

LA PERDITA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO:  
RIFLESSI SUGLI EQUILIBRI  
DELL'ECONOMIA E DELLA FINANZA PUBBLICA

FRANCESCO ZACCARIA

**DIRITTI, REGOLE, MERCATO**  
**Economia pubblica ed analisi economica del diritto**

---

XV Conferenza SIEP - Pavia, Università, 3 - 4 ottobre 2003

pubblicazione internet realizzata con contributo della



---

**società italiana di economia pubblica**

**dipartimento di economia pubblica e territoriale – università di Pavia**

**LA PERDITA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO: RIFLESSI  
SUGLI EQUILIBRI DELL'ECONOMIA E DELLA FINANZA  
PUBBLICA**

Francesco Zaccaria  
Prof. Ord. di Scienza delle Finanze  
Università di Roma S. Pio V  
Preside della Facoltà di Economia

**Sommario:** - 1. Regole del diritto, sistema economico e finanza pubblica. - 2. La progressiva caduta del grado di certezza del diritto. - 3. Cause ed aspetti economico-finanziari della riduzione del grado di certezza del diritto nei sistemi contemporanei. - 4. Tecniche di redazione delle norme, modalità di successione delle - norme e certezza del diritto. - 5. Pluralità di interpretazioni giurisdizionali come fattore di caduta - del grado di certezza del diritto. - 6. Non misurabilità del grado di certezza del diritto. Tipologia delle situazioni di incertezza. - 7. Regole di diritto, rischi e incertezza. - L'incertezza del diritto come fonte di diseconomie derivanti da - espansione del contenzioso. - Regole del diritto, incertezza interpretativa e asimmetrie informative. - Incertezza del diritto ed equilibri contrattuali: l'incertezza del diritto come fattore di "costi di transazione". - Esercizio di poteri di poteri unilaterali da parte di amministrazioni pubbliche in condizioni di incertezza del diritto. - Profilo normativo: la certezza del diritto come valore economico in quanto condizione per il corretto funzionamento dell'economia di mercato nonché per il conseguimento di scelte efficienti e razionali nell'economia pubblica. - Alcuni correttivi, nella formulazione delle norme in materia di economia e finanza, per conseguire un maggior grado di certezza del diritto. - Considerazioni conclusive. -

**1. Regole del diritto, sistema economico e finanza pubblica.**

“Le buone leggi sono l'unico sostegno della felicità nazionale” scriveva Gaetano Filangieri nella poderosa *Scienza della legislazione* che si inquadra nella cultura illuministica settecentesca anticipatrice di non poche impostazioni della moderna economia del benessere.

Un particolare storico interessante: pochi anni prima della pubblicazione della *Scienza della legislazione*, nel 1774, su iniziativa di Bernardo Tanucci, era stata adottata una legge assai innovativa. In forza di tale legge, le sentenze dei tribunali del Regno delle due Sicilie dovevano essere specificamente motivate in quanto dovevano essere fondate su leggi in vigore e non più sull'oscura e “nuda autorità” degli *arcana juris* esercitata dai magistrati o sull'arbitrio del sovrano. Si trattava di un grande passo avanti per conseguire il risultato della certezza del diritto. Prima del

1774 un imprenditore che avesse citato in giudizio un fornitore non aveva la certezza in ordine a quale regola dovesse essere applicata per regolare il rapporto economico; ancor peggio un contribuente vessato da un tributo palesemente esoso era nell'incertezza in ordine al principio giuridico in base al quale il giudice avrebbe definito, in sede giurisdizionale, il rapporto con il Fisco.

Nello stesso periodo, cioè nel 1776, Adam Smith, nel quinto libro del famoso volume *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* delineava le quattro famose regole sulla tassazione: proporzionalità dell'imposta alle possibilità del contribuente, **certezza**, comodità ed economicità.

Queste brevi notazioni storiche sono illuminanti in ordine alla rilevanza del tema della certezza del diritto ed in particolare dell'aspetto economico-finanziario.

L'indagine sulla dinamica economica delle scelte finanziarie e sulle conseguenze economiche delle scelte stesse può in vario modo collegarsi a quella giuridica, specie del diritto pubblico. Pur essendo da attribuirsi alle due scienze piena autonomia scientifica e metodologica, un confronto di approfondimenti culturali e soprattutto di risultati ed una reciproca conoscenza sono utili al fine di migliorare la formulazione delle ipotesi di lavoro ed i risultati dell'indagine. Ciascuna delle due discipline può irrobustire le sue strutture conoscitive dalla considerazione dell'altra e verificare alla luce dei risultati dell'altra la validità delle sue ipotesi e delle teorie proposte.

In particolare, la scienza del diritto deve arricchirsi mediante l'apporto di indagini di tipo economico, in quanto per troppo tempo ha subito limitazioni dovute ad una qualche miopia culturale e si è chiusa all'interno di schemi di tipo formale ed astratto lontani dalla considerazione della realtà economico-sociale.

Il corretto funzionamento di un'economia di mercato è fondato sulla prefissione di regole – secondo procedure prefissate in via formale - e dalla garanzia dell'osservanza comune di queste “regole del gioco”. Si afferma spesso, a questo proposito che la norma ha funzioni di “regolazione” dell'economia e che un presupposto essenziale del funzionamento del sistema di economia di mercato è l'esistenza di un complesso coerente di norme che stabiliscono la composizione degli interessi, spesso contrapposti, dei singoli individui o dei gruppi in cui si articola la società nonché la dinamica delle attività di produzione e di scambio. Queste regole definiscono l'appartenenza dei beni ed in concreto le posizioni di partenza degli individui e dei gruppi sociali.

La sostanza e le finalità di base dell'ordinamento giuridico sono l'affermazione di una regola che imponga divieti e restrizioni al comportamento degli operatori pubblici, delle imprese e delle famiglie e che stabilisca obblighi di comportamento cooperativo a favore di altri soggetti.

A queste due prime funzioni delle norme del diritto si aggiunge, specialmente nel diritto pubblico, quella di attribuire poteri ad un soggetto pubblico e di definire gli scopi di interesse generale in vista dei quali i poteri sono conferiti nonché di stabilire le regole cui l'amministrazione deve attenersi nell'esercizio dei poteri.

Nell'ambito del governo dell'economia e della finanza pubblica le norme di diritto operano a livello delle variabili – obiettivo e delle variabili esogene di tipo strumentale, nel senso che stabiliscono gli obiettivi da conseguire e gli strumenti di azione e di intervento. In alcuni casi le regole di diritto definiscono in modo esplicito le grandezze di alcune variabili economiche; in altri casi si limitano a conferire ad operatori pubblici il potere di stabilire i valori delle variabili.

Nei sistemi economici contemporanei che a partire da circa la metà del '900 si ispirano – in maggiore o in minor misura – al criterio dell'economia del benessere le norme stabiliscono le finalità degli interventi pubblici in funzione di espansione del benessere e determinano gli obiettivi ed i livelli di benessere che l'operatore pubblico persegue.

Le regole del diritto hanno un'ulteriore funzione di garantire l'*effettività* dei comandi giuridici: definiscono, infatti, le modalità per l'attuazione del diritto nei casi concreti attraverso gli strumenti del processo ed in genere degli interventi coattivi per fare cessare le violazioni delle proibizioni o degli obblighi di comportamento (oppure per applicare sanzioni) o in genere per realizzare interventi coattivi per la realizzazione di pretese.

## **2. La progressiva caduta del grado di certezza del diritto.**

Nel diritto privato o pubblico un valore fondamentale cui erano ispirati interventi e regole è stato, fino ad alcuni decenni fa, quello della "certezza del diritto".

Non è molto facile definire un significato preciso del termine "certezza del diritto", anche se nella pratica giuridica l'interesse alla certezza del diritto riceveva attenzione e tutela. Espressione di questa attenzione era, ad esempio, l'adozione di una norma chiara in sostituzione di più norme contraddittorie oppure la formulazione, con un atto interpretativo di valore vincolante, di un chiarimento "per garantire la certezza del diritto".

Molto si è parlato di questo valore ed esistono contributi scientifici qualificati di teorici del passato e del presente. In realtà la letteratura giuridica, anche di teoria generale, è avara di precisazioni in ordine al concetto di certezza del diritto.

Il diritto come categoria dello spirito umano manca di quella area di (anche se relativa) sicurezza che caratterizza le scienze sperimentali. Nelle scienze sperimentali si consegue la certezza di alcuni eventi o fenomeni, non degli eventi che scaturiscono da rapporti causali in quanto la scienza moderna ha tradotto il principio di causalità in un principio di massima probabilità (vicinissimo a 1/1, ma con il numeratore tendente ad 1). Ma di alcuni fenomeni può aversi certezza che si verificheranno, ad esempio (anche se l'esempio può apparire poco piacevole) è certa la morte. Il diritto (anche se ciò può sembrare assurdo) non ha certezze non conosce vere e proprie certezze delle scienze sperimentali perché sul piano ontologico è fatto di parole, articolate in proposizioni che si applicano ai fatti (F. Galgano).

