



Quadrimestrale di teoria generale, diritto pubblico comparato  
e storia costituzionale

## LA CERTEZZA DEL DIRITTO OGGI TRA SOVRANITÀ LEGISLATIVA E DEMOCRAZIA GIURISDIZIONALE\*

di Luca Longhi\*\*

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto nell'*utopia* del diritto globale. – 2. La capacità conformativa del diritto e la *missione* della verità. – 3. Comando normativo e *decisione* giudiziale. – 4. «Giusto processo» e legittimazione democratica della giurisdizione. – 5. Il problema dell'effettività nel diritto della crisi. – 6. A mo' di conclusioni. La certezza del diritto nella dimensione della provvisorietà.

### 1. La certezza del diritto nell'*utopia* del diritto globale.

L'eterno dibattito sulla certezza del diritto<sup>1</sup> si arricchisce oggi di nuove implicazioni alla luce del fenomeno della globalizzazione (inteso nella sua accezione giuridica ed economica) e, in particolare, della perdita di contatto delle situazioni giuridiche con la dimensione territoriale che storicamente le connotava nella loro intima natura.

L'attenuazione del carattere della territorialità altro non è che l'effetto dei fenomeni erosivi della sovranità statale manifestatisi nel corso degli ultimi decenni, a proposito dei quali tanto si è scritto e presumibilmente tanto ancora si scriverà<sup>2</sup>.

Un aspetto meno esplorato della questione, eppure meritevole di approfondimento, è rappresentato, invece, dalla considerazione che, a seguito dei processi descritti, è come se il diritto, sin dalla transizione dallo Stato liberale legislativo allo Stato costituzionale, avesse progressivamente smarrito quell'attitudine di certezza che sembrava connaturata alla sua stessa

\* Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

\*\* Ricercatore di Istituzioni di diritto pubblico, Università Telematica Pegaso.

<sup>1</sup> Per un inquadramento del dibattito, si parta, a titolo meramente indicativo, dai fondamentali contributi di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.; M. CORSALE, *La certezza del diritto*, Milano, 1970; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006.

<sup>2</sup> Sull'argomento si vedano, tra gli altri, anche qui a titolo orientativo, A. ZOPPINI (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004; S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Bari, 2006.

ragion d'essere<sup>3</sup>, a vantaggio di altre caratteristiche, quali, soprattutto, l'aspirazione alla giustizia o all'equità.

Tali aspirazioni si sono spesso rivelate tra loro inconciliabili, se è vero che, perlomeno in astratto, l'applicazione pedissequa della norma è suscettibile di per sé di tradursi in un fattore di ingiustizia (*summum ius, summa iniuria*).

Ciononostante, occorre considerare, sempre in una prospettiva astratta, che certezza e giustizia non costituiscono necessariamente termini antitetici, essendo la prima qualità più inerente alla forma (cfr. art. 324 c.p.c., ma anche art. 2909 c.c. in tema di efficacia del giudicato<sup>4</sup>) e la seconda più riferibile al contenuto (cfr. art. 111 Cost. in tema di *giusto* processo).

È pacifico che certezza, equità, giustizia debbano essere considerate oramai come obiettivi e non già quali attributi indefettibili dell'ordinamento giuridico, posto che quest'ultimo – come evidenziato dalla storia, talora in modo tragico – può orientarsi al perseguimento di qualsiasi valore, a seconda di quale sia l'opzione assiologica di riferimento<sup>5</sup>.

È parimenti vero, tuttavia, che una qualsivoglia costruzione giuridica non può deliberatamente permettersi di rinunciare a coltivare quell'ambizione alla certezza che gli uomini hanno ricercato sin dal loro primo stare insieme organizzato (*ubi societas ibi ius*).

Una certezza che è, ad un tempo e a seconda dei casi, pace sociale, sicurezza, ordine pubblico, certezza della pena (*nulla poena sine lege*), stabilità dei rapporti giuridici, verità processuale, prevedibilità<sup>6</sup> delle decisioni giudiziali<sup>7</sup>: tutti obiettivi in sé desiderabili, ancorché tutt'altro che scontati, nell'ottica dello Stato di diritto<sup>8</sup>.

La difficoltà a vedere realizzati tali obiettivi – tale da rendere la certezza oramai una vera e propria *utopia* giuridica – si è viepiù acuita alla luce della progressiva affermazione di un diritto globale sottratto all'ambito spaziale degli Stati sovrani<sup>9</sup>.

L'antico brocardo *quisquis in meo territorio est, meus subditus est*, oltre a designare tradizionalmente lo spazio di applicazione del diritto statale, valeva ad indicare, con la formidabile potenza espressiva della lingua latina, l'efficacia *de-terrente* che un ordinamento giuridico deve recare in sé.

Si fa riferimento, in particolare, all'etichetta di *subditus* (oggi, evidentemente, superata, nel quadro dello Stato democratico), ma anche alla derivazione etimologica della parola “territorio” – inteso

<sup>3</sup> N. BOBBIO, cit., 150, definiva la certezza «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo oppure non è neppure diritto».

<sup>4</sup> A. D'ANDREA, *Certezza del diritto e integrazione fra ordinamenti*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Atti del Convegno del Gruppo di Pisa (Brescia, 24 novembre 2017), Napoli, 2018, 31, critica la definitività del giudicato, argomentando da C. cost., sent. n. 210/2013.

<sup>5</sup> N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 3 ss.

<sup>6</sup> Sull'argomento, si vedano H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, Milano, ed. 2010, 310 ss.; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 80 ss.; A. LUCARELLI, *Modelli giuridici di incalcolabilità del diritto*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 123 ss.; M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2018, 872 ss.

