



Rivista N°: 1/2025
DATA PUBBLICAZIONE: 03/03/2025

AUTORE: Francesco Zammartino*

LA CERTEZZA DEL DIRITTO TRA DESTRUTTURAZIONE DEL SISTEMA DELLE FONTI E PROTAGONISMO GIUDIZIARIO

THE CERTAINTY OF LAW BETWEEN DESTRUCTURING OF THE SOURCES SYSTEM AND JUDICIAL PROTAGONISM

Sommario: 1. Premessa – 2. La certezza del diritto nei nuovi processi di produzione giuridica – 3. Certezza del diritto e ruolo delle giurisprudenze costituzionale e ordinaria – 4. La certezza del diritto alla luce della marginalizzazione delle fonti tipiche del diritto – 5. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Nel lungo corso dei secoli pochi concetti hanno così improntato il dibattito scientifico tra teorici del diritto e giuristi positivi quanto l'attenzione manifestata nei riguardi della nozione giuridica di certezza del diritto. La necessità, infatti, di garantire un minimo di sicurezza alla collettività fin dal primo manifestarsi dello stare insieme è stato il fulcro del pensiero giuridico moderno, nonché contemporaneo¹. In questo filone, si era sviluppata l'idea che l'aspirazione alla costruzione di una società in cui le persone fossero uguali e libere, difese da ogni potere arbitrario, dovesse passare proprio attraverso la garanzia della certezza del diritto che ha costituito a questo punto un *prius* rispetto alla stessa esistenza dell'ordinamento giuridico².

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Napoli Orientale.

¹ Secondo Locke, «Gli uomini rimettono tutto il loro potere naturale alla società in cui entrano e la comunità pone il potere legislativo nelle mani che giudica opportune, con la fiducia che sarà governata da leggi dichiarate, altrimenti la pace, la tranquillità e la proprietà rimarranno sempre nella stessa incertezza in cui si trovavano allo stato di natura», J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Torino, 2007, pp. 136 ss.

² Cfr., F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1930, pp. 424 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. Dir.*, 1951, pp. 150 ss.; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto (profili pratici)*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, p.1.

Analizzata senza tregua e con diversità di approccio³, la nozione in questione, che si mostra estremamente complessa in quanto coinvolge profili di teoria generale del diritto che non hanno ancora trovato una soluzione univoca, ha subito profonde trasformazioni concettuali, soprattutto durante la crisi che ha coinvolto la razionalità del diritto⁴ e negli ultimi decenni non solo appare difficile attribuire ad essa un concetto che sia riconosciuto all'unisono, ma è stato ritenuto nel frattempo un concetto fortemente contestato⁵, non degno di essere perseguito⁶, impalpabile⁷, ritenuto quale semplice dogma⁸, irrealizzabile⁹, se non addirittura un mito¹⁰. Tuttavia, quella della certezza del diritto rimane indiscutibilmente una necessità che si pone all'attenzione di tutti i soggetti appartenenti al sistema giuridico; in effetti, la certezza del diritto può riferirsi sia alla precisione o determinatezza della fattispecie normativa cui la legge riconnette determinate conseguenze giuridiche¹¹, sia alla precisione o chiarezza ascritte dalla legge alle situazioni ad essa prefigurate, sia, infine, agli organi preposti all'applicazione del diritto¹².

³ Senza pretesa di esaustività, J. FRANK, *Law and Modern Mind*, New York, 1930; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, trad. it. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1952; F. CARNELUTTI, *Nuove riflessioni intorno alla certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, pp. 115 ss.; N. BOBBIO, *ivi*; E. ALLORIO, *La certezza del diritto nell'economia*, in *Il dir. dell'econ.*, 3, 1956, pp. 1198 ss.; T. ASCARELLI, *Certeza del diritto e autonomi delle parti nella realtà giuridica*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1238; G. CARCATERRA, *Certeza, scienza, diritto*, in *Riv. int., fil., dir.*, 2, 1962, pp. 377 ss.; F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Nuova ed. riv. in aggiunta di saggio di G. Capograssi, a cura di G. Astuti, appendice di M. Corsale, Milano, 1968; M. CORSALE, *Certeza del diritto e crisi di legittimità*, II ed., Milano, 1979; R. GUASTINI, *La certezza del diritto come principio del diritto positivo*, in *Le Regioni*, 1986, pp. 1090 ss.; L. GIANFORMAGGIO, *Certeza del diritto*, in *Dig. disc. privat.* – Sez. civ., II, Torino, 1988; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; A. PIZZORUSSO, *ivi*; F. BILANCIA, *Emergenza, interpretazione per valori e certezza del diritto*, in *Giur. cost.*, 4, 1993, pp. 3007 ss.; M. CAVINO, *Corte costituzionale e certezza del diritto*, in *Giur. it.*, 12, 1999, pp. 2359 ss.; F. RIMOLI, *Certeza del diritto e moltiplicazioni delle fonti: spunti per un'analisi*, in *Trasformazioni della funzione legislativa, II. Crisi della legge e sistema delle fonti*, a cura di F. MODUGNO, Milano, 2000, pp. 73 ss.; S. BERTEA, *La certezza del diritto nel dibattito politico-giuridico contemporaneo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2001, pp. 131 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, in *Rass. For.*, 1, 2006, pp. 307 ss.; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, capp. VI e XVI; A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2006; P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giur. civ.*, 4, 2014, pp. 921 ss.; N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2, 2015; S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, in *Dir. e soc.*, 4, 2015, pp. 683 ss.; G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Dir. pubb.*, 2/2018, p. 518.

⁴ Sul punto, M. HEIDEGGER, *Zur Seinsfrage*, 1956, p. 10; A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, (a cura di G. Marino), Milano, 2003, pp. 142 ss. Si cfr. anche, D. DONATI, *Divisione e coordinamento dei poteri dello Stato fascista*, ora in *Scritti di Diritto pubblico*, vol. II, Padova, 1966, pp. 8 ss.; C. MORTATI, *Esecutivo e legislativo nell'attuale fase del diritto costituzionale italiano*, ora in *Raccolta di scritti*, vol. IV, Milano, 1972, pp. 438 ss.

⁵ A. DE NITTO, *A proposito di certezza*, in *AA.VV., Il giurista e il diritto. Studi per Federico Spantigati*, (a cura di), Milano, 2010, pp. 233 ss.; F. MODUGNO, *In difesa dell'interpretazione conforme a Costituzione*, in *Riv. AIC*, n. 2/2014, p. 6; F. POLITI, *Interpretazione giuridica e ruolo del giudice. Riflessioni preliminari per uno studio sull'interpretazione giuridica*, L'Aquila, 2014, p. 71.

⁶ P. GROSSI, *Sull'odierna incertezza del diritto*, cit., p. 923.

⁷ A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 1.

⁸ A. CIERVO, *Saggio sull'interpretazione adeguatrice*, Roma, 2011, p. 193.

⁹ Per tutti, H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit.

¹⁰ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., pp. 146 ss.

¹¹ Basti pensare che «tra le funzioni più o meno pacificamente riconosciute al diritto c'è quella di favorire l'integrazione sociale rafforzando e stabilizzando le aspettative inerenti a ciascun ruolo sociale». In tal senso, M. CORSALE, *Certeza del diritto*, in *Enc. del dir.*, Roma, VI, 1988, p. 2.

¹² F. SORRENTINO, *Incerteza del diritto o mera oscurità della legge?*, in *Giur. cost.*, n.1, 1986, p. 564.

Anzi, a dire il vero, fin dagli albori dello Stato moderno, quando si afferma il diritto statuito che coniuga la certezza del diritto con il rispetto da parte dei sudditi della regola normativa generale e astratta, essa viene intesa quale requisito intrinseco al concetto di diritto stesso¹³, sia quando è identificata quale nozione semplicemente fattuale o naturalistica, sia quale concetto normativo capace di identificare gli sviluppi giuridici di un determinata fattispecie¹⁴.

Attraverso un sistema politico e amministrativo fortemente accentrato, lo Stato moderno poi riesce nell'intento di garantire la certezza del diritto mediante la concentrazione del potere politico in mano a un soggetto capace di disporre in modo autoritario il diritto¹⁵. In questo processo di positivizzazione del diritto¹⁶, l'esigenza politica che nasceva da quelle esperienze statuali era quella di sconfiggere le resistenze particolaristiche della società feudale e di assumere il monopolio delle statuizioni giuridiche¹⁷.

Con l'avvento del pensiero giusnaturalistico moderno, gli individui sono considerati tutti eguali e liberi in forza della legge di natura capace di sottrarli da qualsiasi forma di abuso da parte del potere politico. Non a caso Locke sottolineava quanto fosse importante «dispensare la giustizia e decidere intorno ai diritti dei sudditi con leggi promulgate e fisse e giudici autorizzati e conosciuti»¹⁸.

La lezione del filosofo inglese fu recepita nella maggior parte degli Stati europei mediante le codificazioni, le quali, in sostanza, piuttosto che tradurre fedelmente in disposizioni normative i principi ideali del diritto naturale, si limitarono semplicemente a richiamare il diritto romano e la sua influenza, con il precipuo intento di limitare l'area di intervento dell'interprete¹⁹. In effetti, nelle pieghe dei codici si stabiliva che il giudice dovesse conformarsi alla legge, e che nel silenzio di questa, egli doveva rifarsi a casi simili secondo quanto stabilivano i principi generali del codice medesimo.

