UNIVERSITÀ DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

2021

UNIVERSITÀ DI TRENTO
Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

49

2021

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Redazione a cura dell'Ufficio Pubblicazioni Scientifiche
dell'Università degli Studi di Trento

© Copyright 2021
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-932-1
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (https://iris.unitn.it/) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License. Maggiori informazioni circa la licenza all'URL: http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea, grazie al contributo della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento - Dipartimento di Eccellenza finanziato dal MIUR - CUP E66C18000370005, per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-9391-989-0.

Gennaio 2021

LE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

Atti delle giornate di studio
17-18 gennaio 2019

a cura di
Cinzia Piciocchi
Marta Fasan
Carla Maria Reale

Università degli Studi di Trento 2021

INDICE

Pag.

Marta Fasan, Carla Maria Reale
Premesse e spunti per un dialogo sulle (in)certezze del diritto 1

SEZIONE I
GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE

Lucia Busatta
Gli strumenti delle (in)certezze 9

Giulia Giusy Cusenza
L'(in)certezza del diritto e le nuove sfide della nomofilachia 17

Caterina Tomba
Il regime di responsabilità civile dello stato-giudice quale strumento di prevenzione della (illegittima) incertezza del diritto 37

Roberto Compostella
(Im)prevedibilità della decisione giudiziaria vs (in)certezza del vincolo del precedente 57

Vincenzo Desantis
L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac nell'ordinamento giuridico italiano 81

Tommaso Bianchi
Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana 113

Serena Tomasi
Incertezza nel diritto: la prospettiva dell'impegno argomentativo .. 135

Pag.

SEZIONE II

GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE

Carla Maria Reale
Gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze 149

Maurizio Di Masi
L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia 157

Marco Rizzuti
Una (in)certa idea di famiglia: tra giudici e legislatori 181

Andrea Martani
Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future 197

Francesco Farri
Le (in)certezze nel diritto tributario 219

Flavio Guella
La domanda di certezza del diritto e i suoi pericoli. Ambiti paradigmatici e nuovi spazi nella ricerca della certezza giuridica, tra funzione del legislatore e ruolo della giurisprudenza 243

SEZIONE III

NUOVE TECNOLOGIE
E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO

Marta Fasan
Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto 265

Elisa Spiller
If data is the new atoms… *Le incertezze sul concetto di dato personale al tempo dei* big data 273

Irene Domenici
Tecnologie sanitarie innovative: il diritto di fronte all'incertezza scientifica ed etica 295

Pag.

Gemma Pacella
Dalla realtà alla qualificazione dei rapporti di lavoro: restituire certezza alle categorie tradizionali 315

Giuseppe Emanuele Corsaro
Schrems contro Facebook: gli incerti confini della categoria dei consumatori 339

Chiara Garbuio
Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale 359

Marta Tomasi
I tratti della certezza giuridica davanti alla realtà "tecnologicamente aumentata" 381

SEZIONE IV
CONCLUSIONI

Cinzia Piciocchi
Conclusioni 393

SEZIONE I

GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE

GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE

Lucia Busatta

SOMMARIO: *1. Il diritto, tra certezza e incertezze. 2. Dare ordine alle incertezze. 3. L'incertezza come motore del diritto.*

1. Il diritto, tra certezza e incertezze

La contrapposizione tra il principio generale di certezza del diritto e incertezza, variamente declinata, caratterizza – si potrebbe dire da sempre – le tensioni connaturate all'universo giuridico.

Da un lato, la funzione ordinatrice del diritto, quale mezzo per pacificare i rapporti umani, per assicurare la tenuta delle relazioni fra individui, quelle fra persone e istituzioni e tra le strutture stesse che organizzano la convivenza sociale, richiede di promuovere la certezza, come valore da perseguire e quale elemento di garanzia della tenuta intera del sistema. Dall'altro lato, però, la costante imprevedibilità dell'agire umano e delle reazioni così ingenerate, insieme alla spesso imperscrutabile risposta (giuridica o fattuale che sia) che può seguire ad un determinato comportamento, alimenta incertezze. Non sempre, insomma, la norma giuridica e l'interpretazione conducono a trattare in modo omogeneo le questioni fattuali che quotidianamente si pongono agli operatori del diritto. In tale contesto, si innestano inoltre le incessanti evoluzioni dei rapporti sociali e il continuo progresso tecnico e scientifico, che generano spesso fatti nuovi e situazioni che possono richiedere al diritto un intervento volto a colmare lacune, rispondere a bisogni, o livellare inique differenze.

