappresentanza della legge, il loro operato consente ai consociati di avere la contezza dell'esistenza dello Stato e di riporvi fiducia. Accade purtroppo, non di rado, che il sistema si intoppi e la certezza si trasformi in incertezza, questo anche perché gli operatori del diritto possono non seguire i canoni della "*rule of law*" o le regole deontologiche specifiche per il loro ruolo, determinando eventi, quali errori giudiziari o violenze da parte degli operatori di pubblica sicurezza, che vengono ricordati per la loro ingiustizia. Questi eventi generano incertezza, che si lega a filo stretto con un atteggiamento di sfiducia da parte dei consociati nelle istituzioni pubbliche, per via dell'incapacità di prevedere la risposta del sistema. L'incertezza diventa parte integrante del sistema, ed esso si trasforma in una macchina che non tutela adeguatamente i diritti del singolo; inoltre, viene perso il senso di ciò che viene ritenuto giusto. L'alterazione del paradigma della certezza del diritto comporta l'alterazione del rapporto esistente tra regola ed eccezione. Diventa fondamentale capire dove poter porre rimedio, capire che tipo di risposta da parte del sistema potrebbe garantire la certezza e ricostruire fiducia nei confronti del diritto.

Introduzione

La certezza del diritto si configura come un principio fondamentale degli ordinamenti giuridici contemporanei.

Un sistema giuridico che si ispira al principio di certezza del diritto consente ai cittadini, sul fronte legale, di prevedere e anticipare le conseguenze delle proprie azioni, nonché la possibilità di affidarsi al sistema giuridico unitariamente inteso, per la tutela dei propri diritti e interessi. Tuttavia, tale citata stabilità normativa, viene sovente messa alla prova da una serie di fattori che ne influenzano i caratteri. È necessario partire dall'assunto che l'evoluzione normativa, le interpretazioni giudiziali e l'agire conformemente ai codici di condotta da parte degli operatori del diritto influenzano la concezione e la visione del diritto da parte dei suoi sottoposti.

Il presente lavoro si pone come obiettivo quello di analizzare i componenti che formano l'ideale della certezza del diritto, ponendo particolare attenzione all'impatto che le figure professionali, che quindi operano con il diritto – e in particolare avvocati, poliziotti e giudici - esercitano per la sua effettiva realizzazione e mantenimento all'interno dell'ordinamento giuridico.

È importante tenere a mente che, se da un lato la chiarezza e la stabilità normativa contribuiscono alla genesi di un sistema armonico di certezza del diritto, dall'altro lato sicuramente anche l'applicazione coerente del diritto e delle norme da parte dell'operatori giuridici contribuisce all'incremento della fiducia nel diritto. Sulla base di questo, il diritto svolge un importantissimo ruolo nel salvaguardare le aspettative dei consociati.

L'analisi di tale relazione di fiducia tra cittadino e sistema di diritto verrà ulteriormente approfondito utilizzando come supporto anche l'autorevole contributo dello studioso Gerard Postema, il cui pensiero verrà approfondito durante la trattazione. Le teorie della dottrina giuridica inoltre offriranno spunti critici essenziali per l'analisi e la comprensione della nozione della certezza giuridica o legalità, nonché per la comprensione delle dinamiche effettive che comportano la genesi dell'incertezza del diritto, da considerare ovviamente alla stregua di un elemento problematico all'interno del sistema giuridico. Inoltre, grazie all'importantissimo contributo dello studioso tedesco Radbruch si potrà analizzare la connessione esistente tra certezza del diritto e giustizia, ravvisabile nella c.d. Formula di Radbruch.

La certezza del diritto è un ideale incentrato su alcuni valori finali o strumentali, tra cui prevedibilità, la chiarezza delle norme, la prevedibilità delle decisioni giurisprudenziali e la coerenza generale dell'ordinamento giuridico.

