

RIVISTA  
DELLA  
CORTE DEI CONTI  
**QUADERNI**

Quaderno n. 1/2026

Direttore responsabile  
Pres. Vito Tenore

volume curato da:

- Alberto Avoli
- Elena Tomassini

## CERTEZZA E RULE OF LAW

Isabel Ascension Trujillo Perez (\*)

*Abstract:* L'articolo riconsidera il tema della certezza del diritto alla luce della *rule of law*, superando l'idea tradizionale che la certezza dipenda esclusivamente dalla chiarezza delle norme e che sia minacciata dall'attività dei giudici. La *rule of law* è intesa come principio aspirazionale volto a contrastare l'arbitrarietà del potere, e la certezza rappresenta una sua componente essenziale, da coltivare insieme a legalità, eguaglianza, prevenzione dell'abuso di potere e accesso alla giustizia. Secondo la *Venice Commission*, la certezza richiede norme accessibili, stabili e coerenti, decisioni giudiziarie motivate e un effettivo accesso ai tribunali. Si sottolinea il carattere corale della *rule of law*, e dunque della certezza, i cui attori sono legislatori, cittadini e giudici, le cui motivazioni contribuiscono a rendere prevedibile il diritto. La certezza non coincide con la mera prevedibilità, ma emerge dalla progressiva sedimentazione delle ragioni giuridiche.

Sommario: 1. *Introduzione*. – 2. *Rule of law e certezza*. – 2.1. *Le condizioni della certezza*. – 2.2. *Gli attori della certezza*. – 2.3. *Limiti della certezza*. – 3. *La specificità della decisione giurisdizionale*. – 3.1. *Il vincolo del giudice alla legge e al diritto*. – 3.2. *La centralità del caso concreto e la grammatica del terzo*. – 4. *Conclusione. La certezza delle ragioni*.

### 1. Introduzione

La certezza del diritto è un tema classico della riflessione giuridica che sembra però essere rimasto impigliato entro due coordinate costanti e ripetitive. La prima è la contrapposizione tra certezza e giustizia, che dai tempi di Lopez de Oñate e Carnelutti vede opposti filosofi del diritto e giuristi (1). La seconda è quella della cosiddetta crisi della certezza, che è in realtà la crisi di un mito, cioè quello secondo cui la certezza è opera di una legislazione razionale e chiara messa a repentaglio dalle decisioni dei giudici, queste ultime influenzate da elementi psicologici e irrazionali (2). Sulla crisi della certezza del diritto vi è oramai una letteratura illuminante, da cui traspare la consapevolezza che alcune vie della certezza non sono più percorribili: dall'esclusività della legislazione statale, alla credenza nell'irreversibile struttura dei testi da interpretare o all'eshaustività della fattispecie penale (3). La certezza del diritto muta con l'evolvere delle pratiche giuridiche, e dunque è necessario domandarsi di nuovo quale certezza ci si può aspettare dal diritto e come la si può ottenere, abbandonando con coraggio concetti e presupposti non fruttuosi. Sosterrò che la certezza non è in antitesi con la giustizia e che le decisioni dei giudici sono necessarie alla certezza del diritto.

---

(\*) I. A. Trujillo Perez, Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso l'Università di Palermo.

(1) Una recente ricostruzione del dibattito in C. Caria, *Dialogo intorno a La certezza del diritto. Lopez de Oñate e Carnelutti a confronto*, in *Riv. fil. dir.*, 2019, 1, 162-182.

(2) J. Frank, *Law in the Modern Mind* (1930), Peter Smith, Gloucester, Mass. 1970, 45. Cfr. anche N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, 28, 146-152. Oggi sono le scienze cognitive applicate al diritto e le neuroscienze quelle che studiano come i processi mentali, le percezioni, ma anche fattori psicologici e di contesto influenzino la giurisdizione. Cfr. S.E. Redfield (ed.), *Enhancing justice, reducing bias*, American Bar Association, Chicago, Judicial Division, 2017. La crisi della certezza è ovviamente attribuibile anche al legislatore: si pensi al fenomeno della decodificazione o alla legislazione alluvionale. Qui scelgo di mettere in luce le prime per ragioni ovvie. Cfr. tra tanti, N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1979.

(3) Una interessante disamina di tutti questi problemi e anche altri – derivanti dalla dialettica diritti umani e diritti fondamentali, dall'evoluzione della responsabilità per danno ingiusto, dalla problematica dell'abuso di diritto – in G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006. Ritengo inoltre particolarmente illuminante per il diritto privato la trattazione di N. Lipari, *I civilisti e la certezza del diritto*, in "Ars Interpretandi", 2015, 4, 2, 55-76, ma si rinvia a tutto il fascicolo della rivista, dedicato a *Certezza e trasformazioni del diritto*. Sul diritto penale cfr. la disamina di G. Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022, 85-118.

## 2. Rule of law e certezza

Per iniziare a tracciarne i nuovi contorni propongo di inquadrare la questione della certezza all'interno della lotta all'arbitrarietà nell'esercizio del potere in cui consiste il principio della *rule of law*. Per far ciò non partirò da una riflessione teorica, ma farò appello ad un dato istituzionale, e cioè al consenso intorno alla *rule of law* come valore giuridico per eccellenza (4). Le dimensioni di questo consenso sono internazionali, ma qui farò riferimento a quanto prodotto dalla *European Commission for Democracy through Law*, cosiddetta *Venice Commission*, che ha notoriamente elaborato una lista di componenti della *rule of law* condivisa dagli Stati membri del Consiglio d'Europa. Essa viene indicata come la *Rule of law checklist* europea e la sua finalità, come è noto, è il rafforzamento della *rule of law* nell'ambito del Consiglio d'Europa, lavoro che tale commissione continua a monitorare (5). Nondimeno, per comprendere adeguatamente quanto indicato dalla *Venice Commission* sulla *rule of law* e sulla certezza come sua componente sarà necessario fare una riflessione teorica, perché la problematica investe la comprensione del fenomeno giuridico (6).

La *Venice Commission* trova una convergenza intorno a cinque principi integranti la *rule of law*: il principio di legalità, il principio della certezza del diritto, la prevenzione dell'abuso o dell'uso fuorviante (*misuse*) del potere, il principio di eguaglianza, l'accesso alla giustizia. La certezza va dunque coltivata insieme a questi altri principi e non a loro scapito. Come questi principi si possano armonizzare nella funzione giurisdizionale sarà, in filigrana, l'ossatura di questa riflessione.