Con queste precisazioni, può sempre delinearci un concetto più limitato di certezza del diritto, utile soprattutto ai fini dell'indagine di economia. In linea generale la certezza del diritto significa che, in una data situazione o al verificarsi di determinati presupposti, il soggetto interessato può fare affidamento, in base ad una regola dotata di sufficiente chiarezza, sull'esistenza di un divieto o proibizione o di un obbligo giuridico e del correlativo diritto. Il soggetto, quindi, può considerare con adeguato livello di affidabilità, l'acquisizione della disponibilità di un bene o di un valore prevista dalla norma. Lo stesso può dirsi nei rapporti con la pubblica amministrazione ove la certezza del diritto attiene al conferimento di un potere e alla indicazione degli interessi in funzione dei quali il potere è stato conferito ed ai limiti dell'esercizio del potere. Il nocciolo della certezza del diritto è quindi dato dalla definizione accettabile della norma da applicare e dal contenuto chiaro ed univoco della norma stessa.

La certezza del diritto, peraltro, non esclude l'insorgere di divergenza di pretese, di conflitti o di controversie sia informali che nelle vie giurisdizionali. Ma esiste, date certe premesse, una previsione attendibile in ordine all'esito delle controversie stesse.

Il conseguimento di un elevato grado di certezza era per molti versi più agevole nelle situazioni concrete e negli assetti istituzionali realizzati nell'800 e fino a pochi decenni or sono. Le fonti del diritto erano numericamente limitate, in gran parte provenienti dall'istituzione statale, e si traducevano in formule che davano molto rilievo all'esigenza di interpretazione univoca. Laddove era messa in dubbio la certezza del diritto intervenivano meccanismi idonei a garantire uniformità interpretativa e sicurezza per gli operatori in ordine alle qualificazioni giuridiche.

Non è più questa la situazione nell'odierno sistema economico italiano, ma anche in quello di molti altri sistemi, fra i quali quello comunitario.

L'apparato delle fonti del diritto è divenuto sempre più complesso, articolato ed in sostanza instabile. Gli stati, sotto la spinta di molteplici esigenze di trasformazione e di fenomeni politici complessi, sono stati trasformati in ordinamenti policentrici nei quali la produzione delle norme diviene una funzione sempre di più distribuita in molte entità. In concreto, ad esempio, in un sistema economico come quello italiano, allo Stato si aggiungono, come enti titolari del potere di produrre norme, le regioni cui è attribuita ampissima potestà normativa, gli enti locali territoriali che hanno potere statutario e regolamentare, le università che hanno potere di adottare statuti e regolamenti ed altri enti quali, in periferia, le camere di commercio. Dispongono, poi, di poteri di regolazione dell'economia alcune autorità indipendenti. Si assiste, in sostanza, ad una frammentazione della funzione normativa.

I processi di produzione di norme giuridiche diventano essi stessi fonte di disarmonia del sistema e di difficoltà interpretative. Si tratta, infatti di processi sempre di più affannosi ed incontrollabili con i meccanismi tradizionali dei sistemi politici tradizionali.

In questa situazione è stato in sostanza superato uno dei principali pilastri su cui poggiava il sistema delle fonti del diritto: il principio della formale gerarchia delle fonti. Questo era un canone

interpretativo di estremo rilievo nella vita sociale e postulava che con una fonte di rango inferiore non era possibile derogare ad una norma fissata da una fonte di rango superiore. Oggi, dopo una serie di rivoluzioni introdotte in riforme recenti, il principio della gerarchia delle fonti è sostanzialmente venuto meno. Si moltiplicano i casi in cui l'ente che produce una norma che formalmente dovrebbe avere rango inferiore riceve il potere di modificare norme di posizione superiore. Questo genera incertezze e difficoltà di definire in modo chiaro e certo le situazioni giuridiche e di reperire la regola del caso concreto.

### **3. Cause ed aspetti economico-finanziari della riduzione del grado di certezza del diritto nei sistemi contemporanei.**

Alla base dell'evoluzione verso un assetto di minore certezza del diritto vi sono fondamentali fattori di carattere economico: un numero sempre più rilevante di norme giuridiche hanno per presupposto o per oggetto fatti economici. Il comando normativo si rivolge ad un operatore economico per proibire o richiedere un comportamento o in altri casi, conferisce ad un soggetto dotato di autorità un potere funzionale al conseguimento di un obiettivo di carattere economico. Ma i fenomeni economici sono stati – e sono tuttora - in forte e dinamica trasformazione. Si pensi, ad esempio, al mercato finanziario, nel quale un osservatore, confrontando il complesso degli strumenti finanziari di 10-12 anni fa con quello attuale, troverebbe quest'ultimo del tutto irriconoscibile in base ai criteri metodologici o alle tecniche finanziarie che ne caratterizzavano il funzionamento. Per adeguarsi alle rapide trasformazioni le norme devono subire modificazioni profonde con interventi anche incisivi da adottare spesso in tempi immediati con attenzione primaria alla necessità di conseguire obiettivi nel breve e nel medio termine. Nei sistemi economici attuali, inoltre, si guarda più all'efficacia della norma in ordine al conseguimento dell'obiettivo a breve termine che all'inserimento meditato della norma, nel lungo termine, in un sistema armonioso e coerente.

E' noto che le norme di economia pubblica prevedono interventi incisivi e sempre più estesi dell'operatore pubblico. Ognuno degli interventi riceve spesso una regolazione specifica ed il complesso delle regolazioni che si stratificano nel tempo rende incerto il sistema giuridico. Sul piano istituzionale è stato osservato che, in nome di una concezione più avanzata dell'intervento pubblico e dei principi di eguaglianza sostanziale e di massima diffusione del benessere, molte società hanno accettato di sacrificare il bene della certezza del diritto. Bene che un tempo occupava un posto di tutto rilievo nel sistema delle regole.

### **4. Tecniche di redazione delle norme, modalità di successione delle norme e certezza del diritto.**

Il modo di porsi delle norme e la stessa tecnica della redazione delle regole di diritto costituiscono causa di incertezze. Questo accade in misura maggiore nell'ambito del diritto amministrativo e nel diritto dell'economia e quindi nella regolazione dei poteri della pubblica amministrazione di incidere nell'organizzazione produttiva e nella dinamica finanziaria.

La necessità di provvedere alla regolazione di realtà economiche notevolmente complesse e soprattutto in costante e rapido divenire, richiede l'introduzione di regole che intervengono a correggere in contenuto di norme precedenti.

Spesso accade, inoltre, che la formulazione delle norme sia, anche sotto il profilo formale, inficiata da scarsa "leggibilità" e comprensibilità. Il comando giuridico inserisce uno o più commi nel tessuto di una legge già modificata e suona pressappoco così: "dopo l'art. X, comma 1, della legge Y, come modificato dall'art. Z del decreto-legge K, convertito con modifiche con legge H ed integrato dalla legge M, è inserito il comma: ....."

La successione delle regole di diritto determina la necessità di tener conto di una serie estesa di comandi legislativi che intervengono in sequenza disorganica e non bene coordinati, se non in qualche caso tra di loro contraddittori, e ne deriva un certo grado di oscurità sulla portata essenziale della norma.

Nell'ambito delle regole sui bilanci e sulla contabilità pubblica un caso esemplare è quello della legge 5 agosto 1978, n. 468, adottata per sottoporre una disciplina innovativa e completa di questo settore, pur sempre senza abrogare completamente una vecchia regolamentazione generale, quella della legge di contabilità di Stato del 1923.

La legge n. 468/1978, ritenuta per molti versi superata da nuove e pressanti esigenze di efficace disciplina del bilancio e di controllo della spesa pubblica è stata emendata da quattro provvedimenti successivi: la legge n. 362 del 23 agosto 1988 (che ha introdotto il DPEF e modificato la natura della legge finanziaria) dalla legge n. 94 del 3 aprile 1997 (che ha innovato la struttura del bilancio statale e degli altri enti pubblici) dalla legge 25 giugno 1999, n. 208 (che ha ancora introdotto rilevanti modifiche procedurali) ed infine dal D.L. 6 settembre 2002 n. 194 convertito con legge 31 ottobre 2002 n. 246 (provvedimento noto come il decreto taglia spese). Ognuna di queste quattro fonti ha disposto interventi di abrogazione o di modifica di singoli articoli del testo originario oppure di parti di comma o di singole parole. Alcuni punti di queste regole sono stati modificati due o tre volte nel corso delle aggiunte. In tal modo si è creato un *patchwork*, o una specie di dedalo nel quale si muovono con difficoltà gli stessi esperti giuristi della contabilità pubblica e i funzionari del Parlamento o del Ministero dell'Economia e delle finanze.

