

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

Carlo Attanasio, Dario Farace,
Fulvio Gigliotti, Alessandro Hirata,
Sabrina Lo Iacono, Anna Sammassimo,
Livia Ventura, Patrizio Cataldo,
Arturo Maniaci

XXIV

2019-1

INSCHIBBOLETH

Gennaio - Giugno

ARCHIVIO STORICO E GIURIDICO SARDO DI SASSARI

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona)

Comitato di redazione

Dario FARACE (Università di Roma "Tor Vergata"); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo "USP"); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Ilaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Carlo ATTANASIO; Roberta BENDINELLI; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Maria Teresa NURRA; Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.
Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.
Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019. Periodicità: semestrale.

ISSN Print: 2240-4856

ISSN on line: 2240-4864

© 2020, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni - via G. Macchi, 94, 00133, Roma - Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 1/2019, gennaio-giugno, pubblicato on line il 20 giugno 2020.

INDICE

Saggi

CARLO ATTANASIO, *Parità di trattamento e rapporti tra imprese* p. 11

DARIO FARACE, *La procreazione medicalmente assistita: spunti dalla dottrina sociale della Chiesa* p. 79

FULVIO GIGLIOTTI, *Inadempimento negoziale e danno non patrimoniale (a proposito di una recente proposta di intervento normativo)* p. 101

ALESSANDRO HIRATA, *Die datio in solutum in neubabylonischer Zeit* p. 115

SABRINA LO IACONO, *Il divorzio della liberta dal suo patrono eo invito* p. 127

ANNA SAMMASSIMO, *Brevi note sul principio di insostituibilità del consenso nella disciplina del matrimonio canonico* p. 149

LIVIA VENTURA, *Certified B-Corps and Benefit Corporations in the Italian Legal System* p. 169

Note a sentenza

PATRIZIO CATALDO, *L'onere della prova nelle controversie sulla garanzia per vizi e le ricadute sulle compravendite immobiliari. Nota a Cass. S.U. 3 maggio 2019 n. 11748* p. 193

Recensioni

ARTURO MANIACI, *L'incertezza del diritto* p. 211

Recensioni

L'incertezza del diritto*

Arturo Maniaci

Il diritto è – per sua natura – certo. Il diritto è – per sua natura – incerto. Sono entrambe affermazioni vere.

Il diritto è certo. Se la certezza è annoverabile fra le aspirazioni e i bisogni più squisitamente umani, il diritto – inteso come quell'insieme di norme, soggetti e istituzioni che costituiscono un dato ordinamento giuridico – tende a riflettere, condensare e sublimare questa esigenza antropologica, non solo e non tanto elevando la certezza a interesse generale e obiettivo fondamentale del sistema giuridico¹, quanto e soprattutto presupponendola come caratteristica immanente o consustanziale a ogni comunità, che come tale si fonda sulla integrazione (e sulla stabilità dei rapporti intercorrenti) fra i suoi componenti, nonché sulle aspettative inerenti a ciascun ruolo sociale². Sono espressione di un'esigenza di certezza (intrinseca, come detto, alla nozione stessa di diritto) la disciplina e l'organizzazione dei meccanismi formali, o delle fonti, di produzione del diritto (anche là dove vigono regole non rigide né formalizzate³), la pubblicità di fatti o atti normativi e negoziali (come attestato, ad esempio, dalla necessità, costituzionalmente avvertita, della pubblicazione ufficiale di tutte le leggi, dall'esigenza di conoscibilità di fonti normative come gli usi o le consuetudini, dall'articolazione di un complesso sistema di pubblicità di atti aventi certi effetti giuridici⁴), l'istituzione di un vasto apparato sanzionatorio

* Lo scritto riproduce la *Introduzione* al libro dal titolo *L'incertezza del diritto*, scritto da U. TASCIOTTI e I. MEGALI, edito nel 2019 per i tipi di Aracne.

