

GIANMARCO GOMETZ

Indici di certezza giuridica

ABSTRACT:

This paper concerns some *indexes* on the basis of which we can express an intersubjectively valid judgment on the degree of certainty of law (intended as widespread predictability of legal consequences of actions or facts). In this regard, after discussing some preliminary issues about certainty as a non-classificatory concept that refers to the predictability of a *range* of legal consequences, we consider two distinct “Dimensions” of certainty: 1) a “horizontal” dimension, which gives an account of the spread of certainty within the considered class of forecasters; 2) a “vertical” dimension, which gives the sign of the predictive ability of individuals included in this class, capacity inferred by the reliability, accuracy and success of their predictions.

KEYWORDS:

Legal certainty, Legal predictability

GIANMARCO GOMETZ^{*}

Indici di certezza del diritto

1. La certezza giuridica come situazione di fatto – 2. La certezza come prevedibilità di una “gamma” di conseguenze giuridiche – 3. La certezza giuridica come questione di grado – 4. La dimensione verticale della certezza: attendibilità, accuratezza, lungimiranza – 5. La dimensione orizzontale della certezza: la diffusione della prevedibilità

1. La certezza giuridica come situazione di fatto

I giuristi e i filosofi del diritto, in luoghi e tempi diversi, hanno attribuito alla locuzione “certezza del diritto”, o “certezza giuridica” molteplici significati, spesso assai diversi tra loro¹. In questo lavoro intendo

^{*} Ricercatore confermato; Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Cagliari. E-mail: gometz@unica.it.

¹ Senza alcuna pretesa di completezza, si possono elencare i seguenti: conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche dei comportamenti degli individui, basata sulla conoscenza delle norme del diritto; prevedibilità dell'intervento (o del non intervento) degli organi con competenza decisionale o meramente esecutiva in relazione a ciascuna singola fattispecie; prevedibilità dell'*esito* di ciascun intervento degli organi dotati

occuparmi soltanto della certezza giuridica intesa nel seguente senso: come *possibilità diffusa di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche effettivamente suscettibili di essere spontaneamente o coattivamente ricondotte ad atti o fatti, nonché l'ambito temporale in cui tali conseguenze giuridiche verranno in essere*². Questa prevedibilità, oltre a essere considerata centrale nelle discussioni sulla certezza

di competenza giuridica decisionale, ovvero prevedibilità della decisione giuridica concreta; sicurezza dei rapporti giuridici, in virtù di una presumibile stabilità della regolamentazione o della congruenza tra normative susseguentisi nel tempo; accessibilità alla conoscenza della legge o, più in generale, delle prescrizioni giuridiche da parte dei loro destinatari; conoscenza diffusa ed effettiva del diritto da parte dei consociati; principio che prescrive di produrre e di applicare le norme in modo da rendere possibile conoscere anticipatamente in via generale o particolare la valutazione giuridica dei comportamenti futuri; controllabilità *ex post* delle decisioni giuridiche; univocità delle qualificazioni giuridiche, fedeltà delle decisioni ai precedenti giudiziali, o coerenza e congruenza delle decisioni giuridiche; conformità del diritto o delle decisioni giudiziali a determinati *standards* di giustizia o di correttezza; coerenza e completezza dell'ordinamento considerato come sistema di qualificazioni giuridiche; stabilità del giudicato o comunque incontestabilità dei rapporti giuridici esauriti; chiarezza, precisione e intelligibilità delle direttive di comportamento contenute nelle norme giuridiche; determinatezza delle competenze e delle reciproche relazioni tra i pubblici poteri; protezione del cittadino contro l'arbitrio dei governanti e/o dei giudici, specie grazie alla presenza nel sistema giuridico di principi o istituti specifici, quali il principio di legalità, l'irretroattività della legge e via dicendo.

² Su questa ridefinizione di "certezza giuridica" si veda GOMETZ 2005.

del diritto³, viene di solito valutata positivamente, se non altro perché una sua realizzazione in gradi elevati consente agli individui di pianificare la propria vita tenendo conto delle conseguenze giuridiche ricollegabili ad ogni corso d'azione, e dunque di meglio programmare la propria condotta alla luce degli

³ Gli autori che rilevano o propongono una definizione di certezza del diritto che contempla un qualche richiamo alla possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti sono numerosissimi; tanto numerosi, in effetti, da far ritenere che la nozione di certezza-prevedibilità rivesta un ruolo egemonico nella letteratura filosofico-giuridica dedicata al nostro argomento (di questo parere anche GUASTINI 1986, 1095 ss.). Kelsen adotta una nozione graduabile di certezza-prevedibilità, e la stessa cosa fanno Hart (cfr. HART 1991, 152) e Raz (cfr. RAZ 1979, 210 ss.). Jeremy Waldron si spinge ad affermare che la prevedibilità giuridica, in quanto essenziale all'autonomia individuale, rappresenta il principale valore dell'ideale di Stato di diritto (WALDRON 1989, 79 ss.). Tra gli autori italiani che parlano di certezza come prevedibilità basterà per ora citare FERRAJOLI 1989, 81-82; JORI e PINTORE 1995, 194. Si noti, come già si è osservato, che le definizioni di certezza come prevedibilità non sono appannaggio esclusivo degli autori giuspositivisti. Sia il realismo giuridico che il giusliberismo annoverano numerosi autori disposti a parlare di certezza giuridica in termini di possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti. In questi casi, naturalmente, sia le "conseguenze giuridiche" sia le modalità della previsione vengono concepite in modi *toto coelo* differenti rispetto alla tradizionale impostazione giuspositivista. Si pensi alla concezione di certezza adottata da Alf Ross in *Diritto e giustizia* (cfr. ROSS 1965, spec. 41 ss.), a quella considerata da Jerome Frank (cfr. FRANK 1930, 14-23), o alle concezioni antiformaliste di certezza di Massimo Corsale e Bruno Leoni (cfr. CORSALE 1979; LEONI 1961).

obiettivi pratici che si pongono⁴. In questa sede, peraltro, non mi occuperò delle questioni attinenti alla valutazione della certezza giuridica, né più in generale della certezza intesa come *valore*. Vorrei infatti qui soltanto esaminare alcuni *indici* sulla base dei quali si possa esprimere un giudizio intersoggettivamente condivisibile sul grado in cui una situazione di certezza intesa come disposizione diffusa alla previsione delle conseguenze giuridiche ricollegabili ad atti o fatti può ritenersi realizzata.

Prima di entrare nel vivo del discorso è però forse il caso di prevenire possibili equivoci distinguendo il tema degli *indici* della certezza da quello dei *fattori* di certezza. Occorre infatti chiarire che quando si parla di certezza giuridica in termini di prevedibilità, si usa tale espressione non per designare direttamente delle qualità delle *norme* del diritto, ma piuttosto una *situazione di fatto* caratterizzata dalla disposizione di determinati individui alla più o meno accurata, attendibile, lungimirante previsione circa le conseguenze giuridiche effettivamente ricollegabili agli atti o fatti che essi considerano. Dire che “il diritto è certo” non equivale dunque ad asserire che *le sue norme* presentano delle *qualità* tali da facilitare la predeterminazione ed il controllo delle valutazioni che gli organi giuridici ricollegano ai comportamenti umani e/o ad accadimenti naturali, bensì ad affermare che determinati *previsori* (ad esempio, i residenti in un certo

⁴ Luzzati, peraltro, afferma a ragione che se la certezza «sia degna di apprezzamento non lo si può stabilire *a priori*, ma andrà discusso in rapporto alle circostanze. Talvolta è meglio che prevalgano altri valori» (LUZZATI 2012, 2; vedi anche 67).