Altro caso esemplare in economia pubblica è quello della legge n. 212/2000, relativa al cd. Statuto del contribuente, con la quale sono state introdotte alcune regole generali in materia di imposizione fiscale. Ebbene questa legge, che nell'intenzione del Parlamento doveva essere fonte di chiarezza e di stabilità, ha subito in meno di tre anni numerose deroghe. Le principali sono contenute in ben otto norme entrate in vigore dal 2000 al 2003 che hanno spostato termini o modificato



questioni sostanziali. Ed altri piccoli interventi sono stati disposti con varie fonti di diverso livello. La conseguenza di queste vicende sono la perdita di chiarezza ed univocità del sistema.

A rendere complesse e contraddittorie le regole di diritto, soprattutto nell'ambito del governo dell'economia, contribuisce l'abitudine del legislatore di adottare leggi a contenuto multiplo, che contengono interventi modificativi, spezzettati ed articolati e soprattutto poco visibili, del contenuto di norme inerenti ad aree svariate. Ad esempio, la legge 16 gennaio 2003, n. 3 dietro è formalmente intitolata "Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione" ma, nella sostanza, interviene con molte piccole ma importanti modificazioni di norme appartenenti a settori normativi differenziati: differisce la scadenza di termini; riformula alcune norme in materia di investimenti pubblici; modifica l'entità di alcuni interventi finanziari, introduce nuove regole organizzative e procedurali. Questa è, purtroppo, la metodologia adottata da numerose leggi finanziarie annuali che operano con una serie di piccoli e grandi interventi su settori diversificati del sistema tributario o dell'economia pubblica. Persistendo l'orientamento del legislatore di adottare interventi di variazione di legge con vasti provvedimenti a contenuto multiplo, un'impresa che si trova di fronte ad una regola del diritto anche emanata recentemente è sempre in dubbio in ordine a possibili variazioni della norma stessa apportate in una legge *omnibus* e non sempre conoscibili.

## **5. Pluralità di interpretazioni giurisdizionali come fattore di caduta del grado di certezza del diritto.**

A ridurre il livello di certezza del diritto ha contribuito, da ultimo, l'evoluzione della giurisprudenza. Questa è sempre più estesa, in quanto il crescente contenzioso ha determinato un esteso lavoro dei giudici, spesso chiamati ad affrontare questioni innovative e proposte da parti spinte da interessi di elevato valore economico. I giudici, per questo motivo, hanno reso sentenze anche molto differenziate quanto a soluzioni interpretative delle norme.

E' ben vero che nei più moderni e dinamici paesi ad economia di mercato (in particolare nell'ordinamento britannico ed in quello U.S.A.) la giurisprudenza ha svolto – e svolge tuttora - un ruolo fondamentale nel determinare l'evoluzione delle regole del diritto e l'adeguamento dei sistemi giuridici alle esigenze della trasformazione economica, in sostanza la giurisprudenza ha svolto la funzione creatrice del diritto. Ma si è trattato pur sempre di evoluzioni razionali caratterizzate da linee di fondo coerenti ad una logica giuridica di fondo e da una elevata continuità istituzionale.

In altri sistemi economici, quali il nostro, la contraddittorietà di alcune decisioni fa perdere di vista le linee di fondo. L'interprete (in particolare nel diritto amministrativo e nel diritto tributario) si trova di fronte a prese di posizione di segno opposto da parte di diversi giudici, prese di posizione che ingenerano incertezze e disorientamento. La presenza sul territorio di molti collegi giudicanti, quali i TAR o i giudici tributari, ha molto disperso il contenzioso, creando spunti per una continua

differenziazione di soluzioni giuridiche da luogo a luogo e l'azione degli organi centrali di secondo grado non sempre è valsa a temperare la differenza delle prese di posizione dei giudici di primo grado.

## **6. Non misurabilità del grado di certezza del diritto. Tipologia delle situazioni di incertezza.**

La perdita del requisito della certezza del diritto è stata messa in luce da studiosi di teoria generale o di diritto pubblico a partire dalla metà del '900 fino ad oggi ed un costituzionalista ha scritto recentemente un ampio saggio sulla "legge oscura".

Non sono state, peraltro, mai effettuate analisi di tipo quantitativo per identificare strumenti di misurazione del grado di certezza/incertezza del diritto. Il fenomeno, quindi, esiste ed è all'attenzione di non pochi teorici ed operatori, ma non è possibile stabilire alcuna indicazione sul piano della sua misurabilità. L'unica via percorribile, di conseguenza, è quella di rilevare la portata di alcuni effetti che scaturiscono da norme complessivamente oscure.

In linea generale possono essere identificate situazioni di certezza, nelle quali esiste un attendibile sicurezza in ordine all'applicabilità di una norma giuridica ad un fatto ed in ordine alle conseguenze della norma stessa in quanto il contenuto del comando può considerarsi chiaro, univoco e di non controversa interpretazione ed altre situazioni di incertezza, nelle quali, per l'oscurità del dettato o per vicende complesse di rinvio o di intervenute modificazioni nel tempo, sono oggettivamente possibili una pluralità di soluzioni giuridiche.

L'incertezza, sotto il profilo generale, può riguardare la norma applicare (in sostanza se sia da applicare la regola X o la regola Y o se sia entrata in vigore, per l'una o per l'altra, una modifica normativa o se addirittura esistano più interventi modificativi) oppure l'interpretazione di regole non univoche e non facilmente comprensibili quanto al loro contenuto.

## **7. Regole di diritto, rischi e incertezza.**

La presenza di situazioni di difficile soluzione in ordine all'applicabilità o sull'interpretazione di norme giuridiche dà luogo a quelli che nella teoria economica si definiscono condizioni di incertezza.

E' noto che, almeno in linea teorica, si devono distinguere situazioni di **rischio** da quelle di **incertezza**.

Nel rischio non esiste la sicurezza del verificarsi di un evento (disponibilità di un bene, perdita finanziaria, successo di un'operazione) ma sull'evento agiscono variabili (anche casuali) i cui effetti sono in qualche modo misurabili secondo criteri probabilistici e quindi con la possibilità

di esplicitazione in termini matematici. Ad esempio, la probabilità che un soggetto di salute nella media e dall'età di 60 anni raggiunga i 70 anni è pari a  $p$ , dove  $p$  è maggiore di 0 e minore di 1. Il rischio che non consegua tale età in seguito ad un evento di morte è allora pari a:

$$1 - p$$

Il valore del rischio è misurabile, per grandi numeri, sulla base di osservazioni statistiche e demografiche. Così esiste un rischio calcolabile che un guidatore di un'autovettura di tipo definito e con un certa percorrenza chilometrica annuale possa causare un incidente di elevata gravità.

Il rischio è il territorio dell'attività delle imprese assicurative, le quali, operando su grandi numeri, realizzano una redistribuzione del rischio stesso e quindi liberano gli operatori dal pericolo di sopportare le conseguenze di eventi sfavorevoli. Il comportamento di variabili sottoposte a rischio è, fino ad un certo livello, suscettibile di analisi e di previsioni secondo regole teoriche ed esiste un'intera letteratura in tale settore.

È diverso il concetto di incertezza, caratterizzato dall'azione di variabili il cui intervento non è prevedibile in modo sistematico in quanto non esiste nell'operatore alcuna conoscenza attendibile dall'operare di fattori o della portata di eventi o di fatti rilevanti. Ne consegue che, in questa seconda area, è molto più difficile effettuare previsioni e delineare regole di comportamento. In particolare nel mondo del diritto, gli eventi che possono scaturire da norme non certe quanto ad applicabilità od interpretazione possibile determinano una situazione che è tecnicamente di incertezza.

## **8. L'incertezza del diritto come fonte di diseconomie derivanti da espansione del contenzioso.**

L'incertezza della situazione giuridica costituisce, in linea generale per il singolo operatore e per il sistema economico nel suo complesso, una causa di diseconomie. Infatti la mancanza di una univoca definizione del comando giuridico nel caso concreto o la presenza di dubbi in ordine a quale debba essere la regolazione di poteri giuridici o la qualificazione di un bene pongono il soggetto economico, pubblica amministrazione od operatore privato famiglia o impresa, nella necessità di attuare scelte non sorrette dalla previsione di conseguenze definite e quindi basate su calcoli probabilistici in ordine alle possibili conseguenze giuridiche. La situazione di incertezza nell'interpretazione delle regole di diritto, inoltre, può richiedere di sostenere all'operatore costi elevati per compensare consulenti o imprese che svolgono ricerche di carattere teorico e pratico sull'interpretazione del diritto. Ricerche dirette ad incrementare il grado di conoscenza dei dati giuridici o eliminare la situazione di incertezza.