¹ In tal senso, v. A. VON ARNAULD, *Rechtssicherheit. Perspektivische Annäherungen an eine "idée directrice" des Rechts*, Tübingen, 2006, p. 153.

² M. CORSALE, voce *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 2.

³ V. ad es. l'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia, che elenca e dispone in ordine gerarchico le più significative fonti del diritto internazionale. Sul tema, cfr. da ultimo S. YEE, *Article 38 of the ICJ Statute and Applicable Law: Selected Issues in Recent Cases*, in *7 Journal of International Dispute Settlement*, 2016, pp. 472 ss.

⁴ Un quadro sintetico delle varie forme di pubblicità giuridica è offerto da A. PIZZORUSSO, voce *Certezza del diritto II) Profili applicativi*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, p. 2. Sugli

(non solo penale, ma anche amministrativo e civile), la previsione di alcuni istituti, sostanziali e processuali (quali l'usucapione, la prescrizione, la decadenza, le prove c.d. legali, le preclusioni processuali, la cosa giudicata⁵), ovvero di alcuni princìpi (come quello di legalità, o di irretroattività della regolamentazione normativa, soprattutto penale, o di incontestabilità dei rapporti e delle situazioni giuridiche esaurite), la presenza nel contesto del diritto privato di un nutrito gruppo di prescrizioni improntate a un rigido formalismo negoziale (come le disposizioni che impongono la forma scritta *ad substantiam* per il compimento di determinati atti), l'attribuzione nel contesto del diritto pubblico di determinati poteri autoritativi a determinati soggetti in relazione a determinati oggetti documentali (come quelli connessi all'attività di certificazione amministrativa⁶), la disciplina dei modi di costituzione, modificazione o rimozione di determinate relazioni giuridiche (come quelle familiari basate su *status* di filiazione), nonché la persistenza di una determinata ideologia e cultura giuridica (il giuspositivismo) di cui si è negli ultimi secoli imbevuto il ceto dei giuristi.

Il diritto è, però, al contempo incerto. Anzi, lo è sempre stato, considerato che, financo nell'epoca dell'Illuminismo giuridico, pur essendo sponsorizzato un sistema basato su poche e semplici leggi, facilmente conoscibili e intelleggibili dal cittadino (le cui libertà individuali e le cui prerogative dominicali meritavano protezione contro il potere pubblico), si registrava il fenomeno per cui «[m]olti si lagnano della incertezza del diritto»⁷. E sempre lo sarà, non tanto perché il complesso dell'ordito normativo non è in grado di regolare tutti i possibili casi della vita⁸, quanto perché è ineliminabile dall'esperienza giuridica la componente interpretativa⁹, presupponendo il diritto una correlazione (e un'attività di mediazione) fra segni e significati: nel libro tale consapevo-

strumenti di conoscenza e di divulgazione delle regole giuridiche, cfr. *amplius* B. MALAISI, *La conoscibilità della legge*, Padova, 2012, pp. 95 ss.

⁵ La cui unica ragione d'essere starebbe, appunto, nella certezza (da cui discende anche un sentimento di sicurezza dei consociati): M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979, pp. 31 ss.

⁶ Sul tema, cfr. per tutti M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 773 ss. Sull'attuale tendenza a favorire l'autocertificazione e la decertificazione v. M. GNES, *La decertificazione. Dalle certificazioni amministrative alle dichiarazioni sostitutive*, Santarcangelo di Romagna, 2014.

⁷ Questo l'*incipit* del Discorso VII sul *Ragionamento sulle Leggi civili* di A. VERRI (v. *Discorsi varj del conte Alessandro Verri pubblicati nel giornale letterario intitolato Il Caffè*, Milano, 1818, p. 180).

⁸ Considerava l'ordinamento giuridico «lacunoso per definizione» T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, in *Arch. giur.*, XCIV, 1925, pp. 235 ss.