Quello della *Venice Commission* è uno dei molti tentativi di precisare il contenuto del principio della *rule of law*, la cui indeterminatezza è causa di diffidenza da parte di molti (7). Tuttavia, trattandosi di un'indagine *bottom up*, cioè a partire dalle diverse tradizioni dello stato di diritto (*etat de droit*, *estado de derecho*, *Rechtsstaat*), la *checklist* europea si presta ad essere usata come riferimento per una riflessione contestualizzata come la nostra. L'unica precisazione che farei è che nella *checklist* europea la *rule of law* è calibrata esclusivamente sul diritto nello Stato. Se il principio della *rule of law* come molti ritengono è il modo di indicare come il diritto protegge dall'arbitrarietà (8), allora esso non riguarda solo l'assetto dei poteri dello Stato – lo Stato di diritto, per l'appunto, o lo Stato costituzionale di diritto, che ne è già un'evoluzione – ma deve potersi estendere ad ogni pratica giuridica a livello sovranazionale e internazionale, come anche all'operato dei poteri privati, economici o

---

(4) Art. 2 Tue. Una pietra miliare del progetto della *rule of law* a livello internazionale è l'art. 9 della *Dichiarazione del Millennio delle Nazioni Unite* del 2000, dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che si propone il rafforzamento della *rule of law* nella sfera internazionale ed interna. Tre sono Risoluzioni fondamentali: A/RES/2625 (XXV) del 24 ottobre 1970, A/RES/55/2 dell'8 settembre 2000 (Dichiarazione del Millennio), e anche A/RES/67/186 del 20 dicembre 2012. Tra gli obiettivi di sviluppo sostenibile (A/RES/70/L. I, 25 settembre 2015, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable development*), al sedicesimo posto, si trova il riferimento alla *rule of law*, come strumento per promuovere società pacifiche e inclusive, che garantiscano l'accesso alla giustizia e che siano dotate di istituzioni efficaci e responsabili. La *rule of law* è dunque considerata un obiettivo tra gli altri e, allo stesso tempo, uno strumento per il raggiungimento di tutti gli altri obiettivi dell'Agenda 2030.

(5) *Rule of Law Checklist*, Venice Commission CDL-AD(2016)007-e. Cfr. anche *Report on the Rule of Law*, Venice Commission, CDL-AD(2011)003rev. in <<https://www.coe.int/en/web/venice-commission/reports/-studies>> (ultimo accesso 27 settembre 2025).

(6) Sull'opportunità di tenere insieme il concetto di diritto e di *rule of law*, cfr. N. Simmonds, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford 2008. L'argomento contrario è che per comprendere la *rule of law* dobbiamo già possedere un concetto di diritto. J. Raz, *The Rule of law and Its Virtue*, in Id., *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, Oxford, 1979, 211. Per una panoramica delle posizioni cfr. J. Waldron, *The Rule of Law*, in E.N. Zalta & U. Nodelman (eds.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2023, in <<https://plato.stanford.edu/archives/fall2023/entries/rule-of-law/>> (ultimo accesso 27 settembre 2025). Waldron, comunque ha appoggiato il legame tra *rule of law* e concetto di diritto. Si veda J. Waldron, *The Concept and the Rule of Law*, NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 08-50 (September 24, 2008) in <<https://ssrn.com/abstract=1273005>> (ultimo accesso 27 settembre 2025).

(7) J. Waldron, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, in J. Meierhenrich & M. Loughlin (eds.), *The Cambridge Companion to the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2021, 121-136.

(8) G.J. Postema, *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022.

sociali, quando ad essi si vuole dare forma giuridica (9). È questo un problema che resta sullo sfondo, perché il nostro *focus* è comunque la dimensione nello Stato, ma spiega perché uso la locuzione anglofona.

Per comprendere appieno le implicazioni dell'inquadramento della certezza entro l'orizzonte della *rule of law* occorre premettere alcune riflessioni su quest'ultima che ne chiariscano lo statuto ed evitino letture fuorvianti. Una delle ragioni della difficoltà a definire compiutamente e una volta per tutte il significato della *rule of law* deriva dal fatto che si tratta di un concetto di scopo o aspirazionale da riferire alla pratica giuridica nel suo complesso (10). La natura aspirazionale si estende anche alle sue componenti e dunque alla certezza. Come ha recentemente scritto Julie Dickson, il diritto esiste contemporaneamente come pratica istituzionale e fatto sociale, da un lato, e come fenomeno normativo, che aspira a realizzare valori e che offre ragioni in tal senso, dall'altro (11). Una scienza giuridica accorta dovrebbe rendere giustizia a questa specifica dualità del diritto, che sostanzialmente collega una pratica al suo scopo (12). Le letture puramente descrittive del diritto ignorano la sua dimensione aspirazionale, mentre le letture ideologiche manipolano il diritto con valori esterni ad esso. Il compito dei giuristi invece è quello di articolare la *migliore versione possibile del diritto*, dove "migliore" è riferito al suo ideale regolativo (il diritto come dovrebbe essere può essere indicato come *rule of law*), mentre "possibile" riguarda le condizioni fattuali della sua esistenza (13).

In altre parole, la *rule of law* esprime la promessa che il diritto fa: quella di offrire protezione contro l'arbitrarietà nell'esercizio del potere (14), o in termini positivi, di stabilire un equo sistema di interdipendenza nel rispetto della dignità di tutti (15). Questa aspirazione, che può essere realizzata in modi diversi, soprattutto in considerazione dell'evoluzione delle pratiche giuridiche e delle istituzioni politiche e sociali, è quella che conferisce unità organica ad un principio multiforme (16). La natura aspirazionale esige che non solo le pratiche giuridiche e i diversi ruoli coinvolti debbano essere disegnati secondo la *rule of law*, ma altresì che i singoli comportamenti e le singole azioni debbano essere attuati in sua ottemperanza. In termini evolutivi e molto riasuntivi di un discorso che non può essere qui esplicitato, si può dire che diventare giuristi e giuriste significa sviluppare una sensibilità verso l'arbitrarietà del potere e impegnarsi a fare un uso temperato (17) dei poteri che il diritto regola (18).

(9) Nel diritto internazionale la definizione ricorrente del principio della *rule of law* include una pluralità di entità, anche non statali, e una pluralità di principi, tra cui c'è anche la certezza: "*a principle of governance in which all persons, institutions and entities, public and private, including the State itself, are accountable to laws that are publicly promulgated, equally enforced and independently adjudicated, and which are consistent with international human rights norms and standards. It requires, as well, measures to ensure adherence to the principles of supremacy of law, equality before the law, accountability to the law, fairness in the application of the law, separation of powers, participation in decision-making, legal certainty, avoidance of arbitrariness and procedural and legal transparency*". UN Doc. S/2004/616 (2004), para. 6.

(10) Siamo portati a pensare la pratica giuridica come un tutto unitario e uniforme, ma essa assume varie "forme": la legislazione, la contrattazione, la giurisdizione, la mediazione. È la tesi di Lon Fuller sviluppata da K. Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford & Portland, 2012.

(11) J. Dickson, *Elucidating Law*, Oxford University Press, Oxford, 2022, 87 (mia traduzione libera).

(12) Questa caratterizzazione appartiene alle concezioni del diritto come pratica sociale. Come è noto, l'idea di diritto come pratica sociale è stata introdotta in Italia, sulla scia del pensiero di R. Dworkin, da F. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990. Di recente v. F. Viola, *Diritto e ragion pratica. A colloquio con Enrico Caterini*, Napoli, Esi, 2025, 5-60.

(13) L. Lombardi Vallauri, *Corso di Filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1981, 179-180.

(14) G.J. Postema, *op. cit.*, *passim*.

(15) Si può dire che la *rule of law* esprime l'ideale proprio del diritto e una certa idea di società. F. Viola, *Il Rule of Law come idea di società*, in G. Acocella, *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, Giappichelli, 2020, 25-40.