Un effetto tipico di diseconomia derivante dall'incertezza sull'applicabilità o sulla portata di regole giuridiche è l'incremento delle controversie dinanzi ai giudici. Uno dei fattori delle inefficienze di funzionamento dei sistemi giurisdizionali e dell'allungamento dei tempi di

definizione delle cause è senza dubbio l'incertezza del diritto. Una recente indagine in chiave economica delle modalità di funzionamento della giustizia civile in Italia ha rilevato che il tempo per la definizione di cause civili è in media di 8 mesi in Germania, di 12 in Francia, 14 in Gran Bretagna e 36 mesi nel nostro paese. Questo avviene, si noti, in una situazione di sostanziale parità del rapporto numerico fra magistrati in servizio e cittadini e in una situazione di sostanziale eguaglianza delle spese per la giustizia. La lunghezza dei processi in Italia è spiegabile, oltre che con motivi "aziendali" ed organizzativi dell'operatore giudiziario, anche con la rilevazione della persistente incertezza del diritto che rende necessaria la proposizione di un numero elevato di azioni anche di difficile e complessa analisi e decisione.

Passando al settore della pubblica amministrazione, il numero di ricorsi al TAR sempre crescente dal 1974 ad oggi (tanto al 1° agosto 2003 sono pendenti ben 905.444 ricorsi giurisdizionali) è un indicatore significativo della situazione: le amministrazioni pubbliche sono oppresse da una molteplicità di norme statali e di autonomia degli enti diversi dallo Stato, spesso contraddittorie ed incerte, sicché in molte vicende i singoli o le imprese sono portati, in ogni caso, a ricorrere contro un atto emesso dalla pubblica autorità.

### **9. Regole del diritto, incertezza interpretativa e asimmetrie informative.**

Fenomeni di incertezza della situazione giuridica possono, inoltre, determinare situazioni di asimmetria informativa. E' possibile, infatti, che la conoscenza della situazione giuridica e dell'interpretazione della norma di legge sia distribuita in modo diseguale fra le parti di un contratto o di un rapporto giuridico. Ne deriva il venir meno delle condizioni che qualificano l'assetto del sistema concorrenziale che, com'è noto, deve essere caratterizzato dal pieno ed eguale accesso alle informazioni da parte dei partecipanti al gioco economico e quindi dalla piena conoscenza delle condizioni.

In un rapporto contrattuale oppure in un rapporto fra amministrazione pubblica ed un operatore economico concessionario, uno dei due soggetti in funzione dominante può disporre di una serie di conoscenze in ordine alle caratteristiche delle norme vigenti e alle problematiche interpretative. Può anche accedere ad informazioni, ad esempio tramite una rete di calcolatori, sulle fonti più aggiornate ed infine può utilizzare un'*equipe* di giuristi per risolvere i problemi di incertezza del diritto, anche utilizzando a proprio favore le incertezze esistenti.

Sempre in un rapporto di tipo contrattuale o amministrativo, si può invece ipotizzare che l'operatore in posizione istituzionale dominante (forse per la macchinosità e deviazione burocratica della sua organizzazione) non sia in grado di accedere con la piena completezza alle informazioni di carattere giuridico, mentre l'altro operatore, per maggiore sapienza organizzativa e snellezza operativa, sia in grado di disporre delle conoscenze idonee a valutare e risolvere le questioni di

diritto ed anche a risolverle in suo favore. Questa situazione si è verificata in concreto alcuni decenni fa quando una società privata di raffinazione che intendeva effettuare un investimento di raffinazione in una regione italiana ebbe a costituire un' *équipe* di giuristi per analizzare ed interpretare le numerose e complesse norme che regolavano, all'epoca, la concessione di sussidi finanziari e di mutui agevolati da parte dei diversi rami dell'amministrazione pubblica. Interpretando le numerose regole e sfruttando a proprio vantaggio i rinvii ed i "combinati disposti" dei testi normativi, questa impresa ottenne il risultato di finanziare l'intero ammontare dell'investimento con risorse fornite da operatori pubblici a titolo di contributo a fondo perduto o di prestito a condizioni favorevolissime. L'operatore pubblico considerato nel suo complesso (quello che va a formare l'aggregato "amministrazioni pubbliche" in contabilità nazionale) non avrebbe potuto prevedere questo risultato e concluse questa specie di gioco in condizioni di "perdente" soprattutto in quanto i diversi livelli di governo ed i diversi rami dell'amministrazione agirono in condizioni di inferiorità conoscitiva delle norme in situazione di incertezza del diritto.

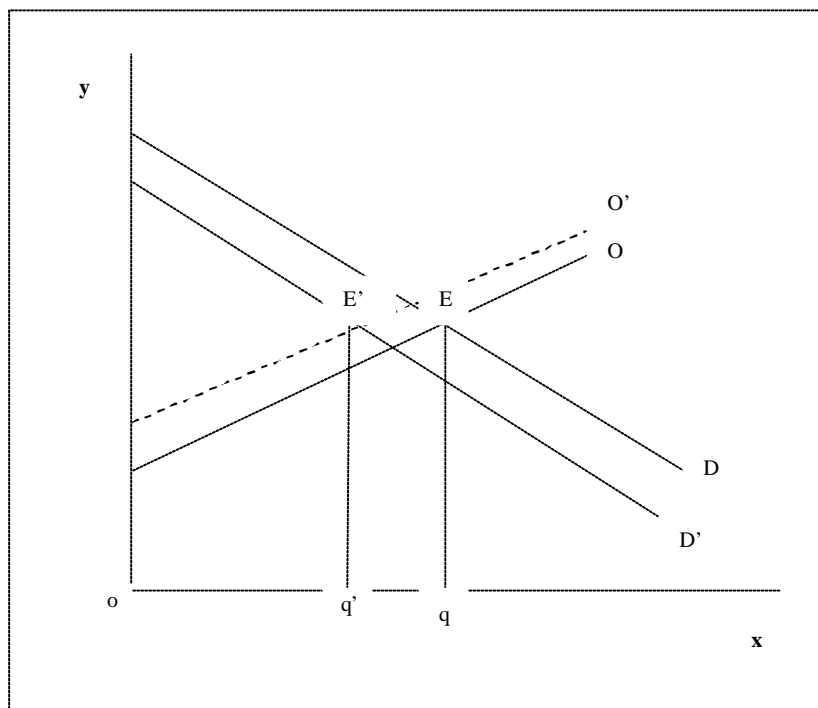
In particolare, la disparità di conoscenza della situazione di incertezza giuridica può condurre a quella che nella teoria economica è definita *adverse selection*: le parti, in questo caso, non hanno una distribuzione omogenea delle informazioni e quindi una o più si trovano in condizione di vantaggio rispetto all'altra o alle altre. L'incertezza sulla portata della norma, infatti, determina una posizione di vantaggio della parte più favorita perché più dotata di risorse conoscitive.

Nella teoria generale, la situazione di *adverse selection* determina situazioni di fallimento del mercato. Anche nel caso di diversa distribuzione della capacità di valutazione del significato delle regole del diritto, può dirsi che l'assetto cui si perviene si allontana da quello di equilibrio paretiano che dovrebbe scaturire dal meccanismo di mercato di concorrenza perfetta. L'assetto che in concreto si verifica in condizioni di asimmetria informativa sull'interpretazione normativa si allontana dall'equilibrio stesso tanto più quanto più sono rilevanti le asimmetrie informative stesse.

#### **10. Incertezza del diritto ed equilibri contrattuali: l'incertezza del diritto come fattore di "costi di transazione".**

In linea generale l'incertezza giuridica, come ogni aggravio di costo, influenza gli assetti economici in quanto determina una modificazione delle funzioni di offerta, se riguardata dal lato dell'impresa o di domanda, se riguardata dal lato dell'acquirente.

Grafico 1:



Ad esempio (graf. 1) data una funzione di offerta  $O$ , l'insorgenza di obiettive incertezze di situazione giuridica, ad esempio in ordine alla sussistenza dell'impresa del diritto a svolgere l'attività produttiva oppure in ordine ad altre modalità qualitative o quantitative della produzione, sposta la funzione ad  $O'$  che ha valori superiori ad  $O$  in quanto esprime costi maggiorati dagli oneri derivanti dalla necessità di superare l'incertezza del diritto mediante consulenze od altre prestazioni professionali. La  $O'$ , peraltro, non ha un andamento parallelo alla  $O$  dato che il maggior costo di incertezza si ripartisce in un maggior numero di unità prodotte. Per questa ragione la funzione  $O'$  ha un andamento che la avvicina progressivamente alla  $O$ .

Passando all'analisi del lato della domanda va rimarcata una dinamica simmetrica a quella precedente. Se l'acquirente versa in una situazione di incertezza, ad esempio sul buon titolo del suo acquisto o sulla legittimità dell'attività del venditore e sa che l'illegittimità potrebbe determinare problemi in ordine all'effettività del suo acquisto, il suo prezzo di domanda è probabilmente ridotto per l'aggravio di oneri necessari per conseguire la certezza giuridica, e per questo la funzione di domanda decresce dalla  $D$  fino alla  $D'$ .

