



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 <i>Premesse e spunti per un dialogo sulle (in)certezze del diritto.....</i>	1
SEZIONE I GLI STRUMENTI DELLE (IN)CERTEZZE	
Lucia Busatta <i>Gli strumenti delle (in)certezze.....</i>	9
Giulia Giusy Cusenza <i>L'(in)certezza del diritto e le nuove sfide della nomofilachia.....</i>	17
Caterina Tomba <i>Il regime di responsabilità civile dello stato-giudice quale strumento di prevenzione della (illegittima) incertezza del diritto.....</i>	37
Roberto Compostella <i>(Im)prevedibilità della decisione giudiziaria vs (in)certezza del vincolo del precedente.....</i>	57
Vincenzo Desantis <i>L'incerto statuto delle linee guida dell'Anac nell'ordinamento giuridico italiano.....</i>	81
Tommaso Bianchi <i>Brevi cenni in merito alla cosiddetta 'legge delle citazioni' e sull'esigenza di certezza del diritto nella codificazione teodosiana.....</i>	113
Serena Tomasi <i>Incertezza nel diritto: la prospettiva dell'impegno argomentativo..</i>	135

SEZIONE II

GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE

Carla Maria Reale	
<i>Gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze</i> .....	149
Maurizio Di Masi	
<i>L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia</i> .....	157
Marco Rizzuti	
<i>Una (in)certa idea di famiglia: tra giudici e legislatori</i> .....	181
Andrea Martani	
<i>Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future</i> .....	197
Francesco Farri	
<i>Le (in)certezze nel diritto tributario</i> .....	219
Flavio Guella	
<i>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</i> .....	243

SEZIONE III

NUOVE TECNOLOGIE

E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO

Marta Fasan	
<i>Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto</i> .....	265
Elisa Spiller	
<i>If data is the new atoms... Le incertezze sul concetto di dato personale al tempo dei big data</i> .....	273
Irene Domenici	
<i>Tecnologie sanitarie innovative: il diritto di fronte all'incertezza scientifica ed etica</i> .....	295



INDICE

	Pag.
Gemma Pacella	
<i>Dalla realtà alla qualificazione dei rapporti di lavoro: restituire certezza alle categorie tradizionali</i> .....	315
Giuseppe Emanuele Corsaro	
<i>Schrems contro Facebook: gli incerti confini della categoria dei consumatori</i> .....	339
Chiara Garbuio	
<i>Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale</i> .....	359
Marta Tomasi	
<i>I tratti della certezza giuridica davanti alla realtà "tecnologicamente aumentata"</i> .....	381

SEZIONE IV  
CONCLUSIONI

Cinzia Piciocchi	
<i>Conclusioni</i> .....	393



## PREMESSE E SPUNTI PER UN DIALOGO SULLE (IN)CERTEZZE DEL DIRITTO

*Marta Fasan, Carla Maria Reale*

Le Giornate di studio *Le (in)certezze del diritto* si sono svolte presso la Facoltà di Giurisprudenza il 17-18 gennaio 2019 e questo volume vuole essere una raccolta ragionata delle riflessioni che sono state proposte in quella sede.

L'iniziativa si pone in continuità rispetto alle Giornate di studio realizzate nell'anno 2013, dedicate al tema "L'eccezione nel diritto" e nel 2015, riguardanti "Il diritto e le definizioni", rappresentando dunque una sorta di terza edizione degli incontri promossi dall'associazione Alumni giurisprudenza e Alumni SGCE<sup>1</sup>.

In questo ci sentiamo grate di aver potuto raccogliere il testimone dei colleghi che per primi hanno avuto l'idea di queste Giornate di studio, per porre in dialogo giovani studiose/i provenienti da ambiti disciplinari differenti ed è stato un vero piacere per noi poter portare a nuova vita un'iniziativa ben riuscita come le precedenti e giovare dei loro suggerimenti.

La terza edizione delle Giornate di studio, sulla scia delle precedenti due, ha individuato una tematica che potesse essere trasversale alle varie discipline giuridiche, che si ponesse come un tema classico della riflessione giuridica, ma al contempo potesse essere riletto in chiave attuale, guardando al tempo presente.

L'argomento individuato, quello delle (in)certezze del diritto, era d'altronde già emerso come tema ricorrente nelle riflessioni scaturite da

---

<sup>1</sup> Gli Atti degli incontri sono raccolti nei volumi S. BONINI, L. BUSATTA, I. MARCHI (a cura di), *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre, 2013)*, Napoli, 2015; F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016.

entrambe le edizioni precedenti, al punto da portarci a credere che meritasse una giornata di studio apposita.

La relazione tra certezza e incertezza del diritto configura, tradizionalmente, il rapporto dicotomico per eccellenza all'interno dell'ordinamento giuridico, in cui la presenza di uno dei due elementi comporta inesorabilmente l'esclusione dell'altro. Una relazione che per molto tempo si è risolta senza dubbio a favore del principio della certezza del diritto, dal momento che l'esigenza della certezza della norma è sempre stata considerata un elemento ineliminabile e imprescindibile per una convivenza sociale che possa definirsi ordinata<sup>2</sup>.

La certezza del diritto, infatti, rappresenta uno dei principi fondamentali del moderno Stato di diritto. Esso si presenta quale elemento dogmatico nella civiltà giuridica moderna in cui, come espresso dalle teorie del positivismo giuridico, il diritto viene identificato con lo Stato, in particolare con la manifestazione di volontà di chi detiene il potere politico, cioè la legge<sup>3</sup>.

Nella concezione giuspositivistica, il principio della certezza del diritto svolge la fondamentale funzione di garantire l'azione umana attraverso l'uso dello strumento legislativo. La natura astratta e rigida della norma rende prevedibile la qualificazione e le conseguenze dei comportamenti, anche futuri, dei consociati all'interno di un ordinamento giuridico così da risultare «(...) sempre più intellegibile la portata delle regole prestabilite dal legislatore all'agire umano»<sup>4</sup>. Allo stesso tempo, la certezza del diritto ha rappresentato per lungo tempo una garanzia di attuazione del principio di eguaglianza su più livelli, soprattutto a favore del singolo cittadino.

Il passaggio dall'età moderna all'età "post-moderna" segna un momento di crisi per la certezza del diritto e per quel *circolo logico* che

---

<sup>2</sup> Così affermato in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Milano, 1968, p. 47.

<sup>3</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico: lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1979; P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012, p. 2.

<sup>4</sup> La citazione è tratta da P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942, p. 174.

assicura la calcolabilità di comportamenti e decisioni<sup>5</sup>. L'*ipertrofia della legge*, la conseguente sfiducia nello strumento legislativo, l'abbandono del monismo giuridico statale, i mutamenti della compagine sociale, l'affermazione di un maggiore pluralismo, di soggetti e fonti, e il consolidarsi di prassi e consuetudini sempre più rilevanti a livello globale evidenziano i limiti della *fictio* riduzionista del legalismo e del positivismo giuridico<sup>6</sup>. Si è osservato come questo mutamento sia incisivo poiché:

va de-strutturando l'universo di certezze (innanzi tutto, metodologiche) del vecchio sistema legalistico e del vecchio giurista. Il giurista (...) prende ormai atto, senza stracciarsi le vesti, che i secondi anni Cinquanta sono un lungo, continuo transito verso approdi sempre più distanti e diversi dai rassicuranti rifugi allestiti dalla modernità; e capisce che non è più il tempo delle visioni statiche, destinate dal movimento/mutamento ad essere tosto condannate alla sterilità<sup>7</sup>.

La nostra epoca postmoderna è dunque epoca di diritto incalcolabile<sup>8</sup>, in cui la dialettica certezza/incertezza del diritto appare inadeguata e non più significativa.

Sulla base di queste considerazioni iniziali, si è scelto di invitare gli studiosi di diverse discipline giuridiche a svolgere alcune riflessioni sul rapporto che si instaura tra i concetti di certezza e incertezza del diritto. In particolare, sono state individuate tre linee direttrici che potessero agevolare il dibattito e che fossero utili a stimolare un dialogo attento e aperto sul tema in oggetto e sui profili ad esso collegati. La prima, *l'oggetto delle (in)certezze giuridiche*, relativa ai fattori di (in)certezza che possono trarre origine dagli oggetti della disciplina giuridica (come, ad esempio, l'innovazione tecnologica, i mutamenti sociali ed economici e

---

<sup>5</sup> In questo senso N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, p. XVII.

<sup>6</sup> Così affermato in U. SCARPELLI, *Il positivismo giuridico rivisitato*, in *Rivista di filosofia*, 3, 1989, 461-475; P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, in *Giustizia Civile: rivista giuridica trimestrale*, 4, 2014, pp. 921-955.

<sup>7</sup> P. GROSSI, *Sull'odierna "incertezza" del diritto*, cit., p. 932.

<sup>8</sup> Così N. IRTI, *op. cit.*, pp. 3-17.

il fenomeno della globalizzazione); la seconda concernente gli *strumenti delle (in)certezze giuridiche* e quindi come il diritto stesso, con le diverse sfaccettature che lo caratterizzano, possa diventare fonte di (in)certezza nel tentativo di regolare i distinti fenomeni che caratterizzano il vivere umano; e, infine, la terza linea d'analisi riguardante i *soggetti* che all'interno dell'ordinamento giuridico si trovano a dover affrontare e risolvere le situazioni che traggono origine dalle *(in)certezze giuridiche*.

Le tracce di riflessione e di analisi proposte sono state riprese dagli elaborati dei partecipanti, ma, allo stesso tempo, sono state anche sviluppate, dando risalto a specifici profili e fenomeni, che hanno dunque richiesto una scomposizione e ricomposizione delle stesse in tre nuovi ambiti tematici. Fatta eccezione per il tema degli *strumenti delle (in)certezze*, il quale ha mantenuto la sua originaria configurazione, ci è apparso subito evidente come l'iniziale raggruppamento, suddiviso in soggetti-oggetti, si rivelasse riduttivo di fronte alle complesse questioni affrontate dalle studiose e dagli studiosi partecipanti, in cui comunque entrambi i temi restavano sempre presenti e profondamente intrecciati. Di conseguenza, a fianco alla sezione dedicata agli strumenti delle (in)certezze, si è scelto di articolare la riflessione dedicando gli altri momenti di dialogo agli *Ambiti paradigmatici delle (in)certezze* e alle *Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto*, seguendo una logica tripartita che viene riproposta anche nel presente volume. Negli scritti dedicati agli ambiti considerati paradigmatici delle (in)certezze del diritto, come si vedrà, sono affrontate alcune tematiche in cui, oggi più che in passato, la questione dell'(in)certezza giuridica appare urgente, a dimostrazione di quanto alcuni temi cardine del nostro tempo (quali ad esempio la crisi economico-finanziaria, il mutamento dei modelli familiari e l'emersione di nuove tecnologie) stiano influenzando la struttura dicotomica che da tempo lega certezza e incertezza nel contesto giuridico. Infine, proprio al tema riguardante l'innovazione tecnologica, molto vasto e di grande interesse per giovani ricercatrici e ricercatori, si è dedicata una sezione ad hoc di questo volume, nella quale vengono affrontate le principali questioni poste dall'avvento di nuove potenzialità tecnologiche e le risposte giuridiche date a tali fenomeni. Delle chia-

vi di lettura adottate nelle singole sessioni, meglio si dirà nei contributi introduttivi alle tre sezioni del volume.

Per chiudere questa breve premessa vorremmo ringraziare sentitamente tutte le persone che hanno collaborato alla buona riuscita di questa iniziativa. In primo luogo, le dott.sse Lucia Busatta e Marta Tomasi, che hanno sin da subito supportato, concretamente, l'idea di lanciare una terza edizione di queste Giornate di studio. Un sincero ringraziamento anche al Preside, prof. Fulvio Cortese, al prof. Gian Antonio Benacchio, nella sua qualità di coordinatore del Corso di Dottorato, al prof. Antonio Cassatella, nella sua qualità di presidente dell'associazione Alumni Giurisprudenza, e all'associazione Alumni SGCE. Tutti hanno accolto con entusiasmo la proposta di dare spazio ad una terza edizione delle Giornate di studio. Un grazie particolare alla prof.ssa Cinzia Piciocchi, per la sua preziosa supervisione scientifica nel corso di questo progetto. Vorremmo inoltre ringraziare tutto il personale amministrativo, specialmente le dott.sse Martina Franceschi, Loredana Giacomelli e Valentina Lucatti, senza la cui disponibilità e supporto questa iniziativa e il relativo volume non sarebbero mai stati realizzati.

Per concludere, il più grande e importante ringraziamento va a tutte le persone che hanno partecipato alle Giornate di studio per il loro fondamentale e prezioso contributo. Ci riferiamo non solamente alle persone che hanno contribuito a questo volume, ma anche ai discutenti dott.ssa Ilaria Marchi, dott.ssa Silvia Pellizzari, dott. Paolo Guarda e al prof. Diego Quaglioni, che ha arricchito la due giorni con le sue riflessioni conclusive. Se l'iniziativa, molto partecipata e sentita, è ben riuscita, è proprio grazie all'apporto di tutte le persone coinvolte che hanno voluto condividere con noi la curiosità scientifica e il desiderio di incontrarsi e dialogare su questi temi. Queste azioni, oggi più che mai, ci sembrano le condizioni vitali del vivere gli spazi della ricerca e dell'accademia, con l'augurio e la speranza che simili momenti di incontro possano tornare presto ad animare le nostre aule universitarie.





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<sup>1</sup>, 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»<sup>2</sup>, 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

---

<sup>1</sup> 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».

<sup>2</sup> 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<sup>3</sup>. 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 intelleggibili, 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-

---

<sup>3</sup> 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<sup>4</sup>.

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<sup>5</sup>. 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<sup>6</sup>. 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<sup>7</sup>. La non prevedibilità delle soluzioni giurisprudenziali, in contrasto rispetto a quanto abbiamo poco sopra evidenziato, rende il diritto

---

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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<sup>8</sup>. 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<sup>9</sup>, oppure per tentare di limitare il contenzioso<sup>10</sup>. 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-

---

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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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”<sup>11</sup>. 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<sup>12</sup>. 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-

---

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

<sup>12</sup> 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<sup>13</sup>. 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 in evidenza 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.

---

<sup>13</sup> 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.

# L'(IN)CERTEZZA DEL DIRITTO E LE NUOVE SFIDE DELLA NOMOFILACHIA

Giulia Giusy Cusenza

SOMMARIO: 1. *Brevi note introduttive: la certezza del diritto e la funzione nomofilattica.* 2. *La nomofilachia e l'ordinamento sovranazionale.* 3. *La nomofilachia e le sfide interne all'ordinamento nazionale.* 4. *Il precedente relativamente vincolante e la funzione nomofilattica: un cambio di paradigma?*

*1. Brevi note introduttive: la certezza del diritto e la funzione nomofilattica*

Dare contenuto effettivo alla formula della «certezza del diritto» è intento comune agli ordinamenti giuridici contemporanei organizzati su base democratica<sup>1</sup>. Si tratta di un valore pienamente meritevole di essere perseguito, che si estrinseca nella tensione verso un apparato legislativo, amministrativo e giurisdizionale che garantisca la prevedibilità – in maniera ragionevolmente attendibile – dei rapporti giuridici che intercorrono fra i consociati e fra questi e i pubblici poteri.

La certezza del diritto – nella sua nozione tradizionale – si qualifica in termini di prevedibilità circa l'interpretazione della norma giuridica e di stabilità degli orientamenti giurisprudenziali. In tal modo i cittadini vengono dotati di un mezzo idoneo ad orientarne le condotte con la fi-

---

<sup>1</sup> Cfr. *ex multis* sul tema N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 28, 1951, p. 146; F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1943, p. 81; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto le responsabilità della dottrina*, in *Riv. dir. comm.*, 1, 1942, pp. 341-358, poi in *Opere giuridiche*, I vol., 1965, 504-511; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, 2010, ora in *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2015, p. 68.

nalità di ridurre le ipotesi di litigiosità sociale e l'insorgere di contenziosi.

Un ordinamento che, con adeguati strumenti, assicuri la certezza del diritto e l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali rende una risposta in termini di efficacia ed efficienza del sistema giuridico, e valorizza, di riflesso, anche il principio di uguaglianza nella sua accezione formale ai sensi dell'art. 3, Cost.<sup>2</sup>

Oltre a garantire i valori dell'equità e della pari dignità sociale, la certezza del diritto rappresenta uno strumento di attuazione del principio di legalità. Ed ancora, tanto l'uniformità degli indirizzi giudiziari, quanto l'omogeneità nell'applicazione delle disposizioni normative, ingenerano nei cittadini un legittimo affidamento circa la continuità e la stabilità nell'interpretazione del diritto, con ricadute evidentemente rilevanti anche sul sistema economico<sup>3</sup>. Infatti, proprio la prevedibilità del rischio giuridico è uno degli elementi fondamentali, in termini di attrattività per gli investitori ed incremento della circolazione di merci, persone e capitali, per lo sviluppo del sistema economico<sup>4</sup>.

La funzione nomofilattica ha l'obiettivo primario di garantire una coerente e costante interpretazione della legge e l'uniformità degli indirizzi giurisprudenziali, così da assicurare l'unità del diritto all'interno dell'ordinamento giuridico<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, in *Diritto comparato e Diritto comune europeo*, Milano, 1981, pp. 512-517; M. TARUFFO, *La giurisprudenza tra casistica e uniformità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1, 2014, p. 35.

<sup>3</sup> F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; F. ROSSELLI, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano, 1996, p. 319; F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Milano, 2001.

<sup>4</sup> M. WEBER, *Economia e società. Diritto*, 1922, ed. it. di M. PALMA (a cura di), Roma, 2016; N. IRTI, "Calcolabilità" weberiana e crisi della fattispecie, in *Riv. dir. civ.*, 5, 2014, pp. 36-44; ID., *La crisi della fattispecie*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1, 2014, p. 36; ID., *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1, 2015, p. 20.

<sup>5</sup> G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., p. 515; M. TARUFFO, *Una riforma della Cassazione civile?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2006, p. 755; F. PATRONI GRIFFI, *La funzione nomofilattica: profili interni e sovranazionali*, 2017, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); G. COSTANTINO, *Appunti sulla nomofilachia e sulle "nomofilachie di settore"*, in *Riv. dir. proc.*, 6, 2018, p. 1143.

L'unità del diritto non implica l'immobilismo giuridico o la cristallizzazione dell'apparato legislativo, che non avrebbe altro esito se non quello di delineare un ordinamento incapace di reinventarsi al mutare delle esigenze economiche, sociali e culturali che periodicamente interessano la società contemporanea. Al contrario, attraverso una tendenziale conformità fra i precedenti giurisprudenziali, si attua quel necessario contemperamento tra le pretese di certezza ed affidabilità dell'ordinamento, e le esigenze di flessibilità del diritto ed apertura al mutamento.

Le variazioni interpretative all'interno della giurisprudenza sono del tutto fisiologiche, purché sostenute da ragioni evolutive di ordine economico, sociale, morale o culturale tali da giustificare l'abbandono dei precedenti canoni decisionali<sup>6</sup>. È pertanto pienamente ammissibile che una corte di vertice non segua passivamente i propri precedenti e muti il proprio orientamento, ma non è tollerabile che tali variazioni siano troppo frequenti o arbitrarie.

A questo punto, è necessario precisare che l'ordinamento italiano, nonostante riconosca un ruolo rilevante all'esercizio di funzioni nomofilattiche, è comunque inserito in una cornice giuridica legata alla tradizione continentale. Nell'ambito di quest'ultima, storicamente, il precedente giurisprudenziale ha un carattere semplicemente persuasivo che opera come fonte di formazione e non di conformazione dell'opinione dell'organo giudicante, motivo per cui il valore giuridico delle sentenze

---

<sup>6</sup> M. FRANCESCHELLI, *Nomofilachia e Corte di Cassazione*, in un numero speciale dedicato a *Il nuovo diritto del lavoro e la funzione del giudice*, in *Giustizia e Costituzione*, gennaio-giugno, 1986, p. 36; M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla Cassazione civile*, Bologna, 1991, p. 101; L. ROVELLI, *La nomofilachia è la funzione istituzionale della Cassazione*, in *Rass. For.*, 3-4, 2014, p. 660; G.P. CIRILLO, *La nozione di nomofilachia*, cit.; G. GORLA, *L'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi*, cit., p. 529; ID., *La motivation des jugements*, in *Foro It.*, V, 1979, p. 1; L. MENGONI, *L'argomentazione orientata dalle conseguenze*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996; M. NIGRO, *Prefazione*, in *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1973, p. 9; P.L. MONTESANO, *Su alcune funzioni della Cassazione civile secondo la costituzione della Repubblica italiana*, in *Scintillae Iuris. Studi in onore di Gino Gorla*, Milano, 1994, p. 294; S. MAZZAMUTO, *Certezza e prevedibilità: nuove frontiere della nomofilachia e tentativi di "enforcement" del precedente*, in *Pol. dir.*, 2, 2003, p. 158.

è ancorato alla risoluzione delle singole controversie e non a fissare precedenti giurisprudenziali vincolanti<sup>7</sup> come avviene, invece, negli ordinamenti di *common law*<sup>8</sup>.

Nei paesi a tradizione continentale la funzione nomofilattica, con una connotazione principalmente persuasiva e/o autoritativa<sup>9</sup>, viene normalmente affidata alle corti di vertice con il compito assicurare una generale uniformità degli indirizzi giurisprudenziali: in Francia, nel 1790, viene istituito il *Tribunal de Cassation*; in Spagna, nel 1812, il *Tribunal Supremo*; in Italia, nel 1848, la *Corte di Cassazione*; in Germania, nel 1950, il *Bundesgerichtshof* – Corte Federale tedesca per la giurisdizione ordinaria.

Negli ultimi anni il principio della certezza del diritto sembra essere entrato in crisi, e la funzione nomofilattica come strumento di raccordo ed armonizzazione dei precedenti giurisprudenziali non appare più in

---

<sup>7</sup> A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfilata la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell'ordine interno e distintivi rispetto alla struttura dell'ordine convenzionale ("a prima lettura") di Corte Costituzionale n. 230 del 2012*, in [www.consultaonline.it](http://www.consultaonline.it).

<sup>8</sup> In tal senso si consideri il caso della Gran Bretagna, dove la funzione nomofilattica, esercitata per mezzo del c.d. *stare decisis* o precedente vincolante, ha un valore cogente e non un carattere meramente persuasivo, quindi, basato esclusivamente sull'autorevolezza riconosciuta alle corti di vertice. Negli ordinamenti di *common law* la nomofilachia si estrinseca, sia a livello orizzontale che verticale, imponendo alle Corti il divieto di distaccarsi dai propri precedenti storici. Viene in questo modo garantita l'unità interpretativa del diritto, ma al fine di evitare che l'ordinamento ceda all'immobilismo e si fossilizzi su antiquati precedenti giurisprudenziali sono stati previsti degli strumenti, come il *distinguishing* e l'*overruling*, con lo scopo di assicurare una mobilità interpretativa dei testi normativi. In tal senso, si veda J. MARSHALL, *Trentatré cose che si possono fare con i precedenti*, in *Ragion pratica*, 6, 1996, p. 29 e ss.; M. TARUFFO, *Per un'analisi comparata del precedente giudiziario*, *ivi*, p. 57; M. BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fior.*, 2015, p. 67; G. ALPA, *La regola del precedente e i suoi falsi amici*, in *Contratto e Impr.*, 4, 2017, p. 1073. Per una più ampia ricostruzione in tema, G. GORLA, *Studio storico comparativo della "common law" e scienza del diritto (le forme d'azione)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1962, p. 25; ID., *Formazione e strutture fondamentali della "Common Law": le "forms of action"*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1965, p. 1646; U. MATTEI, *Il modello di common law*, Torino, 1996; ID., *Common Law. Il diritto angloamericano*, Torino, 2004.

<sup>9</sup> G. PERA, *Noterelle. Diario di un ventennio*, in V.A. POSIO (a cura di), in *Diritto e Rovescio*, Milano, 2014, p. 20.

grado di arginare le pressioni esterne ed interne all'ordinamento nazionale. Ed infatti, da un lato, l'esistenza di una comunità "multilivello" impone alle corti nazionali un necessario confronto con fonti del diritto ed arresti giurisprudenziali di matrice sovranazionale<sup>10</sup>; dall'altro, si profila un costante incremento dei punti di contatto fra i plessi giurisdizionali<sup>11</sup>. Il rischio è quello che le diverse giurisdizioni possano dar vita a precedenti giurisprudenziali contraddittori circa la portata di un medesimo diritto o alle limitazioni a cui il diritto stesso possa essere sottoposto.

## 2. La nomofilachia e l'ordinamento sovranazionale

Il manifestarsi di una diffusa pluralità ordinamentale non è un fenomeno nuovo o sconosciuto alla cultura giuridica europea: la nostra civiltà è stata da sempre oggetto di una molteplicità di trasformazioni strettamente legate ai cambiamenti economici, sociali e politici, con frequenti passaggi dal particolarismo all'universalismo giuridico e viceversa<sup>12</sup>.

L'età medievale, ad esempio, è stata caratterizzata dalla compresenza e da una continua dialettica tra il particolare e l'universale<sup>13</sup>. Il cam-

---

<sup>10</sup> Cfr. S. SENESE, *La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti*, Napoli, 2008; S. CASSESE, *Ordine giuridico europeo e ordine nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2010, pp. 319-422; R. CAPONI, *Dialogo tra corti nazionali ed internazionali*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, in [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>11</sup> S. CASSESE, *I tribunali di Babele: i giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale*, Roma, 2009, p. 3.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, Napoli, 2010:

<sup>13</sup> Esisteva, infatti, un articolatissimo assetto plurale rappresentato dall'insieme degli *iura propria*, espressione degli statuti comunali, degli atti normativi emanati dai Principi, dalla Chiesa romana, dalle norme che regolavano la vita del ceto mercantile o del ceto feudale. Ad un particolare così parcellizzato, però, si affiancava un diritto universale – lo *ius commune* – basato sul diritto romano giustiniano e sul diritto canonico. Una società quella medievale che viveva di una continua tensione e compresenza fra il particolare e l'universale, tra gli *iura propria* e lo *ius commune*. Così, P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, cit.; così, per altro aspetto, si veda D. QUAGLIONI, *La giustizia nel medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004.

biamento fu avvertito con l'arrivo della modernità e con l'affermazione di quel soggetto politico-istituzionale che è lo Stato<sup>14</sup>. Con l'inizio del Novecento giuridico lo Stato sovrano è costretto a confrontarsi con una nuova pluralità ordinamentale<sup>15</sup>, espressione di una società che comincia nuovamente ad organizzarsi ed articolarsi. Si vengono così a riproporre due fenomeni del passato quali la de-territorializzazione del diritto e la riscoperta – ancora una volta – del pluralismo<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Paolo Grossi ha descritto l'Europa settecentesca – fino allo scoppio della Rivoluzione francese – come un arcipelago: una sommatoria di realtà insulari dotate di una propria sovranità e separate da frontiere che apparivano come dei fossati politico-giuridici. Una sovranità, quella dell'età moderna, intrisa di un'assolutezza tale da implicare un'indipendenza piena e completa di ogni Stato. Il paesaggio giuridico, così frastagliato nel passato, si riduce così a due soli soggetti: il macro-soggetto, lo Stato, ed il micro-soggetto, l'Individuo. Questa prima civiltà moderna si mostra, quindi, nemica di ogni universalismo: essa è particolarista, ma a condizione che il particolare coincida con un determinato territorio, quello statale. Così, P. GROSSI, *Universalismo e particolarismo nel diritto*, cit.

<sup>15</sup> In Italia, S. ROMANO con *L'ordinamento giuridico* [I ed., Firenze, 1918] teorizzò l'autonomia del diritto dall'ombra totalizzante ed assolutista dello Stato, divenendo un precursore di quello che sarà il *Novecento giuridico* [P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, cit.; ID., *Novecento giuridico – Un secolo pos-moderno*, Napoli, 2011; ID., *Scienza giuridica italiana. Un profilo Storico 1860/1950*, Milano, 2000]. Si veda, inoltre, S. CASSESE, *Ipotesi sulla formazione de «L'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Quad. fior. stor.*, I, 1972, p. 243 ss.; A. ROMANO, *Santi Romano e la giuspubblicistica italiana. Temi e tendenze*, in P.L. BALLINI (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale (1918-1925)*, Venezia, 2005, pp. 103-130; P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2006, p. 377; A. SANDULLI, *Costruire lo stato Costruire lo Stato: la scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009; P. GROSSI, *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2011, pp. 1-22; A. ROMANO, *Santi Romano, lo stato moderno e la sua crisi e l'ordinamento giuridico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2011, p. 333; S. CASSESE, *Ipotesi sulla fortuna all'estero de «l'ordinamento giuridico» di Santi Romano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2015, p. 177.

<sup>16</sup> Si assiste ad una crisi dello Stato e delle sue fonti, in tal senso si veda P. CALAMANDREI, *La crisi della giustizia*, in G. BALLADORE PALLIERI, P. CALAMANDREI, A. CAPOGRASSI, F. CARNELUTTI, G. DELITALA, A.C. JEMOLO, A. RAVÀ, G. RIPERT, *La crisi del diritto*, Padova, 1953, pp. 157-76; F. CARNELUTTI, *La morte del diritto*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit.; G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, cit.; J. HUIZINGA, *La Crisi della Civiltà*, Torino, 1962;



La sfida della post-modernità, non ancora arrivata ad una fase di completo assestamento ed arricchita di nuove sfaccettature con l'ingresso nel nuovo millennio, impone di prendere atto della complessità del nuovo universo giuridico, in particolare con riferimento al ruolo recessivo dello Stato nazionale a vantaggio di una crescente centralità dell'ordinamento sovranazionale e delle sue fonti.

Con l'adesione all'Unione europea e alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo gli Stati membri sono entrati a far parte di un ordinamento giuridico a vocazione universale basato sulla condivisione di una comune cultura giuridica e valoriale, che impone una generale armonizzazione degli apparati legislativi nazionali ed un coordinamento fra le magistrature interne e le Corti sovranazionali<sup>17</sup>.

L'espansione dell'ordinamento sovranazionale ha un impatto dirompente sulla certezza del diritto e sulle modalità di esercizio della funzione nomofilattica. Se, infatti, tradizionalmente la nomofilachia è stata pensata con esclusivo riferimento ad uno scenario nazionale, le recenti modifiche di contesto impongono un cambio di prospettiva<sup>18</sup>.

Le giurisdizioni di vertice sono, ad oggi, obbligate a garantire un'uniforme interpretazione del diritto ed un'applicazione unitaria della legge, non soltanto con riferimento all'ordinamento nazionale in cui operano, ma anche alla luce del diritto di matrice sovranazionale<sup>19</sup>.

---

S. SATTA, *La crisi del diritto*, in *Dir. proc. civ.*, 1967, prefazione, ora in *Id.*, *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Padova, 1968; M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1986; P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit.; *Id.*, *L'identità del giurista*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 4, 2010, p. 1089. Si vedano anche G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana 1861-1993*, Bologna, 1996; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, 2010.

<sup>17</sup> G.P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica*, in *www.lex italia.it*, 11, 2013; A. VALITUTTI, *Diritto nazionale e diritto europeo a confronto nel dialogo fra le corti*, in *www.europeanrights.eu*.

<sup>18</sup> Cfr. R. COSIO, *Il pluralismo ermeneutico nell'ordinamento complesso*. Testo della relazione svolta a Lucca-Convento di San Cerbore, il 5-6 ottobre 2013, nell'ambito del convegno *L'interpretazione del diritto del lavoro fra ermeneutica giuridica e pluralismo culturale. Giudici e avvocati nel processo*.

<sup>19</sup> La CGUE e la Corte EDU proprio sul tema della nomofilachia suggeriscono, seppur con estrema cautela, l'adozione di strumenti normativi interni da parte dei singoli Stati – nell'esercizio del margine di apprezzamento loro riservato in forza dell'ancora

### 3. *La nomofilachia e le sfide interne all'ordinamento nazionale*

Nel tentativo di garantire un'uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto la funzione nomofilattica viene investita anche da nuove pressioni provenienti dall'interno dello stesso ordinamento nazionale.

Da un lato, lo sviluppo ipertrofico del sistema delle fonti e le trasformazioni delle tradizionali tecniche di produzione legislativa producono una crescente ambiguità ed una generale mutevolezza delle interpretazioni, con evidenti ricadute circa la stabilità e la prevedibilità del diritto<sup>20</sup>. Dall'altro, il declino della rigida ripartizione tra il settore pubblico e privato, a fronte di un generalizzato aumento delle fattispecie in cui si preferisce l'utilizzo di categorie proprie del diritto privato per disciplinare l'azione della pubblica amministrativa, ha determinato l'aumento delle ipotesi di sovrapposizione fra gli ordini giurisdizionali. È evidente come tali fenomeni impongano un profondo ripensamento delle modalità di esercizio delle funzioni di nomofilachia.

Il panorama giuridico contemporaneo sembra rivelare una crisi del tradizionale sistema delle fonti del diritto che si manifesta in una incapacità ordinativa da parte della legge, a cui consegue una generale sfiducia da parte dei consociati nell'effettiva pregnanza dei principi di legalità ed uguaglianza<sup>21</sup>.

---

vigente principio di autonomia procedurale – per attenuare eventuali diversità di trattamento in ragione della giurisdizione nazionale chiamata a provvedere. In tale senso, Corte EDU, *Carbonara e Ventura contro Italia*, sentenza 11 dicembre 2003; Corte EDU, *Belvedere alberghiera s.r.l. contro Italia*, sentenza 30 ottobre 2003.

<sup>20</sup> N. IRTI, *L'età della decodificazione*, IV ed., Milano, 1999; L. FERRAJOLI [*Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, in *Giust. Civ.*, 2014, p. 27] individua come cause della sconfitta della certezza del diritto: la complicazione del sistema delle fonti, il declino della sovranità degli stati, l'inflazione legislativa ed il vistoso dissesto del linguaggio legale.

<sup>21</sup> G. MORBIDELLI, *Principio di legalità e provvedimenti amministrativi impliciti*, in G. ACODELLA (a cura di), *Materiali per una cultura della legalità*, Torino, 2017; F. MERUSI, *La legalità amministrativa fra passato e futuro. Vicende italiane*, Napoli, 2016; ID., *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, 2012; G. CORSO, *Il principio di legalità*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011, p. 4; G. VERDE, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012;

È copiosa l'emanazione di testi normativi lacunosi, incompiuti, spesso non opportunamente ponderati e tra di loro confliggenti: la legge appare ormai «come un'arma che si mostra spuntata ed inadatta ad adempiere agli scopi cui è preposta»<sup>22</sup>. Le corti di vertice, attraverso l'esercizio della funzione nomofilattica, sono quindi deputate a mantenere una generale integrità di sistema ed un accettabile grado di certezza giuridica, fornendo una ricostruzione uniforme ed intelligibile di un tale reticolo normativo<sup>23</sup>.

A queste criticità si affianca il crescente ricorso ad una tecnica di produzione del diritto non più basata su statuizioni dal carattere precettivo e descrittivo delle fattispecie, bensì sul rinvio ad una serie di clausole generali – tramite strumenti legislativi sempre più elastici, flessibili e sfumati – con l'irruzione al vertice della gerarchia delle fonti dei principi generali dell'ordinamento<sup>24</sup>.

---

G. ROMEO, *A proposito del controllo di legalità*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2, 2012, p. 551; F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità. La decostruzione del diritto amministrativo*, Bologna, 2007; G. MORBIDELLI, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 703; A. ROMANO, *Il principio di legalità nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Annuario dell'Associazione Italiana dei costituzionalisti (A.I.C.). Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova, 1999, p. 45; G.U. RESCIGNO, *Sul principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 22.

<sup>22</sup> P. GROSSI, *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, cit.

<sup>23</sup> L. FERRAJOLI, *Antigone e Creonte, entrambi sconfitti dalla crisi della legalità*, cit., p. 33; M. MAZZAMUTO, *L'incertezza del diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AA.VV., *L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015.

<sup>24</sup> L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, in AA.VV., *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano, 1981, p. 1171; N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2005; S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. DI MAJO ET AL., *Lezioni sul contratto*, raccolte da A. ORESTANO, Torino, 2009; M. LIBERTINI, *Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in [www.orizzontideldiritto.commerciale.it](http://www.orizzontideldiritto.commerciale.it), 2011; F. DI MARZO, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. Civ.*, 2, 2014, p. 339; C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015; C. SALVI, *Diritto postmoderno o regressione premoderna?*, in *Europa dir. priv.*, 3, 2018, p. 865.

Il passaggio da una normazione precettiva, che, quindi, non abbisogna di interventi normativi ulteriori per la sua applicabilità, ad una legiferazione per principi generali, in cui la produzione legislativa del diritto è solo un passo iniziale del successivo processo interpretativo, genera inevitabili ripercussioni sulle modalità di esercizio della funzione nomofilattica<sup>25</sup>.

La legislazione per principi si basa su proposizioni normative che, a causa la loro generalità ed astrattezza, possono dar luogo ad una pluralità di esiti divergenti nella fase interpretativo-attuativa, ampliando il margine di discrezionalità decisionale attribuito all'organo giudicante. Ne consegue l'automatica modifica dell'operato del giudice di merito e/o di ultima istanza, che si va tingendo dei colori di una vera e propria attività di regolamentazione, conseguendo le vesti di un'autentica fonte di produzione del diritto.

La crisi dello strumento legislativo come fonte del diritto non è l'origine unica delle pressioni che incidono sull'esercizio della funzione nomofilattica: infatti, ad essa si aggiungono le tensioni provocate dalla moltiplicazione dei plessi giurisdizionali dotati di tale funzione.

Una certa pluralità giurisdizionale interna all'ordinamento statale non è di per sé un fenomeno da considerarsi inedito: la generalità degli ordinamenti giuridici europei, tanto quelli che hanno optato per la giurisdizione unica, quanto quelli che hanno prediletto un sistema basato su un dualismo della giurisdizione, hanno conosciuto e conoscono una pluralità interna – di origine istituzionale o fattuale – in tema di giurisdizione<sup>26</sup>.

In alcuni Stati si riscontra un'adesione pressoché completa al dualismo giurisdizionale, in altri Paesi, invece, l'organizzazione giudiziaria è

<sup>25</sup> In tal senso, A. BARAK, *La discrezionalità giudiziaria* (1989), trad. it. di I. MATTEI della versione inglese dell'originale ebraico di Y. KAUFMANN, Milano 1995, p. 27; N. IRTI, *I "cancelli delle parole"*, Napoli, 2015, ora in ID., *Un diritto incalcolabile*, cit., p. 57; F. PATRONI GRIFFI, "Usi e consuetudini giudiziari" e diritto giurisprudenziale, in [www.asstrid-online.it](http://www.asstrid-online.it), 2017.

<sup>26</sup> M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976; M.P. CHITI, *Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2000, p. 312; S. BATTINI, *La giustizia amministrativa in Italia: un dualismo a trazione monista*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 52.

unitaria, ma con formazioni specializzate, e dotate di un proprio organo di vertice, per le materie amministrative. Pertanto, nello spazio giuridico europeo, si registra non tanto la tradizionale contrapposizione tra monismo e dualismo, quanto piuttosto un complessivo fenomeno di “specializzazione”, tramite l’istituzione di vere e proprie corti amministrative o per mezzo di apposite sezioni qualificate interne alla stessa giurisdizione ordinaria.

In Italia, già il R.D. sull’Ordinamento Giudiziario del 1865 qualificava la Corte di Cassazione, da un lato, come organo supremo della giustizia ordinaria, cui è affidato il compito di apprestare tutela giurisdizionale al caso concreto ed assicurare l’esatta osservanza del diritto; dall’altro, le veniva formalmente attribuita la funzione di garante dell’uniforme interpretazione della legge e di custode dell’unità del diritto nazionale.

Una volta affermatesi le ragioni proprie del dualismo giurisdizionale è apparso evidente come la Corte di Cassazione non potesse più ricoprire, in posizione egemone, la funzione di custode dell’uniforme interpretazione ed applicazione del diritto all’interno dell’ordinamento statale, da condividere necessariamente con le sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, quantomeno con riferimento agli ambiti di pertinenza della giustizia amministrativa<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Per ciò che concerne la giurisdizione contabile la prima attribuzione di funzioni nomofilattiche a favore delle Sezioni Riunite della Corte dei Conti può essere fatta risalire alla previsione di cui all’art. 4, della L. 21 marzo 1953, n. 161. Successivamente la disciplina di riferimento è contenuta all’interno dell’art. 1, co. 7, del d.l. n. 453/1993, così come riformato dalla l. n. 69/2009, ed in ultimo, ad oggi trasposta all’interno del Codice di giustizia contabile – d.lgs. n. 174 del 26/08/2016 – con l’intento di riordinare l’insieme della normativa in tema di giudizi innanzi alla Corte dei Conti. In particolare, le Sezioni Riunite sono competenti a decidere sui conflitti di competenza e sulle questioni di massima di particolare importanza deferite dalle sezioni giurisdizionali d’appello, ovvero a richiesta del procuratore generale o dello stesso presidente della Corte dei Conti. Inoltre, se la sezione giurisdizionale d’appello ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni riunite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del giudizio. In argomento, si veda L. CIRILLO, *La funzione nomofilattica delle Sezioni Riunite in sede di soluzione delle questioni di massima*, in [www.corteconti.it](http://www.corteconti.it); G. D’AURIA, *Sulla nomofilachia delle sezioni riunite della corte dei conti*, in *Foro it.*, I, 2009, p. 1076; F.M. LONGAVITA, *La nomofilachia nelle SS. RR. della Corte dei Conti in sede giurisdizionale*, in [www.amcorteconti.it](http://www.amcorteconti.it).

Con l'entrata in vigore della Costituzione si affermò definitivamente la percezione del giudice amministrativo – in conformità ad una concezione funzionale della unità della giurisdizione – come «giudice ordinario degli interessi legittimi», e della giustizia amministrativa come «sistema generale di giustizia, con riferimento all'esercizio del potere pubblico». L'esercizio di funzioni nomofilattiche nell'ambito della giurisdizione amministrativa è così divenuto un fenomeno sempre di maggior rilievo, fino ad arrivare all'emanazione del Codice del processo amministrativo che affida espressamente l'esercizio delle funzioni nomofilattiche all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato<sup>28</sup>.

Il moltiplicarsi delle corti di vertice profila uno sviluppo fruttuoso delle funzioni di nomofilachia all'interno dei singoli plessi giurisdizionali, ma, in assenza dei necessari strumenti di raccordo istituzionale, mette in discussione la complessiva capacità ordinamentale di garantire l'unità funzionale della giurisdizione. Infatti, si concretizza il rischio che le corti di vertice si pronuncino sulle medesime posizioni giuridiche soggettive, con l'alta probabilità di dare origine a discrasie di giudizio,

---

<sup>28</sup> In particolare, il dettato dell'art. 99, c.p.a., attribuisce espressamente ed in via definitiva l'esercizio della funzione nomofilattica per quanto concerne la giurisdizione amministrativa all'Adunanza Plenaria. Le Sezioni semplici del Consiglio di Stato – ex art. 99 – possono deferire all'esame dell'Adunanza Plenaria tutte le questioni che hanno dato o possano presumibilmente dare luogo a contrasti giurisprudenziali, così garantendo l'uniformità dell'interpretazione del diritto all'interno della giurisdizione amministrativa; a cui si aggiunge la facoltà – con una coloritura fortemente istituzionale – attribuita ai giudici di Palazzo Spada in composizione plenaria di potersi esprimere su questioni di particolare importanza al fine di enunciare un principio di diritto nell'interesse della legge anche nell'ipotesi in cui il ricorso debba, poi, essere dichiarato irricevibile, inammissibile o improcedibile. In argomento, cfr. F. CAPORALE, *Funzione nomofilattica e vincolo del precedente nella giustizia amministrativa*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 5, 2018, p. 629; E. FOLLIERI, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in E. FOLLIERI, A. BARONE (a cura di), *I principi vincolanti dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo 2010-2015*, Padova 2015; E. FOLLIERI, *L'introduzione del principio dello stare decisis nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento alle sentenze dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1237 ss.; G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, Napoli, 2012; A. PAJNO, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); S. OGGIANU, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, Padova, 2011.

disomogeneità di linguaggio, ovvero a contrasti interpretativi fra le varie giurisdizioni circa la configurazione di specifici istituti o, più in generale, sull'interpretazione del medesimo dettato normativo<sup>29</sup>.

Questo insieme composito di fattori, interni ed esterni all'ordinamento nazionale, impone d'indagare in che modo queste tensioni incidano concretamente sull'ordinamento nazionale, al fine di individuare i meccanismi istituzionali più idonei ad arginare tali fenomeni di *indebita* pressione.

#### *4. Il precedente relativamente vincolante e la funzione nomofilattica: un cambio di paradigma?*

L'instabilità delle fonti di produzione del diritto, espressione di un più ampio fenomeno di carattere generale – la c.d. «crisi della legalità» – e la moltiplicazione dei giudici nazionali ed europei competenti a conoscere di una medesima fattispecie normativa ripropongono, arricchita di nuove sfaccettature, la primigenia problematica della «incertezza del diritto».

L'intervenuta modifica delle coordinate ordinamentali e la perdurante rilevanza riconosciuta al canone della «certezza del diritto» hanno

---

<sup>29</sup> Si pensi in via meramente esemplificativa alle dispute sorte fra la giurisdizione ordinaria ed amministrativa in materia di situazioni giuridiche soggettive e di riparto giurisdizionale, in tema di pregiudiziale amministrativa e risarcibilità del danno da lesione d'interesse legittimo, relativamente al rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale reciprocamente escludenti o più recentemente in merito alla configurazione della controversa figura, di matrice giurisprudenziale, dell'abuso processuale e dell'eccesso di potere giurisdizionale per diniego di giustizia e stravolgimento delle regole processuali. In argomento, si veda L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. BRIGUGLIO, *Appunti sulle sezioni unite civili*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2015, p. 28; A. TRAVI, *Luci ed ombre nella tutela dei diritti davanti al giudice amministrativo*, in *Questione Giustizia*, 3, 2015; A. GUARDIANO, *Appunti sull'unità delle giurisdizioni*, *ivi*, 3, 2015; A. PAJNO, *Trasformazioni della giustizia amministrativa*, in G. CANZIO, P. GROSSI, A. PAJNO, *Corte Costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato. Tre giurisdizioni apicali*, Bologna, 2017, p. 71.

dato luogo ad un'alterazione dei ruoli storicamente ricoperti dal giudice e dal legislatore.

La parziale sovrapposizione fra funzione giurisdizionale ed attività di regolamentazione<sup>30</sup> ha determinato l'emersione di un diritto sempre più a prevalenza giurisprudenziale con palesi ripercussioni sull'esercizio della funzione nomofilattica. Si assiste al passaggio verso una più ampia nozione di nomofilachia, definita come «nomofilachia liquida»<sup>31</sup>, che impone alle Corti apicali di non limitarsi a compiere un'attività di semplice uniformazione ed armonizzazione degli arresti giurisprudenziali – strumentale e funzionale al primato della fonte legislativa – ma che assuma i tratti di una vera e propria fonte di produzione del diritto.

L'avvenuto cambio di paradigma nell'esercizio della funzione nomofilattica emerge chiaramente nel passaggio dal *precedente persuasivo* alla regola del *precedente relativamente vincolante*<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Nell'ampia bibliografia sul valore creativo della giurisprudenza amministrativa, si rinvia a P. GROSSI, *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3, 2017, p. 831; AA. VV., *Giudici e legislatori*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2016; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritti e come amministratore*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, p. 3; M. D'ALBERTI, A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, p. 301; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in AA. VV. (a cura di), *Legge, giudici, politica. Le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, p. 122; J. ROCHE, *Réflexions sur le pouvoir normatif de la jurisprudence*, in *A.J.D.A.*, 1962, p. 532; J. RIVIERO, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit administratif*, in *Conseil d'État, Études et Documents*, Parigi, 1955, p. 27.

<sup>31</sup> Così L. ROVELLI, *I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti; la funzione nomofilattica della giurisdizione come momento di sintesi ordinatrice*, intervento nell'ambito del Memorandum promosso dall'associazione *Italiadecide* sul tema *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni* in [www.italiadecide.it](http://www.italiadecide.it); ID., *La nomofilachia è la funzione istituzionale della cassazione*, cit.

<sup>32</sup> G. PESCE, *L'Adunanza plenaria del consiglio di stato diventa giudice di common law?*, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2, 2017. In senso contrario all'esistenza di un effettivo vincolo a carico delle sezioni semplici del Consiglio di Stato, si veda C. LAMBERTI, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in *Giur. it.*, IV, 2013, p. 976 ss.; G. CORSO, *L'Adu-*



Un tale avvicendamento trova conferma nella disamina del novellato articolo 374 c.p.c. – così come modificato dal d.lgs. n. 40 del 2006 – che ha potenziato il ruolo delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, vincolando le sezioni semplici ad adeguarsi al principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, ovvero, in caso di dissenso, a rimettere nuovamente al vaglio di quest'ultime la composizione interpretativa della controversia giuridica loro sottoposta, manifestando le ragioni del dissenso.

All'attribuzione di una pregnanza del tutto inedita al precedente giurisprudenziale si aggiunge anche l'introduzione di un nuovo ed ulteriore filtro di ammissibilità dei ricorsi innanzi alla Corte di Cassazione. In particolare il nuovo art. 360 bis, n. 1, c.p.c. – così come novellato a seguito del d.lgs. n. 40 del 2006 – dispone la censura dell'inammissibilità per tutti quei ricorsi che abbiano ad oggetto un provvedimento giudiziario il cui contenuto sia conforme alla giurisprudenza della Corte di Cassazione, salvo che i motivi di ricorso non offrano elementi tali da ritenere plausibile un ripensamento del preesistente orientamento giurisprudenziale.

Di particolare rilievo anche la prescrizione di cui all'articolo 363, co. 1, c.p.c. nella parte in cui riconosce tanto alle Sezioni semplici, quanto alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, la facoltà di pronunciarsi – nell'interesse della legge – su un ricorso inammissibile o rinunciato, al fine di fissare il principio di diritto cui il giudice di merito si sarebbe astrattamente dovuto attenere.

Tali interventi legislativi hanno determinato rilevanti ricadute anche nella giurisdizione amministrativa e contabile, investite nel breve periodo da analoghe disposizioni normative, nelle rispettive discipline processuali, in riferimento al ruolo ricoperto dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (art. 99 del d.lgs. n. 104/2010) e dalle Sezioni Riuni-

---

*nanza plenaria e la funzione nomofilattica*, in *Rass. for.*, 2014, p. 633 ss.; A. MALTONI, *Il "vincolo" al precedente dell'Adunanza plenaria ex art. 99, comma 3 c.p.a. e il rispetto dei principi costituzionali*, in *Foro amm.*, 2015, p. 137 ss.; F. PATRONI GRIFFI, *Valore del precedente e nomofilachia*, intervento alla tavola rotonda nell'ambito del Convegno organizzato dal Consiglio Nazionale Forense *Il valore del precedente nel sistema ordinamentale*, Roma, 13 ottobre 2017.

te della Corte dei Conti (art. 42, co. 2, della l. n. 69/2009; art. 11, co. 1, d.lgs. n. 174/2016).

Una parte della dottrina e della stessa giurisprudenza ha paventato che il precedente relativamente vincolante normato all'art. 8 del d.lgs. n. 40/2006, così come le analoghe disposizioni in riferimento al processo amministrativo e contabile, possano costituire una violazione dell'art. 101, co. 2, Cost. nella parte in cui prescrive l'esclusiva sottoposizione dei giudici al dettato legislativo, escludendo quindi la possibilità di attribuire anche una parziale vincolatività giuridica all'interpretazione che della legge venga fornita da altri giudici<sup>33</sup>. Infatti, una volta postulata l'incostituzionalità di una qualunque forma d'interdipendenza decisionale fra gli appartenenti alle magistrature di ogni ordine e grado, diviene sistematicamente e concettualmente inammissibile l'ipotesi che l'interpretazione della legge fatta propria da un giudice – anche nella sua massima composizione – possa vincolare un altro giudice, al pari della legge stessa.

È però necessario evidenziare che la peculiarità del precedente relativamente vincolante è proprio quella di non imporre alla sezione sem-

---

<sup>33</sup> In tal senso, si veda S. CHIARLONI, *Nomofilachia e garanzia costituzionale*, in C. BESSO, S. CHIARLONI (a cura di), *Problemi e prospettive delle corti supreme: esperienze a confronto*, Napoli, 2012, p. 24; G.F. RICCI, *Il giudizio civile di cassazione*, Torino, 2013, p. 445; S. IMPERIALI, *Appunti sulla nomofilachia delle Sezioni Riunite della Corte dei conti in sede giurisdizionale*, in [www.giuristidiamministrazione.com](http://www.giuristidiamministrazione.com); R. PARDOLESI, M. GRANIERI, *Dottrina delle corti e disimpegno dei giuristi*, in *Foro it.*, 2013, p. 187; A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 2014, p. 277; L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. Giust.*, 2016; A. MANNA, *Aspetti problematici della vincolatività relativa del precedente giurisprudenziale in materia penale in rapporto a talune norme costituzionali*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di M. Ronco*, Torino, 2017, p. 184; M. BETZU, *Diritto giurisprudenziale versus occasionalismo giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2017, p. 47. I medesimi dubbi vengono ad essere sollevati da Cass. Civ., sez. VI, ord. del 9 gennaio 2015, n. 174, secondo cui “l’attività interpretativa delle norme giuridiche compiuta da un giudice non possa mai costituire limite all’attività esegetica esercitata da un altro giudice, dovendosi richiamare a tal proposito il distinto modo in cui opera il vincolo determinato dall’efficacia oggettiva del giudicato rispetto a quello imposto, in altri ordinamenti giuridici, dal principio dello stare decisis che non trova riconoscimento nell’attuale ordinamento processuale”. In tal senso, cfr. anche Cass. Civ. n. 23722/2013; Cass. Civ. n. 23723/2013; Cass. Civ. n. 24438/2013; Cass. Civ. n. 24339/2013.

plice di decidere in maniera difforme dal proprio libero convincimento. Infatti, a garanzia dell'autonomia decisionale dell'organo giudicante, anche rispetto al proprio plesso giurisdizionale di appartenenza, si prevede che qualora la Corte della nomofilachia non ritenesse di accogliere le argomentazioni contrarie formulate dalla sezione semplice, la decisione del ricorso venga ad essere presa direttamente dalle Sezioni Unite, dall'Adunanza Plenaria o dalle Sezioni Riunite. In tal modo il dettato legislativo impedisce che la sezione semplice pervenga ad un esito contrastante con il precedente giurisprudenziale già formulato, in accordo con le finalità che giustificano gli innovativi approdi della funzione nomofilattica, senza però imporre l'adozione di una decisione giuridicamente non condivisa.

Ancorché, poi, l'introduzione del meccanismo del precedente relativamente vincolante si proponga di contingentare l'operato dei giudici di merito, non può sottacersi che il principio di diritto non vincola quest'ultimi, se non in termini di persuasività, non essendo loro imposto nessun concreto obbligo di conformazione. I giudici di merito restano, quindi, liberi di discostarsi dagli arresti giurisprudenziali del giudice della nomofilachia, confidando che, anche in forza delle proprie motivazioni, il principio di diritto possa essere ribaltato, costituendo tale dialettica un laboratorio per decisioni alternative, potenzialmente capaci di produrre importanti *revirement* interpretativi<sup>34</sup>.

Da una rilettura delle caratteristiche proprie del precedente relativamente vincolante emerge una tensione prevalentemente rivolta alla salvaguardia della sintesi giurisprudenziale raggiunta dal giudice della nomofilachia, piuttosto che del precedente giurisprudenziale in quanto tale. Tramite un tale strumento viene imposto alle sezioni semplici di non discostarsi da un raccordo interpretativo faticosamente raggiunto, ma non certamente allo scopo di preservare un vacuo immobilismo. Da un lato, infatti, si permette una rivalutazione della questione giuridica qualora la Corte in composizione plenaria ne ravveda i presupposti, dall'altro si conferma la possibilità di divergenze da parte dei giudici di

---

<sup>34</sup> In tal senso L. ROVELLI, *I processi di adeguamento giurisprudenziale alla complessità assunta dal sistema delle fonti; la funzione nomofilattica della giurisdizione come momento di sintesi ordinatrice*, cit.

merito e si riserva uno spazio interpretativo alle sezioni semplici del giudice di vertice<sup>35</sup>.

Infine, un'evoluzione della nozione del precedente giurisprudenziale sembra potersi ricavare anche dalle novelle legislative introdotte in tema di sentenza con motivazione semplificata<sup>36</sup>. Infatti, l'introduzione della facoltà per il giudice di motivare – nella parte in diritto – le proprie sentenze in base a precedenti giurisprudenziali conformi, implicitamente attribuisce un inedito valore al dettato giurisprudenziale che viene a ricoprire un ruolo fino a questo momento riconosciuto in via esclusiva al solo testo normativo. Le pronunce giurisdizionali potranno dunque essere motivate anche semplicemente in base all'interpretazione del testo normativo fornita da altri giudici.

Da un complessivo esame dei recenti interventi legislativi sul tema appare evidente come il ruolo del precedente giurisprudenziale ed il valore ad esso attribuito vada mutando. È però evidente che l'ingresso del giudice di merito e/o di ultima istanza tra le fonti di produzione del diritto non assume fattezze sostitutive del dettato legislativo ma ha piuttosto un carattere integrativo, volto a limitare riverberi negativi – in termini di sicurezza giuridica<sup>37</sup> – all'interno dell'ordinamento.

---

<sup>35</sup> Il giudice di prime cure non sarà quindi obbligato a seguire il principio di diritto fissato dalla Corte della nomofilachia, ma dovrà evitare difformità *per incuriam*, al fine di non generare nuovi spunti d'incertezza nell'interpretazione del medesimo disposto legislativo. In tal senso, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6858/2018.

<sup>36</sup> Si veda, in particolare, l'art. 118, co. 1 disp. att. c.p.c. – come sostituito dall'art. 58 co. 2, l. 18/6/2009 nr. 69 – modificato nella parte in cui afferma che la sentenza può essere motivata nelle sue ragioni giuridiche non soltanto in base alla legge ma anche in riferimento a precedenti giurisprudenziali conformi. In tal senso anche l'articolo 88 c.p.a. nella parte in cui introduce la possibilità che la sentenza venga motivata nella sua parte in diritto anche tramite semplice rinvio ai precedenti giurisprudenziali cui la stessa intende conformarsi. Ed anche l'articolo 74 c.p.a. nella parte in cui prevede che in ipotesi di sentenza resa in forma semplificata la stessa possa consistere anche in un sintetico riferimento ad un precedente conforme.

<sup>37</sup> G. SEVERINI, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 19, 2018; Si vedano gli interventi di F. PATRONI GRIFFI e M.A. SANDULLI al Convegno di Castello di Modanella, 8 e 9 giugno 2018, sul *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, in [www.giustiziamministrativa.it](http://www.giustiziamministrativa.it); M.A. SANDULLI, *I giudici amministrativi valorizzano il*

Una diversa accezione della nomofilachia che tramite nuovi e differenti strumenti – adeguati al mutato contesto giuridico – séguita a ricondurre la pluralità ordinamentale, anche quando patologica, ad un momento finale di sintesi, rimanendo comunque coerente con i tratti propri di un ordinamento appartenente alla cultura giuridica di matrice continentale.

L'età dell'(in)certezza diviene fonte di legittimazione e giustificazione della nuova veste attribuita alla funzione nomofilattica, avallando la progressiva emersione di un precedente giurisprudenziale che non sia una semplice traccia del passato, quanto un efficace strumento di sintesi per il futuro, volto a garantire l'unità funzionale del diritto<sup>38</sup>.

---

*diritto alla sicurezza giuridica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); ID., *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 3, 2018, p. 45.

<sup>38</sup> R. CAPONIGRO, *La giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nel sistema delle fonti*, in [Federalismi.it](http://Federalismi.it), cit.; M.A. SANDULLI, *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).



# IL REGIME DI RESPONSABILITÀ CIVILE DELLO STATO-GIUDICE QUALE STRUMENTO DI PREVENZIONE DELLA (ILLEGITTIMA) INCERTEZZA DEL DIRITTO

*Caterina Tomba*

SOMMARIO: 1. Brevi appunti sulla normativa in tema di responsabilità civile dei magistrati. 2. L'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea. 3. Il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione della Corte di giustizia. La sentenza n. 142 del 2018 della Corte costituzionale. 4. Il contrasto dell'atto o del provvedimento con la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione. L'ordinanza interlocutoria del 18.05.2018, n. 12215 della III sez. civ.

## *1. Brevi appunti sulla normativa in tema di responsabilità civile dei magistrati*

La disciplina della responsabilità civile dei magistrati ha subito, nell'ordinamento repubblicano, una evoluzione particolarmente faticosa, spesso determinata, tanto nel *quando* quanto nell'*an*, da condizionamenti esterni alle aule parlamentari.

Il primo intervento organico ed interamente dedicato alla materia è stato, infatti, il frutto dell'esito positivo del *referendum* abrogativo del 1987, avente ad oggetto le uniche disposizioni fino ad allora dedicate alla responsabilità civile dei magistrati: gli artt. 55, 56 e 74 c.p.c. del 1940<sup>1</sup> – come immediatamente riscontrabile, precedenti all'entrata in vigore della Costituzione –.

---

<sup>1</sup> Sulle quali si rinvia, tra i molti, ad A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, in ID. (a cura di), *L'educazione giuridica*, III, Perugia, 1978; L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, Milano, 1899; G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, IV, Napoli, 1928, p. 482 ss.

Così, la legge n. 117 del 1988, rispondendo alla ormai da troppo tempo sentita esigenza<sup>2</sup> di adattare la disciplina della materia ai sopravvenuti principi costituzionali, in particolare all'estensione della responsabilità dei pubblici dipendenti allo Stato prevista dall'art. 28 Cost., ha radicalmente modificato la disciplina codicistica, introducendo un sistema di responsabilità fondato sul c.d. "doppio binario", costituito da una responsabilità diretta dello Stato e da una, non eventuale, responsabilità indiretta del magistrato, rilevabile nell'apposita sede dell'azione di rivalsa esercitabile dallo Stato una volta formatosi il giudicato positivo sulla domanda risarcitoria<sup>3</sup>. Sul piano sostanziale, la più discussa ed evidente innovazione apportata dalla legge in parola consiste nell'ampliamento dell'elemento soggettivo, sì costituito anche dalla colpa grave<sup>4</sup>. Contestualmente, però, la medesima legge tipizzava i fatti costituenti colpa grave, richiedendo che questi fossero connotati dall'ulteriore profilo psicologico della negligenza inescusabile, espressione che la giurisprudenza di legittimità ha sempre interpretato in modo particolarmente restrittivo, impedendo, di fatto, che il danno prodotto dal magistrato potesse trovare effettivo ristoro. Accanto alle innovazioni funzionali, almeno apparentemente, ad ampliare le ipotesi di responsabilità giudiziaria, il legislatore dell'88 si è preoccupato di introdurre strumenti volti a fungerne da contrappeso: la c.d. clausola di salvaguardia dell'indipendenza funzionale e il filtro di ammissibilità della domanda risarcitoria. Tra i motivi di inammissibilità della domanda, la legge n. 117 prevedeva anche la manifesta infondatezza della pretesa risarcitoria, concetto, come noto, suscettibile di inglobare numerosissime ipotesi tanto che, di fatto, proprio l'attivazione del filtro ha oggettivamente reso il magistrato "immune" da responsabilità. Quanto alla clausola di salvaguardia, questa prevedeva che «nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non [potesse] dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazio-

---

<sup>2</sup> Manifestata anche dalla Corte costituzionale nella sent. n. 2 del 1968.

<sup>3</sup> Per una completa disamina della disciplina e per l'evidenza delle relative criticità si veda, da ultimo, F. BIONDI, *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2006, cui si rinvia per i relativi riferimenti bibliografici.

<sup>4</sup> Fino ad allora esclusa dalle ipotesi di imputabilità. Il c.p.c., infatti, contemplava esclusivamente l'elemento soggettivo volontaristico, affiancandovi le ipotesi di frode, concussione e denegata giustizia.



ne di norme (*sic!*) di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove». L'illimitata estensione della clausola di salvaguardia a tutti gli illeciti previsti dalla legge – salvo il caso di dolo, in cui non si riteneva fosse operante – ha sostanzialmente impedito l'imputabilità di responsabilità nei confronti del giudice, potendosi, naturalmente, ricondurre qualsiasi percorso argomentativo delle decisioni giudiziarie ad attività interpretativa o valutativa<sup>5</sup>.

A pochi mesi dalla sua approvazione, la legge n. 117/88 è stata sottoposta al vaglio dapprima della Corte costituzionale<sup>6</sup>, che si è espressa escludendone complessivamente l'illegittimità costituzionale, e, in seguito, della Corte di giustizia. Confermando quanto già affermato nella nota sentenza *Köbler*<sup>7</sup>, in linea con la progressiva giurisprudenza affermata in ordine agli strumenti posti a garanzia della primazia del diritto euro-unitario, la Corte ha indicato, con specifico riferimento al diritto italiano, quali debbano essere i principi fondamentali che dovrebbero ispirare il legislatore nazionale nella disciplina della responsabilità civile dello Stato-giudice. Le questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte riguardavano, in particolare, la clausola di salvaguardia e la tipizzazione delle ipotesi di colpa grave. Il quesito, come noto, è stato risolto con la sentenza, grande sezione, 13 giugno 2006, C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Repubblica italiana*<sup>8</sup>. Sotto entrambi i profili, la Corte di giustizia ha rilevato l'incompatibilità del regime di responsabilità disciplinato dalla legge n. 117 del 1988 e l'ordinamento comunitario. Con specifico riguardo alla clausola di salvaguardia, la

---

<sup>5</sup> Sull'inefficacia sostanziale del sistema di responsabilità delineato dalla l. n. 117 del 1988 si veda, ampiamente, G. CAMPANELLI, *Lo "scudo" giurisprudenziale quale principale fattore della "inapplicabilità" della legge sulla responsabilità civile dei magistrati o quale perdurante sistema di tutela dell'autonomia e dell'indipendenza dei giudici?*, in ID. (a cura di), *Indipendenza, imparzialità e responsabilità dei giudici speciali*, Pisa, 2013.

<sup>6</sup> Corte cost., sent. n. 18 del 1989. L'unico contrasto rilevato dalla Corte ha riguardato la formazione dei verbali di organi giudicanti collegiali, questione che, però, risulta marginale rispetto all'impianto legislativo complessivo.

<sup>7</sup> Corte giust., 13 giugno 2006, C-173/03.

<sup>8</sup> Sulla decisione in esame cfr., fra i molti, F. BIONDI, *Un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati (nota a Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, TDM contro Italia)*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 19 giugno 2006.

Corte, come prevedibile, ha affermato che l'attività di interpretazione non possa, di per sé, escludere l'insorgere dell'illecito determinante responsabilità. Anche con riferimento all'elemento soggettivo, la limitazione della risarcibilità dei soli danni provocati con dolo o colpa grave, per come le ipotesi di colpa grave venivano tipizzate dal legislatore nazionale, veniva ritenuta in contrasto con il diritto UE. Il prosieguo della vicenda è più che noto, essendosi definitivamente concluso, a seguito della procedura di infrazione aperta dalla Commissione, con la condanna nei confronti dell'Italia.

Con qualche anno di ritardo, in ogni caso, il legislatore è intervenuto nuovamente sulla disciplina, modificando la l. n. 117 del 1988 ad opera della l. n. 18 del 2015, il cui fine veniva espressamente sancito all'art. 1: «rendere effettiva la disciplina che regola la responsabilità civile dello Stato e dei magistrati, anche alla luce dell'appartenenza dell'Italia all'Unione europea».

Numerose e particolarmente incisive, per alcuni aspetti non perfettamente coincidenti con quanto affermato dalla Corte di giustizia, le novità introdotte<sup>9</sup>, tra le quali in questa sede rilevano in particolar modo quelle che hanno inciso sulla conformazione degli illeciti relativi più strettamente all'applicazione giudiziaria. Sistemizzando l'intervento normativo sul punto, si possono oggi ricostruire due illeciti. La violazione manifesta della legge, per la cui determinazione si deve tener conto, non solo ma in particolare, del grado di chiarezza delle norme violate nonché della inescusabilità e gravità dell'inosservanza. La violazione manifesta del diritto UE, per la cui determinazione si deve tener conto: a) del grado di chiarezza delle norme violate nonché della inescusabilità e gravità dell'inosservanza; b) della mancata osservanza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale; c) del contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Entrambe le ipotesi vengono, ora, escluse dalla copertura della clausola di salvaguardia, derivandone che l'interpretazione degli enunciati normativi dia luogo ad entrambi gli illeciti, il che altro non sembra pos-

---

<sup>9</sup> Per le quali si rinvia, anche per i riferimenti bibliografici, al recente J. DE VIVO, *La responsabilità civile dei magistrati: alla ricerca di un "giusto" equilibrio*, in *www.federalismi.it*, 7, 2016.

sa significare se non che un “inescusabile e grave” errore interpretativo del diritto interno e del diritto UE determini l’insorgere della responsabilità dello Stato-giudice. La novella normativa che, a nostro avviso, desta maggiori preoccupazioni è l’indice rivelatore consistente nel «contrasto dell’atto o del provvedimento con l’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea». Si tratta di una sanzione di particolare rilievo nel caso in cui il giudice comune non si adegui ai precedenti giurisprudenziali, in ragione di una, seppur parziale, regola dello *stare decisis* che sembrerebbe assumere, definitivamente, carattere cogente.

## 2. *L’interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell’Unione europea*

La garanzia della *primauté* del diritto euro-unitario è obiettivo che si è tentato di raggiungere, come abbiamo visto, anche attraverso la giurisprudenza comunitaria in tema di responsabilità civile dello Stato-giudice.

Il “precedente comunitario”, certamente «segnal[e] del modo – in parte contraddittorio, per la verità – in cui negli ordinamenti di *civil law* viene inteso il “precedente”»<sup>10</sup>, ha la caratteristica di garantire il raggiungimento dell’obiettivo del primato del diritto dell’Unione in una sua specifica connotazione, vale a dire quella ermeneutico/applicativa: l’attività della Corte, infatti, è volta a garantire che il primato valga, concretamente, con riguardo non alle disposizioni in quanto tali, ma alle *norme* euro-unitarie. È stato osservato che la Corte di giustizia sarebbe titolare, in ciò, una sorta di funzione nomofilattica «anticipata [...]»: la Corte di giustizia stabilisce l’interpretazione-prodotto corretta del diritto UE affinché il giudice nazionale non ne assuma, a base della sua pronuncia, una diversa (e, in ipotesi, scorretta)»<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> L. PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, 2018, p. 218.

<sup>11</sup> M. NISTICÒ, *L’interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini dell’interpretazione*, Torino, 2015, p. 148.

L'attribuzione alla Corte di giustizia del compito di garantire l'interpretazione e l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione europea, attraverso la formulazione dell'art. 267 TFUE, porta con sé l'inevitabile formale sottrazione del relativo potere interpretativo ai giudici comuni nazionali e, *a contrario*, esclude che la Corte di giustizia possa interpretare autoritativamente il diritto interno agli Stati membri<sup>12</sup>. La decisione conclusiva del «giudizio interpretativo incidentale»<sup>13</sup> instaurato attraverso il rinvio pregiudiziale presenta, però, caratteri peculiari anche in ragione del vincolo che ne deriva.

Innanzitutto, si deve distinguere il caso in cui la Corte decida con sentenza o con ordinanza, ipotesi, quest'ultima, che si verifica allorché la Corte ritenga che la questione pregiudiziale sia identica ad altra già decisa, possa essere agevolmente risolta desumendone la soluzione dalla giurisprudenza esistente ovvero quando il dubbio interpretativo non sia ragionevole<sup>14</sup>. L'evidente legame con i propri precedenti, anche quando non analoghi alla questione *de qua* ma utili per la *ratio* che sostengono, ha indotto la dottrina a ritenere che proprio l'art. 99 dimostri quanto la costruzione del procedimento pregiudiziale evochi la regola dello *stare decisis* tipica degli ordinamenti anglosassoni<sup>15</sup>, conferendo alle decisioni in parola un valore vincolante anche nella forma dell'auto-precedente<sup>16</sup>.

In tutti gli altri casi, invece, la Corte di Lussemburgo decide con sentenza, strumento che, in considerazione del suo oggetto, viene generalmente definito sentenza interpretativa. Nonostante il carattere erme-

---

<sup>12</sup> D.U. GALETTA, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2012, p. 438 ss.

<sup>13</sup> E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto ed efficacia della pronuncia*, Torino, 2012.

<sup>14</sup> Art. 99 Regolamento di procedura della Corte di giustizia, del 25 settembre 2012 come modificato da ultimo il 19 luglio 2016.

<sup>15</sup> In particolare, già P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in F. GALGANO (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Padova, 1997, p. 250 ss.

<sup>16</sup> Sul punto si veda, in particolare, G.M. UMBERTAZZI, *La Corte di giustizia e il suo dovere di conformarsi alle sue precedenti decisioni ex art. 177*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 1977, p. 490 ss.

neutico della decisione, la Corte di giustizia ha escluso che il quesito che le venga sottoposto possa avere carattere esclusivamente ipotetico, qualificando il suo giudizio di tipo concreto ed escludendone una funzione consultiva<sup>17</sup>. Tale concretezza si sposa certamente con l'efficacia endoprocessuale del vincolo della decisione ma, per altro verso, risulta difficilmente conciliabile con quella extraprocessuale<sup>18</sup>.

Sul primo versante, le sentenze interpretative della Corte di giustizia hanno efficacia vincolante nei confronti del giudice del rinvio nonché degli altri giudici competenti del medesimo fatto concreto, quali, eventualmente, i giudici dell'impugnazione della decisione adottata dal giudice del rinvio. Nel caso in cui, infatti, lo stesso giudice del rinvio dubiti della decisione della Corte, sia per quanto riguarda la sua portata sia per quanto riguarda "l'interpretazione dell'interpretazione", questi può sollevare un nuovo rinvio pregiudiziale avente ad oggetto, in questo caso, la decisione stessa<sup>19</sup>.

Ciò sembrerebbe configurare un rapporto tra Corte di giustizia e giudici nazionali di sovra/sottoposizione. In effetti, non sembra possa negarsi che «il rinvio pregiudiziale, pur essendo uno strumento di dialogo, contenga in sé anche una sorta di inevitabile gerarchizzazione»<sup>20</sup>. L'efficacia vincolante endoprocessuale, difatti, si fonda sull'assunto per cui la decisione adottata dall'organo competente assoggetti, per il solo fatto di essere assunta dall'organo qualificato, i destinatari di quel provvedimento. Vi sono istituti che, però, "indeboliscono" la portata di tale gerarchizzazione rafforzando, invece, la funzione collaborativa<sup>21</sup> del rinvio pregiudiziale. Primo fra tutti l'attribuzione del potere/dovere di im-

---

<sup>17</sup> Per una completa rassegna delle decisioni della Corte in tal senso si rinvia a E. D'ALESSANDRO, *op. cit.*, p. 38, nota 62.

<sup>18</sup> D.P. DOMENICUCCI, *Il meccanismo del rinvio pregiudiziale: istruzioni per l'uso*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1, 2014, p. 58 ss.

<sup>19</sup> Art. 158, comma 1, Reg. Corte Giust.: «in caso di difficoltà sul senso e la portata di una sentenza o di un'ordinanza, spetta alla Corte interpretarla».

<sup>20</sup> R. ROMBOLI, *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, in *Rivista AIC*, 3, 2014, p. 2.