L'esito dell'incertezza è l'incapacità del sistema di garantire una certezza del diritto; essa porta con sé la conseguenza di non riuscire a garantire una tutela dei diritti fondamentali della persona. Proprio per questo potrebbe avvenire che in risposta a una dilaniante incertezza giuridica, si generi di riflesso incertezza anche in altri settori della società. A titolo di esempio, si potrebbe esaminare il caso in cui l'incapacità dell'ordinamento di garantire tutela a un credito si tradurrebbe in una scarsa propensione degli individui di effettuare investimenti, poiché essi sarebbero diffidenti, ritenendo di non poter essere tutelati adeguatamente. Quindi la scarsa certezza del diritto è capace di influenzare scelte economiche e sociali dei cittadini.

Nonostante la sua importanza, la certezza del diritto si ritrova spesso di fronte a talune sfide e limitazioni derivanti da più parti dell'ordinamento giuridico.

Le continue riforme legislative, il moltiplicarsi delle fonti per via dell'espansione del sistema giuridico sul fronte del diritto comunitario e internazionale rendono l'ordinamento giuridico complesso, di difficile comprensione per chi vi è soggetto. Tale tendenza porta con sé l'ovvia conseguenza che tra i profani del diritto si propaghi l'incertezza nei riguardi del sistema delle fonti, ad esempio nel determinare la fonte applicabile alla loro specifica situazione, così come l'impossibilità di prevedere l'esito di una determinata controversia.

Il fenomeno della "giurisprudenza creativa" in questo caso varrà esaminato con attenzione: in questo lavoro si vuole dare attenzione a quanto e in che misura la figura del giudice in veste di creatore del diritto possa influenzare la certezza del diritto, rispetto a quella del legislatore. La tendenza dei giudici a intervenire con interpretazioni innovative, può da un lato certamente consentire una forma di adattamento del diritto alle esigenze della società, ma da un altro punto di vista potrebbe compromettere sicuramente la certezza del diritto in quanto a prevedibilità e stabilità.

Proprio in questo contesto rileva il contributo di Radbruch, che tramite la sua formula, secondo la quale l'applicazione rigorosa del principio di legalità non può e non deve compromettere la giustizia intesa in senso sostanziale, tramite l'applicazione di norme estremamente ingiuste. Quindi, appare fondamentale capire quali siano le conseguenze derivanti dal non seguire la certezza del diritto in nome di una giustizia sostanziale.

Inoltre, è importante capire in che modo la certezza del diritto venga influenzata e mantenuta stabile, dall'operato degli operatori giuridici.

Gli avvocati, d'altro canto, contribuiscono alla certezza del diritto, nella misura in cui il loro ruolo è incaricato a far comprendere le norme giuridiche, ergendosi inoltre come difensore delle istanze dei singoli, garantendo il rispetto delle procedure riguardante il processo. Sotto questo punto è necessario enfatizzare quali siano le effettive funzioni, e quali siano le implicazioni del loro lavoro, sia da un punto di vista morale, sia da un punto di vista operativo. Un sistema giuridico oscuro potrebbe rendere difficile lo svolgimento della professione forense.

Infine, un ulteriore ruolo la cui trattazione sarà fondamentale per l'analisi della certezza del diritto, sarà quello dell'agente di polizia.

L'operato di quest'ultimi soggetti del diritto ha un impatto immediato sulla percezione dei consociati sulla legalità e sul funzionamento della giustizia. Di fatti gli agenti di polizia sono i primi rappresentanti dello Stato, quindi, in tal senso è necessario approfondire la relazione esistente tra operato conforme alle leggi e legalità delle procedure. Estremamente importante è anche riflettere sul fatto che il rispetto delle procedure, l'imparzialità e l'assenza di abusi di potere sono tutti fattori che influenzano il rapporto di fiducia tra poteri pubblici e cittadini.

Si analizzerà, inoltre l'effetto che l'uso della forza da parte degli agenti di polizia possono minare la percezione dell'equità e prevedibilità del sistema nel suo insieme, creando una diffusa sfiducia.

In tale scenario il pensiero di Postema risulta fondamentale.

Gerard Postema analizza la certezza del diritto, come caratteristica dell'ordinamento giuridico che deve essere costantemente alimentato. Il diritto non può essere un sistema isolato, ma deve essere percepito come legittimo da parte di tutti i consociati, degno di essere seguito. Sotto questo punto di vista questo lavoro esaminerà proprio cosa rende il principio di certezza del diritto meritevole di essere seguito.