Nell'ambito di tale scenario, la questione di come garantire concretamente la certezza del diritto trovò naturalmente la risposta nella struttura gerarchica delle fonti, al cui vertice fu posta la legge, espressione della volontà sovrana²⁰, capace di imporsi su tutto il territorio dello Stato.

La legge, rigida e astratta, nonostante comportasse limitazioni ai singoli, era volontariamente rispettata dai cittadini, purché essa desse la possibilità di realizzare un'azione quale rilevazione di un programma di vita²¹. La certezza del diritto così intesa era intimamente collegata a un altro fattore importante qual era (qual è?) la sicurezza oggettiva che nasceva dalla struttura stessa della società di quei tempi in cui i codici erano un parametro di riferimento

¹³ F. BACONE, *De Dignitate et augmentis scientiarum*, VIII, 3, trad. It. in *Opere filosofiche*, II, a cura di E. De Mas, Bari, 1965, pp. 482 ss.

¹⁴ L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, cit., p. 85.

¹⁵ T. HOBBS, *Leviathan*, 1651.

¹⁶ N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, 1972, trad. it., Bari, 1977.

¹⁷ Si cfr. le utili riflessioni di G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, passim.

¹⁸ J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, cit., p. 137.

¹⁹ G. FASSÒ, *Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale*, in *Riv. proc. civ.*, XVI, 1972, p. 685 ss.

²⁰ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, cit.

²¹ F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, cit. p. 52.

certo e sicuro, sul cui fondamento ogni singolo sapeva cosa doveva aspettarsi dagli altri soggetti e dai poteri pubblici.

Nella ideologia dello stato liberale ottocentesco, insomma, il diritto certo è presupposto: la certezza è nella legge scritta dei codici e nella certezza della legge si risolve il paradigma “certezza e giustizia”.²²

Ma la conseguente eguaglianza giuridica dei cittadini e i grandi mutamenti sociali ed economici, che nel frattempo si succedevano durante i vari periodi della rivoluzione industriale, provocarono effetti rilevanti anche nel campo giuridico. Diversamente da quanto affermava il dogma del positivismo ortodosso, si comincia a ragionare nei termini secondo cui legge e diritto non erano la stessa cosa e che quindi «l'astratta norma di legge positivo-formale è una cosa invero necessaria ma mai sufficiente per il concreto diritto positivo»²³.

In altri termini, per il fatto che il diritto non nascesse più solo dalla legge generale e astratta, bisognava integrare quest'ultima con qualcosa che fosse al di fuori della legge stessa²⁴ per la convivenza ordinata²⁵.

Così ragionando, la certezza del diritto nell'impianto dello Stato liberale cominciò a costituire essenzialmente lo strumento attraverso cui riconoscere al singolo una migliore protezione nella società²⁶. E', in altre parole, mediante la certezza del diritto che l'individuo chiedeva la salvaguardia dei propri diritti e la prevedibilità dei propri doveri e obblighi²⁷.

In una società ormai caratterizzata da una continua stratificazione di gruppi e livelli sociali, si evidenziava la necessità di adeguare il significato delle norme all'evoluzione sociale²⁸ in quanto la legge doveva si valere per la realtà, ma quest'ultima evidentemente non poteva regolare le infinite fattispecie che si rilevavano incessantemente in una realtà ormai multiforme e in continua variazione.

Nascevano così i primi interventi dei c.d. giudici “creatori del diritto”²⁹, i quali si distinsero soprattutto per il fatto che essi non limitavano la loro attività ad appellandosi a procedimenti logico-formali, ma ad intercettando le nuove esigenze delle società e, se necessario, a colmando le lacune presenti nel diritto oggettivo³⁰. Nasce, così, la consapevolezza, a dirla con altre parole, di una nuova funzione di cui la giurisprudenza si fa portavoce e che produrrà degli effetti dirompenti sul piano giuridico, atteso che ben presto si parlerà di giudice “supplente” delle leggi³¹.

²² F. RIGANO, *Il giudice e il “diritto sconfinato”: molteplicità delle fonti e delle giurisprudenze e certezze giudiziarie*, in *Crisi delle giustizia e incertezza del diritto. Atti del seminario annuale dell'associazione “Gruppo di Pisa”*, Brescia, 24 novembre 2017, p. 80.

²³ A. KAUFMANN, *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, cit., p. 145.

²⁴ F. CARNELUTTI, *La crisi della legge*, cit., p. 244 ss.

²⁵ In questo senso, G. MORIN, *La loi e le contract. La décadence de leur souveraineté*, Paris, 1927.

²⁶ Sul punto, C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?* In *Materiali per una storia della cultura giuridica*, I, 1997, pp. 89 ss.

²⁷ Cfr. S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002, passim.

²⁸ Si v. L. GENINATTI SATÉ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Torino, 2010, pp. 151 ss.

²⁹ D. DONATI, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, pp. 36 ss.

³⁰ Sulla diversa natura delle lacune nell'ordinamento giuridico, si v. N. BOBBIO, *Lacune del diritto*, Torino, 1963.

³¹ P. CALAMANDREI, *La funzione della giurisdizione nel tempo presente*, in P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, I, Napoli, 1965, pp. 598 ss.; M. VOLPI, *Il ruolo del giudice nello stato democratico e nell'ordinamento istituzionale italiano*, in A. Vignudelli (a cura di), *Istituzioni e dinamiche del diritto*, Milano, 2009, p. 341

E' in questa nuova fase storica, dove il diritto dei codici è praticamente marginalizzato dalla disomogeneità socio-culturale e da una sempre più acerrima tensione tra istanze politiche (quindi tra l'interesse all'efficacia delle decisioni del legislatore) e istanze giurisdizionali (connesse alla tutela dei diritti da parte dei giudici)³², che si manifestano i primi dubbi sulla certezza del diritto e che porterà a sostenere, come vedremo, che l'incertezza non è da intendere più come un vero difetto³³.

Tuttavia, conscio che trattasi di questioni ampiamente esplorate e tematizzate dalla dottrina, non solo costituzionalistica, tenterò, senza alcuna pretesa di completezza e al solo fine di inquadrare in via del tutto generale il tema e di evidenziarne la complessità, di indagare sulla (in)certezza del diritto soprattutto alla luce di fenomeni quali la perdurante crisi dei rapporti tra legislatore e giudici³⁴ e la destrutturazione del sistema delle fonti del diritto a causa del diffondersi del c.d. *soft law*.

2. La certezza del diritto nei nuovi processi di produzione giuridica

Il passaggio dallo Stato liberale a quello costituzionale paradossalmente segna un momento di crisi per la certezza del diritto³⁵. Infatti, la nascita delle Carte fondamentali e la conseguente perdita del monopolio statale della produzione giuridica e l'affermazione del pluralismo istituzionale, l'ipertrofia della legge, la nascita di istituzioni internazionali come, in primo luogo, l'Unione europea, il consolidarsi di prassi sempre più rilevanti a livello globale³⁶ che hanno trasformato gli organismi politici c.d. classici in modelli organizzativi tecnocratici³⁷, la diffusione del *soft law*³⁸ e di altre fonti atipiche (peraltro fenomeni quest'ultimi consolidatisi con l'affermarsi del costituzionalismo contemporaneo e che andremo ad esaminare successivamente), l'aumento del numero delle autorità giudicanti cui i nostri giudici sono chiamati a rapportarsi, in un discorso più ampio la complessità della società, dell'economia e della tecnologia dei nostri tempi, sono tutti fattori che hanno minato alla base il principio della certezza del diritto a tal punto che oggi tra i cittadini serpeggia un senso di vaghezza, non essendo più capaci di percepire il diritto in vigore e, di conseguenza, di prevedere la valutazione giuridica dei loro comportamenti³⁹.

³² R. Bin, *Lo Stato di diritto*, Bologna, 2004, p. 58, parla di «contrapposizione tra legge ed interpretazione, tra *volontà* politica e *ragione* tecnica, tra legittimazione attraverso la rappresentanza e legittimazione attraverso l'argomentazione, tra politica che pone il diritto e diritto che limita la politica».

³³ J. FRANK, *Are Judes Human?*, Pennsylvania, 1931, pp.17 ss.; si v. anche N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979, passim.

³⁴ Cfr. Aa.Vv., *Dibattito su Giudici e legislatori*, in *Diritto pubblico*, fasc. 2/2016.

³⁵ Si rinvia a M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 2014.

³⁶ Si pensi alla *lex mercatoria*, che è l'espressione più lampante di un diritto derivante dagli usi, dai contratti e dai regolamenti degli ordini professionali nel campo del commercio internazionale, eseguiti nelle decisioni delle controversie tra operatori commerciali rispondendo proprio alle esigenze della globalizzazione dei mercati.

³⁷ G. ZAGREBELSKY, *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*, Bari – Roma, 2023, p. 52.

³⁸ Mi sia consentito, F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice*, Torino, 2020, p. 82 ss.