⁹ Senza l'interpretazione il diritto non esiste, sicché si può dire che «il diritto è, perché [...] "interpretato"»: così, L. MOCCIA, *Riflessioni sparse (e qualche involontario aforisma) su interpretazione e diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 919. Ma v. già T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, 1952, XLIII: «la norma [...] sarà pur sempre quale è interpretata».

lezza viene resa ostensibile sin dalle prime pagine, in cui non si ha remore a qualificare giuristi e giudici come “veri e propri creatori” e in cui si tesaurizza la distinzione fra “proposizione normativa” e “norma”¹⁰. Del resto, appare sotto tale profilo significativo che nel ragionamento giuridico, e segnatamente in quello giudiziale, ci si avvale spesso dello schema della ‘fattispecie’, che è finalizzato a rendere possibile la soluzione di un caso, e dunque presuppone un’attività di interpretazione giuridica, che a sua volta implica una scelta, anche in relazione alla selezione, costruzione e rielaborazione del materiale grezzo, appunto *sub specie facti* (salvo ovviamente verificare i criteri alla stregua dei quali tale scelta venga operata): ad esempio, per stabilire se irrogare a Tizio una condanna penale per omicidio, non basta dire che Tizio ha ucciso Caio, ma è necessario che un certo organo, preposto dal diritto e competente secondo il diritto, in un certo procedimento, regolato dal diritto, abbia accertato, secondo il diritto, che Tizio ha commesso un fatto qualificabile secondo il diritto come un omicidio e quindi debba secondo il diritto irrogare a Tizio una determinata sanzione penale, prevista dal diritto¹¹.

Se il modo di essere del diritto non è, dunque, qualificabile in termini di certezza ovvero di incertezza (*aut aut*), presentando sempre elementi o componenti sia dell’una sia dell’altra predicazione (*vel vel*), si può condividere la conclusione per cui la certezza del diritto è una questione di grado, trattandosi di un concetto disposizionale, non classificatorio¹², tant’è che molte delle indagini scientifiche svolte negli ultimi tempi sul tema hanno avuto come oggetto o finalità la verifica delle cause e delle conseguenze connesse al tasso (o grado) di certezza/incertezza di un dato ramo dell’albero dell’esperienza giuridica: il diritto penale¹³, il diritto penitenziario¹⁴, il diritto tributario¹⁵, il diritto costituzionale¹⁶, il diritto dell’Unione europea¹⁷, il diritto

¹⁰ La distinzione corrisponde a quella (tracciata dalla filosofia analitica, sulla scia dell’insegnamento di V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, pp. 195 ss.) fra “disposizione” e “norma”, su cui v. da ultimo C. LUZZATI, *Interpretazione della legge, interpretazione del diritto e interpretazione nel diritto*, in AA.Vv., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, 2016, I, pp. 823 ss.

¹¹ È un esempio di scuola fatto da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1975, pp. 270-271.

¹² In tal senso, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005, pp. 2, 11, 30 e 165.

¹³ F. PALAZZO, *Le articolazioni concrete della certezza del diritto nel sistema penale*, in AA.Vv., *La certezza del diritto, un valore da ritrovare*, Milano, 1993, pp. 67 ss.

¹⁴ N. MAZZAMUTO, *Certezza ed ordinamento penitenziario*, in AA.Vv., *La certezza del diritto, un valore da ritrovare*, cit., pp. 119 ss.

¹⁵ E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2000; G. RAGUCCI, *L’etica del legislatore tributario e la certezza del diritto*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2016, pp. 441 ss.

¹⁶ Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002.

¹⁷ J. RAITIO, *The Principle of Legal Certainty in EC Law*, Dordrecht, 2003; E. PAUNIO, *Legal Certainty in Multilingual EU Law*, Farnham, 2016.

amministrativo¹⁸, il diritto canonico¹⁹, il diritto privato²⁰ e, da ultimo, il diritto internazionale pubblico²¹.