La posizione di equilibrio è notevolmente influenzata dall'incertezza sullo stato del diritto e per questo si verifica una riduzione della quantità prodotta. Il fattore incertezza, in sostanza, agisce come un'imposta che riduce l'area della rendita del consumatore e/o del produttore. Se in assenza di incertezza del diritto il punto di equilibrio era in  $E$ , con una produzione pari ad  $oq$ , l'effetto dell'instaurazione di incertezza sull'applicabilità di regole di diritto o sull'interpretazione delle norme stesse è quello di spostare il punto di equilibrio in  $E'$ , con una produzione di  $oq'$  minore di  $oq$ .

Sempre negli assetti contrattuali l'incertezza del diritto va considerata come un fattore di incremento dei costi di transazione. La teoria dei costi di transazione è stata ampiamente analizzata dall'economia contemporanea.

Sono noti gli assunti della teoria dei costi di transazione: quando le parti addivengono ad una transazione devono sostenere alcuni costi non riconducibili ai normali fattori (materie prime, personale dipendente) ma strettamente dipendenti da fatti inerenti alla transazione stessa; alcuni di questi costi (costi di transazione *ex ante*) intervengono prima che la transazione sia perfezionata (redazione dell'atto scritto, negoziazione, ricerche e trattazione di fattori giuridico-normativi), altri (costi di transazione *ex post*) dipendono dalla necessità di mettere in atto l'accordo originariamente sottoscritto e di controllarne il rispetto; le transazioni tendono ad essere contestualizzate in modo da massimizzare i benefici netti che esse producono, tenendo conto dei costi di transazione; una transazione in cui i costi di transazione superino i benefici connessi alla sua esecuzione non sarà mai intrapresa.

Tre fattori influiscono sui costi di transazione: a) la specificità dell'attività economica; b) il grado di incertezza; c) la frequenza.

Il problema della certezza del diritto interessa il punto b). Per tornare al punto a) si dice che un'attività ha un alto grado di specificità se, nel corso del processo transattivo, una parte o l'altra o anche ambedue sono legate al potere dell'altra parte; questo può accadere, ad esempio se la produzione di un'impresa è dipendente da un brevetto detenuto da altra impresa che è legata alla prima da un rapporto di fornitura di semilavorati. L'incertezza di cui al punto b) è intesa nel senso più ampio come situazione concreta in cui una o entrambe le parti non possiedano la sicurezza di eventi reali o giuridici. L'incertezza, sotto questo profilo, è la più importante fonte di complessità che limita la razionalità individuale. L'incertezza, infatti, è intesa nel senso più ampio e quindi comprende tutte le eventualità che possono essere previste, nella misura in cui è costoso prevederle o tenerne conto nella redazione di un contratto o in genere nell'instaurazione di un rapporto economico regolato dal diritto. Altra fonte di incertezza si origina quando una parte possiede informazioni sulla portata delle norme di cui l'altra parte non dispone.

La frequenza della transazione cui al punto c) influisce sui costi di transazione in quanto se l'atto transattivo si ripete frequentemente le parti possono elaborare particolari strutture regolatorie per la transazione, anche qualora tali strutture siano costose, perché il costo della struttura può essere ammortizzato su un numero elevato di transazioni. Se la transazione ha luogo una volta soltanto oppure con frequenza non elevata, l'elaborazione di meccanismi specifici alla particolare transazione è più costosa.

Il venir meno della certezza del diritto va ad accrescere i costi di transazione delle imprese interessate che devono sostenere oneri diretti a definire la situazione giuridica e che devono anche accollarsi l'incertezza di controversie in sede stragiudiziale o giudiziale. A risolvere eventuali problematiche di conflitto - e quindi a ridurre i costi di transazione derivanti da incertezza del diritto

- intervengono quelle che sono definite *condizioni regolative* che sono procedure e strumenti per ovviare all'incertezza o definire una situazione giuridica in modo preventivamente accettato dalle parti (ad es. un arbitrato o la l'affidamento preventivo delle parti alla scelta operata da un terzo imparziale).

I costi di transazione derivanti da incertezza della situazione giuridica sono cruciali nel determinare un allontanamento dalla situazione di equilibrio più efficiente per entrambe le parti del contratto.

Lo strumento al quale si rivolge l'attenzione degli operatori economici è quello delle condizioni regolative che possono essere inserite nelle previsioni contrattuali per conferire certezza a situazioni di diritto in partenza non chiare e definite o che tali divengano nel corso del rapporto.

Può avvenire che la condizione regolativa sia inserita nel corpo stesso del contratto: i termini della transazione sono specificati *ex ante* in modo che, in presenza di un diritto positivo incerto o di dubbia interpretazione, le parti risolvono preventivamente in modo patrizio con un'interpretazione chiara che valga a superare l'incertezza del diritto nel caso concreto.

Può avvenire, in altri casi che la struttura della transazione preveda la presenza di terzi che agiscono in posizione di discrezionalità, ed in tal caso si entra nella categoria dell'*accordo neoclassico* ovvero delle *relazioni trilaterali*.

Quando invece le parti impegnate nella transazione non hanno sottoscritto alcuna clausola in relazione a condizioni regolative espresse e formalizzate che prevedano espressamente i criteri in base ai quali il contenuto dell'accordo verrà adattato alle circostanze di incertezza del diritto, ma confidando nella loro capacità di operare opportune modifiche o chiarimenti man mano che la situazione si evolve, si ha una *relazione bilaterale*. Questa comporta un atteggiamento di cooperazione e funziona soltanto nei limiti in cui entrambe le parti sono disposte a cooperare con l'altra al fine di evitare o eliminare i dilemmi interpretativi che insorgono su regole di diritto di incerto contenuto o su altre situazioni di diritto non univoche.

## **11. Esercizio di poteri unilaterali da parte di amministrazioni pubbliche in condizioni di incertezza del diritto.**

Un approfondimento specifico meritano le ipotesi di incertezza interpretativa delle regole sull'azione economica dello stato o in genere dell'operatore pubblico ed in particolare di norme concernenti l'attribuzione di poteri giuridici in materia di governo dell'economia ad un organo della pubblica amministrazione, in sostanza situazioni in cui l'amministrazione pubblica ha poteri unilaterali di carattere imperativo nei confronti di altri operatori sottoposti al suo potere. L'amministrazione, ad esempio, è consapevole che sono possibili diverse interpretazioni della situazione giuridica ed è a conoscenza del rischio che uno o più soggetti diversi propongano rimedi



giurisdizionali per porre nel nulla l'atto amministrativo adottato dall'amministrazione in forza della norma incerta. Questo evento ha la caratteristica di incertezza in quanto i destinatari dell'attività amministrativa, in situazione di incertezza delle regole che disciplinano l'attività stessa o i loro diritti o interessi tutelati, sono essere spinti da diverse motivazioni in ordine alla scelta se sperimentare o no un rimedio giurisdizionale. Questo comportamento dell'amministrato dipende dal valore del bene da conseguire, dal costo della procedura e dalla valutazione da parte dell'amministrato delle possibilità effettive di ottenere il riconoscimento delle proprie pretese.

In caso sia proposto il ricorso, esiste la possibilità (non misurabile in termini quantitativi probabilistici in quanto sullo svolgimento della causa possono influire molti fattori casuali ed in conoscibili preventivamente) dell'evento di accoglimento del ricorso – e quindi di eliminazione dell'atto – da parte del giudice amministrativo. Anche nel caso che si verifichi l'accoglimento del ricorso, peraltro, l'incertezza della situazione giuridica può determinare impedimenti nell'attuazione della decisione del giudice.

La situazione di forte incertezza del diritto determina, per i poteri unilaterali dell'amministrazione pubblica, un gioco *ad informazione incompleta*. Si tratta di un assetto nel quale v'è motivo di ritenere che uno o più giocatori siano irrazionali. La teoria moderna economica ha elaborato molte ipotesi e modelli per la descrizione e la spiegazione dello svolgimento di tali giochi e per proporre la possibile soluzione.

Le teorie generali possono essere applicate alle problematiche di incertezza nell'ambito del diritto pubblico. In primo luogo va sottolineata la differenza, almeno teorica, fra situazioni in cui esista la certezza del diritto e situazioni di incertezza in ordine alle norme applicabili o in ordine all'interpretazione di regole di diritto.