<sup>21</sup> Sulla struttura di tale collaborazione si rinvia a P. GAETA, *Giudici europei: dialogo ascendente e discendente. La prospettiva della Corte costituzionale, Relazione tenuta all'incontro di studio organizzato dal CSM sul tema "I giudici e la globalizzazione: il dialogo tra le Corti nazionali e sopranazionali"*, Roma, 22-24 giugno 2009, in [www.csm.it](http://www.csm.it).

pulso ai giudici nazionali. Quanto al dovere posto in capo ai giudici di ultima istanza, in primo luogo è da evidenziarne la *ratio*: evitare il consolidarsi di una giurisprudenza interna contrastante con il diritto UE, intervenendo nell'ultima sede in cui il meccanismo di cooperazione possa, materialmente, essere attivato<sup>22</sup>. Nonostante il tenore testuale della disposizione del Trattato, in più occasioni la Corte di giustizia ha limitato la portata di tale obbligo, indicando le ipotesi nelle quali, a fronte della richiesta di parte, i giudici non siano tenuti a ricorrere al rinvio pregiudiziale<sup>23</sup>. Il giudice, quindi, può evitare di rivolgersi alla Corte se: non ritenga la questione rilevante<sup>24</sup>; vi sia una precedente pronuncia interpretativa, sia che derivi da analoga o simile fattispecie sia che se ne possa condividere soltanto la *ratio decidendi*; il dubbio interpretativo non sia ragionevole, tanto da rendere la soluzione interpretativa evidente<sup>25</sup>. Tali ultime due condizioni si ricostruiscono secondo le teorie dell'atto chiarito e dell'atto chiaro. La teoria dell'atto chiaro<sup>26</sup> consiste nell'esonero dall'obbligo derivante da una evidenza dell'interpretazione corretta tale da rendere del tutto irragionevole il dubbio. L'evanescenza di tale ipotesi ha, inevitabilmente, condotto la Corte a specificare le condizioni di evidenza e irragionevolezza, richiedendo al giudice di ultima istanza di verificare che l'interpretazione della disposizione sarebbe facilmente rintracciabile anche da parte dei giudici degli altri Stati membri e da parte della stessa Corte. A tal fine è richiesti di tenere in considerazione i caratteri linguistici tipici dell'ordina-

---

<sup>22</sup> A. BARONE, *Rinvio pregiudiziale e giudici di ultima istanza*, in *For. it.*, n. 9/2002, 382; R. PALLADINO, *Portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, rapporti tra giurisdizioni ed effettività del diritto dell'Unione europea tra vecchie e nuove questioni*, in *www.federalismi.it*, 14, 2017, p. 4.

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, Corte giust., 6 ottobre 1982, C-283/81.

<sup>24</sup> Ipotesi che, tra l'altro, non costituirebbe un vero e proprio esonero dall'obbligo poiché, invero, la sua sussistenza non farebbe nemmeno sorgere un potenziale obbligo in tal senso, mancando il carattere fondamentale della pregiudizialità. In tal senso, A. BRIGUGLIO, *Pregiudizialità comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, 189 cui aderisce M. NISTICÒ, *op. cit.*, p. 152.

<sup>25</sup> Si veda, da ultimo, Corte giust., 15 marzo 2017, C-3/16.

<sup>26</sup> Su cui, per le sue implicazioni sulla potestà interpretativa del giudice, cfr. G. DAMELE, F. PALLANTE, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo: un (paradossale) ritorno al cognitivismo giuridico?*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2013, p. 239 ss.

mento euro-unitario, la univoca traducibilità del testo nelle lingue dei vari paesi membri e, non da ultimo, la necessaria interpretazione sistematica che debba sorreggere la soluzione ermeneutica. L'onere di verifica spettante al giudice risulta, però, oggettivamente quasi impraticabile, anche solo in considerazione delle competenze linguistiche che questo richiede. Si è, infatti, osservato, che in realtà, pur accogliendo apertamente la teoria dell'atto chiaro, la Corte abbia finito, specificandola, per rifiutarla concretamente<sup>27</sup>.

La teoria dell'atto chiarito, invece, risulta di più facile concretizzazione. Pur presentando anch'essa vari aspetti problematici, non v'è dubbio che l'individuazione di precedenti utili a rendere chiara l'interpretazione di una disposizione del diritto UE sia compito concretamente assolvibile.

Quest'ultima teoria si pone in netta connessione con la concezione di precedente propria dell'ordinamento europeo e con la portata del vincolo da esso derivante. Alla luce della teoria dell'atto chiarito, infatti, il procedimento di "interpretazione autentica" delle sentenze della Corte di giustizia assume un carattere diverso. Se, in generale, qualora il giudice abbia un dubbio interpretativo su quanto già statuito dalla Corte rimane certamente libero di riproporre la questione sul punto indubbiato, l'esonero dall'obbligo di rinvio in caso di precedenti "chiarificatori" rafforza la vincolatività del precedente, almeno nei limiti di tale capacità chiarificatrice, anche nei confronti di giudici diversi dal giudice del rinvio.

Sul piano extraprocessuale non sembra possa più<sup>28</sup> dubitarsi che le sentenze interpretative producano effetti *erga omnes*. Gli elementi a

---

<sup>27</sup> N. CATALANO, *La pericolosa teoria dell'«atto chiaro»*, in *Giust. civ.*, I, 1983, p. 12 ss.

<sup>28</sup> Opinione, tuttavia, originariamente minoritaria, espressa, sul versante nazionale, da M. ZUCCALÀ, *Di una forma di interpretazione giurisprudenziale autentica delle leggi*, in *Giur. it.*, IV, 1959, p. 139 ss.; G. FLORIDIA, *Forma giurisdizionale e risultato normativo del procedimento pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1978, p. 1 ss. La tesi maggioritaria, invece, negava che le sentenze interpretative potessero essere ritenute giuridicamente vincolanti nei confronti dei giudici diversi da quelli del rinvio, facendo, in particolare, leva sulla distinzione tra autorità della sentenza, che si esplica nei confronti di tutti, ed effetti giuridici, che si possono produrre soltanto nel processo *a quo*. Il presupposto di parten-

favore di tale impostazione sono numerosi e di varia natura. Sul versante normativo, in primo luogo, è stato osservato che «la natura sostanzialmente vincolante del precedente nei confronti di tutti i giudici nazionali, di prima o di ultima istanza, è indirettamente confermata dall'art. 99 reg. proc.»<sup>29</sup>, che consente alla Corte di concludere il proprio giudizio anche con ordinanza motivata. Sul versante giurisprudenziale interno, inoltre, tanto la Corte costituzionale quanto la Corte di cassazione<sup>30</sup> hanno, dal canto loro, progressivamente riconosciuto un'efficacia sostanzialmente vincolante delle pronunce interpretative, dalla quale deriva, tra l'altro, la loro prevalenza sul diritto interno incompatibile.

Le decisioni della Corte di giustizia, infatti, avendo una portata dichiarativa, producono, di regola, effetti retroattivi<sup>31</sup>: la loro caratteristica è quella di precisare il contenuto normativo delle disposizioni, fornendone il significato che i giudici devono o avrebbero dovuto applicare ai rapporti sorti anche prima dell'adozione della decisione. Il fatto che, in alcuni casi, la stessa Corte di giustizia abbia ritenuto necessario

---

za era quello per cui la sentenza avrebbe assolto due distinte funzioni: garantire l'uniforme interpretazione del diritto UE, funzione per la quale la decisione assume una certa autorità; garantirne la corretta applicazione, funzione, quest'ultima, assolta producendo effetti giuridici nei confronti del solo giudice del rinvio. Cfr., in particolare, L. FERRARI BRAVO, *Commenti degli artt. 177, 219 e 235 del Trattato CEE*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Milano, 1965; ID., *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XII, 1966; P. PESCATORE, *Il rinvio pregiudiziale di cui al 177 del Trattato C.E.E. e la cooperazione fra Corte di giustizia e giudici nazionali*, in *Foro it.*, IV, 1986; F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 1997, p. 356 ss. È stato osservato, però, che pur non riconoscendo, generalmente, effetti giuridici *erga omnes*, la stessa dottrina non ha mai negato che, *de facto*, le decisioni interpretative incidessero anche sui giudizi diversi da quello del rinvio. Per tale considerazione si veda G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1996, p. 58 ss.

<sup>29</sup> D.P. DOMENICUCCI, *op. cit.*, p. 61.

<sup>30</sup> Cfr. già Cass., 28 marzo 1997, n. 2787, e 3 ottobre 1997, n. 9653.

<sup>31</sup> Cfr. Corte giust., 27 marzo 1980, C-61/79; Corte giust., 3 ottobre 2002, C-347/00.



modulare gli effetti temporali delle sue decisioni<sup>32</sup>, applicando analogicamente l'art. 264, secondo comma, TFUE<sup>33</sup>, conferma la regola generale dell'efficacia *ex tunc*. La Corte costituzionale, d'altronde, con una giurisprudenza ormai consolidata, ha più volte ritenuto di restituire gli atti al giudice *a quo* qualora, nella pendenza del giudizio di legittimità costituzionale, la Corte di giustizia si fosse pronunciata in ordine alla compatibilità della disposizione indubbiata con il diritto UE, trattando le pronunce in parola alla stregua dello *ius superveniens*<sup>34</sup>.

Quanto detto contribuisce ancora ad evidenziare la dirompente influenza dell'ordinamento europeo, in generale, e della giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia, in particolare, sulla libertà interpretativa del giudice.

Tale influenza potrebbe, però, essere temperata, con evidenti analogie anche in ordine alle ragioni che sottendono le due teorie, dalla dottrina dell'interpretazione conforme al diritto UE<sup>35</sup>, che si affianca a quella dell'interpretazione conforme a Costituzione. L'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea concorre ad assicurare l'effettività del diritto euro-unitario, imponendo la ricerca e la preferenza del significato delle disposizioni interne che meglio ne diano attuazione. Differentemente dall'interpretazione conforme a Costituzione, l'attività in parola assume come oggetto non solo la legge, ma tutto il diritto nazionale, comprendendo anche «le disposizioni naziona-

---

<sup>32</sup> Il più delle volte in ragione delle ricadute finanziarie che l'efficacia retroattiva produrrebbe. Corte giust., 27 febbraio 1985, C-112/83; Corte giust., 10 marzo 1992, C-38/90 e C-151/90; Corte giust., 9 novembre 2010, C-92/09 e C-93/09.

<sup>33</sup> Su cui cfr. D.P. DOMENICUCCI, *Art. 264 TFUE, Codice dell'Unione europea operativo*, Napoli, 2012, p. 1907 ss.

<sup>34</sup> Su tale aspetto si veda, in particolare, R. ROMBOLI, cit., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali, particolarmente rilevanti proprio negli anni 2003-2005.

<sup>35</sup> Anche a questi temi la dottrina, soprattutto nei tempi più recenti, si è dedicata in modo copioso. Senza pretese di completezza, si richiamano G. PISTORIO, *Interpretazione e giudici. Il caso dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea*, Napoli, 2012; A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico. Atti del convegno tenutosi a Rovigo, 15-16 maggio 2014*, Napoli, 2015; T. GUARNIER, *Interpretazione costituzionale e diritto giurisprudenziale. Problemi e specificità dell'interpretazione costituzionale nell'ordinamento giuridico integrato*, Napoli, 2014.

li prive di alcun legame funzionale, diretto o indiretto, con il procedimento di attuazione degli atti dell'Unione europea»<sup>36</sup>. Il parametro interpretativo è costituito tanto dal diritto europeo direttamente applicabile quanto da quello non direttamente applicabile<sup>37</sup>, con effetti chiaramente diversi a seguito del fallimento del tentativo interpretativo. Nel primo caso, infatti, il giudice che non ritenga di poter interpretare in senso conforme al diritto direttamente applicabile non potrà far altro che rilevare l'antinomia e disapplicare la normativa interna; nel secondo caso, invece, stante l'impossibilità di disapplicazione, si dovrà prendere atto dell'antinomia ed eventualmente la parte che ne risulti lesa potrà ricorrere allo strumento risarcitorio. Da quanto detto emerge una peculiarità di questo tipo di interpretazione che si riflette sulla libertà interpretativa del giudice: distinguere, infatti, il diritto UE direttamente applicabile da quello non direttamente applicabile è un'attività che, per i criteri che la Corte di giustizia ha indicato a tal fine, rientra pienamente nell'attività interpretativa al fine per il quale quella stessa interpretazione debba essere svolta. Se tale considerazione sembrerebbe ampliare il potere interpretativo del giudice nazionale, in realtà a ben vedere così non è, considerato il ruolo centrale che la Corte di giustizia assume nella qualificazione di una determinata disposizione come direttamente o non direttamente applicabile. Ancora una volta, quindi, la Corte di giustizia tiene le redini del processo di attuazione e garanzia del primato del diritto UE, soprattutto per mezzo del suo potere interpretativo qualificato.

---

<sup>36</sup> Corte giust., 13 novembre 1990, C-106/89.

<sup>37</sup> Nonché, con caratteri peculiari, dal diritto non vincolante. Cfr. Corte giust., 13 dicembre 1989, C-322/88. La dottrina si è particolarmente spesa in ordine alla parametricità delle decisioni-quadro sancita nella nota sentenza *Pupino*, su cui si rinvia a R. CALVANO, *Il Caso Pupino: ovvero dell'alterazione per via giudiziaria dei rapporti tra diritto interno (processuale penale), diritto Ue e diritto comunitario*, in *Giur. cost.*, 2005, p. 4031 ss.; V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150 ss.; E. APRILE, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso "Pupino" in materia di incidente probatorio*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1174 ss.; M. MARCHEGIANI, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Dir. Un. eur.*, 2006, p. 563 ss.

### 3. Il contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione della Corte di giustizia. La sentenza n. 142 del 2018 della Corte costituzionale

Dall'entrata in vigore della legge n. 18 del 2015 la Corte costituzionale è stata investita, in brevissimo tempo, di numerose questioni. Le prime, peraltro particolarmente generiche, sono state risolte dalla sentenza n. 164 del 2017<sup>38</sup>, ma, in quell'occasione, la principale preoccupazione della Corte era costituita dal superamento o meno del pesante precedente costituito dalla sentenza n. 18 del 1989 in punto di rilevanza<sup>39</sup>, provenendo, la maggior parte delle ordinanze di rimessione, da giudizi diversi da quelli risarcitori o di rivalsa. Poco dopo, invece, alla Corte è pervenuta una ordinanza di rimessione in cui i dubbi di legittimità si presentavano, certamente, maggiormente puntuali, pur essendo, anche questo giudizio *a quo*, un giudizio "comune".

La sentenza n. 142 del 2018 ha riguardato, in particolare, lo specifico legame intercorrente tra il vincolo derivante dalle decisioni della Corte di giustizia e l'illecito previsto dalla nuova legge sulla responsabilità civile dei magistrati. Il Tribunale di Enna poneva due distinte ma consequenziali questioni di legittimità: la prima, concernente la legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui, ai sensi dell'art. 288 TFUE,

---

<sup>38</sup> Per una disamina del merito delle questioni prospettate si vedano F. CORTESE, S. PENASA, *Ancora sulla responsabilità civile e disciplinare dei magistrati ordinari: due pronunce sintomatiche*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2018, p. 505 ss.; L. LONGHI, *La riforma della responsabilità civile dei magistrati al giudizio della Corte costituzionale: i sottili equilibri tra diritto del danneggiato da un provvedimento giudiziario e tutela dell'indipendenza della funzione giurisdizionale in attesa della prova del tempo*, in *Giur. cost.*, 4, 2017, p. 1524 ss.; A.M. MARZOCCO, *Responsabilità civile dei magistrati: il filtro "non è costituzionalmente necessario". "Nihil novi"*, in *Giur. cost.*, 4, 2017, p. 1961 ss.; R.G. RODIO, *La Corte ridisegna (in parte) i confini costituzionali della (ir)responsabilità dei magistrati*, in *Rivista AIC*, 4, 2017; F. SORRENTINO, *Sull'attenuazione della clausola di salvaguardia in materia di responsabilità civile del magistrato: questioni ancora aperte?*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2018.

<sup>39</sup> Su cui si consenta il rinvio a C. TOMBA, *La pregiudizialità delle questioni di legittimità costituzionale in tema di responsabilità civile dei magistrati*, in *Rivista AIC*, 1, 2019.

così come interpretato dalla costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, si prevede che la decisione della Commissione rivolta agli Stati, ormai divenuta inoppugnabile dinnanzi agli organi giurisdizionali comunitari, sia obbligatoria e vincolante in tutti i suoi elementi, anche per i giudici nazionali

e, ai sensi dell'art. 267 TFUE

così come interpretato nella sentenza della C.G.U.E., 30 settembre 2003, causa 224/01, si prevede che nell'attività interpretativa il giudice debba tenere conto delle posizioni espresse dalle istituzioni europee non giurisdizionali.

La seconda, la previsione, *ex art. 2, comma 1, lett. c), l. n. 18/2015,*

tra le ipotesi di manifesta violazione del diritto dell'Unione europea [de]l contrasto tra un atto o un provvedimento giudiziario e l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea sulla vincolatività delle decisioni della Commissione europea per il giudice nazionale.

In un giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo veniva in rilievo una decisione della Commissione europea che autorizzava l'erogazione di una certa misura per un tempo determinato sulla presupposta sua qualificazione come aiuto di Stato. Tale qualificazione, secondo quanto disposto dalle norme in materia di aiuti di Stato, era divenuta inoppugnabile essendo decorsi i termini di decadenza e non avendone le parti contestato, neppure incidentalmente, la validità. Il vizio di illegittimità prospettato dal giudice *a quo* consisteva, sostanzialmente, nel fatto che, secondo quanto in più occasioni affermato dalla Corte di giustizia<sup>40</sup>, questi sarebbe stato vincolato indirettamente alla qualificazione quale aiuto di Stato già determinata dalla Commissione europea. A ciò si aggiungeva, qui la seconda questione di legittimità, che conseguenza ulteriore del mancato adeguamento sarebbe stata l'insorgenza "automatica"

---

<sup>40</sup> Vengono richiamate, in particolare, le decisioni della Corte di giustizia, sentenza 26 ottobre 2016, C-590/14 P, *Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE*; sentenza 15 settembre 2016, C-574/14, *PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA* e sentenza 19 marzo 2015, C-672/13, *OTP Bank Nyrt.*

dell'ipotesi responsabilità civile di cui alla nuova formulazione dell'illecito giudiziario. Tale situazione avrebbe determinato, nell'ottica del rimettente, una violazione degli artt. 101 e 104 Cost., nonché dell'art. 24 Cost. con riguardo al diritto del cittadino ad un giudice terzo e imparziale.

Risultava, dunque, pregiudiziale interrogarsi sull'effettiva sussistenza di vincolatività della decisione della Commissione al fine di sindacare, successivamente, le norme sulla responsabilità civile. Sul punto, come rileva a Corte, la costante giurisprudenza della Corte di giustizia afferma che

la valutazione della compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno rientra nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il controllo del giudice dell'Unione, con la conseguenza che ai giudici nazionali non è consentito pronunciarsi sul punto.

Sembrerebbe, dunque, che, anche in tale specifica situazione, il giudice si trovi in una posizione di assenza di discrezionalità. Invero, il ruolo dei giudici nazionali in tale procedimento di valutazione non è secondario né tantomeno marginale: in primo luogo, *ab origine*, ai giudici nazionali spetta un primo scrutinio circa la possibilità che una certa misura rientri nella nozione di aiuto di Stato al fine di verificarne l'effettiva sottoposizione alla procedura di controllo, potendo, in tale sede, adire la Commissione stessa nonché la Corte di giustizia in sede di rinvio pregiudiziale; in secondo luogo, in caso di violazione dell'art. 108 TFUE, spetta ai giudici nazionali verificare la validità degli atti posti in essere in virtù della violazione; infine, e questo è il caso che importa il giudizio *a quo*, qualora la Commissione sia intervenuta in seguito a tale procedimento di controllo, la decisione assunta è obbligatoria per tutti gli organi dello Stato membro, salva la sua rimozione nei casi e nei modi previsti dall'art. 263 TFUE. Il controllo di legittimità degli atti dell'Unione spetta in via esclusiva alla Corte di giustizia, ciò comprendendo anche le decisioni della Commissione in materia di aiuti di Stato. Anche in tale sede, però, il giudice nazionale svolge un ruolo di non secondaria importanza: gli eventuali e presunti vizi di validità delle decisioni in parola possono essere rilevati dal giudice nazionale anche su richiesta delle parti, sospendendo il giudizio in corso e attivando il pro-

cedimento pregiudiziale per accertamento di validità disciplinato dall'art. 267, paragrafo 1, lett. b), TFUE. Invero la pregiudiziale per accertamento di validità può essere promossa, secondo la giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia, soltanto con riguardo a decisioni non definitive. Si tratta dell'ipotesi in cui la decisione non sia stata impugnata né dallo Stato, né dai privati secondo la procedura di cui all'art. 263 TFUE. Il caso di specie, come correttamente rileva la Corte, non rientra peraltro nemmeno nelle ipotesi di cui all'ultima procedura richiamata: «contrariamente a quanto si afferma nell'ordinanza di rimessione, nessun ostacolo incontra, dunque, per questo verso, l'eventuale rinvio pregiudiziale di validità da parte del giudice rimettente».

In sostanza, il presunto vincolo cui si ritiene sottoposto il giudice *a quo* non sussiste. O meglio: il vincolo c'è, ma è coadiuvato da una serie di strumenti utili ad escludere la violazione della libertà interpretativa del giudice. Cadendo il vincolo, cade la lesione dell'indipendenza funzionale esterna lamentata dal giudice rimettente. Peraltro, anche volendo ritenere che la fattispecie concreta non consentisse al giudice di sollevare il rinvio pregiudiziale di accertamento di validità ritenendo la decisione in questione definitiva, l'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, limitandone la sovranità, acconsente che anche gli organi giudiziari siano sottoposti alla giurisdizione esclusiva, per le materie previste dal Trattato, della Corte di giustizia. Ciò comporta anche la legittimità della vincolatività delle decisioni "amministrative" dell'Unione per tutti gli organi dello Stato, compresi i giudici nazionali, facendo salva l'ipotesi di invalidità delle decisioni stesse. Ma anche nel caso in cui si trattasse di decisioni viziate, esigenze di certezza del diritto giustificano la rilevabilità degli eventuali vizi nei limiti – temporali, oggettivi e soggettivi – previsti dal Trattato. Oltre tali limiti, si deve supporre che i vizi in questione siano, per così dire, sanati: o per inerzia dei legittimati all'impugnazione, nel caso di mancato rispetto dei termini; o per carenza di interesse generale, nel caso di mancata impugnazione ad opera dello Stato; ovvero per carenza di interesse particolare, nel caso di mancata impugnazione da parte dei privati interessati dalla decisione viziata.

Così brevemente ricostruita l'argomentazione della Corte in ordine alla prima questione di legittimità, si può cogliere la *ratio* della decisio-

ne di inammissibilità con riguardo alla questione relativa alla disciplina della responsabilità civile.

Il giudice *a quo* impugnava quell' oggettivo indice rivelatore della violazione del diritto europeo consistente nel «contrasto dell'atto o del provvedimento con l'interpretazione espressa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea», per l'ipotesi in cui quest'ultima affermava la «vincolatività delle decisioni della Commissione europea per il giudice nazionale».

Il percorso argomentativo del rimettente è di facile intuizione: ritenendosi vincolato all'adozione di un provvedimento determinato, in cui la propria discrezionalità sarebbe venuta meno, e ritenendo tale condizione illegittima, l'adozione del provvedimento in contrasto con le statuizioni della Corte di giustizia avrebbe a sua volta determinato l'insorgere dell'ipotesi di cui alla disposizione impugnata. Al riguardo è necessaria, però, una precisazione. Le ipotesi "automatiche" di responsabilità del magistrato soggettivamente inteso previste dalla legge n. 18 del 2015 non coincidono integralmente con le ipotesi determinanti risarcimento ad opera dello Stato. Una delle principali innovazioni prodotte dalla riforma consiste nella scissione, dal punto di vista oggettivo, della responsabilità dello Stato da quella del magistrato. L'ipotesi di violazione manifesta del diritto dell'Unione europea, che viene in questo caso in rilievo, è diversamente modulata a seconda che determini la responsabilità dello Stato ovvero l'obbligatorietà dell'azione di rivalsa (e, quindi, la sostanziale automaticità della responsabilità del magistrato). Nel primo caso, infatti, tale illecito rileva se commesso con colpa grave; nel secondo caso, invece, è richiesta l'ulteriore condizione soggettiva della negligenza inescusabile. Ciò determina necessariamente una differente valutazione circa la "potenzialità" della sussistenza di responsabilità a seconda che si tratti di illeciti per i quali l'esercizio dell'azione di rivalsa sia prevista come obbligatoria ed altri illeciti.

Fatta questa precisazione, nel caso di specie, anche volendo ritenere che si trattasse aprioristicamente di "pericolo concreto ed attuale" di responsabilità, la prima delle questioni di legittimità ha assunto la funzione di presupposto necessario della seconda. Venendo meno il supposto obbligo di adeguamento alla decisione della Commissione europea, nei termini con cui lo ha ricostruito la Corte, il "pericolo" ritenuto at-

tuale e concreto ha inevitabilmente perso i caratteri di attualità e concretezza. Il tutto riverberandosi sulla sussistenza della rilevanza della questione inerente la responsabilità civile del magistrato.

Nonostante la decisione tipicamente processuale per ragioni di inammissibilità, la questione in parola sembrerebbe indicare un principio in base al quale poter valutare, in relazione ai vincoli derivanti da decisioni interpretative, il discrimine intercorrente tra vincolo lesivo dell'indipendenza funzionale e vincolo ammissibile, giustificabile in ragione del bilanciabile principio della certezza del diritto. Quando il giudice, infatti, abbia a disposizione uno strumento utile a superare il precedente, la sua mera esistenza e potenziale azionabilità esclude che venga violata la sua libertà interpretativa. Tale ricostruzione, quindi, sembra idonea a garantire un ragionevole grado di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, in cui l'aspettativa potrebbe legittimamente essere disattesa solo grazie ad una idonea motivazione e, in certi casi, per opera di giudici dotati di una sorta di qualificazione della propria attività interpretativa, quali, fra tutti, i giudici della nomofilachia.

*4. Il contrasto dell'atto o del provvedimento con la costante giurisprudenza della Corte di Cassazione. L'ordinanza interlocutoria del 18.05.2018, n. 12215 della III sez. civ.*

Il contrasto dell'atto o del provvedimento giudiziario con i precedenti della Corte di cassazione non costituisce, stando al dato letterale della legge n. 18 del 2015, un indice rivelatore della violazione del diritto interno al pari della violazione del diritto dell'Unione europea. Ciononostante, individuando nel principio della certezza del diritto la *ratio* sottesa alla previsione relativa al diritto euro-unitario, sembrerebbe potenzialmente estendibile la medesima fattispecie al diritto interno, stante anche la medesima formulazione letterale della funzione di nomofilachia attribuita alla Corte di giustizia e alla Corte di cassazione. L'ostacolo più faticosamente superabile, in tale direzione, però, appare la normatività della forza vincolante delle decisioni provenienti da Lussemburgo, difficilmente conciliabile con la tradizionale esclusione della regola dello *stare decisis* nel nostro ordinamento in riferimento



alle decisioni dei giudici interni, quale attuazione diretta del principio di indipendenza funzionale interna.

Alla luce delle ricostruzioni precedenti, però, nonché alla luce delle più recenti modifiche normative concernenti il ricorso per cassazione che sembrerebbero accogliere una forma media della regola in parola<sup>41</sup> con una progressiva valorizzazione dello *ius constitutionis*, non sembra del tutto implausibile che una simile evenienza possa costituire un illecito determinante “almeno” risarcibilità del danno provocato dal provvedimento.

Al riguardo si deve segnalare una recentissima questione che, pur avendo ad oggetto la disciplina precedente alla riforma del 2015, mette in evidenza il problema della funzione “ulteriore” del regime di responsabilità dei magistrati. Si tratta dell’ordinanza interlocutoria della III sez. della Cassazione con cui è stata rimessa alle Sezioni Unite una questione di diritto particolarmente rilevante sul rapporto tra responsabilità (civile e disciplinare) del magistrato e certezza del diritto<sup>42</sup>. Il dubbio sollevato dalla III sez. – nel corso di un giudizio sull’ammissibilità della domanda risarcitoria in vigenza della vecchia disciplina della responsabilità civile dei magistrati – riguarda:

la individuazione del discrimine nella grave violazione di legge contemplata dalle fattispecie illecite individuate dalla L. n. 117 del 1988, art. 2, comma 3, lett. a), (nel testo previgente alla modifica della L. n. 18 del 2015) e dal D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, art. 2, comma 1, lett. g), tra attività interpretativa insindacabile ed attività sussumibile nella fattispecie illecita, con specifico riferimento alla ipotesi della violazione di norma di diritto in relazione al significato ad essa attribuito da orientamenti giurisprudenziali da ritenere consolidati.

In particolare, ci si chiede se

il discrimine tra attività di interpretazioni e inescusabilità della grave violazione di legge venga in rilievo soltanto nel caso in cui l’attività del giudice si rifletta direttamente sull’enunciato della disposizione normativa, traendone un significato

---

<sup>41</sup> Accogliendo ed aggiornando la lettura di G. AMOROSO, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano, 2012, p. 19 ss.

<sup>42</sup> Cass. civ., III sez., ord. n. 12215 del 18/05/2018.

costituendo pura attività interpretativa,

ovvero anche nel caso in cui si rifletta solo indirettamente su tale enunciato in quanto il significato risulti già enucleato costituendo il portato di una elaborazione giurisprudenziale, volta alla interpretazione della norma di diritto, che assume consistenza tale da rendere stabile una determinata applicazione della norma di diritto.

La III sezione sottolinea che

se il precetto fondamentale della soggezione del giudice soltanto la legge impedisce di attribuire all'interpretazione della giurisprudenza il valore di fonte del diritto, non può tuttavia essere messo in dubbio che la salvaguardia dell'unità e della stabilità dell'interpretazione giurisprudenziale è ormai da considerare alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche.

Con una argomentazione che appare particolarmente convincente, la funzione nomofilattica viene ricondotta ad un presupposto fondamentale, consistente nel fatto che «l'interpretazione della legge fornita dalla Cassazione va tendenzialmente intesa come una sorta di oggettivazione convenzionale di significato», oggettivazione che, in quanto tale, rende il significato della disposizione, oltre che stabile, anche preferibile. Il giudice, quindi, di fronte ad un siffatto orientamento giurisprudenziale, vedrebbe il proprio margine interpretativo certamente limitato e ridimensionato, essendo, le norme ricavabili dalla disposizione, graduate in ragione della loro probabilità. Qualora il giudice, quindi, voglia discostarsene, il bilanciamento tra libertà interpretativa e prevedibilità della decisione porta a ritenere necessario, ai fini dell'esclusione della sua responsabilità civile, un obbligo di motivazione particolarmente stringente, comprensivo non solo dell'*iter* logico-argomentativo che lo porti a scegliere una data interpretazione, ma anche delle ragioni per le quali abbia escluso l'interpretazione più probabile, riconducibile all'orientamento giurisprudenziale consolidato.

# (IM)PREVEDIBILITÀ DELLA DECISIONE GIUDIZIARIA VS (IN)CERTEZZA DEL VINCOLO DEL PRECEDENTE

*Roberto Compostella*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La prevedibilità della decisione giudiziaria. Una definizione provocatoria. 3. La prevedibilità della decisione giudiziaria e l'imprevedibilità delle decisioni della Corte Edu: SW c. Inghilterra vs Contrada c. Italia. 4. Le regole del gioco. Il paradosso del sorite. 5. Lo stato della nomofilachia nelle pronunce della Corte di Cassazione. 6. Il nuovo comma 1-bis dell'art. 618 c.p.p. ed i nuovi rapporti tra le diverse Sezioni della Corte di Cassazione. 7. Qualche punto fermo. 8. Vincolo del precedente e standard di tutela. 9. Revirement giurisprudenziale e sistematica del reato. 10. Qualche considerazione conclusiva.

## *1. Introduzione*

Oggetto di questo *paper* sono le conseguenze di ordine sistematico che lo studioso di diritto penale si trova ad affrontare in seguito alla ormai ben nota sentenza *Contrada c. Italia*, pronunciata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>1</sup>.

Senza voler ripercorrere nello specifico la genesi ed i contenuti di questa importante sentenza, ormai ben noti a tutti, in via di prima approssimazione, la pronuncia in commento ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>2</sup>; la violazione, motivata essenzialmente su un accertato difetto di

---

<sup>1</sup> C. Edu, Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

<sup>2</sup> Questa, nei suoi passaggi essenziali, la motivazione espressa dalla sentenza C. Edu, Sez. IV, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia* «La Corte ritiene che la questione che si pone nella presente causa sia quella di stabilire se, all'epoca dei fatti ascritti al ricorrente, la legge applicabile definisse chiaramente il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso. Si deve dunque esaminare se, a partire dal testo delle disposizioni pertinenti e con l'aiuto dell'interpretazione della legge fornita dai tribunali

*prevedibilità*, sarebbe consistita nell'aver condannato il Sig. Contrada a titolo di concorso esterno in associazione mafiosa in un momento storico nel quale l'autore non era in grado di *prevedere* una simile decisione<sup>3</sup>.

L'eco di questa sentenza *agrodolce*<sup>4</sup> va apprezzato non tanto e non solo per le statuizioni in essa contenute e riferite al caso concreto, quanto, piuttosto, per le ricadute sistematiche che da essa possono derivare e

interni, il ricorrente potesse conoscere le conseguenze dei suoi atti sul piano penale [...]. L'analisi della giurisprudenza citata dalle parti (si vedano i paragrafi 26-30 supra) dimostra che la Corte di cassazione ha menzionato per la prima volta il reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nella sua sentenza Cillari, n. 8092 del 14 luglio 1987. Nel caso di specie, la Corte di cassazione ha contestato l'esistenza di un tale reato e ribadito questa posizione in altre sentenze successive [...]. Tuttavia, è solo nella sentenza Demitry, pronunciata dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione il 5 ottobre 1994, che quest'ultima ha fornito per la prima volta una elaborazione della materia controversa, esponendo gli orientamenti che negano e quelli che riconoscono l'esistenza del reato in questione e, nell'intento di porre fine ai conflitti giurisprudenziali in materia, ha finalmente ammesso in maniera esplicita l'esistenza del reato di concorso esterno in associazione di tipo mafioso nell'ordinamento giuridico interno [...]. In queste circostanze, la Corte constata che il reato in questione è stato il risultato di una evoluzione giurisprudenziale iniziata verso la fine degli anni Ottanta del secolo scorso e consolidatasi nel 1994 con la sentenza Demitry. Perciò, all'epoca in cui sono stati commessi i fatti ascritti al ricorrente (1979-1988), il reato in questione non era sufficientemente chiaro e prevedibile per quest'ultimo. Il ricorrente non poteva dunque conoscere nella fattispecie la pena in cui incorreva per la responsabilità penale derivante dagli atti da lui compiuti [...]. La Corte ritiene che questi elementi siano sufficienti per concludere che vi è stata violazione dell'articolo 7 della Convenzione».

<sup>3</sup> I fatti per cui è stato processato il Sig. Contrada si sono svolti tra il 1979 ed il 1988, mentre l'ammissibilità della figura del concorrente esterno in associazione mafiosa è stata riconosciuta, per la prima volta, dalla nota sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Unite, 5 ottobre 1994, *Demitry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss.; successivamente il percorso giurisprudenziale è proseguito con alcune importanti pronunce di cui non si può non fare menzione: Sentenza *Carnevale* (Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 22327/2003), Sentenza *Andreotti* (Corte di Cassazione, II Sez., n. 49641/2004), Sentenza *Mannino* (Corte di Cassazione, Sez. Un., n. 33748/2005), Sentenza *Dell'Utri* (Corte di Cassazione, V Sez., n. 15727/2012), Sentenza *Dell'Utri Bis* (Corte di Cassazione, I Sez., n. 28225/2014).

<sup>4</sup> Così come è stata definita da O. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russel e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale*, in *Dir. Pen. cont.*, 12 giugno 2015, p. 9.

che si risolvono, semplificando, nella seguente domanda: *esiste una differenza tra incriminazione per via legislativa e giurisprudenziale*<sup>5</sup>?

La risposta, banalmente, dovrebbe essere sì; dovrebbe esserlo sulla scorta di quanto statuisce la Costituzione, prima, ed il Codice Rocco, poi<sup>6</sup>. Il principio di legalità impone che ogni incriminazione sia preesistente al fatto di reato (*sub specie* di principio di irretroattività della legge penale), sia stabilita da una legge dello Stato (*sub specie* di riserva di legge), sia determinata (o meglio, forse, tassativa)<sup>7</sup>. L'incriminazione giurisprudenziale, in un paradigma che si può definire, semplificando, classico, è strutturalmente e radicalmente incompatibile con un siffatto principio di legalità<sup>8</sup>; eppure, *Contrada c. Italia*, ci impone di ripensare a questo paradigma? Forse. Eppure, i rischi di abbandonarsi al facile entusiasmo del *diritto giurisprudenziale* come antidoto alle fallacie del legislatore sono noti a tutti e quanto mai oggi, in un momento in cui l'Europa spinge verso una spasmodica armonizzazione delle legislazioni, anche penali, ed in cui il contesto socio-politico non è *rassicurante*, quei rischi dovrebbero essere un monito. Ma andiamo con ordine.

---

<sup>5</sup> Cfr. D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2, 2015, p. 46 ss.

<sup>6</sup> G. COCCO, *Verso una Cassazione Supreme Court: un parere contrario, la conferma della soggezione del giudice alla legge e una riforma possibile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2, 2016, p. 382 ss.

<sup>7</sup> Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 1979; cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, X ed., Milano, 1985.

<sup>8</sup> Eppure, ormai da anni, si avverte forte la crisi della legalità penale, anche ma non solo a causa delle fonti sovranazionali che ormai sempre più frequentemente obbligano lo studioso del diritto penale ad un ripensamento di categorie “classiche”; sulla crisi della legalità si veda, tra gli altri, G. FIANDACA, *Prima lezione di diritto penale*, Bari, 2017; F. PALAZZO, *Legalità fra law in the books e law in action*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016; G. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *Ius17@unibo.it*, 1, 2009, p. 57 ss.

## 2. La prevedibilità della decisione giudiziaria. Una definizione provocatoria

Il principio di determinatezza / tassatività costituisce garanzia di prevedibilità in *astratto*, il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria<sup>9</sup> ne estende la garanzia al caso concreto: prevedibilità della decisione giudiziaria quale «giurisdizionalizzazione» della garanzia. Con grande semplicità espositiva Vittorio Manes<sup>10</sup> rende bene l'idea che sta alla base del principio di cui si tratta: un contraltare, concreto, a quelle che poche righe sopra si definivano “fallace del legislatore”.

Si potrebbe definire così il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria, nei soli limiti che qui interessano: il principio di legalità (di cui il principio in oggetto non è che un corollario) in materia penale osta a che un soggetto venga punito per un fatto se, nel momento in cui

---

<sup>9</sup> O come è stata definito da F. VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 19 dicembre 2016, p. 3, il principio di «prevedibilità delle decisioni delle agenzie di law enforcement rispetto all'applicazione della legge penale, coprendosi con questo concetto l'intero spettro di eventi che vanno dal primo atto d'indagine (o dall'eventuale applicazione di misure precautelari ad opera della polizia) sino all'effettiva esecuzione della pena inflitta dal giudice della cognizione». Nello stesso contributo, peraltro, l'autore disegna alcuni corollari del principio di prevedibilità della decisione giudiziaria; in particolare «Nella sua massima estensione logica, il principio – applicato, ripeto, allo specifico ambito del diritto penale – implica almeno tre corollari, correlati ma distinti. In un mondo ideale, occorrerebbe che il consociato fosse in grado di prevedere, prima di compiere la propria condotta: a) se la condotta stessa sarà considerata illecita; b) se, oltre che genericamente illecita, la condotta sarà considerata altresì penalmente rilevante; e infine c) quale pena egli dovrà scontare nell'ipotesi in cui venga sottoposto a processo: prognosi, quest'ultima, che presuppone a sua volta la possibilità di prevedere (i) in quale fattispecie astratta di reato sarà sussumta la propria condotta concreta, (ii) quale circostanze aggravanti o attenuanti saranno ritenute applicabili, (iii) quale sia conseguentemente il quadro edittale entro il quale dovrà muoversi la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena, (iv) come verrà concretamente esercitata questa discrezionalità al momento dell'inflizione della pena, e infine (v) quali saranno le condizioni alle quali il condannato potrà eventualmente accedere a meccanismi di sospensione del processo o della pena, nonché a sanzioni o misure alternative applicate dallo stesso giudice di cognizione ovvero dei giudici preposti all'esecuzione della pena».

<sup>10</sup> Cfr. V. MANES, *Dalla “fattispecie” al “precedente”*: appunti di “deontologia ermeneutica”, in *Dir. Pen. Cont.*, 17 gennaio 2018, p. 24.

lo ha commesso, non poteva prevedere costituissero reato. La definizione ricorda da vicino, e non è un caso, il comma primo dell'art. 2 del codice penale italiano<sup>11</sup>: il principio di irretroattività della legge penale osta a che un soggetto venga punito per un fatto se, nel momento in cui lo ha commesso, non costituiva reato. La differenza si apprezza nella diversa definizione di reato. Se reato è ciò che prescrive la norma (e solo quello) e la norma è tassativa, la prevedibilità è superflua, è *in re ipsa*, se invece reato è eterointegrazione tra norma e interpretazione (giurisprudenziale), la prevedibilità può costituire un argine alle derive della legalità; dunque, seguendo ciecamente il ragionamento iniziato, posta la sua validità nelle premesse, delle due l'una: o il legislatore può garantire un livello di determinatezza (*rectius*, tassatività), tale da permettere la coincidenza tra prevedibilità astratta e concreta<sup>12</sup>, oppure, inevitabilmente, la garanzia va ritrovata al di fuori delle aule del Parlamento. Nel primo caso, se ci si fida troppo, si rischia di finire come il pollo di Russell<sup>13</sup>, nel secondo, che ci si fidi o meno, mancano ad oggi le regole del

---

<sup>11</sup> Codice penale, art. 2, comma primo: «Nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato».

<sup>12</sup> Sembra svanita ormai, tuttavia, l'ingenua speranza che la legge precisa non abbia bisogno di alcuna interpretazione perché da sola sufficiente a dirimere ogni questione concreta; sono lontani gli anni in cui Cesare Beccaria, nella sua celeberrima opera C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Roma, 2012, scriveva: «Quando il giudice sia costretto, o voglia dare anche soli due sillogismi, si apre la porta all'incertezza. Non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge [...]», p. 34; sull'attuale impossibilità di pensare che una norma, per quanto ben fatta, risolva da sé i problemi di prevedibilità, si veda F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 6: «l'ingenua fiducia che la particolare qualità della fonte – la legge parlamentare, o comunque gli atti aventi forza di legge (con il connesso intervento preventivo o successivo del Parlamento) – costituisca di per sé sufficiente garanzia di prevedibilità della decisione giudiziaria è del tutto svanita: non meno che le antiche grida manzoniane, anche la legge adottata nel pieno rispetto delle procedure democratiche previste dalla Costituzione può essere – e sovente è – oscura, complessa, difficile da decifrare non solo per il profano, ma anche per l'esperto di diritto; ed abbisogna dunque di un'intensa opera di interpretazione da parte della giurisprudenza, assistita dalla dottrina».

<sup>13</sup> Cfr. B. RUSSELL, *I problemi della filosofia*, Milano, 2007 (or. 1912), pp. 74 ss.; nella versione del 1912: «Fin dal primo giorno questo tacchino osservò che, nell'allevamento in cui era stato portato, gli veniva dato il cibo alle 9 del mattino. E da buon induttivista non fu precipitoso nel trarre conclusioni dalle sue osservazioni e ne eseguì

gioco (salvo, per quanto si dirà, quanto recentemente introdotto dalla riforma c.d. “Orlando”).

### 3. *La prevedibilità della decisione giudiziaria e l'imprevedibilità delle decisioni della Corte Edu: SW c. Inghilterra vs Contrada c. Italia*

Se è vero quanto fino ad ora sostenuto, ovvero che la prevedibilità (concreta) della decisione giudiziaria dovrebbe / potrebbe contribuire ad innalzare la garanzia della legalità, troppo fragile in balia della sola prevedibilità astratta, ci si dovrebbe aspettare, quantomeno, che il principio fosse chiaro; almeno alla Corte che proprio facendo leva su quel principio ha condannato l'Italia. Eppure, almeno pare, così non è.

Per lungo tempo, secondo il diritto inglese, la moglie era obbligata ad avere rapporti sessuali con il marito; un eventuale rifiuto non era ostativo alla consumazione del rapporto poiché, i rapporti carnali, erano considerati «adempimento del debito coniugale»<sup>14</sup>. Un eventuale rapporto non consensuale, dunque, portato a consumazione dal marito nei confronti della moglie, non costituiva reato<sup>15</sup>.

Nel 1991, però, la Corte d'Appello di Londra ha pronunciato una storica sentenza nella quale ha statuito la rilevanza penale dei rapporti carnali non consensuali tra coniugi, condannando per l'effetto l'imputato (Sig. S.W.).

Eppure, la CEDU, chiamata a pronunciarsi contro l'Inghilterra per la violazione dell'art. 7 della Convenzione, sulla scorta della mancanza di prevedibilità dell'esito giudiziario, ha respinto le doglianze del Sig. S.W.: «La Corte EDU ha ritenuto che S.W. potesse prevedere la

---

altre in una vasta gamma di circostanze: di mercoledì e di giovedì, nei giorni caldi e nei giorni freddi, sia che piovesse sia che splendesse il sole. Così arricchiva ogni giorno il suo elenco di una proposizione osservativa in condizioni più disparate. Finché la sua coscienza induttivista non fu soddisfatta ed elaborò un'inferenza induttiva come questa: “Mi danno il cibo alle 9 del mattino”. Questa concezione si rivelò incontestabilmente falsa alla vigilia di Natale, quando, invece di venir nutrito, fu gozzato».

<sup>14</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 9.

<sup>15</sup> Questo era un principio di *common law* enunciato per la prima volta da *Sir Matthew Hall* nel 1736 e successivamente ripreso, restringendone l'ambito alla sola costanza di matrimonio, da una sentenza inglese del 1949.



sua condanna nonostante la giurisprudenza inglese fosse compatta nell'affermare la liceità della sua condotta»<sup>16</sup>.

Nel caso Contrada, invece, non era possibile prevedere l'esito giudiziario perché al momento della commissione dei fatti non era ammesso, dalla giurisprudenza, l'istituto del concorso esterno in associazione mafiosa; eppure, non era nemmeno esattamente così. Se è vero che il contrasto giurisprudenziale circa la possibilità di ammettere tale istituto è stato risolto solo con la sentenza delle Sezioni Unite *Demiry* del 1994<sup>17</sup>, è vero allo stesso tempo che già nel 1987 la Corte di Cassazione aveva riconosciuto la configurabilità risultante dal combinato disposto tra gli artt. 110 e 416 *bis* c.p.<sup>18</sup>. Ma non solo; l'importante monografia

---

<sup>16</sup> Corte EDU, 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*. Par. 44: «There was an evident evolution, which was consistent with the very essence of the offence, of the criminal law through judicial interpretation towards treating such conduct generally as within the scope of the offence of rape. This evolution had reached a stage where judicial recognition of the absence of immunity had become a reasonably foreseeable development of the law [...] is so manifest that the result of the decisions of the Court of Appeal and the House of Lords – that the applicant could be convicted of attempted rape, irrespective of his relationship with the victim – cannot be said to be at variance with the object and purpose of Article 7 of the Convention, namely to ensure that no one should be subjected to arbitrary prosecution, conviction or punishment». Cfr. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 9; S. DE BLASIS, *Oggettivo, soggettivo ed evolutivo nella prevedibilità dell'esito giudiziario tra giurisprudenza sovranazionale e ricadute interne*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4, 2017, p. 128 ss., secondo cui la pronuncia della Corte Edu apre la strada ad una prevedibilità evolutiva basata sul mutamento degli atteggiamenti e del sentire comune.

<sup>17</sup> Corte di Cassazione, Sez. Unite, 5 ottobre 1994, *Demiry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss.

<sup>18</sup> La stessa Corte Edu, nell'exkursus storico – giurisprudenziale contenuto nella sentenza Contrada c. Italia, ricorda che l'istituto del concorso esterno nell'associazione mafiosa fa la sua prima apparizione nell'ordinamento italiano con la sentenza *Cillari*, n. 8092 del 14 luglio 1987; successivamente, peraltro, e sempre prima della sentenza *Demiry* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione datata 1994, la stessa Suprema Corte si era espressa nel senso della configurabilità dell'istituto anche in altri arresti. Così come, nello stesso periodo, altre pronunce ne avevano negato la configurabilità. Questo a dimostrazione di come, sia pur sicuramente non in termini di certezza, l'istituto era, in quel periodo storico, sicuramente percepito come di dubbia ammissibilità.

del 2003 di Costantino Visconti<sup>19</sup>, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, mostra come il dibattito sull'ammissibilità del concorso esterno in associazione mafiosa fosse, negli anni Ottanta, quanto mai vivo<sup>20</sup>.

E dunque, dall'analisi di questi due casi, emerge il cuore della questione: la stessa giurisprudenza della Corte EDU, chiamata a pronunciarsi sulla violazione dell'art. 7 della Convenzione, in tema di prevedibilità dell'esito giudiziario, appare *imprevedibile*. E questo fa sorgere un problema direttamente conseguente.

#### 4. Le regole del gioco. Il paradosso del sorite

Se si toglie un granello da un mucchio di sabbia, il mucchio rimane tale, se si toglie un altro granello, il mucchio rimane tale; fino a che non rimane un granello solo ed il mucchio non è più tale. In quale momento il mucchio smette di essere tale? Semplificato, questo è quello che viene comunemente definito il paradosso del sorite<sup>21</sup>. Quanto mai calzante per descrivere l'oggetto del presente paragrafo.

Se la prevedibilità dell'esito giudiziario è stata esclusa nella sentenza *Contrada c. Italia* pur a fronte della configurabilità dell'istituto nella giurisprudenza, sia pur isolata e minoritaria, giocoforza è ritenere necessario, perché una decisione possa dirsi prevedibile, ed in assenza di una norma di legge già di per sé particolarmente precisa, un indirizzo consolidato. Ma quando un indirizzo può dirsi consolidato?

---

<sup>19</sup> C. VISCONTI, *Contiguità alla mafia e responsabilità penale*, Torino, 2003.

<sup>20</sup> Come ricorda, brillantemente D. PULITANÒ, *op. cit.*, p. 46 ss.

<sup>21</sup> Nella sua versione più comune, il paradosso del sorite è formulato in questi termini: «1 grain of wheat does not make a heap. If 1 grain of wheat does not make a heap, then 2 grains of wheat do not. If 2 grains of wheat do not make a heap, then 3 grains do not ... If 9,999 grains of wheat do not make a heap, then 10,000 do not. 10,000 grains of wheat do not make a heap». Non è ben noto l'ideatore del paradosso, anche se si ritiene che sia Ebulide di Mileto. Cfr. D. HYDE, *Sorites Paradox*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2011.

Una sentenza non costituisce un indirizzo; così non lo fanno due. Però 20 sentenze probabilmente sì. Quando allora un indirizzo è tale da far divenire prevedibile l'esito giudiziario? Ecco il paradosso del sorite.

Dal punto di vista quantitativo pare difficile trovare una risposta convincente: non esiste, a priori, un numero sufficiente di sentenze, tutte peraltro di segno concorde, tale da far ritenere un indirizzo consolidato. Si sta parlando di casi, questa è la premessa, nei quali la lettera della legge non è chiara e necessita che sia la giurisprudenza a chiarire i limiti esterni di rilevanza penale. Dal punto di vista qualitativo non è molto più semplice: una sentenza *convincente* crea un indirizzo? Forse la strada è quella della autorevolezza della decisione<sup>22</sup>. Autorevolezza che peraltro non è diretta conseguenza della Corte o della composizione della Corte che la pronuncia: ricorda Vittorio Manes, infatti, come non tutte le decisioni delle Sezioni Unite sono allo stesso modo *autorevoli* e, pertanto, non tutte potrebbero costituire *precedente*. Lo sono sicuramente la sentenza *Franzese, Thyssen, Cozzini*, ed altre, per la condivisione che ne è seguita, per il convincimento che hanno ingenerato; non lo sono altre, sia pur pronunciate dalle Sezioni Unite della Suprema Corte<sup>23</sup>.

La stessa struttura dei rapporti tra le sentenze della Corte di Cassazione, peraltro, sembra negare la possibilità di aversi un sistema realmente fondato sul *precedente*. O quantomeno, sicuramente, così era prima della novella della legge 23 giugno 2017, n. 103. Ma prima una notazione sullo *stato* della *nomofilachia* della Corte Suprema di Cassazione.

---

<sup>22</sup> Cfr. V. MANES, *op. cit.*, p. 25.

<sup>23</sup> La forza dei precedenti «ha il suo fondamento solamente nella loro autorevolezza o plausibilità sostanziale, e non già in una qualche loro autorità formale quale è quella che compete al potere legislativo». In questi termini L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma – Bari, 2013, p. 135.

### 5. *Lo stato della nomofilachia nelle pronunce della Corte di Cassazione*

«Non può darsi alcuna credibile nomofilachia se una Corte suprema decide oltre 80.000 ricorsi l'anno»<sup>24</sup>: basterebbe questa semplice affermazione per comprendere agevolmente il problema, pratico prima che teorico, alla base di un sistema basato sul precedente vincolante nel nostro paese. Prima premessa, imprescindibile, affinché si possa parlare di precedente, è che ci sia un sistema giudiziale in grado di assicurarne la tenuta. Non si potrebbe pensare, sempre dal punto di vista pratico, ipotizzando che fosse *legittimo* dal punto di vista teorico, che un sistema basato sul precedente vincolante passi attraverso una produzione *caotica*<sup>25</sup> di principi di diritto; che un singolo giudice di merito, così come una singola sezione della Corte di Cassazione (salvo quanto si dirà in merito alla recente riforma operata con la L. n. 103/2017) possano decidere una causa disapplicando quanto abbia statuito la *giurisprudenza consolidata*, ammettendo di capire cosa significhi (cfr. il paradosso del sorite *sub* par. 4.).

In questo contesto, che per certo non avrebbe permesso una seria applicazione di un sistema basato sul precedente vincolante, è intervenuta la legge n. 103, 23 giugno 2017, che, tra i tanti interventi ha modificato l'art. 618 del Codice di procedura penale.

### 6. *Il nuovo comma 1-bis dell'art. 618 c.p.p. ed i nuovi rapporti tra le diverse Sezioni della Corte di Cassazione*

La legge 23 giugno 2017, n. 103, come detto, modifica l'art. 618 del Codice di procedura penale; prima della riforma, brevemente, il sistema disegnato dal codice di rito era il seguente: le singole sezioni semplici *potevano* devolvere una questione alle Sezioni Unite, anche d'ufficio, qualora una questione di diritto portata alla loro attenzione avesse dato luogo, in passato, o avrebbe potuto dare luogo, in futuro, ad un contra-

<sup>24</sup> Cfr. V. MANES, *op. cit.*, p. 29.

<sup>25</sup> Non a caso, M. TARTUFFO, *Aspetti del precedente giudiziale*, in *Criminalia*, 2014, p. 37 ss., ha proposto di ricorrere alla teoria dei *caos*.

sto giurisprudenziale. Allo stesso modo, ex. art. 610 c.p.p., poteva fare il Primo Presidente della Corte di Cassazione, qualora la questione fosse di *speciale importanza* oppure qualora fossero insorti contrasti tra le singole sezioni, che necessitavano di essere risolti.

La novella legislativa del 2017, pur non modificando questo assetto, aggiunge un'ipotesi di remissione *obbligatoria* alle Sezioni Unite da parte delle singole sezioni semplici: «Se una sezione della corte ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza, la decisione del ricorso»<sup>26</sup>.

Viene previsto, in sostanza, un sistema nel quale la singola sezione, nel caso in cui le Sezioni Unite si siano già espresse su una specifica questione formulando un principio di diritto, non possa *legittimamente* disapplicarlo, dovendo *obbligatoriamente* richiedere l'intervento della Sezioni Unite.

Per la verità la modifica legislativa suesposta non è del tutto inedita: già nel progetto di riforma al codice di procedura penale del 1988 era previsto un art. 610 *bis*, poi espunto dal progetto finale, che prevedeva che le sezioni semplici «uniformano le proprie decisioni ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite per dirimere un contrasto; altrimenti rimettono con ordinanza il ricorso alle sezioni unite, esponendo le ragioni del dissenso». La norma, sostanzialmente, era *uguale* a quella oggi inserita all'art. 618-1 bis.

Nelle discussioni parlamentari precedenti la riforma del codice di rito, tuttavia, questa disposizione trovò forti obiezioni da parte di coloro i quali ritenevano che

si sarebbe introdotto nell'ordinamento il vincolo, sia pur tendenziale, del precedente, in grado, secondo alcuni, di interferire con la riserva di legge penale, con il principio della separazione dei poteri e con quello secondo cui i giudici sono soggetti solo alla legge<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Art. 618-1 *bis* c.p.p., nella formulazione novellata dalla legge n. 103/2017.

<sup>27</sup> G. FIDELBO, *Verso il sistema del precedente? Sezioni Unite e principio di diritto*, in *Dir. Pen. Cont.*, in <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7482-fidelbogiorgio2018a.pdf>, nonché all'interno del volume M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative (Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103 e al d.lgs. 6 febbraio 2018, n. 11)*, Torino, 2018.

## 7. Qualche punto fermo

Riassumendo tutto quanto detto fino ad ora: nell'attuale epoca del diritto penale, già di per sé complessa sul versante delle fonti del diritto, la Corte EDU condanna l'Italia per la violazione dell'art. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo. L'Italia, quantomeno nella vicenda Contrada, non avrebbe garantito uno standard di tutela sufficientemente alto, nella specie, del principio di legalità; la decisione, per Contrada, non era prevedibile. La prevedibilità dell'esito giudiziario chiesta dalla Corte Edu, come necessario contro altare alla non sufficientemente garantista prevedibilità astratta (*rectius*, *sub* principio di tassatività), fa insorgere un dibattito sulla necessità, per rispettare le richieste sovranazionali, di ripensare al nostro sistema penale; ripensarlo sulla base del vincolo del precedente<sup>28</sup>. Eppure, la struttura disegnata dal codice di procedura penale pare incompatibile con un sistema del precedente. Ogni singolo giudice, di merito o di Cassazione, può discostarsi da quanto precedentemente statuito e non esiste, ad oggi, una *credibile* nomofilachia della Suprema Corte. Il precedente necessiterebbe regole di gioco per stabilire, quantomeno, quale potrebbe dirsi tale e quale no; regole che, ad oggi, o forse a ieri, non c'erano. La riforma *Orlando* interviene in questo contesto e muove probabilmente nella direzione chiesta dalla CEDU: le sezioni semplici che vogliano discostarsi dal *precedente* delle Sezioni Unite, devono richiederne un nuovo intervento, non potendo più fare loro stesse *overruling*.

---

<sup>28</sup> F. VIGANÒ, *op. cit.*, p. 4: «Il concetto di prevedibilità della decisione giudiziale è spesso immediatamente associato a quello di certezza del diritto. Il richiamo a tale valore è, in particolare, costante in tutti quegli autori che – muovendo da una diagnosi di diffusa imprevedibilità delle decisioni giudiziali nel nostro ordinamento, a sua volta radicata non solo e non tanto nella vaghezza dei dati normativi (che è fenomeno di per sé non problematico in settori del diritto non dominati da un principio di stretta legalità e nei quali abbondano le clausole generali), ma dall'inesistenza di meccanismi che assicurino la coerenza della giurisprudenza nell'interpretazione delle disposizioni normative, e dunque dalla presenza di significativi e persistenti contrasti giurisprudenziali – invocano anche nel nostro ordinamento l'introduzione di una qualche forma di vincolatività dei precedenti, in particolare della Corte di cassazione, all'ovvio fine di rendere più stabile – e, dunque, più prevedibile – l'applicazione della legge da parte dei giudici».

Descritto acriticamente, parzialmente, e necessariamente per *flash*, il contesto nel quale, oggi, si trova l'interprete, si vuole provare ora a fare qualche breve, critica, riflessione personale.

## 8. *Vincolo del precedente e standard di tutela*

La prima domanda preliminare cui pare necessario rispondere, è se, rispetto al sistema di garanzie così come disegnato dalla Carta Costituzionale, nonché dal Codice Rocco, un diverso sistema basato sul vincolo del precedente rappresenterebbe o meno un innalzamento di tutela per il cittadino.

La domanda non è certamente banale e necessita di alcune obbligate riflessioni che, per comodità espositiva, si preferisce dividere in tre distinti paragrafi.

### 8.1. *Riserva di legge e vincolo del precedente*

Innanzitutto pare necessario fare una premessa: un sistema basato sul precedente giurisprudenziale vincolante non pare strutturalmente incompatibile con il principio di riserva di legge; è ben possibile immaginare un sistema nel quale il potere normativo (inteso in senso lato come il potere di creare nuove incriminazioni) sia *unicamente* in capo al legislatore, mentre, la giurisprudenza, pur sempre nel suo ruolo di interprete della norma legislativa, abbia una struttura tale per cui determinate decisioni / indirizzi, costituiscano precedenti cui il singolo giudice non ha l'autonomo potere di disattendere. In un sistema siffatto, tuttavia, l'interpretazione dei giudici deve pur sempre mantenersi all'interno di una delle possibili interpretazioni della norma non potendo, senza tradire la riserva di legge, oltrepassare, l'interpretazione, i limiti letterali della stessa disposizione.

### 8.2. *Riserva di legge o vincolo del precedente*

È possibile altresì ipotizzare, naturalmente, un sistema nel quale non viga il principio di riserva di legge ma viga, all'opposto, quello del pre-

cedente vincolante; non a caso, come noto, la riserva di legge non è un corollario del principio di legalità ex art. 7 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>29</sup>.

In un sistema di questo tipo, tuttavia, l'interpretazione della giurisprudenza ha un ruolo creativo del diritto e, al contrario di quanto sopra ipotizzato, ha il potere di creare nuove incriminazioni.

### *8.3. Riserva di legge e/o vincolo del precedente nel sistema Costituzionale italiano*

Tanto premesso, non pare oggi possibile ipotizzare, nel nostro sistema, una soluzione sulla scorta di quanto detto *sub* 8.2.; non sarebbe legittimo, costituzionalmente, un sistema nel quale la giurisprudenza creasse il diritto, nel quale la giurisprudenza creasse incriminazioni, nel quale la giurisprudenza, in altre parole, avesse il potere legislativo. E non lo sarebbe già non fosse per un incolmabile difetto di democraticità<sup>30</sup> che ne deriverebbe; non lo sarebbe perché l'art. 25 della Costitu-

---

<sup>29</sup> Sul principio di legalità convenzionale si veda G. FIANDACA, *op. cit.*; ID., *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, 1, 2017, p. 13, ove l'autore, pur riconoscendo che il principio di legalità convenzionale difetti del corollario della riserva di legge, ne riconosce alcuni altri profili che esulano, invece, dal principio di legalità nazionale. Il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria, di cui al presente contributo, ad esempio, pur non essendo esplicitamente menzionato dall'art. 7 della CEDU, arricchisce di garanzia il principio di legalità convenzionale; parzialmente contraria la pronuncia della Consulta n. 230/2012 ove, invece, si dice che «Il principio convenzionale di legalità risulta meno comprensivo di quello accolto nella costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza nell'assetto interno – della riserva di legge [...]».

<sup>30</sup> G. COCCO, *op. cit.*, p. 385 ss., secondo cui: «La soggezione del giudice alla legge non solo è mantenuta nella sua assolutezza ma, quale principio costituzionale, impone una interpretazione adeguatrice e financo una applicazione diretta della Carta fondamentale. D'altra parte, nemmeno è ragionevolmente pensabile un mutamento del dettato costituzionale sul tema perché, oltre ad essere inaccettabile in linea di principio, essendo contrario al principio della riserva di legge parlamentare (quale che sia il parlamento deputato, magari un giorno quello europeo!), avrebbe effetti dirompenti ed incalcolabili, in particolare imporrebbe una differente selezione dei magistrati, stravolgendo un assetto dall'equilibrio già di per sé precario, per perseguire obiettivi dagli esiti a



zione impone espressamente che sia una *legge* a prevedere l'incriminazione: *nessuno può essere punito se non in virtù di una legge preesistente al fatto*.

Ecco che allora, se tutto quanto detto fin d'ora è vero, l'unica opzione sulla quale si potrebbe seriamente riflettere è quella secondo cui, tenendo ferma la riserva di legge, si modificasse il sistema, a questo punto, mi pare ragionevolmente, operando sul diritto processuale penale, in modo tale che determinate decisioni assumano un peso specifico tale da assurgere a *precedente vincolante* e che, precipitando, dette decisioni non siano sindacabili dal singolo giudice, dal singolo collegio, dalla singola sezione della Corte di Cassazione.

E la direzione in cui muove il nuovo comma 1 – bis dell'art. 618 c.p.p. per la verità pare proprio questa; dotare i principi di diritto statuiti dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di un peso specifico maggiore, di un potere di *vincolatività* superiore rispetto a tutte le altre pronunce. Eppure, se il sistema si dovesse muovere realmente verso la direzione del vincolo del precedente, la modifica dell'art. 618 del codice di procedura penale non sarebbe affatto sufficiente: sarebbe necessario, innanzitutto, ridurre il contenzioso innanzi alla Suprema Corte, ridurre il numero di principi di diritto che la stessa Corte pronuncia ogni singolo anno, impedire, prima che alla singola sezione della Corte di Cassazione, al singolo giudice di merito di pronunciare una *dissenting opinion*, stabilire, a livello legislativo, i caratteri della decisione che può costituire precedente vincolante (e molto altro, naturalmente).

Eppure, anche a voler pensare un sistema di questo tipo, rimane da capire, tornando alla domanda principale di questo paragrafo, se questo comporterebbe un innalzamento o meno negli standard di tutela per il cittadino. Prendendo spunto dal recente articolo del Prof. Domenico Pulitanò<sup>31</sup>, un sistema come quello attuale garantisce al singolo cittadino che qualunque indirizzo, per quanto autorevole, sia costantemente sottoposto alla revisione del *suo* giudice naturale precostituito per legge; che la decisione della *sua* causa sia il risultato di quanto maturato

---

tutto concedere del tutto incerti, ma che personalmente ritengo inevitabilmente disastrosi. Infatti, non è certo prospettabile che si affidi la creazione del diritto penale a magistrati per concorso, e dunque senza alcuna legittimazione a tale opera».

<sup>31</sup> D. PULITANÒ, *op. cit.*, pp. 46 ss.

nel contraddittorio tra le parti, che qualunque decisione prenda il giudice, dovrà essere *seriamente* motivata. Si potrebbe dire lo stesso in un sistema nel quale il singolo giudice è tenuto a rimettere la questione alle Sezioni Unite ogniqualvolta non sia d'accordo con il principio di diritto che *in quel momento* costituisce il precedente<sup>32</sup>? La prof.ssa Ombretta di Giovine, ad esempio, pur parlando in epoca antecedente la riforma Orlando della possibilità di modifica dell'art. 618 c.p.p., avvertiva sui rischi che questa modifica (e ancor di più se la si volesse estendere a livello di sistema come si sta qui proponendo) avrebbe potuto comportare:

due scenari contrapposti che una siffatta soluzione implica, e cioè, alternativamente: imbalsamare la giurisprudenza, inducendo una supina acquiescenza dei giudici della Suprema Corte (e nel discorso che si porta qui avanti, di tutti i giudici) all'autorevole insegnamento dei colleghi delle SS.UU. oppure (e mi sembra questo il rischio più verosimile) stimolare la fioritura di (falsi) distinguishing che, dietro il pedissequo rispetto della massima decisionale, producano una confusione ancor maggiore perché subdolamente sotterranea<sup>33</sup>.

Forse si perderebbe, quindi, se tutto questo è vero, una delle garanzie più importanti che l'attuale sistema è in grado di assicurare: che la decisione del singolo giudice sia il risultato del *solo* processo nel quale quel determinato soggetto è imputato, che la decisione si formi *solo* nel contraddittorio tra le parti, che la decisione del giudice sia il frutto *solo* del suo *libero* convincimento; *libero*, appunto.

Forse la prevedibilità dell'esito giudiziario, che sullo sfondo è la pur condivisibile ragione per la quale operare il mutamento di sistema, sarebbe peraltro garantita più *formalmente che sostanzialmente*: ogni singolo caso ha delle sue specificità che lo renderebbero, secondo il monito già citato di Ombretta di Giovine, distinto da quello giudicato nella causa nella quale si è formato il *precedente* da rispettare e che, dunque, l'esito sarebbe, forse, talvolta meno prevedibile di quanto non lo sia ora.

---

<sup>32</sup> In questo caso si ipotizza un meccanismo simile a quello disegnato dal nuovo art. 618-1 bis c.p.p., anche per i giudici di merito.

<sup>33</sup> Cfr. O. DI GIOVINE, *op. cit.*, p. 13.

Ma ipotizzando che così non sia, ipotizzando cioè che il mutamento di sistema determinasse un sensibile innalzamento delle garanzie del cittadino, quantomeno sotto questi aspetti, rimarrebbe da analizzare quantomeno un altro aspetto: l'inquadramento sistematico del principio di prevedibilità dell'esito giudiziario.

### 9. *Revirement giurisprudenziale e sistematica del reato*

Si ipotizzi questo Pulitane caso: in seguito alla riforma delle false comunicazioni sociali, intervenuta con la legge n. 69 del 2015 ci si è immediatamente posti il dubbio se, il falso valutativo, fosse o meno ancora penalmente rilevante. La giurisprudenza, in altri termini, ha dovuto decidere se, nella tipicità del reato di false comunicazioni sociali, fosse contenuto o meno anche il falso c.d. *valutativo*. Dopo alcune oscillazioni nelle sentenze delle sezioni semplici, con la pronuncia n. 22474/2016 le Sezioni Unite hanno statuito la permanente rilevanza penale di tale tipo di falso. Si ipotizzi però che le Sezioni Unite avessero operato una diversa scelta, cioè avessero ritenuto non penalmente rilevante il falso valutativo.

A fronte di questa situazione, nella quale cioè un falso in bilancio tramite valutazione falsa non sarebbe tipico, si ipotizzi che dopo cinque anni di costante orientamento giurisprudenziale, la giurisprudenza cambiasse completamente indirizzo: ritenesse cioè, da un giorno all'altro, penalmente rilevanti le valutazioni; e lo facesse con una sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Si ipotizzi ancora che Tizio abbia commesso un falso in bilancio tramite valutazione falsa sei mesi prima che la giurisprudenza facesse *overruling*, in un momento, cioè, nel quale il falso valutativo non era *tipico* per il reato di false comunicazioni sociali.

Rinviato a giudizio per il reato di false comunicazioni sociali Tizio si trova a rispondere di un reato che, certamente, non poteva prevedere gli sarebbe stato contestato, avendolo posto in essere, lui, in un momento in cui la giurisprudenza, *vincolante*, lo riteneva penalmente irrilevante. La CEDU, in caso come questo, probabilmente, ci chiederebbe di assolvere Tizio, così come avrebbe dovuto essere per Contrada, per *im-*

*prevedibilità* dell'esito giudiziario. Ma il giudice che si trova a decidere un caso come questo, con che formula dovrà assolvere Tizio? In altre parole, dal punto di vista sostanziale, su quale elemento dovrebbe incidere la mancanza di prevedibilità?

### 9.1. *Revirement giurisprudenziale, fatto tipico e colpevolezza*

La prima possibilità è pensare all'insussistenza di uno degli elementi costitutivi del reato: il giudice, cioè, posto di fronte ad una siffatta situazione di fatto, potrebbe / dovrebbe assolvere l'imputato *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*. Eppure, questa soluzione non pare invero sostenibile. Si proverà a dimostrare l'impossibilità di una tale ricostruzione tramite l'espedito della *reductio ad absurdum*<sup>34</sup>, partendo cioè dall'ipotesi (che non pare condivisibile) secondo cui all'interno del nostro sistema vige da un lato il principio del precedente vincolante (così come descritto in precedenza, ottenuto, cioè, tramite una modifica del sistema processuale penale), e dall'altro l'assunto secondo cui il *revirement* giurisprudenziale incide direttamente, modificandola, sulla tipicità del reato, con efficacia irretroattiva.

Per aversi un siffatto esito, ovvero una assoluzione perché il fatto non è previsto dalla legge come reato, infatti, a fronte di una condotta che al momento del giudizio è tipica ma che al momento del fatto tipica non era, sarebbe necessario riconoscere l'operatività, nel caso di specie, dell'art. 2 del codice penale. Se, infatti, in un caso come quello ipotizzato, invece che un *revirement* giurisprudenziale, vi fosse stata una nuova legge dello Stato che avesse modificato il reato di cui all'art. 2621 c.c., aggiungendo nella norma il riferimento, espresso, al falso valutativo, il risultato sarebbe stato esattamente quello ipotizzato: applicazione dell'art. 2 del codice penale, nella specie, divieto di nuova incriminazione. Un soggetto chiamato a rispondere per un falso valutativo commesso *prima* dell'entrata in vigore della legge *peggiorativa*,

---

<sup>34</sup> «La *reductio ad absurdum*, tanto amata da Euclide, è una delle più belle armi di un matematico. È un gambetto molto più raffinato di qualsiasi gambetto degli scacchi: un giocatore di scacchi può offrire in sacrificio un pedone o anche qualche altro pezzo, ma il matematico offre la partita», G.H. HARDY, *Apologia di un matematico*, Milano, 2002.

non si potrebbe vedere applicata la stessa, come noto, alla stregua del principio sancito, da ultimo, all'art. 2 c.p., e, primariamente, all'art. 25 della Costituzione, del divieto di retroattività della legge penale: Nessuno può essere punito per un fatto che, nel momento in cui lo ha commesso, non era previsto dalla *legge* come reato. Dalla legge, appunto.

La disciplina dell'art. 2 del codice penale, tuttavia, è espressamente applicabile *solo* ai casi di modifica della *legge* e non certo dell'indirizzo giurisprudenziale; diversamente opinando, infatti, si perverrebbe all'esito, che pare insostenibile, secondo cui ad ogni parziale, e temporanea, abrogazione giurisprudenziale, ogni singolo reo condannato in precedenza potrebbe invocare l'operatività dell'art. 2 comma secondo, creando, così una situazione del tutto caotica; sottacendo peraltro le conseguenze qualora detto mutamento fosse contraddetto (riaffermando cioè la tipicità della condotta) pochi mesi dopo il precedente *revirement*.

Ma che questa non possa essere la strada corretta lo aveva già detto, oltre cinque anni fa, la Corte costituzionale: il caso sottoposto alla Consulta, infatti, provava a sviluppare esattamente questo tipo di ragionamento. Al di là del caso concreto, in punto di diritto la questione è così riassumibile: si dia il caso vi sia un reato che, così come interpretato dalla giurisprudenza costante, annoveri tra i suoi elementi costitutivi una determinata condotta; Tizio, integrata quella condotta, viene condannato con sentenza irrevocabile. Si dia il caso che un anno dopo la condanna la giurisprudenza cambi radicalmente indirizzo e ritenga quella condotta estranea al fatto tipico. Il quesito posto alla Corte costituzionale è stato, riassumendo, questo: non è illegittimo l'art. 673 del codice di procedura penale nella parte in cui non permette di revocare una sentenza di condanna a seguito di una *abolitio criminis* giurisprudenziale?

Appare del tutto evidente che questo quesito condivide esattamente le stesse premesse ipotizzate nella *reductio ad absurdum* di cui sopra: il mutamento giurisprudenziale viene paragonato ad un mutamento, *in melius*, di una legge dello Stato, si ritiene conseguentemente applicabile l'art. 2 del codice penale e, nel caso di specie, si chiede la possibilità di revocare la sentenza di condanna. Eppure, come detto sopra, così non

potrebbe essere. Ed infatti, la Corte costituzionale, nella sentenza 230/2012, con una sentenza di rigetto, ha statuito che:

la Corte europea non risulta avere mai, fino ad oggi, enunciato il corollario che il giudice a quo vorrebbe far discendere dalla combinazione tra i due asseriti dianzi ricordati: e, cioè, che, in base all'art. 7, paragrafo 1, della CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo (principio che – se valido – dovrebbe, peraltro, operare non soltanto in rapporto ai mutamenti di giurisprudenza che escludano la rilevanza penale del fatto – come mostra di ritenere il rimettente – ma anche a quelli che si limitino a rendere più mite la risposta punitiva, negando, ad esempio, l'applicabilità di circostanze aggravanti o riconducendo il fatto ad un paradigma sanzionatorio meno grave)<sup>35</sup>.