³⁹ In questo senso, N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. 17.

E' opinione difficilmente contestabile, del resto, che i cittadini esigano norme certe, capaci di assicurare loro la prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei loro comportamenti⁴⁰.

A questi fenomeni che sono indubbiamente determinanti ai fini della certezza, va aggiunto che ormai da tempo al diritto oggettivo (che non è più inteso quale un valore) è attribuito sempre più il carattere di funzione per il raggiungimento di uno scopo prettamente politico nel senso più tecnico del termine. Infatti, esso non viene più inteso come una volontà obiettivizzata, ma principalmente quale momento normativo che va rapportato con l'ordinamento giuridico complessivamente inteso, proprio per coglierne il suo significato politico.

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene che nel diritto contemporaneo la certezza del diritto non possa più rappresentare un valore assoluto gerarchicamente sovraordinato agli altri valori e principi espressamente contenuti in varie disposizioni costituzionali⁴¹, ma deve essere trattata alla medesima stregua di questi.

Quindi compito principale dell'interprete del diritto, in assenza, come nel nostro sistema costituzionale, di una generale gerarchia dei valori e principi costituzionali⁴², è quello principalmente di armonizzare e bilanciare tali valori e principi in modo che da questa complessa operazione sia possibile creare nuove regole nell'ambito di una visione ormai «nomogenetica» dei principi⁴³.

Posto che il bisogno di certezza non può tradursi in una cieca operazione di assoluta immodificabilità del diritto, il rischio, però, che il richiamo alla certezza diventi sostanzialmente un mero obiettivo strategico per la politica è evidente; le grandi trasformazioni economiche e sociali (che hanno indubbiamente accresciuto il benessere dei singoli) e il continuo progresso tecnico e scientifico sono stati anche il frutto di decisioni di politica del diritto che ne hanno ridimensionato il valore⁴⁴, esponendola alle sabbie mobili del complesso rapporto dicotomico tra norma giuridica e interpretazione⁴⁵. Del resto, la funzione conoscitiva del diritto cambia oltremodo a seconda se la si interpreti dalla declinazione legislativa o da quella giurisprudenziale⁴⁶.

Tale asserzione, che potrebbe in un primo momento sembrare quasi banale, assume un significato centrale se si pensa a come negli ultimi decenni l'interpretazione della legge non sia affatto più (o quasi sempre più) subalterna a quella della sua produzione, bensì è spesso

⁴⁰ Sul punto M. IMMORDINO, *Semplificazione normativa e certezza del diritto*, in A.M. Sandulli (a cura di), *Atti del Convegno su Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, 17-18 marzo, 2005, Milano, 2005, pp. 255 ss.

⁴¹ Dello stesso parere, sebbene attraverso considerazioni diverse, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 58.

⁴² A. BALDASSARRE, *Ideologie costituzionali dei diritti di libertà*, in *Dem. Dir.*, 1976, p. 296.

⁴³ G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, cit., p. 537.

⁴⁴ M. CORSALE, *Certezza del diritto*, cit., p. 5.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 73 del 1978.

⁴⁶ In senso critico e da una prospettiva generale, S. MOCCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza – tassatività, nel sistema penale italiano*, Napoli-Roma, 2001.

il prodotto a posteriori dell'attività ermeneutica del giudice⁴⁷. Insomma, si assiste a un fenomeno nel quale il rapporto tra legislazione e giurisdizione nei processi di produzione giuridica risulta profondamente alterato⁴⁸; si invertono i rapporti di forza tra gli organi di produzione e quelli di applicazione del diritto atteso che l'interpretazione della fattispecie concreta, in numerose circostanze, prevale spesso sulla fattispecie astratta tipizzata dal legislatore⁴⁹.

Ora ci possiamo sensatamente interrogare se uno scenario così delineato ha ripercussioni sulla certezza del diritto? La realizzazione delle esigenze di giustizia materiale connesse al singolo rapporto giuridico può a lungo "destabilizzarla"?

Collocata sul terreno della mera interpretazione giudiziale, la certezza del diritto assume il carattere prevalentemente della previsione, che in altri termini sta a significare che la certezza di un diritto si sostanzia solo quando si giunge alla cognizione del giudice del caso singolo. Tale scelta, in una società democratica come è la nostra, è una scelta in favore della quale vengono normalmente avanzate delle ragioni che partono dal presupposto che comunque il diritto in fase di applicazione non sia certo⁵⁰.

Il sogno illuminista di un giudice "bouche de loi"⁵¹, mero esecutore di una norma eteronoma precostituita al giudizio, nonostante forse appaia lo strumento più convincente per eliminare l'incertezza nella fase dell'applicazione, rimane in fondo solo una chimera⁵². Ne consegue che se la certezza del diritto è intimamente legata al margine di discrezionalità, talvolta arbitraria, attribuita agli organi cui è conferita l'applicazione del diritto, è necessario definire un insieme di regole, quanto più possibile precise ed esaustive, che li guidino entro parametri prestabiliti.

Ecco che quindi se le cause che possono alimentare l'incertezza del diritto vadano ricercate prevalentemente nella approssimazione del linguaggio con il quale vengono enunciate le disposizioni normative⁵³, nella presenza di un numero consistente di lacune e antinomie, nei processi repentini di parziale o totale novità che coinvolgono le più disparate discipline, appare necessario, al fine di garantire un determinato livello di certezza del diritto, mettere mano ad un insieme di regole per la formulazione tecnica dei testi legislativi, che indicano chiaramente la definizione dei tempi impiegati nelle leggi, l'abrogazione esplicita della legislazione precedente che è in contrasto con la nuova, la creazione di certi criteri per la risoluzione di possibili antinomie.

⁴⁷ A. PINO, *La ricerca giuridica, Finalità -Oggetto- Metodo*, Padova, 1996, p. 386; più recentemente e sui diversi ruoli che la scienza giuridica riconosce alla giurisprudenza come fonte del diritto, v. anche G. ALPA, *Giudici e legislatore*, in *Dir. pubbl.*, n. 1, 2017, pp. 31 ss.

⁴⁸ Sul punto si rinvia ad A. LUCARELLI, *Diritti e conflitti nell'incertezza della produzione giuridica*, in *Riv. AIC*, n. 3/2024, p. 78.

⁴⁹ F. LEONARDI, *Il Cittadino e la giustizia*, Catania 1968.

⁵⁰ Cfr. C. PERELMAN, *Il campo dell'argomentazione. Nuova retorica e scienze umane*, Parma, 1979, passim.

⁵¹ Il riferimento, come noto, è a MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* [1748], in Id., *Oeuvres complètes*, a cura di R. Caillois, t. II, Paris 1989; Si cfr. pure, G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, con *Introduzione* di V. Frosini, cura dei testi di F. Riccobono, Roma 1984.

⁵² P. COMANDUCCI, *Il ragionamento giudiziale: lineamenti di un modello*, in M. Bessone (a cura di), *Interpretazione e diritto giudiziale*, Torino, 1999, p. 69.

⁵³ Cfr. G. AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *Riv. Dir. Cost.*, 2009, p. 19; A. RUGGERI, *Linguaggio del legislatore e linguaggio dei giudici, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Consulta Online*, 3/2015.

Quanto detto, specie nel caso italiano, appare di centrale importanza in un tempo in cui da più parti si ammonisce del rischio di un «neogiusnaturalismo» messo al servizio del potere giudiziario⁵⁴. Il fenomeno, in effetti, ha indubbiamente assunto una notevole portata se lo si collega allo scottante tema della supplenza giudiziaria⁵⁵ che, originatasi nelle pieghe dei margini di libertà offerti ai giudici dallo Stato costituzionale, oggi si presenta nelle vesti di un protagonismo giudiziario⁵⁶ che, continuando a ignorare la differenza strutturale tra produrre e interpretare, rischia paradossalmente di sterilizzare quella domanda di certezza del diritto che proviene dalla società civile⁵⁷.

Non è superfluo rilevare che, sebbene nel fenomeno giuridico produzione del diritto e attività ermeneutica siano fattori parimenti imprescindibili, essi soggiacciono ad una regola fondamentale, soprattutto in un sistema di *civil law* come è il nostro, che è quella che l'attività di produzione deve precedere quella cognitiva del giudice⁵⁸. In questa visione la legge è lo strumento per eccellenza per rimediare agli arbitri del particolare. Compito dell'interprete è, quindi, quella di intuire il fondamento logico mediante cui il legislatore ha formulato i suoi enunciati al fine di regolare la vita sociale della comunità⁵⁹. Trattasi di una funzione essenziale, e al contempo, estremamente delicata, ma che deve essere circoscritta entro i confini dell'attività cognitiva, altrimenti ci si trova nella deprecabile situazione che il momento dell'applicazione sia foriero di nuove regole giuridiche⁶⁰ per la semplice ragione che il diritto debba comunque adeguarsi rapidamente al mutamento delle situazioni sociali, nonché all'adattamento del diritto al singolo caso concreto. Come è stato lucidamente osservato «Chi scrive le leggi non può e non deve illudersi di poter prevenire nel futuro dubbi e incertezze intorno a ciò che ha scritto (in questo senso non può illudersi di impedire o eliminare l'attività di interpretazione dei testi giuridici). Ma questo non significa affatto che egli non possa comunicare ciò che intende dire in modo tale che ciò che ha scritto venga compreso immediatamente, senza alcun bisogno di interporre una attività di interpretazione»⁶¹.

