

Ar2



Vai al contenuto multimediale

Umberto Tasciotti
Innocenzo Megali

L'incertezza del diritto

Prefazione di
Luigi Ammirati

Introduzione di
Arturo Maniaci





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it

info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXIX

Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.gioacchinoonoratieditore.it

info@gioacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20

00020 Canterano (RM)

(06) 45551463

ISBN 978-88-255-2843-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2019

Indice

II *Prefazione*
Luigi Ammirati

15 *Introduzione*
Arturo Maniaci

25 *Capitolo I*
L'ordinamento giuridico

I.1. Cos'è il diritto, 26 – I.2. Il diritto naturale e il diritto positivo, 30 – I.3. Il diritto soggettivo, 33 – I.3.1. *Chi stabilisce i diritti*, 34 – I.3.2. *Differenza tra diritto soggettivo e interesse legittimo*, 36 – I.4. Le fonti del diritto, 36 – I.4.1. *Le fonti del diritto dell'Unione Europea*, 46 – I.4.2. *Le fonti di diritto complementare*, 49 – I.4.3. *La consuetudine*, 50 – I.4.4. *Le fonti del diritto internazionale*, 50 – I.5. Gli elementi che costituiscono l'ordinamento giuridico, 52 – I.5.1. *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, 53 – I.5.2. *I rapporti tra gli ordinamenti giuridici*, 55 – I.5.3. *Le norme*, 56 – I.6. Lo Stato e l'organizzazione, comparazione tra passato e presente, 57 – I.6.1. *L'organizzazione*, 57 – I.6.2. *Norme sull'organizzazione*, 57 – I.6.3. *Riserva di legge sull'organizzazione amministrativa*, 58 – I.6.4. *Il concetto di organizzazione*, 58 – I.6.5. *Le funzioni*, 59 – I.6.6. *Il disegno organizzativo*, 59 – I.6.7. *Le procedure*, 60 – I.6.8. *I mezzi*, 60 – I.6.9. *Due nozioni essenziali: organo ed ente*, 61 – I.6.10. *I soggetti*, 63 – I.6.11. *Cittadinanza e nazionalità*, 63 – I.6.12. *Lo Stato*, 65 – I.6.13. *Gli elementi costitutivi dello Stato*, 66 – I.6.14. *Sovranità dello Stato e sovranità del popolo*, 67 – I.6.15. *Il territorio: non elemento, ma limite di validità dell'ordinamento statale*, 68 – I.6.16. *La divisione dei poteri: nozione e origine storica*, 68 – I.6.17. *Successivi sviluppi e validità attuale della divisione dei poteri*, 69 – I.6.18. *Il potere Costituente*, 70 – I.6.19. *La funzione di indirizzo politico*, 71 – I.6.20. *Le funzioni pubbliche neutrali e i poteri indipendenti*, 71 – I.6.21. *Il rapporto fra le tre funzioni e gli apparati*, 72 – I.6.22. *Il dualismo Stato e società civile, autorità e libertà: origine storica*, 72 – I.6.23. *Modificazioni successive: collaborazione Stato-cittadini*, 73 – I.6.24. *Democrazia diretta e democrazia indiretta o delegata*, 73 – I.6.25. *Le forme di Stato: evoluzione storica dei tipi di Stato*, 74 – I.6.26. *Le principali forme di Stato attuali*, 75 – I.6.27. *Le Caratteristiche dello Stato italiano*, 78 – I.6.28. *Lo Stato e gli altri ordinamenti: Stato e Chiesa*, 78 – I.6.29. *L'articolo 7 della Costituzione*, 79 – I.6.30. *Stato e ordinamento internazionale*, 80 – I.6.31. *Le Nazioni Unite*, 86 – I.6.32. *Altre organizzazioni internazionali*, 88 – I.6.33. *Le organizzazioni europee*, 89 – I.6.34. *L'Unione Europea*, 91 – I.6.35. *Stato e organizzazioni substatuali*, 93 – I.6.36. *Tendenze dello Stato contemporaneo*, 94 – I.6.37. *L'evoluzione costituzionale italiana l'Italia oggi e dopo l'Unità*, 95 – I.6.38. *Le fasi principali dell'evoluzione politica e sociale*, 95 – I.6.39. *Il progressivo allargamento del corpo elettorale*, 96 – I.6.40. *Nascita ed evoluzione dei partiti politi-*