Nel primo caso la situazione va al di fuori del gioco ad informazione incompleta e si rientra nell'ambito di un gioco razionale di tipo competitivo. L'operatore pubblica amministrazione ha un'informazione di accettabile sicurezza in ordine alla regola da applicare ed il comando giuridico presenta, sempre nei termini giuridici che escludono una univocità di tipo matematico, caratteri di significato interpretabile da un operatore di buon senso. L'operatore pubblica amministrazione cerca di massimizzare il vantaggio che scaturisce dal provvedimento unilaterale ed è a conoscenza che i destinatari del provvedimento sono a conoscenza delle regole ed hanno una propensione pari ad X ad impugnare il provvedimento nel caso esso sia in contrasto con le regole. I destinatari, peraltro, devono sostenere un costo per l'impugnativa e, nel caso questa abbia esito negativo, perdono l'ammontare della somma sborsata per l'impugnativa stessa. In questo caso è elevata la probabilità che l'amministrazione adotti un provvedimento conforme alla regola in dato che, in tal modo, l'amministrazione stessa minimizza la possibilità di essere coinvolta in un procedimento giurisdizionale scaturente da un ricorso da parte di un destinatario dell'atto e soprattutto, vista la situazione di certezza del diritto, l'amministrazione sa che l'eventuale impugnativa avrebbe successo e comporterebbe il danno dell'eliminazione del provvedimento adottato e quindi la perdita di tempo

e la necessità di riconsiderare la situazione. Gli amministrati, dal loro canto, sono indotti a limitare le impugnative a quelle situazioni che, in via di ragionevole interpretazione delle norme chiare e di attendibile interpretazione, abbiano elevata probabilità di accoglimento.

E' nel caso di incertezza del diritto entra in azione il meccanismo dei giochi con informazione incompleta. La pubblica amministrazione, in questi casi, ha un arbitrio molto ampio in quanto non v'è certezza in ordine all'applicabilità di due o più norme oppure v'è serio dubbio se, ai sensi di un certo comma di una norma adottata e modificata successivamente, il significato della norma applicabile sia o non sia profondamente trasformato.

La stessa pubblica amministrazione non conosce fino a che punto i possibili destinatari del provvedimento unilaterale siano a perfetta conoscenza delle ambiguità della situazione giuridica. Inoltre la pubblica amministrazione sa che i destinatari sono nella posizione di soggetti "irrazionali" della teoria economica, cioè che essi decidono di fare ricorso su base di motivazioni non fondate sulla possibilità razionale di successo del ricorso ma, nell'incertezza del diritto, essi hanno elevata propensione a ricorrere, con l'unico disincentivo del costo del ricorso.

La vicenda può subire anche molte complicazioni per la circostanza che, proprio per la complessità della situazione del punto di vista giuridico, è sommamente difficile, anche nell'ipotesi di un successo nel ricorso, ad es. con un accoglimento, ottenere un adeguamento concreto e conseguire il bene oggetto del ricorso. In termini matematici, in caso di accoglimento del ricorso con annullamento dell'atto, esiste soltanto una probabilità  $p$  di conseguire nella realtà un successo concreto di ristabilimento della situazione esistente prima del provvedimento annullato.

E' evidente da un'accurata analisi, che la dinamica delle valutazioni porta l'amministrazione all'adozione di un provvedimento unilaterale con il massimo vantaggio per se medesima anche se illegittimo ed in sostanza temerario. L'amministrazione, in ogni caso, sperimenta la via di un atto unilaterale che le consente il massimo dei vantaggi. Il calcolo da parte dell'operatore pubblico è lineare: se adotta una scelta che le consente la soluzione più vantaggiosa in termini di beni e di entrate ha una certa probabilità di mantenere il vantaggio stesso in caso sia proposto un ricorso e che il ricorso sia respinto; se, viceversa, adotta un provvedimento meno vantaggioso per se stessa, ha la stessa probabilità di subire un ricorso (data l'incertezza oggettiva del diritto) e di subire le conseguenze di un accoglimento del ricorso stesso.

L'operatore pubblico, in questi casi, è a conoscenza che esso ha un'altissima probabilità di subire un ricorso, ma che v'è incertezza in ordine all'esito del ricorso. Vista la caratteristica di incertezza della situazione giuridica, l'amministrazione è soprattutto in grado di vanificare in parte o di dilazionare apprezzabilmente l'attuazione del diritto riconosciuto dal giudice se è sfavorevole all'amministrazione medesima. Il calcolo in termini di valutazioni matematiche, quindi, conduce ad un comportamento dell'amministrazione rivolto a conseguire il massimo vantaggio con provvedimenti che sono espressione di un potere arbitrario e che, in qualche caso, possono essere anche temerari.

Da una valutazione in termini di teoria dei giochi, inoltre, emerge che esiste per gli interessati cui il provvedimento si rivolge un incentivo ad esercitare in modo esteso il potere di impugnativa. Essi, infatti, in caso di rinuncia all'impugnativa hanno una perdita certa, mentre se propongono il ricorso hanno almeno alcune possibilità di successo e quindi una posizione di incertezza in ordine alla perdita. Nel caso di successo conseguono l'eliminazione giuridica del provvedimento (anche con qualche incertezza in ordine all'esecuzione), nel caso di insuccesso subiscono la perdita delle spese per il ricorso.

## **12. Profilo normativo: la certezza del diritto come valore economico in quanto condizione per il corretto funzionamento dell'economia di mercato nonché per il conseguimento di scelte efficienti e razionali nell'economia pubblica.**

Fino a questo punto è stata svolta un'indagine di tipo **positivo**, volta all'identificazione di rilevanze oggettive fra la caduta della certezza del diritto e l'economia ed in particolare l'economia pubblica.

Le considerazioni relative alla rilevanza del problema e alle conseguenze della progressiva caduta della certezza del diritto giustificano anche un approccio di tipo **normativo**. La stretta correlazione fra il funzionamento dei sistemi economici e le caratteristiche di attendibilità delle regole di diritto, infatti, apre spazi ed opportunità per un'indagine intorno ai valori ed alla convenienza ed opportunità di politiche di interventi correttivi.

La certezza del diritto è, in primo luogo, un valore. Poter contare sulla relativa sicurezza di applicabilità di una regola di diritto e su un contenuto del comando in vigore consente agli operatori pubblici e privati di evitare una serie di aggravii di costo.

Va considerato, a questo riguardo, che per il sistema economico nel suo complesso l'attuazione di misure correttive nei processi di creazione ed applicazione delle regole rivolte a ricostituire un adeguato grado di certezza del diritto costituisce un fattore per il contenimento di rilevanti oneri.

Per gli attori pubblici o privati del processo economico, infatti, un maggior grado di certezza del diritto consente di conoscere il prevedibile risultato dei loro comportamenti e quindi di operare con un adeguato grado di efficienza e razionalità.

Molto è stato scritto dalla teoria dell'analisi economica del diritto a proposito dei requisiti funzionamento del sistema economico. L'economia, ed in particolare un sistema di economia di mercato, richiede per il suo funzionamento la presenza di una serie di regole del gioco imposte da un ordinamento giuridico, regole del gioco idonee ad assicurare la parità delle posizioni dei soggetti e l'osservanza di comportamenti di rispetto delle parti sia nelle vicende di gioco non cooperativo che in quelle di gioco di tipo cooperativo. Le regole del diritto sono essenziali, come si è già precisato, nell'assicurare il rispetto della proprietà, cioè della dotazione essenziale dei diritti dei

soggetti, e il corretto trasferimento dei diritti di proprietà fra i soggetti. In un'economia dinamica quale quella dei nostri tempi l'attenzione si sposta dalla proprietà immobiliare e dei beni materiali alla proprietà dei beni mobiliari e soprattutto dei beni immateriali (diritti d'autore, brevetti). Le stesse regole sono cruciali nell'assicurare il corretto funzionamento dell'attività di impresa, sia di tipo tecnico-produttivo che di tipo finanziario; nell'ambito della finanza le regole di diritto garantiscono la sicurezza dei finanziatori, a diverso titolo, dell'impresa e la circolazione dei titoli rappresentativi dei crediti finanziari.

Nel diritto pubblico la regola di diritto è fondamentale in quanto ha la funzione di conferire e circoscrivere i poteri delle pubbliche amministrazioni e di fissarne gli obiettivi di intervento.

Sempre sul piano della teoria generale, è assai dubbio che regole di diritto caratterizzate da oscurità interpretative e da oggettiva incertezza di contenuti possano svolgere la funzione di supporto giuridico al funzionamento dell'economia di mercato.

Questa infatti si basa, come è stato più volte sottolineato, su una posizione sostanzialmente paritaria delle parti e sulla perfetta conoscibilità degli effetti e dei risultati dei comportamenti e delle scelte economiche. La certezza del diritto, in sostanza, è un presupposto essenziale di questa posizione di effettiva eguaglianza e della conoscibilità delle condizioni, dato che garantisce la prevedibilità degli effetti del comportamento umano e costituisce per l'operatore economico una garanzia di dello sviluppo un comportamento che si protende sul futuro. E' vero, come notava un grande maestro del diritto quale Francesco Carnelutti, che un comando giuridico caratterizzato da certezza offre agli uomini e alle imprese "il grande vantaggio di prevedere le conseguenze della loro condotta".