<sup>7</sup> La stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha già da tempo manifestato una certa sensibilità al tema della certezza del diritto, intesa come *prevedibilità* e stabilità dei giudicati (Mazzeo c. Italia, n. 32269/09, 5 ottobre 2017; Brumărescu c. Romania [GC], n. 28342/95, § 61; Sovtransavto Holding c. Ucraina, n. 48553/99, §§ 74, 77 e 82), oltre che come fiducia del pubblico nella giustizia (Nejdet Şahin e Perihan Şahin c. Turchia [GC], n. 13279/05, § 57, 20 ottobre 2011 e Agrokompleks c. Ucraina, n. 23465/03, § 144, 6 ottobre 2011).

<sup>8</sup> Sul punto, si vedano, da ultimo, le riflessioni di P. GROSSI, *Il diritto in una società che cambia. A colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, 2018, 111 ss.

<sup>9</sup> Sulla questione, si veda S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, 87 ss.

come spazio nel quale lo Stato esercita la propria potestà dominatrice – dal verbo latino *terreo* (spaventare, intimorire)<sup>10</sup>.

Una relazione, quella tra soggetto e territorio, che, a prescindere dal significato letterale del richiamato brocardo, esprime un solido ed imprescindibile ancoraggio di certezza delle situazioni giuridiche ad un determinato contesto spaziale, oggi – più che mai – messo in discussione dai processi di globalizzazione in corso (*le droit sans l'État*<sup>11</sup>).

Non è un caso che, assecondando ancora la richiamata suggestione filologica, il diritto globale – e, prima di esso, la c.d. *lex mercatoria*, che di questo può essere considerato una manifestazione primordiale – si sia affermato principalmente grazie all'opera degli operatori economici (mercanti, imprenditori, ecc.), i quali, vincendo la *paura* dei confini statuali, si spingevano in un altrove giuridico conquistando nuovi ambiti di azione e contribuendo in misura determinante a riscriverne le regole.

È anche e soprattutto in questo *rischio* coesistente all'attività di impresa (cfr. artt. 2082 ss. c.c.) – che, per definizione, non può conoscere frontiere né limitazioni spaziali di sorta – che risiede lo spirito di iniziativa degli attori economici, al cui decisivo impulso si deve, come osservato, la creazione (*rectius*, instaurazione) del nuovo diritto globale svincolato da confini statuali e, in quanto tale, collocato in un non-luogo (*ou-topos*) giuridico<sup>12</sup>.

## 2. La capacità conformativa del diritto e la *missione* della verità

Un'ulteriore dimensione della certezza del diritto che non finisce mai di fornire spunti di riflessione è costituita dal profilo della verità (si pensi, ad esempio, al già richiamato tema della verità processuale), che delle possibili declinazioni di tale concetto si rivela una tra le meno scontate e perciò tra le più difficili da realizzare in senso assoluto.

Del resto, il diritto – inteso come complesso delle istituzioni che compongono un determinato ordinamento – è un prodotto «artificiale» per definizione<sup>13</sup>, costruito per garantire (anche) certezza e stabilità nei rapporti giuridici ed economici.

Proprio tale carattere di artificiosità (positività) del diritto segna una certa distanza tra la certezza – bene a tutela del quale, come osservato, verosimilmente nascono le istituzioni giuridiche – e la verità, intesa come valore assoluto (*aletheia*), e, in quanto tale, *filosoficamente* fuori dalla portata cognitiva degli esseri umani.

<sup>10</sup> Questo spunto è contenuto in N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 95. Sulla propensione difensiva del territorio, si vedano, altresì, M. CACCIARI, *L'arcipelago*, Milano, 1997, 123 ss. e il fondamentale C. SCHMITT, *Il Nomos della terra (nel diritto internazionale dello «Jus publicum europaeum»)* (1950), ed it., Milano, 1991. Nella stessa prospettiva si colloca la dialettica *hostis/hospes* alla base dei rapporti di «prossimità» con lo straniero, particolarmente attuale nello spazio giuridico globale. Sul punto, si veda S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 84 ss.

<sup>11</sup> Il riferimento è a L. COHEN-TANUGI, *Le droit sans l'État. Sur la démocratie en France et en Amérique*, Paris, 1985, cit. in G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, II, Modena, 2017, 67. Sull'argomento si veda anche G. TEUBNER, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Milano, 2012.

<sup>12</sup> Cfr. N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 46.

<sup>13</sup> Ivi, 3 ss.

Una costruzione dell'uomo che mira a definire la realtà dei rapporti giuridici in termini di validità (legalità, legittimità<sup>14</sup>) con l'ausilio anche di strumenti che ricreano una verità del tutto convenzionale (*pro veritate habetur*).

Si è parlato, a tal proposito, di capacità conformativa del diritto – espressa anche mediante gli strumenti coercitivi di cui esso dispone (sanzioni) – che rappresenta la forma suprema attraverso la quale l'uomo va ad incidere sulla natura, assoggettandola a regole *artificiali* e, per ciò stesso, modificandola<sup>15</sup>.

Non è un caso, difatti, che sia stato da sempre evidenziato il contrasto insanabile tra il diritto c.d. positivo e lo scenario di principi e valori che si assume preesistesse all'introduzione delle sue regole (c.d. diritto naturale)<sup>16</sup>.

