

L'INCERTEZZA DEL DIRITTO

1. — Agli inizi degli anni quaranta un acuto filosofo del diritto, purtroppo poi prematuramente scomparso, Flavio Lopez De Oñate, pubblicò un saggio sulla certezza del diritto. Contrapponendosi alla scuola del diritto libero ed alla teoria che il diritto si realizza nella giustizia del caso per caso (la così detta giustizia del caso concreto), Lopez sostenne vigorosamente che l'eticità del diritto, la sua propria cifra morale, consiste nella sua certezza obiettiva e che la certezza del diritto si realizza nelle norme scritte: norme rese preventivamente e tempestivamente note a tutti i soggetti giuridici (a tutti i loro destinatari) mediante la loro pubblicazione.

Diversamente dal solito, il saggio del Lopez ottenne subito larga eco al di fuori dell'*hortus conclusus* dei filosofi, particolarmente nell'ambito dei giuristi. Uno dei maggiori esponenti dei nostri studi giuridici (un teorico che era anche un efficacissimo avvocato), Piero Calamandrei, fece seguire al libro del Lopez un articolo in cui, accettando in pieno la tesi della certezza, espose interessanti considerazioni circa la responsabilità della « dottrina » (si intenda la dottrina giurisprudenziale, la scienza del diritto, la *iuris prudentia*) ai fini della realizzazione pratica della certezza stessa. Non basta, egli disse, che il diritto sia riversato in leggi e che le leggi siano pubblicate dalla *Gazzetta ufficiale*: i giureconsulti hanno il dovere di diffondere il culto della legalità fra il popolo. La legge, anche se paia o sia ingiusta, deve essere puntualmente osservata e fatta osservare, perché nel rispetto delle leggi da parte di tutti sta la maggiore garanzia della libertà di ciascuno: si ricordi l'esempio di Socrate. Reagisca dunque l'*homo politicus* con le sue critiche all'ingiustizia delle leggi vigenti e si sforzi di ottenerne, nel rispetto delle debite procedure, gli opportuni mutamenti: l'*homo iuridicus*, il giurista in senso stretto, altro non può e deve che farle rispettare. Del resto, aggiungo io, già venti secoli fa Cicerone (*pro Cluent.* 53.146) ha affermato che dobbiamo essere schiavi delle leggi, per poter essere veramente liberi: « *legum . . . omnes servi sumus, ut liberi esse possimus* ».

* In *Scr. Capozzi* 2 (Milano 1992) 659 ss.

Per verità, queste posizioni del Calamandrei circa la responsabilità della dottrina giuridica appaiono troppo rigorose, o più precisamente troppo rigide, per poter essere facilmente condivise. Lo stesso Calamandrei, in un secondo momento, posto di fronte alla palese, schiacciante disumanità di certe leggi (si pensi, una per tutte, alla iniqua legislazione così detta « razziale » contro gli ebrei), si chiese tormentosamente se l'impegno dei giuristi non debba essere quello di propagare, al di là e al di sopra dell'osservanza delle leggi, l'osservanza della giustizia.

Per conto mio, io penso che la vera libertà dell'uomo comporti anche quella di non obbedire alle leggi che egli ritenga ingiuste. È una libertà che costa cara, perché implica che sull'inosservante si abbattano le durezze della sanzione prevista, appunto per l'ipotesi di inosservanza, dalle leggi. Ma è una libertà di cui il giurista ha il preciso dovere di rendere avvertito colui che gli si rivolga per consiglio, ponendolo dinanzi all'alternativa di obbedire o non obbedire alla norma. Il giurista, come ho sostenuto anche altrove, non ha il diritto di imporre una certa condotta più o meno legalitaria, ma deve assolvere il compito del « mistagogo ». Egli deve svelare i misteri del diritto vigente e illustrare i pro e i contro della eventuale inosservanza di quel diritto: dopo di che il destinatario del comando giuridico deve rimanere solo con la propria coscienza e decidere il da farsi.