ci, 97 – 1.6.41. *Dallo Statuto albertino (1848) alla Costituzione repubblicana (1948)*, 98 – 1.6.42. *Sviluppo dell'attività economica e sociale dello Stato*, 100 – 1.6.43. *Il popolo e la sovranità popolare*, 102 – 1.6.44. *Il diritto di associarsi in partiti*, 103 – 1.6.45. *Il diritto del popolo di prendere decisioni collettive e di scegliere i propri rappresentanti*, 105 – 1.6.46. *Il diritto di accesso ai pubblici uffici*, 106 – 1.7. L'evoluzione degli ordinamenti giuridici e la storicità del diritto, 107 – 1.7.1. *Periodo giustiniano*, 109 – 1.7.2. *Leggi romano-barbariche*, 110 – 1.8. Gli ordinamenti giuridici illeciti, 117 – 1.9. La legalità nella realtà esistenziale degli ordinamenti, 121 – 1.10. Il vizio dei contrasti giurisprudenziali, 123.

127 Capitolo II La legge

2.1. Diritto e legge, 127 – 2.2. La legge ingiusta e la sua effettività, 132 – 2.3. I principi del diritto e della giustizia, 134 – 2.4. Legalità e legittimità della legge, 136 – 2.5. Il problema dell'obbligatorietà delle leggi ingiuste, 139 – 2.6. Lo spirito del legislatore: moderazione, certezza, semplicità delle leggi, 143 – 2.7. I buoni costumi favoriscono buone leggi, quelli cattivi favoriscono leggi cattive, 150 – 2.8. Diritti Umani e ambiente, 153 – 2.8.1. *Norme volontarie diventano norme cogenti*, 158 – 2.8.2. *Norme tecniche e limiti soglia*, 159 – 2.8.3. *Norma UNI, ISO 14001*, 160 – 2.9. La retroattività della legge è incostituzionale?, 160 – 2.10. La legge positiva non è conforme a diritto e a giustizia, se viola i principi del diritto naturale e della giustizia, 162 – 2.11. La soppressione della legalità: cause e conseguenze, 164 – 2.11.1. *I diversi rischi di illegalità*, 165 – 2.11.2. *La forma moderna dello sfruttamento*, 169 – 2.11.3. *La rincorsa al ribasso ed il d.l. 17 marzo 2017, n. 25*, 169 – 2.11.4. *Cambio appalto*, 171 – 2.11.5. *Cooperative pure e spurie*, 172 – 2.11.6. *Cooperative e somministrazione fraudolenta*, 175 – 2.11.7. *L'abrogazione del reato di somministrazione fraudolenta*, 176 – 2.11.8. *Cooperative, orari ed indennità di trasferta*, 178 – 2.11.9. *Conclusioni*, 179.

181 Capitolo III La tutela dei diritti

3.1. La tutela dei Diritti inviolabili nella nostra Costituzione, 181 – 3.2. La tortura quale trattamento disumano e degradante, 186 – 3.3. Indeterminatezza dell'art. 112 Costituzione, 192 – 3.3.1. *Tertium non datur*, 197 – 3.4. La politica nazionale determinata da internet viola l'art. 49 della Costituzione, 198 – 3.5. Il rispetto del principio di legalità come presupposto di diritto e giustizia, 205 – 3.6. Casi di violazione del principio di diritto e di giustizia, 210 – 3.7. La crisi del diritto europeo e l'eclissi della scienza giuridica europea, 212.

217 Capitolo IV La certezza del diritto

4.1. La certezza del diritto come principio cardine del diritto e della giustizia, 217 – 4.2. La certezza del diritto e la nomofilachia, 224 – 4.3. Dal diritto vigente al diritto vivente, 230 – 4.4. Le Linee Guida Anac sono fonte di diritto?, 237 – 4.5. L'ignoranza della legge penale nell'incertezza della norma, 242 – 4.6. Senza la certezza del diritto non ci sono né prospettive né futuro, 245 – 4.6.1. *Il reato di*

abuso d'ufficio, 246 – 4.6.2. *La finanza pubblica*, 252 – 4.6.3. *La giurisprudenza sulla "cannabis light"*, 256 – 4.6.4. *La certezza del diritto e il diritto sovranazionale*, 259 – 4.7. *Diritto e giustizia, profili problematici*, 260 – 4.8. *La norma morale e il mistero del diritto*, 262.

