

## Certezza del diritto e legalità costituzionale

di Roberto Bin\*

1. *Premessa.* - La certezza del diritto entra nell'orizzonte del diritto costituzionale come uno degli obiettivi che danno senso all'intero sistema giuridico. L'incertezza è il dato negativo di partenza, il problema da risolvere; così come il disordine è il male a cui porre rimedio, la costituzione e il diritto costituzionale dovrebbero essere gli strumenti per rimediarsi<sup>1</sup>. D'altronde, il diritto, nel suo insieme, serve alla certezza dei rapporti sociali. Il che significa che la certezza del diritto è sempre un obiettivo esterno al diritto, a cui si mira attraverso i mezzi predisposti dall'ordinamento e, in primo luogo, dalla costituzione stessa.

Quali strumenti? Con quali strategie la costituzione mira a avvicinare l'obiettivo della certezza del diritto? Cercherei di rispondere alla domanda seguendo tre vie: la separazione tra diritto e politica; la pluralità dei gradi di giudizio; la tutela dei diritti.

2. *Entfremdung* - La prima strada è senz'altro quella che mira a regolare l'ingresso del nuovo diritto nell'ordinamento giuridico: o meglio, a separare con un tratto netto la volontà politica dalla norma giuridica, che pure di quella è figlia. Come spiega Luhmann, la costituzione moderna nasce dalla differenziazione tra il sistema giuridico e il sistema politico<sup>2</sup>. La cura con cui la costituzione disciplina il procedimento legislativo sta appunto a garantire l'*Entfremdung*, a tracciare con nettezza la soglia tra potere e diritto.

La formalità del procedimento di formazione delle norme che vincoleranno i nostri comportamenti è quindi la prima condizione, necessaria benché non sufficiente, per garantire la certezza del diritto. Essa comporta la netta chiusura del sistema delle fonti, che non è composto solo dalle leggi e dalle altre fonti primarie, tutte individuate e disciplinate dalla costituzione, ma anche dalle fonti sub-legislative, la cui disciplina dipende dalle leggi ordinarie.

La tesi della chiusura del sistema delle fonti, che qui enuncio con tanta risolutezza, è peraltro contestata da dottrina autorevole e forse maggioritaria: il motivo che porta a negarla è la confusione che regna nella produzione normativa italiana, in cui spesso può sembrare che qualsiasi ordine (e la separazione tra fonte e non-fonte è senz'altro un tratto importante dell'ordine)

---

\* Questo scritto è destinato agli scritti in memoria di un caro amico, Gladio Gemma.

<sup>1</sup> Come scriveva O. Ranalletti, «fu negli scopi delle moderne carte costituzionali assicurare la certezza e la stabilità delle norme fondamentali dell'ordinamento e l'attività dello Stato e i diritti fondamentali dei cittadini e le loro garanzie» (*La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in *Riv. dir. pubbl.* 1913, I, 168).

<sup>2</sup> Cfr. N. LUHMANN, *La costituzione come conquista evolutiva*, in *Il futuro della costituzione*, a cura di G. Zagrebelsky, P.P. Portinaro, J. Luther, Torino, Einaudi, 1996, 83 ss. (spec. 87 e 110 s.).

si sia ormai perso. Ma – come ho cercato di chiarire in un recente libretto<sup>3</sup> - la netta separazione tra ciò che è fonte dell'ordinamento e ciò che non lo è non deve essere considerata come qualcosa che possa trarre conferma o smentita da dati di osservazione empirica: è un principio di sistema, una norma che non può essere negata, anche se può essere violata. Appartiene al dover essere, non all'essere: ed è una condizione di pensabilità di un sistema giuridico di tradizione liberale.

Non si tratta però di una condizione astratta, priva di riflessi sulla pratica del diritto. Gli effetti della confusione tra ciò che è e ciò che non è norma giuridica sono nefasti, come ha dimostrato la recente polemica, che ha impegnato anche settori non ristrettissimi della dottrina giuridica, attorno ai famosi d.P.C.M. con cui il Governo ha cercato di arginare gli effetti della pandemia da Covid19. La stessa Corte costituzionale, però, ha riposizionato i confini tra le fonti impiegate (i decreti legge, per lo più) e gli «atti amministrativi tipizzati», che fonti non sono (i d.P.C.M. appunto)<sup>4</sup>. Se si perde questo criterio discretivo la confusione che si genera può essere fatale.