Si tratta di due termini tra loro in contrasto – come evidenzia in maniera esemplare l'Antigone di Sofocle – eppure intimamente collegati, se si considera che uno degli istituti fondamentali dell'ordinamento civile, la famiglia, è ancora qualificata come «società *naturale* [corsivo aggiunto] fondata sul matrimonio» (art. 29 Cost.), a conferma dell'osmosi esistente tra dimensione naturale e dimensione positiva nel mondo del diritto.

È evidente che le evoluzioni dei comportamenti sociali (oltre che lo stesso progresso scientifico) debbano, in qualche misura, provocare un ripensamento radicale di taluni concetti o anche solo una nuova riflessione intorno ad essi, che non può essere compiutamente affrontata in questa sede.

Quel che preme maggiormente rilevare qui è, da un lato, l'attitudine del diritto a ridisegnare la realtà attraverso le sue categorie ed i valori ad esse correlati (ad es., famiglia matrimoniale, famiglia di fatto, proprietà privata, successione testamentaria, ecc.) e, dall'altro, la provvisorietà di questi ultimi di fronte alla prova del tempo.

Il diritto stesso, che, come sommariamente osservato, nasce per cristallizzare in fattispecie (secondo il criterio conformativo dell'*id quod plerumque accidit*<sup>17</sup>) le situazioni umane, rendendole certe e stabili, si rivela uno strumento precario alla luce degli eventi – tecnologici, culturali, ordinamentali – che inducono per loro stessa natura il mutamento.

### 3. Comando normativo e *decisione* giudiziale

Alla luce dei mutamenti descritti sia pure in modo sommario nei paragrafi che precedono, la tradizionale contrapposizione tra le istanze di certezza e giustizia presenti nell'ordinamento

<sup>14</sup> Sulle radici di tali concetti, si veda H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt* [Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts], ed. a cura di R. MICCÙ, Napoli, 1999, 75 ss.

<sup>15</sup> N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 46.

<sup>16</sup> Sul rapporto tra diritto naturale e diritto positivo attraverso una rilettura delle tragedie greche, si veda, da ultimo, M. CARTABIA, L. VIOLANTE, *Giustizia e mito*, Bologna, 2018. Sull'argomento, si veda anche N. IRTI, *Nóμος e Lex (Stato di diritto come Stato della legge)*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 589 ss.

<sup>17</sup> Come osservato, da ultimo, da S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 230.

giuridico potrebbe trovare una sintesi almeno parziale nelle riflessioni che ci si accinge a formulare.

Detta contrapposizione evoca in una certa misura la dicotomia tra funzione legislativa e funzione giurisdizionale che da sempre anima il dibattito giuridico (si pensi, anche solo a titolo di esempio, all'antica lezione di Montesquieu<sup>18</sup>).

Si tratta, evidentemente, di un rapporto dialettico in costante aggiornamento e ridefinizione, considerate anche le trasformazioni – di natura endogena ed esogena – che continuamente investono l'ordinamento.

E proprio nel quadro di uno scenario così radicalmente rinnovato nel volgere di pochi decenni appena, appare quanto mai opportuno riaffermare il valore della certezza del diritto, sia pure in un'accezione e in una prospettiva adeguate all'attualità.

Posto che l'ordinamento giuridico persegue tra i suoi scopi primari il bene della pace (nell'accezione di *tranquillitas civitatis*<sup>19</sup>), reclamando l'obbedienza dei consociati ad un *corpus* di regole condivise ed ai comandi che da queste scaturiscono e tenuto conto della circostanza che tali comandi possono essere affermati segnatamente in sede legislativa (legge) e in sede giudiziaria (sentenza), occorre evidenziare i diversi sviluppi che discendono dalle due tipologie di comando.

Nel caso del comando legislativo, la natura *erga omnes* dello stesso e la legittimazione democratica diretta dell'organo investito della relativa funzione (cfr. art. 70 Cost.) – in uno ai correttivi del regime parlamentare e alle garanzie apprestate dall'ordinamento costituzionale – costituiscono elementi di sufficiente protezione per il cittadino sotto i profili della certezza e dell'eguaglianza, ponendo quest'ultimo al riparo da arbitrii e discriminazioni.

Più complessa, in astratto, è la questione relativa al comando emesso in sede giurisdizionale, i cui effetti sono destinati a prodursi tra le parti del giudizio, incidendo in modo diretto e ineludibile sulle relative sfere giuridiche (cfr. art. 2909 c.c.).

In tale circostanza, il giudice che adotta il comando (*decisum*) trae la propria autorità non da un'investitura popolare, essendo notoriamente nominato per concorso (art. 106 Cost.); tuttavia, non per questo, rimane totalmente avulso dal circuito democratico definito dalla Costituzione (e non potrebbe essere altrimenti).

Nel primo caso, la manifestazione di volontà dell'organo legislativo (che convenzionalmente è identificato nella *persona* del legislatore o, su un piano simbolico, nel *nomos basileus*<sup>20</sup>) – a maggior ragione con le garanzie offerte dal controllo di legittimità sulle leggi<sup>21</sup> – è da ritenersi un'espressione più immediata di sovranità (cfr. artt. 56, 67, 70 Cost.), mentre nel secondo caso, l'attività del giudicante (in maniera ancor più evidente quando opera in veste monocratica)

<sup>18</sup> C.L. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois* (1748).

<sup>19</sup> Cfr. F. LOPEZ DE OÑATE, cit., 47, citando S. Tommaso d'Aquino.

<sup>20</sup> Il riferimento è a Pindaro (fr. 152 B). Su questo concetto, si veda I. DIONIGI (a cura di), *La legge sovrana. Nomos basileus*, Milano, 2006.