---

<sup>35</sup> Corte costituzionale, Camera di Consiglio del 23/05/2012, sent. n. 230 del 2012; al paragrafo n. 9 della pronuncia è di particolare interesse il passaggio relativo al difetto di incostituzionalità rispetto all'art. 3 della Costituzione: «Parimenti infondate risultano le censure di violazione del principio di eguaglianza, anche sotto il profilo della ragionevolezza (art. 3 Cost.). Contrariamente a quanto assume il giudice a quo, non può ritenersi manifestamente irrazionale che il legislatore, per un verso, valorizzi, anche in ossequio ad esigenze di ordine costituzionale, la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, e delle Sezioni unite in particolare – postulando, con ciò, che la giurisprudenza successiva si uniformi «tendenzialmente» alle decisioni di queste ultime – e, dall'altro, ometta di prevedere la revoca delle condanne definitive pronunciate in relazione a fatti che, alla stregua di una sopravvenuta diversa decisione dell'organo della nomofilachia, non sono previsti dalla legge come reato, col risultato di consentire trattamenti radicalmente differenziati di autori di fatti analoghi. L'orientamento espresso dalla decisione delle Sezioni unite “aspira” indubbiamente ad acquisire stabilità e generale seguito: ma – come lo stesso rimettente riconosce – si tratta di connotati solo «tendenziali», in quanto basati su una efficacia non cogente, ma di tipo essenzialmente “persuasivo”. Con la conseguenza che, a differenza della legge abrogativa e della declaratoria di illegittimità costituzionale, la nuova decisione dell'organo della nomofilachia resta potenzialmente suscettibile di essere disattesa in qualunque tempo e da qualunque giudice della Repubblica, sia pure con l'onere di adeguata motivazione; mentre le stesse Sezioni unite possono trovarsi a dover rivedere le loro posizioni, anche su impulso delle sezioni singole, come in più occasioni è in fatto accaduto. In questa logica si giustifica, dunque, il mancato riconoscimento all'overruling giurisprudenziale favorevole della capacità di travolgere il principio di intangibilità della res iudicata, espressivo dell'esigenza di certezza dei rapporti giuridici esauriti: esigenza il cui fondamentale rilievo

Esclusa, dunque, la possibilità del giudice di assolvere l'imputato con la formula *perché il fatto non è previsto dalla legge come reato*, residua la possibilità di ritenere il fatto integrato ma addivenire comunque ad un'assoluzione basata su di un difetto di colpevolezza; e l'unico strumento che pare potersi valorizzare, nell'attuale sistema normativo italiano, è quello disegnato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 364/88, attinente all'*errore inevitabile*. "Scusare", dunque, il "reo", perché nel momento in cui ha posto in essere la condotta incriminata è incorso in un errore "inevitabile" (oggettivamente).

### 10. Qualche considerazione conclusiva

Alla luce di tutto quanto detto, dunque, pare che la sentenza *Contrada c. Italia* abbia contribuito ad accendere un dibattito, sicuramente salutare, su alcuni temi di primaria importanza nell'attuale panorama penalistico italiano.

In questo *paper* è stato analizzato uno dei temi che proprio a partire dalla sentenza *Contrada c. Italia* si è più fortemente acceso: la possibilità di pensare al nostro sistema penale come un sistema basato sul precedente vincolante. Si è cercato di dimostrare come una siffatta ipotesi non sia, forse, la soluzione più adatta, allo stato, in un sistema, soprattutto dal punto di vista costituzionale, come il nostro: non sarebbe, pare, più garantista dell'attuale sistema e non vi sono gli strumenti, attualmente, per pensare ad un sistema basato sul precedente. Anche a voler pensare di "ristrutturare" il sistema processual-penalistico in quella direzione, stante i principi costituzionali (specialmente l'art. 25), sarebbe

---

– come lo stesso rimettente ricorda – è ampiamente riconosciuto anche nell'ambito dell'Unione europea (Corte di giustizia, sentenze 22 dicembre 2010, C-507/08, Commissione contro Repubblica slovacca; 3 settembre 2009, C-2/08, Fallimento Olimpiclub s.r.l.; 16 marzo 2006, C-234/04, Kapferer). Al fine di porre nel nulla ciò che, di per sé, dovrebbe rimanere intangibile – il giudicato, appunto – il legislatore esige, non irragionevolmente, una vicenda modificativa che determini la caduta della rilevanza penale di una determinata condotta con connotati di generale vincolatività e di intrinseca stabilità (salvo, nel caso di legge abrogatrice, un eventuale nuovo intervento legislativo di segno ripristinatorio): connotati che la vicenda considerata dal giudice a quo, di contro, non possiede».

difficile ipotizzare uno spazio concreto di maggior garanzia in quei casi caratterizzati da “imprevedibilità dell’esito giudiziario”: non potendo incidere sulla tipicità, infatti, l’unico concreto spazio di non punibilità di comportamenti caratterizzati da “imprevedibilità” rimarrebbe pur sempre quello dell’errore inevitabile.

Ma allora, quale lettura dare alla sentenza *Contrada c. Italia*? Non si vuole ridurre l’importanza della sentenza della Corte EDU in esame: se nel caso specifico, forse, l’imprevedibilità alla base della condanna difettava in fatto, ciò non toglie che la pronuncia europea può costituire un importantissimo monito per il legislatore italiano, e non solo. Semplicemente il monito non è quello di ripensare al sistema attuale per muoversi verso un sistema basato sul precedente<sup>36</sup>.

L’imprevedibilità dell’esito giudiziario, nel nostro paese, dipende da diversi fattori: primariamente dipende da norme che sono geneticamente carenti di quei requisiti di precisione e tassatività che la stessa Costituzione richiede; ed in questo senso la Corte costituzionale non ha saputo svolgere un sindacato di costituzionalità serio su norme talvolta palesemente indeterminate<sup>37</sup>. L’indeterminatezza delle norme ha portato e porta ad una genetica confusione interpretativa che si rispecchia in pronunce, talvolta anche temporalmente molto ravvicinate, del tutto discordanti, il che porta, in definitiva, ad una inevitabile incertezza del diritto<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Per una interpretazione della sentenza *Contrada c. Italia* che mira a valorizzarne la funzione di monito vero una maggiore tassatività, M. DONINI, *Il Caso Contrada e la Corte EDU. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività / tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giuridica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1, 2016, p. 346.

<sup>37</sup> Ci si riferisce al caso delle false comunicazioni sociali, ove, nei lavori preparatori, si diceva espressamente che sarebbe spettato alla Corte di Cassazione decidere se le valutazioni rientrassero o meno nella nuova formulazione delle norme. Rispetto a questo tema, si confronti F. PALAZZO, *op. cit.*

<sup>38</sup> Particolarmente incisivo, a riguardo, un recente scritto del prof. M. DONINI, *Fattispecie o case law? La “prevedibilità del diritto” e i limiti alla dissoluzione della legge penale nella giurisprudenza*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, p. 79 ss., ove l’autore distingue tra analogia *palese* ed analogia *implicita*. Nel primo caso: «è la stessa fattispecie ad autorizzare», nel secondo caso: «Le regole indeterminate autorizzano letture creative» ed in entrambi i casi c’è una violazione della legalità.



Eppure, l'incertezza del diritto non può andare a discapito dell'imputato così come troppo spesso accade e così come, forse, è accaduto per Bruno Contrada (salve le riserve di cui sopra); ma allora, quali strumenti valorizzare per non pregiudicare le garanzie dell'imputato di fronte alle manchevolezze di legislatore e giudici?

Vale la pena ricordare come, senza dover necessariamente guardare oltre confine, la Corte costituzionale italiana già da tempo enunciava, sia pur non con la medesima terminologia, il principio di prevedibilità della decisione giudiziaria; come noto, infatti, la sentenza n. 364 del 1988, in tema di articolo 5 del codice penale, avvertiva come non potesse darsi colpa all'imputato il quale avesse commesso un fatto di reato incorrendo in un errore (inevitabile). Tra i diversi criteri enunciati dalla Corte, per stabilire quando l'errore fosse stato inevitabile, non a caso, erano enunciati l'«assoluta oscurità del testo legislativo» nonché il «gravemente caotico [...] atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari»<sup>39</sup>. Ed allora, pare che i principi enunciati dalla Consulta non differiscano così tanto da quello che, sotto il nome di principio di prevedibilità dell'esito giudiziario, chiede oggi la Corte Edu. Una riscoperta, seria dell'istituto dell'errore inevitabile<sup>40</sup>, sempre troppo poco valorizzato dalla giurisprudenza di merito e di cassazione, potrebbe portare, senza necessità di modificare il sistema, ad un assetto maggiormente (e forse sufficientemente) garantista per l'imputato il quale, a fronte di un testo normativo oscuro e di una giurisprudenza "imprevedibile" sarebbe tutelato. La riscoperta dell'articolo 5, tuttavia, dovrà passare necessariamente per una riscoperta della tassatività normativa che dovrà andare

---

<sup>39</sup> Corte costituzionale, sent. n. 364 del 1988: «l'inevitabilità dell'errore sul divieto (e, conseguentemente, l'esclusione della colpevolezza) non va misurata alla stregua di criteri c.d. soggettivi puri (ossia di parametri che valutino i dati influenti sulla conoscenza del precetto esclusivamente alla luce delle specifiche caratteristiche personali dell'agente) bensì secondo criteri oggettivi: ed anzitutto in base a criteri (c.d. oggettivi puri) secondo i quali l'errore sul precetto è inevitabile nei casi d'impossibilità di conoscenza della legge penale da parte d'ogni consociato. Tali casi attengono, per lo più, alla (oggettiva) mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad es. assoluta oscurità del testo legislativo) oppure ad un gravemente caotico (la misura di tale gravità va apprezzata anche in relazione ai diversi tipi di reato) atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari, ecc.».

<sup>40</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *op. cit.*

di pari passo con una riaffermazione dei principi interpretativi<sup>41</sup>. Come noto, infatti, a fronte dei classici principi interpretativi, sono sempre più i criteri utilizzati dalla giurisprudenza: dall'interpretazione conforme a norme internazionali, all'interpretazione conforme ai trattati per passare addirittura all'interpretazione cosiddetta secondo l'effetto utile<sup>42</sup>. La riaffermazione di una seria applicazione dei criteri ermeneutici dovrà partire, secondo il monito di Umberto Eco, da una valorizzazione del criterio letterale: «Bisogna iniziare ogni discorso sulla libertà dell'interpretazione da una difesa del senso letterale»<sup>43</sup>.

Se davvero, come auspicato, il legislatore sarà in grado di garantire uno standard di determinatezza adeguato, se davvero la giurisprudenza farà seria applicazione dei criteri ermeneutici e costituzionali che sottendono alla materia penale e non celerà surrettizi tentativi di interpretazione analogica allora, e solo allora, si potranno ammettere contrasti (legittimi) di interpretazione; contrasti che, tuttavia, non sono atti a rendere l'esito giudiziario imprevedibile ma, com'è normale che sia, incerto. Qualora, invece, non si riuscisse a perseguire tali virtuose vie, ecco che, dunque, senza dover ripensare all'intero sistema processual-penalistico, la riscoperta dell'articolo 5 del codice penale potrà fungere da sbarramento ad applicazioni (retroattive) di (nuove) incriminazioni giurisprudenziali.

---

<sup>41</sup> Ancora una volta di particolare pregio è quanto scrive M. DONINI, *op. cit.*, p. 100, sul rapporto tra l'art. 7 della Cedu, l'art. 27 della Costituzione e l'art. 5 del codice penale: «L'applicazione dell'articolo 5 c.p. ai casi di norme nuove giudiziali, di mutamenti interpretativi in peius, è doverosa, ma anche giustificata, solo se si tratta di evoluzioni legittime. Viceversa, essa costituisce un'autoassoluzione dello Stato di fronte alle proprie inadempienze, l'ipocrisia di "scusare" le colpe delle istituzioni, quando quella irretrattività ad personam dipende da analogie vietate, da difetti di tipicità delle fattispecie o manipolazioni indebite del loro contenuto. L'articolo 5 c.p. è una scusante, che non tocca la perfetta legalità della norma e la sua vigenza anteriore al fatto; il divieto di retroattività imposto dall'articolo 7 Cedu è invece un limite alla legalità e dunque un correttivo alla sua applicazione oggettiva. La norma costituzionale che trova qui applicazione perché all'origine della sentenza della Corte costituzionale sull'ignorantia legis è l'articolo 27, co. 1, Cost. oggi da rileggere attraverso l'articolo 7 Cedu [...]».

<sup>42</sup> V. MANES, *op. cit.*

<sup>43</sup> U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Milano, 1990.

# L'INCERTO STATUTO DELLE LINEE GUIDA DELL'ANAC NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

*Vincenzo Desantis*

SOMMARIO: 1. *L'attuazione del Codice dei contratti pubblici e i nuovi poteri dell'Anac.* 2. *Caratteristiche principali delle linee guida dell'Anac.* 3. *Classificazione delle linee guida dell'Anac.* 3.1. *Linee guida "ministeriali".* 3.2. *Linee guida vincolanti.* 3.3. *Linee guida non vincolanti.* 4. *Conclusioni: l'incerta compatibilità delle linee guida con i principi dell'ordinamento.*

## *1. L'attuazione del Codice dei contratti pubblici e i nuovi poteri dell'Anac*

La materia dei contratti pubblici ha, da ultimo, conosciuto generosi processi di riforma.

Il quadro delle fonti normative in materia è, infatti, significativamente mutato e ciò è particolarmente vero se si ha riguardo alle disposizioni che il d.lgs. n. 50/2016 (*Codice dei contratti pubblici*)<sup>1</sup> prescrive per la propria attuazione e integrazione.

Ad una disciplina non eccessivamente estesa<sup>2</sup> si è andato sostituendo un apparato di regole particolarmente consistente, segnato dall'introduzione di non trascurabili novità come, ad esempio, l'inedita regolamen-

---

<sup>1</sup> La legge delega n. 11/2016 aveva previsto che la legislazione delegata titolasse *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*. In un secondo momento il Consiglio di Stato ha sollevato alcune critiche in ordine alla precisione giuridica di tale dizione, suggerendo l'attuale denominazione.

<sup>2</sup> Ci si riferisce alle Direttive nn. 17 e 18 del 2004, approvate il 31 marzo 2004, e ai successivi interventi di trasposizione del legislatore italiano (trasfusi nel d.lgs. n. 163/2006).

tazione dei contratti di concessione<sup>3</sup> e la predisposizione di misure di ravvicinamento delle legislazioni nazionali.

Come già avvenuto in passato, le nuove regole in materia realizzano indicazioni elaborate in ambito europeo, assolvendo agli obblighi contenuti in più direttive<sup>4</sup>.

Differentemente da quanto accaduto in altri Paesi europei<sup>5</sup>, il legislatore italiano ha deciso di ovviare alla trasposizione attraverso la decretazione delegata, elaborando, a monte, una legge di delega particolarmente detagliata<sup>6</sup>.

La ricchezza dell'intervento parlamentare ha insospettito parte della dottrina, facendole ipotizzare che la minuziosità della delega potesse aver contravvenuto il c.d. divieto di *gold plating*<sup>7</sup> previsto e sanzionato sia in ambito europeo<sup>8</sup> che in ambito nazionale<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> La direttiva relativa ai contratti di concessione è la Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE.

<sup>4</sup> Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione; Dir. 26 febbraio 2014, n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici; Dir. 26 febbraio, n. 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

<sup>5</sup> Alcuni Paesi europei hanno trasposto le direttive europee adottando la tecnica di trasposizione del *copy out*, ed hanno riprodotto (quasi) integralmente il testo delle direttive europee nelle disposizioni nazionali.

<sup>6</sup> Il provvedimento normativo in oggetto è la l. n. 11/2016 (*Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*). La discussione che ne ha preceduto l'approvazione si è protratta per oltre un anno e mezzo, terminando poco tempo prima della scadenza dei termini previsti dalle relative direttive per la trasposizione nazionale. Il testo si compone di 72 principi e criteri direttivi.

<sup>7</sup> È di questo avviso M.P. CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, p. 436 ss.

<sup>8</sup> Il divieto di *gold plating* è un principio di diritto elaborato in ambito comunitario (oggi *eurounitario*), secondo il quale deve ritenersi precluso introdurre o mantenere livelli di regolazione superiori a quelli minimi previsti dalle direttive comunitarie.

A valle, la successiva decretazione ha meritoriamente costruito una disciplina unitaria, contemperando gli obblighi di ricezione delle indicazioni europee con l'esigenza di comporre un quadro chiaro e organico della normativa d'insieme<sup>10</sup>. Più in particolare, il legislatore delegato ha sapientemente coordinato la transizione dal vecchio al nuovo regime, scongiurando le incertezze interpretative legate alle possibili sovrapposizioni tra fonti<sup>11</sup>.

Su questa stessa scia, l'abrogazione del regolamento attuativo n. 207/2010<sup>12</sup> ha realizzato, a sua volta, esigenze di semplificazione, snellendo almeno in parte la disciplina in materia.

I risultati così ottenuti dipendono dall'adozione di un modello di intervento complesso, in cui l'applicazione delle normative europee si è accompagnata alla predisposizione di misure di riordino della disciplina nazionale già esistente.

L'intendimento perseguito è, infatti, consistito nella riduzione ai minimi termini di possibili antinomie, specie per quanto riguarda la disciplina applicabile ai procedimenti ancora in corso.

Nonostante gli obiettivi di chiarezza, alcune formulazioni letterali del nuovo Codice sembrano avere sollevato più dubbi di quelli che insi-

---

<sup>9</sup> L'istituto in esame trova espresso richiamo in diversi luoghi della legislazione nazionale (per un concreto raffronto v., tra gli altri, i commi 24-ter e 24-quater dell'art. 14 della l. n. 246/2005 nonché la l. n. 234/2012).

<sup>10</sup> Rimane, ad ogni modo, pacifico che, anche a seguito dell'avvenuta attuazione delle direttive del 2014, la maggior parte della disciplina è rintracciabile in questi stessi atti normativi e nei principi generali del Diritto UE.

<sup>11</sup> In questo senso ancora M.P. CHITI, *op. cit.*, il quale aggiunge che le incertezze interpretative legate al possibile sovrapporsi di più discipline contemporaneamente applicabili potrebbe causare, tra le altre cose, anche il blocco delle procedure contrattuali: circostanza assolutamente indesiderabile, specie alla luce degli obiettivi europei trasfusi nelle direttive di cui *supra*. Al riguardo cfr., tra gli altri, anche G. PIGA, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista di un economista*, in G. DELLA TORRE (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione. Atti del LXI Convegno di Studi in Scienze dell'Amministrazione*, Milano, 2016.

<sup>12</sup> A questo proposito gioverà precisare che la suddetta abrogazione non sia stata disposta come immediatamente operativa per ogni parte del regolamento. L'art. 216 del Codice ha, infatti, stabilito che una serie limitata di disposizioni legislative rimanessero vigenti sino all'adozione degli atti attuativi idonei a sostituirli.

stevano sulle disposizioni sostituite, generando problemi interpretativi che sembrano ancora lontani da una soluzione condivisa.

L'organicità del nuovo apparato codicistico realizza, infatti, solo in parte le aspirazioni della novella, lasciando inevasi quesiti di grande momento.

Tra di essi c'è anche quello che si interroga sulla natura e sull'estensione dei nuovi atti attuativi elaborati dall'Autorità nazionale anticorruzione<sup>13</sup>.

L'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega attribuisce, infatti, all'Anac un coacervo di funzioni, tra cui quelle di:

(...) promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche i poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio

nonché

(l')adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante.

Secondo l'interpretazione prevalente, questa nuova e indefinita congerie di atti potrebbe costituire parte della futura ossatura della disciplina attuativa del Codice dei contratti pubblici.

Gli atti in questione sono stati, spesso, dotati della capacità di sostituire la vecchia normativa secondaria, candidandosi a ricoprire un ruolo

---

<sup>13</sup> C. DEODATO, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 22/12/2018); N. LONGOBARDI, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 26/12/2018); M. DELLE FOGLIE, *Verso un "nuovo" sistema delle fonti? Il caso delle linee guida ANAC in materia di contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 22/12/2018); M. TRIMARCHI, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, in *giustamm.it*, 2016 (ultima consultazione 26/12/2018); I.A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.

sempre più preponderante in chiave futura, complice anche il crescente *favor* nei confronti della regolazione c.d. flessibile<sup>14</sup>.

I problemi legati all'interpretazione dei nuovi passaggi normativi hanno, tuttavia, sollevato un rilevantissimo e ancora inconcluso dibattito dottrinale<sup>15</sup>, con la conseguenza che, almeno per il momento, l'invocata flessibilità semplificatrice sembra aver prodotto problemi maggiori di quelli che intendeva risolvere<sup>16</sup>.

A completamento del quadro, i commi 4 e 5 della citata legge di delega riconoscono all'Anac il potere adottare linee guida di carattere generale, approvabili con decreto ministeriale<sup>17</sup>, previo parere delle competenti Commissioni parlamentari.

Altri luoghi della decretazione prevedono, inoltre, la potestà di emanare linee guida di carattere *non* vincolante, senza spiegare se e in che cosa tali atti differiscano da quelli richiamati nelle precedenti disposizioni. Uno stesso *nomen*<sup>18</sup> sembra, dunque, riferirsi ad istituti tra loro

---

<sup>14</sup> Al riguardo cfr. V. ITALIA, *Norme "forti" e norme "deboli"*, Milano, 2016.

<sup>15</sup> Sul tema, tra gli altri, G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, in *Diritto amministrativo*, 3, 2016, p. 273.

<sup>16</sup> L'espressione in oggetto riproduce in altri termini quanto più efficacemente detto da Chiti in M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 439.

<sup>17</sup> Si tratta, nella fattispecie, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Avendo, invece, riguardo al testo della disciplina in menzione, la formula completa recita: «4. Il decreto di recepimento delle direttive dispone l'abrogazione delle parti incompatibili del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e di altre disposizioni, espressamente indicate, anche prevedendo opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali. Il decreto di riordino dispone, altresì, l'abrogazione delle ulteriori disposizioni del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, e di altre disposizioni, espressamente indicate, nonché prevede opportune disposizioni di coordinamento, transitorie e finali. Tale decreto legislativo comprende al suo interno il contenuto del decreto di recepimento delle direttive con le eventuali e opportune disposizioni correttive e integrative. // 5. Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere».

<sup>18</sup> Al riguardo V. ITALIA, *Le "linee guida" e le leggi*, Milano, 2016.

diversi<sup>19</sup>: la misura di tale diversità costituirà uno degli argomenti di queste pagine.

Ad oggi, nonostante l'Autorità abbia già concretamente adottato alcune linee guida<sup>20</sup>, restano ancora irrisolti diversi dilemmi interpretativi, posto che nemmeno le spiegazioni fornite in tal senso dal Consiglio di Stato hanno incontrato unanime avallo in dottrina.

Al contrario, molte autorevoli voci si sono levate in senso contrario, rivelandosi poco o per nulla persuase dalle posizioni espresse dal Giudice amministrativo.

La natura dei nuovi poteri di Anac continua, dunque, a dividere gli interpreti che, cimentandosi con un dato normativo obiettivamente lacunoso, provano a razionalizzare i caratteri dei singoli atti ascrivendoli, di volta in volta, ad una categoria dogmatica piuttosto che ad un'altra<sup>21</sup>.

La precisa catalogazione dogmatica degli atti adottabili dall'Anac non costituisce, tuttavia, un'attività politicamente *neutra* o priva di conseguenze.

---

<sup>19</sup> In sede di redazione del parere sulla bozza di decreto, il Consiglio di Stato ha avuto modo di individuare moltissimi richiami ai futuri atti di attuazione. Tali atti sono rimessi all'adozione di organi diversi e sono straordinariamente numerosi. Tra di essi si contano: sedici decreti del MIT, quindici decreti di altri dicasteri, quindici atti dell'Autorità anticorruzione, una determinazione a firma Consip, quattro decreti del Presidente del Consiglio dei ministri ed un decreto del Presidente della Repubblica. Il parere in oggetto è disponibile all'indirizzo: [https://www.codiceappalti.it/norobot/testi\\_previ\\_genti/CONSIGLIO\\_DI\\_STATO\\_Parere\\_Codice\\_Appalti\\_del\\_21-032016.pdf](https://www.codiceappalti.it/norobot/testi_previ_genti/CONSIGLIO_DI_STATO_Parere_Codice_Appalti_del_21-032016.pdf) (ultima consultazione 21/12/2018). Per completezza giova ricordare – come avviene in M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 440 – che altre verifiche sugli atti attuativi hanno dato come risultato numeri diversi.

<sup>20</sup> Per una panoramica sulle linee guida già adottate cfr. il sito web dell'Autorità nazionale anticorruzione e, segnatamente, la sezione *Atti dell'autorità*, consultabile all'indirizzo: <https://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita> (ultima consultazione 26/12/2018).

<sup>21</sup> In tema M. RAMAJOLI, Intervento al seminario dal titolo, *Le linee guida dell'ANAC: nuove fonti?*, Trento, 23 febbraio 2017. In quell'occasione l'autrice espresse alcune perplessità in ordine al positivo raggiungimento dell'obiettivo di semplificazione. Lungi dall'aver razionalizzato la materia, la normazione successiva sembra, infatti, aver eccessivamente dilazionato gli interventi attuativi, contribuendo ad ingenerare un *caos* tanto inaspettato quanto problematico.



Imputare tali atti ad un genere anziché ad un altro significa, infatti, riconoscere ad essi valenze ed attribuzioni sensibilmente diverse, con evidenti riflessi sul piano della legittimità costituzionale, sui risvolti processuali e, non da ultimo, sulla gerarchia delle fonti.

L'indiscriminato uso del lemma "linee guida" per indicare, allo stesso tempo, atti vincolanti e atti non vincolanti pone, ad esempio, seri problemi dal punto di vista della certezza del diritto<sup>22</sup>.

La necessità insita nell'individuare, caso per caso, quali siano le fonti vincolanti e quali, invece, quelle prive di tale forza comporta una scelta interpretativa di non poco conto specie perché, in assenza di indicazioni espresse, ogni riserva in ordine alla vincolatività di una fonte potrà sciogliersi solo all'esito di una decisione giudiziale<sup>23</sup>.

Rimettere la soluzione del problema alle aule dei Tribunali resta, però, poco consigliabile: le varie decisioni in materia potrebbero, infatti, differire tra loro.

Non solo: anche ammettendo un indirizzo decisionale unitario, le sentenze sul punto definirebbero la questione solo con efficacia *ex post*, e cioè dopo che sia già stata lesa in maniera straordinariamente significativa l'esigenza dei singoli di prevedere anzitempo le conseguenze giuridiche delle proprie azioni<sup>24</sup>.

In altre parole, i destinatari dei comandi potrebbero apprendere che essi fossero tali solo nel momento in cui gli si contesterebbe di averli violati.

---

<sup>22</sup> Per una bibliografia essenziale sul tema, cfr., tra gli altri: G. PINO, *La certezza del diritto nello Stato costituzionale*, disponibile all'indirizzo: [https://www.gruppodipisa.it/images/seminari/2017\\_Seminario\\_Brescia/Giorgio\\_Pino\\_-\\_La\\_certezza\\_del\\_diritto\\_nello\\_Stato\\_costituzionale.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/seminari/2017_Seminario_Brescia/Giorgio_Pino_-_La_certezza_del_diritto_nello_Stato_costituzionale.pdf) (ultima consultazione 27/12/2018); M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto*, in *Digesto civ.*, II, Torino, 1988; F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942; P. CALAMANDREI, *La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina*, Milano, 1942.

<sup>23</sup> Così M.P. CHITI, *op. cit.*

<sup>24</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, su *Federalismi.it*, 17, 12/09/2018, disponibile all'indirizzo: <https://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=37059> (ultima consultazione 27/12/2018).

La grave incertezza in ordine alla vincolatività delle fonti si unisce, poi, alla difficoltà di isolare, entro ogni atto prescrittivo, la parte dispositiva da quella che potrebbe non essere tale.

La grande libertà di forme che sembra presidiare la redazione delle linee guida dell'Anac rende, infatti, possibile che, all'interno di uno stesso atto vincolante, vi siano enunciati dotati di precettività e parti di testo che ne siano, invece, sprovviste<sup>25</sup>.

In assenza di indicazioni in tal senso, distinguere, entro ogni atto, le disposizioni vincolanti da quelle che, invece, potrebbero non esserlo sembrerebbe un'operazione tutt'altro che semplice.

Allo stato attuale, gli operatori rischierebbero, infatti, di imbattersi in almeno due ordini di problemi: quello legato al riscontro della vincolatività degli atti loro destinati; quello legato alla difficoltà di individuare, in ogni testo, quali siano i *comandi* e quali, invece, i meri *consigli*<sup>26</sup>.

Gli elementi di indeterminatezza appena descritti lasciano più di qualche perplessità sulla futura tenuta del sistema, alimentando dubbi che sembrano molto lontani dall'essere risolti.

La complessità delle nuove attribuzioni dell'Anac abbina, poi, nuove difficoltà interpretative ad alcuni mai sopiti dubbi in ordine a tutta una serie di questioni, prima fra tutte la difficile qualificazione del regime giuridico della regolazione.

Indugiando sul primo aspetto, i problemi interpretativi legati ad una sicura classificazione dei nuovi istituti potrebbero verosimilmente indicare che l'introduzione legislativa in commento abbia dato luogo ad una manifestazione del giuridico che stenta a trovare precisi precedenti e che potrebbe, dunque, ritenersi non imputabile a tipologie di atti già esistenti.

In altre parole, le difficoltà di tipizzazione degli atti in questione potrebbero rivelare la creazione di una nuova categoria del giuridico, an-

---

<sup>25</sup> I problemi legati all'eterogeneità delle indicazioni contenute all'interno delle linee guida sono stati riscontrati sia dal Consiglio di Stato (comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855), sia dalla dottrina (cfr. fra gli altri: P. PANTALONE, *Autorità indipendenti e matrici della legalità*, Napoli, 2018). Al fine di ovviare alla composizione potenzialmente mista di tali atti, il Supremo Consesso di Giustizia amministrativa ha suggerito di circoscrivere la parte dispositiva delle singole linee guida alla sola parte finale del testo.

<sup>26</sup> L'espressione in oggetto si deve a G. MORBIDELLI, *op. cit.*

che se, analizzate le peculiarità del caso, l'impressione preponderante non è tanto quella di avere a che fare con un *genus* di atti del tutto nuovo, quanto piuttosto quella di indagare un modello situato a metà tra due esperienze giuridiche già battute.

In maniera del tutto anomala, le nuove linee guida sembrano collocarsi a metà strada tra la general-astrattezza delle norme secondarie e il dispositivo a fattispecie chiusa dei provvedimenti amministrativi di carattere generale.

Le perplessità in ordine al regime giuridico applicabile sembrano, poi, trovare conforto nei frequenti (e forse impropri) richiami al vasto mondo del *soft-law*.

Prescindendo dalla correttezza di un possibile raffronto con tale esperienza giuridica, sembra comunque possibile sostenere che tutti questi nuovi atti presentino caratteristiche tali da recitarli entro l'anomalia: la condizione in cui versano, indipendentemente dall'angolo visuale che si voglia privilegiare, li rende, infatti, sfuggibili alle tipizzazioni entro compartimenti già esistenti e, allo stesso tempo, non sufficientemente innovativi per fare categoria a sé.

## 2. Caratteristiche principali delle linee guida dell'Anac

Differentemente da quanto accade per gli altri atti che ne condividono il *nomen*, le linee guida dell'Anac sembrano costituire una sorta di *unicum* nell'ordinamento.

In primo luogo, gli atti attuativi così denominati trovano fondamento espresso in una fonte primaria<sup>27</sup>. Secondo alcuni<sup>28</sup>, una circostanza del genere sgombrerebbe il campo dalle diatribe in tema di poteri innominati ed eviterebbe il ricorso alle varie ricostruzioni in tema di attribuzioni implicite delle amministrazioni indipendenti<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Il riferimento normativo è, ancora, alla legge delega n. 11/2016.

<sup>28</sup> La pensa così G. Morbidelli. Al riguardo cfr. G. MORBIDELLI, *op. cit.*

<sup>29</sup> Sulla teoria dei poteri impliciti e, più in generale, sulla potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti, cfr., tra gli altri, P. BILANCIA, *Riflessi del potere normativo delle autorità indipendenti sul sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 2, 1999, pp. 251-278; N. MARZONA, *Il potere normativo delle autorità indipendenti*, in

Oltre che per la norma attributiva del potere, gli atti attuativi dell'Anac si caratterizzerebbero per la difficile composizione tra l'invocato carattere di flessibilità<sup>30</sup> che dovrebbero avere e la loro possibile (ma neanche troppo inconsueta) efficacia vincolante.

La legislazione assegna, infatti, agli atti attuativi dell'Autorità – e, quindi, anche alle linee guida – ambedue le caratteristiche, senza, tuttavia, precisare in quale modo tali due aspetti possano trovare conciliazione<sup>31</sup>. Non è chiaro, ad esempio, se l'invocata elasticità degli atti attuativi implichi che essi possano essere redatti in modo meno stringente (e, quindi, più *flessibile*) di quanto accade per gli atti amministrativi generali o se, invece, il richiamo alla flessibilità debba intendersi come riferito ad altri aspetti, tra cui il procedimento di formazione degli atti o, ancora, la concreta modulazione dei loro effetti<sup>32</sup>.

Valutazioni come questa tentano di addivenire ad una compromissoria soluzione di sintesi, anche se, allo stato, sembrerebbe essere fuori discussione che l'introduzione di comandi vincolanti possa difficilmente fare il paio con la cedevolezza tipica delle regolazioni elastiche.

Il carattere in oggetto, strettamente legato alle fonti di *soft-law*, sembra, infatti, ispirarsi ad una *ratio* totalmente diversa (quando non proprio opposta).

Da ultimo, proprio l'efficacia vincolante dichiarata dalla legge, costituisce un ulteriore argomento per affermare che le linee guida in og-

S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; S.A. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999; M. FOGLIA, *I poteri normativi delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Quaderni regionali*, 2, 2008, pp. 559-608; R. TITOMANLIO, *Potestà normativa e funzione di regolazione. La potestà regolamentare delle autorità amministrative indipendenti*, Torino, 2012.

<sup>30</sup> Per alcune riflessioni sul concetto di flessibilità perseguito dal legislatore della riforma v. I. A. NICOTRA, *L'Autorità nazionale anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice*, in I.A. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, p. 33 ss.

<sup>31</sup> Sul contrasto tra il richiamo alla flessibilità e la prescrittività delle fonti, cfr. anche E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 4, 2016, pp. 499-505.

<sup>32</sup> Quanto da ultimo osservato riprende un'idea adombrata da P. Pantalone in P. PANTALONE, *op. cit.*

getto possano avere davvero poco a che fare con ciò che, di solito, circola sotto questo nome<sup>33</sup>.

La maggioranza delle linee guida esistenti nel nostro ordinamento non sono, infatti, atti prescrittivi, né il significato letterale della locuzione *linea guida* lascerebbe intendere che si tratti di documenti contenenti obblighi e prescrizioni.

In aggiunta a questo, le linee guida dell'Anac si indirizzano solo indirettamente agli operatori economici, discostandosi, anche sotto questo profilo, dagli altri atti tipicamente adottati dalle varie Autorità di settore.

Differentemente da ciò che accade per le altre *authorities*, gli atti in questione si rivolgono alle sole stazioni appaltanti e, non rispondendo alla nota logica delle regolazioni economiche, tradiscono più di un dubbio sulla mancanza di una appropriata *legittimazione tecnica* dell'Anac.

Le condizioni che legittimano la normazione indipendente non sembrano, infatti, riproporsi pienamente per gli atti di competenza dell'Anac<sup>34</sup>, rievocando ben note teorie sul difetto di legittimazione democratica, sulle matrici della legalità e, non da ultimo, su di un possibile riassetto degli equilibri tra le fonti del potere.

---

<sup>33</sup> Ad ogni modo, gioverà sottolineare che il nostro ordinamento sembrerebbe aver introdotto anche altri tipi di linee guida astrattamente vincolanti. Ci si riferisce alle linee guida contenenti le regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del Codice dell'amministrazione digitale, previste dall'art. 71 del d.lgs. n. 82/2005 e ss. mm. ii., a tenore del quale: «(l)'AgID, previa consultazione pubblica da svolgersi entro il termine di trenta giorni, sentiti le amministrazioni competenti e il Garante per la protezione dei dati personali nelle materie di competenza, nonché acquisito il parere della Conferenza unificata, adotta linee guida contenenti regole tecniche e di indirizzo per l'attuazione del presente Codice». Avendo riguardo al supposto carattere vincolante delle stesse, cfr. P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 256, che riprende, a sua volta il parere del Consiglio di Stato sullo schema di Codice dei contratti (Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855) e il parere sulle più recenti modifiche apportate al Codice dell'amministrazione digitale con d.lgs. n. 217/2017 (Cons. Stato, comm. spec., 10 ottobre 2017, n. 2122).

<sup>34</sup> Al riguardo cfr. S. VALAGUZZA, *La regolazione strategica dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, 2016, disponibile all'indirizzo: <http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/saggi-1-2016/la-regolazione-strategica-dell-autorita-nazionale-anticorruzione> (ultima consultazione 22/12/2008).

### 3. Classificazione delle linee guida dell'Anac

Secondo la classificazione che ne ha fornito il Consiglio di Stato, gli atti attuativi del Codice dei contratti pubblici<sup>35</sup> sarebbero raggruppabili entro tre grandi categorie, ognuna delle quali presenterebbe caratteristiche sue proprie, rispondendo ad un preciso inquadramento dogmatico. La dottrina, dal canto suo, ha reagito in maniera abbastanza animata alle ricostruzioni del Consiglio di Stato, dando luogo, in alcuni casi, a contestazioni di grande momento. I termini del dibattito non sono tanto incentrati sulla categoria delle linee guida trasfuse entro decreti ministeriali, quanto piuttosto sulla natura di quelle *vincolanti*, ma non ministeriali.

#### 3.1. Linee guida “ministeriali”

Adottando l'approccio del Giudice amministrativo<sup>36</sup>, gli atti attuativi approvati con decreto ministeriale costituirebbero una delle tre *species* di atti attuativi/linee guida concretamente emanabili dall'Anac.

Le altre due categorie di atti sarebbero, infatti, rappresentate dalle linee guida vincolanti e dalle linee guida sprovviste di tale efficacia<sup>37</sup>.

Avendo riguardo alla prima delle tre categorie, dottrina e giurisprudenza sembrano abbastanza concordi nell'attribuire a tali atti natura regolamentare<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> F. SAIITA, *Appalti e contratti pubblici. Commentario sistematico*, Padova, 2016.

<sup>36</sup> Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855.

<sup>37</sup> Per questioni di completezza, andrà precisato che la classificazione così proposta non rende in maniera del tutto esauriente il quadro degli attuativi previsti dal codice. Oltre a tali macro-partizioni sono previsti, infatti, altri tipi di atti che, a vario titolo e con varie denominazioni, giungeranno ad adozione man mano che l'applicazione del Codice entrerà (ancora) di più nel vivo.

<sup>38</sup> In questo senso G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale, a sua volta, richiama C. DEODATO, *op. cit.*; V.B. BONANNO, *ANAC legislatore über alles - Il ruolo dell'ANAC nell'attuale sistema di regolazione degli appalti pubblici. Il caso della delibera n. 157/2016 in materia di subappalto necessario e contratti esclusi e le prospettive per l'attuazione della Legge n. 11/2016*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it) (ultima consultazione 23/12/2018); V. ITALIA, *Le linee guida e le leggi*, cit.

La convergenza in ordine a tale classificazione deriva, innanzitutto, dalla circostanza che l'approvazione di tali atti attuativi avvenga per mezzo di un decreto ministeriale del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti secondo un *iter* procedurale per larga parte sovrapponibile a quello di cui all'art. 17, co. 3, della l. n. 400/1988.

L'art. 5 della legge delega n. 11/2016 stabilisce, infatti che:

Sulla base del decreto di riordino – *il successivo Decreto delegato, n.d.r.* – sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'Anac e approvate con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Differentemente dal procedimento approvativo dei decreti ministeriali, il percorso disegnato dall'art. 5 prescrive il coinvolgimento dell'Organo legislativo, rappresentato caso per caso dalla Commissione parlamentare competente per materia<sup>39</sup>.

Al netto di tale peculiarità, anche i decreti in questione devono attenersi alle indicazioni delle varie norme attributive del potere, senza potersene discostare.

Prima dell'emanazione sono trasmessi al Presidente del Consiglio dei ministri e sottoposti al parere del Consiglio di Stato e alla registrazione e al visto della Corte dei Conti.

A conclusione del percorso, sono pubblicati in Gazzetta ufficiale<sup>40</sup>.

La procedura di adozione, pur essendo in parte diversa da quella<sup>41</sup> solitamente osservata per gli altri decreti ministeriali, non sembra porre particolari problemi classificatori ed è invero un argomento abbastanza significativo per sostenere la natura normativa di tali atti.

---

<sup>39</sup> La seconda parte del testo dell'art. 5 prevede, infatti, che la proposta di decreto elaborata dall'Anac debba essere trasmessa alle Commissioni parlamentari competenti per materia.

<sup>40</sup> Così ha stabilito il Consiglio di Stato, in: Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, par. II.4; comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.3; comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2282, par. 1.1; comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 360.

<sup>41</sup> Differentemente da ciò che accade per gli altri decreti ministeriali, l'*iter* procedurale osservato per l'approvazione degli atti attuativi in questione coinvolge, oltretutto il Governo, anche l'Anac e il Parlamento (per mezzo delle sue Commissioni).

L'inquadramento entro tale categoria sembra, poi, confortato anche da un'argomentazione di carattere letterale. In questo senso, l'accostamento dell'aggettivo "generale"<sup>42</sup> ai soli atti attuativi da adottarsi con decreto ministeriale, lascerebbe supporre che le linee guida in oggetto siano veri e propri *atti normativi* e non già provvedimenti amministrativi a vocazione generale.

La natura regolamentare di tali atti discenderebbe, tra l'altro, anche dal positivo rinvenimento di tutte le caratteristiche tipiche dei regolamenti: ovverosia la generalità, l'astrattezza, e la capacità di innovare l'ordinamento giuridico di riferimento<sup>43</sup>.

Ciò detto, resta, comunque, inteso che il carattere normativo degli atti attuativi in questione debba, per forza di cose, riflettersi sulla loro specifica tecnica di redazione.

Differentemente dagli altri tipi di linee guida, rispetto ai quali permane la possibilità di un'ambivalenza nell'efficacia, l'attrazione di tali atti entro i decreti ministeriali ne farebbe delle vere e proprie fonti secondarie, con tutto ciò che ne consegue in termini di rigore della formulazione. Una volta assimilate al genere dei regolamenti, le linee guida in oggetto dovrebbero, infatti, perdere la facoltà di esprimersi attraverso proposizioni discorsive, privilegiando la chiarezza e l'incisività tipiche dei precetti<sup>44</sup>.

Al netto di ciò, anche le linee guida ministeriali presentano alcuni elementi di criticità che, pur non essendo consistenti come quelli che riguardano gli altri tipi di linee guida, paiono comunque meritevoli di un rapido cenno.

La previsione che accorda all'Anac la potestà di iniziativa regolamentare non sembra, infatti, suffragata da particolari argomentazioni

---

<sup>42</sup> Il riferimento corre, naturalmente, all'art. 1, co. 5, della legge delega n. 11/2016, il quale recita: «5. Sulla base del decreto di riordino sono, altresì, emanate linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere».

<sup>43</sup> Un riscontro di questo tipo è condotto in G. MORBIDELLI, *op. cit.*, e rappresenta uno dei due principali approcci adoperati dalla dottrina per affrontare il problema della qualificazione giuridica dei nuovi atti attuativi adottabili dall'Anac.

<sup>44</sup> Di questo avviso Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2882, par. 1.3.



sulla sua opportunità, né pare sufficientemente spiegato perché il MIT possa adottare atti sulla cui formazione abbia impulso propositivo pari a zero<sup>45</sup>.

### 3.2. *Linee guida vincolanti*

Gli esiti del triplice vaglio sulle caratteristiche tipiche dei regolamenti (generalità, astrattezza ed innovatività) costituisce uno degli argomenti che alcuni autori<sup>46</sup> adottano per sostenere che le linee guida vincolanti non sarebbero atti amministrativi generali, ma regolamenti.

Al netto di qualche possibile (e ancora incerta) apertura (per cui v. *infra*), l'opinione del Consiglio di Stato appare, però, di segno contrario.

Aggredendo il problema classificatorio dal punto di vista *soggettivo*, le Sezioni consultive di Palazzo Spada hanno, infatti, riconosciuto agli atti in questione gli stessi caratteri delle regolazioni solitamente adottate dalle varie Autorità amministrative indipendenti.

Così argomentando<sup>47</sup>, le linee guida *vincolanti* sarebbero, dunque, estranee alla natura normativa, in quanto adottate da un soggetto sprovvisto della necessaria potestà regolamentare.

Una conclusione di questo tipo sembra fare leva più sulla sfera di attribuzioni propria dell'autorità emanante che non sull'effettivo contenuto degli atti, esprimendo una tra le due principali opzioni interpretative che, ad oggi, si contendono il tavolo delle discussioni.

All'opposto, gli studiosi che avviano l'indagine dal contenuto degli atti, affermano che le linee guida dell'Anac possano presentare i caratteri della normazione secondaria e ne sostengono, di fatto, la possibile natura regolamentare<sup>48</sup>.

Dal canto suo, il Consiglio di Stato ritiene più confacente l'inquadramento entro gli atti amministrativi generali e, più in particolare, entro quelli di regolazione.

---

<sup>45</sup> Queste perplessità sono state espresse da M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 441.

<sup>46</sup> In questo senso, ancora, M.P. CHITI, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, *op. cit.*

<sup>47</sup> Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

<sup>48</sup> Sul punto M.P. CHITI, *op. cit.*; G. MORBIDELLI, *op. cit.*

Secondo questa impostazione, il bivio interpretativo tra *atti regolamentari* ed *atti regolatori* dovrebbe dunque, risolversi in favore dei secondi, sebbene la soluzione così adottata lasci irrisolti alcuni grandi nodi interpretativi, in parte dipendenti anche dalla scarsa persuasività della distinzione tra *regolamentare* e *regolare*<sup>49</sup>.

Più precisamente, il Consiglio di Stato ha stabilito che il regime giuridico delle linee guida (vincolanti) di Anac sarebbe ricostruibile sulla base di quello delle altre Autorità indipendenti, presentando caratteri comuni a quello di tali amministrazioni e, allo stesso tempo, elementi propri.

Un elemento nel primo senso sarebbe rappresentato dalla sottoposizione degli atti dell'Anac alle garanzie procedurali e di qualità della regolazione che caratterizzano i procedimenti condotti entro le altre Amministrazioni indipendenti<sup>50</sup>.

Una peculiarità sarebbe, invece, data dall'anomala conformazione della potestà *regolatoria* di Anac, la quale risulterebbe di gran lunga più *attenuata* rispetto a quella delle altre *authorities* per il fatto che il legislatore (sia in sede di delega che in fase di decretazione) avrebbe definito (e limitato) in maniera straordinariamente significativa lo spazio di manovra astrattamente riconoscibile all'Anac<sup>51</sup>. In altre parole, la norma attributiva del potere avrebbe imbrigliato la discrezionalità decisoria dell'Autorità al punto che i poteri attuativi di Anac sarebbero meno vasti di quelli delle altre amministrazioni indipendenti e, in ogni caso, inidonei a fondare allarmismi sulla legittimità dei suoi atti di attuazione o, ancora, sull'opportunità di una così estesa devoluzione di attribuzioni<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Così, ancora, M.P. CHITI, *op. cit.*

<sup>50</sup> Le garanzie procedurali in oggetto sono quelle già in vigore per le altre autorità. Ci si riferisce, in particolare, alla previa consultazione degli *stakeholders*, all'analisi di impatto della regolazione, alla verifica (*ex post*) della regolazione e alla possibile codificazione degli atti regolatori in testi unici integrati con conseguente pubblicazione in Gazzetta Ufficiale.

<sup>51</sup> In realtà, anche quest'affermazione non è salutata con favore dai commentatori. Gli obiettivi forniti all'Autorità, per quanto numerosi, complice la loro intrinseca natura di indicazioni programmatiche, rimangono molto generici, lasciando ampio spazio di manovra a chi dovrebbe, in ipotesi, realizzarli.

<sup>52</sup> Di questo avviso, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.

La limitatezza dello spazio di manovra farebbe, poi, il paio con il successivo controllo operato dal Consiglio di Stato in sede consultiva. Tale forma di vaglio sarebbe, a sua volta, partecipe del carattere *sorvegliato* delle attività attuative dell'Anac le quali, stando a quanto affermato, non potrebbero mai valicare alcuna possibile soglia di pericolosità.

Ebbene, un'interpretazione di questo tipo, pur essendo espressione di uno sforzo ricostruttivo di non poco conto, sembrerebbe scontrarsi con più di qualche perplessità<sup>53</sup>.

In primo luogo, non sembra particolarmente convincente l'argomento per cui l'inquadramento delle linee guida entro l'ambito dei provvedimenti amministrativi varrebbe a corredare la loro approvazione di tutte le garanzie procedurali previste per l'esercizio del potere regolatorio. A ben vedere, nulla sembra, infatti, escludere che tali accorgimenti possano assistere anche l'*iter* formativo di quel che, in ipotesi, sarebbe un regolamento.

Non solo, ciò potrebbe darsi sia in caso di previsione espressa, sia per mera diffusione di una determinata prassi. La materia che ci occupa non è, dopotutto, estranea a spinte garantistiche di questo tipo: basti pensare a quanto fa l'Anac quando, pur non obbligata, sollecita il Consiglio di Stato a rilasciare un parere sugli schemi di linee guida.

In aggiunta a questo, alcuni autori<sup>54</sup> affermano che le garanzie in oggetto potrebbero desumersi anche solo dal disposto dell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, senza che il loro fondamento debba per forza cercarsi nell'analogia con il regime delle altre *authorities*.

In secondo luogo, alcuni punti della decretazione assegnano la potestà di adottare linee guida vincolanti anche al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti<sup>55</sup>, sebbene il dicastero non possa ritenersi un'Autorità indipendente.

---

<sup>53</sup> Nel senso qui sostenuto v. anche M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 436, nonché C. DEODATO, *op. cit.*, p. 12.

<sup>54</sup> G. MORBIDELLI, *op. cit.*

<sup>55</sup> Quanto appena detto è riferito, tra gli altri, da M.P. CHITI, *op. cit.*, p. 441. Uno dei luoghi del Codice dei contratti pubblici che riconosce al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti la potestà di adottare linee guida è, poi, l'art. 201, co. 5, il quale richiama, a sua volta, l'art. 8 del d.lgs. n. 228/2011.

Per tale ragione, l'argomentazione che pretende di dedurre la natura degli atti dal tipo di soggetto che li adotti non sembra vera in ogni caso.

Altro e più intricato nodo è, poi, quello delle difficoltà teoriche sottese alla riconduzione degli atti in questione al novero degli atti amministrativi generali.

Il dibattito dottrinale intorno alla distinzione tra regolamenti ed atti amministrativi generali è, infatti, estremamente controverso<sup>56</sup>.

Il confine tra i due istituti è sempre stato più chiaro nella teoria che non nella pratica ed è spesso ritenuto una vera e propria frontiera mobile del Diritto amministrativo.

Secondo l'interpretazione che ne ha dato, da ultimo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato<sup>57</sup> i regolamenti si distinguerebbero dagli atti amministrativi generali per il fatto che i destinatari dei primi siano indeterminabili sia prima dell'adozione dell'atto che dopo di essa. Diversamente dai primi, i destinatari degli atti amministrativi generali sarebbero indeterminabili solo *a priori*, ma *non* anche a posteriori, con ciò difettando il criterio dell'astrattezza.

In altre parole, i regolamenti sarebbero generali e astratti, mentre i provvedimenti amministrativi generali sarebbero, sì, generali, ma non anche astratti.

L'assenza del carattere di astrattezza si spiegherebbe per il fatto che il provvedimento amministrativo, quand'anche generale, abbia ad oggetto una vicenda determinata.

Tuttavia, le linee guida di Anac non paiono avere ad oggetto una vicenda determinata.

Al contrario, tali atti attuativi vincolanti sembrano avere l'attitudine a regolare fattispecie astratte, suggerendo una propria applicazione ge-

---

<sup>56</sup> Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, in *Foro it.*, III, 1953, pp. 9-24; A.M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, in *Foro it.*, IV, 1954, pp. 217-224; ID., *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, 1998; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, pp. 53-115.

<sup>57</sup> Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 9.

neralizzata a tutti i casi – non prevedibili, *ex ante* o *ex post* – che possano ipoteticamente presentare determinate caratteristiche.

A dirla diversamente, sembrerebbe che alcune linee guida siano dei veri e propri atti normativi (sebbene atipici), con efficacia *erga omnes*, capaci di innovare l'ordinamento.

Per tale ragione, bisognerebbe, forse, ripensare all'inquadramento delle linee guida come atti amministrativi generali ed ammettere che, quando esse non sono *a fattispecie chiusa*, assomiglino di più a dei regolamenti che non a dei provvedimenti amministrativi.

Ad ogni buon conto, rimane certamente possibile che una linea guida vincolante possa consistere in un atto amministrativo a contenuto generale – come, ad esempio, un atto di regolazione – nella misura in cui, senza descrivere in modo astratto le fattispecie cui intende applicarsi, stabilisca misure puntuali nei confronti di una pluralità di destinatari determinabili.

Non solo, differentemente da quanto visto per le linee guida *ministeriali*, necessariamente munite di stretta precettività, le linee guida non ministeriali, quand'anche vincolanti, possono conservare formulazioni discorsive, purché ciò non sacrifichi le esigenze di chiarezza e univocità che presidiano la produzione di qualsivoglia tipo di atti<sup>58</sup>.

Per questa ragione, la natura delle linee guida vincolanti rimane un oggetto in continua attesa di definizione. Non essendo possibile stabilire, in via generale, se un atto attuativo di questo tipo assomigli di più ad un regolamento o, invece, ad un atto amministrativo generale, la risposta in ordine alla qualificazione giuridica delle linee guida dell'Anac è, come spesso accade nel diritto, un *dipende dai casi*. Sebbene sia, infatti, vero che alcune delle linee guida esistenti sembrerebbero innovare la materia disponendo la propria applicazione a fattispecie generali e, soprattutto, astratte, non è meno vero che l'Anac possa anche adottare

---

<sup>58</sup> In tal senso P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 264, il quale, a sua volta, richiama l'orientamento espresso in Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.2, laddove il Giudice amministrativo parla, tra le altre cose, anche di *discrezionalità esecutiva* delle amministrazioni, con ciò puntualizzando che l'approvazione di linee guida, anche vincolanti, non pregiudica alle stazioni appaltanti la possibilità di compiere ulteriori attività valutative o decisionali che siano compatibili con la natura del precetto contenuto nell'atto attuativo.

linee guida a fattispecie definita le quali, essendo provvedimenti amministrativi *tout court*, ricadrebbero pacificamente nella classificazione prospettata dagli ultimi pareri del Consiglio di Stato.

Al netto delle critiche, l'inquadramento adottato dal Supremo Consesso di Giustizia amministrativa ha, infatti, il merito di ricacciare gli atti vincolanti di Anac entro le determinazioni amministrative, scongiurando, almeno formalmente, la devoluzione di una potestà regolamentare all'Anac e, più in generale, l'ennesimo atto dell'ormai nota saga della c.d. *fuga dal regolamento*<sup>59</sup>.

Ciò che, tuttavia, continua a non convincere è che le rassicurazioni del Consiglio di Stato valgano solo sul piano formale, restando possibile che i nuovi atti di Anac – indipendentemente dall'inquadramento che gli si voglia dare – si atteggiino come regolamenti veri e propri, magari anche valicando i limiti delle norme attributive del potere.

### 3.3. *Linee guida non vincolanti*

La terza tipologia di linee guida individuata dal Consiglio di Stato è, infine, quella delle linee guida che, per espressa statuizione del Codice, non sono munite di efficacia vincolante<sup>60</sup>.

Secondo la prospettiva dei Giudici di Palazzo Spada<sup>61</sup>, le linee guida non vincolanti risponderebbero alla funzione di guidare e supportare le stazioni appaltanti nel compimento delle attività che sono loro proprie, risolvendo problemi interpretativi, favorendo la diffusione di conoscenze tecniche e consentendo l'attuazione delle migliori prassi<sup>62</sup>.

Il fatto stesso che tali atti siano dichiaratamente sprovvisti di efficacia vincolante consente di ricondurli entro la congerie degli *atti di indi-*

---

<sup>59</sup> In questo senso Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4; comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920.

<sup>60</sup> Per una migliore esplicitazione di questo concetto cfr. P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 265.

<sup>61</sup> Così Cons. Stato, comm. spec., 1 aprile 2016, n. 855, par. II.g).5; comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.4.3.

<sup>62</sup> In questo senso, ancora P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 265, laddove l'autore riprende il contenuto di Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. B.2.

*rizzo*, allontanando, almeno in parte, le difficoltà classificatorie che, invece, caratterizzano le linee guida compiutamente prescrittive.

In via di prima approssimazione potrebbe, infatti, sembrare che tale categoria di linee guida ponga molti meno problemi di quella appena analizzata. E ciò è in parte vero.

Ciononostante, non si può trascurare che anche le linee guida *non* vincolanti presentino dei profili non del tutto chiari, specie per ciò che concerne la loro assimilazione agli atti di *soft-law*.

Venendo alla natura giuridica di tali atti, il Giudice amministrativo ha ritenuto che le linee guida *non* vincolanti siano, proprio come le linee guida vincolanti, atti amministrativi generali<sup>63</sup>. Quest'affermazione sembra essere, tuttavia, sconfessata da altre esternazioni dello stesso organo che, in altri passaggi del medesimo parere, ha affermato che l'assenza di cogenza delle linee guida sia in grado di eliderne il carattere di *provvedimento*<sup>64</sup>.

Ad oggi, la contraddizione sembrerebbe superata<sup>65</sup>, ma come già in altri passaggi del presente lavoro, anche in questo caso ci si trova costretti a rimandare la risposta sulla natura degli atti indagati agli sviluppi che l'interpretazione saprà darne in futuro.

Allo stato, le incertezze sembrano, infatti, superare i punti fermi.

Ciò che, tuttavia, si ritiene di poter affermare con discreta sicurezza è che questo tipo di linee guida non abbia le caratteristiche della normativa regolamentare<sup>66</sup>.

La tipica formulazione discorsiva di tali atti, in uno con il dato letterale che li vuole espressamente *non* vincolanti, ne scongiurerebbero,

---

<sup>63</sup> Cfr., al riguardo, Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, par. A.5, laddove si legge espressamente che le linee guida non vincolanti sono, a loro volta, atti amministrativi generali.

<sup>64</sup> In un passaggio successivo del comm. spec. 2 agosto 2016, n. 1767, il Consiglio di Stato afferma, infatti, che l'assenza di cogenza di tali linee guida farebbe sì che esse non possano essere ascritte al novero degli atti amministrativi generali.

<sup>65</sup> Nei pareri più recenti, il Consiglio di Stato ha, infatti, precisato che le linee guida *non* vincolanti sarebbero *ordinari atti amministrativi* (v. Cons. Stato, comm. spec., 13 settembre 2016, n. 1903; comm. spec. 10 gennaio 2017, n. 22, par. 5).

<sup>66</sup> Ciò è, infatti, escluso dalla legge. Lo ricorda G. MORBIDELLI, *op. cit.*

invero, anche l'inquadramento entro i provvedimenti amministrativi, specie in quanto sprovvisti del carattere dell'autoritatività<sup>67</sup>.

Il rapporto di tali atti con il mondo delle fonti vincolanti appare, dunque, controverso.

D'altra parte, quello delle relazioni tra linee guida non vincolanti ed atti di *soft-law*<sup>68</sup> non pare, comunque, molto più chiaro<sup>69</sup>.

Esemplificando: l'esigenza solitamente sottesa all'emanazione di atti di *soft-law*, intrinsecamente deboli e, quasi sempre, atipici<sup>70</sup>, risiede nell'opportunità di dotare l'autorità emanante di strumenti elastici, rapidi e velocemente modificabili.

Le linee guida *non* vincolanti di Anac ricadono certamente in questo schema.

Ciononostante, se da un lato sarebbe anche possibile ricondurre le linee guida non vincolanti alla *ratio* che presidia l'adozione di certi atti di *soft-law*, non bisogna comunque ignorare che forse esistano partizioni concettuali più efficaci per comprendere appieno la conformazione dell'istituto, specie perché il rimando al *soft-law* si scontra con i confini poco tracciabili di questa categoria ed è, forse, troppo vago perché colga nel segno.

Questa particolare zona del giuridico ricomprende, infatti, concetti e fonti molti diversi tra loro, spaziando dalle dichiarazioni di principi alle

<sup>67</sup> Sui caratteri del provvedimento amministrativo v., su tutti, G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo. Vol. I: l'attività*, Padova, 2016.

<sup>68</sup> L'assimilazione delle fonti di c.d. *soft-law* alla categoria delle linee guida non vincolanti di Anac proviene, ancora una volta, dal Consiglio di Stato. Al riguardo, il più volte citato parere dd. 2 agosto 2016 evoca tale accostamento, osservando che la funzione tipica dell'Anac potrebbe risultare pregiudicata qualora l'Autorità adotti tutte le proprie determinazioni con atti di carattere vincolante. In questo senso v. anche Cons. Stato, comm. spec., 3 novembre 2016, n. 2284, par. 5.1.

<sup>69</sup> Anche in questo caso si è assistito ad un mutamento interpretativo. Se nei precedenti pareri il Consiglio di Stato aveva affermato l'assimilabilità delle linee guida non vincolanti di ANAC alle fonti di *soft-law*, in un successivo parere, quello datato 1 aprile 2016, n. 855 – cfr., nello specifico, il par. II.g).3 – il Giudice amministrativo ha ritenuto improprio il raffronto tra linee guida non vincolanti e *soft regulation*, argomentando che tale ultimo istituto, estraneo all'ordinamento nazionale, evocherebbe categorie troppo generiche e, comunque, non necessarie.

<sup>70</sup> In tema V. COCOZZA, *Profili della delegificazione*, Napoli, 1992.



risoluzioni, dalle convenzioni non ratificate alle buone prassi, dalle raccomandazioni ai codici di condotta. In questo variegato panorama si inseriscono, spesso, atti che rispondono al nome di *linee guida*.

Le linee guida dell'Anac sembrerebbero, tuttavia, possedere uno statuto diverso dalle fonti che circolano, di solito, sotto questo nome e, sebbene alle volte presentino evidenti assonanze con la congerie degli atti di *soft-law* sembra, invero, più efficace ricostruirne il regime giuridico a partire da istituti più concreti come le *circolari* amministrative o le c.d. norme interne.

Il rimando alle fonti di *soft-law* sembra, infatti, troppo frettoloso<sup>71</sup>, specie perché non rende appieno che anche le linee guida non vincolanti di Anac siano, con ogni probabilità, un tipo di atti molto importante nell'ordinamento giuridico.

Oltre che con circolari e norme interne, le linee guida in oggetto sembrano, poi, presentare delle affinità anche con l'istituto della *direttiva*<sup>72</sup>: suggestione ampiamente confortata anche dal lessico della legge delega, dove si parla di *atti di indirizzo*.

Complice anche il ruolo istituzionale che Anac riveste nell'ordinamento giuridico italiano<sup>73</sup>, il generico riferimento alle fonti di *soft-law* potrebbe, almeno in parte, sminuire la portata fortemente persuasiva degli atti adottati dall'Anac che, in quanto vertice e centro di controllo di un sistema molto complesso, sembra assumere determinazioni in grado di collocarsi ad un livello più alto di quello su cui si attestano di solito i meri suggerimenti<sup>74</sup>.

Se questo *quid pluris* risponda ai caratteri tipici dell'istituto della direttiva è questione che stenta a trovare risposte precise, visto e considerato che anche la nozione di direttiva sconta da tempo incertezze di in-

---

<sup>71</sup> Il parallelo con il *soft-law* sembra, invece, più appropriato con riferimento ad un'altra categoria di determinazioni assunte dall'ANAC: i comunicati del suo Presidente. In tema, P. PANTALONE, *op. cit.*, p. 271.

<sup>72</sup> In tema G. SCIULLO, *La direttiva nell'ordinamento amministrativo (profili generali)*, Milano, 1993.

<sup>73</sup> Sull'argomento G. PIZZANELLI, *Il ruolo dell'Anac nel nuovo Codice dei contratti pubblici: verso la compiutezza di un modello?*, in A. FIORITTO (a cura di), *Nuove forme e nuove discipline del partenariato pubblico-privato*, Padova, 2017.

<sup>74</sup> Così L. ARCIDIACONO, *La vigilanza nel diritto pubblico: aspetti problematici e profili ricostruttivi*, Padova, 1984.

quadramento dogmatico non meno gravi di quelle richiamate per altri istituti<sup>75</sup>.

Ad un indirizzo interpretativo che afferma che la direttiva debba contenere solo principi, metodi od obiettivi si contrappone, infatti, quello secondo cui le direttive potrebbero anche avere carattere dettagliato, puntuale e, addirittura, direttamente prescrittivo.

Come in parte per le linee guida Anac, anche le direttive sono, poi, state oggetto di indagini in ordine ad una loro presunta natura vincolante<sup>76</sup>.

Tuttavia, la tesi prevalente ne afferma la derogabilità previa motivazione rafforzata<sup>77</sup>, rievocando un modello che pare straordinariamente vicino all'attuale conformazione delle linee guida non vincolanti.

Proprio come le direttive, anche le linee guida non vincolanti sono, infatti, atti che risentono della caratura istituzionale del soggetto che le emana, nonché del rapporto che sussiste tra questo e i destinatari finali dell'atto.<sup>78</sup>

Per tale ragione, non sembra assurdo affermare che le linee guida non vincolanti potrebbero avere un'efficacia interna, assimilabile a quella delle direttive.

La circostanza per cui tali atti non sarebbero, solo e semplicemente, generiche indicazioni di *soft-law*, parrebbe, poi confermata dalla loro diretta impugnabilità<sup>79</sup>.

<sup>75</sup> F. MERUSI, *Il problema delle direttive ai grandi enti pubblici economici nella realtà istituzionale e nella ideologia giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972.

<sup>76</sup> Per una panoramica sul punto cfr. G. MARONGIU, *L'attività direttiva nella teoria giuridica dell'organizzazione*, Milano, 1969; E. PICOZZA, *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988; M. CLARICH, *Direttiva (disciplina amministrativa)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, V, Torino, 1990.

<sup>77</sup> N. BOBBIO, *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1960; per una panoramica sul dovere di motivazione v. A. CASSATELLA, *Il dovere di motivazione della pubblica amministrazione*, Padova, 2013.

<sup>78</sup> Sul tema cfr. anche G. AMATO, *L'indirizzo governativo nei confronti degli enti di gestione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971; L. CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974.

<sup>79</sup> La diretta impugnabilità è espressamente prevista dall'art. 213, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016. Per ciò che concerne il sindacato del Giudice amministrativo sulle linee guida v. F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui*

Il carattere dell'impugnabilità lascerebbe, infatti, presupporre che il legislatore abbia voluto munire i destinatari di tali atti di uno strumento di contestazione idoneo ad eliminarne gli effetti giuridici. Se tali atti fossero del tutto neutri non si spiegherebbe la necessità di un'introduzione di questo genere, dal momento che lo strumento principe per rifuggire a delle indicazioni non vincolanti consiste, banalmente, nel non seguirle.

Ciò che sembra potersi ricavare è che tali atti *non* siano vincolanti, ma, esprimendo indicazioni fortemente qualificate, possano essere disattesi solo con l'impugnazione (per il caso in cui li si voglia contestare *in toto* e fin dalla loro emanazione) o attraverso il disallinearsi dietro motivazione rafforzata (per il caso in cui li si voglia sindacare in un certo momento per la loro ipotetica inidoneità a regolare una fattispecie particolare).

In questo modo, sebbene il *vincolo giuridico* vero e proprio sia riscontrabile solo con riferimento alle linee guida dell'Anac di tipo *vincolante*, quelle che non sono tali vanterebbero comunque una valenza, in quanto il *non* normativo e il *non* vincolante non sono comunque in grado di escludere la rilevanza degli atti giuridici.

Anzi, sia che le linee guida non vincolanti contengano formulazioni sotto forma di consiglio, sia che realizzino l'obiettivo di infondere maggiore chiarezza rispetto a comandi contenuti *aliunde*, un'eventuale categorizzazione nel giuridico privo di effetti non sembra confacente.

Le linee guida dell'Anac, quand'anche non vincolanti, esprimono, infatti, almeno due effetti: da un lato integrano il parametro di legittimità in eventuali giudizi sugli atti applicativi con esse contrastanti<sup>80</sup>; dal-

---

*pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2, 2017.

<sup>80</sup> Sul tema cfr. M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in AA. VV., *Le fonti nel diritto amministrativo. Atti del Convegno AIPDA, 9-10 ottobre 2015*, Padova, 2016. Sulla stessa linea: Cons. Stato, comm. spec., 2 agosto 2016, n. 1767, secondo cui l'inosservanza delle linee guida «può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale che si è avuta con riguardo alla violazione delle circolari».

l'altro obbligano alla motivazione rafforzata chi se ne voglia discostare<sup>81</sup>.

Gli stessi discorsi non paiono, tuttavia, replicabili per ciò che concerne i comunicati del Presidente dell'Anac, rispetto a cui la generosa attribuzione di potestà di vario tipo sembra descriverne un ruolo di vero e proprio *organo nell'organo*.

Al netto di ciò, sebbene la funzione orientativa e persuasiva di tali atti li renda, per certi versi, assimilabili alle linee guida non vincolanti, i comunicati presidenziali appaiono, invero, sprovvisti, della capacità di perseguire le funzioni attuative dell'ente.

Per tale ragione, pur non essendo dubbia la *moral suasion* che questi possano, eventualmente, esercitare, ogni riconduzione alla figura della direttiva appare in realtà inappropriata<sup>82</sup>.

#### *4. Conclusioni: l'incerta compatibilità delle linee guida con i principi dell'ordinamento*

In conclusione, i nuovi atti attuativi emanabili dall'Autorità anticorruzione rappresentano un oggetto giuridico sul quale insistono ancora molte incertezze.

Sebbene in misura variabile a seconda dei casi, quanto appena detto vale per tutti i tipi di linee guida indicati dal Consiglio di Stato e riconosciuti dalla dottrina.

L'esatta individuazione della natura delle linee guida vincolanti pone, ad esempio, diversi interrogativi sull'opportunità di una devoluzione all'Anac della funzione normativa.

Ammettendo, infatti, che le linee guida vincolanti siano dei veri e propri regolamenti, rimarrebbe da capire se Anac posseda la legittimazione tecnica solitamente invocata per giustificare l'attribuzione di funzioni normative alle Autorità indipendenti.

---

<sup>81</sup> Sul concetto di *obbligatorietà condizionata* cfr. N. BOBBIO, *op. cit.*

<sup>82</sup> A tale specifico riguardo, la giurisprudenza ha avuto modo di affermare che le stazioni appaltanti possono discostarsi dal contenuto dei comunicati senza fornire alcuna motivazione in ordine alla diversa scelta amministrativa in concreto adottata. Cfr., in questo senso, Tar Lazio, Roma, Sez. II, sent. n. 9195/2017; Tar Umbria, ord. n. 428/2017.

Al netto delle argomentazioni che ne sottolineano il *deficit* di democraticità<sup>83</sup>, rimane chiaro che l'Autorità in esame non sembri presentare le stesse caratteristiche solitamente addotte per sostenere l'ammissibilità di una devoluzione di funzioni normative alle Autorità indipendenti.

Se anche l'Anac possa legittimamente assolvere al ruolo di regolatore con potestà normativa del controverso e, per il vero, non troppo specifico settore dei contratti pubblici è quesito che, forse, non ammette una risposta precisa<sup>84</sup>. Sul punto si scontrano, infatti, diverse visioni<sup>85</sup>.

Al riguardo, c'è chi sostiene che il conferimento di funzioni normative ad enti pubblici non territoriali sarebbe consentito proprio in quanto non vietato: la potestà squisitamente *governativa*<sup>86</sup> della funzione regolamentare è, d'altronde, solo una delle interpretazioni costituzionalmente ammissibili<sup>87</sup>. All'opposto, non manca chi afferma il contrario.

In questo senso, l'attribuzione di funzioni normative in un ambito meno tecnico di quelli su cui insiste il potere regolamentare delle altre Autorità si potrebbe, infatti, tradurre in un'indebita compressione delle libertà dei privati, oltreché delle prerogative dell'amministrazione.

La devoluzione di potestà normative alle *authorities* è sempre stata giustificata nell'ottica di una migliore *regolazione tecnica* della mate-

---

<sup>83</sup> In argomento G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006.

<sup>84</sup> Per un riscontro su questa suggestione cfr., ancora, C. DEODATO, *op. cit.*; F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici, in Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme. Atti del Convegno AIPDA, 7-8 ottobre 2016*, Napoli, 2017.

<sup>85</sup> Sul punto, ancora, G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale riscontra nell'Autorità le competenze tecniche per giustificare un'attribuzione di questo tipo, richiamando A. PIZZORUSSO, *Le fonti del diritto*, II, Bologna-Roma, 2011 e M.S. GIANNINI, *Regolamento (problematica generale)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988. Ad avviso di tale ultimo autore, il regolamento è una fonte rimessa alla piena disponibilità delle leggi dello Stato, le quali possono legittimamente assegnare la potestà regolamentare ai vari soggetti pubblici (enti funzionali ed enti territoriali), delimitandone la materia, l'ambito e l'efficacia.

<sup>86</sup> Anche questo passaggio è evidenziato in C. DEODATO, *op. cit.*

<sup>87</sup> G. MORBIDELLI, *op. cit.*, il quale, per sostenere che la tipicità impronta il sistema delle fonti solo ai livelli costituzionale e amministrativo, richiama V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1978, p. 120.

ria, ma la trasversalità delle competenze dell'Anac escluderebbe un'attribuzione di funzioni simile a quella avutasi per le altre Autorità.

Allo stesso tempo, non è ancora chiaro se l'introduzione in oggetto arrechi nocimento alle prerogative regionali per come disegnate dal co. 6 dell'art. 117 Cost.

A fronte di chi sostiene che un'eventuale attribuzione di poteri regolamentari all'Anac non restringerebbe il novero dei poteri regionali<sup>88</sup>, esiste anche l'idea per cui assegnare poteri di questo genere ad un ente non territoriale significherebbe spogliare le Regioni di funzioni di intervento che sarebbero, invece spettate loro<sup>89</sup>.

La classificazione del Consiglio di Stato che inquadra le linee guida vincolanti negli atti amministrativi generali sarebbe, forse, in grado di risolvere i problemi legati alla possibile natura regolamentare, ma non sembrerebbe fare del tutto i conti con le innumerevoli assonanze che questi nuovi atti attuativi sembrerebbero presentare con la disciplina dei regolamenti.

In aggiunta a quanto detto, non è mancato chi abbia affermato la neutralità di un'attribuzione di questo tipo, evidenziando che la devoluzione della potestà regolamentare, per quanto normativa, non rappresenterebbe un'attribuzione chissà quanto significativa, visto e considerato che le disposizioni che assegnano il potere sembrerebbero limitarne la portata ai soli regolamenti esecutivi o, al più, integrativi della legge stessa.

Tuttavia, anche questa inferenza logica non è, poi, così rassicurante.