E' necessario, volendo dirlo in altri termini, che la funzione giurisdizionale operi nell'ambito di quel circuito democratico previsto dall'ordinamento costituzionale, che si concreta nei principi che si desumono dall'art. 111 Cost.

⁵⁴ Si v., L. LONGHI, *Riflessioni sulla certezza dei diritti*, in Riv. Nomos. Le attualità del diritto, n. 3, 2027, p. 6.

⁵⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, cit., passim.

⁵⁶ Sul punto, R. MANFRELOTTI, *La moglie di Cesare e l'Uomo Ragno. Brevi note sulla partecipazione dei magistrati alla competizione politica*, in M. Della Morte, (a cura di), *La disegualianza nello Stato costituzionale*, Napoli, 2016, pp. 307 ss.

⁵⁷ Si rinvia ad A. GUSMAI, *Giurisdizione, interpretazione e coproduzione normativa*, Bari, 2015.

⁵⁸ G. PINO, *L'interpretazione del diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, p. 13.

⁵⁹ Cfr. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 105, nonché G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. Cost.*, 1989, pp. 231 ss.

⁶⁰ Cfr. sul punto le interessanti considerazioni di M. LUCIANI, *Funzioni e responsabilità della giurisdizione. Una vicenda italiana (e non solo)*, in *Giur. cost.*, 2012, pp. 3823 ss.

⁶¹ G. U. RESCIGNO, *Intervento su Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2/2016, p. 493.

Ne consegue che per l'attività interpretativa la produzione di frammenti di norme giuridiche deve presupporre l'esistenza di una disposizione normativa senza la quale quei frammenti non possono essere desunti⁶². E ciò vale, a nostro avviso, anche quando si è in presenza di anomalie e lacune della legge che darebbero spazio alla c.d. «autointegrabilità ermeneutica» della legislazione da parte dei giudici, in quanto da tempo è indubbio che l'esistenza delle singole norme si realizza nell'ambito di un ordinamento o di un sistema giuridico⁶³, che quindi, come è stato autorevolmente osservato, «la lettura di una certa disposizione (o la rilevazione della sua assenza) non può avvenire al di là ed al di fuori del contesto nel quale la stessa (o la relativa lacuna) opera»⁶⁴. Nel silenzio della legge, allorquando il giudice decide una contestazione, questi non può pensare che la lacunosità sia sempre imputabile al legislatore, in quanto ogni ordinamento è lacunoso per definizione dinnanzi alla molteplicità del caso concreto⁶⁵, come anche possa dare alle parole un significato quale che sia⁶⁶. Nei tempi che viviamo, le continue evoluzioni dei rapporti sociali, ma soprattutto le ripetute conquiste nel campo tecnico e scientifico, che hanno generato nuovi bisogni, hanno richiesto costantemente al legislatore di colmare lacune che nel frattempo si erano prodotte nel sistema giuridico. Ma la soddisfazione delle posizioni soggettivamente valutate non possono avere quale conseguenza giuridica il sacrificio di una certezza ormai definitivamente stabilizzata⁶⁷. E ciò vale soprattutto in quei casi, ormai non più sporadici, in cui la decisione dell'interprete non è più il frutto «di un raffronto fra ciò che la legge ha previsto e ciò che è accaduto»⁶⁸. La tendenza espansiva della formazione giurisprudenziale del diritto, comunque necessaria per contrastare il declino del monopolio statale nella formazione del diritto, talvolta si è spinta oltre il guado, provocando non solo l'arretramento della decisione politica legislativa⁶⁹, ma anche la restrizione di campo dell'autonomia privata⁷⁰, con inevitabili conseguenze proprio sulla certezza del diritto. Per queste ragioni si è dell'opinione che «la giurisdizionalizzazione del diritto non può aspirare a costituirsi come meccanismo sostitutivo dei processi normativi gestiti dalle istituzioni rappresentative»⁷¹.

⁶² R.G. RODIO, *Alcune riflessioni su anomalie, lacune e limiti dell'interpretazione giurisprudenziale*, in *Riv. AIC*, n.1/2019, p. 8.

⁶³ Si rinvia a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1977.

⁶⁴ *Ivi*, p. 11.

⁶⁵ Si v. G. DEL VECCHIO, *La crisi della scienza del diritto*, Roma, 1934, p. 7.

⁶⁶ A questo proposito, particolare importanza è stata accordata al primo comma dell'art. 12 delle preleggi da cui si desume una chiara indicazione a favore dell'interpretazione *sistematica*, per la quale l'«intenzione del legislatore» è per lo più è pensata in senso oggettivo. Si rinvia in dottrina a R. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle "Preleggi"*, Torino, 1989.

⁶⁷ Sul punto, L. BUSATTA, *Gli strumenti delle (in)certezze*, in AA.VV., *Le (in)certezze del diritto*, a cura di C. Piciocchi – M. Fasan – C.M. Reale, Trento, 2021, p. 9.

⁶⁸ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 7.

⁶⁹ Cfr. A. LUCARELLI, *Modelli giuridici e incalcolabilità del diritto*, in *Crisi delle giustizia e incertezza del diritto*, Atti del seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa", Brescia, 24 novembre 2017, p. 131.

⁷⁰ S. STAIANO, *Normatività e dintorni. Riflessioni sull'incertezza delle regole dal punto di vista costituzionale*, cit., p. 697.

⁷¹ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 179.

Destano, infatti, non pochi timori talune fughe in avanti create da prassi disinvolute e poco monitorate del linguaggio ermeneutico in assenza di specifiche leggi soprattutto in materia di fine vita, nella quale si assiste da anni ad una sorta di sfida tra il legislatore che, pur regolando la disciplina nel 2017 con la legge n. 219, si mantiene in uno stato di “ragionevole attesa” e il giudice (sia civile che costituzionale) che, invece, continua a compiere un’attività di debole razionalizzazione, con interventi posti in essere a quadro mutato, creando le condizioni più favorevoli alla produzione giurisprudenziale del diritto⁷², fino alla supplenza e alla obiettivizzazione della giustizia⁷³.

Vale per tutte la storica pronuncia della Suprema istanza di giurisdizione ordinaria sul caso Englaro che, creando dal nulla le regole del giudizio, si sottrasse totalmente al rigoroso principio dell’esclusiva soggezione del giudice alla legge⁷⁴.

Nel medesimo filone di ragionamento sono da considerare alcune decisioni in tema di adozione da parte omogenitoriali, non regolamentata dalla legge sulle unioni civili. La Corte d’Appello di Trento, per esempio, ha statuito che il rifiuto da parte dell’Ufficiale di Stato civile di non riconoscere efficacia giuridica a un provvedimento straniero che prevedeva la esistenza di un rapporto genitoriale tra due minori nati grazie alla gestazione per altri – nel quadro di un progetto di genitorialità in coppia omosessuale – e il loro padre non genetico, era da rigettare in quanto i motivi di ordine pubblico rilevati dall’Ufficiale non andassero ricercati nella legge ma, in base alla sentenza n. 19599/16 della Corte di Cassazione: «Esclusivamente nei principi supremi e/o fondamentali della nostra carta costituzionale, vale a dire quelli che non potrebbero essere sovvertiti dal legislatore ordinario». Escludendo, dunque, che un contrasto con l’ordine pubblico sia ravvisabile: «Per il solo fatto che la norma straniera sia difforme contenutisticamente da una o più disposizioni del diritto nazionale perché il parametro di riferimento non è costituito (o non è costituito più) dalle norme con le quali il legislatore ordinario eserciti o abbia esercitato la propria discrezionalità in una determinata materia, ma esclusivamente dai principi fondamentali vincolanti per lo stesso legislatore ordinario».

A conclusione di ciò, non sembra affatto peregrino affermare che la certezza del diritto può risentire degli effetti destabilizzanti derivanti da una discrezionalità ermeneutica che, deagghiando da quei binari che garantiscono ai cittadini la possibilità di controllare la ragionevolezza delle decisioni assunte, mina non solo il principio della separazione dei poteri⁷⁵, ma lo stesso circuito rappresentativo.

⁷² Giudice dell’udienza preliminare del Tribunale ordinario di Roma, sentenza 23 luglio-17 ottobre 2007, n. 2049; Corte Cass., sezione prima civile, sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748; Corte cost., sent. nn., ex plurimis, 438/2008 253/2009, 242/2019, 135/2024.

⁷³ R. ROMBOLI, *L’attività creativa di diritto da parte del giudice*, in *Questione giustizia*, n. 6/2008.

⁷⁴ Si vd. i commenti di G. ANZINI, *Consenso ai trattamenti medici e “scelte di fine-vita”*, in *D&R*, 2008, p. 957; F. VIGANÒ, *Riflessioni sul caso di Eluana Englaro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1039 e P. BECCHI, *L’imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 2009, pp. 379 ss.; mi sia consentito, F. ZAMMARTINO, *Annotazioni sul trattamento di fine vita tra incertezze legislative e giurisdizionalizzazione dei diritti*, in *Riv. AIC*, n. 2, 2020.