(16) Cfr. I. Trujillo, *La multiformità della rule of law e il fattore umano*, Torino, Giappichelli, 2025.

(17) L'espressione è di M. Krygier, *What's the point of the rule of law*, in *Buffalo Law Review*, 2019, vol. 67, 3, 743-792.

(18) Anche le più sofisticate regole e istituzioni falliscono se chi le pratica non partecipa adeguatamente ad esse. Con altri colleghi e colleghi italiani e stranieri stiamo svolgendo una indagine sul fattore umano nella costruzione della *rule of law* finanziato dall'Unione europea – *Next Generation EU*, Missione 4 Componente 2 – dal titolo *The Virtues of the Rule of Law as an Institutional Ethos*. Non si tratta di rovesciare la dottrina classica della superiorità del governo della legge sul governo degli uomini, ma di comprendere che la realizzazione della *rule of law* come governo del diritto non dipende soltanto da un assetto di meccanismi e di procedure ben congegnate. Sulle basi filosofiche del tema v. I. Trujillo, *The complementarity between the virtue of law (the rule of law) and the legal virtues*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2024, 53, 1-18, in <<https://www.boomportaal.nl/tijdschrift/NJLP/NJLP-D-23-00002>>.

Oltre ad essere multiforme, la *rule of law* è integrata da elementi diversi, tutti necessari. Il senso della *checklist* è infatti quello di essere una lista di controllo da spuntare, e non un elenco dal quale prendere alcuni elementi e trascurarne altri a piacimento. Eppure, non sono soddisfacenti le letture anatomiche del principio, cioè quelle che lo identificano con la mera presenza di alcuni o di tutti i requisiti delle liste. Vale, invece, la lettura teleologica o fisiologica (19), cioè quella che risulta dalla verifica che quei requisiti effettivamente producano il risultato atteso (20). Questo significa che il giudizio sul rispetto della *rule of law* in questo o quel sistema, ma anche la riflessione su come implementarlo volta per volta non possono che essere fondati su una valutazione di sistema, complessa, e sempre provvisoria sull'efficacia dei mezzi rispetto al fine. Tutto ciò si applica anche alla certezza, che non dipende dall'esistenza di un assetto di meccanismi o procedure, ma si costruisce attraverso processi e azioni specifiche e non può essere certificata una volta per tutte (21). Più che parlare di certezza come proprietà del diritto in senso statico, bisogna parlare di certezza in senso dinamico, come processi di accertamento del diritto.

Come ultima caratteristica occorre enfatizzare la corallità o il carattere cooperativo, contro le letture solipsistiche secondo le quali di volta in volta qualcuno si erge a garante supremo della *rule of law*. Nella sua implementazione – e ciò vale per la certezza – è in gioco la riuscita delle pratiche giuridiche e ciò non può che essere il risultato della convergenza del lavoro di una pluralità di attori.

Contro un diritto che appare maggiormente liquido e imprevedibile (22), la certezza del diritto si ottiene nella forma di isole nella corrente, secondo la bella immagine di Michele Taruffo (23). Dobbiamo però esaminare la natura dei sedimenti che producono tali isole e da dove provengono. Quello della corallità è l'aspetto su cui mi soffermerò in questa parte della relazione. Nella seconda parte mi occuperò dell'altra faccia della medaglia, la specificità del contributo della magistratura.

### 2.1. Le condizioni della certezza

Secondo la *Venice Commission* il diritto è certo quando le regole comuni sono chiare, facilmente conoscibili, praticabili, coerenti tra loro, stabili nel tempo, ma anche sufficientemente generali e non discriminatorie (e ciò evidentemente non tanto per il principio della certezza, ma per quello dell'eguaglianza, perché questi principi camminano insieme). A tal fine, sono necessarie varie condizioni: l'accessibilità della legislazione nei termini descritti di chiarezza, conoscibilità, coerenza, ma anche l'accesso alle corti, in ragione del fatto che esse contribuiscono a rendere certa e stabile la normazione. L'accesso alle corti deve essere dunque possibile a chiunque, con tempi e costi ragionevoli. La certezza richiede anche che le decisioni delle corti siano fondate su motivazioni anch'esse chiare, comprensibili, rese note, e che possano essere contestate fino alla *res iudicata*. La *Venice Commission* spiega che la certezza si riscontra quando dalle leggi e dalle decisioni delle corti si possono ricavare indicazioni chiare sui comportamenti dovuti, sicché i cittadini possono ragionevolmente prevedere e anticipa-

(19) Questa è peraltro l'unica idonea a garantire allo stesso tempo la sua unità intellegibile e la sua adattabilità ai diversi contesti. L'immagine dell'anatomia è presa da L.L. Fuller, *The Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968. L'approccio anatomico è stato criticato da Krygier nei suoi importanti scritti sulla *rule of law*. Vedi per esempio, M. Krygier, *The Rule of Law: Past, Presents and Two Possible Futures*, in *Annual Review of Law and Social Science*, 2016, vol. 12, 1, 199-229.

(20) V. per esempio, W. Chen, H. Fu (eds.), *Authoritarian Legality in Asia: Formation, Development and Transition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020. I curatori, nell'introduzione (*Authoritarian Legality, the Rule of Law, and Democracy*, 1-14), propongono di distinguere tra *legality* e *rule of law*, definendo *legality* e non *rule of law* la presenza di parziali elementi della *rule of law* nei regimi autoritari.

(21) Non è un caso che nel contesto degli sforzi per implementare la *rule of law*, le organizzazioni internazionali usino indici o indicatori per misurarne la riuscita, che sono sempre in aggiornamento. Cfr. *World Justice Project Rule of Law Index* in <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2024>>. E anche in <<https://rolhr.undp.org/annualreport/2022/thematic-focus/global-focal-point-for-the-rule-of-law.html>> e in <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/2019/10/strengthening-and-coordinating-rule-of-law-activities/>> (ultimo accesso 27 settembre 2025).

(22) G. Canzio, *Nomofilachia, dialogo tra le corti e diritti fondamentali*, in *Foro it.*, 2017, V, 69-74.

(23) M. Taruffo, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia. Annuario di scienze penalistiche*, Pisa, Edizioni ETS, 2015, 37-57.

re le conseguenze delle proprie azioni (24). Inoltre, la certezza richiede anche che il diritto vigente sia ragionevolmente stabile e coerente e vengano rispettate le legittime aspettative dei cittadini. Infine, alla certezza concorre la retroattività limitata al *favor rei* e i principi del *nullum crimine sine lege* e del *ne bis in idem*.

Questo quadro proposto dalla *Venice Commission*, all'apparenza complesso e anche eterogeneo, è reso intellegibile, da un lato, dallo scopo in cui la certezza consiste, cioè una ragionevole stabilità e prevedibilità della normazione comune, che è il principale beneficio che la certezza apporta alla lotta contro l'arbitrarietà all'interno della cornice della *rule of law*. D'altro lato, l'eterogeneità delle esigenze della certezza può essere ricondotta ed esaminata in base ai ruoli giocati dai diversi attori coinvolti. Nel quadro descritto emergono esplicitamente legislatori e giudici, ma implicitamente anche i cittadini.