Non può, tuttavia, essere sottaciuto che nel diritto contemporaneo la certezza/incertezza ha assunto forme, misure, dimensioni e sfumature nuove, diverse e per molti aspetti impensabili rispetto ai tempi in cui le riflessioni storico-politiche e giuridico-filosofiche avevano iniziato ad animare il dibattito sul tema²².

Anzitutto, dopo pur pregevoli tentativi di offrire un quadro il più possibile completo ed esaustivo di accezioni della nozione di certezza del diritto (vigenza, durata, sufficienza, significato della *regola iuris*)²³, si è fatta progressivamente strada una tesi, non a caso inaugurata da un'autorevole esponente della teoria dell'argomentazione e del ragionamento giuridico, che pone l'accento sul grado di prognosi circa l'esito dell'intervento (o mancato intervento) di organi con competenza giuridica decisionale²⁴, e si è dunque accreditata l'idea della certezza del diritto come possibilità di prevedere le conseguenze giuridiche derivanti da atti o fatti: secondo questa accezione e in quest'ottica, ciò che conta è la qualificazione e valutazione da parte degli organi giuridici, perché condiziona (e reagisce sul)la programmazione giuridicamente consapevole, da parte del cittadino, della propria condotta²⁵.

Poi, anche la certezza come rispondenza alle aspettative dei consociati e financo dei giuristi è entrata in crisi, per effetto di diversi fattori o fenomeni, alcuni dei quali vengono opportunamente segnalati all'attenzione del lettore: l'istanza di giustizia (di origine postbellica) volta a far emergere i limiti della legge, accompagnata dalla promozione e dalla esaltazione della dimensione morale del diritto (compendiata, ad esempio, nella c.d. formula di Radbruch); l'ipertrofia delle fonti normative, anche di rango primario, accompagnata

¹⁸ *Annuario Aipda 2014, L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015.

¹⁹ AA.VV., *Certezza del diritto e ordinamento canonico*, a cura di C. Minelli, Torino, 2017.

²⁰ C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

²¹ E. SAVARESE, *Certezza del diritto e diritto internazionale*, Napoli, 2018.

²² Ne prende infatti le opportune distanze C. LUZZATI, *Ancora sulla certezza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale* - Rivista telematica (www.statoechiese.it), n. 23, 2017, p. 3. Il riferimento è, soprattutto, al classico volume di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942, rist. 3^a ed. a cura di G. Astuti, 1968.

²³ E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Dir. econ.*, 1956, pp. 1203 ss., la cui posizione è stata subito condivisa da M. LONGO, nella voce *Certezza del diritto* pubblicata in *Nss. D. I.*, III, Torino, 1959, p. 126.

²⁴ L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, II, Torino, 1988, p. 275.

²⁵ La certezza del diritto intesa in quest'accezione è sponsorizzata soprattutto da filosofi analitici del diritto: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990, p. 421; M. JORI - A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1995, p. 194; C. FARALLI, *Il «diritto alla certezza» nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova, 2001, p. 623; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., p. 22; ID., *Indici di certezza del diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 12, 2012, pp. 309-310, il quale (ivi, nota 1) elenca comunque tutta una serie di significati ascrivibili alla locuzione "certezza del diritto".

dall'irruzione di meccanismi sovranazionali e atipici di produzione del diritto (diritto europeo, *lex mercatoria*, *soft law*); una diffusa sciatteria redazionale e disorganicità delle leggi, accompagnata dalla massiccia tendenza alla c.d. decodificazione; la progressiva affermazione, anche sul piano dell'argomentazione giuridica, dei principi, accompagnata da un atteggiamento culturale cui conviene il nome di "neocostituzionalismo"; la messa in discussione di alcuni dogmi o postulati, accompagnata dalla perdita della granitica fisionomia concettuale di istituti posti a presidio proprio della certezza del diritto (come, ad esempio, il giudicato²⁶ o la prescrizione²⁷).