Il sistema dei rapporti economici presenta, anche in misura superiore ad altre aree dell'ordinamento, l'esigenza di assicurare piena trasparenza delle transazioni e di consentire alle parti naturalmente più deboli un minimo di tutela nei confronti di vere e proprie vessazioni di grandi operatori basate su sottili ed artificiose interpretazioni di norme complesse e sofisticate. Si pensi ai contratti di assicurazione e alle tante operazioni di investimento finanziario o di credito. L'economia attuale, caratterizzata dalla enorme diffusione degli scambi e dalla elevatissima circolazione delle risorse finanziarie richiede l'instaurazione di rapporti di profonda e sostanziale fiducia fra le parti e tale fiducia si basa, oltre che su un atteggiamento interiore dei soggetti, anche sull'esistenza di norme chiare e di univoca interpretazione che evitino pretese capziose e talora al limite della frode.

La perdita della certezza del diritto, infine, è fonte di consistenti diseconomie, come sottolineato al par. 8. La modificazione delle funzioni di domanda e di offerta conseguente a situazioni di incertezza del diritto evidenziata al par. 10 determina, inoltre, una diminuzione netta di quantità prodotta, a parità di impiego di risorse di fattori della produzione da parte delle imprese e quindi si traduce in una perdita di efficienza dell'attività produttiva delle imprese.

Ancora più delicato e cruciale è il requisito di una sostanziale certezza del diritto nell'economia pubblica, dove l'operatore amministrazione pubblica formula e realizza la sostituzione coattiva delle scelte private con scelte pubbliche.

Nell'economia pubblica, infatti, l'operatore pubblico – sia esso interprete di una funzione del benessere sociale o espressione di una classe sociale dominante - elabora un calcolo economico che è alla base dell'attività finanziaria coercitiva (C. Cosciali). Tale calcolo economico deve essere caratterizzato dai requisiti della *completezza*, dell'*efficienza*, e dell'*economicità*. questi requisiti richiedono certezza sostanziale delle norme tributarie.

Il calcolo economico dell'operatore pubblico deve basarsi sulla conoscibilità e sulla chiarezza della regola giuridica in quanto solo in tal modo è possibile tener conto di tutti gli effetti e dei caratteri non solo del prelievo, ma anche della spesa pubblica (completezza). Il calcolo economico deve sempre fondarsi sugli stessi principi di chiarezza e conoscibilità della regole di diritto perché in tal modo è possibile apprestare le scelte di prelievo - e soprattutto di spesa pubblica - che consentano di conseguire i fini pubblici in via immediata e con il minor dispendio di risorse (efficienza). Infine il calcolo economico deve essere basato su un sistema di regole di diritto chiare e conoscibili in modo che l'operatore pubblico sia in grado di conseguire gli obiettivi di finanza alterando il meno possibile gli equilibri dell'economia ed anzi utilizzando in misura ottimale le variabili economiche e le dinamiche economiche per il conseguimento degli obiettivi (economicità).

Sempre in relazione all'attività finanziaria, va rimarcato che l'economia pubblica oggi richiede che il governo delle grandi variabili macroeconomiche basato su adeguata programmazione di breve e medio termine. Un'attendibile e razionale programmazione dei flussi finanziari è resa più agevole se l'attività finanziaria è basata su norme certe e di chiara interpretazione. La possibilità di infinite dispute in materia di procedure di bilancio o di attuazione delle spese e, ancor peggio, di controversie giurisdizionali estenuanti e prolungate nel tempo vanifica molte progettualità, per presenti al livello di aspirazione nell'apparato pubblico, che sono essenziali per il corretto funzionamento di una moderna pubblica amministrazione. Progettualità che sono messe in difficoltà per le carenze di chiarezza e dell'interpretabilità delle regole sui bilanci pubblici e sulle procedure contabili e di controllo.

In definitiva, condizione necessaria per il corretto funzionamento del mercato e quindi per il conseguimento di equilibri paretiani dalla dinamica delle forze del mercato stesso non è soltanto genericamente la presenza di regole di diritto, ma specificamente di regole di diritto dotate di attendibile interpretazione ed inserite in un contesto di conoscibilità e di certezza. Lo stesso requisito subordina la possibilità di conseguire scelte pubbliche rispondenti all'economicità e idonee al conseguimento meno costoso ed efficiente degli obiettivi della classe politica.

In mancanza di un sistema normativo adeguato ed efficiente sotto il profilo della certezza del diritto, quindi, esistono seri ostacoli al funzionamento del mercato ed alla razionale formulazione e realizzazione delle scelte pubbliche.

In altri termini, è funzione essenziale dell'operatore pubblico preso nel suo complesso (Stato, enti territoriali, altri enti dotati di poteri normativi) quella della formulazione di una regola di diritto chiara e di attendibile e condivisa interpretazione. Nel caso, frequente nei nostri tempi, di "fallimento dello Stato" (inteso come operatore pubblico nel suo complesso) sotto il profilo della produzione di certezza del diritto si verificano malfunzionamenti del mercato e dei meccanismi di formulazione e di attuazione delle scelte pubbliche.

### **13. Alcuni correttivi, nella formulazione delle norme in materia di economia e finanza, per conseguire un maggior grado di certezza del diritto.**

L'esperienza di questi ultimi decenni, anche suffragata da ricerche ufficiali, conduce alla proposizione di alcuni principi per conseguire regole più certe nell'ambito della legislazione economica e finanziaria. Questi principi possono essere desunti dall'osservazione e dall'analisi procedurale di qualche esempio concreto di buona e certa legislazione nel campo dell'economia. Non mancano, in effetti, esempi di testi normativi che contengono regole univoche che normalmente non generano grandi problemi interpretativi: il D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) noto anche come "legge Draghi", costituisce, sotto il profilo della certezza del diritto, un ottimo testo. Per gli intermediari finanziari e per gli operatori del mercato questo testo contiene regole di diritto precise e di attendibile interpretazione che, pertanto, costituiscono un sicuro riferimento per gli operatori.

Per ritornare a tematiche generali, è essenziale che siano definiti in modo chiaro ed anche con riferimenti quantitativi precisi, all'inizio della norma o del testo legislativo nel suo complesso gli obiettivi economici del testo stesso. Questo evita che in relazione al testo possano affollarsi molteplici e diverse istanze (anche basate su oggettivi elementi testuali) di attribuzione di significati anche antitetici. Sono esemplari, in tal senso, la norma dell'art. 104 del Trattato che istituisce l'Unione europea ed il sistema dei precisi rinvii che esso contiene. Dopo aver stabilito che "gli stati membri devono evitare disavanzi pubblici eccessivi", l'art. 104 precisa che la Commissione esamina la conformità della disciplina di bilancio sulla base dei due criteri seguenti:

- a) se il rapporto fra il disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il prodotto interno lordo superi un valore di riferimento ..
- b) se il rapporto fra debito pubblico e prodotto interno lordo superi un valore di riferimento ..

La stessa norma stabilisce che i valori sono specificati nel protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi allegato al Trattato. Il Protocollo (n. 5) sulla procedura per i disavanzi eccessivi definisce in termini quantitativi certi i rapporti di cui trattasi al 3% del PIL e al 60% del PIL.

Altra norma chiara e di certa interpretazione, in quest'area è quella dell'art. 2 del reg. Consiglio europeo 7 luglio 1997, n. 1467/797. Questa regola riguarda le accezioni all'obbligo di

convergenza e in particolare all'obbligo di rispettare il valore di riferimento del 3% del PIL per il disavanzo pubblico. Gli scostamenti rispetto al valore di riferimento sono consentiti soltanto se giustificati da una grave recessione economica e la norma, opportunamente ed in maniera univoca, definisce la recessione economica "grave". Stabilisce il regolamento che sussiste una recessione economica grave "solo qualora sussista un declino annuo del PIL pari almeno al 2%". L'atteggiamento concreto di alcuni stati appartenenti al Sistema europeo di moneta unica che presentano deficit pubblici superiori al 3% del PIL si ispira alla richiesta di eccezioni più o meno artificiali. Eccezioni che possono fondarsi su considerazioni di teoria economica legate all'opportunità di rimuovere vincoli troppo rigidi per la conduzione della politica macroeconomica o da motivazioni soltanto politiche. La regola di diritto, peraltro, è chiara e non ammette molti problemi interpretativi. La possibilità di applicazioni diverse rivolte ad esempio a non contabilizzare ai fini del deficit alcune categorie di spesa pubblica è legata, quindi, allo svolgersi di trattative di tipo politico.