Da secoli, quindi, si ripete la ricorrente rincorsa tra ricerca della certezza ed emersione di incertezze che devono essere riportate ad un ordine giuridicamente dato.

Diverse sono, come si è detto, le caratteristiche delle incertezze: esse possono originarsi da un fatto nuovo, da un bisogno sociale emergente,

da una novità scientifica o tecnologica (come spesso avviene nella nostra era). Senza soffermarsi sui soli elementi fattuali dell'esperienza umana, però, l'incertezza può sorgere anche dal mondo giuridico: il comportamento delle istituzioni e la gestione dei reciproci rapporti possono divenire fonti di incertezze. Queste ultime possono ad esempio derivare – come alcuni dei contributi di questa sezione mettono efficacemente in luce – dalle interpretazioni giurisdizionali del diritto, dalle composite relazioni tra fonti di diverso rango e natura, oppure dai contenuti stessi degli atti normativi.

Il rapporto tra certezza e incertezza, poi, è inevitabilmente collegato ad un dato temporale, ossia alla possibilità di stabilire *oggi* regole giuridiche destinate ad essere applicate *domani*. Da questo punto di vista, l'incertezza potrebbe rivelare un'ulteriore declinazione ed essere collegata non solo al presente, ma anche ad un dopo: spesso, ad esempio, il valore della certezza del diritto viene collegato alla prevedibilità dell'interpretazione e della soluzione del caso concreto. Sebbene una completa sovrapposizione tra certezza e prevedibilità sia criticabile poiché limitata e incompleta[1], la frequenza con la quale i due concetti qui richiamati vengono accostati ci segnala il rapporto delle incertezze con i mutamenti che lo scorrere del tempo porta con sé. Così, quindi, l'incertezza può essere anche collegata ad un momento successivo e futuro, poiché, se la certezza «consiste nella possibilità di individuare, in maniera intersoggettivamente condivisa, le conseguenze giuridiche di un certo caso»[2], allora l'incertezza riguarderà l'incontrollabilità di dette conseguenze che, però, si misura nel presente, ossia nel momento in cui si sperimenta. L'oscillazione temporale che caratterizza, nei termini qui brevemente accennati, il rapporto tra certezza e incertezze è esemplificata dalla percezione soggettiva del diritto scritto. Le norme giuridiche sono scritte per durare, per disciplinare i casi futuri e, salvo casi rari, esse non hanno scadenza. Anche per questo, noi siamo inclini a valutare positivamente le norme che dimostrano una buona tenuta nel tempo, che invecchiano difficilmente, che sanno adattarsi al mutare dei fatti e

[1] G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2018, p. 521: la certezza, infatti, non va confusa con la «possibilità di formulare previsioni».

[2] G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, cit., p. 523.

della società perché dotate di un buon grado di elasticità. Si tratta di una caratteristica che rende queste norme solide, perché, pur a fronte del naturale mutamento dei fatti e dei rapporti umani contribuiscono a garantire la certezza del diritto.

2. Dare ordine alle incertezze

La sezione che qui si introduce raccoglie alcuni contributi tra loro piuttosto eterogenei in termini di oggetto e di ambito disciplinare; essi, tuttavia, sono accomunati dalla finalità di indagare il rapporto tra diritto e incertezza dal punto di vista degli strumenti a disposizione dell'ordinamento per riportare ordine laddove l'incertezza crea caos e movimento.