Logico, quindi, che la certezza del diritto, non più fatto (ce lo insegna la storia plurisecolare del pensiero giuridico), diventi esigenza tanto sentita da tradursi in una direttiva di scopo per gli organi giuridici (legislatore, giudici, pubblica amministrazione), pur non assurgendo a principio o valore assoluto, ma bilanciabile o ponderabile rispetto ad altri.

Così, ad esempio, il diritto dell'Unione europea impone agli Stati membri norme chiare, precise e prevedibili nei loro effetti, in modo da tutelare il legittimo affidamento dei cittadini europei²⁸.

Così, molti sistemi di *Civil Law* (in cui sono annoverabili quasi tutti quelli europei) tendono sempre più ad attribuire ad alcune decisioni giudiziali forza vincolante o semivincolante (e non solo persuasiva), in modo da favorire una giurisprudenza consolidata o comunque la diffusione della cultura del precedente²⁹.

Così, nel diritto tributario italiano è dato rinvenire una normativa volta a «favorire un contesto fiscale di certezza» (v. art. 5 lett c d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, contenente significativamente «disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente»).

Ciononostante, permangono e anzi si dilatano i margini di incertezza del diritto: è normale, è inevitabile, è fisiologico che ciò avvenga in un sistema giuridico caratterizzato da fonti multilivello e da una struttura reticolare, e che è espressione di una società ad elevata complessità come quella attuale.

²⁶ Sia penale (sul tema, v. ad es. S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica*, in *Arch. pen.*, n. 2, 2013, p. 7) sia civile (sul tema, v. ad es. R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale: incontri e scontri*, in *Giur. it.*, 2009, pp. 2815 ss.; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio*, ivi, pp. 2835 ss.).

²⁷ Si pensi alla controversa questione del momento iniziale di decorrenza della prescrizione dell'azione risarcitoria civile per fatto illecito dannoso lungolatente (nel senso che il *dies a quo* del termine di prescrizione decorre dal momento in cui il danno può essere percepito v. Cass. S.U. 11 gennaio 2008, n. 583, in *Giur. it.*, 2008, 1695, con nota di G. TERLIZZI; sul tema, da ultimo, cfr. L. CASTELLI, *Prescrizione e impedimenti di fatto*, Milano, 2018, pp. 65 ss. e 123 ss.).

²⁸ V. ad es. le seguenti pronunce della Corte di Giustizia: sent. 3 giugno 2008, causa C-308/06; sent. 2 dicembre 2009, causa C-358/08; sent. 11 giugno 2015, causa C-98/14; sent. 20 dicembre 2017, causa C-322/16.

²⁹ Sul tema, ci permettiamo di rinviare il lettore interessato ad A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo 'Stare decisis'?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2014, pp. 573 ss.

Non nuoce, però, ricordare che l'incertezza del diritto può portare con sé alcuni vantaggi.

Non soltanto, infatti, può essere attribuita rilevanza al convincimento circa la liceità di una condotta (derivante, ad esempio, dalla oggettiva situazione di incertezza sulla portata, sul contenuto, ovvero sulla stessa esistenza di un precetto) da parte del singolo cittadino al fine di escludere una sua personale responsabilità penale o amministrativa³⁰, ma esiste anche la possibilità di invocare il beneficio dell'errore scusabile come motivo di rimessione in termini, sia nel processo amministrativo (v. ora art. 37 cod. proc. amm., che parla di «oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto»)³¹, sia nel processo civile³².

Di più. La incertezza del diritto può persino favorire la certezza dei diritti: nel silenzio delle fonti normative scritte, i diversi formanti – anche valorizzando la clausola di apertura contenuta nell'art. 2 Cost. – hanno, infatti, coniato nuove situazioni giuridiche soggettive (come noto, ad esempio, il diritto alla riservatezza è stato originariamente riconosciuto dal formante giurisprudenziale in assenza di qualsivoglia previsione normativa espressa). Tant'è che negli ultimi tempi i diritti si sono moltiplicati, dando luogo ad ulteriori generazioni: ai diritti della prima generazione (diritti civili e politici) e della seconda generazione (diritti economici e sociali) si sono così aggiunti i diritti della terza generazione (legati alle nuove tecnologie) e, da ultimo, i diritti della quarta generazione (connessi alle nuove ricerche e scoperte in ambito scientifico o biomedico)³³.