267 Capitolo V

L'incertezza del diritto e della pena

5.1. *Importanza della precisione concettuale in materia di certezza giuridica*, 267 – 5.2. *La certezza del diritto come prevedibilità*, 272 – 5.2.1. *La certezza del diritto come sicurezza e stabilità dei rapporti giuridici*, 277 – 5.3. *Certezza ed effettività delle norme*, 279 – 5.4. *Violazione del diritto acquisito*, 280 – 5.5. *Legittimo affidamento e irretroattività della legge*, 287 – 5.5.1. *Sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità e posizioni giuridiche consolidate*, 297 – 5.5.2. *Tutela dell'affidamento e retroattività apparente*, 300 – 5.5.3. *Limiti alla tutela del legittimo affidamento nella giurisprudenza amministrativa*, 303 – 5.5.4. *Sull'esigenza di liberare il principio del legittimo affidamento dal troppo labile canone della irretroattività*, 308 – 5.6. *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, 312 – 5.6.1. *La visione "Francovich" e il danno in re ipsa*, 313 – 5.6.2. *La parola alla Corte di legittimità e il danno antiggiuridico per l'ordinamento comunitario*, 314 – 5.6.3. *L'intervento legislativo del 2012 e il danno extracontrattuale*, 314 – 5.6.4. *Responsabilità dello Stato Giudice*, 315 – 5.6.5. *L'ambito più controverso: un'attenta analisi relativa ai contrasti diritto comunitario e atti pubblici*, 315 – 5.7. *Molestie sessuali e incertezza del diritto*, 317 – 5.8. *La pena quale conseguenza logica di un reato compiuto ed acclarato*, 322 – 5.9. *Casi di violazione della pena*, 325 – 5.10. *L'incertezza della pena*, 327.

331 Capitolo VI

Il diritto e il diritto penale

6.1. *Brevi considerazioni su di un corretto esercizio dell'azione penale*, 331 – 6.1.1. *Differenza tra persona indagata, imputata e informata dei fatti*, 334 – 6.2. *Il potere di indagini del PM*, 337 – 6.3. *La responsabilità dei magistrati è un principio di diritto e di giustizia*, 341 – 6.3.1. *La domanda di risarcimento*, 345 – 6.3.2. *La rivalsa dello Stato*, 346 – 6.4. *Il garantismo*, 346 – 6.4.1. *Garantismo uguale impunità?*, 349 – 6.5. *L'inviolabilità del diritto di difesa*, 350 – 6.5.1. *Il diritto di difesa e di assistenza tecnica nel procedimento di mediazione*, 352 – 6.6. *Alcuni esempi di mala giustizia*, 354 – 6.6.1. *L'errore giudiziario*, 357 – 6.7. *La divisione dei poteri tutela i diritti di libertà*, 359 – 6.8. *I diritti di libertà*, 366 – 6.9. *I limiti della giurisdizione e della legge penale ed i limiti della libertà*, 369 – 6.10. *Le leggi ingiuste in materia tributaria, le leggi di natura e quelle che violano il principio di uguaglianza*, 377 – 6.11. *La retroattività nella legge penale*, 383 – 6.11.1. *Uguaglianza di trattamento ed esigenze temporanee*, 384.

387 Capitolo VII

Il diritto e la società digitale

7.1. *Diritto del lavoro e incertezza del diritto*, 387 – 7.2. *La rivoluzione digitale*, 389 – 7.2.1. *Il personal computer*, 390 – 7.2.2. *Lato di un CD dove vengono*