Come messo efficacemente in luce nel contributo della discussant Serena Tomasi, il tema delle incertezze disvela da subito un'intensa polisemia. Se, infatti, la certezza del diritto è un valore cui gli ordinamenti giuridici per loro propria natura tendono, il suo contrario può presentarsi in diverse fogge e sotto differenti modalità. Per offrire, quindi, una chiave di lettura utile a muoversi nei contributi che seguiranno, possiamo aprire questa breve rassegna cercando di proporre una ipotetica categorizzazione delle tipologie di incertezze con le quali il diritto si confronta quotidianamente. Tale articolazione non è solo funzionale a legare tra loro i saggi della prima sezione, ma consente anche di anticipare i contenuti delle parti successive di questo volume, i possibili canali per affrontare le problematiche sollevate dalle incertezze e per meglio illustrare il concetto di *strumenti delle incertezze*. Questi ultimi sono, infatti, gli attrezzi a disposizione della scienza giuridica per sciogliere i nodi creati dalle incertezze e per offrire un criterio ordinatore alla sfera del diritto intaccata dall'incerto.

Le diverse specie in cui si può articolare il complesso genere delle incertezze possono essere raffigurate, essenzialmente, in tre categorie.

La prima di esse è rappresentata dall'incertezza dei fatti, ossia dei comportamenti delle persone e degli avvenimenti. La civiltà umana è in continua evoluzione: questo inarrestabile e perpetuo movimento genera

novità e crea bisogni di regolazione di relazioni inedite[3]. Tutto ciò, inevitabilmente, produce incertezza nel caso in cui l'universo giuridico si dimostri inadatto ad offrire risposte adeguate alle situazioni inedite che la realtà in continuo divenire sempre offre. La rigidità del dato normativo, ad esempio, mal si può conciliare con un'innovazione tecnologica che non trova immediatamente spazio nel dato normativo, oppure con una nuova istanza sociale. Da tale situazione nasce un bisogno di regolazione di un fatto nuovo. Rispetto ad esso, il diritto si può muovere con incertezza, non sapendo come approcciarsi a qualcosa di inedito, che può richiedere o un'estensione di regole già esistenti oppure l'ideazione di nuove categorie. Si tratta di questioni che verranno in particolar modo affrontate delle sezioni seguenti di questo volume, ma che vanno tenute in considerazione nell'articolazione delle differenti tipologie di incertezze.

La seconda categoria riguarda, invece, l'incertezza delle regole che, nella complessità della contemporanea civiltà giuridica, può essere declinata secondo diversi significati. Il primo di essi si riferisce alla scrittura delle norme: il legislatore può, a causa di parole scelte in modo poco accorto o mal accostate, generare disposizioni poco intellegibili, di difficile comprensione e di complessa applicazione. Un altro ordine di incertezza delle regole attiene all'intersezione di piani di regolazione e di titolari del potere regolatorio in un determinato ambito. In questo caso può generarsi una concorrenza di fonti del diritto o, come talvolta accade nell'articolazione dei rapporti tra stato centrale e autonomie territoriali, una concorrenza di competenze. Si tratta di circostanze nelle quali nessuna delle fonti rilevanti ha, in termini assoluti, invaso il campo di un'altra fonte; può darsi anche il caso di situazioni nelle quali una fonte interna ed una internazionale o sovranazionale concorrano a regolare un certo settore del diritto. In tutti questi casi si genera incertezza, soprattutto qualora le norme giuridiche rilevanti appaiano in contrasto con loro. Quale sia la regola da applicare e sino a quale limite diviene, quindi, non solo un problema di competenze o di gestione delle intera-

[3] Efficace a descrivere tali evoluzioni è il concetto di entropia utilizzato da R. BIN, *Il fatto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3, 2015.

zioni tra fonti di diversa natura, ma diventa anche una sorgente di incertezza[4].