Il libro di U. Tasciotti e I. Megali ha appunto lo scopo di illustrare i diversi modi di atteggiarsi della tensione costante fra l'aspirazione alla certezza (ideale) del diritto e la realizzazione (concreta) della certezza dei diritti.

Il libro si articola in dieci capitoli.

Il primo capitolo è introduttivo, ed è destinato soprattutto al lettore inesperto e digiuno del diritto, che viene accompagnato per mano nel cammino con cui si attraversano i luoghi più frequentati dalla letteratura manualistica ed istituzionale: la nozione (tuttora controversa) di diritto, il rapporto fra il diritto

³⁰ V. art. 5 cod. pen., come riscritto dalla Corte costituzionale (sent. n. 364/1988), i cui principi reagiscono anche sull'interpretazione dell'art. 3 l. n. 689/1981 (in tal senso, v. ad es. Cass. 13 settembre 2006, n. 19643, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce "Sanzioni amministrative e depenalizzazione", n. 37).

³¹ Tale possibilità viene peraltro accordata a partire quantomeno dal 1924 (ne ripercorre l'evoluzione storica O. SEPE, *L'errore scusabile nel processo amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, pp. 676 ss.).

³² Per un'estensione del rimedio di cui all'art. 184-bis cod. proc. civ. (poi sostituito in via generale dall'art. 153, 2° comma, cod. proc. civ.) ai poteri processuali esterni a ogni grado di giurisdizione (e quindi ai termini di impugnazione), v. ad es. Cass. ord. 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, pp. 1473 ss., cui è seguita, da ultimo, Cass. S.U. 18 dicembre 2018, n. 32725, in *Rep. Foro it.*, 2019, voce "Termini processuali civili", n. 4.

³³ Seguiamo qui la catalogazione proposta da T. MAZZARESE, *Diritti fondamentali e neo-costituzionalismo: un inventario di problemi*, in AA.Vv., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra) nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. Mazzaresse, Torino, 2002, p. 25.

quale è (diritto positivo) e il diritto quale dovrebbe essere o si vorrebbe che sia (diritto naturale), le fonti del diritto (oggettivo) e dei diritti (soggettivi), le caratteristiche di ogni ordinamento giuridico, i rapporti tra i vari ordinamenti giuridici (ivi compresi quelli illeciti, in quanto facenti capo ad organizzazioni criminali), l'organizzazione della funzione pubblica, gli elementi costitutivi dello Stato e dello Stato di diritto, i soggetti giuridici, i rapporti fra Stato e società civile, l'evoluzione storica e politica dello Stato italiano, le norme che compongono il sistema giuridico italo-europeo, con una digressione finale dedicata al problema della coerenza e razionalità nella interpretazione del diritto, innescato da contrasti giurisprudenziali.

Il secondo capitolo affronta l'annosa questione, avvertita nella sua drammaticità fin dai tempi dell'antichità, dei rapporti fra legge e giustizia (o, per dirla con un'espressione che piace agli Autori del libro, fra legalità formale e legittimità sostanziale) e dell'atteggiamento che il cittadino prima ancora che il giurista dovrebbe assumere di fronte a una legge ingiusta. In tale contesto, la certezza del diritto, messa comunque in crisi dall'avvento dello Stato costituzionale, è un valore fra altri, con i quali deve fare i conti ed essere bilanciato: questo delicato compito viene demandato all'interprete, il quale si fa carico del peso della effettività dei diritti, specie quelli fondamentali e quelli facenti capo a soggetti istituzionalmente deboli (come i lavoratori).