stato) sono relativamente certi circa le conseguenze giuridiche che, in forza di quel diritto, verranno ricollegate dagli altri consociati o dagli organi giuridici agli atti o fatti considerati. In questo senso, “certezza del diritto” non è sinonimo di “chiarezza” o “rigore” delle disposizioni nelle quali le norme sono consacrate, né di “mancanza di antinomie”, di “irretroattività”, di “stabilità della normazione” ecc., ma di (sia pure qualificata) *prevedibilità* (dei fatti) *del diritto*. Le menzionate qualità assumono caso-mai il ruolo di circostanze, presupposti o mezzi che di fatto aumentano *il grado* di questa certezza, senza tuttavia essere termini della sua definizione. Per questo motivo possono assimilarsi ad esse, sempre col ruolo di contingenze che determinano un incremento della misura della certezza, altri elementi che attengono alla dimensione fattuale e applicativa del diritto: l’elevata effettività delle singole norme o normative (o la loro regolare e notoria ineffettività)⁵, la continuità, l’omogeneità e la coerenza

⁵ In molti casi, invero, gli individui possono meglio prevedere le conseguenze giuridiche di un atto o fatto tenendo conto della circostanza che una data norma, pur valida e rilevante nel caso considerato, viene regolarmente disapplicata o non osservata: la pianificabilità della nostra condotta risulta agevolata non solo quando siamo in grado di tener conto di come l’ordinamento funziona allorché la macchina del diritto sia regolarmente oliata, ma anche quando l’esperienza ci porta a fare affidamento sulle *regolari* e *costanti* disapplicazioni della legge, sugli illeciti divenuti pratica normale, sulla standardizzazione de facto degli intoppi burocratici ecc. Il “malfunzionamento” del diritto è infatti causa d’incertezza quando ha carattere occasionale o meramente frequente; quando invece diventa tanto regolare, o normale, che su di esso può farsi affidamento ben più che sulla effettiva applicazione

dell'azione dei giudici e dei pubblici funzionari (e dunque, tra l'altro, la formazione di interpretazioni consolidate delle disposizioni legislative), l'accessibilità, la disponibilità e la diffusione delle conoscenze rilevanti per la previsione delle conseguenze giuridiche e dei tempi in cui esse hanno luogo ecc. Tutti questi elementi possono essere considerati *fattori* o eventualmente *presupposti* della certezza, in quanto la loro presenza consente, di regola, delle previsioni più accurate, attendibili e lungimiranti, mentre la loro assenza può talvolta compromettere qualsiasi possibilità di previsione di successo. Essi, tuttavia, sono elementi *esterni* alla definizione di certezza intesa come prevedibilità, che in sé comprende soltanto un riferimento ad una più o meno diffusa, attendibile, accurata, lungimirante, disposizione alla previsione. È di questa certezza *degli* individui *sul* diritto che nel seguito mi ripropongo di esaminare gli *indici*, ossia gli elementi rivelatori, che consentono di esprimere un giudizio sul grado della sua realizzazione effettiva.

delle norme vigenti, diventa, paradossalmente, strumento di certezza-prevedibilità. Se elaborassimo una scala numerica, assegnando ai possibili gradi di effettività della norma i valori da 0 (la norma non viene mai osservata/applicata) a 100 (la norma viene sempre osservata/applicata), dovremmo concludere che le informazioni più utili ai fini delle nostre previsioni sono quelle che riportano valori estremi della scala, mentre quelle meno utili sono quelle che riguardano valori attorno al 50: ciò che davvero reca danno alla certezza-prevedibilità è il carattere occasionale, aleatorio, incostante, dell'applicazione o della disapplicazione della norma (qualunque sia la sua origine).

2. *La certezza come prevedibilità di una “gamma” di conseguenze giuridiche*

Una delle ragioni dell'insufficienza (e della crisi) delle concezioni tradizionali della certezza è il riferimento ad una prevedibilità troppo “potente”. Dall'affermazione secondo cui il diritto è certo quando si è in grado di prevedere «le reazioni degli organi giuridici alla propria condotta», o addirittura «le decisioni che saranno adottate dagli organi dell'applicazione», taluni impropriamente ricavano la tesi secondo cui la certezza si realizza quando è possibile anticipare l'*esatto contenuto* dei singoli provvedimenti mediante i quali gli organi giuridici intervengono sulle vicende della vita degli individui. Tuttavia, la constatazione della natura dinamica degli ordinamenti giuridici, il venir meno dell'idea secondo cui il diritto si muove in una dimensione affatto impermeabile ai valori extragiuridici, le scoperte dell'epistemologia e della semiotica novecentesche sul funzionamento del linguaggio hanno svelato da tempo il carattere mitico delle concezioni che dipingono la certezza come una prevedibilità dello specifico contenuto degli atti prodotti dagli “organi dell'applicazione”⁶. Kelsen, in particolare, ha mostrato in modo affatto convincente come queste concezioni siano incompatibili con la constatazione del carattere almeno parzialmente creativo di qualsiasi

⁶ Quanto alle critiche di tipo epistemologico, si veda ad esempio POPPER 1972, 409; si vedano, inoltre, le osservazioni di Luzzati circa l'improponibilità di una nozione assoluta o incondizionata di prevedibilità, specie qualora l'oggetto delle previsioni sia costituito dalle azioni umane (cfr. LUZZATI 1999, 262-263; vedasi anche la bibliografia ivi citata).

applicazione del diritto: la norma giuridica non determina mai compiutamente il contenuto dell'atto di produzione o di esecuzione di grado inferiore⁷. V'è inevitabilmente un margine più o meno ampio di potere *discrezionale* riservato agli organi inferiori, in modo tale che la norma superiore ha sempre e soltanto il carattere di uno *schema* che deve essere riempito per mezzo dell'atto di grado più basso⁸. Il risultato

⁷ Tale indeterminatezza, come sappiamo, può anche essere intenzionale, può cioè essere voluta dall'organo di grado superiore, il quale in tal modo attribuisce all'organo inferiore il potere di specificare il "come" o il "che cosa" dell'atto da realizzarsi; cfr. Kelsen 1952, 118. Perfino un semplice ordine, «per quanto specifico, deve affidare una gran quantità di particolari a chi lo esegue» (Kelsen 1975, 382). A conclusioni analoghe perviene, com'è noto, Herbert L.A. Hart. I criteri di condotta, qualunque mezzo venga scelto per la loro comunicazione, si dimostrano sempre, in qualche punto in cui la loro applicazione sia in questione, indeterminati: essi hanno una struttura aperta. «Anche quando si usano norme generali formulate verbalmente possono saltare fuori in particolari casi concreti delle incertezze relative al tipo di comportamento da queste richiesto» (Hart 1991, 148). Chiunque debba risolvere tali incertezze è dunque chiamato a compiere un atto che ha il carattere di una scelta discrezionale tra alternative. Soltanto l'idea tradizionale per cui decisori giuridici "trovano", e non "creano", il diritto nasconde questo fatto, e presenta le decisioni di costoro come se fossero deduzioni tratte rigorosamente da norme preesistenti e chiare, senza l'intromissione di alcuna scelta (Hart 1991, 16, 148-150).

⁸ Ad integrazione del discorso di Kelsen, si veda l'utile distinzione tra discrezionalità "forte", che si rende necessaria in caso di *vaghezza* e/o di *ambiguità* delle disposizioni normative, e la discrezionalità "debole", che è invece necessaria in caso di *genericità* delle stesse; cfr. LUZZATI 2012, 108 ss.

dell'interpretazione della norma non può dunque essere altro che il *riconoscimento delle varie possibilità di esecuzione che entro tale schema sono date*: qualsiasi atto riconducibile ad uno dei possibili significati linguistici della norma dovrà essere considerato conforme ad essa⁹. Per adoperare la nota metafora di Mario Jori: la norma può essere vista come uno strumento per operare scelte pratiche "all'ingrosso" invece che una per una; e tuttavia chi la "applica" non è un suo mero esecutore, ma deve sempre, in qualche misura, esercitare delle scelte discrezionali "al minuto"¹⁰.