⁷⁵ Contra, P. GROSSI, *ibidem*, p. 934.

3. Certezza del diritto e ruolo delle giurisprudenze costituzionale e ordinaria

Definite così, sia pure in via di estrema sintesi, le coordinate teoriche intorno a cui si è sviluppata la tematica, c'è da sottolineare che tra i fattori che hanno contribuito a mutare le condizioni di contesto entro cui si sviluppano gli equilibri tra la legge e le sue applicazioni, e in una più ampia prospettiva, tra certezza del diritto, intesa quale dimensione della permanenza e della stabilità, e vitalità dello stesso (o diritto vivente), che postula per sua natura il mutamento e la trasformazione, il ruolo di co-legislatore assunto da anni dalla Corte costituzionale è indubbiamente quello che ha condizionato maggiormente gli equilibri predetti⁷⁶. A tal riguardo, basti ricordare come la Corte, nell'evoluzione dei suoi rapporti con il legislatore, sia passato da una fase in cui ha prestato la funzione di "legislatore negativo"⁷⁷, capace di stimolare l'attività del legislatore inerte, ad una fase più delicata in cui il Giudice costituzionale ha in fondo "veicolato" la discrezionalità del legislatore.⁷⁸ Infatti, in questo rapporto bidirezionale l'elemento di tensione scaturisce non già dall'iniziativa della Corte a chiedere qualcosa al Parlamento e a cercare di rapportarsi con le Camere (si pensi a quelle tecniche decisorie della Corte per provare a garantire la discrezionalità legislativa in cambio della necessità di ripristinare la legalità costituzionale), bensì, da quando sono le Camere a "chiedere" tutela alla Corte in un momento nel quale il Parlamento versa in una condizione difficile soprattutto nell'ambito del procedimento legislativo.

Con ciò non si vuole assolutamente sminuire che lo stato di precarizzazione del diritto, il caos che attualmente regna nell'ordinamento, non sia dovuto anche dal mutamento costante e rapido delle norme giuridiche, da interventi legislativi inidonei ad approvare norme transitorie, da atti aventi forza di legge che abrogano o modificano norme a distanza di pochissimo tempo l'un dall'altro⁷⁹, da una scarsa qualità della tecnica di redazione dei testi normativi⁸⁰, che si concreta, per esempio, nel ricorso ad acronimi indecifrabili o nell'assenza nel testo di riferimenti sistematici⁸¹; tuttavia, non può non essere constatato come il ruolo della Corte, nel frattempo progressivamente ma inesorabilmente mutato, sempre più alla ricerca di una rinnovata centralità⁸², abbia, mediante talune tipologie di sentenze (additive di principio di prestazione, sostitutive, di rigetto interpretative⁸³ ecc...), utilizzato il principio di certezza del diritto

⁷⁶ Vastissima è la letteratura sul tema, si v., tra gli altri, N. OCCHIOCUPO, (a cura di), *La Corte costituzionale tra norma giuridica realtà sociale*, Bologna, 1978; P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, Bologna, 1982; C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, Roma, 1984.

⁷⁷ S. GALEOTTI, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milano, 1963.

⁷⁸ C. MEZZANOTTE, *Corte costituzionale e legittimazione politica*, cit.

⁷⁹ Su questi aspetti, F. BILANCIA, *La crisi dell'ordinamento giuridico dello Stato rappresentativo*, Padova, 2000, passim.

⁸⁰ R. VON JHERING, *Geist des römischen Recht [1852-1865]*, seconda parte, 3° ed., Berlin 1875, p. 322, il quale già nella seconda metà del 19° secolo si domandava «come deve essere indirizzato e formato il diritto, perché le norme giuridiche da applicare al caso concreto siano il più possibile semplici, chiare e sicure?»

⁸¹ Cfr. G. M. SALERNO, *La tecnica legislativa e la chiarezza normativa nella giurisprudenza più recente*, in *Rassegna parlamentare*, 1997, pp. 1035 ss.

⁸² G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, in *federalismi.it*, 2021, p. 9 ss.

⁸³ V. CRISAFULLI, *Ancora sulle sentenze interpretative di rigetto della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1965, pp. 91 ss.

al fine di rafforzare le proprie argomentazioni, indipendentemente dalla natura o forma della decisione. Valgono per tutti, come esempio, i non rari casi in cui il Giudice delle leggi trasforma una sentenza di rigetto, alla luce dell'accoglimento della proposta interpretativa in essa compresa, in una seguente sentenza di accoglimento, suffragata dal diritto vivente contemporaneamente venuto a formazione in senso difforme da quello espresso dalla Corte.

D'altro canto, nell'ottica di un ragionamento più ampio, il fatto che le pronunce di accoglimento abbiano forza prescrittiva capace di affermarsi, sebbene appaia oggettivamente carente la capacità persuasiva espressa dalla parte motiva delle decisioni, mentre quelle di rigetto possono solo contare sulla loro stessa capacità di avviare processi interpretativi orientati lungo il verso tracciato dalla Corte, si ripercuote irrimediabilmente sulla tenuta della certezza del diritto che in questo contesto stenta a trovare un punto di effettivo equilibrio⁸⁴.

Quanto si sostiene viene confermato dalla stessa interpretazione conforme alla Costituzione "teorizzata" dal Giudice costituzionale⁸⁵, che si concreta in operazioni che si effettuano non già sui testi normativi, bensì sul contenuto degli stessi, creando vere e proprie manipolazioni capaci di alterare sostanzialmente il contenuto normativo del testo stesso⁸⁶. Quella dell'interpretazione conforme a Costituzione pensata *ab origine* quale strumento necessario al fine di garantire all'ordinamento giuridico contemporaneamente stabilità e dinamismo⁸⁷, si è nel tempo trasformata in una vera e propria "delega" agli interpreti di cercare delle espressioni che travalicano i limiti semantici della disposizione⁸⁸.

Il fondamento alla base di questo radicale cambiamento è che la valutazione di determinate istanze di tutela riguardanti i diritti fondamentali «non può essere pretermesso, l'esigenza di garantire la legalità costituzionale dovendo prevalere sull'altra di lasciare spazio (un qualche spazio) alla discrezionalità del legislatore per la compiuta regolazione della materia»⁸⁹. Ma in tal modo si effettua una "supplenza concreta"⁹⁰ della Corte nei confronti del legislatore, seppur inerte, che si concreta sempre più in un mutamento nell'azione del Giudice costituzionale, il quale, specialmente in riferimento ai diritti, ha utilizzato tecniche decisorie nuove e "piuttosto audaci"⁹¹, quali quella pronuncia "in due tempi"⁹² che ha inaugurato col c.d.

⁸⁴ Per tutti, A. SAITTA, *Logica e retorica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Milano, 1996.

⁸⁵ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 2016; recentemente sull'argomento, T. E. FROSINI, in *Riv. AIC*, n. 3, 2024, p. 3.

⁸⁶ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 121. Sul superamento del limite delle c.d. "rime obbligate" nell'ambito del fenomeno delle sentenze additive, si v. D. TEGA, *La traiettoria delle rime obbligate*, in *Sistema penale*, 2021, passim.

⁸⁷ R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*, a cura di Aa.Vv., Napoli, 2010, pp. 219 ss.

⁸⁸ Corte cost., sent. n. 356/1996.

⁸⁹ E. MALFATTI, *Ri-costruire la 'regola' del cognome: una long story a puntate (e anche un po' a sorpresa)*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, n. 1, 2021, p. 9.

⁹⁰ G. REPETTO, *Recenti orientamenti della Corte costituzionale in tema di sentenze di accoglimento manipolative*, in *Liber Amicorum per Pasquale Costanzo. Diritto costituzionale in trasformazione*, 2020, III, p. 159.

⁹¹ E. MALFATTI, *Ivi*, cit., 12.

⁹² Cfr., ex plurimis, R. PINARDI, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 4 agosto 2020, pp.104 ss.; A. RUGGERI, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a*

caso Cappato e che ha trovato poi altre applicazioni, come per esempio le decisioni di rinvio in attesa del legislatore silente⁹³.

Quest'opera giurisprudenziale di concretizzazione dei principi costituzionali⁹⁴, che avrebbe dovuto rappresentare il principale strumento per favorire il "dialogo" tra le diverse corti alla ricerca della migliore interpretazione della Costituzione, ha alimentato, viceversa, conflitti tra esse, sempre più decise ad affermare le proprie istanze interpretative, talvolta creatrici di nuove norme. Tutto ciò non contribuisce minimamente a realizzare compiutamente il valore della certezza del diritto.

In effetti, le interpretazioni della Consulta non sono mai state riconosciute vincolanti dal complesso del circuito giudiziario, soprattutto dalla Cassazione (e dalle sue diverse sezioni), la quale, nelle pieghe del testo normativo, ha più volte cercato un'interpretazione diversa da quella ritenuta maggiormente conforme a costituzione, con inevitabili conseguenze sulla tenuta della certezza del diritto.