Il terzo capitolo si pone in continuità con il secondo, in quanto si tratta dei diritti inviolabili della persona, non senza cogliere l'occasione per svolgere un'utile digressione sul divieto di tortura, sull'*iter* che ha portato alla tardiva approvazione di una legge italiana che ha introdotto il delitto di tortura e sulle criticità di tale legge, nonché sulle modalità di votazione da parte del corpo elettorale e sulla loro conformità al metodo democratico imposto dalla nostra Costituzione. Si possono comunque già iniziare ad intravedere i termini del problema della certezza del diritto, con riguardo alla questione della configurabilità della fattispecie c.d. del concorso esterno nel reato di associazione di tipo mafioso, tuttora oggetto di vivace dibattito dottrinale in relazione alla violazione o meno del principio di legalità.

Con il quarto capitolo si entra nel vivo del tema oggetto del libro. Viene offerta una prima nozione stipulativa di certezza del diritto, ne sono delineati i corollari, ne vengono illustrati gli strumenti di rafforzamento, vero o presunto (come la nomofilachia sul piano dell'interpretazione giudiziale, che sempre più si avvicina alla funzione legislativa, e le Linee Guida ANAC sul piano della produzione paranormativa nel settore degli appalti e dell'attività della pubblica amministrazione in generale), ne sono evidenziati gli ostacoli che vi si frappongono (come quelli connessi alla scusabilità o inevitabilità dell'errore sulla legge penale), sono segnalati i rischi derivanti dalla forte attenuazione del suo grado nel campo economico, finanziario e tributario (come la perdita di forza attrattiva per gli investitori).

Nel quinto capitolo si affronta il cuore del problema: l'incertezza del diritto. Dopo aver dato atto dell'ambiguità e polisemia del sintagma 'certezza

del diritto', si mostra di prediligere quella, sopra vista, basata sulla prevedibilità delle conseguenze giuridiche della propria condotta, non astenendosi dal fornire alcune significative esemplificazioni di incertezza del diritto (come la farraginoso disciplina del processo esecutivo civile, la mancata applicazione della legge sull'affidamento condiviso, l'intero settore regolato dalla normativa tributaria, o lo stesso *modus operandi* della giurisprudenza, cangiante non solo da zona a zona territoriale, ma anche da stanza a stanza dei singoli giudici). Al contempo, però, si esaminano anche le altre nozioni di certezza del diritto finora proposte dalla dottrina (sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici, tutela dell'affidamento, effettività delle norme, irretroattività della legge e rispetto dei diritti acquisiti), nonché le relative articolazioni e criticità, anche con riguardo ai possibili rimedi. Infine, viene riservato uno spazio di riflessione al tema della certezza (*rectius*, incertezza) della pena.

Il sesto capitolo è dedicato all'esame di un particolare settore del diritto pubblico: il diritto processuale penale. I relativi protagonisti (magistratura requirente, magistratura giudicante, avvocatura) sembrano distinguersi per ruoli, funzioni, poteri, responsabilità, limiti di attività. Ma nella prassi si registrano distorsioni, deviazioni, disapplicazioni di norme: i casi di "malagiustizia", opportunamente evocati, ne sono la più eloquente dimostrazione. Di qui, l'esigenza di rinforzare i pilastri dello Stato di diritto (divisione dei poteri, principio di legalità, principio di uguaglianza formale e sostanziale, tutela delle libertà individuali e collettive, pluralismo sociale e istituzionale).