In questo lavoro inoltre verrà trattato e si approfondirà quali sono le implicazioni etiche e morali nascenti dal ruolo dei ruoli professionali. Taluni ruoli per la natura non capaci di generare difficoltà decisionali nel soggetto, poiché spesso immergono il soggetto agente in situazione in cui è difficile capire ciò che è giusto e ciò che è sbagliato. Per analizzare tale aspetto dei ruoli professionali si farà riferimento al c.d. dilemma mani sporche, una dissociazione tra etica personale ed etica di ruolo.

Alla luce di queste considerazioni, il presente lavoro si propone di analizzare il concetto di certezza del diritto come base fondante dell'ordinamento giuridico moderno nelle sue varie

dimensioni. Verrà approfondito e analizzato in oltre il concetto di incertezza approfondendo le cause scatenanti.

Attraverso un approccio multidisciplinare, verranno esaminati tutti i fattori principali che influenzano la stabilità normativa, con focus specifico al ruolo pratico degli operatori del diritto.

La presente analisi, si concentrerà nel fornire una riflessione critica sul ruolo e le modalità l'ideale di certezza del diritto possa essere preservato e alimentato all'interno degli ordinamenti moderni.

Capitolo Primo

Fondamenti della certezza del diritto

Sommario: 1.1. La Certezza del diritto. – 1.2. Cenni storici ed evoluzione del principio. – 1.3. Condizioni per la certezza del diritto. – 1.4. Importanza del principio di certezza del diritto negli ordinamenti moderni.

1. La certezza del diritto

La certezza del diritto è un principio di importanza fondamentale negli ordinamenti giuridici moderni, prevede che le interpretazioni siano chiare e stabili, garantendo che i cittadini, proprio alla luce di tale stabilità, possano prevedere le ipotetiche reazioni dell'ordinamento giuridico alle loro azioni poste in essere. La definizione di certezza è di obiettiva prevedibilità delle conseguenze che l'ordinamento giuridico determina per i comportamenti, nonché di stabilità delle posizioni giuridiche all'interno di quest'ultimo ¹.

La certezza è un obiettivo quale l'ordinamento giuridico tende, rappresenta un ideale di forte ispirazione per l'agire dei consociati che si affidano a tale caratteristica dell'ordinamento, inoltre rappresenta un principio di raccordo all'interno dell'ordinamento giuridico tra principi quali ad esempio il principio completezza ², secondo il quale il diritto deve disciplinare in modo completo ed esaustivo tutti i rapporti giuridici rilevanti e protetti dall'ordinamento, grazie al principio di completezza e la stabilità delle fonti, si viene così a creare un sistema sinergico, per il quale un principio si ispira ad un altro.

Vi sono almeno due concezioni di certezza che si differenziano in base allo scopo che viene perseguito dal principio ³. Un primo senso del concetto di certezza del diritto, fa riferimento versione classica del concetto, conosciuta ai più, quindi alla chiarezza della legge e alla accessibilità, ogni individuo deve essere capace di poter conoscere la norma, e l'ordinamento stesso dovrebbe rendere possibile tale conoscenza, proprio in virtù della

¹ G. Pino, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2018, p. 517 – 544.

² R. Bendinelli, *La concezione positivista delle fonti del diritto l'analisi critica delle lacune dell'ordinamento giuridico secondo Luigi Lombardi vellutati*. *Revista internacional de Pensamiento Político* - i Época - vol. 11 - 2016 - [179-190] - issn 1885-589X p. 180 -188.