E che dire poi di quando la Consulta, mediante le ordinanze di inammissibilità, ha imposto al giudice a quo un vero e proprio obbligo di interpretare le norme conformemente a Costituzione, escludendo così il potere di rimessione alla Corte⁹⁵. Ciò, tra l'altro, non solo ha ridimensionato il rilievo del sindacato accentratore di costituzionalità⁹⁶, immaginata dai Padri costituenti quale procedura preferita per garantire uno strumento di tutela dei diritti costituzionali di fronte alla legge⁹⁷, ma ha favorito una frammentazione delle pronunce e degli orientamenti giurisprudenziali, tutto a discapito della stabilità e prevedibilità delle decisioni.

Anche perché, se indubbiamente deve essere riconosciuto alla Corte costituzionale di aver più volte garantito il valore della certezza del diritto nella sua dimensione "soggettiva", volta a preservare la tutela del legittimo affidamento e le posizioni giuridiche acquisite⁹⁸, viceversa, sotto il profilo "oggettivo", il valore in esame, ad eccezione di alcune occasioni⁹⁹, non ha mai costituito un parametro di legittimità costituzionale¹⁰⁰.

marginale di Corte cost. n. 132 del 2020), in *Consulta online*, n. 2, 2020, pp. 406 ss.; A. MAZZOLA, *Decide che deciderà! La Corte costituzionale torna a adoperare la tecnica inaugurata con il "caso Cappato"*, in *Consulta online*, n. 2, 2020, pp. 545 ss.

⁹³ F. PATERNITI, *La Corte "pedagogista" di un legislatore colpevolmente inerte. Riflessioni critiche su una svolta problematica della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Federalismi.it*, 16 dicembre 2020, p. 189; in senso diverso, S. CATALANO, *La sentenza 242 del 2019: una pronuncia additiva molto particolare senza 'rime obbligate'*, in *Osservatorio AIC*, 2019, p. 292; A. RUGGERI, *Rimosso senza indugio il limite della discrezionalità del legislatore, la Consulta dà alla luce la preannunciata regolazione del suicidio assistito (a prima lettura di Corte cost. n. 242 del 2019)*, in *Giustizia Insieme*, 27 novembre 2019.

⁹⁴ F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione dei valori*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, passim.

⁹⁵ E. TIRA, *Rapporto tra giudici e legislatore e ruolo della Corte costituzionale*, in *Crisi delle giustizia e incertezza del diritto. Atti del seminario annuale dell'associazione "Gruppo di Pisa"*, Brescia, 24 novembre 2017.

⁹⁶ Si rinvia ad A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto "vivente"*. *Genesis, usi, implicazioni*, Milano, 1994.

⁹⁷ Su questo punto, P. DAMIANI, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, in *Giur. cost.*, n. 3, 1999, p. 2349.

⁹⁸ Ex plurimis, Corte cost., sentt. nn. 124/2010, 15/2012, 308/2013, 227/2014, 57/2019.

⁹⁹ Corte cost., sentt. 384/1994, 15/2012.

¹⁰⁰ Si v. L. PEGORARO, *Linguaggio e certezza della legge nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Milano, 1988, pp. 16 ss.

Ma i conflitti tra le diverse corti chiaramente non si riducono ai soli casi che riguardano in prima linea la Corte costituzionale e le magistrature ordinaria e amministrativa; il confine, talor incerto, che separa la giurisdizione ordinaria da quella amministrativa nel nostro sistema ordinamentale è fonte di contrasti tra i due tipi di giurisdizione, soprattutto alla luce del superamento della tesi della indegradabilità dei diritti fondamentali a interessi legittimi¹⁰¹.

Infatti, sebbene il giudice ordinario preservi il proprio ruolo di giudice naturale dei diritti soggettivi, se si parte dalla premessa che il riparto tenga conto non già della violazione delle situazioni soggettive, ma dell'esercizio o meno del potere amministrativo capace di incidere anche sui diritti soggettivi¹⁰², le pronunce del giudice degli interessi che riguardano i diritti fondamentali non degradabili a interessi legittimi sono sempre più numerose e spesso in contrasto con le decisioni del giudice ordinario.

Eclatante è ancora una volta il caso Englaro. Mentre la Cassazione, come è stato già anticipato, ha sancito il diritto del paziente di rifiutare le cure, interrompendo il trattamento sanitario non voluto, il Consiglio di Stato, con la decisione n. 4460 del 2 settembre 2014, ha negato questa possibilità, ritenendo il diritto della salute non solo diritto inviolabile, ma diritto soggettivo pubblico, capace di fra discendere l'obbligo per l'amministrazione sanitaria di attivare tutti i mezzi necessari per il concreto esercizio del diritto alla salute.

Le "tensioni" tra le Corti scaturite dal riparto di giurisdizione sono rinvenibili anche in materia di danno ambientale, soprattutto alla luce della pronuncia n. 8092 del 2020 delle sezioni unite della Cassazione civile. In effetti, nonostante l'art. 310 del Dlgs. 152/2006 devolva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie conseguenti all'impugnazione da parte dei titolari di un interesse ex art. 309 del medesimo D.lgs. e riguardanti i provvedimenti adottati dal Ministero dell'Ambiente, il supremo giudice di legittimità ha disposto che l'analisi dell'attività della Pubblica amministrazione, non incide sul riparto di giurisdizione, in quanto non vi è degradazione di diritto soggettivo ad interesse legittimo, ma solo sui poteri del giudice ordinario, che si dovrà limitare a disapplicare la predetta regolazione e ad imporre la cessazione o l'adeguamento dell'attività in modo da limitare le conseguenze dannose. Viceversa, qualora si è in presenza di un comportamento materiale in contrasto col provvedimento amministrativo dovrà prevedere una sanzione affinché sia riportato il comportamento a conformità.

Anche nell'ambito del c.d. diritto punitivo, e particolarmente in tema di sanzioni amministrative non pecuniarie, il riparto di giurisdizione, nonostante l'apparente chiarezza della disposizione che da tempo ne declina in maniera evidente i confini, mostra alcune incongruenze. L'art. 6 del d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150, infatti, nel riprendere l'elencazione delle materie per le quali la sanzione è opponibile al tribunale civile, per lo più già contenuta nell'art. 22-bis della l. 24 novembre 1981, n. 689, contestualmente riscrivendone l'art. 22, continua a demandare all'interprete sia il compito di tracciare l'esatto confine della natura sanzionatoria del provvedimento, sia quello, ancor più arduo, di collocare con precisione il regime delle tutele

¹⁰¹ Per tutti, M.S. GIANNINI, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, XIX, 1970.

¹⁰² Cfr. Corte cost., sent., n. 140/2007.

laddove lo stesso sia intervenuto autonomamente, quale unico rimedio avverso il comportamento del destinatario ovvero in aggiunta ad altro, di natura pecuniaria o meno, finanche a carattere penale.

Le dispute tra giudice amministrativo e giudice ordinario si accrescono in materia di ingresso, soggiorno ed espulsione di cittadini extracomunitari, in quanto le controversie che sorgono in merito a tali fattispecie risultano affidate in parte alla giurisdizione del giudice degli interessi e in parte a quella del giudice ordinario, secondo un criterio di riparto di cui non è indubbio il fondamento teorico¹⁰³. Nonostante, infatti, i principi offerti dalla giurisprudenza siano diversi quali la natura discrezionale o vincolata del provvedimento lesivo, la qualifica giuridica della posizione soggettiva dello straniero, la qualificazione dei suoi diritti come indegradabili, nessuno di essi permette di chiarire in modo logico e unitario le scelte del legislatore.

Recentemente, fra i casi più interessanti e al contempo, per un certo verso, anche allarmante, si rileva la questione in cui il giudice ordinario e quello amministrativo hanno riconosciuto la propria giurisdizione su una medesima questione. L'argomento è quello dei corrispettivi discendenti da concessioni stipulate tra amministrazione regionale e privati relativi all'attuazione di misure contenute nel Programma Europeo "Garanzia Giovani".

In particolare, il giudice ordinario, chiamato a pronunciarsi sulla decurtazione da parte della Regione Campania di corrispettivi relativi allo svolgimento delle misure contenute nel Programma europeo "Garanzia Giovani", ha riconosciuto la propria giurisdizione sul presupposto che la controversia attenesse alla fase esecutiva del programma, demandata alle Agenzie per il lavoro ex art. 4 del d.lgs. 276 del 2003, le quali hanno il compito di attivare, in favore degli aderenti, le misure previste dal programma attraverso apposite convenzioni stipulate con la Regione, a sua volta titolare della competenza a pianificare le azioni sul proprio territorio (cfr. Ordinanza ex art 702 ter c.p.c., Tribunale di Napoli civile, sez. X, 3.10.2022).

Secondo la ricostruzione del giudice civile, quindi, la controversia, riguardando la determinazione di corrispettivi discendenti da una convenzione con la Regione, rientrerebbe a pieno titolo nella giurisdizione del g.o. sulla base dell'art. 133, comma 1, lett. c, che esclude dalla giurisdizione amministrativa le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi "*concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi*".