Il settimo e l'ottavo capitolo sono eminentemente incentrati sull'analisi di una nevralgica e 'mobile' area delle relazioni sociali: il diritto del lavoro. Le dense pagine ivi contenute sono destinate a far luce sulla genesi (moltiplicazione dei tipi negoziali), sui fattori (scarsa flessibilità in uscita, rivoluzione digitale, processi di automazione) e sulle conseguenze (nuovi tempi e spazi di svolgimento della prestazione lavorativa, diversi modi e forme di controllo dei lavoratori) dell'alto grado di incertezza in cui versa tale importante settore dell'esperienza giuridica. Particolarmente interessante appare l'analisi di quel dato fenomenologico e sociologico cui oggi conviene il nome di *gig economy* ("economia dei lavoretti"), idoneo ad incidere sulla stessa nozione di rapporto di lavoro (chi è il datore di lavoro? dov'è l'organizzazione d'impresa? quando sorge l'obbligo della prestazione lavorativa? quali sono i vincoli, obblighi e diritti del lavoratore? come si esercita il potere direttivo e disciplinare sul lavoratore?).

Il nono capitolo è dedicato soprattutto ai rapporti fra le innovazioni tecnologiche e le diverse attività giuridiche: dalla raccolta di dati giuridici in banche dati elettroniche alla redazione di documenti giuridici digitali; dalle prove informatiche ai sistemi di intelligenza artificiale applicati al diritto.

Nel decimo capitolo, infine, si prendono in considerazione le problematiche cui hanno dato àdito specifici provvedimenti, come quelli che hanno disposto il taglio dei trattamenti economici di fine mandato riservati ad alcuni politici e dei trattamenti pensionistici superiori a una certa soglia mensile, corrisposti

da enti gestori di forme di previdenza obbligatorie in favore del personale del pubblico impiego: nella prima ipotesi (c.d. vitalizi), l'incertezza deriva dalla fonte normativa adottata (regolamenti minori emessi dallo stesso organo presso cui i politici hanno svolto l'attività) e dal regime di retroattività ivi disposto; nella seconda (c.d. pensioni d'oro), invece, l'incertezza deriva dalla controversa natura giuridica dell'intervento autoritativo di perequazione, oltre che dalla modificazione di aspettative pensionistiche.

In definitiva, il lettore di questo libro (esperto o inesperto di materie giuridiche), al quale viene consentito di fare ingresso anche nelle selve più intricate del diritto, proverà alla fine la reazione di chi ha conosciuto o esaminato un mondo assai complicato e complesso. Ma si tratta di una complessità che (come la certezza e l'incertezza) connota il fenomeno giuridico³⁴ e che quindi non può essere eliminata, ridotta o sottovalutata.

Del resto, come ha scritto un filosofo moderno non a caso conosciuto come il "filosofo della complessità", «la complessità rifiuta di lasciarsi definire in modo semplice e sbrigativo», anche perché, «se si potesse definire la complessità in maniera chiara, ne verrebbe evidentemente che il termine non sarebbe più complesso»³⁵.

³⁴ Sul punto, cfr. per tutti A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in AA.VV., *Oltre il «positivismo giuridico»*, a cura di P. Sirena, Napoli, 2012, pp. 3 ss.

³⁵ Le frasi riportate sono tratte, rispettivamente, da E. MORIN, *La sfida della complessità*, in AA.VV., *La metafora del circolo nella filosofia del Novecento*, a cura di A. Anselmo e G. Gem-billo, Messina, 2002, p. 146, e da E. MORIN, *Le vie della complessità*, in AA.VV., *Le sfide della complessità*, a cura di G. Bocchi e M. Ceruti, Milano, 1985, p. 49.

Abstract [Ita]

L'Autore, traendo ispirazione da un recente libro dedicato al tema della incertezza del diritto, si sofferma sull'analisi delle cause, dei costi, dei vantaggi e delle conseguenze della tendenza ad accrescere l'incertezza e l'ambiguità di numerose regole e differenti principi giuridici.

Parole chiave: incertezza del diritto, certezza giuridica, fonti del diritto, interpretazione giuridica, discrezionalità giudiziale.

Abstract [Eng]

Drawing inspiration from a recent book regarding the uncertainty of law, the Author focuses on the reasons, the costs, the benefits and the consequences of the tendency to increase uncertainty and ambiguity of several rules and different legal principles.

Keywords: uncertainty of law, legal certainty, sources of law, statutory interpretation, judicial discretion.