Pur essendo vero che le uniche operazioni normative possibili sarebbero l'esecuzione e l'integrazione, non è meno vero che il confine

---

<sup>88</sup> Secondo questa impostazione, la materia dei contratti pubblici ricadrebbe solo nei settori della concorrenza e dell'ordinamento civile, appartenendo in entrambi i casi alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Le Regioni non potrebbero, dunque, lamentare alcuna diminuzione o alcun restringimento delle proprie attribuzioni, in quanto la materia dei contratti pubblici sarebbe *ab origine* estranea al novero delle competenze da esse astrattamente esercitabili.

<sup>89</sup> AA.VV., *Regolazione e garanzie del pluralismo*, Milano, 1997.

tra l'integrazione e l'innovazione dell'ordinamento è, quasi sempre, incerto<sup>90</sup>.

Nel caso che ci occupa, la linea di demarcazione sarebbe, poi, straordinariamente incerta.

Le norme attributive del potere si esprimono, infatti, mediante meri obiettivi<sup>91</sup>, rischiando di tradurre ogni attività integrativa in un'attività creativa: un riempimento di una sorta di delega in bianco<sup>92</sup>. L'indicazione generica dei soli obiettivi, in uno con l'attribuzione di un potere in ipotesi regolamentare che sarebbe, al contempo, abbastanza pregnante per via della particolare connotazione tecnica delle regolazioni indipendenti, descrive un quadro nel quale l'Autorità in esame godrebbe di spazi di manovra straordinariamente liberi.

E ciò al punto che l'integrazione della funzione legislativa rischierebbe di tradursi in un esercizio quasi pieno del potere normativo<sup>93</sup>.

La valenza precettiva dei nuovi comandi Anac appare, poi, sfumata nella formulazione elastica e discorsiva di molte linee guida espressamente vincolanti, di talché il rischio dell'indebito trasferimento di funzioni normative si accompagna anche alla concreta difficoltà di individuare quali siano le parti prescrittive di ogni singolo atto.

Come già adombrato in alcuni precedenti passaggi, i nuovi strumenti adottabili dall'Anac mettono a dura prova la tenuta complessiva del sistema, riflettendosi pericolosamente su più di un principio fondamentale del nostro ordinamento.

---

<sup>90</sup> G. TARLI BARBIERI, P. MILAZZO, *Commento all'art. 117, co. 6*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006.

<sup>91</sup> Il fenomeno della devoluzione normativa per obiettivi si ha anche con riguardo ad altre Autorità indipendenti. In tema v. G. MORBIDELLI, *Il potere regolamentare di Isvap dopo il Codice delle assicurazioni*, in A. PISANESCHI, L. VIOLINI (a cura di), *Poteri, garanzie e diritti a sessanta anni dalla Costituzione. Scritti in onore di Giovanni Grottanelli de' Santi*, Milano, 2007.

<sup>92</sup> Per una visione critica circa l'attribuzione di poteri alle Autorità amministrative indipendenti cfr. F.G. COCA, *Le amministrazioni indipendenti*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Bologna, 2001.

<sup>93</sup> P. CARETTI, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *Osservatorio sulle fonti 2003-2004*, Torino, 2004, p. XV.

L'attuale conformazione del potere attuativo non sembra, infatti, assecondare le più basilari esigenze di certezza del diritto.

L'imprevedibilità delle conseguenze giuridiche connesse alla violazione delle linee guida rende tali atti un oggetto di dubbia costituzionalità, anche perché le incertezze in ordine ad una loro possibile precettività rischiano di tradursi in una lesione del diritto di difesa e dei vari altri principi costituzionali che presidiano il giudizio<sup>94</sup>.

Dal punto di vista processuale, il bivio interpretativo in ordine alla natura di tali atti lascia, poi, irrisolte diverse questioni di ordine pratico.

Mettendo da parte i quesiti relativi alla disapplicazione dei regolamenti<sup>95</sup>, le fonti normative emanate dall'amministrazione sono assoggettate ai criteri propri delle fonti (su tutti, *iura novit curia* e *ignorantia legis non excusat*); la loro inosservanza determina l'illegittimità dei provvedimenti con esse contrastanti e la relativa ricorribilità per cassazione.

Se tutto ciò valga anche per alcune linee guida è questione che, per ora, rimane aperta.

Venendo, poi, al piano dell'impugnabilità, resta da capire se l'espressione: «Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa», contenuta nell'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, abbia voluto ricordare che gli strumenti adottabili da tale Autorità siano assoggettati alle medesime regole che presidiano l'impugnabilità degli altri atti a carattere generale o se, invece, abbia stabilito la contestabilità immediata di ogni determinazione Anac.

Ipotizzando che il legislatore non abbia voluto ribadire la generica (e costituzionalmente obbligata) impugnabilità degli atti secondo le consuete regole, si potrebbe anche optare per la seconda soluzione interpretativa. Gli obblighi contenuti negli atti di regolazione potrebbero, infat-

---

<sup>94</sup> M.P. CHITI, *op. cit.*

<sup>95</sup> In punto v., su tutti, E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, su *federalismi.it*, disponibile all'indirizzo: <https://www.iris.unina.it/retrieve/handle/11588/694860/152865/La%20disapplicazione%20dei%20regolamenti%20alla%20luce%20dei%20pi%C3%B9%20recenti%20sviluppi%20dottrinari%20e%20giurisprudenziali.pdf> (ultima consultazione 28/12/2018).



ti, determinarne l'immediata lesività, integrando il requisito dell'interesse a ricorrere<sup>96</sup>.

All'opposto, una recentissima pronuncia del TAR Lazio sembrerebbe escludere l'immediata impugnabilità di tutti gli atti dell'Anac, in quanto ha dichiarato inammissibile per carenza di interesse il ricorso avverso un atto che sembrava imporre alcuni obblighi agli operatori<sup>97</sup>.

Mancando una compiuta definizione delle regole in materia, sia l'individuazione dei comandi che il loro concreto portato applicativo sembrano, dunque, restare in sospeso.

A fronte di atti di dubbia natura e di dubbia legittimità<sup>98</sup>, gli attuali interpreti del sistema sono, infatti, chiamati a razionalizzare una grande quantità di indicazioni diversamente denominate, isolando, caso per caso, i meri consigli dai veri comandi: un'attività non da poco, specie considerando che ogni opzione classificatoria sembri ampiamente falsificabile.

In assenza di indicazioni legislative al riguardo, l'ultima parola sui profili deboli della materia, spetta, infatti, solo unicamente al sindacato giudiziale che, per quanto minuzioso e sorvegliato, appare insufficiente, da solo, a lenire i pregiudizi di una così grave incertezza.

---

<sup>96</sup> Si esprime in questo senso G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'Anac: comandi o consigli?*, cit., il quale, riferendosi alla disposizione di cui all'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 afferma: «Il significato di tale disposizione non può che essere quello del carattere lesivo di ogni categoria di atti di regolazione anche a prescindere da atti applicativi, per la ragione che comunque determinano obblighi. Non è però agevole stabilire di che genere di obbligo si tratti».

<sup>97</sup> Tar Lazio, sent. n. 1735/2018

<sup>98</sup> F. MARONE, *Le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2017, p. 743 ss.



# BREVI CENNI IN MERITO ALLA COSIDDETTA 'LEGGE DELLE CITAZIONI' E SULL'ESIGENZA DI CERTEZZA DEL DIRITTO NELLA CODIFICAZIONE TEODOSIANA

*Tommaso Bianchi*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. La 'legge delle citazioni'. 3. La legge delle citazioni nelle codificazioni orientali e romano-barbariche. 4. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

Il termine 'certezza' può essere inteso in senso soggettivo, per cui significa «una salda convinzione della verità di un asserto», ovvero in senso oggettivo, per cui si intende «l'attitudine di un asserto a garantire la sua corrispondenza con uno stato di cose»<sup>1</sup>. La certezza del diritto<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Così M. CORSALE, *Certezza del diritto: profili teorici*, in *Enciclopedia Giuridica*, VI, Roma, 1989. Si veda anche la voce successiva (A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto: profili applicativi*, *ivi*) e le relative bibliografie, cui mi permetto di rimandare per ragioni di spazio, stando l'avvertenza dell'Autore per cui «Una bibliografia specificamente concernente il nostro problema urta contro una difficoltà di fondo: proprio per la natura del concetto di certezza, gran parte dei discorsi sul diritto direttamente o indirettamente vi fanno riferimento» (M. CORSALE, *op. cit.* appena *supra*). Si veda anche quanto riportato da M. LONGO, *Certezza del diritto*, in *Novissimo Digesto Italiano*, III, Torino, 1974, p. 124 ss., alla cui bibliografia mi permetto di rimandare per i medesimi motivi di cui sopra.

<sup>2</sup> G.G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987, p. 149 afferma che «...nel collegare l'esigenza della certezza del diritto a quei fenomeni, che con pregnanza fortemente moderna noi chiamiamo codificazioni, hanno fatta propria [la] convinzione ... che uno dei mezzi principali ... attraverso il quale la certezza si raggiunge, è quanto si vuole indicare con le parole codice, codificazione. E siccome la certezza è un'esigenza, ... tutte le vicende che appartengono a momenti codificatori acquistano una grande importanza».

non sottende necessariamente, come vorrebbe un postulato del positivismo giuridico, l'idea di un enunciato normativo immutabile, né di una sua interpretazione meramente enunciativa<sup>3</sup>: un sistema giuridico può essere ritenuto tanto più efficace quanto più le sue norme siano comprensibili<sup>4</sup> e, in certa misura, prevedibili. A sua volta, la prevedibilità degli effetti derivanti dall'applicazione delle norme<sup>5</sup> è dovuta in larga misura agli strumenti processuali approntati a tal fine<sup>6</sup>. Sarebbe tuttavia incompleta la definizione che escludesse dal novero anche l'interpreta-

---

<sup>3</sup> Cfr. L. MENGONI, *Diritto e tempo*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Metodo e teoria Giuridica, Scritti I*, Milano, 2011, p. 12.

<sup>4</sup> G. NOCERA, *Sul significato del normativismo e delle codificazioni nell'esperienza giuridica romana*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987, p. 12: «L'idea di norma ... viene, in senso proprio, ritrovata nell'altra parola corrispondente *regula*», riprendendo poi quanto enunciato dall'Arpinate (Cic. *Brut.* 41, 152): «*Sic enim, inquam, Brute, existimo, iuris civilis magnum usum et apud Scaevolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno; quod numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem quae doceret rem universam tribuere in partis, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere, postremo habere regulam qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia*». Sul passo appena citato e sul metodo dialettico della giurisprudenza romana si veda, su tutti, M. MIGLIETTA, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo ed interpretazione nella scuola giuridica serviana*, Trento, 2010, *passim* p. 38 ss.; ID., *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della 'regula iuris'*, in *SCDR*, 25, 2012, p. 190 e 223; ID., *'Est vir qui adest'*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli, 2013, p. 309 ss. Si potrebbe dire che, dunque, il diritto, nell'accezione casistica romana, è l'arte di scomporre il tutto nelle sue parti, definendo, interpretando, distinguendo per individuare la *regula* in virtù della quale giudicare. Sul tema di *regulae iuris* si vedano i notissimi testi di *Paul., lib. XVI ad Plautium* (D. 50.17.1) e *Iav., lib. XI ep.* (D. 50.17.202).

<sup>5</sup> In merito, si veda G. NOCERA, *op. cit.*, p. 11, quando afferma che «...le istituzioni si avvalgono, per una legge etica di conservazione, della limitazione e ripetizione dei fatti e degli effetti, come dei fini e degli scopi relativi».

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 40, per cui il problema della certezza del diritto era vissuto, a Roma, sotto il duplice aspetto della 'giustizia sostanziale' (la prevalenza della ragione sul torto) e, specularmente, della 'giustizia formale' (osservanza della norma).

zione delle norme<sup>7</sup>, momento cruciale per la 'certezza' del diritto: l'ermeneusi può tanto rafforzarla, quanto indebolirla<sup>8</sup>.

## 2. La 'legge delle citazioni'

Fu sul volgere dell'evo antico che gli imperatori Valentiniano III e Teodosio II, per la prima volta, cercarono di dare agli operatori del diritto uno strumento capace, almeno nelle intenzioni, di venire a capo e sistematizzare la mole sterminata di *leges* e *iura* fino ad allora accumu-

---

<sup>7</sup> *Ibidem*, p. 27: «L'esprimersi mediante responso, di tono oracolare, è una caratteristica professionale della giurisprudenza, onde suona del tutto naturale la qualificazione di sacerdozio attribuita sino a tardi alla consulenza, di là dalle stesse origini pontificali: principio, questo, tanto più raffinato quanto più sorretto dalla conoscenza combinata del divino e dell'umano ... e dal discernimento del giusto e dell'ingiusto...», riprendendo il pensiero di Ulpiano (*lib. II reg.*, D. 1.1.10.2 «*Juris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*»). Potrebbe essere argomentato che, alla luce di questa percezione 'sacrale' del ruolo dei giuristi, il potere assoluto postclassico si volle appropriare non solo del prestigio, ma anche tenere sotto controllo una fonte del diritto.

<sup>8</sup> Con effetti sia (ri)costruttivi, che destrutturanti. A riguardo, ancora G. NOCERA, *op. cit.*, p. 6 argomenta che «Sul terreno storico, la formazione di un principio d'ordine è avvenuta fuori dalla prefissione di criteri astratti di comportamento e la stessa sfera del diritto, ... deve la sua graduale delimitazione ad una sorta di processo di decantazione degli elementi che concorrono all'immagine composita ... dell'ordinamento primitivo». Riprendendo il pensiero di F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze, 1946, p. 16 ss., parafrasando il quale si può sostenere che la mescolanza fra diritto, morale e costume, che è connaturata all'età giovanile dei popoli, tende a progressivamente differenziare le norme giuridiche da quelle non giuridiche. Vero ciò, si potrebbe formulare la questione nel senso per cui 'il conflitto genera il diritto': una maggior complessità sociale (ossia un ordinamento che vada a disciplinare realtà più estese della *pólis*, in ragione anche di mezzi di produzione e tecnologici) porta a necessità giuridiche (ossia fornire soluzioni a problematiche politiche, economiche, commerciali, *etc.*) che richiedono un livello di astrazione e raffinatezza che non possono essere soddisfatte appieno dagli strumenti giuridico-morali. Per tal ragione, forse, conosciamo l'ordinamento giuridico romano e non altrettanto bene, invece, quello di altre popolazioni che non ebbero la necessità (o la volontà, beninteso) di regolare in modo generale ed astratto i medesimi fatti giuridici.

lati ad opera della cancelleria imperiale e della scienza giuridica<sup>9</sup>. Il 7 novembre<sup>10</sup> del 426 d.C. l'imperatore della *pars Occidentis*<sup>11</sup> inviò una *oratio*<sup>12</sup> al senato di Roma, la quale diventò norma col nome, attribuitole in seguito, di 'legge delle citazioni'<sup>13</sup>. Seppur priva degli elementi ideologici e politici che avrebbero ispirato il suo collega appena tre anni più tardi, pareva rispondere,

anche se con finalità molto più limitate ed estremamente più pratiche, ad una medesima esigenza di certezza del diritto, sia a tutela di una effettiva applicazione delle norme emanate dal governo centrale, sia a protezione del privato cittadino nei confronti di abusi commessi dai funzionari periferici<sup>14</sup>.

Adottata successivamente anche nella *pars Orientis*, tale disposizione prevedeva che, per risolvere le controversie fra privati, le parti po-

---

<sup>9</sup> A. V. SIRAGO, *Galla Placidia e la trasformazione politica dell'Occidente*, Louvain, 1961, p. 319, afferma che «(...) fu proprio Galla Placidia che, rivalutando la concezione giuridica romana (...) vide nelle leggi quella stabilità di valore universale che invano i singoli imperatori ricercavano nella potenza delle armi. (...) Di qui il valore di simbolo e di forza suprema dato anche e soprattutto alle leggi». Pensiero poi ripreso da A. C. FERNÁNDEZ CANO, *La llamada 'ley de citas' en su contexto histórico*, Madrid, 2000, p. 33, per cui l'imperatrice madre (nonché figlia di Teodosio I) «(...) confía en la ley, le ve como el único instrumento capaz de dar respuestas a los problemas del Imperio y de su administración».

<sup>10</sup> Anche se il giorno preciso dell'emanazione varia nei diversi manoscritti tramite i quali ci è pervenuta l'opera. Si veda E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, in *Atti Acc. Naz. Lincei. Memorie. Classe sc. mor. stor. fil.*, VIII 27, 1983, p. 203, n. 21.

<sup>11</sup> O, visto che l'imperatore aveva circa sette anni all'epoca, più probabilmente a suggerire tale costituzione fu sua madre, Galla Placidia. Si veda A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>12</sup> Sul contenuto di tale *oratio*, si veda *Ibidem*, p. 72 ss.

<sup>13</sup> Si vedano fra tutti, anche per le bibliografie cui mi permetto di rimandare per ragioni di spazio, le voci di S. SOLAZZI, *Citazioni (Legge delle)*, in *Nuovo Digesto italiano*, III, Torino, 1937, p. 182 ss. ed in *Novissimo digesto italiano*, III, Torino, 1974, p. 305 ss.

<sup>14</sup> Così G. BASSANELLI SOMMARIVA, *La legge di Valentiniano III del 7 novembre 426*, in *Labeo*, 29, 1983, p. 282.

tessero allegare<sup>15</sup> solo i pareri di cinque giuristi: Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino. Potevano essere altresì prodotti i *responsa* di tutti i giuristi che i cinque a loro volta avessero citato nelle proprie opere, a condizione che fosse allegato il testo. Qualora i cinque giuristi avessero espresso opinioni differenti, il giudice avrebbe dovuto seguire la tesi esposta dalla maggioranza di essi. Qualora vi fosse parità di opinioni fra i cinque giuristi, sarebbe prevalsa quella che avesse allegato il parere di Papiniano<sup>16</sup>. Se a parità mancasse l'opinione di Papiniano, il giudice avrebbe potuto decidere secondo il proprio prudente apprezzamento (*moderatio*).

*IMPP. THEOD(OSIUS) ET VALENTIN(IANUS) AA. AD SENATUM URBIS ROM(AE). POST ALIA. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententias proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere*

---

<sup>15</sup> Tale era la prassi nel mondo greco-romano: il giudice doveva porre a fondamento della propria decisione solo quanto prodotto dalle parti. Così M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 2015, p. 367.

<sup>16</sup> La particolare venerazione di cui godeva Papiniano nel Tardo-antico è forse dovuta, oltre alla riconosciuta raffinatezza giuridica, all'alone di 'martire' laico che lo circondava, date le particolari circostanze della sua morte. Pare infatti che il giurista si fosse rifiutato di giustificare un omicidio perpetrato da Caracalla, per cui questi l'avrebbe condannato a morte. Si veda s. v. 'Papiniano', in *Biografia universale antica e moderna*, XLII, Venezia, 1828, p. 387.

*praecipimus. ET CETERA. DAT. VII ID. NOVEMB. RAVENNA DD.NN. THEOD(OSIO) XII ET VALENT(INIANO) II AA. CONSS.*<sup>17</sup>

Una norma così congegnata offre uno spunto sullo stato in cui doveva versare la scienza giuridica nel V secolo d.C. Tramontata l'epoca aurea della giurisprudenza, scisso l'impero, verosimilmente non vi era una modalità sistematica per l'aggiornamento delle collezioni giuridiche presso la cancelleria imperiale, né una sistematizzazione ufficiale del sapere giuridico, che sempre più pareva un intrico di norme in cui probabilmente nessuno sapeva più orientarsi<sup>18</sup> con sicurezza. Inoltre, gli *iura* sollevavano costantemente problemi di ordine sistematico (ed interpretativo), in quanto *ius controversum*<sup>19</sup>. Parrebbe inoltre verosimile che il livello culturale dei giuristi di tale periodo si fosse affievolito<sup>20</sup>, tanto da rendere necessario al legislatore indicare quali fossero i testi effettivamente utilizzabili in giudizio. Al contempo, si restringeva l'ambito di testi consultabili, facilitando il reperimento delle norme e garantendo un maggior grado di certezza.

---

<sup>17</sup> Edizione a cura di T. MOMMSEN e P.M. MEYER, Berlino 1905. Traduzione in R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino, 1991, p. 72 s.

<sup>18</sup> P. STEIN, *Roman Law in European History*, Cambridge, 2010, p. 28, attribuisce l'emanazione della legge delle citazioni al fatto che «The lawyers of the time were not really capable of making their own judgment about whose works to consult and what to do when the writings that they consulted disagreed. They wanted imperial direction». Vero che il livello intellettuale si ritiene si fosse abbassato (come poco oltre in questo testo) potrebbe considerarsi poco verosimile che ciò fosse avvenuto in una tale misura da rendere i giuristi dell'epoca, come invece afferma l'insigne Studioso, praticamente incapaci di prendere una decisione in merito alla norma da citare. Che «volessero un indirizzo imperiale» (ID., *Il diritto romano nella storia europea*, Milano, 2001, p. 35, trad. it. di E. CANTARELLA) potrebbe essere ritenuta affermazione che poco collima col fatto che già Costantino era intervenuto (marginalmente e con scarsi risultati) a riguardo (cfr. C.Th. 1.4.1 e 2). Parrebbe inoltre implicare che la legge delle citazioni fu emanata 'solo' per rendere la vita più semplice ad avvocati e giudici, senza prendere in considerazione il contesto dell'opera ed il fatto che (come più oltre) quella che chiamiamo 'legge delle citazioni' fosse solo una parte di una disposizione più ampia.

<sup>19</sup> Sul punto, su tutti, si veda A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1990, *passim*.

<sup>20</sup> Cfr. W. KUNKEL, *Linee di storia giuridica romana*, Napoli, 1973, p. 209. Ma già Cicerone (in *Brut.* 93, 322) lamentava un problema analogo. Si veda anche G.G. ARCHI, *op. cit.*, p. 160. Su tutti, si veda A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 59.



Tuttavia, non vi è concordanza fra gli autori né per quanto riguarda il contenuto della costituzione precodicistica da cui poi fu tratto il *Zitiergesetz*<sup>21</sup>, né circa la sua portata, né in merito alla sua paternità.

Passando ad una brevissima analisi del testo, è ormai fuori discussione la provenienza 'occidentale' della legge in questione. Biscardi<sup>22</sup> fu tra i primi a sostenere che essa fosse stata originariamente concepita nella *pars Occidentis* da Valentiniano III e, solo successivamente, adottata anche da Teodosio II, rendendola vigente in tutto l'impero<sup>23</sup>. A sostegno della propria tesi, egli argomentava nel senso che, vera la *subscriptio*, se fosse stata originariamente concepita da Teodosio II, non si spiegherebbe la ragione per la quale sarebbe stata emanata a Ravenna ed indirizzata al *senatus urbis Romae*, né perché l'indicazione del luogo di pubblicazione sarebbe stato conservato nel Codice Teodosiano<sup>24</sup>. Lo sviluppo di questo pensiero porta tuttavia l'Autore a negare la presenza della legge delle citazioni nel testo originario del Teodosiano, ritenendola un'inserzione successiva ad opera della prassi occidentale. Ipotesi, questa, rifiutata da molti Studiosi<sup>25</sup> sulla base di osserva-

---

<sup>21</sup> Il termine 'legge delle citazioni' fu infatti coniato in G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts, bis auf Justinian*, Berlino, 1818.

<sup>22</sup> A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del Basso Impero. I. La legge delle citazioni*, in *Studi Senesi*, 53, 1939, p. 405 ss.

<sup>23</sup> Contro, si veda P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, Milano, 1959, II, p. 28 s., il quale non menziona Valentiniano, ma ritiene la legge delle citazioni un tassello di un'opera più ampia di Teodosio. Inoltre, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1977, p. 361 s., considera la legge delle citazioni frutto dei maestri orientali. A. BISCARDI, *op. cit.*, p. 409, oltre ad addurre il dato testuale, a sostegno della propria tesi porta un argomento logico-sistematico, per cui sarebbe inverosimile che Teodosio avesse adottato uno strumento rozzo e meccanico come quello riportato da C.Th. 1. 4. 3 (pur per ovviare ad una situazione temporanea) quando appena tre anni dopo avrebbe incaricato la prima commissione di raccogliere ad unità *leges e iura* onde creare un *corpus* «*qui nullum errorem, nullas patietur ambages, qui ... sequenda omnibus vitandaque monstrabi*».

<sup>24</sup> Così E. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 187 s. Tuttavia, una tesi non esclude l'altra: che una costituzione fosse emanata a Ravenna non significa che copia di essa non potesse trovarsi (anche) a Costantinopoli.

<sup>25</sup> Fra questi, si veda G. SCHERILLO, *La critica del Codice Teodosiano e la legge delle citazioni di Valentiniano III*, in *SDHI*, 8, 1942, p. 5 ss. (= *Scritti giuridici*, I, Milano, 1992, p. 155 ss. Nello specifico, la critica a Biscardi si ha a partire da p. 8= p. 158).

zioni testuali<sup>26</sup>: in tutti i frammenti in nostro possesso che riportano la costituzione del novembre 426<sup>27</sup> sono conservate le formule iniziale («*Post alia*») e finale («*Et cetera*»). Questo dato porta a sostenere con relativa certezza<sup>28</sup> che la costituzione in esame facesse parte di una disposizione più ampia, presumibilmente volta a regolare un settore più vasto concernente il funzionamento dei tribunali imperiali mediante la regolamentazione della prassi delle citazioni<sup>29</sup>. Ora togliendo, ora attribuendo autorità ad uno o più giuristi o a determinate loro opere si sperava di rendere più veloce (o, perlomeno, meno farraginoso) l'amministrazione della giustizia, con l'effetto di garantire una maggiore certezza del diritto mediante la più rapida risoluzione delle controversie. L'imperatore, individuando alcuni giuristi e loro opere mediante una sua costituzione, avrebbe prestato ad essi la sua autorità, garantendo così l'uniforme applicazione di tali principi nei territori sottoposti al suo dominio.

Con riguardo alla scelta dei cinque giuristi è opinione di Volterra<sup>30</sup> che questa fosse una semplice sanzione legislativa ad una situazione di fatto anche precedente alla legge delle citazioni, dal momento che, all'epoca, (praticamente) in tutto l'impero si aveva una conoscenza della giurisprudenza classica limitata alle opere di Gaio e dei giuristi dell'età dei Severi. L'autore delle *Institutiones*, malgrado non fosse utilizzato

---

<sup>26</sup> Si veda E. VOLTERRA, *op. cit.*, p. 189 s.

<sup>27</sup> Fra i manoscritti del *Breviarium Alaricianum* si ha nei *codd. Par. Lat.* 4402, 4403 e 4404, *Wallersteinensis*, *Gothanus*, *Monacensis*, mentre una versione che riporti la legge delle citazioni fuori dal *Breviarium* è il *cod. Ambrosianus C. 29*.

<sup>28</sup> Cfr. R. LAMBERTINI, *op. cit.*, p. 74.

<sup>29</sup> G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano, 1983, p. 47 offre una ricostruzione di quella che, per gli Studiosi, doveva essere il testo della costituzione all'interno della quale era inserita quella che fu poi conosciuta come 'legge delle citazioni': C. I. 1.14.3; C. I. 1.14.2 (l'ordine dei frammenti è invertito per ragioni filologiche); C. I. 1.19.7; C. I. 1.22.5. L'Autrice riprende le analoghe considerazioni svolte da P. BONFANTE, *Un papiro di Ossirinco e le «quinquaginta decisiones»*, in *BIDR*, 32, 1922, p. 227 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino, 1975 (II ed.), p. 8 ss.; G.G. ARCHI, *op. cit.*, p. 91 s. e poi riprese da A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 48.

<sup>30</sup> E. VOLTERRA, *Recensión a Cavenaile (Corpus Papyrorum Latinarum)*, in *IVRA* II, 1958, p. 290.

nella pratica<sup>31</sup>, offriva un utile sunto dei principi e delle norme del diritto in un'epoca in cui, anche a causa del difficile reperimento delle fonti, la conoscenza del diritto rischiava di essere altrimenti ridotta.

Il criterio che il giudice avrebbe dovuto seguire era meramente 'meccanico' e formalistico: prevaleva l'opinione della maggioranza dei cinque giuristi (tre contro due o due contro uno), a prescindere da chi avesse formulato il responso e, dunque, senza riguardo all'analisi più o meno approfondita che un giurista avesse dato del caso rispetto ad un altro; qualora vi fosse parità (due contro due o uno contro uno), sarebbe prevalsa la parte che avesse riportato il parere di Papiniano, coi medesimi limiti di cui appena sopra. Qualora nella medesima situazione di parità Papiniano non si fosse pronunciato in merito, come già osservato, sarebbe stato il giudice a dover scegliere a quale opinione attenersi<sup>32</sup>.

Un profilo estremamente controverso è quello riguardante la frase «*eorum quoque scientia*»<sup>33</sup>. Gradenwitz<sup>34</sup> avanzò l'ipotesi di una interpolazione nel Codice Teodosiano rispetto al testo originario della legge, profilo poi ripreso da Pringsheim<sup>35</sup> e Wieacker<sup>36</sup>. In estrema sintesi, basti qui riferire che non pare ciò sia avvenuto: dai manoscritti pervenuti pare possibile evincere che il Teodosiano riportasse fedelmente il testo della *oratio principis* del 426, solamente fuori contesto (si vedano, come già indicato, le diciture «*post alia*» ed «*et cetera*» ai margini). Altro problema intimamente collegato al riferimento a giuristi esterni è quello della «*codicum collatio(ne)*»: la possibilità di portare le opinioni di altri giuristi oltre ai cinque, purché da essi citati e fornendo il passo originale ove tale rimando avesse luogo. Si operava in tal modo un confronto fra almeno due testi<sup>37</sup>, collegati da una citazione, che ri-

<sup>31</sup> Così A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 132.

<sup>32</sup> Non già prescindere dagli *iura* prodotti e 'creare' una nuova norma basandosi solamente sulla propria convinzione e conoscenza del diritto. Fermo restando, ovviamente, il rispetto e la prevalenza delle *constitutiones* su qualsiasi opera giurisprudenziale.

<sup>33</sup> A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 147 ss. dedica un'approfondita analisi alla questione, cui mi permetto di rinviare anche per i riferimenti bibliografici.

<sup>34</sup> O. GRADENWITZ, *Interpolationen im Theodosianus?*, in *SZ*, 34, 1913, p. 274 ss.

<sup>35</sup> F.R. PRINGSHEIM, *Zur Textgeschichte des Zitiergesetzes*, in *SDHI*, 27, 1961, p. 235 ss.

<sup>36</sup> F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, p. 154 ss.

<sup>37</sup> 'Collatio' significa appunto 'confronto, comparazione'.

portavano un passo (concernente la medesima questione). Tuttavia, pare dubbio che le opere dei giuristi circolassero in esemplari numerosi<sup>38</sup>, soprattutto quelle dei *prudentes* più antichi. Inoltre, non sempre i giuristi citavano esplicitamente i loro colleghi, rendendo così comprensibile il sintagma «*ex antiquitatis incertum*». Circa la possibilità di produrre altri giuristi citati dai cinque sono state offerte due letture: una estensiva, la quale ritiene che potessero essere riportate tutte le opere dei giuristi citati, ed una restrittiva, la quale invece presume che a poter essere riportato fosse solo il passo richiamato. Dei novantatré giuristi antichi di cui abbiamo notizia, quelli citati dai cinque sono, in totale (e dunque senza considerare le note di Paolo ed Ulpiano a Papiniano<sup>39</sup>, esplicitamente destituite di applicabilità nella stessa legge delle citazioni), sessantanove. Aprire a questa folla di *responsa* potrebbe apparire in contrasto con le finalità riorganizzatrici e di certezza attribuite agli imperatori<sup>40</sup>. Non si può comunque escludere che i riferimenti ad opere di giuristi nominati dai cinque fossero da intendere come sorta di ‘valore aggiunto’, ovvero quale conferma dell’autorità del giurista che li citava. Non a caso sono infatti esplicitamente riportati i nomi di altri insigni giuristi (Sabino, Scevola<sup>41</sup>, Marcello, Giuliano), citati dai cinque, conosciuti e studiati per la raffinatezza della loro scienza. All’atto pratico, tuttavia, conoscere le opere di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Mode-

---

<sup>38</sup> Che tuttavia circolassero lo dimostra il Digesto e, già prima, il progetto complessivo di Teodosio II.

<sup>39</sup> Già invalidate da Costantino, così come riportato da C.Th. 1.4.1 e 2. Cfr. W. KUNKEL, *op. cit.*, p. 210. Tali costituzioni, a differenza di C.Th. 1.4.3, non risulterebbero tuttavia presenti nella prima codificazione giustiniana, almeno secondo quanto desumibile da *P. Oxy.* XV, 1922, framm. 1814. Su questo frammento si vedano M. AMELOTTI, L. MIGLIARDI ZINGALE, *Le costituzioni giustinianee nei papiri e nelle epigrafi*, Milano, 1985 e M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza da Pomponio a Giustiniano*, II.1, Perugia, 2001, pp. 103 ss., 135 ss., 183 e EAD., *Potere imperiale e giurisprudenza da Pomponio a Giustiniano*, II.2, Perugia, 2007, pp. 161 ss., 437 ss. Sulla compilazione giustiniana e le differenze fra i due codici, nello specifico, *Ibidem*, p. 21 ss.

<sup>40</sup> Così A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 192 ss.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 220: presumibilmente Cervidio, non Quinto Mucio.

stino sarebbe potuto sembrare sufficiente a dirimere le controversie: il resto sarebbe stato solo fonte di incertezze a livello applicativo<sup>42</sup>.

### 3. La legge delle citazioni nelle codificazioni orientali e romano-barbariche

Pare difficile vi fosse alcuno, nel periodo storico qui in esame, che sapesse agilmente districarsi fra il numero notevole di norme (*leges* e

---

<sup>42</sup> Resta tuttavia aperta, a mio avviso, una questione: perché aprire alla possibilità di citare altri giuristi? Se si accogliesse la lettura estensiva, potrebbe risultare svilita la *ratio* (per quanto ne sappiamo) della legge delle citazioni. Se si accogliesse la lettura restrittiva, invece, non sarebbe immediatamente chiaro il motivo, né lo scopo, di citare altri giuristi richiamati dai cinque. Potrebbe tuttavia argomentarsi che, scegliendo la soluzione che richieda il minor dispendio di argomentazioni, il voto dei giuristi citati da uno dei cinque (in materie controverse in cui non vi fosse la *sententia* decisiva di Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio o Modestino), si sarebbe aggiunto a quello dell'autore citante ai fini del conteggio finale dei pareri su una questione. Sarebbe inoltre servito, sul piano argomentativo, a validare le tesi della parte che producesse l'opinione di uno dei cinque, adducendo argomentazioni illustri per l'*auctoritas* del giurista antico, radicato nel *ius controversum*, che le pronunciò. Inoltre, il riferimento a Scevola, Marcello *et alia* (pur vero che non è conosciuto il testo originale della norma) meramente volto ad ostentare la cultura dell'estensore della disposizione, non pare molto plausibile. Un ulteriore spunto di riflessione potrebbe essere rilevato nella struttura della disposizione (avendo sempre a mente che si parla di categorizzazioni e concezioni moderne, ma a livello sostanziale forse utili ad una proposta di analisi del testo in esame). Il testo di C.Th. 1.4.3 può idealmente essere diviso in due parti: una riguardante le 'fonti' (testi utilizzabili e producibili dalle parti), l'altra il 'metodo' (come il giudice si sarebbe dovuto muovere nel considerare i testi e gli autori prodotti, sempre vero che di una qualche discrezionalità godeva). La prima ('fonti') va dall'inizio a «...*collatione firmentur.*», la seconda ('metodo') dal successivo «*Ubi...*» a «...*ita cedit duobus.*». Dopodiché si aprirebbe una parentesi in cui si tratta nuovamente di 'fonti' (divieto di utilizzo delle note di Paolo ed Ulpiano a Papiniano); a seguire, una nuova indicazione di 'metodo': in caso di parità di opinioni in assenza di Papiniano, decida il giudice. A questo punto, di nuovo un periodo che tratta di 'fonti' (sempre valide le *sententiae* di Paolo). Le 'parentesi sulle fonti' di C.Th. 1.4.3, dopo la parte sul 'metodo', sembrano richiamare ai dispositivi, rispettivamente, di C.Th. 1.4.1 e 1.4.2. Quasi a riassumere e richiamare le *constitutiones* dovute a Costantino.

*responsa*)<sup>43</sup>. È plausibile ritenere che i commentari dei giuristi tardo classici che raccoglievano e, talvolta, riassumevano il panorama del *ius* in maniera sostanzialmente completa non fossero così diffusi, dimodoché la loro consultazione risultava non facile per gli operatori del diritto. Le norme sulle quali il giudice avrebbe dovuto basarsi per emettere la sentenza dovevano essere indicate dai difensori delle parti: l'effetto più comune di ciò era dunque quello per cui venivano prodotte in giudizio numerosissime argomentazioni basate su norme spesso contraddittorie (opinioni opposte fornite da giuristi diversi, quando non addirittura distorcendo le norme stesse a proprio favore)<sup>44</sup>. Tutto ciò si traduceva in incertezza del diritto dovuta alla (quasi assoluta) aleatorietà degli esiti processuali ed alla inconsapevolezza di quale fosse il diritto<sup>45</sup>.

Per ovviare a tale situazione, gli imperatori dell'anno 426 d.C. decisero di risolvere d'autorità la questione. Intervenire sul processo limitando gli autori o le opere che potevano essere prodotte quali *thema decidendi* in giudizio era stata una via già percorsa in precedenza. C.Th. 1.4.1 e 1.4.2 ci informano del fatto che già Costantino aveva

---

<sup>43</sup> Sull'ignoranza della legge e l'abuso della relativa scusante si veda, da ultima, L. DI CINTIO, *Brevi cenni sulle categorie normative nel Codex Theodosianus e nella Interpretatio visigotica*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, Perugia, 2014, p. 415.

<sup>44</sup> Il caso in questione non era, invero, una novità: basti pensare ad Alf. 4 dig. a Paul. ep., D. 10.4.19. Si v. a riguardo M. MIGLIETTA, *Casi emblematici di conflitto logico tra quaestio e responsum nei digesta di Publio Alfeno Varo*, in C. RUSSO RUGGERI, *Studi in onore di Antonio Metro*, vol. II, Milano, 2009, p. 275. Tuttavia, nel particolare momento storico di cui in esame, anche per i motivi accennati nel corpo principale, mancavano gli strumenti per potersi opporre a tali strumentalizzazioni.

<sup>45</sup> Per quanto riguarda la prassi di citare la dottrina, si veda anche M. DE BERNARDI, *La legge delle citazioni del 426 d. C. e l'art. 118 delle disposizioni per l'attuazione del vigente codice di procedura civile italiano*, in *Rivista di Diritto Romano*, 13, 2013. Tenendo presente quanto affermato da G.G. ARCHI, *op. cit.*, p. 162: lo scopo della codificazione Teodosiana era sì risolvere il problema della certezza del diritto, ma non come poteva essere intesa dalla scienza europea del XVIII secolo (e successiva). In *Nov. Theod.* 1 viene infatti descritta una situazione di fatto, non invece una problematica 'meramente' sistematica. Si veda anche E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, cit., p. 242. Si veda comunque, parzialmente *contra*, quanto affermato da G.G. ARCHI, *op. cit.*, p. 159. Il problema, non nuovo, era segnalato in letteratura anche da A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Firenze, 1942, p. 518.

stabilito che fosse dapprima tolta validità alle note ai *Responsa* ed alle *Quaestiones* di Papiniano<sup>46</sup>, attribuite a Paolo ed Ulpiano<sup>47</sup>, poi confermando l'autorità di tutte le altre opere di Paolo, incluse le *Sententiae*<sup>48</sup> (come noto, opera di un anonimo postclassico)<sup>49</sup>.

Il vero punto di svolta, dopo tali interventi, si ebbe nel 429, quando l'imperatore Teodosio II concepì il progetto di riunire in un solo testo *leges e iura*<sup>50</sup>. Il Codice<sup>51</sup> Teodosiano fu la prima vera raccolta ufficiale<sup>52</sup> di *constitutiones*<sup>53</sup>. Tuttavia, le costituzioni imperiali o le loro rac-

<sup>46</sup> C.Th. 1.4.1.

<sup>47</sup> Si veda, per tutti, F. SCHULZ, *op. cit.*, p. 394 e 396.

<sup>48</sup> C.Th. 1.4.2.

<sup>49</sup> Cfr. F. SCHULZ, *op. cit.*, p. 304 ss., 311, 317, 334 ss. Sull'argomento si veda, da ultima, la monografia di I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Siena, 2018.

<sup>50</sup> L'intenzione di Teodosio e dei suoi compilatori era quello di raccogliere tutta la normativa che regolava gli aspetti dell'organizzazione statale romana, non solo la tradizione giurisprudenziale che privilegiava il *ius privatorum*. Così G.G. ARCHI, *op. cit.*, p. 160. A.C. FERNÁNDEZ CANO, *op. cit.*, p. 80, parla di «carácter sistemático con el que el legislador responde al problema de la incertidumbre [del derecho]».

<sup>51</sup> Il significato di 'codice' va qui inteso come «...il libro compatto a differenza del *volumen*, libro avvolto a rotolo, per lo più in carta di papiro»: così V. PIANO MORTARI, *Codice (storia)*, in *Enc. del Dir.*, VII, Milano 1960, p. 228.

<sup>52</sup> Una raccolta sistematica (cronologica) di *constitutiones* era, in verità, già stata fatta: si tratta dei codici Gregoriano ed Ermogeniano. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, p. 229, 552 ss., definisce il *Gregorianus* come «la prima vasta collezione di costituzioni fatta in epoca postclassica». Essa comincia con le costituzioni di Adriano e prosegue sino all'anno 291 (probabile data di pubblicazione). L'*Hermogenianus* contiene invece le costituzioni degli anni 293-94, a cui ne vennero poi aggiunte altre. Non essendoci giunti indipendentemente, la ricostruzione dei testi dei due *codices* si è basata sulla *lex Romana Visigothorum* e la sua appendice, parte su alcuni scritti pregiustinianei e sul *Codex Iustinianus*, parte sui *Fragmenta Vaticana*. Nelle parole di G. NOCERA, *op. cit.*, p. 32, n. 39: «...le codificazioni che hanno preceduto quelle ufficiali ... sono, esse, le vere grandi luci della civiltà giuridica, perché hanno cercato di fugare la imprevedibilità e l'incertezza del diritto». Pare tuttavia che già Cesare avesse in mente di codificare il diritto civile (Svet. *Caes.* 44. 2): il fallimento di quest'opera, forse, non è dovuto 'solo' alle idi di marzo. Un tale progetto (ambizioso, ma astrattamente attuabile), sarebbe forse stato alla portata di Augusto. Ma è stato argomentato (G. NOCERA, *op. cit.*, p. 34) che fu la stessa giurisprudenza ad essersi implicitamente opposta a tale idea: il venir meno di quel diritto consuetudinario su cui i *prudentes* si basavano, il quale non era tuttavia soggetto ai «lacci del diritto legislativo».

colte non erano facilmente reperibili in quanto, almeno all'inizio dell'epoca imperiale, non vi era un sistema vero e proprio di pubblicità che raggiungesse efficacemente tutto l'impero. Ancora più difficile risultava poi consultare le opere della giurisprudenza, essendo la conoscenza del loro pensiero ed opere affidata per lo più a raccolte (private), commenti e sinossi da parte di altri giuristi.

Il grandioso progetto di creare un codice che «non desse adito ad alcun errore od oscurità e, pubblicato sotto il nome dell'imperatore, mostrasse ad ognuno cosa dovesse fare e cosa, invece, evitare»<sup>54</sup>, non ebbe gli effetti desiderati<sup>55</sup>. Sei anni dopo l'inizio dei lavori, la commissione incaricata di raccogliere ed ordinare la mole immensa di *leges* e *iura* non era ancora riuscita a produrre alcunché di rispondente al progetto originario. A quel punto, venne nominata una seconda commissione<sup>56</sup>,

---

<sup>53</sup> Le quali avevano, com'è noto, forza di legge. Cfr. GAI 1.5: «*Constitutio principis est, quod imperator decreto vel edicto vel epistula constituit. Nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem optineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat*»; *Ulp. Lib. I inst.*, D. 1.4.1 pr. (= I. I. 1.2.6): «*Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem*». A riguardo (specificamente) si veda F. GALLO, *Sul potere normativo imperiale*, in *SDHI*, 48, 1982, p. 413 ss., ora in F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Opuscula Selecta*, Padova, 1999, p. 269 ss.

<sup>54</sup> C.Th. 1.1.5. G. NOCERA, *op. cit.*, p. 37 afferma che «È significativo che la giurisprudenza postclassica abbia finito con l'accentuare il nuovo bisogno di certezza giuridica attaccandosi a quei tentativi di composizione ... rappresentati specialmente dalle compilazioni di *iura* e di *leges*, prevenendo se non sollecitando l'intervento delle collezioni ufficiali. Delle quali la prima, quella di Teodosio II, dovette abbandonare quello che è stato definito il suo ambizioso progetto di anticipare, se pure in scala ridotta, la codificazione di Giustiniano».

<sup>55</sup> La dottrina non tende più, come invece accadeva prima dell'ultimo quarto del secolo scorso, a ritenere il ridimensionamento del 435 come l'accettazione del fallimento del progetto codificatorio, quanto invece un tentativo di riorganizzazione di ampi settori del diritto, fondamentale e prodromica ad un lavoro di più ampio respiro. In merito si vedano F. DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino, 1975, la quale pone una questione metodologica, volta ad allontanare il paradigma della compilazione giustiniana dalla lettura del Codice Teodosiano, poi ripresa da G.G. ARCHI, *Teodosio II e la sua codificazione*, Napoli, 1976; ID., *Problemi e modelli legislativi all'epoca di Teodosio II e Giustiniano*, in *SDHI*, 50, 1984, p. 341 ss. Questi concetti sono stati ripercorsi da R. LAMBERTINI, *op. cit.*, p. 35 ss.

<sup>56</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Sulla legge delle citazioni*, *op. cit.*, p. 234 s. La seconda commissione, nominata con una costituzione pervenutaci solo tramite i *Fragmenta*



la quale due anni dopo presentò, appunto, il Codice Teodosiano: una raccolta delle costituzioni imperiali da Costantino in avanti, considerata una sorta di continuazione dei codici Gregoriano ed Ermogeniano. Pubblicato nella *pars Orientis* nel 438, il *Codex* entrò in vigore in tutto l'impero a partire dall'inizio del 439. Forse per non contraddire i piani originali<sup>57</sup>, tale opera fu considerata come un lavoro preparatorio in vista di una ripresa dei lavori che avrebbe portato a compimento il progetto di dieci anni prima.

Ma ai confini dell'impero premevano Vandali ed Unni. Le loro incessanti incursioni probabilmente distolsero l'attenzione di Teodosio dai progetti codificatori<sup>58</sup>, occupandolo verosimilmente sino alla sua morte, avvenuta nel 450 d. C. Solo quasi un secolo dopo Giustiniano avrebbe avuto la sicurezza e la forza di riprendere in mano un tale progetto<sup>59</sup>.

Non è dato sapere quali furono gli effetti immediati e concreti dell'emanazione della legge delle citazioni. Certo vi è che dovette avere un qualche effetto sulla mentalità dei legislatori dell'epoca, vista la sua recezione nelle codificazioni successive. Oltre al Teodosiano, verosimilmente vigente, con le sue aggiunte, in Oriente sino al 534, la costituzione del 426 entrò a far parte di altre codificazioni occidentali.

*Taurinensia* (si veda l'edizione critica di P. KRUEGER, *Codicis Theodosiani Fragmenta Taurinensia*, Firenze 2011), era composta da sedici membri, col compito di raccogliere 'solo' le *leges*: non si fa cenno, infatti, ai giuristi classici.

<sup>57</sup> Sul 'valore morale' della parola dell'imperatore si veda *infra*.

<sup>58</sup> Si veda M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano*, II, 1, cit., p. 16 (già in M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la legum permutatio giustiniana*, in *Sem. Compl.*, 29, 2016, p. 141).

<sup>59</sup> Il programma codificatorio di Giustiniano pare subire un mutamento, apprezzabile nel passaggio dalla prima raccolta di *leges* del 529 (in cui pare legato ai metodi ed al pensiero teodosiano e post-teodosiano), ad un modo di intendere e risolvere i problemi definito «più maturo», forse soprattutto grazie all'influsso di Triboniano. In ogni caso, la volontà di governo manifestata nel 426 nella parte occidentale parrebbe ancora essere ispirata a canoni politici fondati sulla legalità, malgrado le gravi pressioni (interne ed esterne) che dilaniavano l'impero in quel momento storico. Tale volontà riuscì ad ispirare ed affascinare gli stessi barbari che di lì a pochi anni sarebbero stati la nuova forza politica operante nei territori romani. Cfr., *ex mult.*, G.G. ARCHI, *Le codificazioni post-classiche*, cit., p. 157 e 165.

Il 2 febbraio 506, a Tolosa, il re dei Visigoti Alarico II promulgò una compilazione giuridica composta da materiali legislativi e giurisprudenziali: la *lex Romana Wisigothorum* (detta anche *Breviarium Alaricianum*)<sup>60</sup>. Essa deve la sua fortuna fra gli studiosi principalmente al fatto che è composta, come riportato nella *praescriptio*, da formulazioni di *ius* tratte principalmente dal Teodosiano (e da altri libri)<sup>61</sup>. Ancora una volta si affida la vigenza del diritto ad un testo, che si vuole completo ed esauriente, legando la sua *auctoritas* a quella del sovrano. Lo si rende strumento di certezza imponendo norme (che si vorrebbero) immutabili.

All'atto pratico, tuttavia, la situazione pare ben diversa. Vi è innanzitutto la problematica riguardante l'effettivo ambito di applicazione del *Breviarium*, ossia se fosse una legge territoriale oppure una normativa applicabile solo alla componente etnica romana<sup>62</sup>. Riformulare e

---

<sup>60</sup> Si veda R. LAMBERTINI, *op. cit.*, *passim*.

<sup>61</sup> 'Praescriptio Breviarium', in *Lex Romana Wisigothorum*, ed. critica a cura di G. HAENEL, Lipsia, 1849, p. 2: «In hoc corpore continentur leges sive species iuris de Theodosiano et diversis libris electae et, sicut praeceptum est, explanatae anno XXII regnante domino Alarico rege, ordinante viro illustri Goiarico comite».

<sup>62</sup> R. LAMBERTINI, *op. cit.*, p. 5, parla di «statuto proprio della componente etnica romana», forse intendendo con 'statuto' appunto 'apparato normativo applicabile ad un popolo (non autodeterminantesi)'. Tale lettura sarebbe forse da considerarsi più opportuna, dato il significato evocativo del termine in questione, dovuto agli sviluppi successivi (e, soprattutto, con riguardo all'epoca comunale). Si vedano in proposito, fra i molti, *passim*, M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto*, Milano, 1969, D. QUAGLIONI, *Legislazione statutaria e dottrina degli statuti nell'esperienza giuridica tardo medievale*, in *Statuti e ricerca storica, Atti del convegno, Ferentino 11-13 marzo 1988*, Ferentino, 1991, p. 61 ss. e ID., *Lo statuto come ordinamento*, in U. PISTOIA, G.M. VARANINI (a cura di), *Statuti di Feltre del secolo XIV nella trascrizione cinquecentesca, con il frammento del codice statutario del 1293*, Roma-Viella, 2006, p. IX ss. Circa la sfera applicativa della *lex Romana Wisigothorum* si vedano, a favore della territorialità: L. GARCÍA GALLO, *Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda*, in *AHDE*, 13, 1936-41, p. 168 ss. e ID., *La territorialidad de la legislación visigoda*, in *AHDE*, 14, 1942-43, p. 593 ss., A. D'ORS, *La territorialidad del derecho del los visigodos*, in *Estud. Visig.* 1, Roma-Madrid, 1956, 91 ss. A favore dell'opinione tradizionale, per cui il *Breviarium* era applicabile ai soli romani: M. KASER, *Storia del diritto romano*, Milano, 1977, p. 260, W. KUNKEL, *op. cit.*, p. 213. Si veda anche R. LAMBERTINI, *op. cit.*, p. 5. Tuttavia, potrebbe essere in questa sede opportuno riportare la *Prima Constitutio* della *lex Burgundionum* (in *MGH, Legum sectio I*, tom. 2 pars prior,

ricombinare norme quasi secolari, da un lato, poteva attribuire autorevolezza al sovrano<sup>63</sup>, ma non pare fosse decisiva per ovviare alla problematica della incertezza del diritto. Significativamente, infatti, è riportata la legge delle citazioni. Ciò può significare che i problemi connessi alle esigenze di certezza fossero rimasti sostanzialmente gli stessi: se da un lato la frammentazione dell'impero romano aveva dato vita ad una pluralità di regni, ciascuno con la propria capitale e, verosimilmente, la propria cancelleria ove conservare i testi legislativi vigenti<sup>64</sup>, continuava a mancare un ceto di giuristi capaci di sviluppare un sistema

---

Hannover 1892, p. 32): «*Inter Romanos vero ... sicut a parentibus nostris statutum est, Romanis legibus praecipimus iudicari: qui formam et expositionem legum conscriptam, qualiter iudicent, se noverint accepturos, ut per ignorantiam se nullus excuset*» («Tra i romani, invece ... come fu stabilito dai nostri avi, ordiniamo si giudichi secondo leggi romane: sappiano essi che riceveranno un modello espositivo delle leggi, secondo le quali giudicheranno, cosicché nessuno possa addurre l'ignoranza a scusa»). Oltre al rilievo che, ancora una volta, un sovrano facesse uso della forma codicistica come strumento di controllo e certezza, andrebbero sollevate due questioni teoriche, antitetiche, circa i motivi che spingevano i sovrani barbari ad emanare leggi particolaristiche. Se da un fatto vi è, come nel testo qui appena riproposto, un'esigenza di 'certezza' che, potrebbe argomentarsi, passa attraverso la discriminazione di un gruppo imponendogli un sistema normativo diverso rispetto a quello di cui usufruisce il ceto dominante, dall'altro si potrebbe ben pensare che l'emanazione di una disciplina particolaristica fosse a tutto vantaggio dell' 'etnia' verso la quale era diretta. Oltre infatti a poter continuare ad usare il diritto che avevano sempre conosciuto (a tutto vantaggio dei cittadini e delle corti, vista la frase di chiusura del frammento), poteva giocare in favore dei barbari il fatto di riconoscere l'identità (culturale e) giuridica delle popolazioni sottomesse. È presumibile inoltre vi fossero norme di raccordo in caso di conflitto fra sistemi normativi.

<sup>63</sup> Unendo il proprio nome a quello del precedente principe che aveva emanato la legge. È conosciuto il passo in cui Cicerone, elogiando il proprio maestro, Molone da Rodi, di riflesso elogia sé stesso (cfr. Cic. *Brut.* 41.151). Sul punto si veda, su tutti, M. MIGLIETTA, *opp. citt.* in nt. 4. Triboniano inoltre, fungendo da 'penna di Giustiniano' (cfr. *const. Tanta*), potrebbe in qualche modo porsi come l'erede di Salvio Giuliano. È altresì noto come Procopio di Cesarea si scagliasse, nei suoi *Anécdota*, attribuendo a Giustiniano l'arroganza di voler tutto stravolgere e mutare per il solo piacere di ridare agli istituti il proprio nome.

<sup>64</sup> Cfr. *Auctoritas Alarici* (scil. *Commonitorium*) in G. HAENEL, *Lex Romana Visigothorum*, Lipsia, 1848, p. VIII: «...*secundum subscriptum librum qui in thesauris nostris habetur oblatus...*».

che potesse prescindere dall'autorità del sovrano per ritornare ad elaborare un diritto fondato sulla 'giustizia'<sup>65</sup> del singolo caso e non che partisse dalla norma positiva.

La tratatizietà della legge delle citazioni non era, tuttavia, confinata all'Occidente. Fu infatti inserita anche nel primo Codice Giustiniano, che non ci è pervenuto. Le vicende della prima opera compilatoria di Giustiniano sono note: la commissione incaricata di redigerlo, dopo appena un anno, la portò a compimento. Con la *const. Summa rei publicae* l'imperatore promulgò il primo Codice, sancendo che potevano essere citate solo le costituzioni in esso contenute, vietando altresì l'uso di ulteriori fonti. Stando ad un papiro rinvenuto ad Ossirinco<sup>66</sup>, parrebbe che fra le varie *constitutiones* inserite in questo codice vi fosse anche quella relativa alla legge delle citazioni. Si ripresentava così il problema che aveva inficiato, a suo tempo, il pieno raggiungimento dello scopo prefissato da Valentiniano: creare un sistema perfetto ed autosufficiente, che non necessitasse di riferimenti o rimandi esterni a fini né definitivi, né interpretativi. Prevedere una norma (quale la legge delle citazioni) che fissi un criterio 'meccanico', ma che al contempo consenta di utilizzarne altre, anche non esplicitamente menzionate potrebbe sembrare, sotto certi aspetti, un controsenso. Forse in tal senso stavano muovendosi i compilatori teodosiani: creare un sistema 'perfetto', che non avesse bisogno di altro, che racchiudesse tutto il diritto fra le due copertine<sup>67</sup>. La turbolenza dei tempi e, forse, l'indole degli imperatori non permisero il compimento dell'opera. In suo luogo, si mantenne la legge delle citazioni, che consentiva una relativa certezza attuando un criterio meccanico. Con Giustiniano invece la raccolta di *leges* e *iura* ebbe maggior successo: forse le maggiori capacità e competenza dei funzionari, forse la personalità dell'imperatore, forse il metodo adottato, per-

---

<sup>65</sup> Si veda *supra*, nota 6.

<sup>66</sup> Il già citato *P. Oxy. XV*, 1922, framm. 1814.

<sup>67</sup> Con Giustiniano il diritto è divenuto un'*ars finita* (così *const. Omnem* § 5): sarà dunque possibile (e necessario) comprenderlo nella sua evoluzione storica. Ma è altresì innegabile che il diritto stesso debba evolversi: la sua finitezza va dunque intesa in relazione all'*'esigenza evolutiva'*. Questa (apparente) contraddizione è risolta dallo stesso imperatore quando si dichiara non solo *conditor*, ma anche *solus interpretis iuris*. Cfr. G.G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, cit., p. 167.

misero di portare a compimento l'opera. Prima che si potesse dichiarare compiuta, occorreva forse modificare alcune parti del *Corpus*: il Digesto raccoglieva il meglio della giurisprudenza romana, dal *ius Aelianum* in poi. Ciò rendeva superfluo qualsiasi riferimento a fonti esterne per citare la giurisprudenza: in tal senso la legge delle citazioni poteva forse considerarsi 'superata'. Non sarebbe stato tuttavia opportuno abrogare solo in parte il 'vecchio' Codice: occorreva promulgarne uno nuovo, viepiù che nel frattempo erano state emanate altre *constitutiones* che andavano ivi inserite<sup>68</sup>. Essendo stato promulgato il Digesto, ogni altra raccolta sarebbe divenuta superflua di conseguenza. La legge delle citazioni avrebbe dunque fissato un criterio meccanico mediante il quale selezionare la norma applicabile al singolo caso concreto, traendolo dalla discussione del *ius controversum*<sup>69</sup>. Il motivo di ciò probabilmente ha origini più problematiche di quanto non possa parere. Già da Costantino la concezione assolutistica ed accentratrice si manifestò, sul piano

---

<sup>68</sup> Si veda, in proposito, M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della 'regula iuris'*, cit., n. 9 a p. 197 ss.: viste le premesse circa l'ispirazione divina della compilazione, l'imperatore, sintetizzando, o insinuava che Dio l'aveva male ispirato nel suggerirgli il primo Codice (contravvenendo così al dogma della perfezione divina) o che Dio l'aveva sì ispirato bene, ma egli aveva capito male. Perciò, ordinata la requisizione di tutte le copie del 'vecchio' Codice, ne ordinò la sostituzione con quello 'nuovo'.

<sup>69</sup> Così M. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel tardo-antico fra volgarismo e classicismo*, in C. GIUFFRIDA, M. MAZZA (a cura di), *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità. Atti del convegno tenuto a Catania, Università degli Studi, 27 settembre-2 ottobre 1982*, Roma, 1985, p. 54. Mentre G.G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, cit., p. 163 attribuisce la scelta di campo del legislatore del Teodosiano alla volontà di mantenere l'*imperium Romanum* anche come unità giuridica. Per raggiungere tale scopo, date le circostanze in cui si trova ad operare, deve lasciare spazio alle eccezioni. È tuttavia anche plausibile che, limitando il numero di giuristi, si tentasse di rendere più efficace (almeno perché più veloce in quanto più facilmente reperibile) la produzione di *responsa* in giudizio. A riguardo si veda, *passim*, V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardo antica*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Roma, 2012, p. 357 s. Circa la scelta dei giuristi di C.Th. 1.4.3 e *ius controversum*, si veda G.L. FALCHI, *Il 'consistorium' imperiale*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, X, Perugia, 1995, p. 201 ss.

legislativo, con l'emanazione di *leges generales* in numero assolutamente soverchiante rispetto a quello dei rescritti<sup>70</sup>. Ciò potrebbe significare che l'enunciazione di regole generali ed astratte, vevoli per un numero indefinito di casi, era preferita al carattere particolaristico della metodologia casistica che godeva ancora di una nobile tradizione. Anche i pochi rescritti emanati durante tale periodo paiono avere queste caratteristiche<sup>71</sup>, in quanto enunciano regole nuove, appunto generali ed astratte: la risoluzione del caso pratico pare essere dunque solo l'occasione per estrinsecarle.

Il superamento del metodo casistico ebbe l'effetto di trasformare la stessa concezione del diritto<sup>72</sup>: da sistema di regole adatto a definire di volta in volta soluzioni giuste, a sistema di regole di comportamento. Da una concezione giurisprudenziale ad una legislativa, per la quale il diritto è contenuto in testi scritti, vigenti in quanto tali, i quali sono il necessario punto di partenza di ogni valutazione giuridica dei fatti<sup>73</sup>.

#### 4. Conclusioni

Il giurista contemporaneo è abituato ad operare partendo da sistemi normativi improntati al metodo deduttivo, tendenzialmente applicando la norma astratta al caso concreto. I giuristi classici, forse sino a Teodo-

---

<sup>70</sup> In tal senso C.A. CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, I, Torino, 1976, p. 96 ss.

<sup>71</sup> Si vedano, sull'esempio di C.A. CANNATA, *op. cit.*, C. I. 7. 32. 10 e di epoca successiva, ma comunque significativa agli scopi dimostrativi qui proposti, C. I. 7. 39. 2.

<sup>72</sup> Così C.A. CANNATA, *op. cit.*, p. 101. G. NOCERA, *op. cit.*, p. 44 e 48: «Con il codice di Teodosio, la certezza del diritto imbocca la strada della codificazione ufficiale, di un testo fisso delle disposizioni normative e ... di un complesso unitario e sistematico delle varie manifestazioni della volontà imperiale ... (p. 48) Come i decemviri così i compilatori parvero porsi la fine del *ius incertum*, ma il risultato cui si pervenne riflette le diverse dimensioni dello stato-città e dello stato-impero».

<sup>73</sup> G.G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, cit., p. 161 parla di «rivoluzione rispetto ad un sistema in gran parte fondato sul sistema del diritto giurisprudenziale. Non solo, ma questi *iura* ... si presentano in funzione integrativa rispetto alla normativa delle costituzioni imperiali da Costantino in poi contenute nel *Theodosianus* e ... vennero confermati nell'*auctoritas* dalla costituzione di Teodosio II del 429».

sio, adoperavano il metodo induttivo: creavano la *regula* a partire dal caso concreto<sup>74</sup>. Il cambiamento è forse apprezzabile ad ogni mutamento di paradigma avutosi con i diversi strumenti a disposizione dei giuristi nell'esperienza romana. Da un momento in cui il *mos* ed il controllo sociale erano sufficienti ad integrare gli imperativi delle XII Tavole, si passa ad un sistema ancora più duttile, ma meglio rispondente alle esigenze sociali. Si ha questo con l'editto del pretore, poi probabilmente cristallizzato sotto Adriano nel cosiddetto 'editto perpetuo'<sup>75</sup>. Tale sistema permetteva di muoversi entro uno schema di azioni che potevano essere adattate al singolo caso. In ciò si consisteva il metodo casistico romano: elaborare un sistema di regole che avessero il proprio acme nel momento processuale, creando un sistema sempre mutevole, sempre adattabile. Ciò fu possibile fintantoché vi fu (anche) una tipologia di processo tale da ammettere la creatività. Con l'avocazione del giudizio da parte dell'amministrazione e, quindi, in ultima istanza del potere imperiale, tali norme cessarono di godere della propria malleabilità. Le costituzioni imperiali del tardo antico furono l'epilogo forse prevedibile di questo decorso. Alle esigenze di certezza e sicurezza furono sacrificate l'adattabilità delle norme e, in una certa misura, le esigenze di giustizia sostanziale.

---

<sup>74</sup> Si veda ancora il contributo alla *regula iuris* di M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza romana tardorepubblicana e formazione della 'regula iuris'*, cit., *passim*.

<sup>75</sup> Ma contro tale opinione, si veda A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*, Napoli, 1990, p. 369 ss.





# INCERTEZZA NEL DIRITTO: LA PROSPETTIVA DELL'IMPEGNO ARGOMENTATIVO

*Serena Tomasi*

SOMMARIO: *1. Introduzione. 2. Gli usi del termine 'incertezza' nei lavori del Convegno. 3. Uso ideologico del concetto di (in)certezza. 4. Le definizioni di (in)certezza. 5. La prospettiva argomentativa. 6. Conclusioni.*

## *1. Introduzione*

Lo scopo di questo contributo è quello di ricostruire gli usi del sintagma 'incertezza' nell'ambito della discussione promossa su questo tema a Trento, in occasione delle Giornate di Studio del 17 e 18 gennaio 2019.

In particolare, questo intervento si occuperà di presentare le diverse forme di incertezza che sono emerse dagli interventi degli studiosi che, da diverse aree del diritto, hanno partecipato alla prima sessione del Convegno, orientati alla ricerca degli 'strumenti' delle (in)certezze.

Nell'effettuare questa ricognizione critica, presento ciò che sembra determinare l'(in)certezza e propongo un modello di descrizione dell'incertezza che consenta di impiegare le diverse accezioni che sono state sviluppate. Questo mi consentirà, contestualmente, di prendere in considerazione il contributo offerto dalla teoria dell'argomentazione giuridica che, preoccupandosi della questione del perché si sia realizzato un certo tipo di risultato interpretativo e/o applicativo, si pone l'obiettivo di suggerire, sul piano prescrittivo, i migliori modelli di giustificazione razionale da usare.

## 2. *Gli usi del termine 'incertezza' nei lavori del Convegno*

Consapevole della polisemia che si annida nel termine 'incertezza', intendo restringere il campo di indagine agli usi del termine che sono stati impiegati durante i lavori della prima sessione del Convegno.

Mi limiterò, in questa fase, a dare conto delle accezioni d'uso del termine nei singoli contributi, per occuparmi nei paragrafi seguenti di cogliere, nei vari interventi, pur nella diversità delle prospettive disciplinari, linee comuni.

Giulia Cusenza, riflettendo sulla funzione nomofilattica della giurisdizione, ha posto attenzione al fatto che l'ordinamento giuridico non possa prescindere dalla giurisprudenza del precedente. Questo saggio associa l'incertezza del diritto al ruolo dell'interpretazione giudiziale che, negli stati costituzionali di diritto, non si limita ad accertare la validità delle norme legislative ma partecipa al giudizio di conformità ai principi costituzionali. Il giudice, interpretando i messaggi legislativi, svolge il lavoro di specificazione e concretizzazione delle norme nei casi concreti. Tale lavoro si carica, nel sistema giuridico come il nostro, di nuovi compiti interpretativi sino a determinare le condizioni per l'ingresso del precedente giudiziale nel sistema delle fonti.

Caterina Tomba ha affrontato il tema a partire dallo studio della responsabilità civile dei magistrati evidenziando, dallo studio dell'istituto (novellato dalla l. 18/2015) e di alcune pronunce (in particolare della Corte di giustizia), che l'interpretazione delle regole rappresenta un elemento costitutivo del diritto e che l'interpretazione giurisprudenziale costituisce un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. In una prospettiva euro-unitaria, la libertà interpretativa del giudice è temperata dall'obbligo di interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, imponendo la ricerca e la preferenza delle disposizioni interne che meglio ne diano attuazione. Il parametro è costituito anche dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia che 'tiene le redini' del processo di attuazione del primato del diritto UE. Un sistema delle fonti del diritto vivente non può in alcun modo non tenere in debito conto la giurisprudenza europea, la quale primeggia sulle pronunce delle corti nazionali, tanto da costituire per le stesse un precedente vincolante.

Roberto Compostela commentando la sentenza Contrada della Corte Edu, ha affrontato il problema della conoscibilità del diritto e della prevedibilità delle decisioni, interrogandosi sulla definizione semantica di 'orientamento consolidato'. Quante sentenze conformi debbono essere conteggiate affinché sia possibile parlare di un consolidato orientamento giurisprudenziale? La sentenza, ove equipara la fonte legislativa e la fonte giurisprudenziale, induce a riflettere sulla necessità di un nuovo diagramma delle fonti del diritto, a favore di un diritto di fonte giurisprudenziale. Sicché la giurisprudenza della Cassazione, sulla scorta della giurisprudenza europea, riconosce un ruolo fisiologicamente creativo di diritto all'attività interpretativa posta in essere dai giudici.

Vincenzo Desantis affronta il caso delle linee guida ANAC il cui uso ha determinato incertezza nell'azione amministrativa e un incremento del contenzioso generato dall'incertezza applicativa. La vicenda mostra il paradosso della competizione delle fonti: uno strumento, di c.d. soft law, creato per interpretare o integrare il dettato legislativo con intenti chiarificatori, ha prodotto l'effetto opposto creando disorientamento ed inducendo gli operatori a ricercare nelle sentenze successive i parametri di correttezza e legittimità.

Tommaso Bianchi affronta il tema dell'incertezza presentando in via paradigmatica il caso dell'esperienza giuridica romana nel tardo antico. La c.d. legge delle citazioni fu emanata in epoca post-classica per risolvere il diritto controverso dovuto all'applicazione del diritto classico. Per limitare il potere degli *iura* (le opinioni dei giuristi) in un quadro complicato dalla vasta disponibilità di materiale giuridico, la soluzione fu quella di limitare le fonti dei processi a soli cinque giuristi. Il rimedio, osserva l'autore, fu quello della semplificazione, limitando il diritto valido ad un testo e legando la sua autorità a quella del monarca.

### 3. *Use ideologico del concetto di (in)certezza*

La prima emergenza è che tutti gli interventi parlano di incertezza del diritto come un fatto: con un approccio disincantato, è riconosciuto come un dato di fatto che il diritto sia incerto, senza che ciò faccia venire meno il valore della certezza. I piani, dell'essere e del dover essere,

vengono tenuti distinti, portando ad evidenza che, se il diritto è incerto, non significa che debba esserlo. Da un lato, cioè, è attestata l'incertezza come fatto, dall'altro è affermata la certezza come valore, intrinseco al diritto. In questo senso, ritengo possibile rilevare l'occorrenza di un uso ideologico del concetto di (in)certezza<sup>1</sup>.

Quest'uso si spiega nell'associazione costante dell'incertezza alla presentazione di strumenti che possono essere impiegati per ovviare alla stessa. Si tratta di un punto la cui importanza appare da tutti condivisa. Gli autori, al di là dei diversi modi in cui il termine è usato, riconoscono che non sia possibile limitarsi ad attestare l'incertezza nel sistema giuridico ma che sia anche necessario proporre strumenti di reazione a questo stato di fatto. Lo studio dell'incertezza del diritto implica cioè, necessariamente, lo sviluppo di teorie che elaborino modelli di reazione.

Sullo sfondo riaffiora il progetto della modernità che riporta il diritto ad un ordine razionale, costruito more geometrico, capace di garantire la prevedibilità dei comportamenti<sup>2</sup>. L'esigenza di affidarsi, anche nel diritto, ad un'oggettività apparentemente neutrale, come quella della scienza, si esprime nella ricerca di una concezione del diritto basata sulla certezza e sui limiti all'arbitrio. Il senso di giusto viene assorbito dalla certezza del sistema: da questo punto di vista, il progetto moderno dello Stato di diritto in cui giusto coincide con l'ordinamento e con la sua certezza riemerge come un sogno perduto. Tanto che tutti gli studiosi intervenuti condividono la tesi per cui occorra elaborare degli

---

<sup>1</sup> Sul tema dell'incertezza, richiamo *ex multis* i contributi: G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Torino, 1998; L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999; C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990; G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Roma, 2010.

<sup>2</sup> Sul modello della modernità giuridica e sulla sua crisi, richiamo segnatamente: P. BARCELLONA, *Il declino dello Stato. Riflessioni di fine secolo sulla crisi del progetto moderno*, Bari, 1998; M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla società pluralista ed interpretazione creativa*, Trieste, 2012; M. MANZIN, *Ordo Iuris. La nascita del pensiero sistematico*, Milano, 2008; B. MONTANARI, *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, 2012; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, 2007; ID. (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008.

strumenti, cioè presentare dei rimedi, più o meno efficaci, diretti a sanare una condizione negativa o comunque sfavorevole.

Ma il messaggio che emerge in tutte le riflessioni è che la transizione dal paradigma moderno a quello postmoderno sia già compiuta e che alla disgregazione dell'ordine nulla impedisce di ricercare nuovi strumenti.

Oltre alla constatazione che il mondo sia cambiato e che la modernità giuridica sia tramontata, alla base di tutti gli interventi c'è la consapevolezza del cambiamento e nuova enfasi per la trasformazione<sup>3</sup>.

L'accento posto sugli strumenti rende più visibili i cambiamenti ma mostra anche che una realtà coincidente con quella raffigurata dalla modernità non è mai esistita. Il progetto moderno fondato sulla certezza del diritto si ripresenta nei contributi in uno con la coscienza del suo effetto mistificatorio.

Se comune è l'orizzonte di partenza, ugualmente condivisa è la prospettiva di chi scorge nel nuovo orizzonte non solo il disordine ma anche la sfida di ricercare nuovi modelli e nuove configurazioni dell'esperienza giuridica. L'atteggiamento comune, impostando le relazioni sulla ricerca degli strumenti delle incertezze, è quello di intercettare linee di tendenza e nuovi assetti in ogni pratica del diritto.

#### 4. *Le definizioni di (in)certezza*

Ciò che distingue i diversi contributi è la definizione di incertezza: ciascun autore descrive in che cosa consiste di fatto l'incertezza e ne fornisce una diversa qualificazione. Non vi è uniformità nell'identificazione dell'incerto.

Le ragioni di ciò sono pragmatiche e teoriche: nel primo senso, diversi sono i contesti applicativi del diritto, da cui derivano diverse forme di manifestazione dell'incertezza del diritto; nel secondo senso, il contenuto del valore della certezza può essere diversamente declinato in assenza di un modello unico di riferimento. La definizione di certezza è

---

<sup>3</sup> Sulle tendenze della scienza giuridica, v. A. CALBUCCI (a cura di), *La complessità del diritto. Nuovi itinerari del pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2009; F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto*, Roma, 2013.

il frutto di un'opzione teorica e di una scelta di valore che ha a che fare con la configurazione dei valori giuridici.

Riprendo, per la sua chiarezza sistematica, lo schema di analisi di Claudio Luzzati che descrive il contenuto del valore della certezza in relazione alla concezione di sistema giuridico, distinguendo il modello sapienziale della giurisprudenza romana e quello vetero-positivista da quello post-positivista contemporaneo<sup>4</sup>.

Il primo è il modello della giurisprudenza romana, fondata sulla prevalenza dell'attività esegetica, nel quale l'interprete rivestiva un ruolo di garanzia della sistematicità del diritto, armonizzando le regole ai casi concreti. Ai *iuris prudentes* fu assegnato il ruolo di custodi della certezza giuridica: essendo l'ordinamento giuridico romano basato sulla casistica, l'interpretazione giurisprudenziale divenne una vera e propria attività di creazione del diritto, caso per caso.