letti e scritti i dati, 392 – 7.2.3. *Il cloud computing*, 393 – 7.2.4. *Internet – Fibre ottiche*, 393 – 7.2.5. *Logo di Google nel 2010*, 395 – 7.2.6. *L'e-commerce*, 395 – 7.2.7. *La Multimedialità*, 399 – 7.2.8. *Convergenza al digitale*, 400 – 7.2.9. *Consolle per videogiochi*, 400 – 7.2.10. *Fotografia digitale*, 401 – 7.2.11. *La rivoluzione informatica*, 402 – 7.2.12. *Società dell'informazione*, 403 – 7.2.13. *L'informatizzazione*, 404 – 7.2.14. *Conseguenze sociali e psicologiche*, 404 – 7.2.15. *Reazione dell'economia tradizionale*, 405 – 7.2.16. *Manifestazione a favore della Net Neutrality*, 406 – 7.2.17. *Diritto d'autore*, 406 – 7.2.18. *Università*, 407 – 7.2.19. *Rivoluzione digitale: cosa significa e situazione in Italia*, 409 – 7.3. *Gli obiettivi dell'ONU*, 411 – 7.4. *Il Mercato Comune Digitale nell'Unione Europea*, 414 – 7.5. *La nuova rivoluzione industriale in Italia*, 427 – 7.6. *L'impresa intelligente*, 430 – 7.7. *Intelligenza artificiale e capitale umano*, 433 – 7.7.1. *Il settore della robotica nel 2016*, 438 – 7.7.2. *Robot e lavoro: uno scenario complesso*, 439 – 7.7.3. *Le caratteristiche dell'automazione*, 440 – 7.7.4. *Cambiamenti in atto e nuove sfide per la formazione*, 441 – 7.8. *Le nuove forme del potere nella società digitale*, 442 – 7.8.1. *Fake news*, 444 – 7.8.2. *Diritti e conflitti nella società digitale: i diritti individuali*, 447 – 7.9. *La protezione dei dati*, 449 – 7.9.1. *Autorità nazionali per la protezione dei dati*, 450 – 7.9.2. *Comitato europeo per la protezione dei dati*, 450 – 7.9.3. *La protezione dei dati nelle istituzioni e negli organismi dell'UE*, 450 – 7.9.4. *Il Garante europeo della protezione dei dati*, 450 – 7.9.5. *Il responsabile della protezione dei dati della Commissione europea*, 450 – 7.9.6. *La privacy nei rapporti di lavoro*, 451 – 7.9.7. *Le linee guida del Garante per i lavoratori privati*, 451 – 7.9.8. *Le linee guida del Garante per i lavoratori pubblici*, 452 – 7.9.9. *Acquisizione dati, informativa e trattamento*, 453 – 7.9.10. *Controllo a distanza nel rapporto di lavoro*, 454 – 7.9.11. *Posta elettronica e rapporto di lavoro*, 454 – 7.9.12. *Conservazione e trattamento dati internet*, 455 – 7.9.13. *La protezione dei dati personali dalla direttiva al nuovo regolamento*, 455 – 7.9.14. *Il nuovo ruolo delle Autorità*, 457 – 7.9.15. *Il diritto alla protezione dei dati personali come diritto pubblico europeo e l'evoluzione delle Autorità*, 459 – 7.9.16. *Gli effetti del nuovo regolamento sull'ordinamento italiano*, 460 – 7.10. *Le piattaforme digitali*, 463 – 7.10.1. *Le piattaforme digitali e l'organizzazione del lavoro*, 464 – 7.10.2. *I lavoratori assunti dalle piattaforme digitali*, 466 – 7.10.3. *Piattaforme digitali: strategie per il vantaggio competitivo*, 469.

471 Capitolo VIII

Il diritto e il lavoro digitale

8.1. *Tecnologie informatiche e lavoro*, 471 – 8.2. *Esistono ancora luogo e orario di lavoro?*, 475 – 8.3. *Il telelavoro*, 479 – 8.4. *Lo smart working*, 481 – 8.4.1. *I poteri del datore di lavoro*, 486 – 8.4.2. *La retribuzione*, 489 – 8.4.3. *Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori*, 489 – 8.4.4. *Infortunati e malattie professionali*, 490 – 8.5. *Controllo del lavoro e della vita del lavoratore e nuove tecnologie*, 492 – 8.5.1. *L'art. 4 dello statuto dei lavoratori, considerazioni e conseguenze della sua entrata in vigore*, 493 – 8.5.2. *Utilizzabilità dei dati raccolti*, 499 – 8.5.3. *I limiti al controllo degli strumenti informatici in uso ai dipendenti secondo la CEDU*, 502 – 8.5.4. *Il parere del gruppo "WP29"*, 503 – 8.5.5. *Il tempo dei controlli*, 504 – 8.5.6. *I controlli oltre il tempo e lo spazio del rapporto di lavoro: Casi dubbi*, 507 – 8.6. *I riflessi del lavoro digitale sulla salute ed il benessere della vita del lavoratore ed il diritto alla disconnessione e la conciliazione tra vita professionale e privata*, 521 – 8.7. *L'economia dei lavoretti*, 524 – 8.8. *Interessi collettivi e rappresentanza*, 534 – 8.9. *La web reputation*, 540 – 8.10. *Il licenziamento dopo il decreto dignità e la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale: alla ricerca della certezza del*

diritto, 542 – 8.11. Abilità o abilitazione: insegnare nella scuola di domani, 548.