La semplice constatazione che il giudice (o la Pubblica Amministrazione, o qualsiasi altro "decisore" giuridico) esercita una scelta discrezionale circa l'applicazione del diritto, sia pure nell'ambito di una cornice determinata dalle norme di grado superiore, è sufficiente a confutare le concezioni della certezza del diritto come generalizzata prevedibilità dell'esatto contenuto dei singoli provvedimenti decisorii. Se tale scelta vi è, e se non è sempre possibile anticiparne l'esito, bisogna riconoscere che la previsione delle decisioni giuridiche non può che avere carattere *alternativo* o *generico*, indicando spesso non un unico risultato, ma una *gamma* di risultati tutti giuridicamente "possibili" in base allo schema rappresentato dalla norma da applicare. Più ampio è questo schema, ovvero maggiore è il numero e la varietà delle possibilità applicative, più si apre il ventaglio delle alternative prevedibili in ordine alla soluzione giuridica di un caso cui quella norma deve essere applicata¹¹. Non è dunque

⁹ KELSEN 1952, 120-121.

¹⁰ Cfr. JORI 1980, 5-9.

¹¹ V'è chi, sempre seguendo Hart (HART 1991, 148-150), ha a

ipotizzabile alcuna generalizzata possibilità di prevedere esattamente le singole decisioni giuridiche né le specifiche conseguenze da esse ricollegate ad un fatto o ad un atto¹²: gli individui, nella grande maggioranza dei casi, sono in grado di prevedere soltanto che la decisione che stabilisce (dichiara, costituisce) tali conseguenze giuridiche sarà compresa in un novero di decisioni alternative compostibili¹³.

La concezione della certezza come generalizzata possibilità di prevedere esattamente le specifiche conseguenze giuridiche di un atto o fatto risulta ancora più inaccettabile se, sempre sulla scorta di Kelsen, si considera che i previsori, per avere una qualche idea di come l'ordinamento reagirà alla loro condotta, non devono semplicemente prevedere le conseguenze giuridiche della stessa, ma devono pre-

questo proposito richiamato in causa la nota distinzione tra "casi facili" (*easy, clear, obvious cases*) e "casi difficili" (*hard, critical cases*): si potrebbe sostenere che i primi sono quelli che consentono una previsione secca sul loro esito (o meglio, altamente probabile: sussiste sempre, come Kelsen ricorda, la possibilità di una decisione *contra legem*), e che i secondi sono quelli aperti a due o più soluzioni giuridiche alternativamente praticabili, e dunque prevedibili; cfr. MARINELLI 2002, 155 ss., che, quanto ai "casi facili", cita l'esempio dell'inammissibilità o decadenza per inosservanza dei termini espressamente indicati dalla legge come perentori: basta fare il computo dei termini per stabilire se l'atto è tempestivo oppure no.

¹² Cfr. DICIOTTI 1999, 9.

¹³ Alle stesse conclusioni perviene LUZZATI 1999, 269. V'è chi parla, a questo proposito, di *predittività in senso "debole"* (cfr. MARINELLI 2002, 157 ss.: «La prevedibilità delle sentenze va dunque intesa come attendibile pronostico di *uno o più* esiti, nel novero dei tanti astrattamente possibili, del caso *sub iudice*»).

vedere le conseguenze giuridiche *di ciò che si prevede essere l'accertamento* giuridico sopra gli atti o fatti che la sostanziano. Bisogna invero considerare che le conseguenze giuridiche stabilite, ad esempio, da una sentenza sono imputate non ad un "fatto" in sé e per sé considerato, ma ad una fattispecie accertata in modo non necessariamente univoco (tra l'altro perché l'accertamento viene condotto secondo le regole procedurali stabilite dall'ordinamento, che a loro volta sono variamente interpretate e applicate). È dunque *l'accertamento* del fatto, operato nei modi e dagli organi stabiliti dall'ordinamento, e non direttamente il fatto oggetto di accertamento, a condizionare la decisione¹⁴. V'è poi un'ulteriore difficoltà: vi sono casi in cui il previsore anticipa correttamente l'accertamento dei fatti operato dall'organo competente a decidere sul caso, e tuttavia dà a quei fatti una differente *qualificazione giuridica*. Pur partendo da uno stesso accertamento giudiziale, cioè, previsore e decisore possono attribuire ai fatti un significato giuridico in tutto o in parte diverso. Ciò può accadere sia quando al medesimo fatto possono applicarsi etichette giuridiche differenti ma *complementari tra loro* (si pensi ad un contratto al tempo stesso nullo per simulazione e annullabile per errore), sia quando la vaghezza del linguaggio impiegato per formulare le norme rende controversi i confini delle varie fattispecie, in modo tale che ai medesimi fatti possono applicarsi più qualificazioni giuridiche *che si escludono a vicenda*¹⁵. Se poi si considera che a ognuna di

¹⁴ Cfr. Kelsen 1975, 270-271.

¹⁵ Cfr. Luzzati 1999, 269. Un esempio per l'ultimo caso: è stato accertato che alcuni agenti di pubblica sicurezza, dopo

queste diverse qualificazioni giuridiche dello stesso fatto possono talvolta corrispondere, in alternativa tra loro, *più* possibili reazioni da parte dell'ordinamento, ben si comprende come la previsione della decisione possa assai facilmente essere affetta da un elevato grado di *genericità* che potremmo chiamare "combinatoria", poiché la genericità data dalla pluralità di alternative compostibili che si aprono in ciascuna delle fasi dell'applicazione del diritto (interpretazione delle disposizioni sostanziali e procedurali, accertamento e qualificazione dei fatti ecc.) tende a combinarsi con quella che si riscontra in ciascuna delle altre fasi, generando una sorta di esplosione combinatoria che, come si dirà tra poco, diminuisce alquanto l'utilità della previsione ai fini della pianificazione strategica della condotta, pur rendendo più probabile il suo avveramento.

aver catturato e posto in arresto alcuni terroristi responsabili del sequestro di alcuni bambini, sottopongono a gravi violenze morali e fisiche uno degli arrestati per ottenere informazioni ritenute necessarie a salvare gli ostaggi. Considerato che l'art. 54 del c.p. esclude la punibilità di chi ha "commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo", previsore e decisore possono trovarsi in disaccordo sulla qualificazione del comportamento degli agenti, uno dei due ravvisando la commissione dei reati di lesioni, minacce, sequestro di persona, ecc., l'altro ritenendo che la scriminante ex art. 54 c.p. possa applicarsi, escludendo l'antigiuridicità dei fatti e dunque i reati (un caso per molti aspetti analogo a quello dell'esempio è discusso presso il Trib. Padova, 15 luglio 1984, in *Foro Italiano*, 1984, II, 230 con nota di Pulitanò).

Il discorso non cambia se, come si è deciso di fare in questo lavoro, per “certezza del diritto” si intende non solo la prevedibilità delle conseguenze giuridiche *coattivamente* ricollegate ad atti e fatti a seguito di una decisione di organi giuridici dotati di poteri coercitivi, ma anche la prevedibilità delle conseguenze *spontaneamente* ricollegate dai cittadini ad atti o fatti, sia a causa dell’esito scontato dell’eventuale successiva controversia giudiziale, sia per altre ragioni (timore dei costi della controversia stessa, scarso valore della cosa contestata, accordi stragiudiziali tra le parti ecc.). Anche qui, vi sono molti casi in cui tale prevedibilità si apre a due o più alternative, a causa di possibili divergenze riguardanti l’interpretazione delle disposizioni normative, l’accertamento dei fatti, la qualificazione degli stessi, o semplicemente perché il diritto stesso ammette diverse possibilità applicative rimesse a scelte discrezionali imprevedibili: si pensi all’ipotesi prevista dall’art. 1492 del Codice Civile italiano: «Nei casi indicati dall’articolo 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione». In queste eventualità, ove non vi siano usi e vizi particolari, è impossibile prevedere ex ante se il vizio della cosa venduta ha come conseguenza la risoluzione del contratto oppure la riduzione del prezzo: la previsione non può che arrestarsi all’individuazione di due alternative compostibili la cui scelta è demandata a un’opzione discrezionale che non è possibile anticipare in alcun modo.