<sup>21</sup> E, più in generale, in tutte le garanzie offerte dall'ordinamento giuridico (a cominciare dalla democrazia rappresentativa, art. 1 Cost.), tali da conservare la funzione legislativa al riparo da ogni sorta di condizionamento e discriminazione e mantenerla sempre entro i binari dello Stato di diritto, nella dimensione impersonale (generalità, astrattezza, *anonimia*) dello schema che le compete per sua stessa natura. Sul punto, si vedano le considerazioni di N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, ed. 2003, 42 ss.

presenta un collegamento meno intenso con la volontà popolare, potendo astrattamente prescindere del tutto da questa<sup>22</sup> (si pensi all'ipotesi degli errori giudiziari, cui non a caso è dedicata la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 24 Cost.<sup>23</sup>).

In altri termini, il rapporto di *immedesimazione* del Parlamento con lo Stato (nell'accezione di Stato-apparato, ma anche di Stato-comunità) può considerarsi maggiormente intuitivo rispetto a quello sotteso all'esercizio della giurisdizione (espresso dalla formula di cui al primo comma dell'art. 101 Cost. «in nome del popolo [italiano]»), benché quest'ultima costituisca anch'essa un'essenziale funzione statutale e dia pur sempre luogo, sia pure a suo modo, ad un fenomeno di «rappresentanza istituzionale»<sup>24</sup>.

Tuttavia, più che di un fenomeno di rappresentanza in senso stretto (che presupporrebbe, comunque, il compimento di un'azione – nel caso di specie, lo svolgimento di una funzione – *per conto* di altri), si potrebbe parlare di un'investitura costituzionale dei giudici (espressa dall'art. 101 Cost.), che, viste proprio le peculiarità dell'ordinamento giurisdizionale (artt. 101-110 Cost.), non dovrebbe mai trascendere in un mero «rispecchiamento» degli interessi e delle aspettative della comunità né tantomeno sfociare in manifestazioni di «populismo giudiziario»<sup>25</sup>.

Ad ogni buon conto, la natura *sovrana* della giurisdizione può essere rinvenuta in elementi sistematici, a ben vedere, non meno significativi rispetto a quelli inerenti al potere legislativo, quali l'esercizio della funzione mediante giudici istituiti solo dallo Stato (art. 102, co. 1 Cost.), l'inquadramento della magistratura come un «ordine» piuttosto che come un potere a sé stante (art. 104 Cost.) o ancora l'esclusiva statualità delle regole processuali (art. 117, lett. l) Cost.); elementi tali da definire la giurisdizione come monopolio esclusivo dello Stato<sup>26</sup>.

È importante che, nella necessaria attività di interpretazione richiesta al giudicante, la *ratio iudicis* non prenda giammai il sopravvento sulla *ratio legis*<sup>27</sup>, nella quale soltanto è dato rinvenire la cifra intima della legittimazione democratica della giurisdizione – benché quest'ultima sia,

<sup>22</sup> Si tratta di due momenti distinti di produzione del diritto, dei quali solo quello legislativo può dirsi propriamente portatore di un indirizzo politico. Sul programma di una giurisprudenza c.d. alternativa e sulla teorizzazione di una funzione politica della giurisdizione, in un contesto ordinamentale evidentemente diverso da quello attuale (in un periodo, cioè, in cui numerose riforme importanti erano ancora di là da venire), si veda la relazione presentata da V. ACCATTATIS, L. FERRAJOLI e S. SENESE al Congresso di Magistratura Democratica del 3-5 dicembre 1971 a Roma, intitolata *Per una strategia politica di Magistratura Democratica*.

<sup>23</sup> Proprio nella disposizione di cui al quarto comma dell'art. 24 Cost. può essere rinvenuto un collegamento tra giurisdizione e sovranità popolare, nella misura in cui tale funzione statutale – lungi dal rivestire un dogma di infallibilità che non si adeguerebbe appieno al modello dello Stato costituzionale di diritto – viene ad essere ricondotta agli effettivi destinatari della stessa, in coerenza con lo spirito dell'art. 101 Cost. Detta disposizione, in combinato disposto con gli artt. 111, co. 7 (in tema di ricorso in Cassazione per violazione di legge); 105 (in tema di provvedimenti disciplinari nei confronti dei magistrati) e 107, co. 1 Cost. (in tema di dispensa, sospensione e trasferimento dei magistrati), concorre a definire il più ampio principio di giustizia nella giurisdizione. Sul punto, si veda A. MORETTI, *Il Presidente della Repubblica come Presidente del CSM*, Napoli, 2011, 3.

<sup>24</sup> Così S. STAIANO, *In tema di teoria e ideologia del giudice legislatore*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 12 settembre 2018, 37. Sull'argomento, si vedano, da ultimo, A. RUGGERI, *Crisi della rappresentanza politica e "Stato giurisdizionale"* (nota minima su un'annosa e irrisolta questione), in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 novembre 2018 e G. LANEVE, *Legislatori e giudici nel contesto delle trasformazioni costituzionali della globalizzazione: alcune riflessioni*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 4/2018, 415 ss.

<sup>25</sup> Cfr. S. STAIANO, *La rappresentanza*, in [www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it), 3/2017, 21 ss.

<sup>26</sup> Cfr. G. SERGES, *Il giudicato pregiudicato? Dalla certezza alla flessibilità*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 39.