561 Capitolo IX

Il diritto e i cambiamenti tecnologici e nuove regole

9.1. Adattamento del diritto alle nuove tecnologie, 561 – 9.2. Le professioni digitali, 570 – 9.3. Tecnologie informatiche e sviluppo d'impresa, 573 – 9.4. Tecnologie e genere, 575 – 9.5. Nuove tecnologie e comunicazione digitale, copyright o diritto alla privacy?, 577 – 9.5.1. *Arte e intelligenza artificiale*, 580 – 9.6. Trasparenza e intelligenza artificiale, la nascente giurisprudenza in materia, 582 – 9.7. Le misure di sostegno al reddito tra lavoro e non lavoro: dagli ammortizzatori sociali al reddito di cittadinanza, 584.

597 Capitolo X

Il diritto e il taglio dei vitalizi e delle pensioni cosiddette “d’oro”

10.1. Il taglio dei vitalizi, 597 – 10.2. Il parere del Consiglio di Stato n. 2016/2018, 599 – 10.3. La Costituzionalità del provvedimento, 602 – 10.3.1. *La scelta dell'atto fonte*, 602 – 10.3.2. *La retroattività del provvedimento*, 603 – 10.3.3. *Conclusioni*, 605 – 10.4. Le impugnative che si possono assumere, 606 – 10.5. Il taglio delle cosiddette pensioni d'oro, 608 – 10.6. Costituzionalità del provvedimento, 612 – 10.7. Eliminazione del diritto acquisito e/o del principio di affidamento, 615 – 10.8. La retroattività del provvedimento è possibile e non determina l'incertezza del diritto?, 620 – 10.9. Le iniziative che si possono assumere, 622.

629 *Bibliografia*

Prefazione

LUIGI AMMIRATI*

Chiunque si approcci allo studio del diritto si imbatte, con invariabile regolarità, nella locuzione latina *ubi societas, ibi ius* che, pur nella sua estrema sinteticità, esprime e racchiude l'essenza stessa del diritto, di esso offrendone la definizione più prossima alla sua funzione intima e primordiale: quella, cioè, di strumento regolatore del vivere civile e dei rapporti tra le persone.

Nella misura in cui esso funge da presidio di tutela delle relazioni sociali e da paradigma alla stregua del quale è valutata la liceità delle azioni degli individui, l'ordinamento giuridico rappresenta lo strumento — diremmo quasi, la *condicio sine qua non* — che consente all'uomo di abbandonare la sua originaria dimensione autonoma ed individualista per passare a quella, più complessa, di membro di una organizzazione sociale.

Va da sé che la collettività dei consociati è disposta a riconoscere tale funzione e tale ruolo all'ordinamento giuridico (e ad accettare le limitazioni che esso reca seco) se ed in quanto lo stesso sia, per così dire, “credibile”, sia, cioè, in grado di assicurare l'effettiva osservanza delle regole che lo compongono, onde non degradarsi — ciò che in una società complessa come quella odierna non può essere in alcun modo consentito — alla stregua di grida di manzoniana memoria.

La validità e l'affidabilità dell'ordinamento giuridico, in altri termini, derivano dal suo essere certo, con ciò volendoci riferire non solo alla dimensione contenutistica delle norme che lo compongono, ma anche, e soprattutto, alla fase dinamica della sua concreta applicazione.

Che la certezza del diritto rappresenti la qualità imprescindibile ed essenziale di un ordinamento giuridico si evince, peraltro, anche dalle aspettative che le sue statuizioni creano nella generalità dei consociati: come noto, infatti, alla certezza del diritto corrisponde e fa eco la tutela del legittimo affidamento il quale ultimo, da un lato, origina da norme giuridiche chiare e precise e, dall'altro lato, presuppone che la loro applicazione sia prevedibile per coloro che vi sono sottoposti.