Se si vuole salvare il concetto di certezza del diritto dalle critiche di coloro che ne asseriscono l’inattuabilità, insomma, occorre giocoforza ripiegare su una prevedibilità aperta a più alternative compos-

sibili, e ammettere che l'oggetto della previsione non è, necessariamente, una *singola* decisione/conseguenza giuridica, ma può essere una serie o gamma di decisioni/conseguenze, ciascuna delle quali è funzione di scelte adottate in diverse fasi del procedimento di applicazione che non è sempre possibile prevedere con successo alla luce delle informazioni disponibili. In molti casi, cioè, la previsione non può che arrestarsi all'indicazione di una serie di opzioni alternative, tutte potenzialmente applicabili alla vicenda considerata¹⁶. Si prevede allora non la *singola* conseguenza giuridica che effettivamente verrà ricollegata al caso di specie, ma le *varie* conseguenze giuridiche che potrebbero, alla luce del diritto vigente e degli esiti dell'accertamento e della qualificazione dei fatti, essere ricollegare allo stesso.

Di seguito, chiamerò "previsione complessiva" la previsione che, tenendo conto delle opzioni praticabili nelle varie fasi dell'*iter* che conduce all'applicazione del diritto, si estende a *tutte* le conseguenze giuridiche applicabili al caso considerato. Si può affermare che una previsione così concepita ha *successo* quando la

¹⁶ Certamente vi sono anche dei casi in cui è possibile prevedere un'unica conseguenza giuridica dell'azione. Produco un certo documento richiesto da un ufficio amministrativo come condizione per la concessione di un certo beneficio (ad esempio, un'esenzione dalle tasse), e sono in grado di prevedere che di fatto otterrò esattamente quello specifico beneficio. Parlo insomma di "possibilità di prevedere la gamma delle conseguenze giuridiche alternative" ammettendo che talora questa gamma sia limitata a una sola conseguenza possibile. La mia idea, come si dirà *infra*, è semplicemente che più questa gamma è ridotta (fino al limite di comprendere una sola conseguenza giuridica prevista), più il diritto è certo.

conseguenza *effettivamente* ricondotta al caso di specie rientra nella gamma delle conseguenze giuridiche attese, alla luce delle informazioni disponibili. Tale successo è legato anche alla corretta e completa individuazione delle opzioni alternative praticabili nelle fasi dell'accertamento e della qualificazione dei fatti di cui si intendono prevedere le conseguenze giuridiche: un errore commesso in uno qualsiasi di questi passaggi non solo può pregiudicare il successo della previsione finale (viene adottata una decisione che non rientra tra quelle previste) ma può anche indurre il previsore ad attendersi delle conseguenze giuridiche che non hanno alcuna probabilità di venire ad esistenza.

Il successo di una siffatta previsione "complessiva" può tuttavia costituire un risultato ben modesto. Quando la gamma delle conseguenze giuridiche prevedibili è così ampia e varia da non consentire alcun valido supporto per la pianificazione della propria condotta in funzione delle alternative prospettate, quando cioè non consente al previsore di attendersi una serie circoscritta e relativamente esigua di soluzioni alternativamente applicabili ad un medesimo caso concreto, è legittimo affermare che la certezza subisce un detrimento: una previsione molto *generica*, ovvero comprensiva di un numero notevole di alternative tutte riconducibili allo stesso atto o fatto di partenza, ha un valore informativo ridotto rispetto ad una previsione complessiva relativamente specifica, perché risulta verificata in un'ampia gamma di situazioni, magari assai differenti tra loro e cariche di diverse conseguenze pratiche per gli interessati¹⁷. Essa, proprio a cagione della sua genericità, ha

¹⁷ «La *genericità* o mancanza di specificazione di un'espressione si ha quando l'espressione si riferisce indiffe-

buone probabilità di avverarsi¹⁸, e tuttavia è assai poco utile come base per la pianificazione strategica della condotta individuale; fornisce una «certezza inutile, della quale non sappiamo che cosa farcene»¹⁹. Una cosa è prevedere che, secondo l'esito delle scelte discrezionali nella fase dell'accertamento, della qualificazione o della determinazione della sanzione per un tale mio comportamento, il giudice potrà disporre, alternativamente, la mia condanna al pagamento di una multa lieve *oppure* al pagamento di una multa un po' più esosa, altra cosa è prevedere che, per lo stesso fatto, il giudice potrà disporre, sempre alternativamente, la mia condanna ad una modesta multa, *o* la condanna a una multa un po' più esosa, *o* la confisca di tutto il mio patrimonio, *o* l'esenzione dalle imposte, *o* la mia condanna alla reclusione per tredici anni, *o* l'interdizione dai pubblici uffici²⁰. Oppure si confronti

rentemente, cioè senza distinguere, a una pluralità di situazioni diverse. Un enunciato è tanto più generico quanti più sono i fatti che, se si verificassero, realizzerebbero l'ipotesi da esso prevista» (LUZZATI 1990, 48). Il contenuto informativo di un enunciato, com'è noto, aumenta in ragione inversa alla sua genericità; cfr. LUZZATI 2012, spec. 88 ss.

¹⁸ La previsione che al fatto X seguirà la conseguenza Y o la conseguenza Z ha ovviamente maggiori probabilità di verificarsi della previsione che al fatto X seguirà la conseguenza Y, allo stesso modo in cui la predizione: "Entro la fine di quest'anno incontrerai un uomo" ha maggiori probabilità di verificarsi della predizione: "Entro la fine di quest'anno incontrerai un uomo moro, alto e con i baffi". In entrambi i casi, invero, la prima anticipazione risulta verificata da un numero maggiore di fatti rispetto alla seconda.

¹⁹ Cfr. LUZZATI 2012, 5, 91.

²⁰ Nello stesso ordine di idee, cfr. LUZZATI 2012, 107 ss.

il contenuto informativo di una previsione complessiva che ricollega a un certo comportamento “una sanzione” con quello di una previsione complessiva che allo stesso comportamento ricollega la reclusione da 3 a 5 anni²¹. La possibilità di programmare utilmente la propria condotta tenendo conto delle conseguenze giuridiche ad essa ricollegabili non implica solo che le previsioni sopra queste ultime abbiano una certa tendenza al successo, ma anche che esse siano relativamente *specifiche*, e cioè che prospettino alternative il più possibile circoscritte nel numero e nella varietà, in modo da consentire ai previsori una pianificazione strategica basata su anticipazioni dotate di un elevato contenuto informativo sulle specifiche conseguenze di ciascun corso d'azione. Ciò, naturalmente, dipende in primo luogo dalle contingenti caratteristiche dell'ordinamento o della specifica normativa la cui certezza è in questione. Così, minore è la discrezionalità che tali norme lasciano agli organi nelle varie fasi del procedimento che sfocia nella decisione giuridica che si intende prevedere, più ristretto sarà il ventaglio delle possibili decisioni finali²². Kelsen è ben consapevole

²¹ Il contenuto informativo a fini di pianificazione strategica delle scelte pratiche ben può essere assimilato a quello che Popper chiama “contenuto empirico” delle asserzioni: «Ciò che chiamo contenuto empirico di un'asserzione cresce col crescere del grado di falsificabilità dell'asserzione: quanto più l'asserzione vieta, tanto più dice intorno al mondo dell'esperienza»; cfr. POPPER 1970, 118, e cap. VI.