Tuttavia, sulla medesima questione, anche il Giudice amministrativo ha dichiarato la sussistenza della propria giurisdizione in una fattispecie analoga, sul presupposto che la decurtazione degli importi dovuti al privato da parte della Regione, costituirebbe esercizio di un potere discrezionale posto in capo alla p.a. di stabilire l'*an*, il *quid* ed il *quomodo* dell'erogazione del finanziamento, sulla base del raggiungimento degli obiettivi fissati nel PAR (piano di attuazione regionale) del programma Garanzia Giovani. Ciò in quanto il corrispettivo dovuto al privato non discenderebbe da una sovvenzione riconosciuta direttamente dalla legge sulla base di elementi da quest'ultima puntualmente indicati, ma dal grado di effettiva attuazione del piano regionale.

¹⁰³ Per un inquadramento della problematica, cfr., ex plurimis, N. PIGNATELLI, *La giurisdizione dei diritti costituzionali tra potere pubblico e interesse legittimo: la relativizzazione dell'inviolabilità*, Pisa, 2013; M. NOCCELLI, *Il giudice amministrativo e la tutela dei diritti fondamentali*, in www.sipotra.it, 2018; F. PATRONI GRIFFI, *Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

Sulla base di queste premesse, il giudice amministrativo, configurando la decurtazione dei corrispettivi quale riparametrazione del piano sulla base degli obiettivi effettivamente raggiunti dal privato, ha ravvisato l'esercizio di un potere pubblico di tipo discrezionale modificativo e non esecutivo della concessione, riconducibile quindi alla propria giurisdizione.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, il privato si verrebbe a trovare in una posizione di interesse legittimo e non già di diritto soggettivo.

Tali orientamenti divergenti, oltre a rappresentare un problema per la questione delle effettività delle tutele e della prevedibilità delle conseguenze giuridiche, costituiscono una potenziale lesione del principio di certezza del diritto.

Ciò in ragione del fatto che i termini di impugnazione dei provvedimenti amministrativi sono molto più stringenti (60 gg) rispetto a quelli di prescrizione dei diritti di credito per cui nell'ipotesi in cui il giudice ordinario dichiarasse il proprio difetto di giurisdizione in favore della giurisdizione amministrativa, e l'azione in sede civile non fosse stata avviata entro il termine perentorio decadenziale del ricorso amministrativo, la controversia non potrebbe essere riassunta innanzi al TAR e si produrrebbe quindi una lesione del diritto di difesa.

4. La certezza del diritto alla luce della marginalizzazione delle fonti tipiche del diritto

Non possono concludersi queste brevi considerazioni sullo stato di certezza del diritto nel nostro sistema ordinamentale senza menzionare che tra le plurime ragioni campeggia la perdita della legge dell'esclusività di regolare i rapporti giuridici. E' fin troppo noto che il tradizionale modello di classificazione delle fonti di produzione delle norme giuridiche è entrato in crisi per una serie di fattori di natura profondamente diversa tra loro¹⁰⁴, alcuni riconducibili all'orbita giuridica quali, per esempio, il policentrismo istituzionale, gli istituti di democrazia diretta, le limitazioni di sovranità previste per la partecipazione all'Unione europea; altri a fenomeni di natura politica (si pensi alle spinte disgregatrici provenienti dalla comunità internazionale alla luce delle miopi politiche di gestione dei flussi migratori) ed economica. Ma se i fenomeni a connotazione politica sono stati alquanto monitorati dai confini assegnati dalla Carta costituzionale, lo stesso non può dirsi per quelli di natura economica le cui forzature nell'assetto delle fonti sono risultate ben presto ingovernabili, i cui effetti hanno comunque provocato una vera e propria scomposizione dell'assetto delle fonti, fino a quel momento caratterizzato da una certa linearità e solidità¹⁰⁵ (si pensi ai due criteri di gerarchia e competenza che sono ormai coinvolti in un rapporto dinamico di sostituzione e sovrapposizione reciproca).

¹⁰⁴ E. CHELI, *Fisiologia e patologia negli sviluppi recenti del nostro sistema delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 2, 2010.

¹⁰⁵ Su tali complesse problematiche si rinvia a V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale Le fonti del diritto*, Padova, 1984, p. 927; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quad. cost.*, 1993, pp. 252 ss.; S. NICCOLAI, *Atti normativi*, in *Enc. giur.* IV, Roma, 1997; G. U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998, pp. 15 ss. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, 2009, p. 9 ss.; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto*, artt. 1 -9 disp. prel. , in *Commentario del codice civile* (a cura di F. Galgano), Bologna – Roma, 2011; G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, II, Torino, 2012, pp. 224 ss.

Insomma, si è in presenza di nuove tecniche e strumenti di produzione normativa¹⁰⁶ che traggono la loro ragion d'essere nella strutturale inadeguatezza delle tradizionali fonti di elaborazione giuridica a gestire e dirigere le attuali vicende statali, internazionali e comunitarie.

Ciò ha prodotto, tra l'altro, l'affermarsi di nuove e varie fonti del diritto come il *soft law*, che, per loro natura, non dovrebbero essere in grado di produrre effetti cogenti sulle posizioni giuridiche dei destinatari cui si indirizzano. Invece, la realtà è ben diversa e spesso ci si confronta con atti che non di rado contengono concrete disposizioni normative, le quali, se da una parte trovano una ragione di fondo in relazione all'autorevolezza istituzionale del soggetto che li adotta¹⁰⁷, dall'altra, suscitano non poche perplessità circa la loro conformità al principio di tipicità delle fonti e, più in generale, all'affievolimento che potrebbero provocare alla protezione delle situazioni giuridiche soggettive incise da una funzione amministrativa caratterizzata, appunto, da una normazione con ampi margini di incertezza e instabilità¹⁰⁸.

Del resto, nonostante il *soft law* debba considerarsi innanzitutto quale risposta all'inedoneità dei processi politici a governare la realtà nel suo sviluppo e nel suo tessuto eterogeneo¹⁰⁹, esso ha assunto un'influenza sempre maggiore nell'ambito dei sistemi delle fonti del diritto, potendo prospettarsi, in un primo momento, quale concreta opzione alle codificate e tradizionali fonti legali¹¹⁰, per poi, quando la sua indiscutibile matrice economica ha inglobato anche grandi momenti di giuridicità, realizzare una normazione di grado e forze diverse.

In altri termini, si rileva che non di rado gli effetti prodotti dagli atti in parola introducano, in sostanza, regole di *hard law*, laddove la natura del loro statuto è definita *soft* al solo fine di "sottrarsi ai più impegnativi requisiti che l'ordinamento impone agli atti fonte, pur aspirando alla medesima efficacia del diritto da quelli prodotto"¹¹¹.

La natura finemente tecnica degli atti regolatori e l'alta percentuale di inattuabilità cui essi sono sottoposti per le ricorrenti trasformazioni dei mercati rende estremamente complicata la creazione di un sicuro e certo sistema normativo che regoli la "*governance*" dei mercati.

Ne consegue, alla luce anche del fatto che il *soft law* non racchiude riduttivamente tutti i fenomeni normativi avulsi dalle fonti di produzione del diritto, ma individua una "zona grigia di giuridicità", che si pone a cavallo tra gli estremi dei fenomeni normativi pienamente giuridici

¹⁰⁶ Per comprendere l'impostazione "tradizionale" del problema, ex multis, A. DE VALLES, *Norme giuridiche e norme tecniche*, in *Raccolta di scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo*, vol. II, Milano, 1963; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano 1985; ID., *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, in V. Parisio (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Milano, 1998, pp. 71 ss.; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001, p. 31 ss.; F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2002, pp. 603 ss.; A. CONTIERI, *Nozioni tecniche come limite all'attività normativa*, in *Condizioni e limiti alla funzione normativa*, Annuario 2004, APDA.

¹⁰⁷ F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice*, cit., p. 83 ss.

¹⁰⁸ M. DOGLIANI, *Il principio di legalità dalla conquista del diritto all'ultima parola alla perdita del diritto alla prima*, in *Dir. pubbl.*, 2008, p. 19.

¹⁰⁹ L. BERNARDIN, *Soft law*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. 4, Milano, 2006, p. 5605.

¹¹⁰ Per tutti, A. LUCARELLI, *Potere regolamentare. Il regolamento indipendente tra modelli istituzionali e sistema delle fonti nell'evoluzione pubblicistica*, Padova, 1995, *passim*.

¹¹¹ In tal senso, M. MANETTI, *Fonti senza forma e presunto soft law, con particolare riguardo alle linee-guida Anac*, in *Dir. cost.*, n. 1/2019, p. 58.

(c.d. “*hard law*”) e i fenomeni normativi che non hanno caratteristiche tipiche della giuridicità, che la questione della certezza del diritto vada affrontato anche al cospetto di una proliferazione dei processi c.d. “artificiali” di produzione normativa¹¹², in cui i fenomeni sinteticamente accennati costituiscono solo alcuni dei numerosi esempi di sottosistemi normativi (la cui legittimazione costituzionale non equivale a una loro riconduzione a un sistema delle fonti ragionevolmente congruente), presenti nel sistema attuale delle fonti del diritto. Esso, contrappo-
nendosi ai tradizionali strumenti di normazione quali le leggi e i regolamenti, si concretizza in accordi che, pur non creando in genere obblighi giuridici tra le parti contraenti, rilevano tuttavia “impegni” politici a cui, per effetto della *moral suasion* o *dissuasion* operata in primo luogo dalle Autorità indipendenti, aderiscono volontariamente i soggetti coinvolti nella loro sfera di operatività.