La chiusura del sistema delle fonti è dunque un principio normativo che caratterizza (*rectius*, deve caratterizzare) il sistema costituzionale, e chiede di impedire la rottura degli argini tra decisione politica e norma giuridica. Ogni punto in cui qualche falla sembra aprirsi suscita la reazione della dottrina e della giurisprudenza. I tentativi del potere politico di incidere indebitamente nel sistema normativo sono di regola rintuzzati proprio in nome della certezza del diritto<sup>5</sup>. Le leggi che si pretendono retroattive, per esempio, magari celate sotto l'equivoca veste della "interpretazione autentica", suscitano il sistematico rigetto del giudice costituzionale e della dottrina<sup>6</sup>. L'abuso dell'interpretazione autentica, spiega la Corte<sup>7</sup>, lede «l'affidamento dei consociati nella sicurezza giuridica e le attribuzioni costituzionali dell'autorità giudiziaria».

3. *Tre gradi di giudizio*. Tutto ciò serve a separare il diritto dalla volontà politica: a dividere ciò che è "fonte" del diritto – e quindi può incidere sui diritti delle persone – e ciò che non lo è; ma non basta a garantire la certezza del diritto. La distanza tra l'atto normativo e la sua applicazione ai casi della vita è

---

<sup>3</sup> *Critica della teoria delle fonti*, Milano, F. Angeli 2021.

<sup>4</sup> Si veda in particolare la sent. 198/2021.

<sup>5</sup> Si veda per es., nella giurisprudenza costituzionale che cerca di porre limiti al condono legislativo di abusi di vario tipo, la sent. 54/2009 (e i precedenti ivi citati): vi si osserva che attraverso i condoni «è lesa l'affidamento dei consociati nella natura definitiva della normativa in questione, e con esso, in ultima analisi, la stessa certezza del diritto».

<sup>6</sup> Si veda la fondamentale ricerca di A. PUGIOTTO, *La legge interpretativa e i suoi giudici*, Milano 2003 e, nella giurisprudenza costituzionale successiva, la sent. 78/2012 della Corte costituzionale.

<sup>7</sup> Sent. 209/2010, richiamata dalla sent. 260/2015 e recentemente ribadita, tra le tante, dalla sent. 61/2022.

riassunta nella voce “interpretazione giuridica”, e nella particolare versione di essa affidata all’autorità dei giudici.

Che l’interpretazione non sia un processo univoco capace di garantire la convergenza dei risultati non c’è bisogno di essere qui tematizzato. Non bastano le solide radici comuni che gli studi di giurisprudenza assicurano agli interpreti, né gli scaffali delle biblioteche giuridiche dedicati alle tecniche di interpretazione e all’applicazione del diritto. L’incertezza è una dimensione esistenziale dell’interpretazione, non solo di quella giuridica (e non solo dell’interpretazione). La costituzione ne è a tal punto consapevole da individuare il primo rimedio nella garanzia dei tre gradi di giudizio, assegnando alla Corte di Cassazione, ed in particolare alle Sezioni unite, il compito della nomofilachia<sup>8</sup>. Un procedimento tanto articolato serve esclusivamente a garantire che nell’applicazione della legge si siano scelte le interpretazioni più ragionevoli e sostenibili sulla base della legge stessa. Non è certo garanzia di certezza del diritto, ma assicura almeno che all’incertezza sia tolto il rischio dell’arbitrarietà e della totale imprevedibilità.