²² Sempre che gli organi giuridici siano di fatto fedeli alle norme, naturalmente. Essi potrebbero infatti decidere in difformità da quanto stabilito dalle norme che sono chiamati ad applicare. Sebbene quest'eventualità, negli ordinamenti contemporanei, sia resa meno probabile dalla predisposizione

di questo fatto; non a caso, conclude la *Dottrina pura* del 1960 sottolineando l'importanza di una tecnica di formulazione delle norme giuridiche capace di ridurre al minimo l'inevitabile pluralità dei significati delle disposizioni, e di garantire in tal modo la realizzazione del massimo grado possibile di certezza del diritto²³.

3. *La certezza giuridica come questione di grado*

Accade di frequente che i giuristi parlino di certezza del diritto come qualcosa che, nelle varie situazioni concrete, c'è o non c'è. Essi inoltre non sono soliti determinare con precisione la soglia oltre la quale una certa attitudine diffusa alla corretta previsione delle decisioni giuridiche si può definire a pieno titolo "certezza del diritto". Tutto ciò che si può rilevare è la loro tendenza ad attribuire la qualifica di "certo" ad ordinamenti giuridici, a settori dell'ordinamento o a singole norme la cui esecuzione/applicazione risulti in buona misura prevedibile, e la qualifica di "incerto", ad ordinamenti o a parti di ordinamenti la cui esecu-

di una serie di strumenti volti ad assicurare che gli organi giuridici decidano conformemente al diritto (impugnazioni, vari tipi di sanzione o di responsabilità ecc.), non è mai escluso che vi possano essere, di quando in quando, delle decisioni *contra ius*. Mentre è praticamente impossibile prevedere la decisione *contra ius* occasionalmente adottata per errore o per dolo del decisore, può sostenersi che laddove si sia stabilita una qualche regolarità decisionale, sia pure contraria al diritto formalmente valido, diventi possibile sfruttare l'eventuale conoscenza circa questa regolarità a fini predittivi, e dunque di certezza.

²³ Cfr. Kelsen 1975, 389-390.

zione/applicazione sia ritenuta poco o per nulla prevedibile. Malgrado la labilità dei confini tra certezza e incertezza, comunque, i giuristi e i teorici del diritto continuano ad esprimersi il più delle volte in termini di alternativa assoluta, prospettando un dualismo certezza-incertezza in verità tutt'altro che scontato e opportuno. Configurare un'alternativa assoluta tra diritto "certo" e "non certo" può portare ad un atteggiamento fatalista e rinunciatario: si può infatti arrivare a concludere che, non essendo la certezza assoluta del diritto realizzabile *in toto*, è opportuno lasciar perdere questo relitto dell'illuminismo giuridico e andare a occuparsi d'altro. Non è un caso che la maggior parte delle posizioni scettiche in materia di certezza del diritto siano legate ad una concezione della certezza intesa come prevedibilità esatta, infallibile, meccanica²⁴.

²⁴ Vedi ad esempio Benvenuti 1988, 29-46. Incidentalmente, si può rilevare come la critica rivolta alla pretesa di prevedere infallibilmente le conseguenze giuridiche dell'azione spesso tragga le mosse da posizioni antiformaliste in materia di interpretazione. Si afferma così che, poiché le norme non sono interpretabili univocamente, non è possibile prevedere univocamente la loro applicazione concreta. Da questo argomento viene poi tratta l'ulteriore conclusione per cui la certezza del diritto, intesa come prevedibilità delle decisioni giuridiche, è un'utopia, o un mito, o un'illusione. Lo è, in effetti, proprio se la si definisce in termini assoluti, come prevedibilità infallibile di tutte le conseguenze giuridiche di atti o fatti. Non lo è, o almeno non necessariamente lo è, se si accoglie invece una concezione non classificatoria-bivalente di certezza-prevedibilità e si ammette un certo *grado* di prevedibilità del diritto, ossia la possibilità di anticipare più o meno attendibilmente le conseguenze che il diritto ricollega alle azioni individuali o a fatti determinati. Non a caso, sovente si scopre che le tesi

Questo disilluso pessimismo può essere contrastato abbandonando le tradizionali visioni della certezza-prevedibilità come concetto classificatorio tutto-o-niente. Se le conseguenze giuridiche degli atti o fatti che consideriamo sono non solo “prevedibili” o “imprevedibili”, ma anche *più o meno* prevedibili, da parte di un numero maggiore o minore di individui, allora il concetto di certezza risulta compatibile con la constatazione della possibilità di elevata *genericità* e financo di *fallimento* delle previsioni circa le conseguenze giuridiche prodotte dagli eventi che consideriamo, e dunque col riconoscimento dell’ambito di discrezionalità di cui godono i decisori giuridici (i giudici e gli applicatori del diritto in genere), o, se si preferisce, della natura parzialmente “creativa” della loro funzione.

Resta, ovviamente, il problema di come determinare il grado in cui la certezza-prevedibilità risulta

scettiche in materia di certezza del diritto sono tali soltanto in riferimento alla pretesa di prevedere infallibilmente le conseguenze giuridiche di atti o fatti, e che all’opposto è ammessa la realizzabilità di un certo *grado* di certezza. Tra queste tesi è da annoverare la posizione di colui che ha finito per rappresentare il paradigma dello scettico in materia di certezza (senz’altro a causa di *boutades* poi parzialmente rettificato): Jerome Frank (Frank 1930, 14-23.). Anche Letizia Gianformaggio è pronta ad affermare che la certezza come prevedibilità delle decisioni giuridiche è un mito e che il diritto, di fatto, non è certo, salvo poi ammettere che il diritto, sebbene «certo non potrà mai *compiutamente* essere» (corsivo aggiunto) deve nondimeno *tendere* alla certezza. Le decisioni giuridiche, secondo l’autrice, sono prevedibili se e in quanto non arbitrarie, dunque controllabili alla luce delle regole generali che restringono l’ambito di ciò che può essere correttamente deciso (GIANFORMAGGIO 1986, 164-166).

effettivamente realizzata, elaborando una sorta di *misura* della certezza. Ebbene, a mio parere si possono proporre non una ma due distinte misure della certezza intesa come possibilità diffusa di prevedere le conseguenze giuridiche di atti o fatti. Possiamo infatti parametrare la certezza alla sua maggiore o minore diffusione presso una certa classe di individui, nonché alla maggiore o minore attendibilità, accuratezza e lungimiranza delle previsioni circa le conseguenze giuridiche degli atti o fatti che gli individui stessi considerano. Si avranno così:

1) una dimensione “orizzontale”, che dà conto della diffusione della certezza entro la classe di previsori considerata;

2) una dimensione “verticale”, che dà il segno della capacità predittiva degli individui compresi in questa classe, capacità evinta a sua volta da:

- a. l'attendibilità delle previsioni;
- b. l'accuratezza (specificità) delle previsioni;
- c. la lungimiranza delle previsioni di successo.