## 2.2. Gli attori della certezza

Sul ruolo dei legislatori e sulle trasformazioni e le sfide che lo investono non mi soffermerò per ragioni di tempo e di materia. È bene però ricordare la difficoltà del loro compito per due ordini di ragioni, esogene ed endogene. Tra le ragioni esogene si possono elencare quelle che derivano dalla crisi del sistema della rappresentanza politica, dalla polarizzazione sociale, dalle interdipendenze crescenti a livello globale, circostanza che potrebbe addirittura arrivare a mettere in crisi persino il principio democratico (25). Tra le difficoltà endogene, si conta principalmente l'evoluzione in senso costituzionale e sovranazionale degli ordinamenti giuridici. È in quest'ultimo contesto quello in cui è emerso l'esigenza di un contributo significativo della giurisdizione nel compito di rendere certa la normazione. Il giudice "irrompe" (26) nel diritto contemporaneo sia perché in un sistema frammentato e multilivello è la giurisdizione a risolvere le antinomie tra l'ordinamento interno, unionale e convenzionale e dunque a garantire l'unità dell'ordinamento, sia perché il processo di costituzionalizzazione introduce negli ordinamenti principi (diritti, valori e criteri di giustizia) che diventano il fondamento di tutte le altre norme e delle azioni secondo diritto. Come è ormai notissimo, questi principi devono essere bilanciati da tutti gli attori, sicuramente dai legislatori. Il loro bilanciamento deve essere messo alla prova dei casi concreti ad opera della magistratura, che deve verificarne la loro corrispondenza con il dettato costituzionale (27).

Forzando un po' il testo, la *Venice Commission* sembra distinguere due compiti diversi per la magistratura a proposito della certezza: si parla di accesso alle corti, da distinguere dall'accesso alla giustizia, che è un altro dei cinque principi della *rule of law*. Nell'illustrare le condizioni per quest'ultimo principio si elencano l'indipendenza e l'imparzialità dei giudici, come anche le regole del giusto processo e i sistemi di revisione costituzionale: si tratta, cioè della giustizia del caso concreto. L'accesso alle corti sembra invece riguardare il contributo che la giurisdizione dà alla certezza della normazione comune, principalmente, attraverso motivazioni chiare, comprensibili, note, che si possono contestare fino ad un certo punto. Due acquisizioni: si può ritenere definitivamente tramontata l'idea che a garantire la certezza sia solo il legislatore con la sua chiarezza e razionalità (28); le corti contribuiscono alla certezza attraverso le motivazioni delle decisioni.

(24) G. Gometz, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, Giappichelli, 2005.

(25) Si pensi al cosiddetto *Brussels Effect*: in che modo uno Stato o un gruppo di Stati, sia pure seguendo procedure democratiche, può stabilire unilateralmente le regole che determinano il futuro di cittadini di Stati terzi? A. Bradford, *The Brussels Effect: How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, New York, 2020.

(26) Cfr. M.R. Ferrarese, *Nomofilachia ed evoluzione giuridica. Corti supreme, legalità e riassetamenti post-globalizzazione*, in *Questione Giustizia*, 2021, 1, 114-120.

(27) Rinvio al bel contributo di E. Scoditti, *I nodi del Costituzionalismo contemporaneo e la sfida per l'Associazione Nazionale Magistrati*, in *Questione giustizia*, 2024, 1-2, 295-302.

(28) Questo presupposto della cultura della codificazione è uno dei punti in cui si vede meglio il cambiamento di paradigma giuridico introdotto dalla costituzionalizzazione. Nel vecchio, il legislatore produceva certezza con una legislazione chiara, nota, razionale, priva di antinomie e lacune, mentre il giudice introduceva incertezza con il giudizio del caso concreto. Quest'ultimo dunque doveva essere controllato attraverso il processo.

Tuttavia, è importante notare che non è mai il giudice preso singolarmente a garantire la certezza, né nel caso concreto, né sul piano della normazione comune. Nel primo caso, perché sono possibili diversi gradi di giudizio. Nel secondo caso, perché la funzione nomofilattica – della Corte di cassazione e degli organi di vertice della Corte dei conti e del Consiglio di Stato di cui qui si discute in questo convegno – opera sulle decisioni di altri giudici (29). Per essere corretti, ad irrompere nel diritto contemporaneo non è il giudice, ma sono i giudici, nei diversi gradi e nelle diverse funzioni della giurisdizione (30). Anche questo definisce la prospettiva: il contributo della giurisdizione alla certezza va valutato come esito di un compito collettivo e peraltro diversificato al suo interno.

Nella linea della corallità nella costruzione della certezza occorre notare però che, oltre a legislatori-regolatori e giudici, gioca un ruolo anche il cittadino attivo quando ricorre alle corti per affermare un suo diritto o interesse, ottenendo che la normazione comune e le sue ambiguità siano via via precisate e adeguate alla realtà sociale. In un suo scritto sulla certezza, Roberto Bin qualifica questo contributo delle parti nei termini di “difesa «egoistica» dei propri diritti” (31). Ma si tratta piuttosto di un aspetto del principio della domanda, tramite il quale la realtà umana e sociale concreta interroga il diritto. Da questo punto di vista, la certezza si misura pure in termini di accettabilità sociale delle decisioni (32). In quest’ottica, non si può non richiamare l’importanza del ruolo dell’avvocato, consulente della parte nel determinare l’interesse da rivendicare e il modo di farlo. Il padre della *rule of law* nella filosofia del diritto del Novecento, Lon Fuller, sostiene che la giurisdizione realizza una peculiare forma di partecipazione alla decisione da parte degli interessati nel conflitto (33). La partecipazione delle parti si esplica in modo consona alla natura dell’attività giurisdizionale in particolare e delle pratiche giuridiche in generale, cioè mediante argomentazioni. Si tratta di una partecipazione, dunque, molto diversa da quella politica e democratica, che si fonda sul voto e decide a maggioranza. Ma si tratta di una partecipazione più incisiva, in quanto concorre ad ampliare le ragioni rilevanti per il diritto e allo stesso tempo a contestualizzare le ragioni del diritto. Le parti, attraverso i propri avvocati, producono ragioni per interpretare in un certo modo i fatti e il diritto che li riguarda. Parte importante del processo di accertamento del diritto ad opera della giurisdizione consiste nel sapere ascoltare queste ragioni e nel sapere dare risposte adeguate alle esigenze sollevate. Qui la certezza del diritto può incontrare la certezza soggettiva della parte, anche quella soccombente. Idealizzando un poco, forse la decisione non è a suo favore, ma se le ragioni della parte soccombente sono state seriamente e adeguatamente prese in considerazione, si può arrivare ad avere la certezza che la decisione sia corretta secondo diritto. È comunque sicuro che il contributo del giudice alla certezza sta tutto nelle ragioni delle sue decisioni.

### 2.3. Limiti della certezza

Prima di approfondire la specificità del contributo giurisdizionale, però, è importante esplicitare due ragioni che sostengono l’opportunità di leggere il principio della certezza nella cornice della *rule of law*. Declinare il contrasto all’arbitrarietà esclusivamente in termini di prevedibilità è riduttivo per una ragione di struttura e per una ragione di sostanza. Da un lato, paradossalmente, se il problema della certezza del diritto fosse solo e soltanto la prevedibilità, bisognerebbe fare a meno del giudizio (giuris)prudenziale, che è necessario precisamente

(29) Addirittura, essa consisterebbe nella “correzione degli errori di diritto, sostanziale e processuale, già compiuti dai giudici inferiori” (enfasi nel testo). M. Taruffo, *op. cit.*, 43. Non sono sicura che si tratti di errori.