<sup>27</sup> G. SORRENTI, *Il giudice soggetto alla legge... in assenza della legge: lacune e meccanismi integrativi*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 177, ammonisce sulla tendenza del legislatore ad addossare al magistrato le responsabilità di prendere posizione su temi particolarmente scottanti (bioetica, immigrazione, cittadinanza, ecc.).

evidentemente, sottratta al circuito politico-rappresentativo – nel sottile e complesso equilibrio stabilito dall’art. 101 Cost.<sup>28</sup>

Del resto, malgrado l’esercizio della funzione giurisdizionale postuli per sua stessa natura un certo inevitabile contributo volontaristico<sup>29</sup> (*Urteil* nella dottrina tedesca<sup>30</sup>), quest’ultimo non può certamente configurarsi come assoluto, qualificandosi la funzione soprattutto come attività induttiva (cfr. art. 111, co. 6 Cost., in tema di obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali) e razionale, ovverosia rispondente a precisi criteri logico-giuridici<sup>31</sup>, nonché assoggettata a responsabilità ben definite<sup>32</sup>.

Proprio la «solitudine»<sup>33</sup> del giudicare – di certo più drammatica rispetto all’*astrazione* del legiferare – reclama ad un tempo maggiori garanzie e responsabilità in capo a chi tale funzione è chiamato a esercitare, essendo quella la sede qualificata nella quale il diritto si fa azione, potenzialmente senza alcuna via di scampo (considerati anche l’*horror vacui* dell’ordinamento giuridico e il conseguente divieto di *non liquet*<sup>34</sup>).

#### 4. «Giusto processo» e legittimazione democratica della giurisdizione

Il tema della legittimazione democratica della giurisdizione (o, se si preferisce, della democrazia giurisdizionale) si rivela, pertanto, particolarmente delicato e urgente, vista anche la peculiare natura dell’organo cui è affidata detta funzione (cfr. artt. 102, 104, 105, 106, 107 Cost.).

In particolare, l’autorità – o, se si preferisce, la vincolatività (leggi *auctoritas*) – della cosa giudicata formale (art. 324 c.p.c.), reclama in primo luogo la soggezione del giudice alla legge, elemento nel quale si può rinvenire, come osservato, sia pure in via mediata, la natura *sovrana* della giurisdizione (art. 101, co. 2 Cost.).

A tale soggezione alla legge (*iudex sub lege*) – ancorché intesa nell’accezione lata che deve riconoscersi alla parola «legge» nell’ordinamento costituzionale (arg. *ex* artt. 54 e 101 Cost.)<sup>35</sup> – corrisponde, peraltro, l’affermazione di cui al primo comma dell’art. 101 Cost., che, stabilendo

<sup>28</sup> Sull’argomento, si veda A. PIZZORUSSO, *La magistratura nel sistema politico italiano*, in AA.VV., *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, 58 ss.

<sup>29</sup> Quella che F. CARNELUTTI, cit., 43 ss., chiamava «l’arte del diritto», ovverosia il concreto atto con il quale il giurista risolve in sede concreta i singoli problemi della giustizia nelle singole situazioni.

<sup>30</sup> Sul tema della decisione giudiziaria e sul correlativo problema della discrezionalità, si veda H. HOFMANN, cit., 66 ss.

<sup>31</sup> Cfr. F. RIGANO, *Il giudice e il “diritto sconfinato”: molteplicità delle fonti e delle giurisprudenze e certezze giudiziarie*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 81.

<sup>32</sup> Sul punto, si rinvia a L. LONGHI, *Studio sulla responsabilità disciplinare dei magistrati*, Napoli, 2017, *passim*.

<sup>33</sup> L’espressione è utilizzata a più riprese in N. IRTI, *Diritto senza verità*, Roma-Bari, 2011.

<sup>34</sup> L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2014, 22, evidenzia proprio «il carattere *necessario* della risposta giudiziaria a fronte del carattere *eventuale* della risposta politica».

<sup>35</sup> Sulla latitudine della nozione di «legge» ai fini dell’art. 101 Cost., da intendersi quale legge formale e non già quale diritto oggettivo nella sua interezza, si rinvia a R. GUASTINI, *art. 101*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, 175 ss.

un collegamento diretto tra giurisdizione e popolo, rappresenta un imprescindibile corollario del principio stesso della sovranità popolare<sup>36</sup>.

Del resto, in presenza di una magistratura autonoma e indipendente (art. 104 Cost.), la legittimazione democratica della giurisdizione deve poter consistere innanzitutto in un collegamento *certo* con la legge piuttosto che nel farsi libera interprete dei valori e degli umori della società<sup>37</sup>.

Per tali motivi, pur sussistendo anche in ambito giurisdizionale ampie garanzie (come diffusamente dettate nell'art. 111 Cost.), l'esercizio di tale funzione invoca, se possibile, cautele ancora maggiori, considerati gli effetti potenzialmente devastanti che essa è idonea a produrre sulla vita dei cittadini (sul piano patrimoniale o, peggio, della privazione della libertà personale).

Proprio in ragione di tali considerazioni, di certo banali sebbene legate a problemi fondativi dell'ordinamento, anche nel clima di crisi del legislativo che si è andato instaurando da alcuni decenni a questa parte<sup>38</sup>, non bisogna mai recidere il legame che la giurisdizione deve pur sempre mantenere con la legge ai sensi dell'art. 101 Cost., in combinato disposto con l'art. 3 Cost. (in termini di eguaglianza davanti alla legge).