C’è di più. Il sistema giuridico moderno si basa sul divieto di denegare giustizia, che nel codice civile italiano è espresso nell’art. 12 delle c.d. “Preleggi”. Quale sia la domanda che gli venga rivolta, il giudice deve dare una risposta in termini di diritto, sia essa positiva o negativa. È una risposta che deve fondarsi sulle norme vigenti: il principio «il giudice è soggetto soltanto alla legge» (art. 101.2 Cost.) sancisce, non soltanto la autonomia e indipendenza del giudice da qualsiasi altra autorità, ma anche il vincolo che lo lega al testo, alla fonte normativa. Se di per sé l’interpretazione non assicura mai la certezza dei suoi risultati (e perciò esiste la garanzia dei più gradi di giudizio), la autonomia in cui si svolge il processo di interpretazione dei testi normativi e l’obbligo di motivazione della decisione basata sui testi concorrono ad avvicinare l’obiettivo della certezza e prevedibilità del risultato. Il risultato dev’essere argomentato e motivato; sulla motivazione si svolge il controllo dell’opinione pubblica, oltre che degli eventuali giudici di appello. L’interpretazione del diritto può essere considerata quindi come un’opera collettiva. «*Il ponte non è sostenuto da questa o quella pietra... ma dalla linea dell’arco che esse formano*», rispose Marco Polo alle domande di Kublai Khan che cercava di capire cosa fosse un arco<sup>9</sup>. È l’insieme delle interpretazioni che avvicina l’obiettivo della certezza del diritto.

4. *La difesa “egoistica” dei propri diritti.* - La terza via per ridurre l’incertezza del diritto si basa sulla illimitata possibilità di appellarsi alla legge e

---

<sup>8</sup> Sulla connessione tra la funzione nomofilattica e la «centralità del valore della certezza del diritto, pietra d’angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto», cfr. ora la sent. 13/2022 della Corte costituzionale.

<sup>9</sup> Ho usato questa metafora in conclusione di *A discrezione del giudice. Ordine e disordine - una prospettiva “quantistica”*, Milano, F. Angeli 2013.

reclamare davanti ad un giudice “tecnico” la tutela dei propri diritti e interessi. «Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi» è quindi la norma costituzionale fondamentale che indica la garanzia, non già di un diritto oggettivo “certo” (che resta un’aspirazione), ma che ciò che il diritto oggettivo promette alle persone possa da queste essere sempre tutelato davanti ad un giudice: e che questi, amministrando i diritti degli individui, possa sempre ricorrere alla Corte costituzionale per assicurare che le promesse scritte in costituzione vengano mantenute dalle fonti legislative che il giudice deve applicare al caso. La tutela del rispetto del testo costituzionale si lega così alla certezza dei propri diritti.

Al contrario di quello che spesso si dice, non è la Corte costituzionale il “giudice dei diritti”<sup>10</sup>. Ogni giudice comune, sia ordinario che amministrativo, svolge per la sua parte il compito della tutela dei diritti così come essi sono regolati dalle leggi. Ma se le leggi non sono conformi alla costituzione, il giudice deve sospendere il suo giudizio e investire del problema la Corte costituzionale. Anche la Corte costituzionale concorre quindi al compito di garantire la certezza, la certezza dei diritti costituzionali e della loro tutela.

L’aspetto più interessante del sistema è che esso si preoccupa della concretezza della tutela dei diritti. Davanti al giudice si può agire quando si abbia un interesse concreto all’azione; e il giudice può interrogare la Corte costituzionale solo se la questione che le pone è “rilevante”, deve cioè essere attinente, anzi pregiudiziale, rispetto al giudizio che egli è chiamato a svolgere; lo stesso giudice costituzionale è legato al principio della domanda, può quindi pronunciarsi solo in relazione alla questione concreta che le è stata posta.

L’estrema astrattezza della tutela assicurata ai diritti dal testo costituzionale si sposa così con la necessaria concretezza della tutela assicurata dalla Corte costituzionale. E di questa concretezza è strumento di garanzia assai raffinato il giudizio di ragionevolezza.