(30) Sulla domanda se le varie giurisdizioni costituiscano un problema per la certezza v. E. Follieri, *Nomofilachia e certezza del diritto, con particolare riferimento al Consiglio di Stato*, in *Ars Interpretandi*, 2015, 2, 103-118.

(31) R. Bin, *Certezza del diritto e legalità costituzionale*, in *Specula Iuris*, 2023, vol. 2, 2, 256.

(32) Negli anni Ottanta in una breve voce di enciclopedia sul principio della certezza del diritto Letizia Gianformaggio già segnalava due condizioni della certezza: il controllo delle decisioni attraverso le regole dell’argomentazione e l’accettabilità sociale delle decisioni. Oggi il testo è pubblicato come L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, in Id., *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di V. Velluzzi, E. Diciotti, Torino, Giappichelli, 2008, 81-87. Non è da nascondere che il legame tra certezza e accettabilità sociale appaia per certi versi paradossale. Sicuramente sono principi in tensione che devono trovare un equilibrio nella lotta contro l’arbitrarietà.

(33) L.L. Fuller, W. Kenneth, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 1978, vol. 92, 2, 353-409.



perché i casi concreti richiedono un aggiustamento rispetto alla regola generale e talvolta addirittura un discostamento da essa (34). In realtà, ogni applicazione delle regole, anche quella che avviene nella forma di autoapplicazione, richiede un giudizio individualizzato e circostanziato (35). L'alternativa di seguire in modo inflessibile le regole generali non è praticabile perché anche l'inflessibilità produce arbitrarietà, come quando si fa ricorso al cosiddetto sciopero bianco e l'applicazione rigorosa delle regole a presidio di un'attività produce il risultato di bloccarla (36). La certezza che il diritto mira a garantire non può che essere ottenuta attraverso la combinazione di una normazione comune – alla cui stabilizzazione concorrono anche le corti – e i giudizi sui casi concreti, che – sebbene sembrino causa di incertezza (37) rispetto a regole generali flessibili e ineludibilmente indeterminate – sono anche mezzo per fare emergere le ragioni del diritto nel modo prima indicato.

D'altro lato, la certezza come prevedibilità va inserita all'interno del quadro della *rule of law* e non ritenuta un valore assoluto per una seconda ragione, di carattere sostanziale. La prevedibilità è volta ad assicurare soprattutto la libertà individuale. Si tratta di garantire al soggetto la possibilità di pianificare liberamente e senza ostacoli la propria esistenza e attività. Ma il diritto non mira solo a tutelare la libertà delle persone, ma a rendere equa la loro condizione di interdipendenza. L'arbitrarietà, infatti, non si presenta solo nella forma di interferenze dei poteri pubblici o di altri soggetti nella libertà altrui, ma può derivare altresì dalle disuguaglianze di potere, sociali, posizionali (38). Anche le disuguaglianze e le discriminazioni ingiustificate sono portatrici di arbitrarietà perché possono tradursi in forme di subordinazione e dominazione. Ecco perché nella lotta contro l'arbitrarietà, accanto al principio della certezza, stanno il principio di eguaglianza e dell'accesso alla giustizia, insieme al controllo dell'abuso di potere. Nell'ottica della *rule of law*, non è la libertà il limite all'eguaglianza né, viceversa, l'eguaglianza il limite della libertà, ma è l'arbitrarietà ad essere nemica di una e dell'altra, cioè degli impedimenti ingiustificati alla libertà delle persone e dei trattamenti discriminatori (39).

Possiamo però già ricavare una prima conclusione provvisoria. La certezza non è una semplice proprietà del diritto, ma un suo elemento strutturale insieme ad altri. Essa si comprende solo guardando all'intera struttura. Da sola non è sufficiente a giustificare il diritto.

La vera domanda continua ad essere come le componenti della *rule of law* – i principi di legalità, certezza, prevenzione dell'abuso di potere, accesso alla giustizia, eguaglianza – possano essere coniugati insieme. Cercherò una possibile risposta attraverso la riflessione sulla specificità della giurisdizione. Tre sono i caratteri strutturali del ruolo del giudice: la natura argomentativa della decisione giurisdizionale di cui in parte si è detto, il carattere vincolato della decisione – che rappresenta il rapporto con il principio di legalità – e il primato del caso o grammatica della terzietà. Tratterò degli ultimi due, facendo vedere che il primo è la chiave.

### 3. La specificità della decisione giurisdizionale

La decisione giudiziale è classicamente studiata all'interno della problematica delle forme di ragionamento. Ci si interroga su quale tipologia ne rappresenti correttamente la metodologia (40). In questa letteratura risulta quasi sempre negletta la dimensione collegiale e collettiva, che invece è cruciale nella prospettiva di una pratica

(34) Non sono comunque credibili i resoconti “passivi” della decisione del giudice. Tuttavia, si può dire che il giudice partecipa, nei termini descritti alla produzione del diritto per il caso concreto. Questa operazione peraltro introduce una esigenza di verifica, nei gradi successivi, ma anche da parte dell'opinione pubblica.

(35) J. Waldron, *The Rule of Law as an Essentially Contested Concept*, cit., 121-136.

(36) G.J. Postema, *op. cit.*, 84-85.

(37) Cfr. L. Lombardi Vallauri, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 1998, 3, 155-164.

(38) Per questo va segnalato il limite delle letture cosiddette “liberistiche” della *rule of law*, cioè quelle che declinano l'arbitrarietà esclusivamente in termini di violazione della libertà personale o dei diritti legati al patrimonio. Non si può invece negare la portata “liberale” della *rule of law*.

(39) Cfr. I. Trujillo, *The Legal Balance between Liberty and Equality*, in *Annals Belgrade Law Review*, 2021, vol. 69, 3, 675-689.

(40) Al di là della questione se si tratti di un'indagine descrittiva o prescrittiva (cioè, se riguardi come i giudici operino o come debbano operare), classica distinzione analitica inutile.



giuridica guidata dalla *rule of law*. Ad essere dominante è invece un approccio non solo individuale ma addirittura “mentale”. Le teorie dell’argomentazione (41), oggi prevalenti anche rispetto a quelle che avevano giustamente insistito sulla problematicità dell’interpretazione, come l’ermeneutica giuridica (42), descrivono la funzione giudiziale nei termini di un’attività argomentativa, e dunque mettono subito a tema la dimensione dialogica e delle ragioni. Perfino quando si delibera da soli il movimento del pensiero è dialogico perché gli argomenti si confrontano e si verificano, si scartano, si provano. Ancora di più questo si applica alla decisione giudiziale, che avviene in un contesto istituzionalizzato, cioè nel processo. Se nel vecchio paradigma della certezza quest’ultimo era inteso come uno strumento per il controllo della decisione giudiziale che poteva garantire certezza solo quanto alla sua struttura ma non quanto alla soluzione (43), oggi il processo è passato ad essere una struttura deliberativa costruita in modo tale da rendere possibile il confronto tra argomenti. Questa idea di processo come struttura deliberativa è stata potenziata dall’estensione del principio del contraddittorio alle diverse fasi della deliberazione (44) ed è consonante con quanto si è sostenuto sul carattere cooperativo della decisione giurisdizionale.