³ S. Marginotta, *Certezza del diritto e diritto Positivo; Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato e storia acostituzionale*; *Nomos*, 2021. p. 5 – 10.

certezza del diritto. Nonostante ciò, è fondamentale non confondere il principio di certezza del diritto con la capacità di formulare **previsioni**. Sebbene queste ultime siano intrinsecamente connesse e strumentali alla certezza del diritto, non sono le previsioni a determinarne la natura certa. Di fatto, un ordinamento giuridico potrebbe avere al **so** interno talune sfumature di incertezza, senza che ciò comprometta inevitabilmente la possibilità di generare previsioni attendibili sugli esiti delle controversie giudiziarie o sull'applicazione delle norme giuridiche nel concreto. La certezza del diritto si basa, infatti, su elementi ormai integrati nelle norme, più in generale, in tutto il sistema, come ad esempio la chiarezza, la coerenza del sistema giuridico e la prevedibilità delle interpretazioni giudiziarie. Tali elementi garantiscono stabilità e affidabilità, anche se si dovesse essere in presenza di complessità o lacune normative. Intesa in senso sostanziale, quindi in relazione alla pratica giuridica e nelle prospettive di permettere ai cittadini di segnalare come agire, la certezza del diritto influenza, o dovrebbe influenzare, il prodotto legislatore, quindi la legge, sia per quello che riguarda l'applicazione, che la fase antecedente di formulazione. Obiettivo certo nobile da parte dell'ordinamento, che tuttavia spesso non è di facile realizzazione, soprattutto per via dei calcati tecnicismi. In primo luogo, definiamo "certe" le norme che consentono ai cittadini di sapere come una condotta possa essere gestita o normata dall'ordinamento; un'altra qualità delle norme formulate sulla scorta del principio in discorso, è la coerenza con il sistema giuridico tutto, soprattutto in virtù di una interpretazione da parte delle Corti nazionali che permettono la c.d. uniforme interpretazione, compito appartenente in particolare alla Corte di cassazione. In questa seconda accezione sostanziale il principio non si collega solo alla chiarezza in sé, bensì anche alla corretta e giusta applicazione. Le due accezioni della certezza del diritto sono ovviamente collegate tra di loro: una norma, per essere correttamente applicata e coerente, deve essere anche chiara e comprensibile questo vale a maggior ragione quando si tratta della comprensione da parte del cittadino, a volte profano in tema di diritto.

In molti, sia in dottrina che la giurisprudenza, sostengono ⁴ che l'ordinamento costituzionale per come congegnato renda contraddittorio e anacronistico il principio di certezza del diritto, causato dal modo in cui le carte costituzionali sono state redatte, ovvero sia con l'utilizzo di termini vaghi, valutativi, che rimandano a concetti di tipo etico politico ⁵, che determinano una soggettivizzazione dei dettati normativi contenuti al suo interno. Nel momento in cui un interprete si trova di fronte una norma redatta in modo vago

⁴ G. Pino, *op. cit.*, 1.

⁵ S. Marginotta, *op. cit.*, 3.

potrebbe non rilevare in maniera immediata il contenuto letterale, quindi la c.d. *ratio legis*, e potrebbe interpretare la norma stessa sotto un punto di vista soggettivo, portando con sé la conseguenza di non garantire quella chiarezza posta come obiettivo dall'ordinamento giuridico.

Alcuni esempi di tali difficoltà interpretative, responsabili di causare l'incertezza del diritto, li ravvisiamo nell'analisi di concetti di importanza rilevante, che, se male interpretati, generano incertezza, oltre che ingiustizie; tali concetti sono la dignità e libertà. Cosa potrebbe succedere una medesima norma, ad esempio in tema di libertà personale, venisse interpretata in modo differente, in un primo tempo fornendo alcune garanzie, per poi in un secondo momento interpretare tale stesso dettato normativo, o principio stesso, in modo radicalmente differente?

L'incertezza interpretativa è affrontata, da un lato, dalla Corte costituzionale, per quanto riguarda i principi costituzioni e quelli fondanti l'ordinamento giuridico, dall'altro lato, a garanzia dell'uniforme interpretazione in vari ambiti, interviene la Corte di cassazione. Entrambe le Corti svolgono un ruolo fondamentale, attraverso sentenze di additive o sostitutive, contribuiscono effettivamente a mantenere l'ordine nel sistema giuridico. Tuttavia, purtroppo non di rado, proprio le loro interpretazioni rischiano di diventare fonte di caos interpretativo, soprattutto alla luce dell'evoluzione della società e l'ovvia necessità che le interpretazioni restino "al passo" con i tempi.