Come può il testo costituzionale, con le poche righe che dedica a ciascuno dei nostri diritti fondamentali o con le disposizioni di principio, per loro stessa natura fraseggiate con il massimo grado di astrattezza, consentire una risposta “certa” a tutte le domande che sorgono nei casi concreti sottoposti ai giudici comuni? Due le vie attraverso le quali la Corte ha cercato di uscire da questa *impasse*. Da un lato rifiutando sin dall’inizio teorie dell’interpretazione costituzionale che accreditino la “pietrificazione” del testo e l’“originalismo” come teoria della sua interpretazione. Il testo – ha affermato la Corte fin da subito – “vive” nella comunità e la sua interpretazione deve adattarsi all’evoluzione della società. Per esempio, ciò che è ‘famiglia’ oggi è cosa ben diversa da ciò che la parola significava nel 1947: i diritti che erano

---

<sup>10</sup> Per questa tesi, forse anch’essa minoritaria, rinvio a *Chi è il giudice dei diritti? Il modello costituzionale e alcune deviazioni*, in *Rivista AIC* 4/2018.

protetti allora non sono quelli che sono protetti ora<sup>11</sup>. L'evoluzione interpretativa del significato di termini la cui scrittura non è cambiata non migliora la "certezza" della tutela giuridica: anzi, potrebbe sembrare l'opposto. D'altra parte, la sua "pietrificazione" avrebbe progressivamente ridotto il significato sociale e l'ambito di applicazione della tutela dei diritti, che si restringerebbe sempre più man mano il tempo ne riveli l'inevitabile obsolescenza. Eppure il testo non molla mai l'ormeggio del significato: come spiegava Edward H. Levi<sup>12</sup>, il richiamo al testo giustifica *revirement* che riavvolgono catene di precedenti evolutivi che troppo si sono allontanati da esso. Quel tanto di certezza che si perde a causa dell'interpretazione evolutiva, la quale muta nel tempo il significato delle parole per adeguarlo al mutamento della società, lo si riguadagna con la capacità del testo di proporsi come regola dei problemi attuali.

Di questo adeguamento del diritto ai fatti concreti è strumento particolarmente efficiente il principio di eguaglianza applicato come giudizio di ragionevolezza. È il modo in cui la Corte costituzionale si è attrezzata per inseguire la «infinita variabilità del reale», per usare un'espressione cara alla Corte stessa. Si dice che la ragionevolezza promuove la coerenza dell'ordinamento, smussando tutte quelle durezza che le leggi producono circoscrivendo le fattispecie a cui si applicano. Il funzionamento di questo potente strumento di produzione della coerenza delle norme è sempre legato all'interesse egoistico dell'individuo, che agisce davanti ad un giudice lamentando la discriminazione che ritiene di aver subito.

Il che significa che la rivendicazione dell'interesse del singolo produce coerenza, e quindi certezza e tutela dell'affidamento, ed è perciò premiata dall'ordinamento. La tutela è accordata infatti solo a chi agisce: chi subisce l'applicazione della legge incostituzionale senza reagire ricorrendo al giudice non concorre all'opera collettiva della coerenza dell'ordinamento e della certezza delle sue norme. I rapporti giuridici si possono consolidare anche se contrari a costituzione se non si agisce per tempo: persino il condannato in via definitiva, in applicazione di una legge dichiarata solo in seguito incostituzionale, vede cessare l'esecuzione della sua condanna, ma non trae alcun altro beneficio, quale potrebbe essere per esempio la cancellazione della condanna stessa: perché ha lasciato che il giudicato si formasse senza contestare la legittimità costituzionale della norma incriminatrice. Solo il cittadino attivo, che si spende per la tutela dei propri interessi egoistici, collabora all'opera collettiva che persegue l'obiettivo della certezza.

---

<sup>11</sup> Sul tema rinvio a *L'interpretazione della Costituzione in conformità delle leggi. Il caso della famiglia*, in *Divorzio e famiglie. Mezzo secolo di storia del diritto italiano*, a cura di C. Camardi, Padova, Cedam 2022, 101 ss. (e in *Famiglia e diritto* 5/2022, 514 ss.)

<sup>12</sup> *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago - London 1949, 58 s.

5. *La certezza del diritto nella giurisprudenza costituzionale* – Come si osservava in esordio, la certezza del diritto è un'esigenza, un obiettivo che ispira larghi tratti del sistema giuridico, e di quello costituzionale segnatamente. Non si tramuta però in un preciso *standard* di giudizio, in un principio su cui viene fondata una decisione di merito attorno alla legittimità costituzionale degli atti legislativi.