### 3.1. *Il vincolo del giudice alla legge e al diritto*

Sulle tipologie di ragionamento le posizioni in campo sono due. Da un lato, abbiamo la tesi secondo cui l’argomentazione giudiziale segue lo schema del ragionamento deduttivo o sillogistico. Questo modello concentra tutta la sua forza sul problema della qualificazione giuridica del fatto concreto, alla luce di disposizioni generali. Dall’inquadramento del caso concreto grazie alla sussunzione, deriverebbero necessariamente conseguenze normative da applicare al caso concreto. Uso il condizionale perché ognuno di questi passaggi – l’interpretazione delle disposizioni, la formazione della premessa maggiore, la ricostruzione del caso, la sussunzione, la conclusione vera e propria – richiedono argomentazioni idonee, oltre che verifiche continue. Tra le altre critiche, alla dottrina del sillogismo è stata contestata l’esclusione delle giustificazioni normativa e probatoria (45), che invece fanno emergere come il ragionamento sillogistico sia in realtà costituito da argomentazioni stratificate (46).

Ma il vero portato del ragionamento sillogistico – che va conservato per non buttare il bambino con l’acqua sporca – è il carattere vincolato della decisione giudiziale: il giudice decide il caso secondo diritto. In questa linea andrebbe inteso anche il primato della lettera, come un punto di convergenza nella pluralità delle posizioni (47).

Nel dibattito metodologico il carattere vincolato ha portato alcuni a notare che pure il ragionamento per precedenti segue lo schema della deduzione (48), una volta ricavata la regola a partire dalle ragioni della decisione precedente (49). Dunque, tra il *common law* e il *civil law* non ci sarebbe sostanziale differenza quanto al ragionamento da svolgere. La vera differenza starebbe nel sistema delle fonti: la consuetudine giurisprudenziale nel primo caso, la legge parlamentare nel secondo (se ancora possiamo semplificare così). Si tratterebbe però di una

(41) R. Alexy, *Teoria dell’argomentazione giuridica* (1978), Giuffrè, Milano, 1998 e M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

(42) Tipico delle concezioni ermeneutiche. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999.

(43) Cfr. S. Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2002.

(44) F. Viola, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars Interpretandi*, 2018, vol. 7, 1, 13-28.

(45) Una sintesi in M. Atienza, *op. cit.*, 39-42.

(46) L’ermeneutica sostiene inoltre che la corrispondenza tra fattispecie astratta e concreta può essere fatta solo attraverso congetture da mettere alla prova con il caso e le sue caratteristiche, in un processo circolare che viene chiamato circolo ermeneutico e non certamente un calcolo logico. Cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione*, cit., 232-237.

(47) Cfr. da ultimo la problematica in N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020.

(48) F. Schauer, *Thinking like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge-London, 2009, 90.

(49) In realtà ci sono almeno quattro teorie sul precedente: la tesi del *laying down rules*, della *ratio decidendi*, del *rationale*, dei principi. Cfr. G. Lamond, *Precedent and Analogy in Legal Reasoning*, in E.N. Zalta (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2006 in <<http://plato.stanford.edu/archives/sum2006/entries/legal-reas-prec>> (ultimo accesso 30 settembre 2025).

differenza di tipo quantitativo: la regola ricavata da un precedente sarà sempre molto meno generale e astratta rispetto ad una legge parlamentare o ad una direttiva unionale o regolamentare.

Eppure, già negli anni 70 si sosteneva che il rapporto tra fattispecie astratta e concreta non fosse costruito sulla logica dell'identità, ma sulla logica delle somiglianze e le differenze (50). In quest'ottica, la sussunzione non è ineluttabile nemmeno nei casi più chiari, come spesso si pensa, ma deve essere adeguatamente giustificata (51). Sia nel ragionamento in cui si lavora su previsione astratta e fatto della vita, sia in quello in cui si lavora su due casi, cioè nel ragionamento costruito su precedenti, si può rilevare al più una sufficiente somiglianza, anzi, una corrispondenza di elementi rilevanti dal punto di vista dello scopo delle norme, corrispondenza che comunque deve essere sempre giustificata. Se è così, le vere *skills* che servono ai giudici sono la capacità di percepire la rilevanza giuridica delle caratteristiche dei casi e soprattutto la capacità di argomentare su somiglianze e differenze (52). Ciò in attuazione del principio di eguaglianza – trattare casi eguali in modo eguale e casi diversi in modo diverso –, principio che struttura la decisione giurisdizionale insieme al primato delle regole e che viene presidiato dall'imparzialità (53).

Una conferma indiretta della natura vincolata della decisione giudiziale viene dalla perplessità condivisa sia nel *civil law*, sia nel *common law* rispetto ai procedimenti analogici di integrazione (54). La ragione scaturisce precisamente dalla convinzione che la regola debba precedere sempre la sua applicazione al caso concreto, secondo la *rule of law* (55). Il principio di legalità opera anche negli ordinamenti in cui i precedenti sono fonti del diritto. Si sostiene – e questo vale sempre in materia di precedenti, che siano fonti di produzione o di cognizione – che un precedente abbia bisogno di almeno due giudici. Il giudice dell'*instant case* deve sempre decidere per le parti in gioco sulla base di regole date. È invece il giudice del caso successivo a guardare indietro e trovare una regola nel, o attraverso il, precedente giudiziale. Sia nel *common law*, sia nel *civil law*, dunque, un carattere strutturale della decisione giudiziale è il suo essere vincolata alle regole. Non perché le regole siano precostituite, ma perché è compito del giudice cercare e trovare le regole a cui è vincolato (56).

Una prima acquisizione metodologica è dunque questa: sia nei sistemi a prevalenza legislativa, sia in quelli in cui la consuetudine giurisprudenziale è fonte del diritto, la decisione giudiziale intenzionalmente innovatrice di regole generali solleva sospetti o per lo meno si colloca problematicamente nell'orizzonte della giurisdizione. In questo senso, i discorsi sulla supplenza del giudice rispetto al legislatore fanno insorgere perplessità dal punto

(50) Tra gli altri, E.H. Levi, *An Introduction to Legal Reasoning* (1941-48), Chicago, The University of Chicago Press, 1962 e N. Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

(51) Fattispecie astratta e quella concreta sono cose diverse – la prima è un modello astratto di azione, la seconda è un caso della vita reale. La tesi è illustrata in K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico* (1968), Giuffrè, Milano, 1970.

(52) Perciò si dice che il precedente vale solo se non si opera un *distinguishing*. Di recente, della capacità di percepire la rilevanza giuridica, si è occupato C. Michelon, *Legalità e percezione della rilevanza giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2022, vol. 11, 1, 33-51.