Occorre, nondimeno, rilevare che la fase attuativa del diritto non consiste e non si esaurisce in un meccanismo di automatica applicazione, tale per cui

* Docente di Diritto civile presso l'Università di Roma “Tor Vergata”.

ad una determinata azione corrisponde una specifica reazione, ma si esplica in un procedimento di interpretazione e sussunzione che viene svolto dal giudice con la sua sensibilità, la sua consapevolezza e la sua esperienza.

Il che equivale a dire che la concreta attuazione del diritto non è, né può essere, scevra da condizionamenti, essendo, anzi, il risultato di un percorso di indagine da parte del giudice, durante il quale concorrono, quali criteri di interpretazione del fatto e delle norme, la sua discrezionalità e la sua percettibilità.

È proprio in questo momento, quando, cioè, viene attribuito al giudice il compito di orientarsi nel variegato panorama normativo, che si rompe l'incantesimo della certezza del diritto, perché la decisione del giudice non potrà che essere — e sarà — il risultato di una interpretazione, appunto, personale, soggettiva, orientata e condizionata dal variabile contesto storico e sociale nell'ambito del quale essa viene emanata.

A minare il principio di certezza del diritto contribuiscono, poi, i criteri di interpretazione suggeriti dalla legge che, per quanto elaborati con lo specifico fine di consentire all'interprete di individuare la portata di un dato normativo, secondo quelli che verosimilmente erano gli intendimenti del legislatore, finiscono con l'involgere una serie di valutazioni personali da parte del giudice che incidono ovviamente sull'attività ermeneutica che questi svolge.

Proprio alla luce delle considerazioni che precedono diventa agevole comprendere quanto il principio della certezza del diritto, ove rigidamente inteso nella sua accezione di matematica prevedibilità, esca ridimensionato; e, correlativamente, quanto il divario tra *societas* e *ius* tenda ad ampliarsi, la prima non ravvisando più nel secondo quel presidio di tutela per il quale si era determinata alla sua stessa adozione.

Che l'esperienza, la discrezionalità ed il libero convincimento del giudice incidano in maniera rilevante nella fase di applicazione concreta del diritto, minandone la certezza, è un fatto cui l'operatore del diritto è, invero, avvezzo; ed è sufficiente rivolgere la propria attenzione al diverso atteggiarsi della giurisprudenza su singoli istituti — si pensi, solo per fare qualche esempio tra i più clamorosi, al concetto di essenzialità del termine, a quello di importanza dell'inadempimento, alle molteplici teorie sul nesso di causalità e, non ultimo, alle diverse elaborazioni giurisprudenziali in ordine alla prova del danno non patrimoniale — per averne un immediato discorso.

Diverso, almeno a parere di chi scrive, è l'impatto che la mastodontica produzione legislativa del nostro Paese può avere (avuto) sul principio di certezza del diritto: se in astratto è vero che un'abnorme proliferazione di leggi può creare più incertezza nella misura in cui costringe gli operatori del diritto a muoversi in un contesto più articolato e complesso, non è men vero che l'erosione del ridetto principio si compie, se del caso, solo nella

fase del processo interpretativo ed applicativo della legge medesima; e ciò, a tacer del fatto che la produzione normativa, specie nell'ultimo decennio, si spiega con l'esigenza di far fronte ad una società in costante divenire.

Il tema della certezza del diritto è meno avvertito nei sistemi di *common law*, nei quali l'applicazione del principio dello *stare decisis* impone al giudice l'obbligo di conformarsi alle decisioni già adottate per situazioni analoghe a quella sottoposta al suo vaglio, così elidendo — o, comunque, limitando molto — la fase dell'interpretazione.

Al contrario, nei paesi di *civil law*, come è il nostro, in cui tale obbligo non vige, la sentenza che si discosta dalla giurisprudenza non può essere considerata per ciò solo illegittima in quanto il precedente non costituisce *regula iuris* per il giudizio successivo. Pertanto, sebbene l'attività interpretativa del giudice debba essere esperita nel rispetto della legge (art. 101, co. 2, Cost.), è ben possibile che la giurisprudenza svolga una funzione creativa, attraverso le interpretazioni di volta in volta adottate dal giudice nell'espletamento dei compiti a lui devoluti.