Il quadro, insomma, è alquanto articolato, ma sembra non affatto peregrino ritenere che la certezza del diritto vada assicurata anche attraverso il rispetto del sistema delle fonti legali da parte dei pubblici poteri, in quanto ciò risulta prodromico al rispetto di altri principi quali l’irretroattività, la tutela dell’affidamento e la protezione dei diritti quesiti¹¹³, che rendono la certezza giuridica un’accezione dai molteplici significati, riferite a diverse necessità tra cui la conoscibilità e la chiarezza dei testi¹¹⁴.

5. Considerazioni conclusive

Dalle analisi svolte, e alla luce delle forti dinamiche che sospingono l’ordinamento costituzionale verso eventi trasformativi, non è affatto peregrino registrare che la certezza del diritto non si pone più al vertice di una ipotetica piramide dei valori costituzionali, per problemi che attengono, ad una prima considerazione, sia ad una malcelata confezione redazionale degli atti normativi mediante un incomprensibile linguaggio burocratico¹¹⁵, sia (e diremo soprattutto) ad una complessiva irragionevolezza della produzione giuridica che si traduce in sistematiche incertezze e che induce gli interpreti a fare delle vere e proprie acrobazie per dare un significato che sia oggettivamente inteso. Basti pensare al fenomeno delle leggi c.d. oscure¹¹⁶ che non di rado la Corte costituzionale¹¹⁷, nel sottoporle al sindacato costituzionale, ha censurate quali norme i cui effetti si traducono in un vero e proprio *vulnus* al principio di certezza del diritto¹¹⁸, se è vero che alla legge, con il passaggio dallo Stato liberale a quello

¹¹² Si cfr. A. CONTIERI, *Nozioni tecniche come limite all’attività normativa*, cit.

¹¹³ A. PACE, *Libertà individuali e qualità della vita*, Napoli, 2008, pp. 93 ss.

¹¹⁴ G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

¹¹⁵ Cfr. S. CASSESE, *Codice di stile, delle comunicazioni scritte, ad uso delle amministrazioni pubbliche. Proposta e materiali di studio*. Istituto poligrafico e zecca dello Stato, Roma, 1923, pp. 20 ss.

¹¹⁶ S v. F. SORRENTINO, *Incerteza del diritto o mera oscurità delle legge*, in *Giur. cost.*, 1986, p. 565; M. AINIS, *La legge oscura*, Roma, 2010; Recentemente, N. FERRACUTI, *Le leggi-labirinto e la crisi della certezza del diritto*, in *Consulta on line*, fascicolo I, 2024, pp. 91ss.

¹¹⁷ Corte cost., sentt. 19/1956, 364/1988, 70/2013; 110/2023.

¹¹⁸ Recentemente e al di fuori della materia penale, il Giudice delle leggi, con la sentenza n. 110 del 2023, ha censurato una legge regionale in quanto scritta male e viziata da radicale oscurità.

sociale, è conferita non più soltanto la funzione di garantire le libertà fondamentali, ma anche quella di assicurare la giustizia sociale¹¹⁹.

Ne consegue che solo leggi chiare e precise (soprattutto in quei campi dove la Costituzione prevede riserve di legge assolute), il cui contenuto riduca al massimo la discrezionalità degli organi dell'applicazione¹²⁰, sono capaci di assicurare qualità e determinatezza della formulazione e costituire uno strumento necessario per la garanzia della certezza del diritto.

Ma è evidente che l'incertezza strutturale del sistema non è solo il frutto di leggi oscure o della scarsa qualità redazionale del testo, oppure, in un quadro di riflessione più ampio, della diffusione del fenomeno sempre più crescente, sia a livello nazionale che a livello regionale, del rinvio da parte della normativa interna a strumenti europei di *soft law*.

Ben altri sono i fattori che hanno comportato la frammentazione dell'ordinamento e della diffusione del particolarismo giuridico, tra cui rilievo non di secondo piano è la non linearità dell'itinerario ermeneutico seguito dall'operatore di giustizia, che, mediante percorsi giurisprudenziali non prevedibili, difficilmente controllabili a livello motivazionale, contribuisce a rendere maggiormente incerto il sistema. Tale sovraesposizione della giurisdizione si è presto tradotta in quell'innaturale ruolo di "supplenza" che ha provocato lo squilibrio istituzionale che stiamo vivendo, che si è concretato nelle più diverse e svariate forme, a partire dalla giurisprudenza costituzionale il cui percorso negli anni non sempre si è caratterizzato da una certa linearità e coerenza e che ha portato spesso a far sorgere nuove questioni riguardanti l'individuazione della distinzione fra previsioni non chiare suscettibili di essere risolte dall'interprete e norme oscure, tali da esigere l'interessamento decisivo del Giudice delle leggi¹²¹. Certamente non può non essere messo in risalto che l'inerzia e le omissioni del legislatore su molti temi di estrema attualità (si pensi, ma solo a mò di esempio, alla regolamentazione del fine vita o della cittadinanza), che denotano, peraltro, la forte inadeguatezza della classe politica, contribuisce a favorire il ruolo di supplenza del Giudice delle leggi nei confronti del legislatore¹²²; ruolo di supplenza che, tuttavia, divide la dottrina, in quanto se con argute motivazioni c'è chi rileva che il ricorso ad essa è «l'unico e non facilmente dispensabile mezzo di garanzia del pluralismo istituzionale, il canale alternativo più efficace per la trasmissione dell'accresciuta domanda sociale e in definitiva il mezzo per realizzare il punto di equilibrio tra forze politiche, parti sociali e potere giurisdizionale»¹²³, con altrettanta arguta riflessione c'è chi, invece, sostiene che l'avvalersi dell'utilizzo di sentenze manipolative è insidioso strumento che preclude al legislatore di assumersi le proprie responsabilità politiche ed istituzionali¹²⁴.

¹¹⁹ P. CARNEVALE, *Diritto, ambiguità, normazione*, in *Diritto pubblico*, 2011, pp. 353 ss.

¹²⁰ B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in *Jus*, 1959, p. 431 ss.

¹²¹ M. PICCHI, *Tecniche normative e tutela del buon andamento della Pubblica amministrazione: dalla Corte costituzionale un nuovo impulso per preservare la certezza del diritto*, in *federalismi.it*, n. 21, 2013, p. 4.

¹²² F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., p. 45; Id, *La "supplenza" della Corte costituzionale*, in *Scritti sull'interpretazione costituzionale*, a cura di Id., Napoli, 2008, p. 114 ss.

Sul punto, cfr. anche R. PINARDI, *L'"horror vacui" nel giudizio sulle leggi*, Milano, 2007.

¹²³ F. MODUGNO, *Corte costituzionale e potere legislativo*, cit., p. 101.

¹²⁴ G. ZAGREBELSKY, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, cit., p. 121.

Ma la certezza del diritto, che costituisce per chi scrive la misura dell'interpretazione democratica fra istituzioni e cittadini, ha continuato a perdere quella sua funzione ordinatrice che poi fa tutt'uno «con quel patto fondativo che ha dato vita allo Stato quale forma giuridico-politica di una comunità di esseri umani»¹²⁵, anche a causa di un protagonismo giudiziario (che si traduce negli ultimi anni anche nei numerosi contrasti tra Corti ordinarie e tra queste e quelle amministrative) che ha messo radici tra le giurisdizioni ordinarie, le quali, a volte con il pretesto di coprire il vuoto lasciato dalla politica, assumono il ruolo rilevante di promozione e determinazione del diritto oggettivo, mettendo a rischio la funzione di equilibrio tra i poteri dello Stato. La partecipazione del giudice alla produzione del diritto in concreto riesce a penetrare in quelle zone dell'ordine giuridico su cui si fonda proprio la certezza del diritto, minando, non di rado, la stabilità dei rapporti giuridici. Si pensi, a solo titolo di esempio, alla recente sentenza delle S. U. della Cassazione del 19 gennaio 2024, n. 16153, che, a conferma di un orientamento giurisprudenziale che tuttavia inizia a sedimentarsi¹²⁶, ha stabilito che il saluto romano non è illegale a meno che non metta in pericolo l'ordine pubblico o promuova la rinascita di ideologie fasciste, discostandosi apertamente dalle previsioni invece contenute nelle leggi Scelba e Mancino e alimentando, altresì, un fenomeno che si concreta nell'imprevedibilità della decisione giudiziaria. E l'imprevedibilità crea principalmente diritti inconoscibili, che logorano non solo la certezza del diritto, ma, in un più ampio contesto di riflessione, la stessa forma di Stato democratico, quest'ultimo fondato su paradigmi incontestati del diritto moderno, quali la rappresentanza politica, l'uguaglianza e l'autonomia personale dei cittadini.

¹²⁵ M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, cit., p. 54.

¹²⁶ Cfr. S.U. Cass., sent. n. 16103/2003.