(53) La decisione del caso concreto mantiene, attraverso l'imparzialità, una tensione con l'eguaglianza. Da un lato, ciò è ovvio se si considera che l'eguaglianza della generalità della legge è il terreno dove nasce la decisione; dall'altro, la decisione diviene, per effetto della attività giurisdizionale, un elemento della "storia degli effetti" della legge stessa e in futuro potrà avere valore per casi simili. Cfr. le osservazioni in proposito di L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 12-16.

(54) Invece, la questione dell'analogia, secondo alcuni, è un altro capitolo della lunga storia dei giuristi e giudici impegnati nel negare il grado di creatività e di "*law-making*" che pervade l'attività dei giudici, che invece dovrebbe essere solo "*decision-making*". F. Schauer, *op. cit.*, 100. Della stessa idea J. Raz, *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, 202. Nella tradizione del *common law* si suole dire che, mentre il precedente è obbligatorio, essendo la decisione giudiziale fonte del diritto, l'analogia non lo è. J. Gardner, *Some Types of Law*, in D.E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, 71. Talvolta si sostiene, inoltre, che l'obiettivo che si propone chi usa l'analogia è quello di cambiare il diritto, mentre quello di chi usa il precedente è di mantenerlo stabile. G. Lamond, *Precedent*, in *Philosophy Compass*, 2007, vol. 2, 5, 699-711.

(55) G. Lamond, *Precedent and Analogy*, cit.

(56) Ciò non elimina in alcun modo la complessità della ricerca della regola da applicare al caso. L'ermeneutica giuridica, per esempio, ha parlato delle leggi come prodotti semilavorati, che i giudici contribuiscono a determinare. Già F. Carnelutti sosteneva che "Il giudice deve completare la legge, il «prodotto semilavorato» col «giudizio», l'autentica scienza del diritto, di cui il giudice è il «Cireneo», perché *de-cidere* è tagliare per mezzo, per dare *unicuique suum*" (F. Carnelutti, *Arte del diritto*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VIII, Giuffrè, Milano, 1958, 130).

di vista della *rule of law*, che piuttosto richiede la collaborazione tra ruoli diversi, ciascuno secondo il proprio tenore. Questo discorso è confermato dall'attività nomofilattica. Le corti competenti operano sulle decisioni degli altri giudici, precisando e rendendo più certo il vincolo al diritto che tutti i giudici hanno. Nondimeno, la finalità dell'attività nomofilattica non è quella di stabilire una generica uniformità di trattamento, ma l'omogeneità di soluzioni per casi simili (57), confermandosi così le due coordinate dell'attività giurisdizionale, il principio di legalità nei termini di primato delle regole e il principio di eguaglianza.

### 3.2. La centralità del caso concreto e la grammatica del terzo

Il rapporto tra la regola e il caso può essere inteso in vari modi. Si può pensare che la regola sia precostituita in tutti i suoi elementi al caso concreto. Oppure si può pensare che la regola si vada determinando grazie e attraverso i casi. Il primo è stato il portato dell'ideale della modernità giuridica. Il secondo è espressione di uno dei caratteri del diritto contemporaneo, che vede la centralità del giudice come contraltare della centralità del caso (58). Ma questa centralità del caso è anche un suo vincolo funzionale. Ciò distingue la posizione del giudice rispetto a quella del legislatore. La legislazione è policentrica mentre la giurisdizione è bipolare (59).

Ma né la centralità del caso concreto né la bipolarità degli effetti della decisione descrivono bene la posizione del giudice, che è quella di terzo rispetto ad una lite, ad una controversia, ad un conflitto (60). Il caso concreto è infatti anche l'oggetto dell'autoapplicazione e dell'applicazione amministrativa e non solo della decisione giurisdizionale (61). Quella giudiziale è decisione bipolare ma dalla posizione di terzietà. A differenza dell'imparzialità, che è carattere strutturale del giudizio (62), la terzietà è un concetto di relazione che indica la posizione del giudice rispetto alle parti (63). Da questo punto di vista, è lecito sollevare un problema a proposito della nomofilachia, e cioè se, e fino a che punto, le corti di vertice – sia pure operando sulle decisioni di altri giudici – si allontanino dalla specifica struttura della decisione giudiziale. Se è vero che il loro operato è perfettamente collocato nell'orizzonte della *rule of law*, tanto più che esso mira a rafforzare e chiarire il vincolo giuridico che tutti i giudici hanno, è pure vero che più ci si allontana dalla bipolarità e terzietà rispetto alle parti del caso concreto, più forte emerge l'esigenza di una legittimazione ulteriore (64). In altre parole, più incisivo è l'influsso delle corti sulle regole comuni, più problematica è la loro legittimità. Si tratta di un punto di frizione – ce ne sono e ce ne saranno molti altri – nel difficile equilibrio richiesto per la realizzazione della *rule of law*. Ovviamente, ciò non significa che l'azione di uniformare le interpretazioni non sia legittima e addirittura necessaria. Ma nello svolgimento di questi compiti bisogna essere consapevoli della peculiarità della funzione e dunque rendere massimo lo sforzo per mantenerla entro i suoi limiti. Nel quadro di un diritto che mira alla limitazione dell'arbitrarietà, tra altre misure, il *self-restraint* è sempre una buona regola in vista della prevenzione dell'abuso o dell'uso distorto del potere anche legittimo (65), che abbiamo visto stare insieme al principio di le-

(57) E. Follieri, *op. cit.*, 103.

(58) Questo è uno dei punti qualificanti la prospettiva ermeneutica a partire da J. Hruschka, *La costituzione del caso giuridico. Il rapporto tra accertamento fattuale e applicazione giuridica* (1965), Bologna, il Mulino, 2009. Si veda F. Viola, *La legalità del caso*, in Aa.Vv., *La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, t. I, Napoli, Esi, 2007. Cfr. anche T. Gazzolo, *Il caso giuridico. Una ricostruzione giusfilosofica*, Torino, Giappichelli, 2018.

(59) L.L. Fuller, W. Kenneth, *The Forms and Limits of Adjudication*, cit.

(60) Riferimento obbligato è A. Kojève, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, Jaca Book, 1989, che vede il diritto strutturalmente caratterizzato dalla terzietà. Cfr. F. Viola, *Il terzo necessario*, in C. Danani, D. Pagliacci, S. Pierosara (a cura di), *Nel segno della cura del bene. Scritti in onore di Luigi Alici*, EUM, Macerata, 2022, 447-456.

(61) Sulla differenza tra questi fenomeni e sulla specificità dell'autoapplicazione cfr. J. Waldron, *Self-Application*, in Id., *Thoughtfulness and the Rule of Law*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 2023, 96-119.

(62) Rinvio a I. Trujillo, *Imparzialità*, Torino, Giappichelli, 2003.

(63) Cfr. A. Kojève, *op. cit.* (1982).

(64) Per i giudici delle giurisdizioni statali l'obbligo di rispettare la legge non è solo un obbligo giuridico, ma anche politico: è deferenza per la politica e per la democrazia. Cfr. F. Vari, *Considerazioni critiche contro il diritto giurisprudenziale*, in *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*, 2025, 1-7.

(65) Cfr. quanto sostenuto da G. Silvestri, *Abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in <www.rivistaaic.it>, 17 giugno 2016.

galità, alla certezza della normazione comune, al principio di eguaglianza e all'accesso alla giustizia nella tradizione europea della *rule of law*.