2. — Lasciamo da parte queste ed altre riflessioni ad alto livello. Lasciamo anche da parte la considerazione di quegli ordinamenti giuridici antichi, come l'ordinamento romano, o di quegli ordinamenti giuridici vigenti, come gli ordinamenti anglosassoni, in cui gran parte del diritto era od è fatta di consuetudini e di prassi giudiziarie. Chiamoci invece nella realtà dei paesi, tra cui l'Italia, che si dicono di « diritto scritto »: paesi nei quali la fonte più alta e autorevole del diritto è costituita dalle leggi scritte.

In un ordinamento statuale come quello italiano il diritto viene concepito come un insieme di leggi costituzionali e di subordinate leggi ordinarie, le quali circoscrivono con un duplice steccato invalicabile il campo di ciò che è giuridicamente rilevante, vale a dire il novero di ciò che si deve fare e che, se non si fa, implica lo scatto di una sanzione penale o non penale. All'esterno dello steccato nulla è giuridicamente obbligatorio. All'interno dello steccato cooperano con le leggi, a mettere ordine nella società, i regolamenti governativi e gli usi richiamati dalle leggi e dai regolamenti.

Potrebbe sembrare il « *non plus ultra* » della certezza. Per ogni

azione che avesse in animo di commettere, il soggetto giuridico non avrebbe che da scorrere, magari con l'aiuto di un computer, l'elenco delle leggi, dei regolamenti e degli usi in vigore: così accerterebbe facilmente se gli sia giuridicamente lecito comportarsi come abbia divisato, o se invece gli incomba l'obbligo di comportarsi in un modo diverso.

Invece no. A parte la circostanza che la lista delle norme giuridiche vigenti è lunghissima (non si esagera se si parla di qualche milione di specifiche disposizioni di legge, di regolamenti e di usi), incombe sull'ordinamento legislativo italiano (e così su ogni altro analogo ordinamento legislativo) il peso di una considerevolissima quantità di incertezze di fatto da superare. Il che significa che il nostro ordinamento giuridico è « certo » in astratto, sia pure, ma è molto incerto in concreto.

3. — Un primo ordine di incertezze deriva al nostro ordinamento dalla vigenza in esso, accanto a leggi e regolamenti, di molteplici consuetudini, o usi normativi che dir si voglia. Ho già segnalato, infatti, che subordinatamente alle leggi ed ai regolamenti hanno vigore in Italia gli usi da essi provvedimenti richiamati, cioè gli usi (di vendita, di banca, di borsa, di mercato, di navigazione eccetera eccetera) cui le leggi o i regolamenti affidano espressamente la disciplina o la rifinitura della disciplina di numerosissime materie.

Che cosa è un uso normativo? Basta la definizione corrente, da tutti accettata, a mettere in evidenza la grande elasticità della nozione. La consuetudine è un comportamento al quale la stessa generalità dei soggetti attribuisce convintamente i caratteri della obbligatorietà giuridica. Occorrono, per identificare il fenomeno, la diffusione generale del comportamento in un certo luogo o in un certo ambiente, la ripetizione inalterata dello stesso comportamento da parte della generalità e, sempre da parte della generalità, la così detta « *opinio iuris et necessitatis* » del comportamento. Ora è appena il caso di rilevare quanto vaghi siano i concetti di « generalità », di « costanza » del comportamento e di « opinione generalmente diffusa della obbligatorietà giuridica » del comportamento. Da quale percentuale dei soggetti giuridici è costituita la loro « generalità »? Dalla metà più uno, da una maggioranza superiore, da un per cento inferiore al cinquanta? E come si accerta questa generalità; chi ci assicura che essa non sia una lustra, non sia il frutto di un'illusione? Analoghi interrogativi sorgono in ordine alla nozione di « costanza » del comportamento. E quanto all'« *opinio iuris et necessitatis* » ci si domanda, in aggiunta, che intensità debba avere il sentirsi vincolati da una consuetudine affinché questo sentimento esorbiti dal generico del