Nei primi anni della giurisprudenza costituzionale, anzi, la certezza del diritto viene nominata raramente. I casi in cui viene richiamata si contano sulle dita di una mano nei primi dieci anni: quello che è ancora più significativo è che alla certezza del diritto si fa riferimento, non come parte di un parametro di giudizio sulla legittimità costituzionale delle leggi sottoposte a giudizio, ma quasi a volere delimitare le conseguenze derivanti dal possibile accoglimento della questione, che potrebbe creare «grande confusione, perché lascerebbe a tutti, amministratori, funzionari e cittadini chiamati ad interpretare, applicare ed osservare la legge, una latitudine di indagine che servirebbe ben poco alla certezza del diritto»<sup>13</sup>; infatti «i dubbi di costituzionalità» insidierebbero «il preminente interesse pubblico della certezza del diritto»<sup>14</sup>. La stessa interpretazione estensiva delle categorie tracciate dal legislatore (che anni dopo avrebbe giustificato anche un intervento estensivo pronunciato dalla Corte costituzionale utilizzando il grimaldello del principio di eguaglianza) viene sconsigliato proprio per la «esigenza fondamentale della certezza del diritto, che mal si concilierebbe con la forzata genericità derivante alla norma da una diversa e più lata interpretazione»<sup>15</sup>.

Negli anni più recenti la Corte costituzionale si rifà più spesso all'esigenza della certezza del diritto. Sono di solito le ordinanze di rimessione a invocarla, anche per sollecitazione della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE (preoccupata della corretta applicazione delle norme europee)<sup>16</sup> e della CEDU, che nella sua giurisprudenza ha ripetutamente insistito sulle esigenze di chiarezza, accessibilità, prevedibilità della base giuridica, esigenze che sono ricomprese nel principio della certezza del diritto, presupposto del principio di legalità<sup>17</sup>: sono «principi di preminente interesse costituzionale, che costituiscono altrettanti motivi imperativi di interesse generale secondo la Corte EDU», avverte la Corte costituzionale per dimostrare che la CEDU non aggiunge nulla a quanto già c'è in costituzione<sup>18</sup>. Tuttavia la Corte costituzionale non sembra disposta a dare un rilievo autonomo al principio di certezza del diritto, anche se ne ha costantemente ribadito il valore costituzionale. Esso è sempre entrato in gioco accompagnato

---

<sup>13</sup> Sent. 19/1956.

<sup>14</sup> Sent. 129/1957. Negli anni successivi però la Corte costituzionale si orienta a ritenere che l'impugnazione delle leggi possa in effetti servire ad «un interesse generale alla certezza del diritto»: cfr. sentt. 30/1964 e 121/1966.

<sup>15</sup> Sent. 73/1958.

<sup>16</sup> Si veda per es. la sent. 142/2018 della Corte costituzionale.

<sup>17</sup> Cfr. tra tutte *Baranowski c. Polonia*, del 28 marzo 2000.

<sup>18</sup> Corte cost., sent. 24/2018.

da argomenti più pregnanti, basati sul principio di irretroattività delle leggi e dei connessi principi di tutela dell'affidamento dei consociati<sup>19</sup> e di buon andamento della pubblica amministrazione<sup>20</sup>.

Alla fine, la giurisprudenza più esplicita nel valorizzare il significato costituzionale della certezza del diritto, «pietra d'angolo del sistema di tutele giurisdizionali in uno Stato di diritto», è quella che ribadisce ed esalta il principale strumento predisposto dalla costituzione per realizzare questo obiettivo: cioè la funzione nomofilattica delle Sezioni unite della Cassazione<sup>21</sup>. Non c'è dubbio che la certezza del diritto sia un "valore" che non può essere ignorato dalla costituzione: ma non occorre che essa ne faccia oggetto di espliciti proclami, basta che predisponga strumenti utili a conseguire il risultato.

---

<sup>19</sup> Cfr. per es. sentt. 446/1994, 8/2016, 188/2022. Particolarmente esplicita e ricca di riferimenti ai precedenti la sent. 210/2021.

<sup>20</sup> Per es. sent. 198/2022

<sup>21</sup> Sent. 13/2022.