In questa direzione, la collegialità delle corti di vertice è un presidio cruciale e richiama la questione dell'argomentazione. A differenza del confronto politico, la decisione collegiale di un organo giudicante non riguarda schieramenti o preferenze ma ragioni (66). Sebbene il ricorso ai voti e la formazione di maggioranze e minoranze nelle fasi finali ricordi il procedere delle assemblee politiche, la decisione giudiziale collegiale non può che essere preceduta e sostenuta da argomentazioni, discussioni, dal confronto tra opinioni ben istruite, che trovano una composizione che risultano essere la decisione dell'organo, e non di questa o quella maggioranza. Ne è prova che si ascoltano tutte le opinioni e secondo un determinato ordine in cui chi ha più autorità parla per ultimo. A differenza del processo, tra i membri del collegio non ci può essere competizione, ma cooperazione. La finalità della deliberazione non è quella di vincere o di eliminare le posizioni dissenzienti, perché si può decidere a maggioranza e addirittura in alcuni sistemi si rende noto il parere dissenziente. Non è nemmeno quella di gestire un conflitto interno al collegio, anche quando sono in gioco questioni di fondo. Il compito dei giudici è sintetizzato nel decidere secondo diritto e dunque l'argomentazione giudiziale ha natura epistemica, anche se trattandosi di una scienza pratica, per sua natura problematica e pluralistica (67), si può decidere a maggioranza e addirittura in alcuni sistemi si rende noto il parere dissenziente senza pregiudizio per la decisione. La verità teoretica tende ad essere irrefutabile, una volta raggiunta, ed elimina tutte le ipotesi che fino a quel momento erano alternative. Si tratta invece di determinare il corso di azione che si dovrà seguire, in risposta alla domanda su cosa è corretto fare qui ed ora. Per formarsi un giudizio accurato sul caso, oltre alle competenze necessarie, si richiede autonomia intellettuale, coraggio per sapere affrontare il rischio di difendere la propria opinione nel confronto con gli altri, soprattutto, per i giovani, nel confronto con chi ha maggiore esperienza, ma la collegialità non funzionerebbe senza la curiosità intellettuale e la disponibilità ad imparare dagli argomenti altrui e addirittura a farsi convincere da essi. Nell'ultimo convegno dell'Associazione nazionale magistrati si è parlato dell'indipendenza da sé come di una fondamentale qualità intellettuale dei giudici.

Vi è un problema di sfondo ulteriore, che propongo in punta di piedi e mi limito a segnalare. Si tratta della possibilità di intendere la giurisdizione come un potere vero e proprio (68), tale da costituire una garanzia rispetto agli altri poteri nel modo in cui un potere frena un altro, oppure se la giurisdizione abbia una natura *sui generis*. I giudici sono certamente custodi dell'ordine costituzionale, ma prima ancora sono custodi del diritto come forma di convivenza civile attraverso la tutela dei diritti delle persone.

#### 4. Conclusione. La certezza delle ragioni

Implementare la *rule of law* è una questione di risultato e non di mezzi, e ciò vale anche per la certezza del diritto. L'evoluzione delle pratiche giuridiche contemporanee richiede che i giudici e le giurisdizioni cooperino con gli altri attori in campo alla correttezza dell'attuazione delle prescrizioni costituzionali in considerazione delle domande sociali che volta per volta si trovano ad affrontare. La lotta contro l'arbitrarietà richiede a ciascuno degli attori coinvolti di combinare in modo sapiente i cinque principi della *rule of law*, il principio di legalità, la certezza del diritto, il principio di eguaglianza, l'accesso alla giustizia e la prevenzione dell'abuso di potere. L'attività giurisdizionale è stata descritta come attività argomentativa vincolata al diritto vigente, strutturata in processi dialogici e partecipati, guidata dall'esigenza di dare risposta a conflitti di vario tipo da una posizione di terzietà, anche in considerazione dell'evoluzione dei casi della vita, e innervata dal principio di eguaglianza che esige di trattare casi simili in modo simile e casi diversi in modo diverso. Quest'attività si esplica nel contesto di

(66) G. Zagrebelsky, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Einaudi, Torino, 2005.

(67) Da ultimo, F. Viola, *Diritto e ragion pratica*, cit., 14-60.

(68) Cfr. G. Santalucia, *Relazione introduttiva al 36° Congresso nazionale Magistratura e legge tra imparzialità e interpretazione*, Palermo 10-12 maggio 2024, in <www.giustiziainsieme.it>, gli-attori-della-giustizia, 10 maggio 2024.

un diritto costituzionalizzato, caratterizzato da principi che fissano diritti e libertà specifiche e valori da tutelare secondo bilanciamenti delicatissimi. Il modo in cui i giudici operano in questo contesto è quello di decidere sulla base di ragioni, che nell'orizzonte del costituzionalismo contemporaneo – con al centro la protezione dei diritti delle persone e il principio di eguaglianza e non discriminazione – sono più trasversali di quanto sembrano (69).

Per contribuire alla certezza del diritto i giudici coltivano forme diverse di dialogo: con gli altri attori con cui interagiscono, principalmente i legislatori e le parti in gioco, ma anche la dottrina. Ci sono anche altre forme di dialogo interne alla stessa categoria, che vanno dalla nomofilachia verticale alla valorizzazione del precedente, nella logica di una nomofilachia orizzontale come metodo di lavoro proposta dal Presidente Patroni Griffi (70), il cui segreto sta nella capacità persuasiva delle ragioni giuridiche. Tutto ciò in vista di contribuire a rendere certo il diritto favorendo la progressiva sedimentazione delle ragioni giuridiche.

\* \* \*

### Filippo Vari

Tanti gli spunti della relazione della Prof.ssa Trujillo. Mi limito soltanto ad evidenziare che i suoi richiami alla *rule of law* hanno espresso il filo rosso che lega il convegno di Firenze, che è stato dedicato al principio di legalità, a quello che si svolge in questa splendida città di Lecce.

A questo punto lasciamo spazio alla tavola rotonda.

\* \* \*

---

(69) Il dialogo tra le Corti costituzionali produce un serbatoio di argomenti a cui tutti i giudici possono attingere. Queste ragioni contribuiscono a dare stabilità e prevedibilità alle decisioni giudiziali in tema di bilanciamento dei principi. Sul dialogo giudiziale e sulle sue condizioni, cfr. G. Lattanzi, M. Cartabia, *Dialogue between courts and the Taricco case*, 8 marzo 2019, in <[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/LATTANZI-CARTABIA\\_BUDAPEST\\_MARZO\\_2019.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/pdf/LATTANZI-CARTABIA_BUDAPEST_MARZO_2019.pdf)> (ultimo accesso 3 ottobre 2025). Sull'uso del diritto straniero, cfr. D. Canale (a cura di), *L'uso del diritto straniero nell'interpretazione giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 2016, vol. 5, 1, 7-115, con saggi di S. Berteà, C. Sarra, D. Canale, A. Lollini, A. Oddi e P. Martino.

(70) F. Patroni Griffi, *Modelli normativi aperti, argomentazione giuridica e giudice amministrativo*, in <[www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)>, 2020.