L'illuminismo giuridico esprime, invece, una concezione del diritto a formazione statutale, che implica una posizione di superiorità del Parlamento e per l'effetto, tra le fonti, la rilevanza della legislazione. Secondo questo modello, il decisore – grazie alla codificazione – disponeva degli elementi atti a costituire il discorso normativo ove sussumere il fatto. La riduzione del ragionamento processuale a sillogismo rappresentava la possibilità di escludere l'arbitrio dei giudici, trasformandoli in automi. Sulla base di questo modo di intendere il diritto, l'ordinamento giuridico è completo (o facilmente completabile): la regolamentazione giuridica salvaguarda la certezza perché consente, per i cittadini, la prevedibilità dell'intervento decisionale e, per gli organi stessi, la prevedibilità della propria decisione, in un sistema in cui i rapporti giuridici sono stabili e coerenti.

La crisi del positivismo giuridico ha generato la progressiva perdita di certezza e tentativi di ricomprensione del fenomeno giuridico: nelle organizzazioni giuridiche contemporanee sono presenti, talvolta nella forma codificata di principi, valori diversi la cui compatibilità non è scontata. Chi studia o chi interpreta il diritto deve mettere il sistema in una coerenza che in partenza mancava. L'interprete, esprimendo in

---

<sup>4</sup> C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999.

proprio delle valutazioni, non si limita ad un'attività ricognitiva di certi contenuti giuridici ma esercita un'attività creativa in senso forte, a carattere quasi legislativo<sup>5</sup>. Il contesto è complicato perché plurale: da un lato, il contenuto delle disposizioni costituzionali implica una maggiore fluidità dei rapporti tra diritto e morale, dall'altro lato, la compresenza di ordinamenti nazionali e sovranazionali richiede un'attività di armonizzazione dei rapporti tra normative e tra le Corti. In opposizione al normocentrismo, la struttura del diritto post-moderno è policentrica, contraddistinta dalla molteplicità di ordini giuridici nelle comunità nazionali e internazionali, con conseguente effetto di 'ipertestualità' e instabilità del diritto.

Oggi c'è uno iato tra l'incertezza dell'applicazione del diritto e la sua certezza: un'evidente testimonianza di ciò è rappresentata dal dilagare di pubblicazioni che mettono in luce gli aspetti del fenomeno giuridico come solubile, fluido, inesistente, liquido<sup>6</sup>.

### 5. *La prospettiva argomentativa*

Proprio dentro questa situazione di 'liquidità' del diritto, di fronte alle crescenti asimmetrie tra 'il diritto dei codici' e il 'diritto vivente', si avverte il bisogno di certezza. Risultano molto ripetuti termini come "certezza" (della pena, della legge) o richiami in senso lato alla "ragionevolezza".

In questa direzione, aumenta la fiducia per la pratica argomentativa, intesa come un atteggiamento di uso della ragione critica nel rapporto conoscitivo con la realtà. L'argomentare è, per certi versi, oggi, una

---

<sup>5</sup> Sul ruolo dell'interprete, v. anche M. COSSUTTA, *Interpretazione ed esperienza giuridica. Sulla critica della concezione meccanicistica dell'attività interpretativa*, Trieste, 2011.

<sup>6</sup> N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2000; M. JORI, *Del diritto inesistente*, Milano, 2010; F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., pp. 29-48; M. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

“sfida esistenziale e culturale”<sup>7</sup>, che interessa non solo il diritto ma diversi ambiti e contesti della vita sociale: di fronte all’incertezza e alla diversità delle opinioni, interviene la ragione critica come referente per distinguere il ragionevole dall’irragionevole e come strumento di verifica e giudizio delle scelte.

Convenzionalmente, si fa risalire la nascita della teoria dell’argomentazione all’anno 1958, che coincide con l’anno di pubblicazione del Trattato dell’Argomentazione<sup>8</sup>: ricostruendo le ricerche di Perelman e Lucie Olbrechts Tyteca, Letizia Gianformaggio<sup>9</sup> osservava che alla base dell’approccio della nuova retorica vi sia l’insoddisfazione rispetto alla visione del formalismo logico-matematico e il bisogno di opporre alla razionalità ipotetico-deduttiva e all’arbitrio soggettivo, la ragionevolezza, che ha il suo modello nella giurisprudenza e nell’idea di giustizia. Alla base degli studi che hanno spinto Perelman a riscoprire il senso della retorica classica vi è proprio il bisogno di dare un fondamento di verità al diritto e alla cultura giuridica: lo sforzo è quello di sanare la spaccatura moderna tra le ‘due culture’<sup>10</sup> e far sì che anche le scienze umane possiedano un grado di tecnicità.

Questo capovolgimento di prospettiva ha portato ad una riscoperta del valore euristico degli strumenti dell’argomentazione: non si tratta solo di una tecnica per esercizi sofisticati di stile né di un puro calcolo logico; il discorso retorico, infatti, non mira ad una verità astratta ma ad un fine pratico. All’idea di una forma logica pura e generale applicabile a qualsiasi contenuto si sostituisce l’idea che esistono diversi criteri di riferimento e diversi gradi di probabilità o certezza. La ragionevolezza non dipende dalla struttura logica del ragionamento ma dalle procedure di esplicitazione dei diversi elementi che sostengono la conclusio-

---

<sup>7</sup> P. NANNI, *Introduzione*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un ragionevole rapporto con la realtà*, Milano, 2017, p. 14. I contributi del volume riflettono sul valore positivo del dialogo critico evidenziandone il carattere strumentale in diversi ambiti, dal mondo della scuola e dell’educazione sino ai settori dell’imprenditoria e della finanza.

<sup>8</sup> P. CANTÙ, I. TESTA, *Teorie dell’Argomentazione. Un’introduzione alle logiche del dialogo*, Milano, 2006.

<sup>9</sup> L. GIANFORMAGGIO, *La Nuova Retorica di Perelman*, in C. PONTECORSO (a cura di), *Discorso e Retorica*, Torino, 1981, p. 112.

<sup>10</sup> C.P. SNOW, *Le due culture*, Venezia, 2005.



ne. Come dire: la verità di un ragionamento deduttivo è cosa ben diversa dall'evidenza persuasiva poiché persuasività retorica e rigore logico possono non convergere. Ci sono casi di ragionamenti che sembrano convincenti ma non sono validi logicamente ovvero ragionamenti perfetti ma non convincenti<sup>11</sup>. Le teorie contemporanee dell'argomentazione vengono in aiuto ove, concentrandosi su questo spazio di sfasatura tra logica e retorica, studiano e classificano le fallacie argomentative, mettendo a punto rassegne più o meno dettagliate di errori connessi al cattivo uso delle regole della logica o all'erronea applicazione in contesto o alle tendenze di natura cognitiva<sup>12</sup>.

Ciò che accomuna le moderne teorie dell'argomentazione è la pretesa di rappresentare le 'vere' leggi del pensiero, elevando la ragionevolezza retorica alla forma 'naturale'<sup>13</sup> della ragione umana. La rinascita degli studi argomentativi si accompagna ad una proliferazione di sistemi logici che tendono a liberare la razionalità dalle maglie della logica formale a favore di logiche diverse idonee a dar conto della complessità e del dinamismo dei discorsi ordinari.

L'applicazione al contesto giuridico dei metodi di analisi e valutazione elaborati dalle teorie dell'argomentazione ha stimolato nuovi accostamenti alla crisi della giustizia e della certezza del diritto.

L'idea dominante è che la correttezza del ragionamento possa essere misurata rispetto a standard che spetta alla teoria chiarire e alla prassi elaborare. In quest'ottica, gli studi di argomentazione giuridica approfondiscono, sul piano teorico, come si formano discorsi veri e validi e, dal punto di vista pratico, come si sviluppano scelte efficaci.

Sulla base delle ricerche argomentative, la distanza tra incertezza e certezza nel giudizio può essere ridotta.

---

<sup>11</sup> Per un approfondimento, si rimanda a: F. D'AGOSTINI, *Le ali del pensiero. Corso di logica elementare*, Torino, 2003; EAD., *Logica in pratica. Esercizi per la filosofia e il ragionamento comune*, Roma, 2013.

<sup>12</sup> EAD., *Verità avvelenata. Buoni e cattivi argomenti nel dibattito pubblico*, Torino, 2010.

<sup>13</sup> M. MAURIZIO, S. TOMASI, *Sulla ragionevolezza*, in *L'analisi linguistica e letteraria*, 1, 2015, pp. 13-33.

In questa direzione, nel dibattito contemporaneo, si pongono i contributi di Giovanni Tuzet e Maurizio Manzin<sup>14</sup>. Entrambi negano il modello unico di riferimento del giudice bocca della legge e, nella consapevolezza di un contesto di diritto liquido, rivendicano la possibilità di decisioni corrette e accettabili.

L'approccio di Giovanni Tuzet si incentra sull'inferenza, considerandola come una delle dimensioni fondamentali della ragionevolezza ed il modo per ridurre lo iato tra il giudizio quale è e quale dovrebbe essere. Il taglio è pragmatista e analitico: da un lato, tiene conto di come nel mondo fatti, valori, conoscenze e errori siano intrecciati, dall'altro predilige l'analisi come metodo di accostamento al diritto. Guardando alla pratica e all'esperienza del giudicare, Tuzet riconosce che l'inferenza gioca un ruolo fondamentale: muovendo da questa consapevolezza, propone di offrire un'ipotesi analitica e valutativa dell'inferenza come centro del ragionamento giudiziale. Esistono infatti forme non sillogistiche di ragionamento, come l'abduzione: Pierce chiamava l'abduzione 'retrodeduzione', spiegandola come una sorta di ragionamento all'indietro che ci riporta alle investigazioni di Sherlock Holmes e ai racconti di Conan Doyle<sup>15</sup>, alla capacità di saper formulare delle ipotesi di lavoro e all'accuratezza di vagliarne la tenuta. Anche il giudice ricorre, in ambito decisorio, all'abduzione: per quanto essa sia una congettura di carattere fortemente intuitivo e sia cioè un'inferenza incerta, può essere posta alla prova per verificarne la corrispondenza alla realtà, esattamente come una congettura matematica. La logica del giudizio può essere, cioè, passata al vaglio di stringenti test e criteri capaci di valutare la giustificazione resa dal giudicante.

Gli studi di retorica forense mettono, invece, a fuoco il nesso tra inferenza e persuasione attraverso il concetto di entimema. Il modello di Maurizio Manzin sviluppa l'entimema retorico come fulcro logico e comunicativo del ragionamento giudiziale ed ambisce a rappresentare in uno schema, di soli cinque passaggi, le manovre necessarie per il giudice per giustificare in modo ragionevole e accettabile per le parti la

---

<sup>14</sup> G. TUZET, *op. cit.*; M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014.

<sup>15</sup> Per approfondire l'argomento, v. anche U. ECO, T.A. SEBEOK, *Il segno dei tre. Holmes, Dupin, Peirce*, Milano, 2004.

propria decisione<sup>16</sup>. La prospettiva è quella dell'argomentazione ragionevole che allarga i procedimenti logici ed epistemici della ragione rispetto alla sola ragione deduttiva<sup>17</sup> e prescrive una serie di criteri per presentare il discorso argomentativo e giudicarlo secondo ragione. La procedura retorica non comporta il venire meno della razionalità ma, anzi, arricchisce i criteri in un movimento che tende a comprendere più fattori, razionali, etici ed emotivi. Come si fa a riconoscere una sentenza giusta? Il giudice, secondo il modello elaborato da Manzin, deve vagliare i discorsi delle parti e valutarli secondo diversi criteri: l'adeguatezza topica, la rilevanza, la coerenza logica, la correttezza dialettica e l'impegno persuasivo. La persuasione è propria di ogni fase di sviluppo: è ciò che rende effettive le inferenze per il destinatario.

Il modello di Manzin propone una moderna teoria dell'entimema che mira a cogliere non solo l'inferenza, ma anche la componente dialogico-cooperativa del processo decisionale. L'attenzione alla dimensione retorica si traduce in una cura per la dimensione umana del decidere e ai fattori che possono incidere nel percorso che porta ad un assenso ragionevole da parte dell'uditorio.

## 6. Conclusioni

I modelli di analisi, valutazione e presentazione dei discorsi, introdotti dagli studi di argomentazione e presentati nel paragrafo precedente, segnano nell'ambito giuridico una via di soluzione alla crisi della certezza.

Gli approcci di Tuzet o Manzin sono citati a titolo esemplificativo: altri approcci al dialogo argomentativo come il modello della discus-

---

<sup>16</sup> M. MANZIN, *Argomentazione giuridica*, cit., spc. cap. IX, p. 157 ss.

<sup>17</sup> Di 'allargamento della ragione' si parla in diversi sensi: si rimanda in particolare alle ricerche sulla topica e sul modello ATM (Argumentum Model of Topics) sviluppato da Eddo Rigotti e dai suoi allievi. V. A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, pp. 88-120.

sione critica (van Eemeren e Grootendorst)<sup>18</sup> o il modello di Plantin<sup>19</sup> (c.d. ‘trilogue’) o della ‘nuova dialettica’ di Walton<sup>20</sup>, possono essere utili perché permettono di tenere conto delle caratteristiche del dialogo oltre che delle singole mosse inferenziali. Essi offrono spunti per spiegare l’efficacia o l’inefficacia di un argomento: rispondere ad una serie di domande, che la ricostruzione analitica dell’argomentazione mette a punto, permette di giungere ad una valutazione critica e consapevole di un discorso.

Vale a dire: se un’alternativa c’è allo smarrimento nell’epoca del diritto liquido, essa dipende da un diverso modo di rapportarsi al diritto che ripercorre le tracce di una concezione positiva di persuasione e che si avvale dei mezzi dell’arte retorica. Il recupero della ragionevolezza argomentativa, e in particolare, della retorica rappresenta, nel panorama attuale delle scienze umane e sociali, un *commitment* impegnativo: esso implica una scelta di campo e uno sguardo diverso alla realtà e anche al diritto. Il giurista è chiamato ad acquisire *character skills*, ad acquisire abilità strumentali, ad esercitarsi in ricostruzioni analitiche, configurazioni inferenziali e percorsi argomentativi. Il recupero dell’idea dei generi propri della retorica (epidittico, deliberativo e giudiziario) riporta a ripensare la formazione del giurista come educazione all’uso della ragione: a lavorare sulle procedure che eliminino l’errore, su percorsi inferenziali, a favorire il clima argomentativo e porre le basi per un percorso di avvicinamento ragionevole alla realtà<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> F. VAN EEMEREN, R. GROOTENDORST, *A Systematic Theory of Argumentation. The pragmatical-dialectical approach*, Cambridge, 2004.

<sup>19</sup> C. PLANTIN, *L’Argumentation*, Parigi, 1996.

<sup>20</sup> D. WALTON, *The New Dialectic. Conversational Contexts of Argument*, Toronto, 1998.

<sup>21</sup> M. BELTRANI, *Gli strumenti della persuasione. La saggezza retorica e l’educazione alla democrazia*, Perugia, 2009; P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017.

SEZIONE II

GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE



# GLI AMBITI PARADIGMATICI DELLE (IN)CERTEZZE

Carla Maria Reale

SOMMARIO: 1. *Il diritto come fenomeno sociale dinamico e la fisiologia delle (in)certezze.* 2. *Gli ambiti paradigmatici come finestre sul nostro tempo.* 3. *Società e diritto in dialogo: reciproco ascolto e riconoscimento.*

## 1. *Il diritto come fenomeno sociale dinamico e la fisiologia delle (in)certezze*

Molto è stato detto circa la necessità di certezza in ambito giuridico, questa rappresenta, infatti, uno dei principi cardine nel moderno stato di diritto, il presupposto per l'*azione* dei consociati in un dato spazio, l'attuazione di un principio di eguaglianza nei confronti delle cittadine e dei cittadini<sup>1</sup>.

Allo stesso tempo, questa idea di certezza del diritto è stata fortemente messa in discussione da molte/i giuriste/i, già a partire dalla seconda metà del Novecento. La certezza del diritto viene contestata per la sua scarsa realizzabilità in concreto, tacciata dunque di essere un costrutto meramente ideale, slegato rispetto alle esigenze dell'attualità giuridica, ma si discute persino del fatto che questa possa non essere un

---

<sup>1</sup> Sulla certezza del diritto come valore fondante in ambito giuridico moltissime/i illustri pensatrici/pensatori hanno scritto. Per scelta dell'autrice, in questa sede, si richiamano gli scritti di Bobbio e Gianformaggio in cui il tema è trattato. Si veda dunque: L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto* (1986), in EAD. (a cura di), *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2008, p. 84 in cui afferma «il diritto per questo esiste, per esser certo». Alla filosofa si deve anche la distinzione fra certezza come dato fattuale e certezza come valore. Per quanto riguarda l'opera di Bobbio si veda N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1951, p. 150 in cui sostiene che la certezza sia «un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto».

valore perseguibile, in un sistema giuridico che deve essere vitale e aperto<sup>2</sup>.

Vero è che il diritto è profondamente immerso nel tessuto sociale, di cui si alimenta ed in cui è chiamato a vivere ed agire. Ma prima ancora, il diritto è esso stesso un fenomeno sociale e come tale è soggetto ad urti, tensioni e resistenze che lo mettono alla prova, lo rimodellano e talvolta ne logorano l'assetto complessivo.

In questa ottica, forse, potremmo leggere gli aspetti della certezza e dell'incertezza del diritto: non come due poli opposti e dicotomici, ma come un *continuum*, nella duttilità di un contesto sociale altamente dinamico e fluido, come quello che ci troviamo a vivere e che vogliamo interrogare in queste pagine.

## 2. *Gli ambiti paradigmatici come finestre sul nostro tempo*

In questa sezione sono raccolti quei contributi che, proprio nel differenziarsi dei temi trattati, posso rappresentare quegli ambiti in cui, in maniera significativa ed emblematica, si dispiegano nel tempo attuale le (in)certezze del fenomeno giuridico.

Emerge da questi contributi, come, ad oggi, affianco agli ambiti più classicamente associati all'esigenza di certezza giuridica, ci siano molteplici e diversi bacini di afferenza, profondamente intrecciati al mutamento sociale e allo sviluppo tecnologico<sup>3</sup>.

Se, soprattutto in passato gli ambiti in cui maggiormente emergeva il bisogno di un diritto solido erano quelli riguardanti il diritto penale, in cui la certezza è perno dell'intera architettura, e quello dei rapporti economici, a garanzia dei diritti dei singoli in questa sfera, questi studi evidenziano come gli ambiti (in)certi si moltiplichino parallelamente al nascere di nuove istanze di tutela, di nuovi spazi di attuazione dei diritti costituzionalmente garantiti.

---

<sup>2</sup> Su questo punto, esemplificativamente, P. GROSSI, *Sulla odierna «incertezza» del diritto* (2014), in *Giustizia civile*, 4, 2014, pp. 921-955.

<sup>3</sup> Si veda, in questo senso, F. 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*, in questo volume.



L'ambito dei rapporti economici è sempre stato attraversato dall'esigenza di un diritto certo, che potesse garantire gli scambi, dimensione che oggi si arricchisce di molti aspetti, quali l'emersione della finanza a livello globale, un rinnovato rapporto fra dimensione pubblica e privata nella gestione dei traffici economici, sullo sfondo di una crisi economico-finanziaria che diviene, spesso, anche una crisi degli strumenti giuridici. Fra questi ambiti anche quello tributario, più tipicamente afferente all'area della res pubblica, può offrire nuovi spunti di discussione, al fine di vagliare gli strumenti esistenti di contrasto alle incertezze in ambito tributario con approccio critico e sviluppare un ragionamento attorno ai possibili meccanismi di soluzione anticipata delle problematiche in capo all'amministrazione finanziaria<sup>4</sup>.

Alle (in)certezze che si dispiegano in ambito tecnologico è dedicata l'intera terza sezione del volume: argomento complesso e molto ricco di spunti, che raccoglie sotto il medesimo ombrello, questioni molto differenti fra di loro. Un primo elemento di riflessione su questo ampio tema viene qui introdotto a partire dall'ambito sanitario, in particolare riguardo gli aspetti relativi all'acquisizione del consenso, dei dati sanitari e della medicina personalizzata<sup>5</sup>. Questioni che mettono in luce, trasversalmente, la rilevanza del tema della gestione dei dati personali in ambito giuridico e le necessità di dirimere le incertezze a partire dall'elaborazione di una nozione di dato.

Altro ambito che emerge, dalla giornata studio, come foriero di incertezze è quello del diritto di famiglia. La famiglia, infatti, o sarebbe meglio dire le famiglie, rappresentano una cartina di tornasole capace di raccontare i profondi mutamenti sociali che hanno investito l'individuo nella sua sfera identitaria, ma anche le formazioni sociali, con importanti ripercussioni in ambito giuridico. Il diritto di famiglia italiano è stato profondamente influenzato dai cambiamenti sociali degli anni Settanta, a partire dalle rivendicazioni dei movimenti: come quello dei diritti civili, il movimento femminista: si pensi alle leggi sul divor-

---

<sup>4</sup> Approfondisce proprio questi aspetti il contributo di F. FARRI, *Le (in)certezze nel diritto tributario*, in questo volume.

<sup>5</sup> Tutti questi sono gli ambiti trattati, nel prisma del diritto sanitario, da A. MARTANI, *Le incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna: sfide presenti e future*, in questo volume.

zio (l. 898/1970), sull'istituzione dei consultori familiari (l. 405/1975), sull'aborto (l. 194/1978) e sulla riassegnazione anagrafica del sesso (l. 164/1982). Ad oggi molto è mutato, senza tuttavia una equiparabile stagione di riforme dal punto di vista giuridico, ambito nel quale – al contrario – gli interventi sono stati frammentari (si pensi alla riforma dello *status filiationis*, l. 219/2012; e alla legge sulle unioni civili, l. 76/2016) e spesso scarsamente avveduti (il riferimento è alla l. 40/2004 ed ai molteplici interventi della Corte costituzionale in materia)<sup>6</sup>. Le nuove istanze di tutela emerse, che spaziano dalle rivendicazioni di persone trans e intersex, volte a mettere in discussione il binarismo di genere nelle risultanze anagrafiche<sup>7</sup>, ad un concetto di famiglia e dei rapporti di coppia sempre più slegato da quelli che ad oggi sono percepiti come obsoleti ruoli di genere<sup>8</sup>, fino al riconoscimento delle famiglie omogenitoriali, sono questioni che sono state principalmente affrontate dalla giurisprudenza, nel tentativo di rimarginare situazioni incerte ed attuare i principi costituzionali, a partire da quelli di eguaglianza e non discriminazione. In questo senso la giurisprudenza ha sviluppato e sempre più attuato il criterio del *best interest of the child* per dirimere controversie vertenti sul riconoscimento dello *status filiationis* di figli/figlie nati/e da tecniche riproduttive vietate in Italia (quali la gestazione per altri) o da famiglie omogenitoriali<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Per una ricostruzione complessiva dell'evoluzione della l. 40/2004, come modificata dalle pronunce della Corte costituzionale, si veda: M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *Biolaw Journal - Rivista di Biodiritto*, Special Issue, 2, 2019, pp. 453-467

<sup>7</sup> Si pensi ai recenti approdi della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di riconoscimento di identità di genere (sent. 221/2015; sent. 180/2017), ma anche, in prospettiva comparata, alla giurisprudenza costituzionale tedesca (Bundesverfassungsgericht, 1 BvR 2019/16) e austriaca (Verfassungsgerichtshof, E 2918/2016-29) che ha riconosciuto la necessità di prevedere una terza entrata nei certificati di nascita per persone nate con una condizione intersex.

<sup>8</sup> Entrambe le questioni, quella della messa in discussione del binarismo di genere in ambito giuridico e dell'implicazione della maggiore rigidità dei ruoli di genere all'interno della famiglia, sono trattate nel contributo di M. RIZZUTI, *Una (in)certa idea di famiglia: tra giudici e legislatori*, in questo volume.

<sup>9</sup> Il contributo di M. DI MASI, *L'interesse del minore quale unica certezza nell'odierno diritto di famiglia*, in questo volume, approfondisce e lega proprio questi

Tutti questi ambiti sono legati da un filo rosso che mostra come il binomio certezza/incertezza rappresenti, nell'interazione fra i vari formanti giuridici, la possibilità di uno strumento giuridico capace di guardare oltre al formalismo della norma, pur nell'impossibilità di superare pienamente a quelli che possono divenire situazioni di disegualianza sostanziale ed ingiustizia.

### 3. Società e diritto in dialogo: reciproco ascolto e riconoscimento

Ad oggi, in questa epoca di post-modernismo, epoca di un diritto chiamato incalcolabile<sup>10</sup>, il fenomeno giuridico ha cessato la propria pretesa di neutralità<sup>11</sup> e si riconosce come fenomeno sociale ibrido ed ibridato. Per risignificare il discorso sulla certezza e l'incertezza del diritto, potrebbe essere utile ripartire dalla consapevolezza del legame stretto e mutamente nutriente fra il fenomeno sociale ed il fenomeno giuridico.

Come è stato già espresso in questo volume, l'incertezza può essere considerata, positivamente, alla stregua di un motore per il diritto<sup>12</sup>, una spinta ad un miglioramento e rinnovamento interno, per un'evoluzione che ne eviti staticità e scollamento dal tessuto sociale. Al contempo tuttavia, al fine di arricchire il dibattito, si vorrebbe suggerire come l'in-

---

aspetti. Nello scritto infatti, l'autore mostra come quella che definisce la "svolta biotecnologica della famiglia", che accomuna chiunque faccia ricorso a determinate tecniche procreative, richieda al formante giurisprudenziale soluzioni nuove, creando nuove categorie ordinanti nel diritto di famiglia contemporaneo.

<sup>10</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 3-18

<sup>11</sup> L'opera di disvelamento del diritto come strumento che riflette una precisa idea di soggetto, caratterizzato dal punto di vista di genere, di orientamento sessuale, di razza, caratteristiche fisiche (non-disabilità) ed anche dal punto di vista religioso è stata oggetto di studi delle teorie critiche del diritto. Per un primo approccio d'insieme a questi studi e alle specifiche prospettive che introducono (femminismo giuridico, *critical race theory*, prospettiva decoloniale, teoria queer del diritto, teoria critica sulla disabilità, ecc.) si consiglia la lettura di M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017.

<sup>12</sup> Si veda in questo senso il contributo di L. BUSATTA, *Gli strumenti delle (in)certezze*, in questo volume.

certezza, nei suoi risvolti maggiormente problematici, possa essere arginata da un dialogo rafforzato fra società e giuristi, che parta dal riconoscimento e preveda reciproco ascolto.

Da una parte, il diritto non dovrebbe avere remore nell'assumere talvolta, un orientamento che possa orientare la società verso approdi largamente condivisi, espressioni di una cultura dei diritti di matrice europea, anche laddove il sentire non sia necessariamente diffuso. In questo senso il diritto potrebbe essere un traghetto, che porti delle istanze minoritarie conformi alla cultura giuridica dei diritti fondamentali, verso una fetta più ampia di persone. Potrebbe dunque recuperare un valore positivamente simbolico e pedagogico, sulla scia di realizzazione di un disegno costituzionale che necessita di essere sempre attualizzato.

Dall'altra, tuttavia, il diritto dovrebbe farsi penetrare dalla società, con riferimento soprattutto al processo di redazione delle leggi, nella misura in cui le istanze dei soggetti coinvolti in prima persona, i loro bisogni, le loro esperienze dovrebbero trovare ingresso nel dibattito parlamentare (ed anche in ambito giurisdizionale, ove possibile), per poter creare delle leggi che possano realmente avere un volto, il più somigliante possibile a quello delle persone che intende tutelare<sup>13</sup>. Si pensi, in questo senso, al processo di redazione, in sede internazionale, della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, che ha coinvolto moltissime persone disabili, attivisti, associazioni, mosse dal presupposto che fosse necessario ascoltare la voce delle persone direttamente interessate, per creare uno strumento giuridico che potesse essere effettivo<sup>14</sup>.

Se le incertezze dunque sono rappresentazione del dinamismo del fenomeno giuridico, un dialogo aperto fra i soggetti che contribuiscono a plasmare il diritto, in tutte le sue componenti (operatori/operatrici,

---

<sup>13</sup> Questo suggerimento è stato in particolar modo sollevato dalla teoria queer del diritto, che possiamo considerare come una corrente di studi appartenente alla famiglia delle *critical law theories*. Per approfondire si veda F. VALDES, *Afterword & Prologue: Queer Legal Theory*, in *California Law Review*, 1, 1995, pp.344-378.

<sup>14</sup> Per approfondire la genesi della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità si rimanda a R. KAYESS, P. FRECH, *Out of darkness into light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, in *Human Rights Law Review*, 1, 2008, pp. 1-34.

giudici, accademiche/ci, legislatore) e la società, in uno scambio che sia reciproco ascolto e nutrimento, può rappresentare quel *quid* capace di impedire che l'ordinamento si trasformi in *disordinamento*<sup>15</sup>.

I contributi che seguiranno possono essere letti attraverso questa chiave di lettura, che non vede la certezza e l'incertezza del diritto come due poli in opposizione, ma le lega in un *continuum* in divenire, che può essere indirizzato ad un diritto sempre più attento, se capace di riconoscersi come fenomeno sociale e vivere in quello stesso tessuto.

---

<sup>15</sup> La locuzione è stata usata in dottrina per la prima volta da G. ITZCOVICH, *L'integrazione giuridica. Un'analisi concettuale*, in *Diritto pubblico*, 9, 2005, p. 783.



# L'INTERESSE DEL MINORE QUALE UNICA CERTEZZA NELL'ODIERNO DIRITTO DI FAMIGLIA

*Maurizio Di Masi*

SOMMARIO: 1. *La certezza del diritto nel dibattito giusprivatistico recente.* 2. *La certezza del diritto e la specialità del diritto di famiglia.* 2.1. *La specialità come certezza nel pensiero giuridico classico.* 2.2. *La fase sociale del diritto di famiglia e le sue funzionalizzazioni.* 2.3. *La certezza del diritto di famiglia e la preminenza dell'interesse del minore nella fase attuale.* 3. *Interesse del minore, tecnica legislativa e realtà dal dinamismo crescente.* 4. *Certezza del rapporto di filiazione e interesse del minore alle prese con la svolta biotecnologica della famiglia.* 4.1. *Il caso della gestazione per altri.* 4.2. *Il caso dei minori delle c.d. famiglie arcobaleno.* 5. *Il best interest of the child come categoria ordinante del diritto di famiglia contemporaneo.*

## *1. La certezza del diritto nel dibattito giusprivatistico recente*

Per il civilista la certezza – e ancor più l'incertezza – del diritto costituisce tema di rinnovato interesse<sup>1</sup> ed è strettamente connesso alla crisi delle categorie giuridiche tradizionali<sup>2</sup>, determinata dal deteriorarsi della sovranità nazionale degli Stati<sup>3</sup> e dalle trasformazioni del capitali-

---

<sup>1</sup> Cfr. G. ALPA, *La certezza del diritto al tempo dell'incertezza*, in *Rass. Forense*, 1/2006, p. 307 ss.; e da ultimo l'analisi di C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

<sup>2</sup> N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013.

<sup>3</sup> D'altra parte, la certezza del diritto appare spesso valore connesso all'idea di Stato (di diritto e) costituzionale, ma diffusamente cfr. A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015. Peraltro, sul punto i civilisti sono stati alquanto avveduti, sentendo da subito la necessità di legare di superare il dogma della statualità del diritto privato, rivendicandone la sua estrastatualità, riconoscendo cioè un'ampia area della giuridicità fuori dall'imposizione statualista, essendo la ragione "l'anima del diritto": F. VASSALLI, *Estrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, 2, Milano, 1960, p. 753 ss.

smo<sup>4</sup>. Fattori, questi ultimi, che per taluni hanno comportato l'eclissi del diritto civile<sup>5</sup> o, come anche è stato detto, la sua incalcolabilità<sup>6</sup>, dovuta al moltiplicarsi delle fonti del diritto, al(l'indubbia) perdita di centralità del diritto per fattispecie, all'ascesa del ragionamento giuridico per principi e clausole generali ed al conseguente ruolo crescente assunto dalla giurisprudenza<sup>7</sup>, che diventa fonte integrativa del diritto<sup>8</sup>. In un quadro caratterizzato dal pluralismo dei valori di riferimento e dall'instabilità determinata dalla «nebulizzazione del sistema delle fonti»<sup>9</sup>, la certezza del diritto entrerebbe in crisi assieme allo *jus positum* che ne dovrebbe costituire il modello di riferimento. Con ciò lasciando il civilista alle prese con un aspro contrasto metodologico e di politica del diritto<sup>10</sup>, essendo in balia di un nichilismo passivo, che si traduce nel salvagente della forma<sup>11</sup>, oppure del nichilismo attivo, tipico del realismo statunitense, che sposta l'asse su una interpretazione priva di controlli<sup>12</sup>. La via di mezzo, che qui si accoglie, propone di spostare il processo applicativo del diritto sul terreno dell'argomentazione, recuperando la certezza del diritto all'interno del processo argomentativo del giurista poiché «la certezza è pensabile come un carattere di operazioni interpretative», per cui il giurista può aspirare ad «una ragionevole prevedibilità»<sup>13</sup>. D'altra parte si condivide l'idea secondo cui «un discorso sulla certezza è sempre un interrogarsi sulla scelta po-

---

<sup>4</sup> C. SALVI, *Capitalismo e diritto civile. Itinerari giuridici dal Code civil ai Trattati europei*, Bologna, 2015.

<sup>5</sup> C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano, 2015.

<sup>6</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

<sup>7</sup> Per tutti cfr. S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1967, p. 83 ss.

<sup>8</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 183.

<sup>10</sup> C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, cit., in particolare p. 5 ss.

<sup>11</sup> N. IRTI, *Il salvagente della forma*, II ed., Roma-Bari, 2007.

<sup>12</sup> P.G. MONATERI, *Correct our Watches by the public Clocks. L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in G. VATTIMO, J. DERRIDA (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Bari, 1998, p. 189 ss.

<sup>13</sup> N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 186; già S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit. Diffusamente cfr. A. GENTILI, *Il diritto come discorso*, Milano, 2013.



litica conforme ai tempi in cui si vive»<sup>14</sup>, come mostra emblematicamente anche la dottrina critica nordamericana che ha sottolineato l'intrinseca *indeterminacy* delle categorie giuridiche<sup>15</sup>.

## 2. La certezza del diritto e la specialità del diritto di famiglia

Un'indagine che intenda analizzare il ruolo della certezza del diritto nella famiglia non può esimersi dal soffermarsi, seppur brevemente, sulla specialità del diritto di famiglia rispetto al resto del diritto privato patrimoniale. Famiglia e mercato, invero, hanno tradizionalmente prodotto due differenti paradigmi giuridici, per quanto una relazione biunivoca fra le due regolamentazioni ha reso la famiglia ancillare al mercato ad alle sue esigenze<sup>16</sup>. La famiglia, come si è autorevolmente sostenuto, rappresenta infatti uno straordinario strumento di governo della società, dal momento che al suo interno si disciplinano i rapporti interpersonali, sessuali e intergenerazionali, in tal modo articolando precise relazioni di potere fra i generi e costruendo identità e ruoli sociali che coinvolgono gli individui e i gruppi fino ad incidere sulla fisionomia delle comunità nazionali<sup>17</sup> e del mercato<sup>18</sup>. Sicché appare utile capire in che modo la certezza del diritto si è rapportata col diritto di famiglia nelle sue differenti fasi<sup>19</sup>: la fase ottocentesca del formalismo savignano

---

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 96.

<sup>15</sup> DU. KENNEDY, *Law on the Left: A Conversation with Duncan Kennedy*, by Tor Krever, Carl Lisberger and Max Utschneider, 10 *Unbound* 1 (2015).

<sup>16</sup> Cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto di famiglia fra status e contratto: il caso delle convivenze non fondate sul matrimonio*, in M.R. MARELLA, F. GRILLINI (a cura di), *Stare insieme*, Napoli, 2001, p. 3 ss.; EAD., *Il diritto delle relazioni familiari fra stratificazioni e 'resistenze'. Il lavoro domestico e la specialità del diritto di famiglia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2010, p. 233 ss.

<sup>17</sup> Così M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, Roma-Bari, 2014.

<sup>18</sup> P. RESCIGNO, *Riforma del diritto di famiglia e condizione dei minori*, in M. DE CRISTOFARO, A. BELVEDERE (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980.

<sup>19</sup> F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2017, p. 1572 ss.

(o pensiero giuridico classico), la fase funzionalistica del sociale e l'attuale fase, caratterizzata dalla retorica dei diritti umani che comporta nel diritto di famiglia l'attenzione per l'identità del minore e il suo *best interest*.

### 2.1. La specialità come certezza nel pensiero giuridico classico

Nella prima fase del diritto di famiglia, la certezza delle relazioni familiari è intrinseca alla specialità stessa di tale ramo del diritto privato. Non a caso, infatti, il diritto di famiglia viene per la prima volta sistematizzato concettualmente nell'ambito del diritto civile da Friedrich Karl von Savigny nel primo volume del *System des heutigen römischen Rechts*, pubblicato nel 1840<sup>20</sup>, esso viene subito indicato come diritto speciale: specialità del diritto di famiglia che finisce per disegnare un regime giuridico della famiglia quale settore del diritto differente e singolare, che partecipa della natura dello *jus publicum*, dal momento che è deputato a disciplinare una categoria di rapporti umani che si differenziano dagli altri perché radicati *in primis* nella natura e nella morale (e il diritto non fa che riconoscerli)<sup>21</sup>. La specialità del diritto di famiglia rispetto al resto del diritto privato del mercato ha comportato da un lato che la famiglia si connotasse per il suo carattere gerarchico (la donna e i figli sottostavano gerarchicamente alla potestà del marito/padre, a fronte del diritto privato del mercato che prevedeva l'interazione di soggetti formalmente eguali), dall'altro che fosse caratterizzata da situazioni giuridiche soggettive – gli *status*<sup>22</sup> – indisponibili (a fronte della disponibilità delle situazioni giuridiche patrimoniali del diritto privato patrimoniale). In tale fase, allora, le relazioni genitoriali sono tanto certe quanto rigide, trovando riconoscimento e tutela solo all'interno della forma di famiglia che viene codificata, vale a dire la famiglia le-

---

<sup>20</sup> F.K.V. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Recht*, vol. I-VIII, Berlin 1840-1849, traduzione italiana curata da V. SCIALOJA dal titolo *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I-VIII, Torino, 1886.

<sup>21</sup> DU. KENNEDY, *Savigny's Family/Patrimony Distinction and its Place in the Global Genealogy of Classical Legal Thought*, 58 *Am. J. Comp. L.* 811 (2010).

<sup>22</sup> Cfr. A. CICU, *Il concetto di «status»*, in *Studi per V. Simoncelli*, Napoli, 1917, contributo poi raccolto in ID., *Scritti minori*, I, 1, Milano, 1965, p. 194.

gittima fondata sul matrimonio, che è quella eterosessuale, bigenitoriale, nucleare. Fuori da tale modello di famiglia regna l'incertezza assoluta, cui corrisponde la mancanza di tutela anche per i soggetti più fragili, i minori, cui una minima tutela è riservata se, e solo se, nati nella famiglia matrimoniale e per volontà del *pater familias*<sup>23</sup>.

## 2.2. *La fase sociale del diritto di famiglia e le sue funzionalizzazioni*

Intorno ai primi decenni del Ventesimo secolo si afferma una nuova fase del diritto di famiglia, la fase del sociale<sup>24</sup>, ove lo svolgimento delle relazioni familiari e l'organizzazione della famiglia transitano maggiormente verso il diritto pubblico, nella misura in cui in questa fase si recupera e valorizza la funzione della famiglia nell'organizzazione della società per giustificare un allargamento dei poteri d'intervento da parte dello Stato, funzione che trova nuovamente nello *status* lo strumento principe d'attuazione e certezza<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> D'altra parte, fino alla codificazione del 1942 compresa, il minore viene preso in considerazione al limite in una prospettiva paternalistica, come *qualcosa* meritevole di protezione e non come *persona*: cfr. E. MOSCATI, *Il minore nel diritto privato, da soggetto da proteggere a persona da valorizzare (contributo allo studio dell' "interesse del minore")*, in *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1141 ss.; V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 2/2018, p. 405 ss.

<sup>24</sup> M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 31 ss.

<sup>25</sup> Cfr. E. QUADRI, *L'interesse del minore nel sistema della legge civile*, in *Fam. dir.*, 1/1999, p. 80 ss., il quale osserva come il legislatore del 1942, codificando un modello familiare fondato su una struttura gerarchica e su una netta ripartizione di ruoli intendesse riflettere nella struttura della famiglia il tipo di struttura autoritaria dello Stato, così consentendo un' *intensa funzionalizzazione dell'istituzione familiare* al postulato perseguimento del «superiore» interesse dello Stato stesso. Funzionalizzazione che emerge chiaramente dalla Relazione al codice (nn. 6 e 14), ove l'affermazione secondo cui la famiglia rappresenta «cellula indispensabile all'organizzazione dello Stato» è da leggere alla luce della perentoria dichiarazione per cui «tutte le organizzazioni sono nello Stato e sono elementi dello Stato». Sullo *status* e la linea di tendenza che, nella società contemporanea, dal contratto torna ad esso cfr. ampiamente G. ALPA, *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari, 1993; in generale cfr. L. LENTI, voce *Status*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, p. 30 ss.; P. RESCIGNO, *Situazione e status nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir.*

Il sociale, come fase precipua del diritto di famiglia, non si limita all'accezione totalitaria, fascista, ma nel diritto italiano trova invece la sua massima espressione nella costituzionalizzazione del diritto di famiglia<sup>26</sup>. L'entrata in vigore della Carta costituzionale, invero, ha comportato progressivamente una funzionalizzazione della famiglia non già alle esigenze della nazione, ma a quelle dei suoi membri<sup>27</sup> e *in primis* delle donne<sup>28</sup>, portando ad una democratizzazione del *ménage* coniugale<sup>29</sup> e ad una attenzione per i minori, che d'ora in poi saranno considerati e tutelati in quanto persone e anche se nati fuori dal matrimonio<sup>30</sup>.

Fino alla riforma del diritto di famiglia, attuata con la l. 19 maggio 1975, n. 151, infatti, la filiazione legittima era nettamente contrapposta a quella illegittima: il presupposto implicito e socialmente accettato era che la filiazione per essere lecita dovesse sempre avere origine da genitori uniti in matrimonio. Matrimonio, all'epoca indissolubile,

che da un lato conferiva legittimità alla prole, e dall'altro, stante il divieto della legge (art. 252 c.c.), impediva a chi era coniugato di riconoscere un figlio adulterino, il quale, visti i limiti posti alla dichiarazione

---

civ., 1973, I, p. 209 ss. e ID., voce *Status*, I) *Teoria generale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, Roma, 1993; F. PROSPERI, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss. Con particolare riferimento alle attuali tendenze dello *status* del minore cfr. R. SENIGAGLIA, *Status filiationis e dimensione relazionale dei rapporti di famiglia*, Napoli, 2013.

<sup>26</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di famiglia*, in S. ACQUAVIVA (a cura di), *Ritratto di famiglia degli anni '80*, Roma-Bari, 1981, p. 161 ss.; S. ROSSI, *Lungo il percorso di costituzionalizzazione della persona. Riflessioni sull'opera di Stefano Rodotà*, in *BioLaw Journal-Rivista di Biodiritto*, 1/2018.

<sup>27</sup> D. MESSINETTI, *Diritti della famiglia e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 137 ss.

<sup>28</sup> Cfr. M.R. MARELLA, *Le donne*, in L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, p. 341 ss.; M. BESSONE, *Eguaglianza giuridica e morale dei coniugi e condizione giuridica della donna*, in *Pol. dir.*, 1976, p. 216 ss.

<sup>29</sup> S. RODOTÀ, *Diritto d'amore*, Roma-Bari, 2015, specialmente p. 69 ss.; M. BESSONE, G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, *La famiglia nel nuovo diritto*, Bologna, 1980; P. PERLINGIERI, *Famiglia e diritti fondamentali della persona*, in *Legal. e giust.*, 1986, p. 484 ss.

<sup>30</sup> Cfr. V. SCALISI, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, cit., *passim*. In generale, sulla configurazione dei bambini come soggetti fragili, cfr. D. POLLETTI, *Soggetti deboli*, in *Enc. dir.*, Milano, 2014, p. 962 ss.

giudiziale di genitorialità, non poteva agire per l'accertamento della filiazione<sup>31</sup>.

Sotto questo profilo la riforma del '75, dunque, ha fortemente modernizzato il sistema, dissolvendo le discriminazioni tradizionalmente inflitte ai figli naturali ed esprimendo altresì una obiettiva *deminutio* del matrimonio formale, poiché esso appare meno rilevante nel determinare la condizione giuridica dei figli. Così, ad esempio, l'art. 250 c.c. ammetteva che il riconoscimento di un figlio naturale potesse essere operato dal padre e dalla madre, congiuntamente o separatamente, anche se già uniti in matrimonio con altra persona all'epoca del concepimento. Inoltre, il riconoscimento non era ammesso senza il consenso del figlio che avesse compiuto sedici anni, e veniva condizionato all'esistenza dell'interesse del minore: sotto diversi profili, quindi, emergeva un *favor* accordato dalla legge all'interesse del figlio ed ai criteri "civili" di imputazione del rapporto genitoriale, rispetto al rapporto meramente biologico. Il riconoscimento, tuttavia, non produceva effetto che riguardo al genitore da cui fosse effettuato (art. 258 c.c., I comma), pertanto non faceva sorgere alcun rapporto di parentela con i parenti di chi aveva operato il riconoscimento, segnando così una sostanziale differenza rispetto al figlio legittimo. Ad ogni modo, le novità introdotte dalla riforma del diritto di famiglia sono state complessivamente decisive ai fini di una, tendenziale, equiparazione tra filiazione naturale e legittima. In primo luogo, infatti, lo stigma dell'esser nati fuori dal matrimonio era stato nettamente attenuato: non si parlava più, come in passato, di filiazione illegittima, ma di filiazione naturale<sup>32</sup>. In secondo luogo la riforma tutelava pure una certezza corrispondente alla verità biologica, mentre prima possiamo dire fosse tutelata e certa una verità solo legale, meramente formale<sup>33</sup>. Si è trattato, detto in altre parole, di superare la famiglia fondata sul matrimonio e sulla legittimità, e di sostituirla con un'altra, fondata su un principio al tempo stesso assai recente e assai antico: quello della "verità".

---

<sup>31</sup> M. SESTA, *Diritto di Famiglia*, II ed., Padova, 2005, p. 429.

<sup>32</sup> Cfr. M. COSTANZA, voce *Filiazione III*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989.

<sup>33</sup> Cfr. G. FERRANDO, voce *Filiazione legittima e naturale*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, VIII, Torino, 1992.

Verità della carne che – come osserva Marcela Iacub in riferimento all’analoga esperienza francese – si oppone alla parola, alla promessa e al contratto, d’ora in poi la filiazione non sarà prodotta ma “dichiarata”, essa si affermerà come artificio istituzionale, come quello che si deduceva dal matrimonio<sup>34</sup>.

La verità biologica, quindi, prende il sopravvento su quella affettiva, cambiando anche la prospettiva della ponderazione degli interessi in gioco: nella prima fase del diritto di famiglia, come accennato, la certezza dei rapporti familiari era garantita – a caro prezzo (per gli esclusi) – dall’astrazione del *favor legitimitatis* e dalla potestà del *pater*, in questa seconda fase, invece, inizia ad essere intaccato il principio dell’unità familiare (pur costituzionalmente garantito dall’art. 29), per riconoscere effettiva tutela agli interessi concreti dei suoi componenti, interessi spesso configgenti, tra i quali emerge quello del figlio.

### 2.3. *La certezza del diritto di famiglia e la preminenza dell’interesse del minore nella fase attuale*

L’attuale fase del diritto di famiglia si connota per un arretramento da parte dello Stato nel controllo sulla formazione delle famiglie e il diffondersi di un approccio di regolamentazione che si limita all’iscrizione dei diritti ai componenti del gruppo familiare<sup>35</sup>, essendo riconosciuta la centralità dei diritti umani nella disciplina delle relazioni familiari<sup>36</sup>. Centralità che deve però fare i conti con un aumento delle incer-

---

<sup>34</sup> M. IACUB, *L'impero del ventre, per un'altra storia della maternità*, Verona, 2005, p. 16. Ciò comporterà, peraltro, che l’*imitatio naturae* diventerà parametro pure della filiazione adottiva ai sensi della legge 184/1983: cfr. M.R. MARELLA, voce *Adozione*, in *Digesto IV, Disc. priv., Aggiornamento*, 2000, Torino, p. 1 ss.

<sup>35</sup> M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit., p. 8.

<sup>36</sup> Diffusamente M.R. MARELLA, *Critical family law*, in *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, 19, 2/2011, p. 721 ss.; il diffondersi dei diritti umani comporta pure l’apertura alla pari dignità sociale di una pluralità dei modelli familiari, che trova la sua fonte normative nell’art. 9 della Carta di Nizza, come sostiene S. RODOTÀ, *Presentazione*, in M.R. MARELLA, F. GRILLINI (a cura di), *Stare insieme*, cit., p. XIII. In generale cfr. G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati (diritti e doveri nel nuovo sistema delle fonti)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 669 ss.;

tezze derivanti dal superamento della famiglia tradizionale (nucleare, bigenitoriale ed eterosessuale). Superamento che ha indotto i legislatori a riconoscere sempre maggior spazio all'autonomia privata nell'area di regolamentazione della formazione e della cessazione dei rapporti di coppia (l. 76/2016<sup>37</sup>; l. 55/2015<sup>38</sup>), nel mentre il potere pubblico ha iniziato ad intervenire sempre più incisivamente nell'area del diritto di famiglia che attinente all'esercizio delle relazioni genitoriali per garantire il *best interest of the child*<sup>39</sup>.

La sempre maggiore attenzione della dottrina e della giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, verso i minori e i loro interessi è il portato di quella che è stata definita dalla giurista nordamericana June Carbone la “seconda rivoluzione” del *family law*<sup>40</sup>, processo tramite cui l'attenzione delle istituzioni rispetto alle relazioni familiari transita dalla famiglia tradizionale fondata sul matrimonio all'arcipelago dei modelli familiari<sup>41</sup> per mezzo dei rapporti di filiazione che – al di là del modello familiare ove il/la bambino/a viene accolto/a – diventano il nucleo essenziale, perlopiù intangibile, del diritto di famiglia contemporaneo. Oggi assistiamo, con sfumature diverse in tutta l'area identifi-

---

<sup>37</sup> E. QUADRI, “*Unioni civili tra persone dello stesso sesso*” e “*convivenze*”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete, in *Corr. giur.*, n. 7/2016, p. 893 ss.; M.R. MARELLA, *Qualche notazione sui possibili effetti simbolici e redistributivi della legge Cirinnà*, in *Riv. crit. dir. priv.*, n. 2/2016, p. 231 ss.; L. LENTI, *La nuova disciplina della convivenza di fatto: osservazioni a prima lettura*, in [www.juscivile.it](http://www.juscivile.it), 2016, p. 92 ss.

<sup>38</sup> F. DANOVÌ, *Separazione e divorzio dopo la l. n. 55/2015*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016; cfr. F. TIZI, *Le vie stragiudiziali alla separazione e al divorzio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2018, p. 279 ss.

<sup>39</sup> In dottrina evidenziano questa tendenza M.A. GLENDON, *Family Law in a Time of Turbulence*, in *IV International Encyclopedia of Comparative Law*, Tubingen, 2006. Rispetto all'esperienza italiana della contrattualizzazione del diritto di famiglia si vedano A. ZOPPINI, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia, sessant'anni dopo*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 213 ss.; M.R. MARELLA, *La contrattualizzazione dei rapporti di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 57 ss.; S. PATTI, *La rilevanza del contratto nel diritto di famiglia*, in *Fam. Pers. Succ.*, 3-4/2005, p. 197 ss.

<sup>40</sup> Cfr. J. CARBONE, *From partners to parents. The second revolution in family law*, New York, 2000.

<sup>41</sup> Per usare l'immagine di F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 4/2004, p. 510 ss.

cabile con la *Western Legal Tradition*, all'esito del processo iniziato negli anni Sessanta, dal momento che le leggi che hanno disciplinato la famiglia e la sessualità hanno tessuto la trama di un sistema che, progressivamente, ha abbandonato la «visione istituzionale della famiglia» perseguendo la «protezione della persona, che prevale sulle ragioni dell'unità del nucleo»<sup>42</sup>. Così, più che una presunta “morte” – pur paventata – della famiglia<sup>43</sup>, si registra invece una progressiva contrattualizzazione dei rapporti di coppia e il diffondersi di nuove esperienze familiari al di là del paradigma tradizionale della famiglia monogamica, nucleare, eterosessuale (famiglie monoparentali, famiglie omosessuali, famiglie ricomposte, famiglie unipersonali, famiglie di fatto, famiglie poligamiche, famiglie poliamorose...)<sup>44</sup>.

### 3. Interesse del minore, tecnica legislativa e realtà dal dinamismo crescente

Lo strumento che ha permesso di razionalizzare il conflitto fra mutamento sociale e disciplina giuridica, consentendo al diritto di famiglia di rimanere *omeostatico* alla realtà sociale, è stato l'interesse del minore. Principio derivante dal diritto sovranazionale<sup>45</sup> e clausola generale<sup>46</sup>,

---

<sup>42</sup> M. SESTA, *Diritto di famiglia*, cit., p. 27 ss. Diffusamente sul punto cfr. J. EKE-LAAR, *Family law and personal life*, Oxford, 2006, in particolare p. 22 ss.

<sup>43</sup> Il riferimento è al libro di D. COOPER, *The Death of Family*, London, 1971.

<sup>44</sup> F. PARENTE, *L'evoluzione dei modelli familiari: dal principio di autorità alla tutela delle libertà personali*, in *Rass. dir. civ.*, 2/2014, p. 389 ss.; M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.

<sup>45</sup> Il principio della tutela del superiore interesse del fanciullo è proclamato nell'art. 3 dalla Convenzione sui Diritti del fanciullo, approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 a New York (ratificata dall'Italia con Legge 27.05.1991, n. 176), che testualmente recita: «In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente». Cfr. C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di «best interests of the child»*, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 986 ss.; R. RIVELLO, *L'interesse del minore fra diritto internazionale e multiculturalità*, in *Minorigiustizia*, 2011, p. 21 ss.



l'interesse del minore ha finito per costituire l'unico strumento in grado di garantire certezza alle relazioni familiari, recepito dal formante legislativo (da ultimo l. 219/2012; d.lgs. 154/2013)<sup>47</sup> e ampiamente utilizzato da quello giurisprudenziale<sup>48</sup>. Alla clausola dell'interesse del minore è, difatti, riconosciuto una doppia natura: da una parte, esso viene richiamato dalla legge in modo generale e astratto al fine di tutelare l'identità di ogni minore nelle molteplici e concrete situazioni in cui si trova, dall'altra parte funge da *standard* giudiziario e permette al giudice, anche derogando la legge generale, di pervenire alla decisione più adatta per il singolo minore oggetto di tutela<sup>49</sup>. Non stupisce, pertanto, che il legislatore proprio a partire dalla fase sociale del diritto di famiglia sempre più frequentemente ricorra alla clausola generale del *best interest*, che alla luce degli artt. 2 e 31 Cost., costituisce pure parametro di valutazione della costituzionalità delle leggi<sup>50</sup>.

Nella prospettiva delineata, l'interesse del minore assume i caratteri teorizzati da Rodotà nell'auspicare una legislazione per clausole gene-

---

<sup>46</sup> Cfr. G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, in *Pol. dir.*, 1/1998, p. 167 ss.

<sup>47</sup> Sulla riforma della filiazione "Bianca", senza pretesa di esaustività, cfr. C.M. BIANCA (a cura di), *La Riforma della Filiazione*, Padova, 2015; E. AL MUREDEN, *La responsabilità genitoriale tra condizione unica del figlio e pluralità di modelli familiari*, in *Fam. dir.*, 2014, p. 466 ss.; F. CAGGIA, *Il linguaggio del «nuovo» diritto di filiazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2/2015; M. COSTANZA, *A margine della riforma della filiazione (legge n. 219/2012)*, in *Iustitia*, 2013, p. 121 ss.; G. FERRANDO, *La legge sulla filiazione. Profili sostanziali*, in *www.juscivile.it*, 2013, 3, p. 132 ss.; M. SESTA, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 3/2013, p. 231 ss.; A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Trattato Cicu-Messineo*, Milano, 2013; A. SASSI, F. SCAGLIONE, S. STEFANELLI, *La filiazione e i minori*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile. Le persone e la famiglia*, 4, Torino, 2017.

<sup>48</sup> Diffusamente L. LENTI, *L'interesse del minore nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: espansione e trasformismo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, p. 148 ss.; ID., *Note critiche in tema di interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 86 ss.

<sup>49</sup> E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio del best interest of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

<sup>50</sup> Corte cost., 20.07.1990, n. 341, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2485 ss. con nota di Sansani; Corte cost., 25.11.2005, n. 425, in *Giur. it.*, 2006, 10, p. 1800 ss. Con nota di Marzucchi; Corte cost., 16.02.2006, in *Foro It.*, 2006, 6, 1, c. 1673 ss.

rali in grado di regolare una realtà dal “dinamismo crescente”, come tale poco propensa all’essere tipizzata in ipotesi rigide<sup>51</sup>. Considerata, invero, l’impossibilità di determinare regole di diritto di carattere prescrittivo, i legislatori optano per regole di giudizio di tipo essenzialmente descrittivo (o apofantiche), vale a dire costruite attorno all’individuazione di uno scopo normativo da assicurare<sup>52</sup>. La clausola generale dell’interesse del minore, in aggiunta, non solo permette di incorporare nella legge ipotesi future, mantenendo una sintonia fra diritto e mutamento sociale e tecnologico, ma consente anche di incorporare nella legge le diverse identità tipiche di una società multi-etnica, multiculturale e multireligiosa<sup>53</sup>; identità che oggi trovano tutela anche nella Carta di Nizza<sup>54</sup>.

Come espressione di questa peculiare tecnica legislativa, pertanto, l’interesse del minore lo ritroviamo: all’art. 158 c.c., rispetto all’accordo dei coniugi sull’affidamento e il mantenimento dei figli; all’art. 250 c.c. per disciplinare il rifiuto del consenso del minore o del suo genitore al riconoscimento di paternità; all’art. 251 (di autorizzazione al riconoscimento dei figli incestuosi) e all’art. 207 c.c. in ordine alla rispondenza all’interesse del minore della azione giudiziale di paternità promossa dall’altro genitore. Ancora, di recente, l’art. 316 novellato nel 2013 c.c. stabilisce che il giudice, nel dirimere le questioni inerenti l’esercizio della responsabilità dei genitori sui figli, deve avere quale unico riferimento l’esclusivo interesse del figlio; analogamente, il nuovo art. 317 bis c.c., nel disciplinare il diritto dei nonni a mantenere rapporti significativi coi minori, prevede che – nel caso tale diritto sia impedito

---

<sup>51</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 96.

<sup>52</sup> L. ROVELLI, *Principi, clausole generali e concetti indeterminati nella applicazione giurisprudenziale*, in *Giustiziacivile.com*, 23.06.2017, ma in generale cfr. già S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit.

<sup>53</sup> Emblematico il riconoscimento giurisprudenziale della Kafalah islamica: vedi Cass., 2 febbraio 2015, n. 1843, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 707 ss. con nota di Kamala Masi.

<sup>54</sup> S. RODOTÀ, *Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile*, in A. ORESTANO (a cura di), *Lezioni sul contratto*, Torino, 2009, p. 97 ss. Qui il Maestro osserva come nel contesto del diritto di famiglia l’interesse del minore consenta di ponderare con la giusta attenzione al contesto socio-culturale di riferimento, così dando diretta applicazione al principio di eguaglianza sostanziale.

– gli ascendenti possano rivolgersi al giudice che adotta i provvedimenti più idonei *nell'esclusivo interesse del minore*; l'art. 155 c.c., modificato dalla l. n. 54/2006, disponeva che il giudice che pronunciava la separazione personale dei coniugi adottava i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa (dopo la riforma della filiazione si veda l'art. 337 ter c.c.); sempre in base all'interesse preminente del minore, poi, si attribuisce la casa familiare (337 sexies c.c.), viene stimato il pregiudizio determinato dalla condotta del genitore che giustifica la decadenza dalla potestà (art. 330 c.c.) e l'emissione dei provvedimenti giudiziali di cui all'art. 333 c.c., così come tramite il *best interest of the child* si possono intendere la nozione di stato di abbandono e di causa di forza maggiore a carattere temporaneo che costituiscono presupposto per la dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 8, l. 184/83)<sup>55</sup>.

#### 4. *Certezza del rapporto di filiazione e interesse del minore alle prese con la svolta biotecnologica della famiglia*

L'emergere dell'identità del minore e del suo preminente interesse ha permesso al diritto della filiazione di far fronte alla svolta biotecnologica della famiglia contemporanea. I progressi della scienza medica, le recenti tecnologie e le scoperte in campo genetico hanno infatti aperto nuovi problemi di tutela dei diritti della persona (ad esempio il diritto alla conoscenza delle origini biologiche che si estende anche ai nati da procreazione medicalmente assistita)<sup>56</sup> ed hanno anche essi contribuito

---

<sup>55</sup> In generale cfr. G. FERRANDO, *Diritti e interesse del minore tra principi e clausole generali*, cit.

<sup>56</sup> La novella del 2001 dell'art. 28 della legge n. 184 del 1983 attribuisce all'adottato che abbia compiuto 25 anni il "diritto a conoscere la propria origine biologica", ma è parso sin dall'inizio chiaro che un riconoscimento di tale portata non può limitarsi all'ambito dell'adozione: cfr. M.R. MARELLA, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. It.*, 2001, p. 1788 ss. Si può notare che il diritto a conoscere le proprie origini biologiche si pone come *best interest* del minore tanto come componente costitutiva di più ampio diritto a preservare la propria identità, affermato nella Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, quanto come diritto alla conoscenza del proprio patrimonio genetico, quale diritto fundamenta-

al mutamento del paradigma tradizionale di famiglia, poiché consentono esperienze genitoriali nuove rispetto a quelle che si configurano in seno alla famiglia tradizionale, quali ad esempio l'omogenitorialità<sup>57</sup>. Gli interventi medici nella procreazione, quindi, ampliano notevolmente le possibilità di scelta<sup>58</sup>, anzi, mai come negli ultimi anni l'atto del generare è apparso così legato all'area della volontà e della progettazione<sup>59</sup>. Riproduzione che, pertanto, si presta a diventare oggetto dell'autodeterminazione delle persone, al di là del canone dell'eterosessualità e persino della bigenitorialità<sup>60</sup>, creando incertezze di non poco

---

le inquadrabile nell'ambito della tutela della salute. E difatti la Corte EDU è infine arrivata a comprendere il diritto alla conoscenza della propria discendenza nell'alveo del più generale diritto all'identità, elemento centrale della nozione di vita privata, nel caso Corte EDU, Jäggi c. Svizzera, 13.07.2006; nel caso Corte EDU, Odièvre c. Francia del 13.02.2003, in merito alla conoscenza dell'identità della madre in caso in parto anonimo, in cui la Corte elabora un autonomo diritto alla conoscenza delle proprie origini «che trova fondamento nell'interpretazione estensiva dell'ambito di applicazione della nozione di vita privata» (§44); e nel caso Corte EDU, Godelli c. Italia, 25.09.2012, su cui si veda la nota di A. CIERVO, *Il diritto all'anonimato della madre biologica ovvero quando Strasburgo anticipa Roma*, 15 febbraio 2014, in <https://diritti-cedu.unipg.it> (consultato l'11 marzo 2019). Per i recenti sviluppi giurisprudenziali delle Sezioni Unite, caldeggiati dalla Corte costituzionale (sentenza n. 278 del 2013), che riconoscono la possibilità per l'adottato di procedere all'interpello materno all'interno di un procedimento che garantisca la massima riservatezza per la madre biologica cfr. M. RENNA, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2018, p. 75 ss.

<sup>57</sup> M.R. MARELLA, *Riproduzione assistita e modelli familiari*, in F. DI PILLA (a cura di), *Scienza, etica e legislazione della procreazione assistita. Atti del Convegno di Perugia, 4 ottobre 2002*, Napoli, 2003; A. CAMPBELL, *Conceiving parents through law*, in *Law, Policy and the Family*, 21, 2, 2007.

<sup>58</sup> G. FERRANDO, *Libertà, responsabilità e procreazione*, Padova, 1999; G. AUTORINO STANZIONE, *Ricerca scientifica, consenso e tutela della persona*, in G. AUTORINO, S. SICA, *Comparazione e diritto civile. Percorsi*, Salerno, 2007, p. 53 ss.

<sup>59</sup> Tanto che la stessa Corte costituzionale (sentenza n. 162/2014, in *Foro It.*, 2014, 9, 1, c. 2324 ss.) ha riconosciuto che la scelta della coppia «di diventare genitori e di formare una famiglia che abbia anche dei figli costituisce espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminarsi». Scettico F.D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 6/2016, p. 1447 ss.

<sup>60</sup> M.G. STANZIONE, *Filiazione e genitorialità: il problema del terzo genitore*, Torino, 2010. Le nuove frontiere del diritto di famiglia, anche rispetto alla certezza del rap-

momento (*mater non semper certa est...*) anche a seguito del c.d. turismo procreativo<sup>61</sup>.

Se, come visto, in passato la certezza del rapporto di filiazione era garantita proprio dal *favor legitimitatis*, che molto spesso finiva per attribuire al minore lo *status* di legittimo anche se non corrispondente al vero, e in una seconda fase è stata garantita dal *favor veritatis*, volto a dar rilievo anche al dato genetico per tutelare il minore escluso dalla famiglia matrimoniale, oggi, venuto del tutto meno il forte discrimine tra filiazione naturale e filiazione legittima, il *best interest* del minore si trova a dover far i conti con l'istanza dei genitori che si autodeterminano a diventar tali (anche in assenza di un legame biologico e nel caso anche *contra legem*)<sup>62</sup>. In questa prospettiva, allora, risultano paradigmatici i casi della gestazione per altri e dell'omoparentalità, dal momento che il diritto della filiazione sembra porsi come il nucleo duro della specialità del diritto di famiglia, dimostrandosi stabilmente *resistente* alle interferenze del diritto comune: l'ampliarsi delle famiglie non tradizionali e la contrattualizzazione delle scelte procreative, infatti, pare trovare i giudici (ma anche sempre più legislatori) concordi nello spostare sui soggetti deboli, essendo le decisioni in materia di *surrogacy* e di genitorialità omosessuale tutte tese a tutelare in concreto il *best interest of the child*. Di più. In tali ipotesi, invero, è la stessa ingerenza statale e le ragioni di ordine pubblico a dover retrocedere al cospetto del preminente interesse del minore, tutelato dalla Corte di Strasburgo ex art. 8 CEDU<sup>63</sup>.

---

porto di filiazione, impongono al giurista di interrogarsi sul superamento del canone della bigenitorialità e sul diffondersi delle unioni poligamiche e poliamorose: M. RIZZUTI, *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2017; E. GRANDE, L. PES, *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018.

<sup>61</sup> Cfr. S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 56; M. VIRGILIO, M. DI MASI, *La gestazione per altri e il turismo riproduttivo. Tra proibizionismo e desiderio di responsabilità genitoriale*, in *Minorigiustizia*, 1/2017, p. 41 ss.

<sup>62</sup> Cfr. L. VIZZONI, *Quando il best interest del minore azzera la verità biologica. Riflessioni a partire dal caso Paradiso e Campanelli contro Italia*, in *www.juscivile.it*, 2015, 11, p. 369 ss.

<sup>63</sup> Per tutte vedi Corte EDU, *Mennesson c. Francia*, n. 65192/11, 26 giugno 2014 par. 81, *Labassee c. Francia*, n. 65941/11, par. 60, 26 giugno 2014. Proprio su questo

Le nuove tecniche procreative, quindi, portano a riconsiderare ancora una volta il paradigma ed a rivalutare una realtà che da sempre è stata alla base dell'adozione: la verità biologica, tutto sommato, non è un requisito indispensabile per svolgere il ruolo genitoriale, ed anzi, è possibile distaccarsi totalmente dal dato genetico, né il preminente interesse del minore coincide inevitabilmente con la realtà biologica<sup>64</sup>.

D'altra parte la strada è stata in tal senso spianata dalla stessa Corte costituzionale, nel momento in cui ha affermato che

il progetto di formazione di una famiglia caratterizzata dalla presenza di figli, anche indipendentemente dal dato genetico, è favorevolmente considerato dall'ordinamento giuridico, in applicazione di principi costituzionali, come dimostra la regolamentazione dell'istituto dell'adozione<sup>65</sup>

e che fra le variabili che il giudice deve considerare rispetto all'esperibilità dell'azione ex art. 263 c.c., oltre alla durata del rapporto instauratosi col minore e quindi alla condizione identitaria già da esso acquisita, assumono oggi particolare rilevanza

da un lato le modalità del concepimento e della gestazione e, dall'altro, la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato, che, pur diverso da quello deri-

---

caso si è pronunciata la Grande Camera CEDU il 10 aprile 2019, ritenendo che il rapporto di filiazione tra la madre designata come tale nell'atto di nascita ed il figlio, nato da maternità surrogata all'estero, deve essere riconosciuto nel preminente interesse del minore, lasciando agli Stati la discrezionalità sulle modalità. In dottrina, in generale, cfr.: G. FERRANDO, *Diritti delle persone e comunità familiare nei recenti orientamenti della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Fam. pers. succ.*, 2012, p. 282 ss.; M.G. STANZIONE, *Il diritto alla genitorialità e alle relazioni familiari*, in *Comparazione e diritto civile*, 2013.

<sup>64</sup> Cfr. M.R. MARELLA, voce *Adozione*, cit. L'Autrice osserva che «l'istituto dell'adozione conserva intatte la sua vitalità e validità di principio, per il fatto di integrare un esempio di quella genitorialità sociale, fondata sul consenso, che l'art. 30 cost. riconosce e promuove accanto alla genitorialità biologica [...]».

<sup>65</sup> Corte cost., 10 giugno 2014, n. 162, in *Foro It.*, 2014, 9, 1, c. 2324 ss., §6.

vante dal riconoscimento, quale è l'adozione in casi particolari, garantisce al minore una adeguata tutela<sup>66</sup>.

#### 4.1. *Il caso della gestazione per altri*

Rispetto alla tutela del minore a nulla vale, invero, il regime giuridico che proibisce la maternità surrogata, i cui accordi non solo sono considerati nulli, ma altresì penalmente sanzionati dall'art. 12, comma 6, della legge 40/2004<sup>67</sup>. Divieto che, sino alla pronuncia 162/2014 della Corte costituzionale, nel nostro ordinamento ha fatto *pendant* con quello di fecondazione eterologa, del quale è ben noto l'effetto distorto del 'turismo procreativo' che si è prodotto nell'arco dei 10 anni di vigenza della legge 40/2004<sup>68</sup>. Come ogni disciplina giuridica improntata al divieto, difatti, si è posto, quasi immediatamente, il problema circa la validità degli accordi di surrogazioni regolarmente conclusi da cittadini italiani in uno Stato estero che li permette, in particolare rispetto alla tutela dei minori coinvolti. Dalla questione della nullità o meno dell'accordo di gestazione per altri vanno distinte le differenti questioni giuridiche dell'attribuzione di paternità e di maternità rispetto al nato da madre surrogata. A questi minori – per ragioni di certezza – l'ordinamento giuridico deve comunque attribuire dei genitori o almeno un genitore, né appare sufficiente a legittimare la maternità della sola donna partorienti la regola di attribuzione dello *status* genitoriale disposta dal-

---

<sup>66</sup> Corte cost., 22 novembre 2017, n. 272, al link <http://www.giurcost.org/decisioni/2017/0272s-17.html>.

<sup>67</sup>Ove si punisce il comportamento di chiunque «in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità». Per una ricostruzione sistematica sulla maternità surrogata nel nostro ordinamento giuridico si vedano P. ZATTI, *Maternità e surrogazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, II, p. 193 ss.; I. CORTI, *La maternità per sostituzione*, Milano, 2000; F. CASSONE, *La surroga materna tra tutela dell'integrità e diritto alla salute*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1/2008, p. 103 ss.; M. DI MASI, *Maternità surrogata: dal contratto allo status*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4/2014, p. 615 ss.; V. SCALISI, *La maternità surrogata: come «far cose con regole»*, in *Riv. dir. civ.*, 5/2017, p. 1097 ss.; S. NICCOLAI, E. OLIVITO (a cura di), *Maternità filiazione genitorialità. I nodi della maternità surrogata in una prospettiva costituzionale*, Napoli, 2018.

<sup>68</sup> S. RODOTÀ, *Perché laico*, Roma-Bari, 2009, in particolare p. 68 ss.

l'art. 9, comma 3, della legge 40/2004 (secondo cui in caso di applicazione di tecniche procreative di tipo eterologo il donatore di gameti non acquisisce alcuna relazione giuridica parentale con il nato e non può far valere nei suoi confronti alcun diritto né essere titolare di obblighi), dal momento che il parto avviene in Stati esteri e la donna gestante è perlopiù ignota<sup>69</sup>. Ragioni di certezza del diritto militano invece a favore di una interpretazione maggiormente conforme al *best interest of the child*, che ricava la norma di disciplina dall'art. 8 della legge 40/2004, secondo cui i nati a seguito dell'applicazione delle tecniche di pma hanno lo stato di figli legittimi o di figli riconosciuti della coppia che ha espresso la volontà di ricorrere alle tecniche medesime<sup>70</sup>. *Quid iuris*, difatti, nel momento in cui si ricorre alla tecnica di maternità surrogata all'estero e si chiede in Italia la trascrizione dell'atto di nascita o del provvedimento giudiziale che riconosce la maternità della donna della coppia "di intenzione"? In tale caso si possono individuare due ipotesi: quella in cui i genitori "di intenzione" abbiano fatto ricorso alla gestazione per altri in uno Stato che la disciplina, apportando alla procedura un proprio *contributo biologico minimo*; e quello in cui si sia ricorso alla maternità surrogata ricorrendo esclusivamente a gameti del tutto estranei alla coppia. Nel primo caso la giurisprudenza italiana opta per riconoscere la genitorialità alla madre putativa (o al partner omosessuale); nel secondo, e la giurisprudenza CEDU ha confermato infine tale approccio<sup>71</sup>, i giudici hanno ritenuto maggiormente conforma al *best*

---

<sup>69</sup> Cfr. M. SESTA (*Procreazione medicalmente assistita*, in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 2007) secondo cui, invece, in caso di violazione del divieto imposto dalla l. n. 40 del 2004, il tema dell'attribuzione della maternità deve ritenersi risolto «in radice» in forza del disposto di cui all'art. 9 comma 3, il quale dovrebbe confermare «che la donna che ha partorito è l'unica cui è attribuita la maternità, essendo giuridicamente irrilevante il fatto che l'embrione che le sia stato trasferito in utero fosse formato da materiale genetico altrui (la madre committente); il che risolve in radice le delicate questioni di *status* del nato a seguito di surrogazione che erano state affrontate in dottrina prima dell'approvazione della legge».

<sup>70</sup> Cfr. B. SALONE, *Figli su commissione: profili civilistici della maternità surrogata in Italia dopo la legge 40/2004*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2014, p. 157 ss.

<sup>71</sup> Il principio di legalità prevale nel bilanciamento di interessi con la tutela del minore in Corte EDU, Grande Sez., 24 gennaio 2017, n. 25358, in *Nuova Giur. Civ.*,



*interest* considerare il minore in stato di abbandono e procedere con l'adozione ex legge 184/1983. La certezza della relazione parentale, quindi, appare strettamente connessa al contributo biologico di almeno uno dei due partner ricorrenti alla tecnica procreativa.