Vero è che viviamo una stagione di contraddittorie tensioni, nella quale è sempre più accesa la dialettica tra esigenza di certezza e di prevedibilità del futuro, da un lato, e necessità di adeguamento e di progresso della scienza giuridica, dall'altro lato; in cui la legge, in quanto scritta, presidia le prime e la giurisprudenza, in quanto interpretativa, è più sensibile alle seconde.

Il problema — e la sua soluzione — rimane quello della ricerca di un punto di equilibrio tra le due opposte esigenze, il quale non può che essere ricercato nel netto rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, quello che vede oggi assegnato al suo Consesso più autorevole il ruolo di baluardo della esatta osservanza della legge e della sua interpretazione uniforme anzitutto al suo stesso interno, vietando, cioè, alle Sezioni Semplici di discostarsi dai principi di diritto affermati dalle Sezioni Unite, cui la decisione, in caso contrario, deve essere obbligatoriamente rimessa (art. 374, co. 3, c.p.c.).

Nondimeno, in quanto paese di *civil law*, rimaniamo stretti nella camicia di forza di categorie concettuali risalenti, ma dure a morire, sicché la strada che, anche nella prospettiva della nomofilachia, occorrerà percorrere verso l'orizzonte della certezza del diritto appare ancora lunga e faticosa.

Introduzione

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 (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

* Prof. Aggregato di Istituzioni di diritto privato e di Diritto minorile presso l'Università degli Studi di Milano.

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

2. M. CORSALE, voce *Certezza del diritto I) Profili teorici*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Roma 1988, 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 «Journal of International Dispute Settlement», 7, 2016, 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 *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Roma 1988, 2. Sugli strumenti di conoscenza e di divulgazione delle regole giuridiche, cfr. *amplius* B. MALAISI, *La conoscibilità della legge*, Padova 2012, 95 ss.

processuali, la cosa giudicata⁵), ovvero di alcuni principi (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 presente volume tale consapevolezza 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

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, 31 ss.

6. Sul tema, cfr. per tutti M.S. GIANNINI, voce *Certezza pubblica*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Milano 1960, 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 Alessandro Verri (v. *Discorsi varj del conte Alessandro Verri* pubblicati nel giornale letterario intitolato “Il Caffè”, Milano 1818, 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, 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, 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 ».

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

10. La distinzione corrisponde a quella (tracciata dalla filosofia analitica, sulla scia dell’insegnamento di V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano 1964, 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, 823 ss.

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

12. In tal senso, G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino 2005, 2, II, 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, 67 ss.

14. N. MAZZAMUTO, *Certezza ed ordinamento penitenziario*, in AA.Vv., *La certezza del diritto, un valore da ritrovare*, cit., II 9 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, 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.

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.

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 nel presente volume: 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 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

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, 3. Il riferimento è, soprattutto, al classico volume di F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma 1942, rist. 3 ed. a cura di G. ASTUTI, 1968.

23. E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell'economia*, in «Dir. econ.», 1956, 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, 126.

24. L. GIANFORMAGGIO, voce *Certezza del diritto*, in Dig. disc. priv., Sez. civ., II, Torino 1988, 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, 421; M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino 1995, 194; C. FARALLI, *Il «diritto alla certezza» nell'età della decodificazione*, in *Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino*, I, Padova 2001, 623; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, cit., 22; ID., *Indici di certezza del diritto*, in *Dir. e quest. pubbl.*, n. 12/2012, 309–310, il quale (*ibidem*, nota 1) elenca comunque tutta una serie di significati ascrivibili alla locuzione “certezza del diritto”.

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.

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

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, 7) sia civile (sul tema, v. ad es. R. CAPONI, *Giudicato civile e diritto costituzionale. Incontri e scontri*, in « Giur. It. », 2009, 2815 ss.; C. DI SERI, *Primauté del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale. Un difficile equilibrio*, *ibidem*, 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, 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, 573 ss.

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 c.p.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 presente libro 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 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

30. V. art. 5 c.p., 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, 676 ss.).

32. Per un'estensione del rimedio di cui all'art. 184-bis c.p.c. (poi sostituito in via generale dall'art. 153, 2 comma, c.p.c.) 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, 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 neocostituzionalismo. Un inventario di problemi*, in AA.Vv., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, a cura di T. MAZZARESE, Torino 2002, 25.

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 “mala-giustizia”, 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 adito 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, 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. GEMBILLO, Messina 2002, 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, 49.