Lo strumento per risolvere queste interazioni è, dunque, quello dell'interpretazione del diritto. Di fronte all'incertezza delle regole, è la giurisdizione a lavorare in prima linea per sciogliere i contrasti che si creano e per contribuire a riportare ordine nei rapporti giuridici[5]. In questo senso – e i contributi di questa sezione lo mettono in luce molto bene – l'intervento giurisdizionale restituisce certezza al diritto. Il valore dell'interpretazione è particolarmente significativo se si considera che la lettura offerta a regole poco chiare e di non facile applicazione è tanto più valida quanto più si dimostra "ripetibile". Ecco, allora, che in questo contesto si può comprendere come la nomofilachia, oppure la possibilità di prevedere la soluzione giurisdizionale per un caso concreto grazie ai precedenti possano porsi quali strumenti efficaci per superare le incertezze del diritto[6]. I contributi che seguono – e ve ne è traccia in ciascuno di essi – si occupano proprio di evidenziare tali relazioni, tanto dal punto di vista del rapporto tra legislatore e giudice quanto nelle relazioni tra giurisdizioni.

Un terzo ordine di incertezze è quello interno alla giurisdizione e riguarda l'incertezza delle soluzioni giurisprudenziali. All'interno di tale categoria, le letture che i giudici offrono a fatti tra loro molto simili o vicini possono essere profondamente differenti, per una molteplicità di ragioni[7]. La non prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali, in contrasto rispetto a quanto abbiamo poco sopra evidenziato, rende il diritto

---

[4] Un esempio significativo della complessità di interazioni tra fonti del diritto e soggetti competenti a regolare un determinato setto è offerto dal contributo di V. DESANTIS, *L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac nell'ordinamento giuridico italiano*, in questo volume.

[5] Su queste interazioni anche V. SPEZIALE, *Il "declino" della legge, l'"ascesa" del diritto giurisprudenziale e i limiti all'interpretazione giudiziale*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2018, p. 181.

[6] Sul valore del precedente tornano molti dei contributi di questa sezione. Circa la nomofilachia come strumento per risolvere le incertezze v. G.G. CUSENZA, *L'(in)certezza del diritto e le nuove sfide della nomofilachia*, in questo volume.

[7] Gli esempi di tale fenomeno sono moltissimi. Ne parla, dalla prospettiva costituzionalistica, A. RUGGERI, *Diritto giurisprudenziale e diritto politico: questioni aperte e soluzioni precarie*, in *Consulta Online*, 3, 2019, p. 707.

incerto[8]. Ancora una volta, per gestire e dissipare queste incertezze possono intervenire strumenti di varia natura, ma similmente mirati ad aumentare la certezza del diritto. Così, in aggiunta ai vincoli derivanti dalla necessità di osservare le linee interpretative dettate dalle giurisdizioni superiori, può intervenire il legislatore per indicare specifiche direzioni operative agli organi giudicanti[9], oppure per tentare di limitare il contenzioso[10]. Si tratta di fenomeni che possono variamente e frequentemente accadere, soprattutto nella nostra società contemporanea, nella quale si combinano fonti e giurisdizioni di diversa natura e di differente livello. In questo caso, il c.d. dialogo tra Corti rappresenta un caso sintomatico della necessità di individuare un canone ordinatore quando un medesimo fatto può essere contemporaneamente oggetto di regolazione (e rientrare nella giurisdizione) del diritto nazionale, del diritto europeo e del diritto internazionale.

Gli strumenti delle incertezze sono, quindi, rappresentati dalle fonti stesse delle incertezze, in una sorta di circolo inesauribile di movimento per il diritto. Si è infatti visto come tanto il formante normativo quanto quello giurisdizionale possano alternativamente articolarsi come strumenti per risolvere le incertezze, oppure quali fonti essi stessi di incertezza.

3. L'incertezza come motore del diritto

La chiave per affrontare la lettura dei contributi che seguono è rappresentata dalla ricerca di elementi che possano aiutare il diritto a risol-

---

[8] Ne parla, con specifico riferimento al diritto penale, prendendo spunto dal caso *Contrada c. Italia*, R. COMPOSTELLA, *(Im)prevedibilità della decisione giudiziaria vs (in)certezza del vincolo del precedente*, in questo volume.

[9] Si veda, a riguardo, lo scritto di C. TOMBA, *Il regime di responsabilità civile dello stato-giudice quale strumento di prevenzione della (illegittima) incertezza del diritto*, in questo volume.