Esaminerò ora ciascuna di queste dimensioni della certezza del diritto, e proporrò alcune idee circa gli indici che potrebbero essere usati per il loro calcolo. Il mio intento, in questa sede, non è tuttavia quello di illustrare nel dettaglio gli aspetti matematici o statistici del computo della certezza, bensì quello di mostrare delle direzioni operative, delle ipotesi di lavoro utili per l'individuazione di ciò che dovrebbe costituire oggetto di una sua misurazione. Dirò invece subito che il metodo per la rilevazione del grado di certezza è lo stesso per tutte le misure che ho citato: si tratta di raccogliere, presso un campione rappresentativo della classe di previsori considerata, delle

previsioni circa la *gamma* delle conseguenze giuridiche ascritte a un dato atto o fatto, e di confrontarle con le conseguenze giuridiche effettivamente prodottesi – perché spontaneamente riconosciute dai consociati o perché stabilite ed eseguite da organi dotati di poteri decisionali e coattivi – in forza del diritto il cui tasso di certezza è in questione. Gli aspetti che rilevano in questo confronto, come subito si dirà, sono tuttavia differenti a seconda che si consideri la diffusione delle previsioni, oppure la loro attendibilità, accuratezza o lungimiranza.

4. *La dimensione verticale della certezza: attendibilità, accuratezza, lungimiranza*

Propongo di chiamare “dimensione verticale della certezza” la quantificazione delle potenzialità predittive dei singoli individui. Si tratta di una misura complessa, alla cui determinazione concorrono tre distinti indici: l’attendibilità, l’accuratezza e lungimiranza delle previsioni. Consideriamoli uno per uno.

Diciamo che la previsione giuridica ha *successo* quando le conseguenze giuridiche spontaneamente o coattivamente ricollegate agli atti o fatti considerati rientrano nella gamma delle conseguenze giuridiche attese alla luce delle informazioni disponibili. Nell’oggetto della previsione rientrano peraltro anche i tempi delle conseguenze giuridiche che si prevedono, in modo tale che la nostra previsione ha successo solo se queste effettivamente vengono in essere nell’arco temporale in cui esse sono attese. Ciò che chiamo “attendibilità” della previsione, dunque, non dipende dalla frequenza con cui si riesce a prevedere *esattamente* quali siano le conseguenze giuridiche spontaneamente o coattivamente

ricollegate ai fatti considerati, nonché il tempo del loro venire in essere, bensì da quanto frequentemente la gamma delle conseguenze giuridiche previste comprende quelle che effettivamente si sono realizzate, spontaneamente o a seguito dell'intervento di un'autorità investita di poteri coercitivi, nell'arco temporale previsto. Chi sia interessato alla rilevazione di tale misura dovrà raccogliere delle previsioni complessive vertenti sulla gamma delle conseguenze giuridiche riconducibili al diritto o alla normativa la cui certezza è in esame, e valutare quante di queste previsioni hanno successo, ossia sono effettivamente seguite da conseguenze giuridiche: 1) comprese nella gamma di quelle attese; 2) venute in essere nell'arco temporale previsto. Dalla frequenza dei successi così rilevati potrà evincersi l'*attendibilità* delle previsioni complessive provenienti dagli individui considerati. È vero che, a rigore, questa misura dà conto soltanto della tendenza al successo rilevabile tra i previsori nel tempo in cui hanno elaborato le loro previsioni, dunque dell'*attendibilità* delle previsioni *passate*. Tuttavia, da questa rilevazione potrebbero ragionevolmente ricavarsi, sia pure solo induttivamente e sotto la condizione *rebus sic stantibus*, delle aspettative circa il successo, e dunque l'*attendibilità*, delle loro previsioni *future*. L'*attendibilità*, insomma, può desumersi dalla *frequenza del successo* delle previsioni complessive, frequenza che potremmo esprimere attraverso un apposito indice numerico percentuale. L'*attendibilità* delle previsioni, in questo modo, varierebbe da 0 (nessuna previsione di successo, *ergo* nessuna *attendibilità* delle future previsioni) a 100 (tutte le previsioni considerate hanno avuto successo, *ergo* massima *attendibilità* delle previsioni future).

Nel paragrafo precedente si è detto che il profilo dell'*attendibilità* della previsione deve essere distinto

da quello del contenuto informativo della stessa, che varia in funzione inversa alla genericità di ciò che si prevede. Infatti, il successo di una previsione complessiva costituisce un risultato non necessariamente utile in vista della pianificazione strategica della propria condotta. A questo riguardo, oltre che la tendenza al successo, e dunque l'attendibilità della previsione, rileva la sua *specificità*, ossia il suo prospettare una gamma di conseguenze giuridiche limitate nel numero, nella varietà e nel tempo del loro venire in essere. Chi intenda misurare la certezza di un ordinamento o di un suo settore²⁵, dopo aver raccolto le previsioni degli individui considerati, dovrà dunque anche valutare la maggiore o minore specificità di quelle che, tra esse, hanno avuto successo. A tal fine potrà elaborare un apposito indice, che propongo di denominare *accuratezza* della previsione, il cui valore massimo si registri nel caso in cui la previsione di successo prospetti soltanto *una* conseguenza/decisione/reazione attesa (caso che, come abbiamo visto, è tutt'altro che frequente), decrescendo poi all'aumentare del numero

²⁵ I giuristi e i teorici del diritto sono soliti parlare di certezza del diritto anche in termini di prevedibilità delle conseguenze giuridiche riconducibili ad una particolare normativa, materia o disciplina giuridica. E in effetti, la certezza-prevedibilità si può misurare non solo avendo riguardo all'ordinamento giuridico complessivamente considerato, ma anche avendo riguardo a un suo settore più o meno ampio o perfino a una singola norma (in senso kelseniano, ovvero "completa" nel suo rapporto con un atto coattivo (cfr. KELSEN 1952, 69-70). In questo caso, ovviamente, le previsioni raccolte ai fini della misurazione della certezza saranno riferite esclusivamente alle conseguenze giuridiche applicabili in forza del settore del diritto considerato.

delle alternative previste²⁶. In questo modo potrà aversi un'idea non solo di quanto le previsioni tendono ad avere successo, ma anche di quanto esse sono effettivamente in grado di fornire a chi le elabora delle informazioni specifiche e dunque utili ai fini della programmazione strategica delle scelte pratiche. Poiché nell'oggetto della previsione deve ritenersi compresa anche la determinazione di tempi in cui le conseguenze giuridiche previste vengono in essere, l'indice di accuratezza dovrà anche essere elaborato tenendo conto, oltre che della specificità delle previsioni di successo, anche di quanto ridotto sia l'ambito temporale in cui si prevedono occorrere tali conseguenze: una cosa è prevedere che esse avranno luogo entro 10 anni (margine di errore: 10 anni), altra cosa è prevedere che si produrranno in un tempo non inferiore a 1 anno e non superiore a 2 (margine di errore: 1 anno). Il nostro indice di accuratezza dovrà insomma variare anche secondo la maggiore o minore ampiezza dell'arco temporale in cui si prevede si realizzeranno le conseguenze giuridiche attese²⁷.

²⁶ Ad esempio, si potrebbe stabilire che il valore massimo dell'accuratezza è 1, e si registra quando la conseguenza prevista è unica. Se le alternative previste sono due, allora tale valore sarà 1/2, se sono tre, sarà 1/3, e così via. Affinché tale indice tenga conto in qualche modo anche dell'omogeneità di queste, anch'essa rilevante per stabilire l'accuratezza della previsione, sarà necessario per il ricercatore raggrupparle secondo un criterio che tenga conto delle diverse conseguenze pratiche di cui esse sono portatrici per i previsori.

²⁷ Si potrebbe ad esempio stabilire che l'indice descritto nella nota precedente debba essere diviso per 1 quando il margine d'errore sui tempi delle conseguenze giuridiche è di un anno, per 2 quando il margine d'errore è di due anni, ecc.