Basti considerare, sul punto, il fondamentale ruolo assolto dalla Corte di cassazione, chiamata a pronunciarsi, tra gli altri motivi, nei casi di violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 360, n. 3 c.p.c.), così come anche per omessa, insufficiente o contraddittoria motivazione (art. 360, n. 5 c.p.c., in relazione all'art. 111, co. 6 Cost.), il che vale ancora ad inquadrare nella giusta luce la nomofilachia e il *primato* della legge nel contesto attuale.

È in detto legame – e, segnatamente, nel combinato disposto dei due commi dell'art. 101 Cost. – che va ricercato il senso profondo della missione connaturata all'esercizio della funzione giurisdizionale e, di riflesso, le responsabilità stesse di chi è chiamato quotidianamente ad esercitarla, nell'interesse superiore al buon andamento della giustizia (artt. 101 e 98 Cost.).

D'altronde, nell'endiadi «giusto processo» (*due process of law*), introdotta all'art. 111 Cost. per effetto della l. cost. n. 2/1999, può essere rinvenuta una sintesi ideale tra gli obiettivi della giustizia («giusto») e della certezza (perseguito mediante il *processo*, inteso come successione di atti e attività preordinata all'affermazione dell'ordine giuridico e alla ricerca della verità, nei limiti in cui questa si renda possibile).

<sup>36</sup> N. ZANON, L. PANZERI, *art. 101*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Torino, 2006, 1959.

<sup>37</sup> F. LOPEZ DE ONATE, cit., 84, analizzava questa tendenza sfociata poi nella teoria del c.d. diritto libero (*Freirechtsbewegung*). Sul tema, si veda anche E. BETTI, *Diritto Metodo Ermeneutica*, ed. a cura di G. CRIFÒ, Milano, 1991, 565 ss.

<sup>38</sup> Già P. CALAMANDREI, *La relatività del concetto di azione*, in *Scritti giuridici in onore di S. Romano*, Padova, 1939, 23, a proposito delle molteplici ragioni di crisi del diritto dell'epoca, affermava: «progressivo affievolimento del diritto soggettivo, fino a ridursi a un interesse occasionalmente protetto; allargamento del diritto amministrativo a scapito del diritto civile; assorbimento del processo civile nella giurisdizione volontaria o nella giustizia amministrativa; aumento dei poteri volontari del giudice; annebbiamento dei confini non solo tra diritto privato e diritto pubblico, ma anche tra diritto sostanziale e diritto processuale; discredito crescente non solo delle codificazioni, ma della stessa legge intesa come norma generale ed astratta preesistente al giudizio; aspirazione sempre più viva al diritto caso per caso, tutti questi sono gli aspetti di una crisi che il processualista segue con ansietà nel suo specchio: nel quale si riflette, tradotto in formule di teoria, il vasto travaglio del mondo».



In caso contrario, abdicando il legislatore al proprio ruolo regolatore e riformatore (e, per quanto di competenza, la dottrina alla propria funzione di critica ed impulso<sup>39</sup>), si rischia di caricare la magistratura di funzioni e responsabilità che non possono competerle e che la stessa potrebbe non riuscire nemmeno a sopportare (*ius condere*), a tutto danno della certezza del diritto e dell'integrità stessa dell'ordinamento.

Sarebbe assurdo, difatti, se il giudice, nella sua attività di concretizzazione dei diritti, operasse deliberatamente per sovvertire il valore della certezza all'interno dell'ordinamento, essendo, del resto, chiamato a precisi doveri e responsabilità e all'osservanza di un'etica<sup>40</sup> professionale correlata alle funzioni affidategli (cfr. art. 54, co. 2 Cost.).

Sarebbe parimenti assurdo se lo Stato costituzionale, con il suo prezioso complesso di principi e garanzie fondamentali, favorisse addirittura la conflittualità e l'aleatorietà nel contemperamento degli interessi in gioco, tanto più in un contesto di inerzia del legislativo come quello descritto.

Nella prospettiva attuale della valorizzazione della giurisdizione, pertanto, la certezza del diritto deve poter coincidere anche e soprattutto con certezza e massimizzazione della tutela dei diritti<sup>41</sup>, in collegamento con l'adempimento diffuso dei doveri inderogabili di solidarietà (art. 2 Cost.)<sup>42</sup>, cui la stessa idea di certezza – nelle sue declinazioni di doverosità e necessarietà<sup>43</sup> – sembra fare, in qualche misura, richiamo.

Nel caso dello svolgimento di funzioni pubbliche – e, in particolare, della giurisdizione, che riveste, a sua volta, per ovvi motivi, una rilevanza assolutamente significativa – l'adempimento dei doveri non si esaurisce certo nel binomio «disciplina ed onore» di cui all'art. 54 Cost. (pure, evidentemente, denso di contenuti<sup>44</sup>), ma tocca il cuore stesso del principio di solidarietà (artt. 2 e 4 Cost.), nei termini di una maggiore integrazione dei cittadini nell'unità dello Stato<sup>45</sup>, da realizzarsi appunto anche attraverso l'esercizio della «missione», alimentando, in tal modo, un circolo virtuoso permanente tra Stato-apparato e Stato-comunità<sup>46</sup>.

## 5. Il problema dell'effettività nel diritto della crisi

Non è certamente un caso che, in conseguenza delle trasformazioni indotte dai processi sopra descritti, si sia prodotto uno scenario che taluni non hanno esitato a definire come «diritto della

<sup>39</sup> Sul punto, si veda P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, in F. LOPEZ DE OÑATE, ed. cit., 167 ss.