Da quando l'ordinamento giuridico italiano si è aperto alla possibilità di un'integrazione normativa di stampo sovranazionale, la certezza del diritto statale si è trovata più volte "minacciata", dovendo adeguarsi anche a fonti sovranazionali riconosciute dal dettato normativo Costituzionale (art 10, 11, 117 Cost), aumentando in maniera esponenziale i pericoli di una cattiva conoscenza da parte del profano, che di riflesso si traduce in un obbiettiva difficoltà nel trovare la norma adeguata, oppure semplicemente consentirgli di stare al passo con l'evoluzione normativa verso un versante pluralista, intendendosi quella tendenza espansiva dell'ordinamento, ad aprirsi e far convogliare norme extranazionali all'interno dello scenario nazionale.

Conoscere in via preliminare le conseguenze delle condotte di un'azione che si vuole porre in essere gioca un ruolo fondamentale nel sistema giuridico per i consociati. Funzione principale del diritto, tra le tante, è orientare le condotta ⁶, nonostante i consociati siano estranei alla formulazione delle norme quest'ultime giocano il ruolo di ragioni per agire ⁷, il

⁶ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, 1966, p. 42.

⁷ J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press; 1979, p. 3 – 29.

principio di certezza del diritto ha come fine quello di rendere noto a tutti il contenuto di quest'ultime, nonché le ipotetiche conseguenze di un agire non conforme ad esse, così da guidare le condotte dei consociati⁸, tralasciamo per ora l'analisi di tali ragioni per agire e del modo in cui il diritto prescrive, che verrà approfondito in seguito.

Una volta definita questa caratteristica del diritto di influenzare le condotte umane, è estremamente necessario che il dettato normativo in sé sia comprensibile a colui che è indicato come destinatario dal precetto. Se i consociati, nel momento in cui una norma entra in vigore, sono già a conoscenza di una modifica interpretativa della stessa norma, come fa questa ad essere dotata di autorità? Pare ovvio dedurre che la sua capacità di orientare venga meno, o comunque sia di scarsa rilevanza.

Ancora il principio di certezza del diritto è estremamente legato oltre che alla costruzione delle norme e alla prevedibilità, anche con le condotte degli operatori del diritto stesso. Il diritto, non è una novità, è un concetto astratto⁹ e in quanto tale ha bisogno di chi per lui agisca. Gli operatori si ritrovano con un pesante fardello, siano essi giudici, avvocati o poliziotti, il loro operato, se non conforme a quanto stabilito dalla legge, crea incertezza patologica facendo sì che il legame tra diritto e fiducia dei cittadini possa irrimediabilmente comprometersi¹⁰. Le “mani” del diritto, cioè gli operatori giuridici, si trovano spesso in situazioni morali di difficile risoluzione ciò potrebbe generare un dilemma etico o morale non indifferente. Il non agire secondo il dettato normativo potrebbe non garantire certezza in tutto il sistema sociale, ma agire seguendo il dettato, potrebbe comportare una situazione di contrasto tra ciò che è giusto fare e ciò che è previsto che debba, normativamente parlando, essere fatto.

2. Cenni storici sulla genesi ed evoluzione del principio

Il concetto di certezza del diritto non ha sempre avuto una continuità in quanto a definizione, di fatti, la medesima espressione non è stata sempre utilizzata in modo uniforme per intendere lo stesso concetto che intendiamo oggi. Tale principio, seppur esistente all'epoca del diritto romano, faticava a emergere per via della struttura normativa. Infatti, la

⁸ S. Marginotta, *op. cit.* 3.

⁹ F. Romeo, *esplorazioni nel diritto artificiale*; Rivista quadrimestrale on-line: www.i-lex.it Settembre 2004. p. 21 – 43.

¹⁰ F. Javier Ansuátegui Roig, *Sulla complessa relazione tra diritto e fiducia*. Etica & Politica / Ethics & Politics, XXV, 2023, 1, pp. 84-97 ISSN: 1825-5167.