#### 4.2. Il caso dei minori delle c.d. famiglie arcobaleno

Analogamente questioni per la certezza del rapporto parentale si sono poste a seguito della diffusione nella realtà sociale delle c.d. famiglie arcobaleno<sup>72</sup> e dell'entrata in vigore della legge n. 76/2016, la cui vera posta in gioco pare essere stata proprio il voler negare rilevanza giuridica alla genitorialità omosessuale<sup>73</sup>. D'altra parte già Rodotà negli anni Sessanta ammoniva sulla circostanza che la realtà storica dimostra come gli attentati alla certezza del diritto siano «sostanzialmente venuti dal legislatore o dalla pubblica amministrazione, e non dal giudice»<sup>74</sup>. Ragionevolmente, allora, la tutela del *best interest* dei minori delle c.d. famiglie arcobaleno è affidata ancora una volta all'opera dei giudici<sup>75</sup>, che – anche in virtù della norma contenuta nel capoverso finale al-

---

2017, 4, p. 495 con commento di L. LENTI, *Ancora sul caso Paradiso & Campanelli c. Italia: la sentenza della Grande Camera*; tuttavia in tale ipotesi la prevalenza è giustificata della mancanza del contributo biologico minimo, per cui il rispetto della legalità nel ragionamento dei giudici appare conforme altresì all'interesse del minore.

<sup>72</sup> C. LALLI, *Buoni genitori. Storie di mamme e di papà gay*, Milano, 2009.

<sup>73</sup> M.R. MARELLA, *Dal diritto alla bigenitorialità al ddl Cirinnà: un'incursione nelle strutture profonde del diritto di famiglia*, in *Euronomade*, <http://www.euronomade.info/?p=6982>.

<sup>74</sup> S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, cit., p. 96.

<sup>75</sup> Lo sottolinea molto bene G. FERRANDO, *Unioni civili. La situazione in Italia alla vigilia della riforma*, in *Juscivile*, 2016, al link [http://www.juscivile.it/contributi/2016/05\\_Ferrando.pdf](http://www.juscivile.it/contributi/2016/05_Ferrando.pdf), in particolare p. 48 ss. Come osserva l'Autrice, infatti, in assenza di una legge *ad hoc* «il diritto dei figli alla certezza e stabilità del rapporto con coloro che effettivamente esercitano la funzione genitoriale è affidata all'intervento giudiziale, necessariamente episodico, frammentario e incerto nei suoi esiti. [...] La richiesta di formalizzazione del rapporto mira ad ottenere le garanzie giuridiche che lo mettano al riparo dai rischi (ad esempio, per il caso di morte del genitore biologico, o di rottura della vita comune) e dalle incertezze che lo caratterizzano nei confronti dei terzi (si pensi alle istituzioni scolastiche o sanitarie)» (p. 49).

l'art. 1, comma 20, della legge 76/2016<sup>76</sup> – continuano con rigore argomentativo a riconoscere la responsabilità genitoriale dei partner omosessuali dei genitori biologici dei minori stessi, prescindendo dalla circostanza che i minori siano stati concepiti da un precedente rapporto eterosessuale o attraverso tecniche di procreazione medicalmente assistita, per mezzo dell'art. 44 lett. d) l. 184/1983 o delle norme di diritto internazionale privato<sup>77</sup>. Le pronunce più coraggiose, poi, giungono sino a riconoscere e ad ordinare la trascrizione di provvedimenti stranieri di adozione congiunta di minori esterni alla coppia *same-sex*<sup>78</sup>. E la tutela dell'interesse preminente del minore, infine, ha coerentemente condotto alcuni tribunali ad ordinare all'ufficiale di stato civile di formare un nuovo atto di nascita con l'indicazione delle due madri, attribuendo al bambino il cognome di entrambe, utilizzando come parametro normativo direttamente l'art. 8 della legge n. 40/2004<sup>79</sup>. Tale ultima

---

<sup>76</sup> «Resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti».

<sup>77</sup> Vedi Cass. civ., sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878, in *Foro it.*, 2017, 7-8, 1, c. 2280 ss., secondo cui, non contrastando con l'ordine pubblico ed essendo nell'interesse del minore nato all'estero da una coppia omosessuale coniugata in uno Stato straniero, va accolta la domanda di rettificazione dell'atto di nascita, già trascritto nei registri dello stato civile del Comune italiano, come modificato rispetto a quello originario dall'ufficio dello stato civile britannico laddove quest'ultimo ha successivamente chiarito che la registrazione del minore, come figlio della sola madre biologica, era da considerarsi invalida, dovendo il nato essere registrato anche come figlio dell'altra partner, la c.d. madre sociale, di cui assumeva il cognome pur non avendone alcun legame biologico. In argomento cfr. G. BISOGNI, *Procreazione e globalizzazione. Cittadini o solo consumatori globali?*, in *Questione Giustizia*, 2/2016.

<sup>78</sup> Vedi Trib. Min. Firenze, decreti, con commento di A. SCHILLACI in *Articolo29*, al link <http://www.articolo29.it/2017/una-vera-e-propria-famiglia-da-firenze-un-nuovo-passo-avanti-per-il-riconoscimento-dellomogenitorialita/#more-11858>. Similmente si veda l'ordinanza n. 1319 dell'1.09.2017 della Corte d'Appello di Genova (in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it) con nota di G.N. LA DIEGA, *Corte d'appello di Genova: riconoscimento automatico di adozione omogenitoriale nazionale straniera*); M.G. RUO, *A proposito di omogenitorialità adottiva e interesse del minore*, in *Fam. Dir.*, 2015, p.580 ss.

<sup>79</sup> Vedi Tribunale di Pistoia, decreto del 5 luglio 2018 (pres. Fabrizio Amato, est. Laura Maione), in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), cfr., per tutti, M. GATTUSO, *Un bambino e le sue mamme: dall'invisibilità al riconoscimento ex art. 8 legge 40*, in *Questione Giustizia on line*, 2018. La stessa interpretazione era stata prospettata dalla Corte di Appello di Napoli, sen. n. 145/2018, estensore Casaburi. Significativa anche il decreto della

soluzione, va detto, appare quella che meglio tutela il minore, poiché, a differenza della tutela offerta dall'art. 44 lett. d) della legge adozioni, permette di attribuire lo *status* fin dalla nascita e non subordina la protezione del minore alla proposizione della relativa istanza da parte del genitore sociale.

### *5. Il best interest of the child come categoria ordinante del diritto di famiglia contemporaneo*

Nella fase attuale del diritto di famiglia, il *best interest of the child* costituisce, a mio parere, la nuova categoria ordinante delle relazioni familiari, come tale in grado di strutturare e dare certezza alle stesse. Ciò è conseguenza diretta del diffondersi della cultura giuridica dei diritti umani, che moltiplicano le identità meritevoli di tutela, come emerge anche volgendo lo sguardo alla Carta di Nizza, che dall'art. 20 in poi tutela le donne, i disabili, gli anziani e, all'art. 24, i bambini. Nella famiglia, quindi, assistiamo al rafforzarsi dell'identità del minore, che diventa soggetto preminente sugli altri. Preminenza che tutela i minori tanto rispetto allo Stato (si pensi alla clausola dell'ordine pubblico che recede rispetto al *best interest* del minore nelle ipotesi considerate) quanto verso i genitori, in tal caso legittimando un intervento pervasivo dello Stato nelle dinamiche familiari<sup>80</sup>.

---

Corte d'Appello di Perugia, n. 573/2018, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di A. SCHILLACI, *Joan ha due mamme/2: la conferma della Corte d'Appello di Perugia*. In questa decisione, peraltro, i giudici legittimano la tutela dell'omogenitorialità trovando una ulteriore base normativa nella legislazione vigente, ed in particolare: a) nella recente legge n. 4/2018 che – tutelando gli orfani di crimini domestici – sostanzialmente ha posto sullo stesso piano la genitorialità da matrimonio e convivenza ovvero da unione civile; b) nell'applicabilità del comma 20 della legge n. 76/2016 all'art. 8 della legge n. 40/2004 che, per l'appunto, riconosce al nato a seguito di pma lo *status* di figlio dei coniugi o della coppia che ha prestato il consenso alla tecnica: in conseguenza, il riferimento ai “coniugi” contenuto nella disposizione in esame deve intendersi esteso – per effetto della clausola di equivalenza di cui al richiamato comma 20 – anche alle parti dell'unione civile.

<sup>80</sup> Si pensi alla giurisprudenza in tema di affidamento condiviso e diritto di visita, ma diffusamente cfr. M.R. MARELLA, *Fra status e identità. L'interesse del minore e la costru-*

È nell'attuale fase, non a caso, che le ansie ed istanze del civilista contemporaneo intrecciano nuovamente i problemi di certezza e incertezza del diritto, giacché la centralità dei diritti umani nella disciplina recente del diritto di famiglia non è uno sviluppo che appartiene solo alla ridefinizione dell'ordinamento positivo delle relazioni familiari, ma necessariamente incide nell'orizzonte ricostruttivo dell'interprete che

è chiamato a muoversi non solo nella prospettiva orizzontale dettata dalla contestuale rilevanza di più diritti fondamentali, di cui sono titolari i soggetti uniti in una relazione familiare, ma anche nella dimensione verticale tracciata dalla presenza di garanzie riconducibili ora a questi stessi soggetti ora allo Stato impegnato nell'esercizio delle sue prerogative<sup>81</sup>.

Al moltiplicarsi dei modelli familiari e della libertà riconosciuta alle persone di fare o disfare il proprio *ménage* di coppia è venuta a corrispondere la necessità istituzionale di tutelare i minori nelle plurime e differenti situazioni: vi sono minori allontanati dai genitori, minori di genitori separati, minori in famiglie ricomposte, minori migranti non accompagnati, minori dati in adozione, minori nati da tecniche di procreazione medicalmente assistita (pma), minori alla ricerca delle proprie origini, minori che vivono in famiglie c.d. arcobaleno, minori che appartengono a culture differenti, etc. Ne è risultata l'esigenza, per il diritto, di ripensare la tutela di un soggetto che, riprendendo l'immagine di Deleuze, potremmo definire un soggetto "ellittico", poiché il suo ego, la sua identità, si viene a collocare fra due poli, vale a dire l'attualità e la virtualità<sup>82</sup>. L'identità del minore, in altre parole, finisce per richiedere un'attenzione ed una tutela speciale, sia come essere sia come divenire, per la persona che già è e per quella che sarà. Tutela che, d'altra parte, deve fare i conti con una triangolazione dai delicati equilibri fra interessi dello Stato – che anche rispetto ai minori hanno subito un processo di 'internazionalizzazione' –, diritti e interessi dei genitori e

---

zione della genitorialità, in AA.VV., *Liber Amicorum Pietro Rescigno in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, 2018, pp. 1213 ss.

<sup>81</sup> Così F. CAGGIA, *Capire il diritto di famiglia attraverso le sue fasi*, cit.

<sup>82</sup> G. DELEUZE, *Differenza e ripetizione*, Bologna, 1971, in particolare p. 163 ss.

diritti e interessi dei minori<sup>83</sup>. E questa peculiarità dell'identità minorile costituisce – in senso genealogico<sup>84</sup> – una frattura non solo rispetto al diritto di famiglia consolidatosi a partire dalla codificazioni ottocentesche, ma anche rispetto alla “nuova” famiglia tutelata nella Costituzione repubblicana<sup>85</sup>; frattura che ci racconta il mutamento del paradigma giuridico della famiglia, che viene riconsiderato e ridefinito, ancora una volta, lungo le assi di dicotomie persistenti: pubblico/privato, *status*/contratto, famiglia/mercato, individuo/comunità<sup>86</sup>.

Il risultato operativo cui si perviene è che la famiglia che il diritto oggi tutela, sempre più, prescinde dalla coppia e dai suoi singoli membri – siano essi sposati o meno, eterosessuali oppure omosessuali – per dar preminente rilievo e certezza allo *status* e all'identità del minore, come i recenti approdi giurisprudenziali in tema di gestazione per altri e/o di omogenitorialità ben evidenziano.

L'interesse del minore, dunque, diviene parametro per la creazione di un regime giuridico parallelo a quello matrimoniale, volto ad attribuire certezza ai rapporti genitoriali pur nella molteplicità e nella fragilità dei modelli familiari. Nel prossimo futuro, anzi, dato che l'accesso alla famiglia legittima tende a includere in modo non predicibile un ampio novero di forme dello stare insieme (quali pure le unioni poliamorose o quelle poligamiche), è verosimile che il *best interest* del minore diventi l'unico termine invariabile delle relazioni familiari.

---

<sup>83</sup> Cfr. M.E. QUADRATO, *Il minore tra interessi e diritti. Una lettura comparata*, Bari, 1995, specialmente p. 85 ss.

<sup>84</sup> M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Torino, 2001, p. 50.

<sup>85</sup> G. ALPA, A. D'ANGELO, G. FERRANDO, M. R. SPALLAROSSA, *La famiglia nel nuovo diritto*, cit.

<sup>86</sup> M.R. MARELLA, G. MARINI, *Di cosa parliamo quando parliamo di famiglia*, cit.; nella dottrina nordamericana, da ultimo, cfr. J. HALLEY, *What is Family Law?: A Genealogy: Part 1*, in *Yale J.L. & Human*, 23, 2011.



## UNA (IN)CERTA IDEA DI FAMIGLIA: TRA GIUDICI E LEGISLATORI

*Marco Rizzuti*

SOMMARIO: 1. *Premesse*. 2. *L'incertezza come effetto collaterale*. 3. *L'incertezza come obbiettivo di politica del diritto*.

### *1. Premesse*

Anche con riferimento all'ambito peculiare del diritto delle relazioni familiari, un tentativo di riflessione sul rapporto fra certezza ed incertezza del diritto non può che ricollegarsi a quella costante tensione fra i due poli che sembrano contrapporsi da secoli nelle vicende della nostra tradizione giuridica: il governo della legge, astratta e predeterminata e dunque certa, o il governo dei giuristi, concreti e tendenti alla personalizzazione e dunque all'incertezza.

Potrebbe sembrare di trovarsi di fronte ad una dicotomia eterna e suscettibile di essere intesa anche in termini di scontro di civiltà, fra legalismo "occidentale" e dispotismo "orientale", sulla base ad esempio di quel noto passo erodoteo che ne rappresentò una prima netta enunciazione<sup>1</sup>. Ciò nondimeno, si è trattato di vicende storiche ricchissime di con-

---

<sup>1</sup> Si allude a quanto, secondo lo storico di Alicarnasso, l'esule Demarato avrebbe ricordato a Serse, a proposito degli Spartani, liberi ma non in tutto, avendo come padrone la Legge (*Nóμος*), che rispettano ancor più di quanto non facessero i Persiani con il loro padrone umano, cioè Serse stesso (ERODOTO, *Storie*, VII, 104), quasi con un nuovo richiamo al verso pindarico sul «*νόμον πάντων βασιλέα*» già esaltato in un altro, ancor più celebre, passo (ERODOTO, *Storie*, III, 38). A nostro avviso, però, come si proverà ad illustrare nel prosieguo con qualche esempio, pretendere di ricavarne una contrapposizione antropologica costante sarebbe altrettanto paradossalmente antistorico del tentativo, ad opera del medesimo padre della storia, di leggere le guerre persiane tra Greci ed Asiatici in continuità con i mitici vicendevoli rapimenti di Io, Europa, Medea ed Elena (ERODOTO, *Storie*, I, 1-5), e, del resto, era lo stesso autore a prendere le distanze dai

traddizioni interne, cui in questa sede possiamo solo alludere di sfuggita, ricordando quanto meno come esse si riflettano esemplarmente nelle due più icastiche formule utilizzate per connotare gli opposti paradigmi. Da un lato, è ben noto come il governo della legge sia oggi di solito indicato come *rule of law*, facendo così ricorso ad una terminologia tipicamente anglosassone, originaria dunque di quel mondo di *common law* cui è sempre rimasta fondamentale estranea tutta la costruzione del giuspositivismo continentale moderno, tipica cioè del pensiero illuministico e poi rivoluzionario e quindi napoleonico, mirante a raccogliere tutto il diritto in un corpo codificato di norme poche, semplici e chiare, poste sotto il controllo monopolistico dello Stato, e perciò della sovranità popolare, col dichiarato scopo di rendere inutile la stessa figura del giurista<sup>2</sup>. Dall'altra parte, si potrebbe ricordare come uno dei pochi casi in cui "giuristocrazia" non è la formula polemica usata dai critici di quella che è considerata una degenerazione<sup>3</sup>, ma diviene, tutt'al contrario, forma di

---

luoghi comuni imperanti nel suo uditorio per attribuire proprio al persiano Otane addirittura l'invenzione dell'isonomia (ERODOTO, *Storie*, III, 80).

<sup>2</sup> Più ancora che dalla nota immagine del magistrato come mera *bouche de la loi*, paradossalmente formulata da Montesquieu, cioè da un giudice dell'*Ancien Régime* che nella sua vita professionale esercitava ben altri poteri, una siffatta aspirazione è resa, con una radicalità degna del suo autore, dal *dictum* attribuito all'avvocato Robespierre, per cui il vero uomo di legge è colui che aspira a diventare inutile. Su questo momento di svolta della storia giuridica europea si vedano quantomeno G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna: assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, e P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

<sup>3</sup> Il riferimento è all'utilizzo che di tale neologismo ha proposto R. HIRSCHL, *Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge MA, 2004. Potrebbe essere interessante osservare come anche il termine che più direttamente vi si contrappone, e cioè democrazia, fosse stato in origine coniato dagli avversari interni dell'isonomia ateniese, a partire dall'Anonimo Oligarca noto anche come Pseudo-Senofonte (L. CANFORA (a cura di), *La democrazia come violenza*, Palermo, 1982) per connotare in termini nettamente critici un modello fondato sullo strapotere (*κράτος*) della plebaglia (*δημος*), e ricorresse poi nelle opere dei pensatori antichi, compresi Platone e Aristotele, proprio per indicare una vicenda degenerativa (cfr. L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2004, pp. 12-15), insomma qualcosa di concettualmente affine a ciò che noi chiameremmo semmai demagogia o populismo. Del resto, quel *Κράτος* che va a comporre i termini in questione, e molti altri ad essi affini, era in origine una personificazione di valori tutt'altro che positivi, e compariva nelle più antiche rappresentazioni poetiche in una costante asso-



governo costituzionalmente consacrata, è oggi il *velāyat-e faqīh* iraniano<sup>4</sup>, che però il suo autore aveva teorizzato a partire dalle radici stesse del pensiero occidentale, e cioè dal modello platonico del regno dei filosofi<sup>5</sup>, ovvero dei tecnocrati, verso cui del resto, forse non a caso in tempi di crisi della democrazia e della società aperta<sup>6</sup>, parrebbe inclinare il pendo-

---

ciazione con sua sorella *Bia*, la titanessa che personificava la violenza (cfr. ESiodo, *Teogonia*, 385; ESCHILO, *Prometeo incatenato*, 1).

<sup>4</sup> Il riferimento è alla forma di governo ufficialmente adottata dalla vigente Costituzione della Repubblica Islamica dell'Iran del 1979, come esplicitato dal suo art. 5 e poi dagli artt. 107 ss.: in persiano *velāyat* significa per l'appunto governo, mentre *faqīh* è il giureconsulto. Il sistema che emerge da tale Carta si incentra, infatti, sui giuristi che, in forza di una legittimazione fondamentalmente tecnocratica, rivestono il ruolo di Guida Suprema o di componenti del Consiglio dei Guardiani, e che hanno, fra gli altri, anche il compito di verificare la coerenza con i valori costituzionali delle leggi approvate dall'Assemblea elettiva, oltre che di vagliare la candidabilità di quanti aspirino a far parte di tale Assemblea o dell'Esecutivo: insomma, se vogliamo, un costituzionalismo portato all'estremo.

<sup>5</sup> L'attuale regime costituzionale iraniano si basa, com'è noto, su quanto elaborato, all'epoca del suo esilio in Iraq, dall'*ayatollah* che si sarebbe poi imposto come indiscusso protagonista della Rivoluzione del 1979 (R. KHOMEINI, *Velāyat-e faqīh*, Najaf, 1970). Si è però osservato che il suo riferimento fondamentale era rappresentato non solo dalla tradizione coranica e sciita di quella "giustizia di cadì" che M. WEBER, *Economia e società, III Sociologia del diritto*, Tübingen, 1922, trad. it., Torino, 2000, p. 145, aveva assunto come paradigma della giustizia "materiale" nel senso di equitativa, ma anche e soprattutto dalla *Repubblica* di Platone, componente essenziale di quella tradizione di pensiero confluita nella cultura persiana almeno da quando Simplicio e gli altri filosofi pagani dell'Accademia neoplatonica di Atene, chiusa dallo zelante Giustiniano nel 529, avevano trovato asilo presso i Sasanidi (cfr. G. RUSSELL, *Regni dimenticati. Viaggio nelle religioni minacciate del Medio Oriente*, New York, 2014, trad. it., Milano, 2016, p. 132). E un ideale anello di congiunzione potrebbero rappresentarlo i progetti teocratico-repubblicani di Gemistio Pletone, col richiamo sia alla tradizione platonica sia al biblico libro dei *Giudici*, oltre che ad una versione ammorbidita del modello spartano (cfr. M. CAVINA, *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018, pp. 54-56).

<sup>6</sup> Si ricorderà come il celebre saggio di K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, London, 1945, fosse anzitutto una durissima critica nei confronti della pervasiva influenza esercitata sulla tradizione occidentale dalla *Repubblica* di Platone e dal suo mito del Filosofo-Re, nel quale il moderno filosofo di origini ebraiche ravvisava le radici di quei totalitarismi che lo avevano costretto all'esilio dalla natia Austria fin nella remota Nuova Zelanda.

lo anche alle nostre latitudini<sup>7</sup>.

In tale cornice si inquadrano, invero, pure le recenti vicende del diritto delle relazioni familiari, che potrebbero in fondo essere sinteticamente riassunte in termini di più giuristocrazia, e quindi più incertezza. Ancorché non si tratti di un processo sempre univoco, è infatti facile constatare come questa branca del diritto sia stata ultimamente interessata da epocali mutamenti, che si potrebbero ricondurre anzitutto all'affermazione del principio di eguaglianza, nelle sue varie declinazioni, che ha messo in crisi antiche certezze fondate su differenze ritenute "naturali", e pertanto aprioristicamente poste al di fuori ed al di sopra di ogni discussione giuridica<sup>8</sup>. Ne è innegabilmente derivata una crescente apertura di enormi spazi alla valutazione giudiziaria, in linea del resto con i più generali sviluppi che hanno interessato il sistema nel suo complesso.

Parrebbero però emergere almeno due diverse modalità di produzione di queste nuove forme di incertezza giuridica, anche, nella materia familiare.

## 2. *L'incertezza come effetto collaterale*

In alcune ipotesi, l'incertezza è una conseguenza, che parrebbe non essere come tale voluta, dello scontro tra paradigmi diversi che sono irriducibili, ma fra i quali non si riesce a scegliere in termini generali. Un esempio tipico ci sembra essere quello fornito dalle recenti vicissitudini della nostra giurisprudenza in tema di assegno divorzile.

---

<sup>7</sup> In questa sede non è possibile fornire adeguati riferimenti al riguardo, ma risulta ormai evidente la progressiva affermazione tanto della tecnocrazia giuridica delle Corti sovranazionali, quanto di quella economica delle istituzioni finanziarie cui pertiene oggi la sovranità monetaria, mentre anche ai livelli nazionali appare decisivo il ruolo delle tecnocrazie che, riprendendo la fortunata espressione turca *derin devlet*, siamo soliti chiamare gli "Stati profondi" (cfr. *Limes*, n. 8 del 2018, *Stati profondi, gli abissi del potere*).

<sup>8</sup> E proprio sulla base di tali presupposti, ancora pochi decenni orsono, poteva sembrare autoevidente l'osservazione che «La famiglia è stata indicata come il terreno meno propizio per l'affermazione del principio di eguaglianza» (C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 9).

Da una parte, il paradigma tradizionale ha assegnato per secoli al matrimonio anche una funzione assicurativa nei confronti del coniuge assunto come naturalmente più debole e perciò bisognoso di protezione, ovvero la donna, la quale sposandosi per l'appunto "si sistemava", e la cui esistenza al di fuori del matrimonio sostanzialmente non poteva aspirare ad alcuna rilevanza sociale o economica. A tale impostazione si sono correlati dapprima una lunga persistenza del principio indissolubilistico, che appariva già al padre della moderna sociologia del diritto come un tipico paradosso della realtà italiana<sup>9</sup>, e quindi una sua sostanziale perpetuazione in quegli orientamenti giurisprudenziali a lungo egemoni che hanno incentrato la disciplina dell'assegno divorzile sulla

---

<sup>9</sup> L'eccezionalità della Penisola era evidente in una voce enciclopedica degli anni Trenta in cui si dava atto di come il divorzio fosse allora vigente in tutta Europa con le sole eccezioni del Portogallo e dell'Italia (A. PARRELLA, N. FESTA, P. DE FRANCISCI, G. ERMINI, A. VITTI, *Divorzio*, in *Enciclopedia Italiana*, 1932), e l'isolamento sarebbe forse apparso ancora più totale prima dell'abolizione salazarista dell'istituto nell'ordinamento lusitano, oltre che alla luce della vigenza dello stesso anche nella gran parte dei diritti extraeuropei, nelle progredite forme nordamericane o in quelle arcaiche del ripudio maritale. Non stupisce dunque che M. WEBER, *op. cit.*, p. 44, utilizzasse proprio il caso del nostro Paese per discutere il problema della libertà di divorzio, evidenziando come fossero le donne italiane, a differenza delle antiche romane o delle moderne americane, a rifiutarla ed a voler restare attaccate alle regole tradizionali, in quanto in essa vedevano «un pericolo per il loro mantenimento economico specialmente nella vecchiaia (a somiglianza di quanto avviene per i lavoratori anziani che restano privi di mezzi di sussistenza)», nonché il rischio di un «inasprimento della concorrenza erotica per l'uomo»: ne derivava «la preferenza per un matrimonio caratterizzato da vincoli formali autoritari, e specialmente per la sua indissolubilità formale», accompagnata però «di solito, tanto negli uomini quanto nelle donne, con la tendenza libertinistica nella prassi sessuale». Il carattere paradossale di una tale situazione, in cui erano le donne a farsi fautrici del mantenimento di un assetto patriarcale, diviene tanto più evidente se si ricorda che, durante la breve parentesi napoleonica in cui il divorzio era stato in vigore, la causa più frequente delle relative pronunzie in sede contenziosa era stata rappresentata da «eccessi, sevizie e ingiurie gravi» inflitte alla moglie (cfr. S. SOLIMANO, *Amori in causa. Strategie matrimoniali nel Regno d'Italia napoleonico (1806-1814)*, Torino, 2017, p. 82 ss.), e che poi sarebbero stati l'approvazione della p.d.l. Fortuna-Baslini, presentata nel fatidico 1968 da figure estranee alle "due chiese", e divenuta la l. 1° dicembre 1970, n. 898, nonché l'esito, tutt'altro che scontato, del successivo referendum del 1974, a portare di lì a poco allo smantellamento dell'autorità maritale con la riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151.

costruzione di un diritto alla conservazione *sine die* del cosiddetto tenore di vita matrimoniale<sup>10</sup>, e finivano così per fare della solidarietà post-coniugale un prolungamento di quella coniugale, per certi aspetti ancor più gravoso di quest'ultima.

Dall'altra parte, è venuto progressivamente a contrapporsi ad esso un nuovo paradigma, di solito considerato "più europeo", essendosi affermati nei Paesi nordici prima che da noi, e nel quale quello familiare è un rapporto fra soggetti liberi ed eguali, non vincolati a pre-determinati ruoli di genere<sup>11</sup>. Perciò, anche le vicende che conseguono ad

---

<sup>10</sup> Il riferimento è al duraturo filone giurisprudenziale ricollegabile alla presa di posizione di Cass., sez. un., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Quadr.*, 1991, con nota di M. DOSSETTI. Alla base di siffatta ricostruzione stanno nella sostanza precomprensioni interpretative connesse sia ai residui della concezione indissolubilista, che implica l'idea di un'insopprimibile ultrattività del vincolo matrimoniale in funzione assicurativa, sia ad una pregiudiziale impostazione di favore nei confronti di quella che continua ad essere considerata *a priori* la parte debole del rapporto coniugale (anche se oggi i soggetti considerati, pure da alcuni legislatori regionali, come i più bisognosi di aiuto sono talvolta i padri separati), nonché ad un sottofondo di classismo più o meno implicito, che fa sembrare quasi naturale l'idea di un diritto alla conservazione della posizione sociale acquisita col matrimonio. Restava, però, salva, e diffusamente praticata, la paradossale scappatoia di un, più o meno abusivo, ricorso alla delibazione dell'annullamento canonico, nella configurazione tollerata sino a Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16739, in *Giur. it.*, 2014, p. 2111, che l'ha ritenuta incompatibile con l'ordine pubblico italiano per le convivenze coniugali durate più di tre anni.

<sup>11</sup> La riforma del 1975 implicò la decisiva riscrittura degli artt. 143-146 c.c., per cui, da un sistema in cui il marito era obbligato al mantenimento della moglie ed ella all'obbedienza nei confronti del "capo della famiglia", si giunse a quello attuale in cui i coniugi «acquistano gli stessi diritti e assumono i medesimi doveri», il che, come evidenziava già L. MENGONI, *La famiglia nell'ordinamento giuridico italiano*, in AA. VV., *La famiglia crocevia della tensione fra "pubblico" e "privato"*, Milano, 1979, ha «comportato l'adozione... di un modello di famiglia senza ripartizione predeterminata di funzioni, con ruoli fungibili e interscambiabili tra i coniugi, alla stregua di una concezione assoluta e rigidamente formale del concetto di eguaglianza». Sul passaggio dalla famiglia come istituzione alla famiglia come rapporto si veda, per tutti, G. FURGIUELE, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979: possiamo in fondo considerare come corollari di tale vicenda sia la valorizzazione delle relazioni familiari meramente fattuali, in cui il rapporto di convivenza emerge a prescindere dal momento vincolistico e rituale, sia il riconoscimento di quelle omosessuali, in cui assume la massima evidenza il superamento del criterio del genere ai fini dell'allocazione di ruoli differenziati alle comparti.

un suo eventuale scioglimento, dipendente dall'esercizio di una non conculcabile libertà di cui ambo le parti godono in ogni caso, dovranno essere rette anzitutto da un principio di auto-responsabilità, alla luce del quale non ha senso pretendere di mantenere perpetuamente un soggetto a carico dell'altro, ma si prospetta semmai la necessità di un intervento del *welfare* pubblico<sup>12</sup>. In tal senso sembra orientata la nuova disciplina generale delle convivenze<sup>13</sup>, ed anche in ambito matrimoniale la giuri-

---

<sup>12</sup> Se il modello dell'auto-responsabilità post-coniugale è divenuto tipico dei Paesi nordici, con ogni probabilità ciò non dipende soltanto, per tornare ad un altro ben noto riferimento weberiano, dall'etica protestante, ma anche, se non forse soprattutto, dalla presenza di un consolidato ed affidabile *welfare* statale (come dimostrano indirettamente anche i dibattiti connessi alle recenti riforme italiane: cfr. A. SIMEONE, *Reddito di cittadinanza. L'assegno di divorzio lo paga lo Stato?*, in *La Repubblica*, 20 gennaio 2019), oltre che da una ben più considerevole presenza femminile nel mercato del lavoro. Il nostro modello tradizionale si configura, invece, e non soltanto in quest'ambito (si pensi alla sottoccupazione giovanile o agli anziani non autosufficienti), come caratterizzato dall'implicito, ma non di rado anche esplicito, presupposto che le insufficienze dell'assistenza pubblica debbano essere compensate da quella familiare, con pesanti conseguenze in termini di diseguaglianza che derivano dall'ovvia circostanza che non tutte le famiglie possono fornire lo stesso livello di assistenza. I profili cui si è fatto sintetico riferimento sono poi tra loro connessi: il peso degli oneri di assistenza familiare nei confronti di figli e genitori contribuisce a ridurre le possibilità lavorative della donna, il che ostacola quindi ulteriormente l'accettazione di un principio di auto-responsabilità della stessa pure in caso di crisi familiare. Poi però, come dimostrano anche alcuni dei casi celebri cui si farà riferimento nel prosieguo, ad approfittare di regole giurisprudenziali, che da tale contesto sociale dipendono, sono magari donne ricchissime che con esso nulla hanno a che fare.

<sup>13</sup> L'art 1, comma 65, della l. 20 maggio 2016, n. 76, disciplina la solidarietà post-familiare in caso di cessazione della convivenza limitandola temporalmente, secondo un ragionevole criterio di proporzionalità rispetto alla durata del rapporto cessato, il che potrebbe fornire un utile riferimento anche per ciò che attiene all'analoga materia post-coniugale, specie per le vicende matrimoniali di durata più breve, ad esempio inferiori ai tre anni di cui alla ricordata Cass. 16739 del 2014, cit., in quanto le discipline generali dell'arcipelago familiare sono ormai più d'una, e non andrebbe quindi escluso che le operazioni interpretative possano svolgersi pure nella direzione per così dire inversa a quella cui eravamo più abituati (cfr. M. RIZZUTI, *Assegno divorzile e famiglia di fatto*, in *giustiziacivile.com*, 25 novembre 2016). D'altra parte, l'introduzione dell'unione civile omosessuale, cui il comma 25 della predetta norma rende applicabile anche la l. 898 del 1970, prospetta concretamente l'ipotesi di divorzi in cui non si potrà, neppure implicitamente, richiamarsi agli stereotipi tradizionali per individuare una parte presun-

sprudenza di legittimità aveva finito per abbracciare questa impostazione, riconfigurando l'assegno divorzile come rimedio eccezionale a situazioni di non autosufficienza<sup>14</sup>.

Come ognuno vede, la distanza fra le due ricostruzioni non potrebbe essere maggiore<sup>15</sup>, per cui non può stupire che la questione sia stata rimessa alle Sezioni Unite, le quali però devono aver trovato il compito di assumere una decisione di politica del diritto dal così dirompente impatto sociale troppo al di sopra delle proprie forze. I supremi giudici hanno infatti deciso di non decidere, non optando per nessuna delle due

ta debole nel rapporto (per quello che parrebbe essere stato il primo caso di assegno divorzile in un'unione civile cfr. Trib. Pordenone, 13 marzo 2019, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)).

<sup>14</sup> L'anacronismo dell'orientamento tradizionale era stato denunciato da Trib. Firenze, 22 maggio 2013, con una questione di costituzionalità, rigettata da Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 6, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), ma solo sul presupposto che tale elaborazione non sarebbe stata ormai più conforme all'attuale contenuto dello stesso diritto vivente (cfr. F. ALCARO, *Note in tema di assegno divorzile: il tenore di vita in costanza di matrimonio, un'aporia interpretativa?*, in *Fam. e dir.*, 2013, p. 108 ss.; E. AL MUREDEN, *Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 699 ss.; ID., *Il diritto a formare una seconda famiglia tra doveri di solidarietà post coniugale e principio di autoreponsabilità*, in *Fam. e dir.*, 2014, p. 1043 ss.; G. CONTE, *I criteri di determinazione dell'assegno divorzile al vaglio della Corte Costituzionale*, in [giustiziacivile.com](http://giustiziacivile.com), 3 marzo 2014; M. PALAZZO, *Il diritto della crisi coniugale. Antichi dogmi e prospettive evolutive*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 578 ss.; A. LAMORGESE, *L'assegno divorzile e il dogma della conservazione del tenore di vita matrimoniale*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 11 marzo 2016), ed il vecchio criterio del tenore di vita matrimoniale è stato quindi apertamente sconfessato in favore di quello dell'autosufficienza economica da Cass., 10 maggio 2017, n. 11504 (caso *Grilli-Lowenstein*), in *Corr. giur.*, 2017, p. 885, con nota di E. QUADRI; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 636, con note di E. AL MUREDEN e F. DANOVÌ; in *Giur. it.*, 2017, p. 1299, con nota di A. DI MAJO, e p. 1795, con nota di C. RIMINI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1001, con nota di U. ROMA; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859, con note di G. CASABURI, C. BONA e A. MONDINI.

<sup>15</sup> Appare piuttosto indicativa delle contrapposizioni suscitate dalla materia, la circostanza che, a distanza di pochi giorni dal deposito di Cass. 11504 del 2017, cit., il criterio tradizionale del tenore di vita venisse invece ribadito da Cass., 16 maggio 2017, n. 12196 (caso *Berlusconi-Lario*), in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), ancorché con riguardo ad un assegno non divorzile ma di separazione, e soprattutto ad una fattispecie decisamente peculiare per l'enormità del patrimonio del marito, un ben noto personaggio pubblico che di certo non aveva mai goduto delle simpatie della magistratura.

contrapposte ipotesi e fornendo, nel tentativo di una, invero impossibile, mediazione, tutta una varietà di criteri, non di rado reciprocamente contraddittori, che finiscono per rimettere ogni valutazione all'equità dei giudici del merito<sup>16</sup>.

L'esito è dunque tale da rendere la vicenda assai rilevante ai nostri fini: un incremento del tasso di incertezza delle decisioni, che si appalesa come conseguenza difficilmente evitabile di una siffatta non-scelta, pur non rappresentando di per sé l'obbiettivo perseguito da nessuna delle parti in causa. Invero, sia la tesi del tenore di vita sia quella dell'autosufficienza economica potrebbero fornire parametri ragionevol-

---

<sup>16</sup> Il riferimento è a Cass., sez. un., 11 luglio 2018, n. 18287, a proposito della quale si possono vedere i contributi raccolti in AA.VV., *L'assegno di divorzio dopo la decisione delle Sezioni Unite tra continuità e cambiamento*, numero monografico 11 del 2018 di *Famiglia e diritto*; in D. BUZZELLI (a cura di), *Il nuovo assegno di divorzio. L'istituto dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, Pisa, 2019; nonché nel numero 1 del 2019 della rivista *Famiglia*. Secondo la sentenza, infatti, va «prescelto un criterio integrato che si fondi sulla concretezza e molteplicità dei modelli familiari attuali. Se si assume come punto di partenza il profilo assistenziale, valorizzando l'elemento testuale dell'adeguatezza dei mezzi e della capacità (incapacità) di procurarseli, questo criterio deve essere calato nel "contesto sociale" del richiedente, un contesto composito formato da condizioni strettamente individuali e da situazioni che sono conseguenza della relazione coniugale, specie se di lunga durata e specie se caratterizzata da uno squilibrio nella realizzazione personale e professionale fuori nel nucleo familiare. Lo scioglimento del vincolo incide sullo status ma non cancella tutti gli effetti e le conseguenze delle scelte e delle modalità di realizzazione della vita familiare. Il profilo assistenziale deve, pertanto, essere contestualizzato con riferimento alla situazione effettiva nella quale s'inserisce la fase di vita post matrimoniale, in particolare in chiave perequativa-compensativa. Il criterio attributivo e quello determinativo, non sono più in netta separazione ma si coniugano nel cd. criterio assistenziale-compensativo. L'elemento contributivo-compensativo si coniuga senza difficoltà a quello assistenziale perché entrambi sono finalizzati a ristabilire una situazione di equilibrio che con lo scioglimento del vincolo era venuta a mancare... L'adeguatezza dei mezzi deve, pertanto, essere valutata, non solo in relazione alla loro mancanza o insufficienza oggettiva ma anche in relazione a quel che si è contribuito a realizzare in funzione della vita familiare e che, sciolto il vincolo, produrrebbe effetti vantaggiosi unilateralmente per una sola parte... In conclusione, alla pluralità di modelli familiari consegue una molteplicità di situazioni personali conseguenti allo scioglimento del vincolo. Il criterio individuato proprio per la sua natura composita ha l'elasticità necessaria per adeguarsi alle fattispecie concrete». Insomma, verrebbe fatto di dire, tutto e il contrario di tutto.

mente certi all'operatore giuridico, ma è questo loro quasi involontario mescolamento che non riesce a farlo<sup>17</sup>.

Ad ogni modo, finiscono ormai per risultare lunari certe pretese di calcolabilità degli assegni divorzili tramite appositi *softwares*, che nel recente passato avevano paradossalmente proposto proprio *in subiecta materia* una sorta di reincarnazione dell'immagine, come dicevamo sempre più superata in termini generali, del giudice-automa, mera bocca della legge<sup>18</sup>.

### 3. *L'incertezza come obiettivo di politica del diritto*

In altre ipotesi, l'incertezza rappresenta invece dichiaratamente una meta da perseguire, un obiettivo che uno degli orientamenti in campo deliberatamente persegue in quanto strumento di liberazione da talune rigide categorie del passato. Questa volta il caso esemplare, beninteso non l'unico prospettabile, ci sembrerebbe poter essere offerto da alcuni recenti sviluppi in tema di identità di genere.

---

<sup>17</sup> Invero, non meno indeciso, per quanto riguarda sia i criteri di determinazione dell'assegno sia la cauta apertura ad una sua preventiva delimitazione temporale, appare il tentativo di una nuova disciplina legislativa della materia, di cui alla p.d.l. 506 presentata in data 12 aprile 2018 alla Camera dei Deputati. D'altra parte, una via alternativa alla regolazione della materia potrebbe essere rappresentata dall'autonomia privata, sempre che si affermi un indirizzo favorevole alla ammissibilità degli accordi *in subiecta materia* (cfr., anche per ulteriori riferimenti, M. PALAZZO, S. LANDINI (a cura di), *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, 1, 2018 della *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*), verso il quale sembrerebbe inclinare anche il d.d.l. delega n. 1151, di riforma del Codice Civile, presentato dal Governo al Senato della Repubblica in data 19 marzo 2019.

<sup>18</sup> Se Montesquieu nel formulare la celebre immagine della "bouche de la loi" aveva parlato dei magistrati come di «êtres inanimés», e M. Weber parlava del giudicante come "ein Paragraphen-Automat", oggi sono le diffuse illusioni sulla sostituzione del ragionamento giuridico con elaborazioni algoritmiche ad aver favorito il successo, anche commerciale, di *softwares* programmati per quantificare gli assegni divorzili (cfr. [www.remidafamiglia.com/](http://www.remidafamiglia.com/)), ma ci sembra francamente arduo immaginare come tali meccanismi potranno funzionare a fronte dell'ultima pronuncia delle Sezioni Unite su cui ci si siamo ora soffermati.



Com'è noto, il diritto e la medicina della modernità, soppiantando antiche realtà talvolta più fluide<sup>19</sup>, avevano rigidamente inquadrato la problematica nei termini del binarismo sessuale, funzionale anche all'esigenza dello Stato di una sicura classificazione degli *status* di ciascuno, per cui la qualificazione legale come maschio o come femmina di ogni individuo risultava inderogabile e del tutto insuscettibile di risentire l'influenza delle eventuali volontà manifestate dai diretti interessati<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Nelle fonti giuridiche ebraiche e romane troviamo articolate discussioni circa lo *status* giuridico di varie categorie di ermafroditi (*Mishnah, Bikkurim, IV*; nonché *Dig. 1.5.10, Dig. 28.2.6.2, e Dig. 22.5.15.1*) e di eunuchi (*Yebamoth, VIII, 79b*; nonché *Dig., 23.3.39.1, e Dig. 28.2.6.1*), sulle quali si possono vedere V. TURCHI, *Considerazioni attuali circa una questione antica. Gli «eunuchi», tra storia e diritto*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, 2010, 11, pp. 1-26, e L. FRANCHINI, *Lo status dell'ermafrodita ed il problema della determinazione del sesso prevalente*, in *www.teoriae.storiadeldirittoprivato.com*, 2016, IX, ma appare forse ancor più significativa quella fonte non giuridica che, magari riecheggiando alcuni di questi dibattiti, qualificava gli eunuchi come «*tertium genus hominum*» (ELIO LAMPRIDIO, *Historia Augusta, Vita di Alessandro Severo*, 23.7).

<sup>20</sup> La necessaria appartenenza all'uno o all'altro genere era divenuta infatti un dato giuridico formalizzato e dotato di rilievo pubblicistico, per cui è scomparso ogni spazio per la stessa pensabilità di situazioni intermedie, archiviate come favole degli antichi (cfr. F. DE ZEILLER, *Commentario sopra il Codice civile universale austriaco*, Venezia, 1815, I, p. 97, nt. 1; A. PADOVANI (a cura di), *Le leggi civili disposte nel loro naturale ordine, opera di G. Domat*, Pavia, 1825, I, p. 209, nt. 1; F. FORAMITI, *Enciclopedia legale*, Venezia, 1839, III, p. 19), o risolte come ipotesi in cui occorra rettificare le risultanze dei registri relative al sesso "apparente" per indicare quello "vero" (cfr. M. FOUCAULT (a cura di), *Herculine Barbin dite Alexina B.*, Paris, 1978; A. FAUSTO-STERLING, *Sexing the Body. Gender Politics and the Construction of Sexuality*, New York, 2000; A.D. DREGER, *Hermaphrodites and the Medical Invention of Sex*, Cambridge MA, 2000), ovvero "rettificare" chirurgicamente il corpo per adeguarlo al modello sociale e legale (cfr. J. MONEY, *Hermaphroditism: recommendations concerning case management*, in *Journal of clinical endocrinology and metabolism*, 1956, 4, pp. 547-556; L. GIACOMELLI, *Quando la vita infrange il mito della "normalità": il caso dei minori intersessuali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2012, 4, pp. 597-636; A. LORENZETTI (a cura di), *Focus. Frontiere del corpo, frontiere del diritto: la condizione intersessuale e l'incepimento del sistema*, in *GenIus*, 2018, 1, pp. 5-58; G. VIGGIANI, *Un'introduzione critica alla condizione intersex*, in *Riv. Biodiritto*, 2019, 1, p. 433-451).

Il nostro diritto postmoderno valorizza invece l'interesse del singolo al libero sviluppo della propria personalità, ed ha finito così per ammettere momenti di disponibilità volontaristica dello stato civile<sup>21</sup>, pure con riferimento al tema ora in esame. Così, anche da noi, recenti sentenze costituzionali si sono espresse in favore dell'ammissibilità di un mutamento del genere legale che non presupponga necessariamente modifiche anatomiche, facendo espresso riferimento alla necessità che sull'interesse collettivo alla certezza dello *status* prevalga il diritto dell'individuo all'identità<sup>22</sup>, ovvero una sorta di diritto all'incertezza, alla non predeterminazione<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Vanno ricordate le recenti decisioni che hanno introdotto margini di volontarismo nelle regole sulla attribuzione del cognome dei figli, precedentemente rimessa a meri automatismi: Corte cost., 21 dicembre 2016, n. 286, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1 ss., rifacendosi a Corte EDU, 7 gennaio 2014, *Cusan & Fazzo c. Italie*, ric. 77/07, ha infatti dichiarato incostituzionali le norme, desumibili in via implicita o esplicita dal Codice Civile e da altre fonti, che impedivano ai genitori di attribuire di comune accordo al figlio matrimoniale, nonché a quello extramatrimoniale simultaneamente riconosciuto o congiuntamente adottato, anche il cognome materno. Si sono, dunque, ritenuti prevalenti l'autonomia dei genitori ed il diritto all'identità personale del figlio rispetto all'interesse pubblicistico ad una tracciabilità delle appartenenze familiari secondo un criterio univoco, che tradizionalmente era quello patrilineare.

<sup>22</sup> Corte cost., 5 novembre 2015, n. 221, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3758, ha ritenuto di poter evitare di dichiarare l'illegittimità delle norme della l. 14 aprile 1982, n. 164, sulla rettificazione dell'attribuzione di sesso, che in passato erano state prevalentemente interpretate come tali da rendere necessario un intervento chirurgico radicale, solo in quanto, anche sulla base dell'insegnamento di Corte EDU, 10 marzo 2015, *Y.Y. c. Turquie*, ric. 14793/08, le stesse erano già state reinterpretate in senso radicalmente opposto da Cass., 20 luglio 2015, n. 15138, in *Giur. it.*, 2016, I, p. 63 con nota di L. ATTADEMO, *La rettificazione di sesso non presuppone l'adeguamento dei caratteri sessuali primari*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 3137, con nota di G. CASABURI, *La Cassazione sulla rettifica di sesso senza intervento chirurgico "radicale". Rivive il mito dell'ermafroditismo?*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 1068, con nota di D. AMRAM, *Cade l'obbligo di intervento chirurgico per la rettificazione anagrafica del sesso*. Ancora più di recente, tali esiti sono stati in buona sostanza ribaditi da Corte cost., 13 luglio 2017, n. 180, e da Corte cost., 13 luglio 2017, n. 185 (entrambe consultabili in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)).

<sup>23</sup> Può essere interessante ricordare come, nel giudizio che ha condotto all'emanazione di Corte cost. 221 del 2015, cit., l'interveniente Associazione Radicale Certi Diritti abbia richiamato le notissime Corte cost. 10 giugno 2014, n. 162 del 2014, e Corte

Sulla medesima linea di tendenza sono ipotizzabili ulteriori sviluppi, anche alla luce di quanto preannunciano le vicende degli ordinamenti con cui siamo soliti confrontarci. Sempre a livello di giurisprudenza costituzionale, in alcuni Paesi è stato, infatti, già riconosciuto il diritto alla indicazione di un terzo genere<sup>24</sup>, sancendo quindi un ancor più net-

---

cost. 8 maggio 2009, n. 151, in materia di procreazione medicalmente assistita (entrambe consultabili in [www.biodiritto.org](http://www.biodiritto.org)), per argomentare a sostegno dell'irragionevolezza di norme che predeterminino trattamenti e protocolli cristallizzati, disconoscendo la centralità dell'autodeterminazione del soggetto interessato e dell'autonomia scientifica del medico nella valutazione del caso concreto. Nella dottrina bioetica nordamericana si è invece ampiamente discusso sul cosiddetto diritto del minore ad un futuro aperto, da cui si dedurrebbe il divieto per i genitori di pregiudicarlo, ad esempio rinunciando a delle opportunità di istruzione (cfr. J. FEINBERG, *The Child's Right to an Open Future*, in W. AIKEN, H. LA-FOLLETTE (a cura di), *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power*, Totowa NJ, 1980, pp. 124-153), ovvero selezionando, ed in futuro più direttamente manipolando, il genoma del figlio nascituro (cfr. D.S. DAVIS, *Genetic Dilemmas and the Child's Right to an Open Future*, in *Rutgers L. J.*, 1997, pp. 549-592), ma anche imprimendo sul corpo del neonato le proprie opzioni religiose o culturali (R.J.L. DARBY, *The child's right to an open future: is the principle applicable to non-therapeutic circumcision?*, in *J. Med. Ethics*, 2013, pp. 463-468).

<sup>24</sup> Gli ordinamenti di alcuni Paesi europei, americani, oceanici ed asiatici consentono il ricorso a registrazioni quali "sesso indeterminato", "non specificato" o "neutro", e l'uso di "X" invece di M o F (cfr. C. PARRINIELLO, *Riflessioni sull'appartenenza di genere come diritto fondamentale all'identità personale*, in [www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it](http://www.comparazioneDIRITTOCIVILE.it), 2015), mentre da noi il Comitato Nazionale di Bioetica, nel parere "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici", 28 febbraio 2010, ha rifiutato tale prospettiva con riguardo alle persone intersessuali. Più di recente, in Germania Bundesverfassungsgericht, 20 ottobre 2017, *1 BvR 2019/16*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it), con nota di F. BRUNETTA D'USSEAU, ha invece persino ritenuto inadeguata la scelta normativa di consentire di omettere l'indicazione del genere, che dal punto di vista italiano sarebbe già un passo avanti, ritenendo che un intersessuale dovrebbe semmai avere diritto ad una positiva indicazione del suo terzo sesso, ed il legislatore ha quindi provveduto al riguardo entro il termine del 31 dicembre 2018 prescritto dalla sentenza. Frattanto pure l'omologa Corte austriaca era intervenuta per adottare un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'ordinamento dello stato civile, tale da consentire registrazioni differenti da maschile o femminile (cfr. F. BRUNETTA D'USSEAU, *La Corte costituzionale austriaca impone l'immediato riconoscimento del terzo genere*, in [www.articolo29.it](http://www.articolo29.it)). Del resto, l'opzione del sesso indeterminato figura ormai anche nel modulo *standard* multilingue per la circolazione degli atti di nascita di cui al reg. UE 6 luglio 2016, n. 1191, in vigore dal 16 febbraio 2019.

to distacco dal modello del binarismo legale. Si prospetta però anche l'ipotesi di un radicale, ed invero più risolutivo<sup>25</sup>, superamento della questione, con l'eliminazione della stessa necessità di una registrazione giuridica della identità di genere<sup>26</sup>. Del resto, nel contesto di quella che, ricalcando la locuzione società post-razziale, è stata definita come una società post-sessuale<sup>27</sup>, si tratterebbe di un dato ormai irrilevante per

---

<sup>25</sup> Invero, la registrazione di un terzo genere risulterebbe bensì più aderente alla realtà dei fatti, ma lascerebbe ad ogni modo immutato il problema giuridico di stabilire se equiparare i soggetti in questione agli appartenenti al genere maschile ovvero a quello femminile ai fini dell'applicazione delle norme che a tale bipartizione continuano a fare in qualunque maniera riferimento: avendo riguardo all'ordinamento italiano ci dovremmo ad esempio chiedere con chi la persona di sesso neutro possa sposarsi e con chi costituire un'unione civile.

<sup>26</sup> Per uno spunto al riguardo si vedano G. APRILE, G. MALGIERI, F. PALAZZI, *Transessualismo e identità di genere: sviluppi dinamici di una originaria staticità? Considerazioni giuridiche, mediche e filosofiche*, in *Riv. it. med. leg.*, 2016, 1, p. 57 ss. Invero, fra le opzioni che la citata sentenza costituzionale tedesca del 2017 proponeva al legislatore per realizzare un assetto non discriminatorio, rientrava proprio, in alternativa all'introduzione del terzo sesso legale, anche la cancellazione *tout court* del sesso dallo stato civile, ed anche il Principio 31 dei *Yogyakarta Principles plus 10*, adottati il 10 novembre 2017, raccomanda agli Stati di “end the registration of the sex and gender of the person in identity documents”.

<sup>27</sup> Nel recente passato, per gli ordinamenti razzisti poteva essere problematico inquadrare le persone appartenenti ai gruppi non considerati nell'originaria stesura delle norme in materia, per cui, ad esempio, secondo 10<sup>th</sup> Judicial Circuit Court, 8 marzo 1921, *State of Alabama vs. J. Rollins & E. Labue*, un'italiana non poteva considerarsi bianca “oltre ogni ragionevole dubbio”. Non meno arduo risultava qualificare i frutti delle unioni interrazziali: così per la nostra l. 13 maggio 1940, n. 822, i meticci nati prima dell'entrata in vigore del r.d.l. 19 aprile 1937, n. 880, potevano mantenere la cittadinanza e gli *status familiae* acquisiti, mentre quelli nati successivamente andavano considerati sudditi coloniali e figli non riconoscibili. Peraltro, in certi casi particolari occorre prevedere eccezionali procedimenti che consentissero il mutamento della qualifica razziale attribuita ad una persona, come l'arianizzazione di cui alla l. 13 luglio 1939, n. 1024, e soltanto perché le leggi segregazioniste americane erano già state abrogate non si è posto il problema di come sulle stesse potessero incidere modificazioni chirurgiche del tipo di quelle cui si è sottoposto M. Jackson. Del pari, in quegli ordinamenti in cui l'appartenenza religiosa incide direttamente sullo *status personae*, come accade tutt'oggi in buona parte del Medio Oriente, le eventuali conversioni, ove ammesse, non possono restare nel foro interno ma devono essere proceduralizzate e burocratizzate, mentre diventa problematico inquadrare la posizione di chi non appar-

l'ordinamento, in quanto insuscettibile di produrre conseguenze giuridiche di sorta<sup>28</sup>, una volta che si sia instaurato un regime di piena eguaglianza, e si sia insomma conquistata, se così ci vogliamo esprimere, una condizione di generale incertezza.

---

tenga a nessuna confessione, o comunque a nessuna di quelle riconosciute. Tali questioni non hanno invece rilievo giuridico laddove razza o religione non esercitino alcuna influenza sullo stato civile delle persone, e lo stesso potrebbe accadere per quelle attinenti alle persone transessuali ed intersessuali in un ipotetico ordinamento in cui nemmeno il sesso vi incidesse più: così, L. IPPOLITO, *In Inghilterra si accende la battaglia sulle identità sessuali e di genere*, in *Corriere della Sera*, 15 ottobre 2017, si chiede se la società britannica, dopo essere divenuta post-religiosa e post-razziale stia diventando anche post-sessuale.

<sup>28</sup> In proposito appare di notevolissimo interesse, per così dire *a contrario*, la recente vicenda giudiziaria olandese di E. Ratelband, un sessantanovenne che invocava il diritto a poter modificare la propria età anagrafica, abbassandola di vent'anni, sulla base dei precedenti a suo avviso rappresentati proprio dalle riconosciute libertà di cambiare religione, nome o sesso: in primo grado i giudici hanno però rigettato tale istanza, rimarcando che dall'età, a differenza di quanto accade nelle altre ipotesi considerate, dipendono importanti conseguenze giuridiche, quali il diritto di voto o l'obbligo scolastico nonché gli effetti previdenziali (cfr. P. DEL RE, *A 69 anni vuole abbassarsi l'età, ma i giudici olandesi dicono che non si può*, in *La Repubblica*, 4 dicembre 2018).



# LE INCERTEZZE DEL DIRITTO NEL CONTESTO DELLA SANITÀ MODERNA: SFIDE PRESENTI E FUTURE

*Andrea Martani*

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* 2. *Il mondo sanitario e la sua evoluzione.* 3. *Tre ambiti di incertezze.* 3.1. *Il consenso: le sue forme, le sue modalità.* 3.2. *Di chi sono le informazioni dei pazienti?* 3.2.1. *La proprietà con riferimento ai dati sanitari.* 3.2.2. *L'anonimità con riferimento ai dati sanitari.* 3.3. *Trattamenti personalizzati: tra precisione e discriminazione.* 4. *Considerazioni finali.*

## *1. Introduzione*

Il campo sanitario è sempre stato un importante crocevia dove il diritto si è dovuto misurare con questioni di intrinseca complessità<sup>1</sup>. La difficoltà del diritto nel regolare le questioni concernenti la salute umana è dettata da una lunga serie di ragioni, tra le quali ne spiccano almeno due. Da un lato, il fatto che i fenomeni giuridicamente rilevanti che si possono verificare in questo settore sono estremamente multiformi. Dall'altro, il fatto che tali fenomeni si collocano solitamente al confine tra diversi settori tradizionali del diritto, i quali, invece, sono basati su una – più o meno – netta divisione tra questioni di rilevanza, ad esempio, penale, civile, od amministrativa.

A causa di tale complicato rapporto, è difficile – se non addirittura impossibile – tentare di sistematizzare la totalità delle tematiche di rilevanza giuridica che concernono la medicina in un unico ambito o disciplina, anche se solo con riferimento ad un aspetto di tale rapporto. In questo senso, l'obiettivo del presente contributo non è quello di tentare di rimediare a tale mancanza, che è invece intrinsecamente legata alla complessità del mondo della salute, il quale non permette – per la sua

---

<sup>1</sup> Si veda, tra i tanti, R. FERRARA (a cura di), *Salute e Sanità*, Milano, 2010.

stessa natura – una trattazione sistematica come di uso per il giurista. Il ben più modesto scopo che ci si propone, è invece quello di presentare una serie di ambiti nel contesto della sanità e della medicina, dove si avverte una situazione di incertezza giuridica nella pratica di tali discipline. L’obiettivo finale è quindi quello di sistematizzare tali ambiti e proporre una chiave analitica come potenziale punto di partenza per rimediare all’incertezza che ivi si avverte. Nello specifico, questo contributo si articola in tre parti. In primo luogo, si tratteranno in breve le linee evolutive del mondo della salute e della medicina moderna, in modo da definire il contesto della presente trattazione. Nella seconda parte dell’articolo, si delineeranno tre ambiti all’interno dei quali si manifesta – seppure secondo modalità diverse e per ragioni differenti – incertezza giuridica nel contesto della medicina moderna. Infine, alcune conclusioni verranno tracciate per descrivere le esigenze principali in termini di riflessione giuridica al fine di risolvere le incertezze del diritto nel campo sanitario precedentemente delineate.

## 2. *Il mondo sanitario e la sua evoluzione*

Una riflessione sulle incertezze del diritto nel contesto della sanità moderna deve necessariamente partire da una definizione di questo stesso contesto, dal momento che le recenti linee di sviluppo della sanità si trovano alla base dei nuovi ambiti di incertezza giuridica che ivi sono sorti. In tal senso, è necessario sottolineare come il mondo della sanità – sia per quanto riguarda la cura che la ricerca – è andato incontro ad una notevole evoluzione negli ultimi venti anni. In particolare, tre sono le linee di sviluppo principali che sono stati perseguiti<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Si veda il contributo di D. CHAMBERS, W. FEERO, M. KHOURY, *Convergence of Implementation Science, Precision Medicine, and the Learning Health Care System: A New Model for Biomedical Research*, in *JAMA*, 18, 2016, pp. 1941-1942. La presente descrizione afferisce principalmente, ma non esclusivamente, al mondo occidentale. I concetti descritti non sono però esclusivi dell’occidente. Si veda, ad esempio, V. PATEL, *Rethinking personalised medicine*, in *The Lancet*, 9980, 2015, pp. 1826-1827.



In primo luogo – a partire da un famoso report della accademia nazionale della scienza americana<sup>3</sup> – si è sviluppata l’idea che la sanità debba comportarsi come un “sistema di apprendimento”<sup>4</sup>. Secondo tale visione, la distinzione tra ricerca e pratica medica deve cadere ed entrambi questi mondi debbono fondersi in uno sforzo comune volto alla produzione di conoscenza e cura di alta qualità<sup>5</sup>.

In secondo luogo, si è diffusa l’aspirazione di passare da una medicina di massa ad una sanità sempre più precisa e personalizzata<sup>6</sup>. Con la crescita delle possibilità di adattamento dei trattamenti alle necessità del singolo individuo, si è progressivamente realizzato che si debba sviluppare una medicina capace di tenere attivamente conto delle differenze tra i pazienti, in modo da migliorare sia la cura che, soprattutto, la prevenzione<sup>7</sup>.

In terzo luogo, si è evidenziato che la sanità debba evolversi in modo tale da incorporare in maniera rapida ed efficiente le migliori pratiche di cura, secondo i paradigmi della “evidence-based-practice” o

---

<sup>3</sup> Il report a cui ci si riferisce è stato stilato dall’“Institute of Medicine” ed è stato pubblicato con il titolo *The learning healthcare system: Workshop summary*, Washington DC, 2007.

<sup>4</sup> Il termine diffuso sia nella letteratura scientifica italiana che internazionale è quello di “learning healthcare system”.

<sup>5</sup> Per una panoramica sul concetto di “learning healthcare system” si veda A. DAGLIATI, V. TIBOLLO, L. SACCHI ET AL., *Big Data as a Driver for Clinical Decision Support Systems: A Learning Health Systems Perspective*, in *Frontiers in Digital Humanities*, 5, 2018.

<sup>6</sup> Si veda, per esempio, la posizione del National Research Council espressa in NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Toward precision medicine: building a knowledge network for biomedical research and a new taxonomy of disease*, Washington DC, 2011. Disponibile anche online all’indirizzo <http://www.nap.edu/catalog/13284/toward-precision-medicine-building-a-knowledge-network-for-biomedical-research>.

<sup>7</sup> L’importanza della personalizzazione della medicina è sottolineata, tra le altre cose, dalla priorità che questa sta avendo nella agenda dell’Unione Europea e del Ministero della Salute. Si veda, ad esempio le “Conclusioni del Consiglio su una medicina personalizzata per i pazienti” (OJ C 421, 17.12.2015, p. 2-5). A livello nazionale, si veda, ad esempio, l’“Intesa Stato Regioni del 26 ottobre 2017” (G.U. Serie Generale, n. 13 del 17 gennaio 2018).

“value-based-practice”<sup>8</sup>. In linea con tale prospettiva, il connubio tra scienza e sanità si dovrebbe sviluppare così che l’evoluzione della medicina non limiti la sua attenzione al solo paziente, ma tenga sempre in considerazione anche gli aspetti organizzativi, regolatori e professionali che la fornitura di servizi sanitari richiede.

Queste linee di sviluppo sono state concretizzate con la implementazione di diverse soluzioni pratiche, tra le quali le più importanti sono sicuramente la diffusione dei fascicoli sanitari elettronici<sup>9</sup>, lo sviluppo dei sistemi diagnostici basati sulla intelligenza artificiale<sup>10</sup>, e lo sfruttamento di sistemi di monitoraggio remoto per migliorare la salute dei pazienti<sup>11</sup>.

Naturalmente, l’implementazione di tali soluzioni ha suscitato tanto entusiasmo quanto scetticismo. Assieme alla necessità di un più aggressivo monitoraggio degli individui che tali sviluppi prevedono, ed assieme alla progressiva caduta della differenza tra paziente e soggetto di ricerca, è in particolare la centralità che l’utilizzo di dati personali ha in tale contesto a generare delle preoccupazioni per il rispetto della privacy e della autonomia dei soggetti cui la sanità si rivolge<sup>12</sup>. Una tale potenziale interferenza con la sfera privata e l’autodeterminazione degli individui rimandano naturalmente al mondo del diritto, con il quale, dunque, lo sviluppo della medicina ha dovuto confrontarsi. In questo

---

<sup>8</sup> Per una introduzione al concetto cfr. M. BAUER, L. DAMSCHRODER, H. HAGEDORN ET AL., *An introduction to implementation science for the non-specialist*, in *BMC Psychol*, 32, 2015. Si veda anche M. ECCLES, B. MITTMAN, *Welcome to implementation science*, in *ImplementationSci*, 1, 2006.

<sup>9</sup> Per l’Italia, si veda il Decreto del Presidente Del Consiglio Dei Ministri 29 settembre 2015, n. 178 «Regolamento in materia di fascicolo sanitario elettronico» (15G00192) (GU n.263 dell’11.11.2015).

<sup>10</sup> Si veda, per esempio, per una panoramica su come l’intelligenza artificiale è usata nel campo della radiologia A. HOSNY, C. PARMAR, J. QUACKENBUSH ET AL., *Artificial intelligence in radiology*, in *Nat Rev Cancer*, 8, 2018, pp. 500-510.

<sup>11</sup> Per l’uso di sistemi di monitoraggio remoto cfr. S. HIREMATH, G. YANG, K. MANKODIYA, *Wearable Internet of Things: Concept architectural components and promises for person-centered healthcare*, in *Wireless Mobile Communication and Healthcare (Mobihealth) 2014 EAI 4th International Conference*, 2014, pp. 304-307.

<sup>12</sup> Per una completa e profonda riflessione su questo tema cfr. P. OHM, *Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization*, in *UCLA Law Review*, 57, 2010, pp. 1701-1777.

panorama, l'emergere di una forte esigenza della sanità di continuare ad evolversi velocemente si è scontrata con la contraria tendenza del mondo giuridico ad essere più cauto<sup>13</sup>. Tale scontro ha dato origine a vari ambiti di incertezza nei quali, la norma giuridica, più che inadeguata, appare disorientata su come accompagnare una evoluzione della medicina che non sembra possibile fermare<sup>14</sup>. Nei prossimi paragrafi, si cercherà di riassumere e sistematizzare tre dei principali ambiti in cui tale incertezza giuridica emerge.

### 3. Tre ambiti di incertezze

L'individuazione degli ambiti di incertezza giuridica affrontati più sotto è avvenuta sulla base delle esperienze raccolte nel contesto di un progetto di ricerca il cui scopo è quello di elaborare soluzioni alla difficoltà della sanità svizzera ad armonizzare le raccolte di dati sanitari senza ledere i diritti dei pazienti<sup>15</sup>. In tale progetto, sono emersi progressivamente alcuni ambiti caratterizzati da un certo grado di incertezza giuridica che si manifestano con insistenza nel mondo legato alla salute ed alla medicina. Questi ambiti, seppur di natura distinta, sembrano essere legati da un triplice *fil rouge*. In primis, essi appaiono es-

---

<sup>13</sup> La questione della lentezza del diritto rispetto agli avanzamenti tecnologici in generale è trattata, ad esempio, in G.E. MARCHANT, R.A. BRADEN, R.H. JOSEPH (a cura di), *The growing gap between emerging technologies and legal-ethical oversight: The pacing problem*, London, 2011.

<sup>14</sup> A conferma di ciò, recentemente è caduto anche il «tabù» della modificazione genetica embrionale, con la creazione del primo embrione sul cui DNA si era intervenuti con la tecnica CRISPR-Cas9. Si veda [https://www.nature.com/articles/d41586-018-07545-0?utm\\_source=twit\\_nnc&utm\\_medium=social&utm\\_campaign=naturenews&sf203011770=1](https://www.nature.com/articles/d41586-018-07545-0?utm_source=twit_nnc&utm_medium=social&utm_campaign=naturenews&sf203011770=1) (ultima consultazione 15.04.2019).

<sup>15</sup> Il progetto in questione è intitolato “Advancing SMART solutions and eliminating barriers for the Acquisition, Analysis, and Sharing of Health data in Switzerland” ed è finanziato dal Fondo Nazionale Svizzero per la Ricerca Scientifica, nell’ambito del Piano Nazionale di Ricerca 74 “Smarter Health Care”. Tale progetto include – ma non è limitato a – una revisione della letteratura nel settore ed il coinvolgimento di esperti dal settore sanitario (ricercatori, direttori di ospedali e bio-banche e responsabili delle politiche sanitarie) attraverso la metodologia Delphi.

sere connessi alle nuove dimensioni che il mondo della salute – sia nel senso più marcatamente organizzativo che in quello relativo alla erogazione di prestazioni sanitarie – sta venendo ad assumere. Tali nuove dimensioni della salute non sono semplicemente il prodotto di innovazioni tecnologiche, che pur hanno un notevole impatto, ma anche di fattori di altra natura, come ad esempio necessità di tipo organizzativo, l'evoluzione dei concetti di malattia e di salute, e costrizioni legate alla scarsità delle risorse finanziarie su cui la sanità si basa. In secondo luogo, il tema dei dati, specialmente quei dati personali concernenti la salute, è presente – seppur con sfaccettature diverse – in tutte gli ambiti di incertezza che sono emersi. Da ultimo, come già accennato, tali ambiti sono altresì accomunati dalla apparente difficoltà della norma giuridica nel regolare dei concetti dipendenti da una costante evoluzione del loro sostrato concreto.

### *3.1. Il consenso: le sue forme, le sue modalità*

Un primo ambito rilevante in cui la incertezza giuridica nel campo sanitario si manifesta concerne la natura del consenso. Il consenso è senza dubbio uno dei concetti fondamentali nel campo sanitario, sia da una prospettiva etica che giuridica. Si potrebbe dire, per darne una definizione essenziale, che il consenso descriva, nel contesto medico-sanitario, quella particolare manifestazione di volontà da parte dell'individuo che, rispondendo a certi requisiti, acquista rilevanza giuridica. Sviluppatisi sin dall'inizio del Novecento a partire da alcuni famosi casi, tra cui quello di un medico condannato per aver operato l'orecchio di un uomo il cui consenso era stato ottenuto solo per l'orecchio "sbagliato"<sup>16</sup>, l'importanza del consenso è stata definitivamente sancita dai ri-

---

<sup>16</sup> Il caso riguardava infatti un paziente, Ms Mohr, il cui medico, Dr Williams, aveva riscontrato la necessità di operare l'orecchio destro ed aveva cominciato il trattamento chirurgico con il consenso della paziente. Una volta anestetizzato Mohr, tuttavia, il dottore aveva esaminato anche l'orecchio sinistro e riscontrato una situazione ben peggiore. Aveva perciò deciso di operare l'orecchio sinistro, nonostante il consenso fosse stato ottenuto solo per il destro, considerando che ciò fosse nel miglior interesse del paziente. La paziente, risvegliatasi, accusò il medico ed il caso si trascinò fino alla Cor-

sultati del processo di Norimberga e dal Belmont Report<sup>17</sup>. Eppure, benché radicato come principio, il consenso sembra aver recentemente perduto i suoi caratteri di certezza. Da concetto unitario ed inequivoco, il consenso è infatti andato assumendo un carattere sempre più multiforme e malleabile, tanto da rendere difficile capire se esso si riferisca ancora ad una *specifica* modalità di manifestazione di volontà nel campo sanitario o se sia divenuto piuttosto un termine che può essere usato per descrivere, di fatto, *qualsiasi* manifestazione di volontà in tale contesto.

Il novello carattere multiforme del consenso è radicato essenzialmente nella già menzionata evoluzione nella sanità che ha ridotto la nitidezza del confine tra cura e ricerca. Nella sua originaria concezione, il consenso era pensato come lo strumento etico-giuridico con cui l'individuo poteva autorizzare un ricercatore od un medico ad interferire con la sua integrità fisica al fine, rispettivamente, di effettuare uno studio o di curare una malattia. Tuttavia, il cadere dei rigidi confini tra ricerca e cura ha portato alla riduzione della situazione paradigmatica in cui il consenso si era sviluppato, dove un soggetto – medico o ricercatore – domandava l'autorizzazione per una specifica e singola attività. Difatti, con le tecniche moderne di conservazione del materiale biologico, del DNA e dei dati concernenti la salute, si sono aperte infinite possibilità di riutilizzo di questi ultimi. In tal senso, ogni contatto del paziente con il sistema sanitario divien anche una potenziale occasione per raccogliere dati e materiale biologico per la ricerca. Allo stesso tempo, il partecipare ad un progetto di ricerca (tramite l'inclusione in una biobanca, per esempio) è altresì una possibile fonte di informazioni con rilevanza clinica per gli individui, nonostante il partecipare in sé sia originariamente legato alla sola ricerca e non alla cura.

---

te suprema del Minnesota (95 Minn. 261, 104 N.W. 12, 108 N.W. 818), che diede infine ragione a Ms Mohr.

<sup>17</sup> Sia il processo di Norimberga che il Belmont report analizzarono e condannarono la pratica di effettuare ricerche mediche con soggetti non consenzienti. Per una breve panoramica sul significato e giustificazione del consenso informato, si veda ad esempio, T. BEAUCHAMP, J. CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics – Third Edition*, New York, 1989, specialmente p. 74 ss.

Il moltiplicarsi degli usi che il materiale biologico ed i dati concernenti la salute di uno stesso soggetto possono avere ha fatto ripensare e rimodellare il concetto di consenso, dal momento che un singolo contatto con un paziente-individuo può oggi giorno stare alla base di molteplici attività che concernono la sua sfera personale. Di conseguenza, il modello tradizionale di consenso informato, la cui natura era atomistica e specifica<sup>18</sup> è stato affiancato, in sempre più ordinamenti, da modelli alternativi, tra i quali spiccano quelli del consenso presunto e del consenso “generale”<sup>19</sup>. Il primo si basa sulla idea che, in specifici casi e per specifici scopi, il consenso degli individui si possa presumere, laddove la presunzione si basa su una precisazione legislativa che l’assenza di manifesta contrarietà è da intendersi come silenzio-assenso. Famoso è il caso del prelievo e della donazione degli organi *post-mortem*, che in molti ordinamenti giuridici è ora basato sul modello del consenso presunto. Altrettanto rilevante è il caso della banca dati sanitari dell’Islanda, originariamente pensata di modo tale che la registrazione delle informazioni riguardanti la salute dei cittadini (utilizzabili poi anche per scopi di ricerca) potesse basarsi sulla mera assenza di dissenso, senza necessità di ottenere l’espresso consenso del paziente<sup>20</sup>. L’altro nuovo modello di consenso sviluppatosi in alternativa a quello tradizionale è quello del consenso “generale”. Secondo la logica del consenso “generale”, il singolo potrebbe autorizzare, con riferimento al proprio materiale biologico ed ai propri dati medici, l’utilizzazione ripetuta per un – più o meno definito – campo di ricerca, senza necessità poi – per i ricercatori – di ottenere ulteriori autorizzazioni per i vari studi all’interno di tale campo, come il consenso tradizionale richiederebbe. È questo ciò che accade – a titolo esemplificativo – nel sistema giuridico svizze-

---

<sup>18</sup> Si veda l’ottima descrizione in T. PLOUG, S. HOLM, *Meta Consent – A Flexible Solution to the Problem of Secondary Use of Health Data*, in *Bioethics*, 30(9), 2016, in particolare p. 723.