E' importante, nell'economia come in tutti i settori, che le norme siano brevi e sintetiche in modo tale da fissare proposizioni non suscettibili di infinite chiose ed illazioni. La regola del diritto non deve inseguire casistiche di dettaglio o elencazioni specifiche ma fissare rapporti precisi fra fatti economici e tipologie di intervento del tipo "se si verifica il fenomeno del tipo *X* nella modalità quantitativa superiore ad *Y* l'autorità è tenuta ad intervenire con provvedimenti, sulla base della valutazione dell'interesse *I*". Sotto questo profilo sono utili i processi che oggi si stanno in parte realizzando, di delegificazione nel senso di spostamento della competenza a stabilire regole di dettaglio in direzione di livelli inferiori, quali autorità di governo o altre entità amministrative.

Sul piano procedurale e di garanzia di adeguatezza sotto il profilo dei contenuti, è auspicabile che nella formazione dei testi legislativi venga dato un giusto spazio all'opera di qualificati esperti dell'economia e della finanza pubblica. Per questo motivo è utile fare uso della metodologia della delega legislativa al Governo per l'adozione di decreti legislativi. Un esempio interessante, in questo settore, ci viene offerto dal caso delle norme, sopra citate, adottate per la regolazione dell'intermediazione finanziaria. Per definirne il contenuto e le soluzioni tecnico-giuridiche, infatti, è stato decisivo l'apporto dei tecnici dell'allora Ministero del Tesoro e della Banca d'Italia.

L'ultimo correttivo cruciale, ai fini del conseguimento di un sufficiente grado di certezza del diritto nel sistema economico, è la politica di stabilità legislativa e di coerenza temporale; politica che estrinseca nell'adozione di norme che possano rimanere in vigore per tempi anche lunghi senza richiedere emendamenti e modifiche frequenti, disordinate ed affannose.

In definitiva, il vero problema della normativa in materia di economia pubblica è quello di conseguire la razionalità che deriva dalla chiarezza di intenti e dall'impiego corretto degli strumenti. Questo è stato lucidamente sottolineato, come suggerimento per il legislatore, da studiosi di teoria

generale del diritto e di politica economica. Ma “è frequente che le voci dei saggi non trovino ascolto in chi ha il potere di decidere” (F. Caffè, *Lezioni di politica economica*, Torino, 1990, p. 111).

#### **14. Considerazioni conclusive.**

Il problema della certezza del diritto ha una serie di connessioni di forte rilevanza nell'economia e nella finanza pubblica.

In generale l'incertezza delle regole giuridiche determina un incremento di costi per l'intero sistema economico. Costi ricollegabili all'incertezza delle prescrizioni - e quindi all'insorgenza di situazioni di rischio - ed alla necessità di ricorrere ad onerose attività di consulenza e di studio interpretativo.

L'incertezza del diritto, inoltre, determina una serie di profonde alterazioni degli assetti contrattuali e, per l'esercizio di poteri unilaterali in finanza pubblica, dei rapporti fra operatore pubblico e soggetto passivo delle scelte pubbliche. In entrambi i casi l'incertezza delle previsioni normative determina situazioni di asimmetria informativa, in quanto le parti hanno differenti possibilità di accedere alle informazioni sui dati giuridici oppure di usufruire di consulenze.

E' nota l'importanza che le regole e l'amministrazione della giustizia hanno per il buon funzionamento di un'economia di mercato e di un sistema di finanza pubblica. In particolare nell'area dell'economia privata o pubblica uno sviluppo equilibrato degli scambi ed una corretta impostazione del rapporto fra operatore pubblico ed operatore privato presuppone un'architettura delle regole - ed una loro applicazione - che produca fiducia nei consumatori e nei produttori ed anche nei destinatari delle decisioni pubbliche. Questo avviene soltanto se le regole sono di certa interpretazione e di significato univoco.

In buona sostanza, il presupposto per un corretto funzionamento del sistema di economia di mercato e della finanza pubblica è non soltanto l'esistenza di un complesso articolato di regole, ma di regole dotate di adeguata chiarezza e di certa interpretabilità.

Sotto questo profilo all'indagine di carattere positivo - che porta all'identificazione di alcune conseguenze teoriche dell'incertezza del diritto - deve aggiungersi un approccio di carattere normativo con la una serie di prescrizioni per evitare, mediante rimedi ed opportuni accorgimenti, seri inconvenienti e gravi costi che scaturiscono dalla situazione di incertezza della portata delle regole di diritto.

Quello della rilevanza della perdita della certezza del diritto negli equilibri dell'economia e della finanza pubblica rimane un territorio di estremo interesse che merita ulteriori approfondimenti.



## RIFERIMENTI BIBLIGRAFICI

Nella letteratura economica:

- Akerlof, *The Market for Lemons. Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in “Quarterly Journal of Economics”, 1970, 89, pp. 488-500.
- M. Allais, *Le comportmen de l’homme rationel devant le risque. Critique des postulats ed axiomes de l’école americaine*, in «Econometrica», 21, pp. 503-46.
- K. Arrow, *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Amsterdam, North Holland, 1974.
- K. Borch, *The Economics of Uncertainty*, Princeton, Princeton University Press, 1968.
- P. Bosi, *Teorie generali della finanza pubblica, beni pubblici e fallimenti del mercato*, in *Corso di Scienza delle finanze* a cura di P. Bosi, Il Mulino, Bologna, 2000.
- C. Cosciani, *Scienza delle finanze*, ed. rinnovata a cura di B. Bises, G. Campa, G. Dalleria e G. Paladini, UTET, Torino, 1991.
- P. Diamond e J. Stigliz, *Increases in Risk and Risk Adversion*, in “Journal of Economic Theory”, 1974, 8, pp. 337-360.
- M.Engers e L.Fernandez, *Market Equilibrium with Hidden Knowledge and Self –selection*, in “Econometrica”, 1987, 55, pp. 425-440.
- P. Fishburn, *Utility Theory for Decision Making*, New York, 1970.
- A. N. Hatzis (a cura di), *Economic Analysis of Law – a European Perspective*, Edgar Elgar, Glensanda House, 2003
- M. Hellwig, *Some Recent Developments in the Theory of Competition in Markets with Adverse Selection*, University di Bonn, 1986.
- D. Kahneman e A. Tversky, *Prospect Theory: An Analysis of Decisions under Risk*, in “Econometrica”, 1979, 47, pp. 263-291.
- D.M. Kreps, *Notes on the Theory of Choice*, Boulder Colorado, Westview Press, 1988.
- D. M. Kreps, *A Course in Microeconomic Theory*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1990, trad. it. *Corso di Microeconomia*, Il Mulino, Bologna, 1993, pp. 95-165 e 731-771.
- M. Kohlberg e J. F. Mertens, *On the Strategic Stability of the Equilibria*, in “Econometrica”, 1986, 54, pp. 1003-1038.
- M. Machina, *Temporal Risk and the Nature of Induced Preferences*, in “Journal of Economic Theory”, 1984, 33, pp. 199-231.
- P. Milgrom e J. Roberts, *Bargaining Costs, Influence Costs and the Organization of Economic Activity* in J. Alt e K. Shepsle (a cura di ) *Positive perspectives on Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- R. A. Posner, *The Economic Structure of Law*, Edward Elgar, Glensanda House, 2000.
- J. Reinganum e L. Wilde, *Settlement, Litigation and the allocation of Litigation Costs*, in “Rand Journal of Economic”, 1986, 17, pp. 557-566.

- J. Riley, *Informational Equilibrium*, in “Econometrica”, 1979, 47, pp. 331-357.
- S. Ross, *Some Strong Measures of Risk Adversion in the Small and in the Large with Application*, in “Econometrica”, 1981, 49, pp.621-638.
- M. Rothschild e J.Stigliz, *Equilibrium in a Competitive Insurance Market* In “Quarterly Journal of Economics” 1976, 80, pp. 629-649.
- W.J. Samuels, *Economics, Governance and Law*, Edward Elgar, Glensanda House, 2002.
- J. Sobel, *An Analysis of Dsccovery Rules*, in “Law and Contemporary problems”, 1991
- A. Tversky e A. Kahneman, *Rational choice and the framing of decision*, in “Journal of Business”, 1986, 59, pp. 251-278.
- O. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalis*, Free Press, Mew York, 1985
- Nella letteratura giuridica:
- M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Bari, 2000.
- E. Allorio, *La certezza del diritto dell’economia*, in “Il diritto dell’economia”, 1956, 1098-1112.
- F. Carnelutti, *La certezza del diritto*, in “Riv. Di diritto processuale civile”, 1943, pp. 81-91.
- F. Galgano, *Il rovescio del diritto*, Milano, Giuffrè, 1991.
- F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, Gismondi, Roma, 1950.
- D. Marchesi, *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Il Mulino, Bologna, 2003.
- R. PAGANO, *La preparazione delle leggi*, Roma, 1990.