<sup>40</sup> Il collegamento generale tra certezza e dimensione etica, nei termini di «garanzia [*sic*] di quella che sarà la futura qualifica dei comportamenti possibili, in modo che gli uomini possano contare su quello che verrà», lo si ritrovava in G. CAPOGRASSI, *Considerazioni conclusive*, in F. LOPEZ DE OÑATE, ed. cit., 242.

<sup>41</sup> G. SILVESTRI, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 1/2006, 16.

<sup>42</sup> Cfr. S. RODOTÀ, cit., 48 ss.

<sup>43</sup> Cfr. L. VIOLANTE, cit., 38.

<sup>44</sup> Sul punto, si veda G.M. SALERNO, art. 54, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 1081 ss.

<sup>45</sup> Cfr. L. VIOLANTE, cit., 73-74.

<sup>46</sup> Sul punto, si rinvia a L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 28 febbraio 2018, 7 ss.

crisi»<sup>47</sup>, intendendo con tale espressione non necessariamente una fase di declino, quanto soprattutto un momento di cesura con il precedente assetto istituzionale.

Nel rinnovato scenario mutano le relazioni tra le regole e gli ambiti spaziali di riferimento<sup>48</sup> e, conseguentemente, entrano in crisi, come già osservato in precedenza, categorie tradizionali, quale, *in primis*, la sovranità.

Se la sovranità viene messa in discussione nella sua originaria ampiezza concettuale, la ragione è da ricercare anche nella più volte denunciata difficoltà della giurisdizione a *governare* un ordinamento frammentato e reticolare, spesso in assenza di strumenti giuridici muniti di un sufficiente grado di effettività (leggi, ad es., sanzioni).

Pertanto, se non è metodologicamente corretto attribuire alla giurisdizione le responsabilità dell'instaurazione di questo diritto della crisi, si può sostenere, tuttavia, che proprio su quel terreno – in quanto ambito di elezione del diritto vivente e del suo continuo aggiornamento – il diritto riveli in maniera più evidente la propria temporanea inadeguatezza al mutato scenario, in attesa dei prossimi sviluppi e adattamenti, mediante, ad esempio, l'introduzione di nuovi istituti e rimedi giudiziali (si pensi ai diritti di nuova generazione, alle *class actions*, ecc.).

In questo contesto riacquista di attualità, ovviamente su basi ed orizzonti diversi, il valore della certezza, da intendersi come ancora di salvataggio cui aggrapparsi, tanto più nel *mare magnum* di un diritto liquido e globale, privo dei riferimenti tradizionali sui quali si fondava la nostra cultura giuridica.

Una certezza che, se non può essere più ricercata nell'enfatizzazione del principio di legalità, può, tuttavia, essere coltivata attraverso la valorizzazione di principi costituzionali che non hanno ancora ricevuto un'adeguata traduzione legislativa (si pensi, ad esempio, alla ragionevole durata dei processi *ex art.* 111, co. 2 Cost., in assenza della quale le parti sono condannate per un tempo indefinito ad uno stato d'animo di sospensione ed inquietudine e l'ordinamento stesso, in fin dei conti, a non vedere affermata la legalità in una dimensione effettiva).

Nel quadro dello Stato costituzionale, com'è noto<sup>49</sup>, la legge ha perduto la propria centralità<sup>50</sup> per effetto della fondazione di un livello super-primario nel quale vengono dettati principi generali cui la legge deve potersi conformare.

Ma vi è di più. Nell'arco degli ultimi decenni, la legge ha perduto la propria centralità a seguito anche del tramonto della rassicurante età della codificazione<sup>51</sup>, ovvero della frantumazione della simmetria dei quattro codici (costruzione tipica dello Stato liberale monoclasse<sup>52</sup>, coerente con il modello tendenziale *unum ius et una iurisdictio*) a vantaggio di nuove sedi normative di non sempre facile ricostruzione per l'interprete (si pensi al c.d. *soft law*).

<sup>47</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, cit., 35 ss.

<sup>48</sup> Il riferimento è a M.R. FERRARESE, cit.

<sup>49</sup> Si rinvia alle considerazioni di G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 18 ss.

<sup>50</sup> Sull'*onnipotenza* del legislatore nell'antico regime, si veda M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), in *Enc. dir., Annali*, IX, Milano, 2016, 393 ss.

<sup>51</sup> Il richiamo è a N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

<sup>52</sup> Sorretta su pilastri quali persona, famiglia, contratto, proprietà, successioni. Sul punto, si veda A. LUCARELLI, *Costituzione e diritto pubblico dal liberalismo autoritario allo Stato sociale*, in *Quale Stato*, 1-2/2008, 227 ss.

Tale frantumazione non va ricondotta esclusivamente ad una mera moltiplicazione delle fonti di produzione e delle diverse autorità di riferimento, quanto soprattutto ad una frammentazione dei valori espressi nelle varie sedi normative considerate, idonea a generare incertezza e disorientamento in capo all'operatore giuridico e al cittadino stesso.

Ecco perché sta ritornando progressivamente al centro delle preoccupazioni del giurista il tema della certezza del diritto, che può ricevere nuova luce proprio nell'itinerario dinamico legalità/eguaglianza/giustizia sommariamente abbozzato in questa sede.

## 6. A mo' di conclusioni. La certezza del diritto nella dimensione della provvisorietà

Nel quadro dei processi di globalizzazione cui si è fatto ripetutamente cenno nei paragrafi che precedono e che hanno investito in primo luogo la sfera economica, può essere utile ragionare sull'impatto che gli stessi sono suscettibili di produrre in ambito giurisdizionale.