Infine, v'è ancora un indice che può concorrere a determinare la nostra misura verticale della certezza: la *lungimiranza* delle previsioni di successo, ossia la possibilità di elaborare previsioni attendibili a lungo termine, capaci di anticipare con successo le conseguenze giuridiche dei comportamenti che verranno posti in essere in un futuro relativamente remoto. Tale scelta implica l'assunto per cui la certezza è tanto maggiore quanto più lontano nel futuro si spinge la capacità predittiva degli individui. Credo che si tratti di un assunto condivisibile: il valore della certezza, dopotutto, consiste nel suo essere strumentale alla qualità della pianificazione delle scelte pratiche individuali; è dunque ragionevole ritenere che tanto più questa pianificazione può estendersi nel futuro, tanto maggiore è l'utilità della certezza per gli individui. Una certezza "a lungo termine" consente ad esempio al giovane di programmare la propria esistenza avendo riguardo anche a ciò che presumibilmente avverrà durante la sua vecchiaia, come conseguenza delle scelte pratiche presenti o future²⁸. Sorge però qui il problema di *come* rilevare l'attendibilità delle previsioni attraverso il tempo²⁹; misurazione che giocoforza richiede uno studio condotto nell'arco di diversi anni. Occorrerà infatti perlomeno: 1) richiedere ai previsori della classe considerata delle previsioni circa le conseguenze giuridiche di atti o fatti che verranno in essere in un futuro relativamente remoto rispetto al

²⁸ Del valore della "certezza a lungo termine" parla ad es. LEONI 1995.

²⁹ Che, sebbene ad essa correlata, è cosa diversa dalla prevedibilità dei *tempi* delle reazioni giuridiche.

momento in cui si compie la rilevazione; 2) controllare, trascorso il tempo stabilito, il successo di tali previsioni. Ad esempio, una rilevazione sulla misura “diacronica” della certezza della disciplina delle pensioni presso i lavoratori cui essa si applica potrebbe essere condotta raccogliendo nel tempo t , tra individui di circa 40 anni d’età, delle previsioni circa il proprio futuro trattamento pensionistico. Dopo circa trent’anni da t , occorrerebbe controllare quante di queste previsioni hanno avuto successo, e cioè contemplano un trattamento identico a quello poi effettivamente praticato. Si avrebbe così una qualche idea dell’estensione nel tempo della capacità predittiva dei lavoratori di un trentennio prima. Naturalmente rilevazioni di questo tipo servono a misurare una dimensione della certezza del diritto così com’era in passato (l’epoca in cui le previsioni sono state elaborate), e non possono essere usate per pronunciarsi con sicurezza circa la certezza *odierna* sulle conseguenze giuridiche che avranno luogo nel lungo periodo. Quest’ultima stima può dunque essere inferita – induttivamente e quindi solo presuntivamente – dall’osservazione circa il grado di stabilità della regolamentazione giuridica che si osserva in un determinato periodo storico. Più è marcata la tendenza del legislatore all’“interventismo”, ossia alla modifica della normativa vigente, minore deve presumersi essere la componente diacronica della dimensione “verticale” della certezza. Ciò, ovviamente, a meno che non sussistano buone ragioni per ritenere che gli individui, in qualche modo, siano in grado di prevedere la direzione in cui si produrranno tali innovazioni normative, o addirittura il loro contenuto. Potrebbero in effetti immaginarsi dei sistemi giuridici – certo alquanto

diversi da quelli occidentali contemporanei – in cui le modificazioni dell’ordinamento non solo occorrono raramente, ma siano anche conformi alle aspettative diffuse tra i consociati, che dunque trovano nelle innovazioni normative la sanzione formale di cambiamenti già avvenuti in seno alla comunità. In contesti del genere, molti individui sarebbero in grado di prevedere le conseguenze di propri comportamenti futuri tenendo conto dei presumibili cambiamenti che il diritto che li regola subirà. È certo assai dubbio che una siffatta situazione possa realizzarsi nelle odierne società pluralistiche, complesse e ideologicamente disomogenee, tuttavia non può escludersi che anche *hic et nunc* vi siano individui particolarmente capaci o informati che, meglio di altri, sono in grado di avanzare delle previsioni giuridiche basate su quelli che essi prevedono essere i cambiamenti del diritto nel medio o nel lungo periodo. Sempre per rifarci alla materia delle pensioni, un odierno quarantenne italiano ben potrebbe prevedere un peggioramento del proprio trattamento pensionistico rispetto agli *standards* attuali, sulla base: 1) della tendenza all’invecchiamento della popolazione; 2) della cronica insufficienza delle risorse pubbliche che nel nostro Paese sono destinate alle pensioni; 3) dell’inclinazione della maggioranza di turno all’inerzia legislativa in materia previdenziale. Di questa previsione egli potrebbe tener conto nel corso della pianificazione delle proprie scelte, ad esempio decidendo di ricorrere a forme di previdenza integrativa privata.

Tutto ciò considerato, si può proporre una misura “verticale” della certezza data dal prodotto di tre indici distinti: l’attendibilità, l’accuratezza e lungimiranza delle previsioni di successo. Potremmo raffigurare ques-

ta dimensione della certezza come un parallelepipedo rettangolo, in cui base, altezza e profondità siano proporzionate a ciascuna di tali grandezze (vedi *fig. 1*):

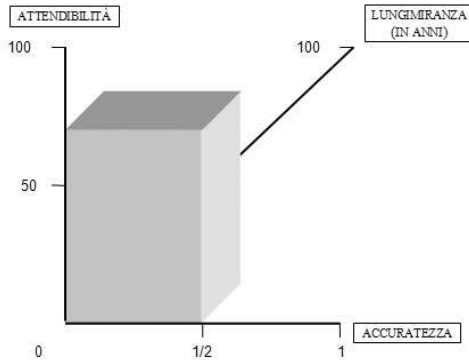


Fig. 1: Rappresentazione grafica della misura della capacità predittiva di un individuo

Tale rappresentazione riguarda la capacità predittiva di un determinato individuo. Abbiamo però visto che “certezza del diritto” è espressione che designa una situazione caratterizzata dalla disposizione *diffusa* alla prevedibilità giuridica. È dunque opportuno integrare la fin qui illustrata misura verticale con un’altra misura che dia conto della diffusione della certezza entro la classe di previsori considerata. Di ciò parlerò nel prossimo paragrafo.

5. La dimensione orizzontale della certezza: la diffusione della prevedibilità

Nella letteratura filosofico-giuridica ricorre spesso l’affermazione secondo cui il diritto è certo quando “i citta-

dini” sono in grado di prevedere le conseguenze giuridiche del proprio comportamento³⁰. Non v’è tuttavia alcuna necessità di ritenere che il concetto di “certezza del diritto” faccia riferimento a una classe di individui stabilita una volta per tutte, ne v’è necessità di determinare tale classe facendo uso dei concetti giuridici, sociologici o antropologici di “cittadinanza”, di “nazione”, di “comunità”, di “gruppo” e via dicendo. Se è vero che i giuristi parlano di certezza giuridica alludendo di solito ad una specifica classe di previsori – quella dei “cittadini” – è vero anche che nulla vieta di considerare la certezza del diritto in riferimento a classi di previsori determinate tramite criteri diversi dalla cittadinanza: magari il livello di preparazione giuridica degli individui, il loro grado di scolarizzazione o il reddito³¹. Conta piuttosto che la scelta della classe che rappresenta l’elemento soggettivo della certezza giuridica di cui si intende discutere sia esplicita ed eventualmente giustificata in ragione degli obbiettivi euristici: potrà in questo modo parlarsi di certezza del diritto tra i *residenti* in Italia, tra i *cittadini* di un qualche stato, tra i *giuristi* ecc., e si dirà che il diritto è massimamente certo quando *tutti* gli individui della classe presa in esame mostrano una disposizione all’attendibile, accurata, lungimirante previsione delle conseguenze giuridiche degli atti o fatti che essi considerano, e che è assolu-

³⁰ Ciò, del resto, corrisponde a quello che alcuni critici hanno considerato un prodromo di nazionalismo giuridico già presente in Montesquieu (cfr. TARELLO 1976, 270).