[10] Un ulteriore esempio di questa tipologia di incertezze può essere individuato nell'evoluzione del diritto romano e, in particolar modo dalla legge sulle citazioni, sulla quale il contributo di T. BIANCHI, *Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana*, in questo volume.

vere le incertezze che, inevitabilmente, appartengono all'esperienza giuridica. Il dato comune che emerge dai saggi qui introdotti consiste, in definitiva, nella presa d'atto dell'irriducibilità dell'eterna tensione tra certezza del diritto e incertezze. Da questa constatazione non può che derivarne un'altra: se le incertezze sono irrinunciabili, allora essere non possono che avere una funzione strutturale per il diritto. Questa potrebbe consistere –e la lettura di questo volume potrebbe aiutarci a verificare tale ipotesi – nell'attitudine a indicare all'operatore giuridico la strada verso la certezza del diritto, a raffinare il composito articolarsi di regole e di formanti. In questi termini, dunque, le incertezze sono il vero motore di accrescimento e di miglioramento del diritto.

Numerosi e autorevoli studi sulla certezza del diritto ne sottolineano la natura di ideale cui aspirare o di valore da perseguire, constatando però spesso l'imperfettibilità di tale "dogma"[11]. Sebbene sia ampiamente condivisa l'esigenza di certezza che il diritto reca con sé, l'analisi empirica del dispiegarsi delle relazioni giuridiche ci dimostra esattamente il contrario: è molto più vasto lo spazio dell'incerto, con tutti i significati che esso può assumere.

La conclusione che se ne può quindi trarre riguarda, da un lato, il fatto che la certezza del diritto non possa essere ridotta alla mera anticipabilità della soluzione giuridica, come se si trattasse del risultato di una complessa funzione matematica, da attendersi sempre uguale a se stesso[12]. Il diritto si evolve con il corpo sociale nel quale vive; non può pertanto mai ripetersi in modo uguale.

L'incertezza, in questo contesto, assume un diverso significato e può essere rivalutata: da elemento generatore di confusione e di iniquità, essa può essere considerata quale motore di avanzamento del diritto. Le incertezze, infatti, stimolano l'universo giuridico a interrogarsi sulla propria natura e sulla propria funzione; esse mettono in evidenza lacune e spazi aperti alla regolazione; le incertezze suggeriscono una continua verifica e messa alla prova dell'esistente. Se si mantengono entro i limiti del fisiologico, quindi, le incertezze possono fungere da valido cata-

---

[11] Ne parla diffusamente in modo molto efficace G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, cit., p. 517.

[12] A conclusioni simili giunge anche M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 12, 2019, p. 367.

lizzatore del miglioramento e dell'arricchimento del diritto, poiché offrono quotidianamente nuova linfa alla riflessione che stimola l'interpretazione, il dispiegarsi dei rapporti tra poteri, la lettura giuridica dei fenomeni.

La naturale tensione delle scienze giuridiche verso il valore della certezza, in conclusione, è sollecitata di continuo dalla consapevolezza dell'esistenza di un *quid* di incerto che esige di essere riportato entro le categorie giuridiche precostituite, di essere "riordinato", oppure di essere condotto entro nuovi schemi, qualora le strutture esistenti non risultino sufficienti per contenerlo[13]. Le incertezze – se mantenute entro lo spettro del controllabile – possono creare quel movimento naturale che genera attività creativa e che consente al diritto di rinnovarsi di continuo.

I contributi che seguono hanno il merito di porre inevidenza le potenzialità offerte da questa lettura delle incertezze, ma anche i limiti e le tensioni cui il diritto è sottoposto nel caso in cui lo spazio dell'incertezza superi la soglia del gestibile e rischi di divenire intollerabile per l'ordinamento.

[13] Sul rapporto tra fonti del diritto e interpretazione, anche in termini di riordino della percezione di crisi di sistema che attualmente contraddistingue il dibattito su tale relazione, cfr. R. BIN, *Ordine delle norme e disordine dei concetti (e viceversa): per una teoria quantistica delle fonti del diritto*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Il diritto costituzionale come regola e limite al potere. Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, Napoli, 2009, p. 35 ss.