<sup>19</sup> In letteratura e nei testi regolamentativi, un nome alternativo a quello di “consenso generale” è quello di consenso allargato (c.d. “broad consent”).

<sup>20</sup> Nonostante legislazione fu passata dal parlamento islandese nel 1998, la banca dati fu infine non realizzata dopo anni di opposizione del personale sanitario ed anche a causa di alcune difficoltà tecniche inaspettate. Per una descrizione di tali eventi cfr. V. ÁRNASON, *Coding and consent moral challenges of the database project in Iceland*, in *Bioethics*, 18, 2004, pp. 27-49.

ro, dove la legge permette agli enti di ricerca – essendo questi spesso gli stessi ospedali che forniscono prestazioni di tipo clinico – di richiedere ai pazienti la firma di un consenso che autorizzi il reiterato uso dei loro dati clinici e materiale biologico senza obbligo di ricontattare i pazienti stessi, fintanto che la ricerca sia supervisionata da un comitato etico<sup>21</sup>.

I cambiamenti riguardanti il consenso non si sono limitati ai modelli che esso può assumere, ma hanno bensì incluso anche le modalità con le quali può essere richiesto. Da questo punto di vista, mentre tradizionalmente il consenso era dato solo in forma scritta od oralmente, ma sempre con un contatto più o meno diretto con il ricercatore o con il medico, non è ora raro che il consenso sia gestito in maniera elettronica. Il cosiddetto “e-consent”<sup>22</sup>, risponderebbe, tanto quanto le forme sopra descritte di consenso presunto e consenso “generale”, principalmente a due nuove necessità della medicina e della ricerca. Da un lato, la medicina richiede oggi che le informazioni concernenti un paziente siano condivise ed accessibili a professionisti della salute diversi da quelli che le hanno raccolti, una esigenza per cui il consenso tradizionale non appare adeguato. Dall’altro, la ricerca è attualmente strutturata in maniera tale da necessitare spesso il reiterato utilizzo di materiale biologico o dati concernenti la salute per progetti diversi, ma collegati, cosicché ottenere il consenso tradizionale scritto è divenuto un notevole aggravio dal punto di vista burocratico, economico e della tempistica. In conseguenza, l’e-consent, semplificando in maniera significativa il processo di raccolta del consenso, è spesso considerato la una soluzione conveniente, nonostante il timore che ridurre il consenso ad una procedura senza contatto diretto con il ricercatore od il medico influenzi negativamente la dimensione informativa di tale atto.

---

<sup>21</sup> Recentemente l’Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (ASSM) ha pubblicato la bozza di un modulo per il consenso che soddisfi i predetti requisiti nel tentativo di fornire una soluzione uniforme per tutta la nazione. La bozza è consultabile all’indirizzo <https://www.samw.ch/de/Ethik/Forschungsethik/Vorlage-GK.html> (ultima consultazione 15.04.2019).

<sup>22</sup> Si veda, per una breve descrizione del consenso elettronico dal punto di vista etico L. GENEVIÈVE, A. MARTANI, T. WANGMO ET AL., *An ethical framework for the regulation of participatory disease surveillance systems*, in *JMIR*, in corso di pubblicazione.

La poliformia che il consenso ha assunto sembra però confonderne le basi giuridiche, oltretutto etiche. La recente decisione da parte del regolatore europeo tramite la GDPR – regolamento europeo che disciplina anche il trattamento di dati medici e genetici per la ricerca – di proporre una versione del consenso che si attenga quanto più possibile alla sua idea originale (specifico e scritto) sembra sottolineare la volontà di preservarne una purezza, nonostante una evoluzione, dettata da esigenze pratiche, che sta rendendo la sua natura incerta. Ma essendo le varie forme di consenso comunque in uso, un certo grado di incertezza giuridica rimane. Il rischio concreto di tale incertezza sembra essere, come sopra accennato, che il concetto di consenso sia divenuto una sorta di “contenitore”, i cui requisiti possano essere liberamente adattabili al punto da comprendere una qualsiasi manifestazione di volontà dell’individuo nel campo sanitario, indipendentemente dalle sue caratteristiche.

### *3.2. Di chi sono le informazioni dei pazienti?*

Il secondo rilevante campo all’interno del panorama sanitario nel quale una forte incertezza giuridica viene percepita è quello che concerne alcune regole di utilizzo dei dati personali. L’inserimento tra le priorità nel campo sanitario della diffusione delle cartelle informatizzate dei pazienti e delle bio-banche ha reso ancora più evidente la centralità dei dati per la medicina, specialmente nell’era digitale. La informatizzazione, facilitando la raccolta e la condivisione di informazioni personali, ha creato i presupposti per lo sfruttamento dei dati non solo per migliorare la cura del singolo paziente, le cui esigenze e bisogni possono essere più facilmente documentati e studiati, ma anche per la realizzazione di ricerca senza le tradizionali limitazioni dovute alla difficoltà di reclutare ampie coorti di partecipanti. E tuttavia, i ripetuti scandali dovuti alla violazione della privacy attraverso l’illegittimo utilizzo dei dati personali hanno fatto sì che – anche nel campo medico – si sia sviluppata una certa sensibilità nei confronti di tale tema. Di conseguenza, nel settore sanitario si è provato ad elaborare soluzioni che permettessero lo sfruttamento dei dati a beneficio della cura e della ricerca, ma – allo stesso tempo – un rispetto dei soggetti fornitore dei dati (i c.d. “data-



subjects”) e della loro privacy. Eppure, essendo il campo dei dati personali altamente giuridicizzato, tali tentativi si sono misurati con due ordini di problematiche di natura legale in cui si riscontra un alto grado di incertezza.

### 3.2.1. *La proprietà con riferimento ai dati sanitari*

Il primo ordine di incertezze riguarda la appropriatezza del regime giuridico della proprietà per regolare l’uso dei dati. Di fatto, anche se la questione se i dati personali possano essere “di proprietà” è irrisolta, è tuttora d’uso comune – sia in ambito americano che europeo – l’utilizzo da parte di coloro che gestiscono le raccolte di dati di un vocabolario che fa sovente riferimento al diritto di proprietà<sup>23</sup>.

Da un punto di vista giuridico, l’idea di ‘commodificare’ i dati personali – e renderli quindi interamente soggetti al regime della proprietà – è emersa nella cultura giuridica americana secondo diverse proposte, talune radicate nella convinzione che un regime proprietario possa facilitare la condivisione dei dati, talaltre nel convincimento che un regime proprietario possa aiutare gli individui ad ottenere una piena protezione giuridica per le proprie informazioni personali<sup>24</sup>. Sebbene a lungo discusso negli Stati Uniti e non solo, sembra però che il regime giuridico della proprietà in Europa (e specialmente nei paesi di Civil Law) non sia così flessibile da permettere l’inclusione dei dati personali tra le “commodities”. Un transito dei dati personali dal regime giuridico che li riguarda attualmente in vigore – fondato sui diritti fondamentali, sulla privacy e sul diritto all’autonomia – al semplice regime della proprietà sarebbe qualcosa di difficilmente realizzabile per vari ordini di ragioni. In primo luogo, vi sarebbero problemi di ordine pratico legati alla competenza ed alle fonti, dato che la regolamentazione dei diritti reali è (e presumibilmente rimarrà) una questione nazionale, mentre molti aspetti della regolamentazione concernente l’uso ed il trasferimento dei

---

<sup>23</sup> Si veda, ad esempio, M.A. RODWIN, *Patient Data: Property, Privacy & the Public Interest*, in *American Journal of Law & Medicine*, 4, 2010, pp. 586-618.

<sup>24</sup> Per un approfondimento sull’applicazione del regime proprietario ai dati cfr. B.J. EVANS, *Much Ado about Data Ownership*, in *Harv. J. L. & Tech*, 1, 2011, pp. 69-130.

dati sono con il tempo passati all'Unione Europea<sup>25</sup>. Ulteriori difficoltà nel passare al regime di proprietà sono invece di ordine più dogmatico e concernono la natura di diritto soggettivo assoluto che la proprietà riveste. Se è vero che la proprietà, in quanto diritto soggettivo assoluto, è dotata dei caratteri della valenza *erga omnes* e della inerenza all'oggetto della proprietà stessa, non sembra che i dati personali possano essere interamente sottoposti a tale regime. In effetti, la attuale prospettiva con riferimento all'utilizzo dei dati personali è che vi siano dei particolari soggetti, a partire dalla persona da cui i dati medici o genetici sono presi, per arrivare ai figli ed ai familiari, che avrebbero un particolare status nei confronti dell'eventuale "proprietario" (si pensi ad una bio-banca). Allo stesso tempo, il fatto che i dati personali possano essere facilmente trasferiti, condivisi e replicati, fa sì che l'aspirazione di creare dei diritti reali inerenti ai dati stessi sia particolarmente difficile da realizzare nella pratica. Infine, sembra anche esservi una resistenza in un certo senso "culturale" a commodificare – tramite l'applicazione del regime proprietario – i dati personali. Questi, pur non essendo un elemento strettamente fisico, attengono alla sfera intima del soggetto quasi quanto materiale biologico quali organi, tessuti o DNA<sup>26</sup>. In tal senso, l'opposizione all'applicazione del regime della proprietà per parti "fisiche" dell'essere umano (quali, appunto, organi, tessuti o DNA)<sup>27</sup> sembra esser passato anche all'ambito dei dati personali medici, in quanto estensione "non-fisica" di una dimensione – la salute – con connotazioni fortemente intime.

Nonostante ciò, la tentazione della proprietà rimane, e spesso i dati vengono effettivamente trattati secondo schemi molto simili a quelli

---

<sup>25</sup> Cfr. N. PURTOVA, *Property in Personal Data: a European Perspective on the Instrumentalist Theory of Propertisation*, in *European Journal of Legal Studies*, 3, 2010, pp. 193-208.

<sup>26</sup> Sul concetto di dati come estensione incorporea della persona si veda S. RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e Fonti del Biodiritto*, I, Milano, 2010, pp. 169-230.

<sup>27</sup> In tal senso, ad esempio, l'articolo 21 della Convenzione di Oviedo (*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 4.IV.1997), che recita «The human body and its parts shall not, as such, give rise to financial gain».

della proprietà<sup>28</sup>. Infatti, le parti stesse coinvolte nella raccolta e nella gestione dei dati spesso definiscono, tramite contratti, le questioni concernenti l'uso e la condivisione delle informazioni personali in termini di "proprietà"<sup>29</sup>. Vi è perciò una forte discordanza tra la pratica medica e di ricerca, che si richiamano con sempre più frequenza al lessico della proprietà, richiedendo di conseguenza una meno incerta regolamentazione giuridica, ed il campo del diritto, che stenta ad accettare tale cambiamento, ma fatica a fornire alternative appetibili.

### 3.2.2. *L'anonimità con riferimento ai dati sanitari*

Il secondo campo di incertezze giuridiche con riferimento all'utilizzo dei dati sanitari è legato, ma forse logicamente antecedente, alla questione della applicabilità del regime proprietario. Difatti, una fondamentale differenza che attiene la regolamentazione dei dati è la distinzione tra quelle informazioni che attengono una persona specifica e le informazioni che rimangono invece completamente slegate da un qualunque soggetto fisico o giuridico. Le prime sono generalmente descritte come dati personali, che nel campo medico includono principalmente dati genetici ed altri dati attenenti alla salute, mentre le seconde sono definite come dati anonimi od anonimizzati. Dato che solo i dati personali ricevono un trattamento giuridico particolare (a prescindere dall'adozione o meno del regime di proprietà) diviene dunque fondamentale la definizione di ciò che li differenzia dai dati anonimi od anonimizzati, per cui tale trattamento (quale che esso sia) non vale.

La definizione di ciò che si può qualificare come dato personale (medico o meno) avviene di norma ex negativo, definendo dunque cosa rende, dal punto di vista giuridico, certi dati anonimi od anonimizzati. Il diritto offre, con differenti declinazioni a seconda del singolo sistema giuridico in cui vengono implementati, tre differenti paradigmi per de-

---

<sup>28</sup> Ciò è denunciato, ad esempio in P. HUNTER, *The big health data sale*, in *EMBO rep.*, 17, 2016, pp. 1103-1105.

<sup>29</sup> Si veda, ad esempio, B. GODARD, J. SCHMIDTKE, J. CASSIMAN, S. AYME, *Data storage and DNA banking for biomedical research: informed consent, confidentiality, quality issues, ownership, return of benefits. A professional perspective*, in *Eur. J. Hum. Genet.*, 11, 2, 2003, pp. 88-122.

finire quando i dati possano cessare di essere qualificati come anonimi. Il primo paradigma è quello della anonimizzazione come concetto assoluto. Secondo tale prospettiva, i dati possono essere definiti come anonimi a livello giuridico solo laddove risalire al soggetto da cui i dati erano stati prelevati è oggettivamente impossibile<sup>30</sup>. Il secondo paradigma, più diffuso anche perché recentemente sancito a livello Europeo,<sup>31</sup> prevede invece una definizione di anonimizzazione che risponda al cosiddetto canone della “ragionevolezza”<sup>32</sup>. In questo caso, anonimi sarebbero tutti i dati per i quali un eventuale tentativo di re-identificare i soggetti fosse impossibile o possibile ma solamente con uno sforzo sproporzionato. In terzo luogo, vi è anche la possibilità per il diritto di adottare un paradigma orientato alla pratica e definire, come ad esempio nella regolamentazione statunitense, l’anonimità secondo criteri tecnici. In tal caso, il diritto si limiterebbe a stabilire una lista di elementi identificativi che, se eliminati, rendano i dati individuali *anonimi* per presunzione giuridica. Tali elementi identificativi possono essere sia diretti, ove permettano un diretto riconoscimento del corrispondente soggetto (ad esempio il nome, od il codice fiscale) od indiretti, ove possano permettere la re-identificazione solo in maniera indiretta (come la data di nascita o il giorno di visita alla clinica dove i dati sono stati raccolti)<sup>33</sup>.

A prescindere dal paradigma adottato dal sistema giuridico, tuttavia, definire cosa effettivamente sia un dato anonimo od anonimizzato e – di contro – cosa invece sia un dato personale risulta particolarmente diffi-

---

<sup>30</sup> Questo era il caso, ad esempio, nella legislazione francese pre-GDPR. Si veda quanto espresso nella “Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, 10 April 2014” dell’“Article 29 Data Protection Working Party”.

<sup>31</sup> Cfr. la discussione del nuovo regime di protezioni dei dati nella Unione Europea, con un focus particolare sulla ricerca medica, proposta in M. SHABANI, P. BORRY, *Rules for processing genetic data for research purposes in view of the new EU General Data Protection Regulation*, in *Eur. J. Hum. Genet.*, 26, 2018, pp. 149-156.

<sup>32</sup> Una descrizione dello standard della «ragionevolezza» in merito ai requisiti per definire i dati anonimi è presente in K. EL EMAM, C. ALVAREZ, *A critical appraisal of the Article 29 Working Party Opinion 05/2014 on data anonymization techniques*, in *Int. Data Privacy Law*, 5, 2015, pp. 73-87.

<sup>33</sup> Si veda anche K. EL EMAM, S. RODGERS, B. MALIN, *Anonymising and sharing individual patient data*, in *BMJ*, 350, 2015 p. h1139.

cile nel campo medico. Di fatto, nell'ambito sanitario i dati sono tipicamente presenti sotto forma di cartelle cliniche (informatizzate o meno), banche dati costruite per singoli o molteplici progetti di ricerca, registri nazionali o regionali per il monitoraggio della salute pubblica ed altri fonti di natura più amministrativa (generalmente legate al sistema sanitario od alle assicurazioni della salute, a secondo del modello di sanità adottato). Si tratta dunque, come è evidente, di tipologie di dati caratterizzate da un forte carattere di sensibilità e di personalità, per i quali è difficile parlare di anonimizzazione. In tale contesto, il mantenimento di alcuni dettagli sulle condizioni del paziente e della sua identità è spesso un requisito cruciale sia ai fini di cura (si pensi alla necessità di conoscere la storia clinica di un paziente) sia nel campo della ricerca (si pensi alla possibilità di riferire risultati clinicamente rilevanti emersi nel corso della ricerca, od alla necessità di effettuare dei follow-up). Al fine di combinare queste necessità coi requisiti di de-identificazione, una pratica usuale è quella di "pseudonimizzare" i dati, ossia di eliminare i riferimenti personali e sostituirli con pseudonimi o codici che proteggano l'identità del soggetto da cui i dati erano stati raccolti, senza però precludere la re-identificazione. In tal caso, la chiave per risalire al soggetto cui i dati attengono sarebbe un codice o chiave re-identificativa, che in principio può essere conservata dallo stesso ente che ha raccolto i dati o da una istituzione terza<sup>34</sup>. Dopo aver ricevuto sanzione giuridica in una raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2006<sup>35</sup>, il diffondersi di tale pratica ha però contribuito ad aumentare la incertezza sul vero significato di anonimità con riferimento ai dati nell'ambito della salute, creando un livello intermedio di de-identificazione che spesso nella pratica viene confuso con la anonimizzazione, seppure i due concetti siano ben differenti dal punto di vista giuridico. Solo i dati effettivamente anonimizzati smettono infatti di essere dati perso-

---

<sup>34</sup> Per una esaustiva mappatura della terminologia in ambito di pseudonimizzazione dei dati si veda B. ELGER, A. CAPLAN, *Consent and anonymization in research involving biobanks: Differing terms and norms present serious barriers to an international framework*, in *EMBO Reports*, 7, 2006, pp. 661-666.

<sup>35</sup> Council of Europe (2006). Rec(2006)4 of the Committee of Ministers to member states on research on biological materials of human origin. Disponibile all'indirizzo <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=977859> (ultima consultazione 15.04.2019).

nali, mentre quelli semplicemente pseudonimizzati sono e rimangono dati personali, nonostante la re-identificazione del soggetto da cui sono stati raccolti sia più difficile.

In questo contesto, la distinzione tra dati personali – pseudonimizzati o meno – ed anonimizzati risulta essere difficile per coloro che operano nel campo sanitario. Da una prospettiva giuridica, infatti, non è chiaro fino a che punto misure puramente tecniche di de-identificazione possano di fatto soddisfare i requisiti giuridici di vera anonimizzazione. Infine, sembra anche vacillare la validità del canone binario secondo cui dal punto di vista giuridico la distinzione tra dati personali od anonimi sia la chiave per proteggere la privacy dei soggetti i cui dati sono raccolti.

### *3.3. Trattamenti personalizzati: tra precisione e discriminazione*

Un terzo ambito in cui la incertezza giuridica nel campo sanitario si manifesta concerne il delicato equilibrio tra la volontà di personalizzare la medicina e la necessità di evitare discriminazioni tra i fruitori di prestazioni mediche.

Di fatto, una fondamentale caratteristica della medicina moderna è, come già sopra accennato, quella della sua progressiva personalizzazione. Tale tendenza è ben rappresentata dallo svilupparsi delle idee di “precision medicine” e “personalised medicine”, due concetti che rappresentano l’aspirazione di passare da una sanità di massa ad una capace di fornire «the right treatment, to the right patient, at the right time»<sup>36</sup>. L’aspirazione di personalizzazione della medicina è divenuta realistica soprattutto grazie agli sviluppi legati alla digitalizzazione e dei Big data. In tale contesto, si è dimostrato che la tecnologia offre gli strumenti necessari per adattare le esperienze dei consumatori sulla base delle loro esigenze così come queste vengono raccolte per mezzo di strumenti digitali. Applicati al campo medico-sanitario, tali sviluppi

---

<sup>36</sup> EU Commission (2013). Commission Staff Working Document. Use of ‘-omics’ technologies in the development of personalised medicine. Disponibile all’indirizzo [http://ec.europa.eu/research/health/pdf/2013-10\\_personalised\\_medicine\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/research/health/pdf/2013-10_personalised_medicine_en.pdf) (ultima consultazione 15.04.2019).

stanno permettendo di offrire una cura e dei trattamenti sempre più a misura dei bisogni e delle preferenze del singolo individuo-paziente.

La moltiplicazione, sia qualitativa che quantitativa, dei dati personali concernenti la salute prodotti e raccogliibili nella società informatizzata ha contribuito a rendere gli individui-pazienti sempre più “trasparenti”<sup>37</sup>. L’idea di trasparenza con riferimento agli individui-pazienti si riferisce all’utilizzo di strumenti tradizionali tra loro collegati (e.g. cartelle cliniche elettroniche, analisi dei dati genetici) e di altri strumenti innovativi di raccolta dati nel campo medico (e.g. applicazioni che raccolgono dati sul movimento e su altri comportamenti medicalmente rilevanti), i quali facilitano la trasformazione dei pazienti in veri e propri “libri aperti” per i professionisti sanitari con cui essi hanno a che fare. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla recente approvazione da parte della FDA<sup>38</sup> di una pillola capace di registrare automaticamente l’avenuta ingestione da parte del paziente, così da dare una misura oggettiva per il professionista sanitario della “compliance” del paziente<sup>39</sup>. O si pensi, in alternativa, alle applicazioni recentemente sviluppate da alcune compagnie assicurative sanitarie che permettono di utilizzare i dati riguardo l’adozione di uno stile di vita attivo (mediante collegamento con i “fitness trackers”), poi utilizzati per modulare la copertura assicurativa del cliente od il premio assicurativo pagato per il rimborso delle spese mediche<sup>40</sup>.

La trasparenza del paziente, tuttavia, oltre a facilitare la personalizzazione della medicina, ha aperto alcuni interrogativi legati al mondo

---

<sup>37</sup> Sul concetto di trasparenza riferito ai pazienti cfr. J. TAUPITZ, *Individualisierte Medizin: Die internationalrechtliche Perspektive*, in V. SCHUMPELICK (a cura di), *Medizin nach Maß: Individualisierte Medizin - Wunsch und Wirklichkeit*, Freiburg, 2011, pp. 219-238.

<sup>38</sup> L’agenzia federale americana competente per il rilascio delle autorizzazioni per l’entrata nel mercato di nuovi farmaci ed apparati medici.

<sup>39</sup> Si veda la riflessione di C.M. KLUGMAN, L.B. DUNN, J. SCHWARTZ, I.G. COHEN, *The Ethics of Smart Pills and Self-Acting Devices: Autonomy, Truth-Telling, and Trust at the Dawn of Digital Medicine*, in *The American Journal of Bioethics*, 18(9), 2018, pp. 38-47.

<sup>40</sup> Si veda, a tal riguardo, una comunicazione del garante della privacy federale in Svizzera, disponibile su [https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell\\_news/helsana.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news/helsana.html).

del diritto, dove vi è ancora un alto grado di incertezza giuridica. In particolare, tali interrogativi riguardano i limiti riguardo il legittimo uso dei sempre più capillari dati individuali afferenti alla salute dei singoli, sotto due diversi punti di vista.

In primis, vi sono quesiti afferenti allo sfruttamento del valore predittivo dei dati che riguardano la salute dei pazienti. Non si nega che una articolata raccolta di dati sanitari permetta di meglio comprendere la situazione sanitaria di un paziente, al fine di meglio trattare le malattie presenti e di prevedere e – soprattutto – prevenire quelle future. Tuttavia, come già dimostrato dalle incognite sollevate in passato con riferimento alla capacità predittiva del materiale genetico<sup>41</sup>, si riscontra che la possibilità di usare dati relativi alla salute per inferire “profili di rischio” di un paziente suscita forte perplessità giuridiche per il pericolo di discriminazione. Se con le analisi genetiche si era presentato il pericolo che l’uomo fosse ridotto a ciò che il suo DNA rivelava, con i dati sanitari vi è il rischio che gli individui-pazienti siano ridotti “alla somma dei loro dati”. Sfruttare la capacità predittiva dei dati può essere dunque sia utile che pericoloso, e spetta al diritto stabilire fino a che punto i potenziali benefici giustifichino i rischi di discriminazione.

In secondo luogo, sorgono quesiti giuridici con riguardo alla evoluzione della responsabilità personale in quanto principio della sicurezza sociale alla base della gran parte dei sistemi sanitari europei e come potenziale criterio per la allocazione delle risorse<sup>42</sup>. In una epoca in cui l’efficiente allocazione di risorse è una fondamentale prerogativa sia del settore sanitario che del settore della ricerca, i dati personali dei pazienti potrebbero effettivamente offrire un importante parametro per assumere decisioni sulla distribuzione di risorse e per lo sviluppo di una sanità più efficiente e giusta. Ad esempio, come già proposto da alcune autorità sanitarie locali nel Regno Unito, i dati concernenti lo stile di vi-

---

<sup>41</sup> Alcune delle quali sono descritte in Y. JOLY, H. BURTON, B. KNOPPERS ET AL., *Life insurance: genomic stratification and risk classification*, in *Eur. J. Hum. Genet.*, 22(5), 2013, pp. 575-579.

<sup>42</sup> Per una riflessione sul concetto di responsabilità personale come criterio di allocazione delle risorse in campo sanitario si veda A. BUYX, *Personal responsibility for health as a rationing criterion: why we don't like it and why maybe we should*, in *Journal of Medical Ethics*, 34, 2008, pp. 871-874.



ta potrebbero essere utilizzati per responsabilizzare gli individui-pazienti tramite la posticipazione nelle liste di attesa dei cittadini sovrappeso e fumatori per certi trattamenti non urgenti<sup>43</sup>. Secondo tale modello, le informazioni personali riguardanti la salute diverrebbero dunque un principio ausiliare per decidere come allocare le risorse ed un mezzo per rafforzare il concetto di responsabilità personale per la salute del singolo. Anche con riferimento a tale questione, tuttavia, i quesiti giuridici aperti sono numerosi. Da un lato, è vero che il concetto di responsabilità personale per la propria salute è qualcosa di già molto sviluppato in alcuni sistemi giuridici<sup>44</sup>, che traspone, nel campo sanitario, l'idea di origine economica secondo cui un soggetto non potrebbe trasferire il costo delle esternalità negative delle proprie azioni verso i terzi senza il loro consenso. In altre parole, il singolo non potrebbe adottare un comportamento che innalzi oltremodo la probabilità di dover far ricorso al sistema sanitario ed alle sue risorse senza pagarne, almeno in parte, le conseguenze<sup>45</sup>. Dall'altro lato, tuttavia, è difficile stabilire come esacerbare la responsabilizzazione dell'individuo per la propria salute – che oggi diventa, almeno potenzialmente, azionabile tramite la raccolta ed analisi di precisi dati personali – si possa combinare con un altro principio trascendente il modello socio-sanitario europeo, ossia la solidarietà. Una sanità che tenga in considerazione, soprattutto in termini di allocazione di risorse, i dati personali riferiti ad uno stile di vita “non salutare” potrebbe di fatto avere un forte carattere discriminatorio, dal momento che le scelte comportamentali sono in parte determinate da fattori di disuguaglianza sociale che lo stato e la legge dovrebbero cercar di compensare in ottica redistributiva, piuttosto che punire secondo un atteggiamento moralistico e paternalistico.

---

<sup>43</sup> Cfr. V. PILLUTLA, H. MASLEN, J. SAVULESCU, *Rationing elective surgery for smokers and obese patients: responsibility or prognosis?*, in *BMC Med Ethics*, 19(28), 2018.

<sup>44</sup> Ad esempio, quello tedesco, come si evince dall'articolo 1 del quinto libro del codice del diritto sociale (§1 SGB V - Solidarität und Eigenverantwortung).

<sup>45</sup> In altre parole, il singolo non potrebbe adottare un comportamento che innalzi oltremodo la probabilità di dover far ricorso al sistema sanitario ed alle sue risorse senza pagarne, almeno in parte, le conseguenze.

Con riferimento sia ai limiti da porre allo sfruttamento della capacità predittiva dei dati sia ai limiti del valore dei dati come elemento di responsabilizzazione del singolo, è incerto, dunque, come il diritto possa trovare un equilibrio normativo che protegga tanto la autonomia del singolo, quanto l'interesse della società in un efficiente e giusto apparato sanitario.

#### 4. Considerazioni finali

Nel presente contributo, si è voluto cercare di dare una panoramica sui principali ambiti in cui sorgono incertezze giuridiche nel contesto specifico della sanità. Si è visto che gli ambiti di incertezza sono collegati da diversi elementi, ma in particolare dalla relazione con il tema dell'utilizzo dei dati personali, che di fatto costituisce – in termini generali – uno dei più controversi temi da un punto di vista giuridico a seguito della informatizzazione della società. Nella sanità, così come in altri contesti, i dati personali stanno assumendo una rilevanza preponderante, ed il fatto che alcune basiche questioni giuridiche a loro afferenti non siano ancora state risolte in maniera soddisfacente preclude di offrire quella certezza che il diritto è solitamente chiamato a portare nella regolazione delle attività sociali. Accanto alle questioni qui esaminate, vi sono anche ulteriori concetti basilari che debbono essere chiariti con nitidezza da un punto di vista giuridico al fine di creare poi un apparato normativo che sia in grado di supportare il deciso cambiamento nella società che i dati stanno apportando. La stessa elementare definizione di cosa effettivamente costituisca un “dato” per il diritto è ancora qualcosa di non chiaro. Se dal punto di vista tecnico-informatico, è chiaro che «data are no more than a set of characters, which – unless seen in the context of usage – have no meaning»<sup>46</sup>, sembra invece che per il giurista vi sia ancora una confusione tra i concetti di “dato”, “dato personale” e mera “informazione” (intesa questa in senso infor-

---

<sup>46</sup> M. WIGAN, *Data Ownership*, in R. CLARKE, J. CAMERON (a cura di), *Managing the Organisational Implications of Information Technology, II*, Amsterdam, 1992.

matico)<sup>47</sup>. Per quanto possano sembrare scontate, precise chiarificazioni quanto alle “unità minime concettuali” in tale campo sono fondamentali, tanto più che si tratta di un contesto sia trasversale, in termini di discipline coinvolte, e transnazionale, in termini di estensione, che è facile essere travisati dalle differenze di linguaggio che scorrono tra il giurista e gli altri scienziati – e tra i giuristi di diversa matrice. Da questo punto di vista, il riconoscimento degli ambiti fondamentali di incertezza giuridica in un contesto come quello della sanità rappresenta un fondamentale punto di inizio per attirare l’attenzione del legislatore e del giurista verso alcuni snodi fondamentali che il diritto deve dirimere. Se è vero che nel diritto l’essere umano cerchi rassicurazione ancora prima di protezione<sup>48</sup>, è quindi fondamentale partire dal risolvere le questioni fondamentali negli ambiti di incertezza giuridica, per poi costruire quella sicurezza che l’esercizio della vita sociale richiede e che il diritto permette.

---

<sup>47</sup> Secondo il vocabolario Treccani, unità di informazione è quella «quantità d’informazione trasportata da un segnale che rappresenta la scelta fra due soli stati possibili ed equiprobabili e che costituisce un’unità binaria chiamata *bit*; la quantità d’informazione contenuta in un segnale è misurata dal logaritmo negativo (di base due) della probabilità del segnale». Tratto da <http://www.treccani.it/vocabolario/informazione/> (ultima consultazione 15.04.2019).

<sup>48</sup> S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 15.



# LE (IN)CERTEZZE NEL DIRITTO TRIBUTARIO

*Francesco Farri*

SOMMARIO: 1. Fenomeno tributario e ambiti d'incertezza. 2. Categorie generali. 3. Ricostruzione della fattispecie normativa astratta. 3.1. Prassi delle Agenzie Fiscali. 3.2. Interpelli ordinari. 3.3. Disapplicazione delle sanzioni. 4. Applicazione della fattispecie normativa astratta alla fattispecie concreta. 4.1. Interpelli qualificatori e probatori. 4.2. Ruling. 4.3. Clausole generali antielusive. 5. Valenza assiologica della certezza del diritto nella fiscalità. 6. Prospettive evolutive.

## *1. Fenomeno tributario e ambiti d'incertezza*

Il concorso alle pubbliche spese può avvenire, negli ordinamenti complessi, anche mediante individuazione, da parte degli organi espressivi del consenso della collettività, di fatti della vita cui si collegano obblighi di versamento di somme alle casse pubbliche che prescindono da un nesso di sinallagmaticità con specifiche prestazioni effettuate dagli enti pubblici nei confronti dell'obbligato (per questo noti come obblighi di carattere tributario) e il cui mancato adempimento spontaneo comporta tanto il recupero coattivo delle somme dovute secondo i procedimenti stabiliti dall'ordinamento, quanto l'irrogazione di sanzioni a carico dell'inottemperante. In ordinamenti complessi quali gli Stati, tale forma di concorso alle pubbliche spese assume carattere prevalente sia per ragioni quantitative, costituendo i tributi la quota maggioritaria delle pubbliche entrate, sia per ragioni assiologiche, visto che ai tributi e, in particolare, ad alcune tipologie di essi quali le imposte e in specie le imposte personali, molti ordinamenti statuali collegano anche finalità di redistribuzione della ricchezza e riduzione delle diseguaglianze sostanziali tra i consociati.

La stessa struttura del fenomeno tributario, sopra schematizzata, rende peraltro evidente come si prestino sistematicamente a verificarsi in materia significativi ambiti di incertezza. Di ciò l'ordinamento tribu-

tario è sempre stato consapevole<sup>1</sup> e ha cercato di fornire risposte atte a massimizzare la certezza del diritto.

## 2. *Categorie generali*

Il primo ambito nel quale si verificano incertezze attiene alla stessa individuazione, per un verso, dei casi in cui gli obblighi di versamento possano dirsi prescindere da nessi di sinallagmaticità e, per altro verso, dei fatti della vita cui obblighi del genere possono essere collegati. Entrambi i problemi manifestano importanti riflessi, non soltanto teorici, ma anche pratici.

Quanto alla nozione di tributo, essa rileva in sé per gli ordinamenti aventi una giurisdizione speciale tributaria, quale quello italiano. In tali contesti, la qualificazione di una pubblica entrata come tributo o meno può essere strumentale, come avviene in Italia stante la previsione della VI disp. trans. della Costituzione, a valutare la legittimità di una legge che attribuisca al giudice speciale giurisdizione sulle controversie relative a essa. Se sol si pone mente alla confusione anche terminologica connessa ai concetti di fisco, para-fiscalità, tributi, contributi, tasse, appare agevole attingere la particolare complessità e incertezza che caratterizza il comparto già sotto il profilo qualificatorio e preliminare.

Inoltre, la qualificazione di un obbligo contributivo come tributario rileva nella misura in cui la maggior parte degli ordinamenti evoluti inserisce in Costituzione principi che governano la discrezionalità degli organi esponenziali della collettività (a cominciare dai legislatori) nella delineazione del piano di riparto delle pubbliche spese (si pensi, in Italia, al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost.) e la portata di tali principi si presta ad assumere contenuti diversi e più garantisti quando il riparto sia collegato a vicende prive di sinallagmaticità. Al

---

<sup>1</sup> Si vedano già gli scritti di A. BERLIRI, *Sulle cause della incertezza nell'individuazione e interpretazione della norma tributaria applicabile ad una determinata fattispecie*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1979, p. 3 ss.; ID., *Ancora sulle cause della mancanza di certezza nel diritto tributario*, in *Giur. imp.*, IV, 1984, p. 417 ss.; V. UCKMAR, *L'incertezza nel diritto tributario*, in AA.VV. (a cura di), *La certezza del diritto. Un valore da ritrovare*, Milano, 1993, p. 49 ss.

riguardo, possono sussistere (e in Italia sussistono) importanti margini di incertezza nella ricostruzione del contenuto precettivo di tali principi e, in verità, anche del relativo perimetro applicativo, considerato che in molti ordinamenti (incluso quello italiano) essi vengono ritenuti applicabili soltanto a determinate tipologie di tributi (in specie, le imposte)<sup>2</sup>.

Quanto alla enucleazione dei fatti della vita cui obblighi di carattere tributario possono essere collegati, ossia i presupposti dei tributi, occorre evidenziare come essa costituisca operazione fondamentale sia al fine di verificare la rispondenza degli stessi ai principi costituzionali di capacità contributiva, sia al fine di tradurre detti fatti in fattispecie giuridiche cui collegare gli obblighi di pagamento. Trattasi di aspetti particolarmente complessi, anzitutto perché tali fatti della vita si caratterizzano per il loro contenuto economico e, così, nella delineazione del presupposto si assommano le incertezze proprie della tecnica giuridica con quelle non meno pregnanti della scienza economica. Si pensi al concetto di reddito, posto a base del tributo sistematicamente più importante degli ordinamenti tributari europei e in relazione al quale la scienza economica ha elaborato almeno quattro nozioni diverse (reddito-entrata, reddito-prodotto, reddito-spesa, *cash flow*)<sup>3</sup>. La ricostruzione del presupposto dell'imposta sul reddito secondo l'una o l'altra prospettiva assume carattere essenziale, non soltanto al fine di selezionare le fattispecie razionalmente collegabili a tale presupposto piuttosto che a presupposti affini (si pensi alla problematica distinzione concettuale tra presupposto dell'imposta sulle successioni e donazioni e presupposto dell'imposta sul reddito laddove si adotti una nozione di reddito-entrata) ovvero a quelle prive di rilevanza imponibile, ma anche per la quantificazione dell'obbligo contributivo a fronte di fattispecie certamente riconducibili al presupposto impositivo reddituale (si pensi al dibattito

---

<sup>2</sup> A titolo esemplificativo delle diverse posizioni cfr.: da un lato, F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973 e G. FALSITTA, *Il principio della capacità contributiva*, Milano, 2014; dall'altro, F. GALLO, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007 e A. FEDELE, voce *Diritto tributario (principi)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, Milano, 2008, p. 453 ss.

<sup>3</sup> Sulle varie nozioni di reddito elaborate dalla scienza economica cfr., per tutti, N. D'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, Padova, 1973; F. FORTE ET AL., *Il sistema tributario italiano*, Milano, 1983, p. 279 ss.

sul tema del reddito netto)<sup>4</sup>. E siccome gli ordinamenti generalmente non si attengono a categorie economiche pure quando procedono alla produzione giuridica, agevolmente si comprendono i risvolti pratici delle incertezze qualificatorie degli stessi presupposti dei tributi.

Le incertezze sulle categorie generali del diritto tributario si traducono, pertanto, in importanti incertezze di sistema. Concentrando l'attenzione sull'ordinamento italiano, può osservarsi come esso non proponga istituti giuridici atti ad affrontare specificamente il problema, rimettendosi essenzialmente all'opera giurisprudenziale e all'elaborazione dottrinale che – occorre dire – non hanno dato frutti definitivi. Si pensi, in particolare, che una nozione compiuta e organica di tributo è stata fornita dalla Corte costituzionale soltanto nel 2009<sup>5</sup> e che l'elaborazione dei contenuti specifici del principio di capacità contributiva, ossia dei parametri di cui deve tener conto il giudizio di ragionevolezza sull'operato del legislatore concernente la disciplina del concorso alle pubbliche spese e in particolare i tributi, non appare né sistematica né soddisfacente. Lo stesso vale per l'elaborazione concettuale dei presupposti dei tributi laddove, ad esempio, a fronte di una dottrina tradizionalmente legata alla forma del reddito-prodotto<sup>6</sup>, la Corte costituzionale ha adottato una concezione meramente nominalistica<sup>7</sup> per cui sarebbe reddito tutto quanto il legislatore definisce tale.

### 3. Ricostruzione della fattispecie normativa astratta

Il secondo ambito nel quale si verificano incertezze attiene alla ricostruzione del dato normativo, ossia delle fattispecie generali astratte che stabiliscono obblighi di versamento nelle casse pubbliche prescindenti da nessi di sinallagmaticità, nonché delle procedure da seguire da parte

---

<sup>4</sup> Si veda, per tutti, L. TOSI, *Il requisito di effettività*, in F. MOSCHETTI ET AL. (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, p. 101 ss.

<sup>5</sup> Cfr., in particolare, sent. n. 141/2009, par. 2.3.2.

<sup>6</sup> Per un aggiornato riepilogo delle varie posizioni cfr. L. TOSI, voce *IRPEF*, in *Diritto on line*, 2016, par. 2.

<sup>7</sup> Tale orientamento si è consolidato con le sentt. nn. 410/1995, 452/1995, 109/2002, 395/2002.



del contribuente e da parte dell'amministrazione finanziaria onde consentire la corretta ricostruzione dell'entità di siffatti obblighi.

Tale ambito d'incertezza, in verità proprio di ogni branca del diritto, nella materia tributaria risulta drammatizzato. Oltre al consueto fattore legato alla moltiplicazione delle fonti, si registra nel settore una esasperazione della malatecnica legislativa, dovuta allo strettissimo legame della materia con le esigenze economiche e politiche contingenti delle maggioranze di turno, che moltiplica la fretta nella predisposizione dei testi normativi, i compromessi di formulazione e, correlativamente, l'oscurità del parametro normativo<sup>8</sup>. Le antinomie e l'asistematicità degli interventi di tale *modus operandi* producono, secondo la lettura prevalente<sup>9</sup>, effetti amplificati a causa dell'assenza di un codice tributario.

Le incertezze sulla ricostruzione della fattispecie normativa astratta si traducono, pertanto, in importanti incertezze sul *quid* gli operatori siano chiamati a fare e sul *quomodo* in cui ciò debba avvenire. Concentrando l'attenzione sull'ordinamento italiano, può osservarsi come esso si proponga di reagire a siffatta problematica mediante una serie di istituti specifici – in aggiunta all'indispensabile opera esegetica giurisprudenziale e dottrinale – i quali a volte presuppongono una situazione di incertezza che, in alcuni casi, assurge a vero e proprio presupposto della fattispecie applicativa.

### 3.1. Prassi delle Agenzie Fiscali

Anzitutto, la natura pubblica di una delle due parti dei rapporti obbligatori tributari fa sì che la prassi interpretativa da essa in generale

---

<sup>8</sup> Sul tema cfr., per tutti, S. CIPOLLINA, *Osservazioni sulla politica legislativa in materia fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 1995, p. 744 ss.; G. ZIZZO, *Riflessioni in tema di tecnica legislativa e norma tributaria*, in *Rass. trib.*, I, 1988, p. 183 ss.

<sup>9</sup> E. DE MITA, *Sull'esigenza di una codificazione fiscale*, in ID., *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, I, 1991, p. 26 ss.; G. FALSITTA, *Codice tributario, impegno di civiltà*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2004, p. 1576 ss.; G. MARONGIU, *L'esigenza del codice tributario e il ricordo di Raffaello Braccini*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2008, p. 1055 ss.

adottata abbia una forma di istituzionalizzazione ordinamentale<sup>10</sup>. Se la prassi dei pratici, contributo alla formazione del diritto vivente dal sapore antico ma sempre attuale, avviene di fatto in ogni branca del diritto in cui vi siano operatori di dimensioni o struttura tali da consentirne una sedimentazione, nel comparto tributario essa assume valenza centrale al fine di offrire una prima forma di certezza del diritto. Le circolari esplicative delle agenzie fiscali (in particolare, dell’Agenzia delle Entrate), ma a volte anche i semplici comunicati stampa o la consulenza individuale a sportello, risultano fondamentali per orientare contribuente, commercialisti e contabili, ferma naturalmente restando la possibilità di discostarsene accettando il rischio di contestazioni risolvibili soltanto di fronte a un giudice (il quale, naturalmente, al rispetto di tale prassi non è tenuto)<sup>11</sup>. Del resto, il limite maggiore della prassi come strumento di superamento della incertezza giuridica in materia tributaria è costituito proprio dal suo carattere unilaterale: tranne alcune eccezioni – quale la formazione del catasto<sup>12</sup> che, tuttavia, sembra attenere più alla vera e propria giuridificazione piuttosto che alla interpretazione del diritto positivo – la partecipazione di associazioni rappresentative dei contribuenti alla formazione della prassi fiscale non avviene o, quantomeno, non avviene in maniera istituzionalizzata e trasparente. Una evoluzione in tal senso consentirebbe certamente una maggior condivisione della prassi dell’Agenzia delle Entrate e, correlativamente, si presterebbe a rendere più diretta ed effettiva la certezza del diritto.

### 3.2. *Interpelli ordinari*

Accanto all’interpretazione generale e astratta delle norme tributarie, l’Agenzia delle Entrate è chiamata a fornire interpretazione delle disposizioni tributarie «quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza sulla corretta interpretazione» di esse, su segnalazione di contribuenti

---

<sup>10</sup> Sul tema cfr., per tutti, G. FALSITTA, *Rilevanza delle circolari interpretative e tutela giurisdizionale del contribuente*, in *Rass. trib.*, I, 1988, p. 17 ss.

<sup>11</sup> Per converso, laddove a discostarsi dalla prassi sia la stessa amministrazione che l’ha emanata, l’ordinamento prevede l’inapplicabilità di sanzioni e interessi al contribuente che ad essa si sia conformato (cfr. art. 10 dello Statuto).

<sup>12</sup> Si pensi al ruolo delle Commissioni Censuarie (artt. 9-12 del d.P.R. n. 1142/1949).

che si trovino a doverle applicare in casi specifici. A fronte di una prassi già consolidata, infatti, lo Statuto dei diritti del contribuente sancisce il diritto d'interpello dei contribuenti nei confronti dell'amministrazione finanziaria in alcune ipotesi, tra le quali appunto quella della «obiettiva incertezza» della norma da applicare nel caso specifico (cfr., oggi, art. 11, comma 1, lett. a, prima fattispecie dello Statuto)<sup>13</sup>.

La circostanza che il presupposto di incertezza in discorso debba avere carattere "obiettivo", rende più appropriata una ricostruzione sistematica di questa tipologia di interpello come volto a risolvere situazioni di incertezza attinenti alla ricostruzione di una fattispecie normativa generale e astratta piuttosto che alla sussunzione sotto di essa di una fattispecie concreta (come si vedrà nel par. 4.1., considerazioni diverse possono valere per altre tipologie di interpello). La vicenda specifica in cui l'incertezza è emersa appare così configurata dal legislatore più come occasione di chiarimento di un dato normativo in sé incerto, che come oggetto diretto di esso: e ciò sebbene la risposta all'interpello sia in certa misura vincolante per l'amministrazione finanziaria, essendo nulli eventuali atti accertativi nei confronti del contribuente che lo ha richiesto i quali si discostino dalla soluzione fornita in sede di risposta. Conferma detta ricostruzione il fatto che tra i requisiti di ammissibilità dell'istituto vi sia quello della "preventività" della proposizione rispetto al compimento di atti presupponenti una già avvenuta applicazione di essa alla fattispecie concreta in relazione alla quale la domanda è presentata: essendo evidente che difficoltà applicative e di sussunzione possono manifestarsi anche e soprattutto in costanza di rapporto, l'esclusione di tali vicende dall'applicabilità dell'interpello corrobora la collocazione sistematica di esso tra gli istituti volti ad affrontare l'incertezza del diritto sotto il profilo della ricostruzione della fattispecie normativa generale e astratta. A conforto di ciò, si consideri che in molti casi le risposte agli interpelli vengono rese pubbliche nelle forme della risoluzione o della circolare (in attuazione dell'art. 11, comma 6 dello Statuto).

---

<sup>13</sup> La letteratura, sul punto, è amplissima. Tra le monografie dedicate al tema cfr. M. VERSIGLIONI, *L'interpello nel diritto tributario*, Perugia, 2005; F. PISTOLESI, *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007.

Va osservato, peraltro, come il requisito di “obiettività” dell’incertezza ritenuto necessario per la stessa ammissibilità dell’interpello è interpretato dall’amministrazione in modo piuttosto ampio: invero,

la norma, anziché fornire una definizione positiva, indica quando non sussistono obiettive condizioni di incertezza sulla portata e sull’ambito applicativo delle disposizioni e, cioè, quando l’amministrazione ha compiutamente fornito la soluzione di fattispecie corrispondenti a quella rappresentata dall’istante mediante atti resi pubblici (*così circ., n. 9/E/2016, par. 3.1.2., in relazione al comma 4 dell’art. 11 dello Statuto*).

### 3.3. Disapplicazione delle sanzioni

Il mancato adempimento spontaneo degli obblighi tributari da parte dei contribuenti comporta, non soltanto il recupero delle somme dovute, ma anche l’irrogazione di sanzioni. Laddove la ricostruzione o individuazione della fattispecie normativa astratta applicabile a un caso concreto sia obiettivamente incerta, l’ordinamento esclude la colpevolezza di chi abbia errato nell’intendere e adempiere i propri obblighi e, conseguentemente, esclude l’applicabilità di sanzioni<sup>14</sup>. Nonostante siano addirittura tre le disposizioni che ribadiscono tale principio (art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, art. 6 del d.lgs. n. 472/1997 in materia di disciplina generale delle sanzioni amministrative tributarie, art. 8 del d.lgs. n. 546/1992 in materia di processo tributario), la giurisprudenza ha assunto un orientamento rigorista che di fatto ne frustra la concreta applicazione. A fronte di una iniziale ricostruzione davvero ampia, dotta e corretta effettuata con la sent. n. 24670/2007<sup>15</sup>, la quale individuava anche una casistica di “sintomi” in presenza dei quali rite-

---

<sup>14</sup> Sul tema cfr., per tutti, E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza nel diritto tributario*, Milano, 2001; M. LOGOZZO, *L’ignoranza della legge tributaria*, Milano, 2002; ID., *La scusante dell’illecito tributario per obiettiva incertezza della legge*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, p. 387 ss.

<sup>15</sup> Commentata, tra gli altri, da A. GIOVANNINI, *Potere punitivo e incertezza della legge*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2081 ss.; A. COLLI VIGNARELLI, *La Suprema Corte interviene in tema di “obiettive condizioni di incertezza” della normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 470 ss.

nersi sussistente una situazione di incertezza normativa obiettiva<sup>16</sup>, si è consolidata una definizione di obiettiva incertezza normativa in termini di

situazione giuridica oggettiva, che si crea nella normazione per effetto dell'azione di tutti i formanti del diritto, tra cui in primo luogo, ma non esclusivamente, la produzione normativa, e che è caratterizzata dall'impossibilità, esistente in sé ed accertata dal giudice, d'individuare con sicurezza ed univocamente, al termine di un procedimento interpretativo metodicamente corretto, la norma giuridica sotto la quale effettuare la sussunzione di un caso di specie...: l'incertezza normativa oggettiva, pertanto, non ha il suo fondamento nell'ignoranza giustificata, ma nell'impossibilità, abbandonato lo stato d'ignoranza, di pervenire comunque allo stato di conoscenza sicura della norma giuridica tributaria (*co-sì, da ultimo, Cass., n. 21307/2018*).

Tuttavia, tale situazione viene riscontrata dalla giurisprudenza in casi decisamente troppo rari rispetto alla reale situazione esistente nell'attuale ordinamento tributario italiano. Si osserva, in particolare, come a fronte di un medesimo concetto legislativo di obiettiva incertezza della normativa tributaria applicabile, il contenuto di esso venga ricostruito in modo marcatamente diverso a seconda che riguardi l'ammissibilità degli interpelli e la disapplicabilità delle sanzioni, tanto da spingere ad affermare che in materia tributaria vi è incertezza anche su cosa debba considerarsi incertezza giuridica.

---

<sup>16</sup> Essi sono stati individuati al par. 13.3.2.8., con elencazione esemplificativa e non tassativa, nella difficoltà d'individuazione delle disposizioni normative, dovuta magari al difetto di esplicite previsioni di legge, nella difficoltà di confezione della formula dichiarativa della norma giuridica, nella difficoltà di determinazione del significato della formula dichiarativa individuata, nella mancanza o contraddittorietà di prassi informative amministrative o precedenti giurisprudenziali, nel contrasto tra prassi amministrativa e orientamento giurisprudenziale, ovvero nel contrasto tra opinioni dottrinali, nonché nella circostanza che il legislatore abbia ritenuto di adottare norme di interpretazione autentica.

#### 4. *Applicazione della fattispecie normativa astratta alla fattispecie concreta*

Il terzo ambito nel quale si verificano incertezze attiene alla sussunzione dei concreti fatti della vita nelle fattispecie impositive previste dal legislatore. Una volta – difficoltosamente – ricostruito il dato normativo, infatti, si pone il problema della riconducibilità alle relative categorie concettuali degli elementi verificatisi nelle vicende della vita. Tale problema, in verità innervante il diritto positivo in sé, si manifesta accentuato in materia tributaria, non soltanto perché molti dei concetti utilizzati nell'elaborazione delle fattispecie impositive si caratterizzano per un ampio spazio valutativo (si pensi, in particolare, ai concetti di diretta derivazione economica), ma anche perché il debitore di turno mostra sovente interesse a sottrarsi all'applicazione della fattispecie da cui deriva il proprio debito ossia a enucleare elementi di differenza tali da poter sostenere la sottrazione del proprio caso rispetto alla riconduzione alla categoria concettuale di cui alla fattispecie astratta: a ciò si collegano i problemi concernenti l'applicabilità dell'analogia nel diritto tributario e i fenomeni di abuso del diritto fino ad oggi indicati, in materia, con il concetto di elusione.

Sotto altro profilo, la natura di secondo livello delle fattispecie normative tributarie, ossia la circostanza che esse si appuntino spesso su fatti già giuridicamente qualificati (si pensi all'imposta di registro rispetto ai contratti) o comunque operino riferimento a istituti propri di altre branche del diritto (si pensi alla solidarietà, alla decadenza, alla prescrizione), richiede di tener conto della preliminare qualificazione giuridica di tali fatti e di effettuare un coordinamento degli istituti giuridici presupposti con le specificità normative del diritto tributario suscettibile di comportare significativi margini di incertezza nella sussunzione dei casi concreti nell'ambito delle fattispecie normative tributarie.

Le incertezze sull'applicazione delle fattispecie normative astratte alle fattispecie concrete si traduce, pertanto, in importanti incertezze sull'*an* e sul *quando* gli operatori siano chiamati a fare il *quid* richiesto dalla normativa generale astratta. Guardando all'ordinamento italiano, esso si propone di reagire a tale problematica essenzialmente con tre strumenti specifici i quali vanno ovviamente ad aggiungersi alla norma-

le elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che resta essenziale specie per la ricostruzione sistematica dell'applicabilità in materia tributaria di istituti giuridici propri di altre branche del diritto con risultati a volte soddisfacenti (ad esempio in materia di estensione ai rapporti tributari della disciplina generale civilistica delle obbligazioni solidali)<sup>17</sup>, altre volte macroscopicamente errati (come nella tralatizia applicazione dell'art. 1310 c.c. ai termini di decadenza)<sup>18</sup>, alcune volte surreali (come il giorno in cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno depositato, sul medesimo argomento, due sentenze di contenuto diametralmente opposto e le cui motivazioni si smentivano reciprocamente)<sup>19</sup>.

#### 4.1. *Interpelli qualificatori e probatori*

Anzitutto, occorre osservare come la riforma degli interpelli attuata con d.lgs. n. 156/2015 si sia resa conto che la tradizionale delimitazione applicativa degli stessi alle incertezze attinenti alla ricostruzione della fattispecie normativa generale e astratta non fosse idonea a fornire risposta alle situazioni in cui l'incertezza si manifesta nell'opera di qualificazione della fattispecie concreta da sussumere sotto una fattispecie astratta in sé chiara<sup>20</sup>. A tal fine, il novellato art. 11, comma 1, lett. a) dello Statuto introduce, accanto al tradizionale interpello interpretativo di cui al precedente par. 3.2., l'interpello c.d. "qualificatorio" esperibile «quando vi sono condizioni di obiettiva incertezza» sulla «corretta qualificazione di fattispecie alla luce delle disposizioni tributarie applicabili alle medesime». Simile risulta la finalità dell'interpello c.d. "probatorio" di cui alla lett. b) del predetto comma, esperibile per ottenere rispo-

<sup>17</sup> Cass., SS.UU., n. 7053/1991 e successive.

<sup>18</sup> Cfr., da ultimo, Cass., n. 2545/2018; *contra*, Cass., n. 29845/2017.

<sup>19</sup> Cass., SS.UU., n. 15031 e n. 15047 del 28 aprile 2009, in tema di giurisdizione sulle liti di sostituzione tributaria.

<sup>20</sup> Come rileva il par. 1.1. della circ. n. 9/E/2016, «con la previsione di un interpello ordinario di tipo "qualificatorio" il legislatore, in altre parole, ha riconosciuto la vocazione espansiva dell'interpello ordinario, esplicitando l'applicabilità dell'istituto anche ai casi in cui oggetto di obiettiva incertezza non è la norma tributaria in quanto tale, ma la qualificazione giuridico tributaria della fattispecie prospettata dal contribuente, quando cioè quest'ultimo ha dubbi sulla qualificazione del fatto e, dunque, sull'applicazione della norma, più che sull'interpretazione della medesima».

sta rispetto alla «sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali nei casi espressamente previsti».

Sebbene la collocazione sistematica delle presenti tipologie di interpello sembra potersi considerare differente rispetto a quella dell'interpello ordinario<sup>21</sup>, il legislatore ha mantenuto ferma anche per essi l'esigenza della sussistenza dei presupposti della preventività e, per l'interpello qualificatorio, della «obiettiva incertezza». A quest'ultimo riguardo, peraltro, il legislatore ha percepito il differente atteggiarsi dell'incertezza del diritto attinente alla sussunzione di una fattispecie concreta sotto una fattispecie astratta rispetto a quella attinente propriamente alla ricostruzione di quest'ultima. Allo scopo, ha eliminato il requisito della obiettività dell'incertezza per l'ammissibilità dell'interpello probatorio così rimettendosi all'autovalutazione soggettiva dell'operatore (peraltro indirettamente governata mediante la tipizzazione della fattispecie per cui tale tipologia di interpello può esperirsi) e, per l'interpello qualificatorio, pur non dettando una definizione specifica di «obiettiva incertezza» rispetto a quella del comma 4 dell'art. 11 (cfr. *supra* par. 3.2.), ha specificato nella relazione illustrativa che non possono essere considerate incerte le fattispecie «ricorrenti, se non caratterizzate da elementi di peculiarità o, comunque, di complessità» e che tale tipologia di interpello

non può comunque avere ad oggetto accertamenti di tipo tecnico. Non potrà quindi correttamente qualificarsi istanza di interpello quella tesa ad ottenere accertamenti di fatto ... esperibili esclusivamente nelle sedi proprie.

Da tale interpretazione la prassi ha fatto conseguire che questioni quali, ad esempio, la qualificabilità di un soggetto come fiscalmente residente o meno nel territorio dello Stato non possono essere fatte oggetto di interpello (cfr. circ. n. 9/E/2016, par. 1.1.), sebbene esse siano foriere di gravi incertezze.

---

<sup>21</sup> Si vedano, tuttavia, le considerazioni critiche di G. FRANSONI, "*Qual vaghezza...?*": *considerazioni sui presupposti dell'interpello "qualificatorio"*, in *Rass. trib.*, 2016, p. 570 ss.



## 4.2. *Ruling*

Caratteristica comune degli interpelli sopra esaminati, oltre che dell'interpello interpretativo ordinario di cui al par. 3.2., è l'attinenza a vicende puntuali e specifiche di sussunzione di una situazione concreta sotto una fattispecie giuridica astratta. Conseguentemente, nei casi in cui la determinazione di un tributo richieda la sommatoria dei risultati della sussunzione di una molteplicità di aspetti concreti sotto una molteplicità di fattispecie normative astratte (si pensi alla pluralità delle fattispecie in cui si articola la disciplina del coacervo imponibile delle imposte sui redditi), gli interpelli non si manifestano strutturalmente idonei ad affrontare situazioni di incertezza di carattere complessivo o comunque di più ampio respiro. A tal fine, l'ordinamento italiano ha di recente introdotto alcuni istituti giuridici di particolare interesse, che superano il profilo di puntualità degli interpelli (tanto che quelli interpretativi e qualificatori sono dichiarati non esperibili ove siano applicabili i nuovi istituti: cfr. art. 11, c. 1, lett. a dello Statuto) e che hanno ad oggetto aspetti più ampi della complessiva vicenda economica dei contribuenti. Si tratta, in particolare, del c.d. *ruling* internazionale (già previsto dall'art. 8 del d.l. n. 268/2003 e, oggi, disciplinato dal nuovo art. 31-bis del d.P.R. n. 600/1973, introdotto dal d.lgs. n. 147/2015), del c.d. interpello sui nuovi investimenti (art. 2 del d.lgs. n. 147/2015), nonché del regime del c.d. "adempimento collaborativo" (artt. 3 ss. del d.lgs. n. 128/2015).

Il *ruling* internazionale si applica alle imprese con attività internazionale e consiste nella stipulazione di accordi preventivi con principale riferimento alla predeterminazione dei metodi di calcolo del valore normale delle operazioni ai fini del *transfer pricing* e dei beni in uscita o in ingresso, all'applicazione a casi concreti di norme relative alle stabili organizzazioni, dividendi, interessi e *royalties*.

L'interpello sui nuovi investimenti consente, alle imprese che intendono effettuare investimenti nel territorio dello Stato di ammontare non inferiore a trenta milioni di euro e che abbiano ricadute occupazionali significative in relazione all'attività in cui avviene l'investimento e durature, di presentare all'Agenzia delle Entrate un'istanza in merito al trattamento fiscale del loro piano di investimento e delle eventuali ope-

razioni straordinarie che si ipotizzano per la sua realizzazione. Come ben si vede, al di là del nome tale istituto ben poco condivide con gli interpelli di cui all'art. 11 dello Statuto.

Quanto al regime dell'adempimento collaborativo, esso comporta, oltre all'accesso a procedure abbreviate d'interpello,

la possibilità per i contribuenti di pervenire con l'Agenzia delle entrate a una comune valutazione delle situazioni suscettibili di generare rischi fiscali prima della presentazione delle dichiarazioni fiscali, attraverso forme di interlocuzione costante e preventiva su elementi di fatto.

In fase di prima applicazione, l'accesso al regime è riservato ai contribuenti di maggiori dimensioni, che conseguono un volume di affari o di ricavi non inferiore a dieci miliardi di euro ed è stato recentemente esteso ai gruppi multinazionali *tout court* mediante il sistema della c.d. *web tax* transitoria (art. 1-bis del d.l. n. 50/2017).

#### 4.3. Clausole generali antielusive

Al fine di ovviare all'interesse del debitore a enucleare elementi di differenza tra la fattispecie concreta in capo al medesimo verificatasi e la fattispecie normativa astratta cui si collegano obblighi tributari, gli ordinamenti hanno avviato prassi che stemperano la tassatività delle fattispecie impositive e consentono di ritenere sorti gli obblighi tributari connessi a una determinata fattispecie anche quando le vicende della vita non corrispondano esattamente ai requisiti in essa tipizzate, ma siano state organizzate artificialmente in modo tale da sottrarvisi pur a fronte del conseguimento di un effetto sostanziale analogo a quello posto a base dei requisiti della fattispecie impositiva generale e astratta. Tale superamento della tassatività della fattispecie è ottenuto, sovente, mediante l'introduzione di generalizzate clausole c.d. antielusive o anti-abuso. Con riferimento alla situazione italiana, essa è stata intro-

dotta dapprima per via pretoria<sup>22</sup> e, oggi, è stata positivizzata nell'art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente.

Tali misure, tuttavia, attenuando la tipizzazione dei presupposti di concorso alle pubbliche spese sul quale si fonda la fiscalità degli attuali ordinamenti democratici, tendono a sostituirsi alla fattispecie nel determinare l'insorgenza degli effetti imponibili: e ciò, a causa del carattere intrinsecamente aperto di tali clausole e della maggior vaghezza di esse rispetto alle fattispecie imponibili, determina una riduzione della possibilità di prevedere *ex ante* le conseguenze giuridiche del proprio comportamento e, così, un incremento dei margini di incertezza del diritto. Né tale profilo si mostra suscettibile di superamento generalizzato mediante l'introduzione di forme di interpello c.d. anti-abuso, quale quello di cui all'art. 11, comma 1, lett. c) dello Statuto. Invero, il contributo che tali misure arrecano all'incertezza del diritto in materia tributaria ha un carattere strutturale che va oltre le singole vicende concrete, integrando fattori di disomogeneità (e, conseguentemente, di irrazionalità) nella declinazione del principio di tassatività e determinatezza delle fattispecie tributarie<sup>23</sup> e, come tali, mostrandosi suscettibili di snaturare la stessa forma di necessaria strutturazione per fattispecie assunta dagli ordinamenti tributari democratici, secondo quanto si sta per dire nel successivo par. 5.

### 5. Valenza assiologica della certezza del diritto nella fiscalità

La panoramica condotta dimostra come l'incertezza sia una dimensione che si presta a connotare pressoché ogni aspetto del fenomeno tributario e come gli ordinamenti, incluso quello italiano, siano alla continua ricerca di strumenti volti ad attenuarne gli effetti. Occorre chiedersi, a questo punto, se tale rincorsa ordinamentale alla certezza

---

<sup>22</sup> Inizialmente a livello europeo dalla sentenza CGUE, 21.02.2006, C-255/02, *Hali-fax* e, successivamente, in Italia con le sentenze delle Sezioni Unite della Cassazione nn. 30055 ss. del 2008.

<sup>23</sup> In questa prospettiva, appare paradossale che l'art. 10-bis sia stato introdotto nello Statuto da un decreto legislativo (il n. 128 del 2015) specificamente titolato come «Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente».

del diritto in materia tributaria costituisca valore giuridico apprezzabile oppure retaggio di un chimerico idealismo positivista meritevole di superamento nell'orizzonte post-moderno.

La risposta è sicuramente nel primo senso.

La certezza del diritto, intesa come ragionevole prevedibilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni, costituisce invero valore strutturale indefettibile per il comparto della finanza pubblica, nella misura in cui validi meccanismi previsionali sono strumenti indispensabili per consentire l'indirizzamento delle pubbliche spese da parte della collettività e un'ordinata gestione contabile (viepiù necessaria dopo il *fiscal compact*). Con particolare riguardo al comparto delle pubbliche entrate, e in specie di quelle di carattere tributario, la presenza di norme generali e astratte, prevedibili *ex ante*, risulta indispensabile sotto il profilo logico, sociologico e costituzionale.

Sul piano logico, il settore tributario si fonda su obbligazioni prescindenti da nessi sinallagmatici con controprestazioni riferibili all'obligato, per cui la ragionevole prevedibilità se un proprio comportamento produca o meno obbligazioni del genere risulta indispensabile per permettere la spontanea attuazione dell'obbligo di contribuzione<sup>24</sup>.

Sul piano sociologico, la prevedibilità dell'impatto fiscale dei propri comportamenti risulta essenziale per lo svolgimento della vita economica e sociale: basti pensare alle fughe di capitali che le incertezze fiscali causano nel mercato globale. Pertanto, ritenere che la valorizzazione del pluralismo sociale e la complessità della società post-moderna possa trascurare tale primaria esigenza della collettività stessa implica un riduzionismo non meno pericoloso di quello legalista moderno.

Sul piano costituzionale, il collegamento del fenomeno impositivo con il consenso della collettività è strutturale negli ordinamenti demo-

---

<sup>24</sup> Cfr., per tutti, M.S. GIANNINI, *L'interpretazione e l'integrazione delle leggi tributarie*, Padova, 1941; L. FERLAZZO NATOLI, *Fattispecie tributaria e capacità contributiva*, Milano, 1979. Tale connaturalità, ovviamente, sussiste nella misura in cui si configuri la contribuzione alle pubbliche spese come obbligatoria (e non rimessa alla generosità spontanea dei propri membri) e, a maggior ragione, nella misura in cui per la contribuzione obbligatoria sia richiesta al contribuente una collaborazione che vada oltre il mero pagamento.

cratici<sup>25</sup> e implica la limitazione del ruolo dei soggetti che la collettività stessa ritenga dotati di un livello di collegamento considerato insufficiente. Nel momento in cui le Costituzioni individuano nel Parlamento rappresentativo un organo dotato di adeguato collegamento con il consenso collettivo, la riserva ad esso della normazione sugli aspetti essenziali della materia costituisce quindi frutto non già di moderno legalismo, bensì di un fenomeno che affonda le proprie radici addirittura nel medioevo (*no taxation without representation*)<sup>26</sup>. Per cui, la centralità della legge e la delimitazione del ruolo degli organi dotati di funzioni attuative, come amministrazioni e giudici, relativamente agli aspetti della vicenda tributaria coperti da riserva di legge non rappresenta un retaggio di legalismo positivista, bensì un diretto portato del principio del consenso all'imposizione. Non sarebbe sufficiente, nel contesto fiscale, il semplice rispetto del principio di legalità o *rule of law* a garantire i valori costituzionali fondamentali del consenso all'imposizione, essendo per converso necessario che l'organo deputato a dettare gli elementi fondamentali dell'imposizione sia espressivo di un consenso democratico, fermo restando che naturalmente gli ordinamenti possono distinguersi circa l'individuazione di tali organi anche in relazione alla possibile diversificazione ed evoluzione delle forme di consenso socialmente significative.

Può dunque concludersi con sicurezza che la certezza del diritto costituisce un bene giuridico tutt'oggi meritevole di tutela nell'ambito della finanza pubblica, in generale, e del fenomeno tributario, in particolare. La complessità del contesto post-moderno ne complica il raggiungimento, ma ciò non deve indurre ad abbandonarla, bensì a perfezionarne le modalità attuative.

---

<sup>25</sup> Cfr., di recente, M.C. FREGNI, *Legitimacy in decision-making in tax law: some remarks on taxation, representation and consent to imposition*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 2017, p. 410 ss.

<sup>26</sup> Sul punto, in generale, A. FEDELE, *Art. 23*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, I, Bologna-Roma, 1978, p. 21 ss.

## 6. *Prospettive evolutive*

In questa prospettiva, gli sforzi compiuti dagli ordinamenti al fine di tutelare per quanto possibile la certezza del diritto in materia tributaria si manifestano senz'altro apprezzabili, per quanto i risultati in concreto ottenuti non possano dirsi sempre soddisfacenti e, comunque, manifestino margini di miglioramento.

Con particolare riguardo alla realtà italiana, un primo aspetto sul quale occorre intervenire è certamente la qualità della normazione. Con riferimento all'ordinamento italiano, gli effetti dello Statuto dei diritti dei contribuenti (l. n. 212/2000), che si proponeva di limitare l'utilizzo del decreto-legge e di rendere più intelligibili le norme tributarie (cfr. art. 2)<sup>27</sup>, risultano ampiamente disattesi. La stessa prassi di rubricare le disposizioni normative, elevata a requisito normativo in materia fiscale dal predetto art. 2, risulta sovente elusa dal legislatore tributario il quale, per accorciare i tempi di discussione parlamentare, usa emanare provvedimenti legislativi contenenti migliaia di disposizioni concentrati in un articolo unico con migliaia di commi, come ovvio non rubricati, rendendo l'esame delle manovre fiscali uno degli esercizi più complessi dell'ermeneutica giuridica<sup>28</sup>. La dottrina tributaria è ferma nel ritenere indispensabile contributo alla civilizzazione della materia l'emanazione di un codice tributario, quanto meno per la parte generale relativa ai procedimenti di attuazione dei tributi<sup>29</sup>. Senonché non è certo che un intervento del genere sia risolutivo. Premesso che i margini di incertezza più significativi, la moltiplicazione degli interventi normativi soprannazionali e la compulsività delle modifiche normative affliggono più direttamente la parte speciale che non quella generale, può osservarsi come proprio l'esperienza data dalla parte speciale del diritto tributario, ove sono indubbiamente già da tempo presenti testi unici di regolamen-

---

<sup>27</sup> Ampilissima è la letteratura sul punto: *adde* agli autori di cui *supra*, nota 8, almeno G. MARONGIU, *Lo statuto dei diritti del contribuente*, Torino, 2010; A. FANTOZZI, A. FEDELE (a cura di), *Statuto dei diritti del contribuente*, Milano, 2005.

<sup>28</sup> Potrebbe così pronosticarsi che ben difficilmente l'intelligenza della persona possa essere soppiantata dall'intelligenza artificiale quando si tratti di interpretare e applicare la legge tributaria italiana.

<sup>29</sup> Cfr. *supra*, nota 9.

tazione delle singole imposte (TUIR, TUR, d.P.R. n. 633/1972, TUSD, TUA ecc.), dimostri l'inidoneità della codificazione ad arginare quella proliferazione di leggi speciali e interventi politici asistematici che più ostacolano la certezza del diritto.

Sotto altro profilo, poi, l'avvio della prassi di fondare il concorso alle pubbliche spese su clausole generali che tendono a superare il collegamento dell'effetto impositivo con le singole fattispecie imponibili (si pensi, in particolare, alla clausola anti-abuso) non può andare esente da critiche: ciò non soltanto sotto il già menzionato profilo dell'incremento dell'incertezza giuridica cui esse danno corso, ma anche sotto il profilo costituzionale, nella misura in cui, spostando eccessivamente verso le amministrazioni e i giudici la funzione di definire gli obblighi tributari dei contribuenti, pongono problemi in termini di collegamento dell'imposizione con il livello di consenso collettivo ritenuto indispensabile negli ordinamenti democratici<sup>30</sup>. Oltre tutto, tale prassi non appare comunque decisiva nel risolvere il problema della rincorsa della fiscalità al continuo svilupparsi della realtà economica, perché si limita semplicemente a spostare il problema in avanti, al momento applicativo, senza risolverlo alla radice. Alla luce di ciò, pertanto, ciò che occorre ricercare al fine di evitare fenomeni di erosione della base imponibile è un giusto equilibrio nella tipizzazione delle fattispecie impositive, che eviti quegli eccessi descrittivi ed esemplificativi che ottengono effetti opposti a quelli perseguiti dal legislatore<sup>31</sup>, oltre a un monitoraggio costante

---

<sup>30</sup> Sul punto cfr. M. VERSIGLIONI, *Abuso del diritto. Logica e Costituzione*, Pisa, 2016, p. 53 ss.; sul piano generale, I. MASSA PINTO, *Principio di solidarietà, abuso del diritto e indefettibile necessità di un ordinamento coercitivo: appunti per una riconsiderazione della dottrina pura del diritto al tempo dell'anomia*, in *www.costituzionali.smo.it*, 1, 2016, p. 96 ss.

<sup>31</sup> Naturalmente, in tale giusto equilibrio della tipizzazione della fattispecie ben potrà esservi spazio per clausole ampie: esse, tuttavia, dovrebbero essere utilizzate dal legislatore come uno degli elementi costitutivi delle varie fattispecie imponibili e, quindi, inserite dentro le fattispecie stesse (si pensi ai concetti di inerenza, competenza, afferenza, valore normale e similari che concorrono a definire gli elementi delle fattispecie di una molteplicità di tributi), e non già fatte assurgere a criterio impositivo in sé, idoneo a riformare *ab extrinseco* le fattispecie e a determinare l'insorgenza di effetti impositivi prescindendo parzialmente da esse (come avviene con le moderne clausole anti-abuso, esaminate nel testo).

della realtà economica al fine di recepire a livello normativo le continue variazioni di forma in cui i presupposti imponibili si manifestano nella vita, e oltre al possibile utilizzo di norme ragionevolmente retroattive aventi ad oggetto fattispecie corrispondenti a pratiche abusive riscontrate nella prassi, posto che le Corti costituzionali ritengono compatibile anche in materia tributaria una retroattività ragionevole con il principio di certezza del diritto<sup>32</sup>.

Un secondo aspetto utile alla sedimentazione di un maggior certezza in materia tributaria, cui già si è fatto cenno nel precedente par. 3.1., può esser quello della introduzione di forme di partecipazione trasparente delle associazioni dei contribuenti alla formazione della prassi delle agenzie fiscali.

Un terzo fattore è rappresentato dalla necessità di favorire un rasserenamento della giurisprudenza nei confronti della fiscalità. In un contesto come quello italiano, l'emergenza sociale che viene percepita intorno al fenomeno dell'evasione ed elusione fiscale e al debito pubblico si presta a porre i giudici nella posizione di compartecipi alla missione sociale di combattere tali fenomeni e, quindi, a ingenerare nei giudicanti una forma di naturale preferenza per l'interesse fiscale. Da tale situazione patisce detrimento non soltanto il clima di imparzialità che dovrebbe caratterizzare la giustizia (anche) tributaria, ma pure la stessa certezza del diritto: invero, la tendenza alla preferenza per la ragion fiscale si traduce, a volte, in giurisprudenza creativa pro fisco manifestamente contrastante con il principio della riserva di legge e della soggezione del giudice alla legge<sup>33</sup>, e spesso, nella ricerca di imprevedibili

---

<sup>32</sup> In Italia cfr. Corte cost., nn. 75/1969, 143/1982, 315/1994, 14/1995, 410/1995, 21/2015; in dottrina cfr. V. MASTROIACOVO, *I limiti alla retroattività nel diritto tributario*, Milano, 2005.