Ed invero, costituendo lo *ius dicere*, com'è noto, una delle prerogative fondamentali della statualità, non è immaginabile che le limitazioni della sovranità lamentate da alcuni decenni a questa parte non possano interessare, poi, anche la funzione statale mediante la quale deve essere individuata la regola giuridica da applicare ai casi controversi<sup>53</sup>; quella, cioè, attraverso la quale il diritto è maggiormente chiamato a vivere e operare<sup>54</sup>.

Del resto, ammettendo che le trasformazioni in corso abbiano prodotto mutamenti soprattutto della c.d. costituzione economica (si pensi anche solo al crescente impatto della regola-principio di concorrenza<sup>55</sup>), non si può negare che queste ultime abbiano dato vita a uno scenario giuridico profondamente innovato e polimorfo, nel quale il giudicante deve assolutamente imparare ad orientarsi.

Mutano i confini tra diritto pubblico e diritto privato (su presupposti che non si esauriscono più nella proverbiale dicotomia autorità/libertà<sup>56</sup>) e mutano, di conseguenza, i caratteri stessi della funzione giurisdizionale.

La più volte denunciata crisi della legge e dell'astrattezza delle fattispecie<sup>57</sup>, indotta dalla frammentazione delle sedi di produzione normativa, ha provocato inevitabilmente anche un certo incrinarsi della fiducia nell'ordinamento da parte dei consociati<sup>58</sup>, tradizionalmente connaturata ad un sistema delle fonti simmetrico ed autosufficiente, nel quale le disposizioni normative esprimevano altrettante *previsioni* puntuali sul futuro.

<sup>53</sup> Sul punto, si veda M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2012, 12. *Contra*, A. RUGGERI, cit., 10, che preferisce parlare di «attuazione» e non già di mera applicazione.

<sup>54</sup> Basti pensare che già S. SATTA, *In difesa del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 1947, IV, 45, osservava che «nel processo si celebra l'atto più solenne della vita dello Stato, che è la realizzazione del suo ordinamento giuridico».

<sup>55</sup> A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1/2016, 5 ss. Sull'argomento, si vedano anche le riflessioni di V. ONIDA, *Presentazione*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1/2003, 3 ss., sul tema *Europa e giustizia* (a cura di M. D'AMICO).

<sup>56</sup> Sull'argomento, si veda G. ALPA, *Dal diritto pubblico al diritto privato*, I e II, cit.

<sup>57</sup> Sulla quale si veda da ultimo G. PERLINGIERI, *Portalìs e i «miti» della certezza del diritto e della c.d. «crisi» della fattispecie*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>58</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, cit., 56.

Anzi, è singolare che questo clima di sfiducia verso l'ordinamento e la sua capacità ordinante si instauri proprio nel periodo in cui si vanno affermando sempre più la sensibilità e la tutela verso i diritti delle generazioni future, che mirerebbero, invece, a stabilire un orizzonte di lungo periodo per i fenomeni giuridici.

Per tali motivi, anche nel rinnovato panorama giuridico del tempo presente, la certezza del diritto, visti anche i principi costituzionali ripercorsi in questa sede, rimane un valore e un obiettivo da coltivare e perseguire, a partire, ad esempio, dalla promozione della cultura della qualità normativa (un tempo si diceva *in claris non fit interpretatio*), che appare ancora ben lungi dall'essere attuata in una forma compiuta.

Pertanto, anche nella prospettiva della *provisoria* cui la realtà – economica, tecnica<sup>59</sup>, bioetica<sup>60</sup>, giuridica – ci ha sempre più abituati, la certezza del diritto deve rimanere un pilastro imprescindibile, nei termini di presupposto (preordinamento normativo<sup>61</sup>) necessario alla costruzione di una società *pacifica*<sup>62</sup> e solidale<sup>63</sup>, ove coesistano in piena armonia diritti e doveri (art. 2 Cost.).

In altri termini, alla luce dei capisaldi del nostro ordinamento, anche il diritto giurisprudenziale che è andato progressivamente ad occupare gli spazi causati dalla crisi della legge<sup>64</sup> non può permettersi, per i motivi sopra illustrati, di abdicare alla missione della certezza, fosse solo sotto forma di un esercizio di coerenza nello svolgimento dell'attività giurisdizionale<sup>65</sup>.

## ABSTRACT

Il presente contributo riflette sul tema della certezza del diritto oggi di fronte alla crisi della sovranità statale e ai processi di globalizzazione in corso. Si ragionerà, inoltre, sull'evoluzione della funzione giurisdizionale nell'attuale contesto anche in termini di calcolabilità delle decisioni per un recupero del valore della certezza.

This paper analyses the issue of legal certainty today in light of the crisis of state sovereignty and the ongoing processes of globalization. It will also discuss the evolution of judicial function in the current context also in terms of predictability of decisions for a recovery of the value of certainty.

**KEY-WORDS:** certezza del diritto; giurisdizione; sovranità; globalizzazione; effettività.

<sup>59</sup> N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, cit., 59 ss.

<sup>60</sup> L. VIOLANTE, cit., 52 ss.

<sup>61</sup> Così, F. LOPEZ DE OÑATE, cit., 111.

<sup>62</sup> Ivi, 125, riprendendo una pagina di M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, 1910.

<sup>63</sup> Cfr. S. RODOTÀ, cit., 20 ss.

<sup>64</sup> Cfr. G. PINO, cit., 23.

<sup>65</sup> Sul punto, si veda E. TIRA, *Rapporto tra giudici e legislatore e ruolo della Corte costituzionale*, in A. APOSTOLI e M. GORLANI (a cura di), cit., 253 ss.