³¹ «Vi sono molte certezze-prevedibilità che vanno dall’estremo del modello iperdemocratico (la cuoca di Lenin) all’estremo di una casta chiusa cui sia riservata in maniera esclusiva la conoscenza giuridica» (LUZZATI 1999, 257-258).

tamente incerto quando nessuno, tra costoro, manifesta tale disposizione. Una seconda misura, “orizzontale”, della certezza è dunque data dall’effettiva diffusione della capacità predittiva tra gli individui inclusi nella classe di riferimento. Chi sia interessato alla rilevazione di questa misura della certezza dovrà appurare quanto la disposizione ad ottenere previsioni di successo, accurate e temporalmente estese sia diffusa tra i previsori della classe considerata. A tal fine, potrebbe elaborarsi una sorta di indice di diffusione che dia conto non solo del potere predittivo di ciascun individuo del campione considerato (ciò che abbiamo visto riguardare la dimensione verticale della certezza), ma anche del potere predittivo complessivamente rilevabile all’interno della classe di riferimento³².

Un’idea per la rappresentazione grafica di una misura del genere può essere data dalla *figura 2*, in cui ciascun parallelepipedo rappresenta l’attendibilità, l’accuratezza e la lungimiranza della capacità predittiva di un singolo individuo. L’asse delle ordinate, a differenza di quanto accade nella *figura 1*, è costituito da tanti segmenti quanti sono i previsori del campione preso in esame (ognuno dei quali è contrassegnato da una lettera minuscola): ogni segmento rappresenta la gamma dei possibili valori dell’accuratezza delle previsioni, da quello minimo (0), a quello massimo (1). La *figura 2* rappresenta una situazione tipo, in cui diversi previsori rivelano delle capacità differenti quanto ad attendibilità, accuratezza, ed estensione diacronica delle previsioni.

³² Si potrebbe ad esempio considerare la somma dei valori delle capacità predittive dei singoli, oppure una loro media, variamente ponderata.

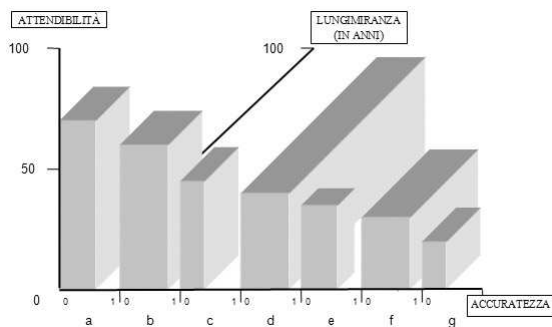


Fig. 2: Rappresentazione grafica di una situazione tipo, in cui diversi previsori hanno capacità differenti quanto ad attendibilità, accuratezza, ed estensione diacronica delle previsioni

Il caso-limite di massima certezza (abbiamo visto: praticamente irrealizzabile) può invece essere rappresentato da un grafico come quello della figura 3, in cui tutti i previsori godono di una capacità predittiva infallibile, accuratissima e a lungo termine.

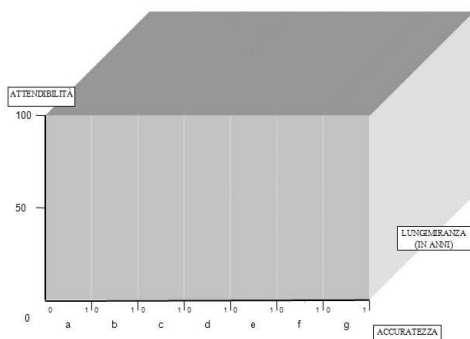


Fig. 3: Rappresentazione grafica del caso-limite di massima certezza

Una rappresentazione di questo tipo potrebbe riguardare situazioni particolari, ad esempio quella riportata nella figura 4, in cui, a fronte dell'elevatissima capacità predittiva del previsore *a*, si registrano modeste capacità degli altri previsori. Tale situazione sarebbe indicativa di una certezza "distribuita" in modo ineguale all'interno della collettività considerata. Non solo: i bassi valori della capacità predittiva di cui godono gli individui *b-g*, si ripercuoterebbero sulla capacità predittiva totale della classe di riferimento. Nonostante i brillanti risultati di *a*, dunque, si dovrebbe dire che la certezza del diritto, nella situazione rappresentata dalla *figura 4*, è realizzata in basso grado, giacché la gran parte degli individui considerati forniscono previsioni inattendibili, generiche ed in ogni caso valide solo nel breve periodo.

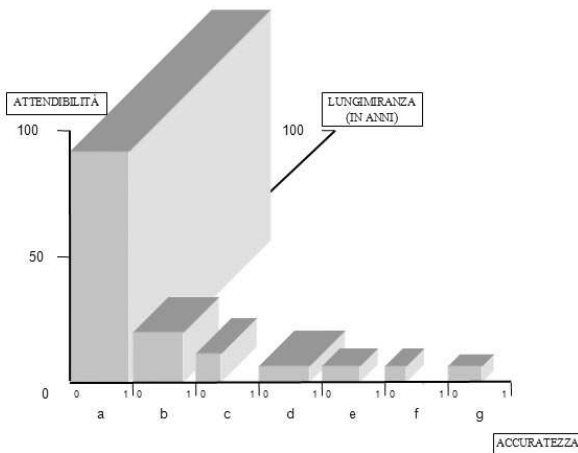


Fig. 4: Rappresentazione grafica di una situazione di scarsa distribuzione della capacità predittiva

Riferimenti bibliografici

- BENVENUTI F. 1988. *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Milano, Giuffrè.
- CORSALE M. 1979. *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, Giuffrè.
- DICIOTTI E. 1999. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*, Torino, Giappichelli.
- FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.
- FRANK J. 1930. *Law and the Modern Mind*, New York, Coward-McCann.
- GIANFORMAGGIO L. 1986. *Certeza del diritto*, in Id., *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino, Giappichelli.
- GOMETZ G. 2005. *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli.
- GUASTINI R. 1986. *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in «Le regioni», 5, 1986, 1095 ss.
- HART H. 1991. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi. Tr. di M. Cattaneo da *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961.
- JORI M. 1980. *Il formalismo giuridico*, Milano, Giuffrè.
- JORI M. e PINTORE A. 1995. *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli.
- KELSEN H. 1952. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi. Tr. di R. Treves da *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deutliche Verlag, Wien 1934.
- KELSEN H. 1975. *La dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi. Tr. di M.G. Losano da *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit*, Verlag Franz Deutliche, Vienna, 1960.
- LEONI B. 1995. *La libertà e la legge*, Macerata, Liberilibri. Tr. da *Freedom and the Law*, 1961.
- LUZZATI C. 1990. *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, Giuffrè.
- LUZZATI C. 1999. *L'interprete e il legislatore*, Milano, Giuffrè.

- LUZZATI C. 2012. *Principi e princìpi. La genericità nel diritto*, Torino, Giappichelli.
- MARINELLI V. 2002. *Dire il diritto*, Milano, Giuffrè.
- POPPER K.R. 1970. *La logica della scoperta scientifica*, Torino, Einaudi. Tr. di M. Trinchero.
- POPPER K.R. 1972. *Congetture e confutazioni*, Bologna, Il Mulino. Tr. di G. Pancaldi.
- RAZ J. 1979. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press.
- ROSS A. 1965. *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi. Tr. di G. Gavazzi da *On Law and Justice*, Steven & Sons, London, 1958.
- TARELLO G. 1976. *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, Il Mulino.
- WALDRON J. 1989. *The Rule of Law in Contemporary Liberal Theory*, in «Ratio Juris», 2(1), 1989, 79-96.