<sup>33</sup> Si pensi – ma molti altri esempi potrebbero essere compiuti – alla già menzionata introduzione per via pretoria del principio del divieto di abuso del diritto (cfr. *supra*, nota 22): a fronte di una precisa scelta legislativa, la quale circoscriveva l'applicabilità del principio antielusivo a fattispecie determinate e tassative (cfr. art. 37-bis del d.P.R. n. 600/1973), la giurisprudenza ha affermato che esso dovesse trovare applicazione a vantaggio del fisco in via generalizzata.



artifici interpretativi pur di dar ragione al fisco<sup>34</sup>. Allora, il più importante servizio che può farsi alla giustizia tributaria in un sistema come quello italiano non è tanto creare magistrati tributari di carriera al posto degli attuali giudici onorari, né sganciare l'ordinamento delle commissioni tributarie dal quel Ministero dell'Economia e delle Finanze che è ultimo destinatario delle somme che generalmente una delle parti in causa difende, ma ancor prima e anzitutto è quello di riportare il contrasto all'evasione fiscale al piano giuridico che gli compete, favorendo un clima di rasserenamento tale per cui i giudici si sentano alleggeriti da una funzione sociale che non compete loro nell'ordinamento italiano e che, in verità, non potrebbe essere neppure esercitata in tal modo negli stessi ordinamenti di *common law*: anche in questi ultimi, infatti, la pregnanza dell'intervento di giuridificazione pretoria non dovrebbe essere utilizzata per far prevalere ad opera delle corti opzioni di *policy* diverse da quelle fatte proprie dal legislatore democraticamente eletto, ma soltanto e semmai in direzione opposta, ossia al fine di far prevalere i diritti della persona su regolamentazioni dettate per ragioni pubblicistiche e ritenute non adeguatamente rispettose delle posizioni dei privati<sup>35</sup>. Del resto, nelle materie in cui l'intervento legislativo prevede forme di limitazione dei diritti e delle libertà dei privati da parte dei pubblici poteri, come sono gli obblighi tributari in rapporto ai diritti proprietari e alle libertà economiche, il rispetto anche in sede interpretativa del principio di tassatività delle ipotesi di intervento della leva tributaria non può esser visto come forma di dispotismo legislativo o sterile tentativo di riduzione del carattere multiforme e dinamico del reale ma, al contrario, come presidio e garanzia dei diritti e delle libertà della persona rispetto all'intervento dei pubblici poteri<sup>36</sup>: risiede, infatti, nella discre-

---

<sup>34</sup> Tra i moltissimi possibili esempi cfr., a titolo di emblema, Cass., n. 11307/2016, ove pur di dar ragione al fisco la Cassazione è giunta a sostenere che la funzione della clausola penale e quella della caparra penitenziale sarebbero sovrapponibili.

<sup>35</sup> Si vedano, in proposito, le nitide (ancorché non sempre citate a proposito dalla dottrina italiana) considerazioni R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982, specie pp. 90, 173, 175, 177, 255, 272-278, 351-355.

<sup>36</sup> Non è un caso, pertanto, che anche negli ordinamenti di *common law* la materia tributaria sia oggetto di una *statutory law* dettagliatissima: si pensi, ad esempio, che l'*Internal Revenue Code* degli Stati Uniti è formato da quasi diecimila articoli che, corredati delle istruzioni amministrative, occupano le famigerate settantaquattromila

zionalità (sia essa dell'amministrazione o del giudice), piuttosto che nella tassatività, il rischio di arbitrio e, dunque, la minaccia per i diritti della persona.

Un quarto e più ampio aspetto consiste nell'esigenza di procedere a una progressiva eliminazione degli elementi impedienti una più ampia e tendenzialmente generalizzata implementazione degli istituti funzionali alla riduzione delle incertezze che si manifestano nell'applicazione della normativa ai casi concreti (cfr. il precedente par. 4). È proprio questo, infatti, l'ambito più delicato nel quale le incertezze del diritto tributario generano il maggior senso di insicurezza per i contribuenti onesti. In questa prospettiva, opportuna sarebbe la eliminazione del requisito della preventività richiesto per gli interpelli, nonché una declinazione in senso maggiormente soggettivo del requisito della incertezza normativa necessaria per poter invocare l'intervento dell'amministrazione, parendo a tal fine appropriato il superamento del carattere di obiettività a vantaggio di un più ampio criterio di ragionevolezza da declinarsi anche in chiave soggettiva. Dovrebbe, correlativamente, essere esclusa la preclusione al compimento in sede di interpello di accertamenti fattuali, ferma ovviamente restando la facoltà dell'amministrazione di emettere accertamenti qualora la situazione fattuale effettivamente riscontrata differisca da quella rappresentata in sede di interpello. In senso analogo, la delimitazione degli istituti quali *ruling* e interpello per nuovi investimenti a casi di imprese con attività internazionale o addirittura a investimenti di un certo livello merita di essere superata, dando oltre tutto vita a una discriminazione di trattamento tra contribuenti ammessi o meno a chiarire l'incertezza delle proprie vicende economiche che appare priva di ragionevolezza, siccome fondata su criteri plutocratici che pongono l'istituzionalizzazione della certezza del diritto a disposizione soltanto dei più ricchi e dei soggetti meno collegati con la

---

pagine di cui spesso si parla nella politica americana. E anche nei sistemi di *common law* la *statutory law* in materia tributaria viene pacificamente ritenuta vincolante per i giudici. Sul punto cfr., di recente, US Supreme Court, 21.06.2018, *South Dakota v. Wayfair inc.* chap. IV: «it is inconsistent with the Court's proper role to ask Congress to address a false constitutional premise of this Court's own creation ... Stare decisis can no longer support the Court's prohibition of a valid exercise of the States' sovereign power».

collettività e che, pertanto, non appaiono certo omogenei rispetto al quadro dei valori costituzionali. In ogni caso, per le ipotesi in cui l'ordinamento non ponga a disposizione del contribuente istituti volti a fugare l'incertezza del diritto nell'applicazione di esso al caso concreto, si manifesta indispensabile quanto meno l'estensione dell'istituto della disapplicazione delle sanzioni, attualmente circoscritto alla ipotesi di incertezza nella ricostruzione del dato normativo generale astratto.

Per tali vie, la maggior concentrazione degli sforzi dell'amministrazione finanziaria sui meccanismi di soluzione anticipata delle problematiche connesse alla fisiologica incertezza del diritto tributario piuttosto che sulle fasi di controllo e repressione successive sarà certamente ripagato in termini di incremento della *self compliance* dei contribuenti, in una prospettiva di visione più collaborativa e meno conflittuale dei rapporti tra fisco e contribuente che pare lo strumento più efficace per una strutturale riduzione dei fenomeni di evasione ed elusione fiscale.

In prospettiva dogmatica, ciò consentirebbe altresì una più plastica presa di coscienza di come la certezza del diritto, in materia fiscale, non costituisca il corollario di una mitologia giuridica della modernità, ma un valore anche concettualmente compatibile con il pluralismo giuridico e la concretezza dell'ordine giuridico post-moderno.



# 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

*Flavio Guella*

*SOMMARIO: 1. Ambiti tradizionali e nuovi spazi per la domanda di certezza del diritto, come tendenza dell'ordinamento giuridico funzionale alla tutela dell'individuo. 2. Inevitabilità ed auspicabilità dell'incertezza del diritto: flessibilità nella conoscibilità della realtà futura da parte del legislatore e cautela del giudice nel conoscere ciò che è già accaduto. 3. Le contrapposizioni e le convergenze tra modelli conoscitivi scientifici e modelli ricostruttivi giuridici, tra comprensione (scientifica) e conformazione (precettiva) della realtà. 4. L'incertezza e la professione del giurista (positivo) come ingegnere sociale: la funzione semplificatrice del legislatore. 5. Il ruolo della cultura nel rendere prevedibile l'applicazione del "dato" normativo: vantaggi sociali della certezza costruita ex post mediante delega di potere al dibattito giurisprudenziale.*

*1. Ambiti tradizionali e nuovi spazi per la domanda di certezza del diritto, come tendenza dell'ordinamento giuridico funzionale alla tutela dell'individuo*

L'esigenza di certezza del diritto si lega strettamente alla questione dell'effettività delle tutele, quando il diritto attribuisce posizioni soggettive di vantaggio, e alla questione della prevedibilità/calcolabilità delle conseguenze giuridiche delle condotte, quando il diritto disegna invece posizioni soggettive passive. Entrambe le esigenze citate – sia quella dell'effettività delle tutele, sia quella della prevedibilità/calcolabilità delle conseguenze – sono accomunate, nella nostra tradizione giuridica, da una costante ricerca di sempre maggiore certezza; alla certezza del diritto si guarda, culturalmente, in un'ottica individualista, come al

mezzo per risolvere i problemi di protezione dei diritti e di garanzia dei cittadini avverso le pretese altrui. Perlomeno dai tempi della codificazione di impostazione liberale la certezza del diritto rappresenta un obiettivo connesso alla speranza che un maggior grado di “automaticità” nel funzionamento del meccanismo legale conduca ad una migliore protezione del singolo nella società e, quindi, la certezza costituisce innanzitutto una pretesa individuale<sup>1</sup>.

Tipicamente, richiede certezza giuridica il singolo che invoca la sicurezza dei propri diritti e la prevedibilità dei propri doveri ed obblighi<sup>2</sup>. La giornata di studio “Le (in)certezze del diritto”, nella sessione dedicata a “Gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze”, ha raccolto contributi tesi a riflettere proprio su questo tema così classico e connesso a risalenti radici liberali, con il proposito di esaminare alcuni ambiti – appunto – “paradigmatici” della questione della certezza del diritto.

Se, presupposte le radici liberali del valore della certezza modernamente inteso<sup>3</sup>, gli ambiti paradigmatici delle (in)certezze del diritto sono tradizionalmente individuabili in quelli che maggiormente affliggono l’individuo – con una particolare centralità della questione della determinatezza delle fattispecie limitata ai settori del diritto penale (principio di tassatività)<sup>4</sup> e del diritto dei rapporti economici (certezza nella circolazione dei diritti, e relativi istituti)<sup>5</sup> – dal convegno è emerso, qua-

<sup>1</sup> Cfr. C. FARALLI, *Certezza del diritto o diritto alla certezza?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 1997, p. 89 ss.

<sup>2</sup> Tra i numerosi contributi sul tema della certezza del diritto si rinvia a F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1950 e S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli, 2002.

<sup>3</sup> Su individualismo e visione “semplificante” nel diritto della modernità (o della stagione delle codificazioni), cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007. Ciò fermo restando che già nell’esperienza romanista il valore della certezza non è estraneo alla riflessione giuridica; cfr. M. SARGENTI, G. LURASCHI (cur.), *La certezza del diritto nell’esperienza giuridica romana*, Padova, 1987.

<sup>4</sup> Dove la certezza è declinata in un principio di stretta legalità, comunque non esente da margini di incertezza. Cfr. T. PADOVANI, *Jus non scriptum e crisi della legalità nel diritto penale*, Napoli, 2014 e M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell’illecito interpretativo*, in *Diritto penale contemporaneo*, 3, 2016, p. 22 ss.

<sup>5</sup> Sulla certezza dei traffici giuridici tra l’ampia letteratura cfr. A. LUNA SERRANO, *La sicurezza giuridica e le verità ufficiali del diritto*, Napoli, 2017.

le dato interessante, che in realtà il tema della certezza del diritto presenta oggi una maggiore eterogeneità. Vi sono cioè “nuovi” settori dell’ordinamento per i quali la determinatezza rappresenta un problema sì significativo, ma non congenito ai principi della materia; un problema attuale per il dibattito giurisprudenziale, e pressante per le richieste della società, nonostante in passato tale sensibilità circa la prevedibilità e calcolabilità – in quei settori – non si fosse sviluppata. Le innovazioni scientifiche e sociali hanno infatti reso quello della certezza giuridica un tema cruciale in ambiti che vanno oltre quelli tradizionali della determinatezza nel diritto penale mediante stretta legalità o della certezza nei traffici mediante previsione nelle regole di trasferimento dei diritti.

I paper presentati si sono quindi concentrati su ambiti nuovi, in cui la richiesta di certezza è stata in passato evasa a favore della libertà degli operatori o dei soggetti interessati. Settori nei quali, tuttavia, le recenti evoluzioni tecnico/scientifiche e sociali hanno prodotto nuova domanda di certezza del diritto.

Ad esempio, se tradizionalmente nel diritto sanitario un approccio paternalistico al rapporto medico-paziente manteneva le fattispecie del trattamento dei dati personali e della formazione del consenso in un’area del giuridicamente indefinito, con l’evolvere delle possibilità tecniche ed il mutare culturale delle modalità dell’alleanza terapeutica le tematiche del consenso, della raccolta di dati sensibili, della medicina personalizzata, etc. sono divenute oggetto di una normativa di tutela dell’individuo sempre più dettagliata. Normativa della quale peraltro, sebbene la stessa si presenti come certamente più pervasiva e conformante rispetto al passato, si lamenta comunque una certa incertezza nell’operatività e nella definizione degli ambiti applicativi. In questo senso è certo che i dati, le peculiarità individuali e la volontà del paziente vadano tutelati nel rapporto di cura, ma sono incerte le modalità e i confini della tutela (fino al punto che non solo sarebbero incerti i modi concreti del trattamento dei dati – in un contesto a modalità tecniche/operative in continua evoluzione – ma, si sostiene, non sapremmo neppure definire in modo certo cosa in concreto sia un “dato” rilevante sul piano sanitario)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. il saggio di Andrea Martani in questo volume.

Allo stesso modo, se tradizionalmente nel diritto di famiglia un approccio di non ingerenza dello Stato nella sfera tipicamente personale dei rapporti affettivi consigliava di mantenere le fattispecie regolative della potestà sui minori in un ampio margine di indefinitezza giuridica, al fine di rispettare l'autonomia delle famiglie, al contrario – con il mutare della percezione sociale (che colloca l'interesse del minore al centro dei valori familiari tutelati) – il diritto di famiglia più recente ha conosciuto una progressiva formalizzazione degli istituti che ruotano attorno al principio del *best interest* del minore. Nonostante tale processo di giuridicizzazione di fattispecie in passato affidate alle logiche dell'autonomia, tutt'ora rimangono molto incerti (e se ne lamenta l'indeterminatezza) i confini di tale interesse, risultando difficile stabilire preventivamente quale sia – in concreto – l'interesse del minore; e ciò emerge talora in casi davvero emblematici del quanto la corsa del diritto verso la certezza risulti sempre in affanno rispetto alle evoluzioni tecnico/scientifiche, come avviene per le problematiche connesse alla maternità surrogata (nella gestazione per altri persino il principio sotteso al brocardo *mater semper certa est* venendo posto in crisi)<sup>7</sup>.

Allo stesso modo, nel diritto di famiglia è stata individuata come paradigmatica della nuova rincorsa alla certezza giuridica anche la questione della quantificazione dell'assegno divorzile, posto che i tentativi di formalizzare tale operazione generano nuova incertezza laddove la pluralità dei criteri che le Sezioni Unite invitano a considerare, in quanto anche – talvolta – contraddittori tra loro, tornano a generare un regime nel quale l'unica certezza è data dalla necessità di considerare la situazione di fatto – concreta – che il giudice deve apprezzare (continuando ad oscillare tra la tesi dell'autosufficienza economica ed ampi spazi di recupero della tesi del tenore di vita)<sup>8</sup>.

Da ultimo, anche il tema del diritto tributario, che tradizionalmente è stato lasciato nella disponibilità delle scelte sovrane dell'apparato pubblico, è andato sempre più scoprendo la preoccupazione per la certezza giuridica in forma di garanzie per il contribuente circa la conoscibilità della fattispecie impositiva (e la sua gestione), quale elemento fonda-

---

<sup>7</sup> Cfr. il saggio di Maurizio Di Masi in questo volume.

<sup>8</sup> Cfr. il saggio di Marco Rizzuti in questo volume.



mentale per un corretto rapporto tra Stato e cittadino<sup>9</sup>. L'incertezza in questo settore si manifesta spesso nelle forme di una complessità del rapporto fiscale tale da rendere difficoltosa la definizione delle stesse categorie fondamentali (distinguendo in modi imprevedibili tributi e prestazioni invece sinallagmatiche, ad esempio, o non individuando in modo costante una qualificazione tecnica condivisa della base imponibile); complessità spesso aggravata dal fatto che in tale ambito il diritto e la scienza economica si intrecciano, complicando – nella diversità delle prospettive – l'interpretazione di fatti contabili già di per sé polivalenti<sup>10</sup>.

*2. Inevitabilità ed auspicabilità dell'incertezza del diritto: flessibilità nella conoscibilità della realtà futura da parte del legislatore e cautela del giudice nel conoscere ciò che è già accaduto*

L'affermarsi della domanda di certezza giuridica in settori tradizionalmente meno esposti alle criticità – particolarmente esposte alla sensibilità “liberale” – dell'indeterminatezza ed incalcolabilità delle conseguenze giuridiche delle proprie azioni, o comunque in modalità nuove, pone peraltro la questione (o provocatoria, o banale) del se l'incertezza del diritto – in molti casi – non sia forse inevitabile, se non addirittura auspicabile.

Inevitabile perché persino nell'area penalistica – nella quale la calcolabilità delle conseguenze sanzionatorie delle condotte costituisce principio cardine del sistema – in realtà la certezza giuridica rappresenta innegabilmente una mera approssimazione alla realtà. Così se leggiamo la fattispecie di omicidio (art. 575 c.p.), al di là dell'evidente imprecisione lessicale del riferimento al termine “uomo”, da intendere come significante l'idea generale di “essere umano”, nonché al di là delle incertezze definitorie che persino il concetto di “morte” va a por-

---

<sup>9</sup> Sul tema della certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente si può rinviare quale esempio al d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128. Cfr. anche E. DELLA VALLE, *Affidamento e certezza del diritto tributario*, Milano, 2001.

<sup>10</sup> Cfr. il saggio di Francesco Farri in questo volume.

re<sup>11</sup>, è proprio il concetto di “cagionare” a presentarsi come necessariamente incerto. Il cagionare presupporrebbe teorie sul nesso causale che difficilmente si prestano ad una codificazione puntuale senza sacrificarne l’aggiornamento, e sulle quali solo una tradizione teorico/interpretativa estremamente ricca e costantemente in evoluzione ha fornito alcuni punti “certi” (nel senso che li intendiamo oggi come approdi – provvisoriamente – soddisfacenti, in attesa di migliori soluzioni)<sup>12</sup>.

Persino nel diritto penale l’incertezza del dato normativo è quindi comunque di fatto accettabile ed inevitabile, nella forma (e misura) della ricostruzione interpretativa dei concetti generali a partire da termini legali aperti a più opzioni teorico/costruttive (causalità naturale, umana, adeguata, scientifica, ad imputazione oggettiva). La certezza che il giurista si pone come obiettivo in questi ambiti, infatti, non è una certezza assoluta nella qualificazione della realtà, ma si presenta invece come una prevedibilità/qualificabilità dei fatti su basi culturali formalizzate (e, pertanto, è una certezza relativa, rapportata ad un contesto culturale/scientifico storicamente dato, che assicura una prevedibilità *rebus sic stantibus*). La certezza legale si trova ad essere legata alla tradizione giuridica (interpretativa)<sup>13</sup> e alla conoscenza scientifica (contingente), piuttosto che all’oggettività della realtà.

Peraltro, un certo grado di incertezza (intesa in termini assoluti) è anche comunemente ritenuto come esito auspicabile dell’attività legislativa, proprio perché la certezza cui il diritto guarda non è – prioritariamente – quella delle leggi fisiche della natura, ma quella “culturale” legata alle aspettative del vivere sociale. In questo senso, sempre nell’ambito penale, il riferimento al comune senso del pudore nella fattispecie di atti osceni (art. 527 c.p.) sicuramente non è evocativo di un elevato grado di certezza e prevedibilità, ma – evidentemente – si è co-

---

<sup>11</sup> Cfr. M. DI MASI, *Definire la morte: tra diritto e biopolitica*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, p. 267 ss.

<sup>12</sup> Sul tema della causalità penale, e in particolare sulla sua evoluzione, tra i numerosi contributi cfr. ad esempio R. BARTOLI, *Il problema della causalità penale: dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010.

<sup>13</sup> Sul ruolo della tradizione nel delimitare l’area delle soluzioni giuridiche, cfr. P.H. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo: la sostenibilità della differenza*, Bologna, 2011.

munque ritenuto corretto che questo riferimento sociale dovesse essere mantenuto. Ciò al fine di riportare entro un margine di adeguata flessibilità l'applicazione della norma, per evitare che la positivizzazione (esempio grottesco) di un *dress code* allegato al codice penale – oltre a porsi come un atteggiamento sintomatico di una società dispotica – si sostanziasse in una rinuncia alle “clausole generali” tale da ostacolare l'adeguamento delle regole giuridiche alla realtà sociale (e alle sue evoluzioni)<sup>14</sup>.

Una questione centrale nell'ambito di un convegno su determinatezza e prevedibilità giuridica può quindi essere quella del verificare fino a che punto la certezza del diritto sia davvero auspicabile; domanda che si lega strettamente ad una problematica epistemica, che si pone frequentemente quando ci si interroga sul cosa – da giurista (legislatore o giudice) – si possa conoscere<sup>15</sup>. La funzione conoscitiva del diritto muta peraltro profondamente a seconda che la si interpreti dalla prospettiva legislativa o da quella giurisprudenziale, solo dalla tensione tra i due ruoli emergendo quella prevedibilità/effettività che per l'individuo (come singolo) costituisce oggetto della certezza giuridica. La funzione del legislatore (preposto alle fattispecie astratte) si pone infatti come propedeutica, ma diversa, rispetto a quella del giudice (preposto alla fattispecie concreta), la declinazione della certezza del diritto nelle due prospettive presentandosi – di necessità – come gradualmente crescente.

Il diritto giurisprudenziale e il diritto legislativo rispondono così alla domanda di certezza prima o dopo i fatti, la rispettiva prevedibili-

---

<sup>14</sup> Sulla flessibilità delle clausole generali come necessità anche nel diritto penale, cfr. D. CASTRONUOVO, *La mappa dell'impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2, 2018. Più in generale sull'inevitabile indeterminazione anche delle fattispecie incriminatrici – in senso critico – cfr. S. MOCIA, *La promessa non mantenuta: ruolo e prospettive del principio di determinatezza-tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli-Roma, 2001.

<sup>15</sup> Su analogie e differenze tra il ruolo del giudice e quello dello storico, cfr. (al di là del caso) le considerazioni più generali in C. GINZBURG, *Il giudice e lo storico: considerazioni in margine al processo Sofri*, Milano, 2006. Su profili di contatto e divergenze tra il ruolo del legislatore e quello dello storico, rispetto alla vicenda peculiare del reato di negazionismo, cfr. A. MERLI, *Diritto penale e democrazia: note a margine del dibattito sul cosiddetto negazionismo*, Napoli-Roma, 2008.

tà/effettività risentendo quindi profondamente del dato temporale in cui la funzione si colloca. In entrambi i casi il ruolo del tempo gioca infatti un ruolo cruciale: il problema del giudice è quello di guardare ad un passato non più attuale (e quindi non precisamente ricostruibile), mentre il problema del legislatore è quello di guardare ad un futuro solo approssimativamente prevedibile (e quindi non identificabile nel dettaglio). E questa divergenza di prospettiva tra diritto legislativo e diritto giurisprudenziale è peraltro ben evidente alle origini del pensiero giuridico occidentale, dove – nella tradizione romanistica matura – proprio i processi di codificazione (coronati dall’opera giustiniana) di un pensiero giurisprudenziale classico ricco di sfumature hanno condotto a rischi di a-storicità del diritto ricostruito nella staticità di una raccolta sistematica (e nelle relative categorie concettuali), che ha sacrificato la storicità del diritto vivente romano originario<sup>16</sup> così come – successivamente – le codificazioni liberali hanno superato il pluralismo delle esperienze giuridiche premoderne<sup>17</sup>.

La domanda “cosa può conoscere il giurista?”, al di là delle peculiarità dell’approccio legislativo o giurisprudenziale, può peraltro essere sostanzialmente riformulata in termini più generali se si guarda non al rapporto della conoscenza giuridica con il tempo, ma al rapporto della stessa con i fatti (oggetto della conoscenza giuridica sia legislativa che giurisprudenziale, così come di quella scientifica e di quella tecnica). La domanda può quindi essere posta, diversamente, anche in questi termini: “cosa c’è di diverso tra un modello conoscitivo tecnico/scientifico ed una norma giuridica?”.

### *3. Le contrapposizioni e le convergenze tra modelli conoscitivi scientifici e modelli ricostruttivi giuridici, tra comprensione (scientifica) e conformazione (precettiva) della realtà*

Anche nel rispondere a questa ulteriore domanda, peraltro, il fattore tempo si rivela determinante. La diversità di approccio tra la struttura

---

<sup>16</sup> Cfr. A. SCHIAVONE, *Ius: l’invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005.

<sup>17</sup> Cfr. P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, Bari, 2015.

delle regole (giuridiche) e quella delle regolarità (della natura) può infatti essere vista anche in una prospettiva temporale, nella misura in cui il giurista utilizza regole poste prima dei fatti mentre lo scienziato riscontra le regolarità naturali come esito dell'osservazione di fatti già verificatisi<sup>18</sup>. Il modello conoscitivo delle scienze naturali non è quindi diverso (strutturalmente) rispetto a quello giuridico, ma è l'approccio all'oggetto – pre-dato, anziché posto – che rende il metodo scientifico<sup>19</sup> radicalmente divergente rispetto a quello praticato dal regolatore. Se uno scienziato alieno dovesse ricostruire le regolarità sociali dei terrestri, potrebbe osservare *ex post* un numero “x” di partite di scacchi, e – riscontrando le regolarità delle mosse operate dai giocatori – dedurrebbe dalle sue osservazioni empiriche le regole del gioco. Se in una data partita dovesse osservare un arrocco, non griderebbe alla violazione delle regolarità riscontrate fino a quel momento, ma modificherebbe il proprio modello ricostruttivo per adeguarlo alla realtà sociale della specie studiata. Questo è il metodo scientifico, che applichiamo ad un ampio ventaglio di ambiti della conoscenza che spaziano dalle osservazioni antropologiche od etologiche relative al comportamento dell'uomo e degli altri animali, fino alla ricostruzione delle leggi della fisica o della chimica, ed anche alla verifica delle teorie matematiche più astratte<sup>20</sup>.

Questo metodo conoscitivo non ha oggetti di conoscenza necessariamente diversi da quelli propri del giuridico, potendo applicarsi anche alle indagini sociologiche e allo studio delle interazioni sociali in generale. Ciò che differenzia lo statuto epistemologico del giurista rispetto a quello dello scienziato della natura è – in primo luogo – il momento in cui la regola (giuridica), anziché la regolarità (naturale), viene riscon-

---

<sup>18</sup> Sulla distinzione tra regola e regolarità cfr. G. TARELLO, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico, I. Diritto pubblico generale*, Bologna, 1997, p. 9 ss.

<sup>19</sup> Sul metodo scientifico come approccio sperimentale fondato sulla falsificabilità cfr. K. POPPER, *Logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970 (ed. originale 1934); ID., *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, 1975 (ed. originale 1972).

<sup>20</sup> Sui diversi modelli di scienza cfr. J. ZIMAN, *La vera scienza. Natura e modelli operativi della prassi scientifica*, Bari, 2002.

trata. Il giurista ha come primo oggetto della propria conoscenza regole (costruite su fattispecie normative astratte, come i modelli ricostruttivi delle scienze esatte, o di quelle naturali e sociali) che sa essere state poste prima delle fattispecie concrete alle quali il relativo precetto si applicherà.

Una teoria scientifica è l'insieme delle regole che abbiamo dedotto osservando la realtà: sappiamo che non sono tutte, che forse alcune non sono esatte, e quindi continuiamo ad osservare il reale (nuove fattispecie concrete) per migliorare sempre più il modello predittivo (fattispecie astratta). La realtà è troppo complessa per farne una teoria perfetta, che spieghi e sappia predire qualsiasi situazione: nel modello scientifico – quindi – l'incertezza deriva da nuove scoperte, in quanto è incerta la comprensione dei fatti naturali (che nello statuto epistemologico dello scienziato hanno il primato sulle regole).

La realtà ha il primato sulle regolarità: in caso di osservazioni empiriche o sperimentali che sconfessano un modello nessuno scienziato (intellettualmente onesto) opta per la modifica della realtà o dell'esperimento, ma segue la via della revisione del modello astratto<sup>21</sup>.

Al contrario (e salvo il tema dell'effettività)<sup>22</sup>, la violazione di una regola giuridica in una fattispecie concreta successiva alla posizione della stessa non sconfessa la validità del relativo precetto, ma – piuttosto – scopo del diritto è proprio quello di porsi “contro” date opzioni comportamentali esistenti nel campo del reale al fine di modificare le condotte future, sanzionando le difformità della fattispecie concreta dalla fattispecie astratta (o premiandone la conformità)<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Sull'idea di falsificazione cfr. ancora K. POPPER, *Congetture e confutazioni. Lo sviluppo della conoscenza scientifica*, Bologna, 2009 (ed. originale 1969-72).

<sup>22</sup> In quanto l'ignorare la realtà dei fatti genera una tendenziale ineffettività dei precetti, nella misura in cui una regola non fondata su definizioni attinenti al reale soffrirà di inevitabili problemi applicativi. Sulla ragionevolezza scientifica dei precetti normativi, come preconditione per la loro efficacia ed efficienza, cfr. S. BREYER, *The Interdependence of Science and Law*, in *Science*, 280, 1998, p. 537 ss. Sia consentito rinviare anche a F. GUELLA, *L'utilizzo di definizioni “tecnico-scientifiche” nel diritto*, in F. CORTESE, M. TOMASI (cur.), *Le definizioni nel diritto*, Napoli, p. 293 ss.

<sup>23</sup> Sul ruolo della sanzione nel definire lo spazio del giuridico, cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 2000 (ed. originale 1945), p. 16 ss. Sulla

Nel sistema giuridico, quindi, l'incertezza può derivare o da un'applicazione della regola carente (ineffettività), o da un'interpretazione incerta (lacune o antinomie), ovvero ancora da veri e propri margini di apprezzamento lasciati dalla fattispecie astratta, che si rivela – rispetto al momento della sua posizione – non idonea a descrivere la realtà futura (incertezza del diritto in senso stretto)<sup>24</sup>.

La presenza di un certo livello di incertezza è peraltro un dato ineliminabile nel modello epistemologico praticabile rispetto all'area del reale, congenito allo stesso metodo scientifico. Se l'incertezza è alla base della conoscenza empirico/sperimentale, in modelli scientifici che operano *ex post* rispetto ai fatti rilevati, *a fortiori* uno spazio per l'incertezza deve essere presente nei modelli giuridici, che strutturalmente pongono *ex ante* le norme rivolte alla conformazione dei fatti da regolare. In altri termini, se è incerta la conoscenza del reale *tout court*, perché lo stesso deficit di incertezza non dovrebbe valere – a maggior ragione – per i precetti “umani” (che non sono regolarità naturali, ma programmaticamente precedono fatti inconoscibili, combinandosi e rapportandosi con i quali producono l'esito applicativo)?

Ciò che muta è la qualità e la quantità di forme che l'incertezza può assumere nell'ambito del giuridico. L'ineffettività è cosa diversa dall'incertezza sul piano epistemologico-giuridico, quest'ultima modalità di porsi del fenomeno attenendo alla certezza del diritto come determinatezza/prevedibilità del precetto, mentre la prima si riferisce alla certezza dei diritti (o delle pene) come questione che concerne gli individui non attinti dall'applicazione della norma giuridica (anche se un'applicazione in concreto vi sarebbe dovuta essere)<sup>25</sup>. Allo stesso modo le antinomie e le lacune si riferiscono all'incompletezza (o incoerenza) normativa, non ad un patologico problema di inconoscibilità dell'area regolamentata (e la scienza giuridica appresta appositi strumenti per colmare le lacune e risolvere le antinomie al fine di garantire comunque

---

struttura della norma, in questo senso cfr. anche da E. RUSSO, *L'interpretazione delle leggi civili*, Torino, 2000, p. 271 ss.

<sup>24</sup> Cfr. S. PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, 1961, in particolare par. 7.

<sup>25</sup> Cfr. A. CATANIA, *Effettività e modelli normativi: studi di filosofia del diritto*, Torino, 2018.

la completezza – e coerenza – dell’ordinamento)<sup>26</sup>. Al contrario, l’incertezza propriamente intesa sembra riferirsi piuttosto all’area delle clausole generali, e a tutte le qualificazioni normative aperte<sup>27</sup>. Sono infatti tali clausole quelle che in modo più diretto (ri)producono lo stesso problema di conoscibilità proprio dei modelli scientifici, ma – peculiarità del modello giuridico – il fatto che per il giurista la regola (astratta), in quanto conformativa dei comportamenti reali, debba normalmente prevalere sulla realtà (concreta), può generare in questi casi delle peculiari disfunzioni applicative; ciò quando la certezza del diritto si traduce in una carenza di flessibilità o, al contrario, quando l’incertezza del diritto si traduce in un’area di indeterminatezza nella qualificazione giuridica delle nuove fattispecie concrete.

#### 4. *L’incertezza e la professione del giurista (positivo) come ingegnere sociale: la funzione semplificatrice del legislatore*

In questo senso sono le fisiologiche “discrasie” tra fattispecie giuridiche e fatti concreti ad essere fonte delle incertezze. Ma mentre quando ciò si manifesta nel campo della conoscenza scientifica la conseguenza applicativa è declinabile nella semplice necessità di rivedere il modello ricostruttivo delle regolarità (e quindi – ad esempio – rivedere le leggi della fisica, per formularne di nuove più aderenti al reale), al contrario quando invece una simile situazione di discrasia si pone nel campo del diritto essa non determina un ripensamento della regola giuridica, ma – semplicemente – si traduce in un lasciare al momento dell’applicazione un ampio margine di scelta (o meglio, un margine di scelta più ampio del consueto)<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. A.G. CONTE, *Saggio sulla completezza degli ordinamenti giuridici*, Torino, 1962 e F. MODUGNO, *Antinomie e lacune*, in *Enciclopedia giuridica*, II, Roma, 1988.

<sup>27</sup> Come, nei paper presentati al convegno, le clausole del tenore di vita, del *best interest* del minore, etc. Sul tema cfr. V. VELLUZZI, *Le clausole generali: semantica e politica del diritto*, Milano, 2010; G. D’AMICO (a cura di), *Principi e clausole generali nell’evoluzione dell’ordinamento giuridico*, Milano, 2017.

<sup>28</sup> L’ideale di un giudice bocca della legge non essendosi mai realizzato, un margine di scelta essendo coesistente alla giurisdizione; cfr. D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto*



Infatti, per rispondere alla domanda di fondo “cosa possiamo (giuridicamente) conoscere?” è importante ricordare che nel mondo del diritto, così come in quello dei modelli delle scienze naturali o sociali, conosciamo fisiologicamente per idee semplificate da clausole testuali; idee che rappresentano astrazioni del reale, in forma di fattispecie codificate.

La soluzione a questa strutturale necessità di astrazione (*ex ante*, anziché *ex post* come avviene nel campo della scienza), proprio in quanto l'incertezza è strutturale e congenita a tutti i nostri modelli epistemologici, non può quindi essere rinvenuta in un'esperata complicazione della fattispecie legale, frammentandola in un particolarismo giuridico degli istituti che si tradurrebbe nell'inseguire – comunque infruttuosamente – l'infinita varietà delle fattispecie concrete<sup>29</sup>. Al contrario, la soluzione all'incertezza giuridica – come *foreseeability* delle soluzioni legali<sup>30</sup> – non deve essere fondata esclusivamente sulla norma codificata, ma riposa sulla sinergia tra questa e il momento applicativo/giurisprudenziale (e quindi su interpretazioni “certe” in quanto prevedibili non tanto nell'esito, che è frutto del combinarsi della norma astratta con le peculiarità imprevedibili del caso concreto, quanto invece nel percorso argomentativo)<sup>31</sup>.

L'idea di un diritto giurisprudenziale (casistico) come unico rimedio per fugare l'incertezza, peraltro, non rappresenta nulla di nuovo nella tradizione giuridica occidentale, nella quale il giurista si pone come un

soltanto al “diritto”. Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2, della Costituzione italiana, Napoli, 2008.

<sup>29</sup> Sulla frammentazione dell'ordinamento in un numero eccessivo di leggende, e sulla critica al particolarismo giuridico legata anche alla provvisorietà del formante legale (a fronte delle rapide evoluzioni della realtà sociale e della tecnica), cfr. E. LONGO, *La legge precaria: Le trasformazioni della funzione legislativa nell'età dell'accelerazione*, Torino, 2017.

<sup>30</sup> Richiesta dalla giurisprudenza della Corte EDU; cfr. ad esempio Corte eur. Dir. Uomo, sez. IV, 14 marzo 2015 (*Contrada c. Italia*) su cui M. DONINI, *Il caso “Contrada” e la Corte Edu. La responsabilità dello Stato per carenza di tassatività/tipicità di una legge penale retroattiva di formazione giudiziaria*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1, 2016, p. 346 ss.

<sup>31</sup> Sulla prevedibilità delle argomentazioni giuridiche cfr. G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2005.

tecnico sociale il cui ruolo si approssima più a quello dell'ingegnere (che risolve casi pratici), piuttosto che a quello del matematico (di tipo astrattivo)<sup>32</sup>.

L'attitudine del giurista a ragionare per astratte semplificazioni rappresenta in altri termini un atteggiamento del tutto normale, non diverso dall'atteggiamento verso il campo del reale proprio di altre professioni. Il giurista è un semplificatore della realtà nella misura in cui la giurisprudenza si pone come una scienza pratica, piuttosto che come scienza teorica. Un po' come nella barzelletta in cui un appassionato di corse di cavalli commissiona ad un ingegnere, ad un fisico e ad un matematico la formulazione di un modello predittivo circa gli esiti delle gare ippiche, e mentre il matematico ammette la propria incapacità di predire il vincitore per assenza di assiomi di riferimento e il fisico giunge allo stesso esito per l'impossibilità di misurare un'eccessiva varietà di grandezze da tenere in considerazione, l'ingegnere invece fornisce al committente una relazione tecnica con relativo modello predittivo, salvo il riportare in una nota a piè di pagina che "per semplicità di calcolo i cavalli si ipotizzano sferici". Come l'ingegnere, il giurista non è interessato a regole esatte nella loro astrattezza, ma a soluzioni tecniche che funzionino al momento dell'applicazione.

In questo senso, incertezza della fattispecie vuol dire margine di apprezzamento per il giudice, il che non costituisce un male di per sé. Alla domanda cosa possiamo conoscere, pare doversi rispondere: solo ciò che è apprezzato singolarmente in giudizio. Il problema quindi non è tanto quello di eliminare l'incertezza, ma – invece – quello di incanalarla in percorsi giurisprudenziali prevedibili (in quanto controllabili a livello motivazionale, tali per cui sia prevedibile l'argomentazione piuttosto che l'esito concreto). Quando nell'impianto normativo vi è una clausola generale, occorre allora – a completamento – anche un quadro di riferimento giurisprudenziale, di modo che più che di riduzione dell'incertezza del diritto *tout court*, si dovrebbe parlare (quale obiettivo pratico) di una riduzione delle incertezze della giurisprudenza.

---

<sup>32</sup> Sul carattere casistico o astrattivo del diritto (e sull'origine del pensiero giuridico come esperienza radicata in entrambe le esigenze), tra l'ampia letteratura si rinvia specificamente allo studio di L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

In questo senso è la prassi amministrativa o giurisdizionale (valorizzando percorsi motivazionali prevedibili e pattern interpretativi consolidati), piuttosto che la riduzione dell'incertezza delle formulazioni normative astratte, a rappresentare la miglior cura contro l'incertezza giuridica.

Il tutto con un approccio che si distingue nettamente dall'automazione del diritto, quale diverso obiettivo che – eliminando le incertezze sottese ai concetti giuridici indeterminati – elimina tutti i margini di valutazione in cui si sostanzia, invece, un'applicazione non sillogistica (ed “intelligente”) del precetto; soluzione, quella della radicale eliminazione dei margini discrezionali per azzerare le incertezze, che apre a scenari deterministici di “giudice automa” o “informatizzazione della decisione giudiziale”<sup>33</sup>, i quali riecheggiano l'idea di giudice bocca della legge, guardando al passato, o – guardando al futuro – prospettive distopiche tanto fantascientifiche (per le conoscenze tecniche attuali)<sup>34</sup>, quanto scarsamente auspicabili (sul piano etico, in una società fatta di persone auto-responsabili).

##### *5. Il ruolo della cultura nel rendere prevedibile l'applicazione del “dato” normativo: vantaggi sociali della certezza costruita ex post mediante delega di potere al dibattito giurisprudenziale*

Se l'automazione del diritto presuppone l'eliminazione dei margini di incertezza già a livello di formante legale, con un azzeramento dei margini di apprezzamento (generalizzando ed esasperando, per la giurisdizione, quello che nell'amministrazione è lo schema norma-fatto-effetto) che non è richiesto né dalla Costituzione né dalle convenzioni internazionali, al contrario ridurre i margini di incertezza a livello di

---

<sup>33</sup> Sul giudice automa cfr. D. REMUS, F. LEVY, *Can robots be lawyers: Computers, lawyers, and the practice of law*, in *Geo. J. Legal Ethics*, 30, 2017, p. 501 ss.; R.A. CALO, M. FROMKIN, I. KERR (a cura di), *Robot law*, 2016, p. 235 ss.

<sup>34</sup> Per prospettive di più imminente impiego dell'intelligenza artificiale nel processo, cfr. P.S. KATZ, *Expert Robot: Using Artificial Intelligence to Assist Judges in Admitting Scientific Expert Testimony*, in *Alb. LJ Sci. & Tech*, 24, 2013, p. 1 ss.

formante giurisprudenziale rappresenta una delle precondizioni del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva.

In questo senso, richiedere una gestione intelligente dell'evoluzione giurisprudenziale, che renda prevedibili gli esiti applicativi del diritto, integra un tratto essenziale di quella *foreseeability* che – ad esempio – è invocata dalla Corte EDU; ciò non nel senso che si esiga una prevedibilità deterministica circa la singola decisione, ma nel senso che lo spazio per l'esercizio dell'intelligenza – nel rapportare la fattispecie concreta ad una fattispecie astratta (solo parzialmente aderente alla realtà) – deve essere un esercizio di intelligenza culturalmente condiviso, non avulso dai percorsi argomentativi e logici diffusi nel sentire sociale e nella prassi interpretativa, e quindi non arbitrario. A fronte di ciò, nell'applicazione del diritto persino un'intelligenza artificiale può essere teoricamente ipotizzata come compatibile con gli obiettivi costituzionali di tutela dei diritti, ma purché quell'intelligenza condivida con la società di riferimento pattern culturali di riconduzione del concreto all'astratto che siano diffusi (in quel dato spazio e tempo storico) nella comunità a cui quel diritto va applicato.

È il carattere congenito dell'incertezza sui fatti descritti nel formante legale<sup>35</sup> che rende ineludibile la necessità di uno spazio per l'intelligenza dopo la posizione della norma e prima dell'applicazione; e, perché ci sia questo spazio, l'incertezza giuridica (come utilizzo più o meno esteso – ma comunque inevitabile – di clausole generali) si rivela un ingrediente fondamentale, funzionale all'equità della norma e della sua applicazione. In altri termini, la giustizia del caso concreto necessita di incertezza nelle fattispecie astratte: il giurista può lavorare per principi o per regole, ma mai per definizioni deterministiche della realtà, che cristallizzino l'esito applicativo in norme micro-settoriali (con le quali fissare le conseguenze applicative *ex ante*, senza spazio – mediante clausole generali e spazi interpretativi fondati su concetti giuridici indeterminati – per adeguare il giudizio sui casi concreti futuri alle infinite sfumature dell'interpretazione etica del reale, non modellizzabile anticipatamente).

---

<sup>35</sup> Sulla teoria dei formanti cfr. R. SACCO, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 1, 1991, pp. 1-34, e 2, 1991, pp. 343-401.

In questo senso, anche guardando alle problematiche della certezza del diritto nell'ottica del più estremo approccio epistemologico attualmente in via di sviluppo, che – in prospettiva – tenderebbe a ridurre la base conoscitiva di tutte le scienze ad un indifferenziato “datismo”<sup>36</sup>, pare che il giurista ben difficilmente possa accontentarsi di un'intelligenza “automatica” o astratta, ridotta a gestione di “dati” e svincolata dal contesto culturale. Al contrario, proprio per la peculiarità del modello conoscitivo giuridico (a vocazione precettiva, diversamente da quanto avviene in quello proprio delle altre scienze, a vocazione descrittiva e quindi neutro rispetto ad etica e morale)<sup>37</sup>, pare che – nell'applicazione di modelli astratti alle fattispecie concrete – l'intelligenza, come capacità logico argomentativa razionale, debba sempre e comunque accompagnarsi anche ad uno spazio per la coscienza contestuale del ragionamento razionale, tale da rendere davvero “prevedibile” il giudizio grazie alla contestualizzazione del precetto astratto nell'orizzonte delle aspettative del caso concreto.

In un'ottica “datista” il diritto può forse essere ridotto a sistema organizzato di dati (reali e normativi, e loro interazione), ma solo se la relativa gestione si correla ad un sistema non di pura logica formale, ma – anche – di coscienza sociale/storica delle idee morali (società e diritto, d'altronde, ben difficilmente potendo essere concepiti separatamente). La certezza è applicazione prevedibile di regole astratte che solo secondo schemi generici si approssimano alla realtà, dove la prevedibilità dei giudizi si correla non ad una fredda logica formale ma alla coscienza culturale “vigente” al momento della decisione<sup>38</sup>.

La certezza del diritto non sta solo nel “dato” normativo (per quanto dettagliato possa essere), non sta solo nell'intelligenza applicativa (co-

---

<sup>36</sup> Cfr. Y.N. HARARI, *Homo deus. Breve storia del futuro*, Milano, 2017, in particolare cap. 10 e 11.

<sup>37</sup> Su “essere” e “dover essere”, come categorie utilizzabili nella spiegazione del fenomeno giuridico, cfr. A. BARATTA, *Ricerche su “essere” e “dover essere”: nell'esperienza normativa e nella scienza del diritto*, Milano, 1968. Si rinvia ovviamente anche a G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, Milano, 2006 (ed. originale Berlino, 1820).

<sup>38</sup> Cfr. J.M. LOTMAN, *La cultura come mente collettiva e i problemi della intelligenza artificiale*, Rimini, 2014.

me formalizzazione dei percorsi logico/razionali sottesi all'interpretazione della disposizione e dei fatti), ma risiede anche in una coscienza storica – una sensibilità – mediante la quale tali operazioni vengono svolte, che rende davvero prevedibile l'applicazione in quanto orientata ad opzioni di giustizia ed equità socialmente/culturalmente percepibili (e sulle quali i consociati ripongono quindi un affidamento, quale termine ultimo di certezza giuridica).

In questa prospettiva, costruire la certezza del diritto non è compito del solo legislatore (che fissa regole e principi: direzioni, spesso antinomiche perché le politiche pubbliche mutano con i desideri sociali e la realtà fattuale), ma è responsabilità di tutti gli attori dell'ordinamento (che sviluppano prassi e consolidano interpretazioni, risolvendo antinomie e lacune, optando per soluzioni pratiche orientate dalle percezioni culturali del giusto e dell'equo). A fronte di ciò, la certezza va cercata – più che nella norma astratta – nelle procedure, nelle occasioni di tutela in giudizio o di partecipazione procedimentale, nelle pratiche commerciali e (in definitiva) nella percezione sociale dell'equo e dell'ingiusto che vive nell'applicazione del diritto. In altri termini, idea non nuova (e non meno pericolosa di quella del giudice automa), la certezza del diritto viene necessariamente ricercata nella stessa comunità che la invoca, nella sua cultura (giuridica e non) intesa come senso di giustizia ed equità<sup>39</sup>.

I pericoli di quest'altra impostazione sono peraltro legati alla domanda circa il chi interpreti ed impersoni il cosa la società ritiene “giusto” (e relative degenerazioni del diritto libero)<sup>40</sup>. Pericoli che trovano anch'essi degli antidoti, non nuovi, nel carattere democratico e aperto

---

<sup>39</sup> Sul relativismo storico e culturale delle concezioni di giustizia cfr. Cfr. A.K. SEN, *L'idea di giustizia*, Milano, 2011.

<sup>40</sup> Per il *Freie Rechtsfindung* – di autori quali Carl Schmitt, Ernst Fuchs, Eugen Ehrlich, François Génay ed Hermann Kantorowicz – oltre alle norme positive ogni ordinamento ammetterebbe anche fonti extralegali, da utilizzare qualora il testo legislativo non sia rispondente alle concrete esigenze del caso. I rapporti sociali sono quindi di per sé normativi, l'area del giuridico originandosi spontaneamente dall'attività dei consociati, mediata o dalle decisioni dei giudici o dalla volontà di un leader (secondo un pericoloso personalismo giudiziario, che le esperienze dittatoriali novecentesche hanno dimostrato incapace di fornire garanzie al singolo analoghe o altrettanto effettive quanto quelle del principio di legalità e tassatività).

della giurisprudenza, in un libero mercato di idee giuridiche nel quale solo quelle efficienti e condivise – in esito all’attivazione di un sistema di rimedi ed impugnazione plurale e multilivello – dovrebbero tendere ad emergere.

In questo senso neppure i conflitti giurisprudenziali possono essere guardati come un esempio negativo di incertezza del diritto, il dibattito giurisprudenziale tra diverse soluzioni applicative rappresentando l’unico argine democratico idoneo ad assicurare che il “senso di giustizia” sia davvero derivato dalla società tramite un procedimento aperto e plurale, decentrato, anziché secondo modalità centralistiche e dispotiche. Se sono quindi certamente censurabili i contrasti giurisprudenziali inconsapevoli (quando la medesima corte decide diversamente, magari nella medesima composizione, a breve distanza di tempo e per mera svista del proprio precedente), in quanto tale tipologia di contrasto è produttiva di incertezza senza nulla aggiungere alla conoscenza del giusto e dell’ingiusto nel momento dell’applicazione del diritto (e quindi senza nulla aggiungere allo sviluppo del pensiero giuridico in aderenza all’evolvere della società), d’altro lato sono invece certamente positivi i contrasti giurisprudenziali consapevoli, quando diversi giudizi alimentano un dibattito a distanza sulle migliori argomentazioni e soluzioni. Solo il contrasto giurisprudenziale consapevolmente fondato su opzioni ermeneutiche alternative, pur alimentando l’incertezza, è positivo in quanto si pone alla base di un’evoluzione aperta e controllabile del sistema giuridico (che, con flessibilità, assecondi evoluzioni altrettanto aperte e consapevoli della società)<sup>41</sup>.

In questo senso non possono essere etichettate come incertezza giuridica i profondi processi di evoluzione giurisprudenziale, specie nell’interpretazione delle clausole generali, che caratterizzano la lunga stagione di protagonismo delle corti che stiamo vivendo, e che da molti è

---

<sup>41</sup> Sui contrasti giurisprudenziali cfr. G. ALPA, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto “vivente”. Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in *Sociologia del diritto*, 3, 2008, p. 47 ss. ed E. VIANELLO, *La relatività della regola “stare decisis” nella pratica del precedente giudiziario*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1992, p. 631 ss.

stata evidenziata<sup>42</sup>. Certamente si gridò all'incertezza del diritto quando la giurisprudenza civile italiana iniziò ad interpretare la buona fede oggettiva in senso costituzionalmente orientato, portando nel nostro ordinamento nuove categorie come gli obblighi di protezione o l'idea di abuso del diritto (o, addirittura, del contratto)<sup>43</sup>, ma con il consolidamento di tali opzioni ermeneutiche il sacrificio transitorio in termini di certezza – che pur rimane innegabile – si può ritenere ripagato in termini di sviluppo di un ordinamento più aderente alle necessità sociali attuali.

Se un'evoluzione giurisprudenziale fondata su un dibattito plurale rappresenta indubbiamente un rischio per la certezza giuridica, d'altro lato tanto l'accentrare l'evoluzione delle idee di giustizia costituisce invece un pericolo per la democraticità dell'ordinamento, quanto il precludere lo sviluppo del diritto vivente conduce al rischio che la tutela della certezza giuridica si traduca nella fine dello sviluppo della giurisprudenza e, di conseguenza, in un ostacolo allo sviluppo della società.

---

<sup>42</sup> Cfr. K.M. HOLLAND (ed.), *Judicial activism in comparative perspective*, 1991; K.D. KMIEC, *The origin and current meanings of judicial activism*, in *Calif. L. Rev.*, 92, 2004, p. 1441 ss.; C. GREEN, *An intellectual history of judicial activism*, in *Emory LJ*, 58, 2008, p. 1195 ss.

<sup>43</sup> Sull'ampio tema si rinvia, per più puntuali riferimenti dottrinali, a G. FALCO, *La buona fede e l'abuso del diritto: principi, fattispecie e casistica*, Milano, 2010.



SEZIONE III

NUOVE TECNOLOGIE  
E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO



# NUOVE TECNOLOGIE E (IN)CERTE RISPOSTE DEL DIRITTO

*Marta Fasan*

SOMMARIO: 1. *La certezza del diritto nel prisma dell'innovazione tecnologica.* 2. *Nuove tecnologie, società e diritto.* 3. *L'(in)certezza scientifica e tecnologica.* 4. *Nuove tecnologie e categorie giuridiche tradizionali: le (in)certe risposte del diritto.*

## *1. La certezza del diritto nel prisma dell'innovazione tecnologica*

Negli Stati costituzionali di diritto contemporanei, tra gli elementi fino ad ora analizzati che contribuiscono al mutamento del diritto, il progresso scientifico e lo sviluppo tecnologico assumono particolare rilevanza<sup>1</sup>.

Le innovazioni scientifiche e tecnologiche costituiscono, infatti, una delle sfide più complesse a cui il diritto deve fare fronte. L'avvento di nuove e rivoluzionarie tecnologie produce un crescente ed incisivo impatto nella società contemporanea e ciò porta ad evidenziare alcuni limiti radicati nella dimensione giuridica di fronte a fenomeni di tale natura. In particolare, il processo di rapido avanzamento e mutamento della scienza mette costantemente alla prova la necessità di garantire un determinato livello di stabilità e prevedibilità giuridica all'interno dell'ordinamento, e non senza possibili conseguenze in termini di certezza del diritto e di ordinata convivenza sociale<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> In questo senso A. SANTOSUOSSO, O.R. GOODENOUGH, M. TOMASI, *Innovating about Innovation: An Explanation and an Introduction*, in A. SANTOSUOSSO, O.R. GOODENOUGH, M. TOMASI (a cura di), *The Challenge of Innovation in Law. The Impact of Technology and Science on Legal Studies and Practice*, Pavia, 2015, pp. VII-XVI.

<sup>2</sup> Sulle questioni legate alla certezza e all'incertezza del diritto si veda in generale F. LOPEZ DE OÑATE, *La Certezza del diritto*, Milano, 1968; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1, 1951, pp. 146-157;

Alla luce di ciò, è perso opportuno dedicare una sessione di queste Giornate di studio al tema “Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto”, proprio allo scopo di sottolineare come questi elementi, in ragione della loro natura, pongano in crisi quel circolo logico che assicura la prevedibilità e la determinabilità del nesso tra comportamenti e decisioni<sup>3</sup>, tendendo a sfumare i tradizionali confini tra certezza e incertezza all’interno del contesto giuridico.

## 2. Nuove tecnologie, società e diritto

Il ricorso alla scienza e alla tecnica per creare strumenti che possano agevolare e semplificare lo svolgimento di attività quotidiane, e conseguentemente migliorare le condizioni di vita, è una prerogativa tipicamente umana<sup>4</sup>. Nel corso dei secoli questo dato ha comportato il susseguirsi di numerose rivoluzioni scientifico-tecnologiche, ognuna delle quali ha contribuito al mutamento di paradigmi sociali e giuridici sviluppatisi nel tempo, non senza determinare trasformazioni radicali nell’assetto complessivo della società umana<sup>5</sup>.

Non fa eccezione a questo schema la rivoluzione tecnico-scientifica iniziata a partire dal secondo dopoguerra, che ancora oggi continua ad

---

e più recentemente G. PINO, *La certezza del diritto e lo Stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 2018, pp. 517-544.

<sup>3</sup> Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; P. GROSSI, *Sull’odierna “incertezza” del diritto*, in *Giustizia civile*, 4, 2014, pp. 921-955.

<sup>4</sup> Per una lettura del complesso rapporto tra essere umano, scienza e tecnologia nel corso dei secoli si veda R. BODEI, *Dominio e Sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna, 2019. In particolare, sul rapporto tra essere umano e tecnologia si veda anche L. MUMFORD, *Le Mythe de la Machine. La Technologie et le Développement humain*, Parigi, 1973, pp. 144-149.

<sup>5</sup> Su questi profili C. PICIOCCHI, *Bioethics and Law: Between Values and Rules*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2, 2005, p. 471; G. D’AMICO, *La nascita del biodiritto come prodotto della costituzionalizzazione dell’ordinamento*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, pp. 173-186; A. SANTOSUOSSO, *A general theory of law and technology or general reconsideration of law?*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013, p. 147 e ss.

essere in corso e a produrre effetti, anche dirompenti, all'interno della società.

Oggi infatti siamo in presenza di nuove tecnologie, soprattutto di natura digitale, che si caratterizzano per la rapida e pervasiva diffusione e che stanno diventando un elemento ormai imprescindibile nella quotidianità degli esseri umani<sup>6</sup>. Questo fenomeno di crescente tecnologizzazione e digitalizzazione della società in tutte le sue numerose e molteplici sfaccettature investe, non solo settori già da tempo permeati dalla presenza della tecnologia, ma anche ambiti che fino ad oggi erano rimasti esclusi dal governo delle applicazioni tecnologiche<sup>7</sup>. In questo modo, partendo dalla dimensione privata fino ad arrivare alla sfera pubblica della vita delle persone, assistiamo ad un incremento nella delega di funzioni alla tecnologia in nome della maggiore efficienza, celerità, precisione, neutralità e, in alcuni casi, economicità con cui questi strumenti possono assolvere a specifici compiti assegnati<sup>8</sup>.

Tale scelta di affidarsi sempre di più ai risultati offerti dall'innovazione tecnologica in ragione dei benefici che da essa possono derivare non si dimostra priva di conseguenze dal punto di vista giuridico. La necessità di bilanciare i benefici derivanti dalle nuove tecnologie con la tutela dei diritti civili, dell'eguaglianza e in generale della persona, riconosciuta e garantita negli Stati costituzionali di diritto, evidenzia i limiti che gli strumenti e le logiche giuridiche tradizionali incontrano

---

<sup>6</sup> Cfr. L. REINS, *Regulating New Technologies in Uncertain Times – Challenges and Opportunities*, in ID. (a cura di), *Regulating New Technologies in Uncertain Times*, Berlino, 2019, p. 20 e ss.; M.U. SCHERER, *Regulating Artificial Intelligence Systems: Risks, Challenges, Competencies, and Strategies*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2, 2016, pp. 354-355.

<sup>7</sup> Sulle conseguenze di un crescente governo tecnologico si veda A. SORO, *Democrazia e potere dei dati. Libertà, algoritmi, umanesimo digitale*, Milano, 2019, p. 46 e ss.

<sup>8</sup> In questo caso, si fa riferimento all'esempio offerto dalle tecnologie dotate di Intelligenza Artificiale, le cui peculiari caratteristiche in termini di capacità predittiva rendono questi strumenti applicabili in numerosi settori per lo svolgimento di diverse funzioni. A tale proposito A. AGRAWAL, J. GANS, A. GOLDFARB, *Prediction Machines. The Simple Economics of Artificial Intelligence*, Boston (MA), 2018, p. 23 e ss.

nel disciplinare una dimensione complessa come quella scientifica e tecnologica<sup>9</sup>.

### 3. *L'(in)certezza scientifica e tecnologica*

La crisi di certezza che il diritto si trova a dover affrontare dinnanzi alle sfide dell'innovazione è in gran parte dovuta alle specifiche peculiarità dell'oggetto in questione. I prodotti della scienza e della tecnica sono infatti caratterizzati da una natura bifronte, in cui convivono diversi profili.

Da un lato, essi sono considerati per una delle possibili espressioni di certezza, secondo un radicato processo logico che identifica la scienza e i suoi derivati con questo concetto. Nonostante non sia corretto parlare in termini di certezza o verità assoluta nemmeno rispetto ai prodotti scientifici e tecnologici, questi però possono presentare profili di maggiore oggettività e, quindi, affidabilità se comparati ad altri settori<sup>10</sup>. Essi infatti costituiscono il risultato di ricerche, verifiche, sperimentazioni, osservazioni e dimostrazioni realizzate seguendo le regole e i criteri del metodo scientifico, volti a provare la riproducibilità degli effetti e ad assicurarne l'efficacia<sup>11</sup>.

Dall'altro lato, la scienza e la tecnologia presentano, per propria natura, anche profili di strutturale incertezza. Esse infatti sono costante-

---

<sup>9</sup> Su questi profili si veda in particolare C. CASONATO, *Per una intelligenza artificiale costituzionalmente orientata*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto. Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, pp. 73-107, in corso di pubblicazione.

<sup>10</sup> Cfr. P. VINEIS, L. CARRA, R. CINGOLANI, *Prevenire. Manifesto per una tecnopolitica*, Torino, 2020, pp. 84-90. Ad esempio, gli autori sottolineano come sia ampiamente diffusa l'idea che la scienza lavori con categorie nettamente distinte e separate tra loro, quando invece trova maggiore applicazione la teoria dei *fuzzy sets* per quanto concerne le categorie, le classificazioni e le definizioni utilizzate dalla scienza.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 84 e ss. e p. 91-94. Queste specifiche caratteristiche contribuiscono a generare una ragionevole fiducia e un razionale affidamento verso i prodotti scientifici e tecnologici, contribuendo inoltre a perpetrare l'altrettanto diffuso mito della neutralità di tali prodotti, in quanto sarebbero completamente avulsi dall'ideologia e dalla politica.

mente sottoposte ai rapidi mutamenti portati dagli sviluppi delle ricerche, dall'avanzamento del sapere e, in generale, dal progresso scientifico, tutti elementi che perseguono il comune obiettivo, tipicamente umano, di continuare ad indagare i limiti della conoscenza, al fine di comprendere fenomeni e dimensioni ancora inesplorate<sup>12</sup>. La certezza attribuita a scienza e tecnologia dunque vacilla, lasciando spazio a nuove fasi conoscitive più incerte, in cui anche il consenso della comunità scientifica viene meno in merito ai risultati ottenuti e ai loro possibili effetti.

Se dunque esistono leggi, regole, definizioni, concetti e prodotti scientifici che possono essere considerati conoscenze assodate e certe, lo stesso approccio non può essere adottato verso gli ultimi ritrovati della scienza e del mondo digitale, le cui potenzialità, gli effetti e le possibili implicazioni non sono ancora note né pienamente conoscibili.

Questa duplice e peculiare natura dell'innovazione scientifica e tecnologica emerge anche all'interno della dimensione giuridica, accentuando la discontinuità e la difficoltà di interazione che caratterizza il rapporto tra questi differenti settori. Infatti, pur essendoci state occasioni in cui il diritto ha riconosciuto l'autonomia e la necessità di fare affidamento sulle conoscenze scientifiche supportate da un elevato livello di attendibilità e di consenso tra gli esperti<sup>13</sup>, l'intervento giuridico risulta spesso insoddisfacente nella disciplina di un così complesso e composito oggetto<sup>14</sup>. E questo dato appare ancora più evidente nei casi

---

<sup>12</sup> Sul tema dell'incertezza scientifica si veda D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Emerging Technologies, Extreme Uncertainty, and the Principle of Rational Precautionary Reasoning*, in *Law, Innovation and Technology*, n. 1, 2012, pp. 35-65; M. TALLACCHINI, *Before and beyond the precautionary principle: Epistemology of uncertainty in science and law*, in *Toxicology and Applied Pharmacology*, 2 Supplement, 2005, pp. 645-651.

<sup>13</sup> Nel panorama giuridico italiano, un esempio di questo approccio può essere osservato nella nota sentenza n. 282 del 2002 della Corte costituzionale. Tra i numerosi contributi presenti in dottrina su questo tema si veda, in particolare, P. VERONESI, *Le cognizioni scientifiche nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2009, pp. 591-618; S. PENASA, *La "ragionevolezza scientifica" delle leggi nella giurisprudenza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2009, pp. 817-841.

<sup>14</sup> Sempre nel panorama giuridico italiano, uno degli esempi più famosi di mancato dialogo e di difficoltà comunicativa tra scienza e diritto è rappresentato dalle legge 19

in cui i risultati scientifici e tecnologici, le loro possibili applicazioni e le conseguenze ad esse connesse siano ancora poco comprensibili, scarsamente conosciute, ma soprattutto incerte.

#### *4. Nuove tecnologie e categorie giuridiche tradizionali: le (in)certe risposte del diritto*

In un contesto così composito e complesso, il giurista contemporaneo si trova dunque a dover affrontare l'innovazione scientifica e tecnologica tenendo in considerazione due principali fattori: la crescente diffusione di strumenti tecnologici all'interno della società, in ragione dei benefici che possono determinare, e l'incapacità di conoscere e prevedere con esattezza gli effetti e le conseguenze connesse alla loro applicazione. D'altro canto, la particolarità e l'interesse, anche giuridico, per questi prodotti risiede proprio nel loro essere novità.

È però questo carattere innovativo a far emergere il primo punto problematico nel rapporto che intercorre tra nuove tecnologie e diritto. Nello specifico, si tratta di comprendere come le categorie giuridiche consolidate all'interno degli ordinamenti reagiscano rispetto ai mutamenti portati dal progresso tecnologico.

Questo rappresenta il primo *fil rouge* che collega tra loro i contributi dedicati a tale tema durante le Giornate di studio. Pur analizzando la questione da diverse prospettive giuridiche e tecnologiche, tutti i casi affrontati evidenziano come gli effetti dettati dall'avvento di questi strumenti siano tali da porre in crisi anche i concetti giuridici più tradizionali, sfumandone i contorni e facendo vacillare la certezza della loro applicazione e delle garanzie connesse. Così, il fenomeno dei *big data*,

---

febbraio 2004, n. 40, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". Per un commento a questo tema cfr. M. D'AMICO, *La tutela della salute nella procreazione medicalmente assistita fra progresso scientifico e interpretazione della Corte costituzionale*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, Special Issue 2, 2019, pp. 453-467; R. BIN, *La corte e la scienza*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Bio-tecnologie e valori costituzionali. Il contributo della giustizia costituzionale*, Torino, 2005, pp. 1-22; G. D'AMICO, *I dubbi della scienza al vaglio della Corte costituzionale: dalle incertezze della scienza alle certezze del diritto (materiali giurisprudenziali)*, *ivi*, pp. 237-265.



lo sviluppo di tecnologie *data-intensive* e di tecniche di *data-mining* trasformano il concetto di dato, ridefinendo le caratteristiche che indentificano i dati come personali<sup>15</sup>; la crescente digitalizzazione del lavoro, in cui l'uso delle piattaforme digitali è forse l'esempio più noto, mettono in discussione i tradizionali criteri di qualificazione dei rapporti di lavoro<sup>16</sup> e, di conseguenza, degli strumenti di previdenza sociale previsti<sup>17</sup>; il ricorso ai *social network* per la condivisione non solo di contenuti di carattere personale, ma anche a scopo commerciali pone la necessità di chiarire e distinguere quando gli utilizzatori di questi strumenti siano da classificare come semplici utenti e quando invece rientrino nella definizione giuridica di consumatore<sup>18</sup>; infine lo sviluppo di tecniche che consentono diagnosi prenatali non invasive fanno emergere il bisogno di ridisegnare, anche dal punto di vista etico, i criteri per l'accesso a tali strumenti, il concetto stesso di consenso informato al trattamento e, conseguentemente, le modalità e i casi di accesso alle pratiche di interruzione volontaria della gravidanza<sup>19</sup>.

Queste ipotesi, esemplificative dalla trasformazione giuridica in atto, portano alla luce un secondo punto problematico nella dinamica che coinvolge diritto, scienza e tecnologia. Quali risposte può offrire il di-

---

<sup>15</sup> A questo tema e alle tutele connesse alla categoria dei dati personali è dedicato il contributo di E. SPILLER, *If data is the new atoms... le incertezze sul concetto di dato personale al tempo dei Big Data*, pubblicato nel presente volume.

<sup>16</sup> La dibattuta questione riguardante la qualificazione come lavoro subordinato o autonomo delle prestazioni realizzate dai c.d. *smart workers* delle piattaforme digitali è affrontato in G. PACELLA, *Dalla realtà alla qualificazione dei rapporti di lavoro: restituire certezza alle categorie tradizionali*, pubblicato nel presente volume.

<sup>17</sup> Il fenomeno della crescente digitalizzazione delle prestazioni lavorative e le conseguenze dal punto di vista della previdenza sociale sono invece analizzati in C. GARBUIO, *Declinazioni nuove di problemi antichi: l'impatto della digitalizzazione sul mercato del lavoro e le perduranti incerte risposte del sistema di sicurezza sociale*, pubblicato nel presente volume.

<sup>18</sup> In G.E. CORSARO, *Schrems contro Facebook: gli incerti confini della categoria dei consumatori*, pubblicato nel presente volume, l'autore esamina tale questione alla luce di quanto affermato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea nella recente sentenza *Schrems II*.

<sup>19</sup> A tali questioni è dedicato il contributo di I. DOMENICI, *Tecnologie sanitarie innovative: il diritto di fronte all'incertezza scientifica ed etica*, pubblicato nel presente volume.

ritto per fare fronte a situazioni che appaiono incerte, non solo dal punto di vista tecnico, ma soprattutto nella prospettiva giuridica?

Anche da questo punto di vista, i contributi raccolti in questa sezione offrono interessanti spunti di riflessione riguardanti sia gli strumenti, sia i soggetti che all'interno dell'ordinamento giuridico cercano di colmare il divario esistente tra l'imprevedibilità dei ritrovati scientifici e tecnologici la necessità tipicamente giuridica che si affermi un determinato livello di condivisione, stabilità e comprensibilità in merito alle nuove possibilità offerte dal progresso tecnologico<sup>20</sup>. E ciò, evidenziando l'importanza di adottare soluzioni giuridiche che siano quanto più attente, aperte e flessibili rispetto all'oggetto di disciplina ed alle esigenze ad esso connesse, così da non limitare impropriamente i benefici creati dall'avanzamento scientifico e tecnologico.

---

<sup>20</sup> In questo senso E. PALMERINI, *The interplay between law and technology, or the RoboLaw project in context*, in E. PALMERINI, E. STRADELLA (a cura di), *Law and Technology. The Challenge of Regulating Technological Development*, Pisa, 2013, pp. 16-17.

*IF DATA IS THE NEW ATOMS...*  
LE INCERTEZZE SUL CONCETTO DI DATO  
PERSONALE AL TEMPO DEI *BIG DATA*

*Elisa Spiller*

SOMMARIO: 1. *Certezza del diritto e nuove tecnologie dei dati. Una breve introduzione.* 2. *Il carattere personale del dato come presupposto alla tutela dei diritti.* 3. *Una breve ricognizione sull'attuale "statuto giuridico dei dati".* 3.1. *Dati personali.* 3.2. *Dati pseudonimizzati.* 3.3. *Dati anonimi e dati non-personali.* 4. *Il concetto di dato personale, da concetto statico a concetto dinamico.* 5. *Certezze e incertezze: la tutela dei diritti e la protezione dei dati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.* 6. *Conclusioni.*

*1. Certezza del diritto e nuove tecnologie dei dati. Una breve introduzione*

Per la certezza del diritto, il settore del *data-intensive computing* rappresenta senz'altro un terreno scivoloso. Spesso infatti non è ancora ben chiaro quali possano essere gli effetti dei *big data* sui diritti e le libertà fondamentali<sup>1</sup>. Quello di cui si è certi, però, è che l'utilizzo di

---

<sup>1</sup> Sono ancora molto limitati i precedenti giurisprudenziali in cui sia stato appurato che, effettivamente, l'utilizzo di tecnologie *data-intensive*, a causa della programmazione dei loro algoritmi o della qualità dei dati, siano stati motivo di pregiudizio per i diritti e le libertà fondamentali. Anche il caso più noto, infatti, *State v. Loomis* (881 N.W.2d 749 (Wis. 2016)) deciso nello Stato del Wisconsin, il potenziale discriminatorio dell'algoritmo utilizzato per determinare il rischio di recidiva è stato dimostrato e pubblicizzato da un'inchiesta promossa dal *think tank* americano *ProPublica*, senza trovare peraltro seguito a livello legale. La sentenza è disponibile in <https://www.courts.ca.gov/documents/BTB24-2L-3.pdf>.

queste tecnologie può comportare gravi rischi, mettendo in discussione valori primari come la *privacy*, l'uguaglianza e il pluralismo<sup>2</sup>.

Di fronte ai continui sviluppi di una società datificata<sup>3</sup> – in cui *bits* sono i nuovi atomi<sup>4</sup> – viene dunque da chiedersi che risposte possa offrire il diritto: se si possa già rinvenire una *law of data* e quali soluzioni si prospettino per affrontare i problemi che vengono avanti.

Considerando il contesto europeo, si è cominciato a guardare con particolare attenzione a come il reg. UE 679/2016 stia affrontando le sfide legate a queste nuove tecnologie<sup>5</sup>.

Soprattutto negli ultimi anni, infatti, nell'ordinamento comunitario, rispetto alla tutela dei diritti "digitali", la protezione dei dati personali ha assunto un ruolo cruciale<sup>6</sup>, tanto da essere riconosciuta come un diritto fondamentale a sé stante<sup>7</sup>.

Questa disciplina, tuttavia, struttura il sistema di garanzie attorno ad un elemento che in una realtà *data-intensive* potrebbe risultare problematico, ossia il «carattere personale» dei contenuti trattati.

---

<sup>2</sup> C. MUÑOZ, *Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights*, White House, Executive Office of the President, maggio 2016; EU Fundamental Rights Agency, *#BigData: Discrimination in data-supported decision making*, maggio 2018; EDPS, *Meeting the challenges of big data A call for transparency, user control, data protection by design and accountability*, parere 7/2015; EDPS, *EDPS Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, parere 8/2016.

<sup>3</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUCKIER, *Big data. Una rivoluzione che sta trasformando il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Milano, 2013, p. 113.

<sup>4</sup> Il riferimento è all'espressione «from it to bit» (letteralmente «dalla materia ai bit») in J.A. WHEELER, *Information, Physics, Quantum: The Search For Links*, in W.H. ZUREK (a cura di), *Complexity, Entropy, and the Physics of Information*, Boca Raton, 1989.

<sup>5</sup> F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in ID. (a cura di), *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Torino, 2018.

<sup>6</sup> O. POLLICINO, M. BASSINI, *Commento articolo 8*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2017.

<sup>7</sup> Art. 8, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

La distinzione tra dati personali e non spesso è risultata critica anche nell'ambito dei trattamenti analogici<sup>8</sup>. La definizione di “dato personale”, infatti, poggia su una nozione molto generica, che nel tempo ha avuto bisogno di continue rivisitazioni, lasciando emergere alcuni problemi di concettualizzazione<sup>9</sup>.

In un contesto in cui tutto è *data*, quindi, ci si comincia a chiedere che ruolo giochi questa distinzione nell'elaborazione di una *law of data* e come si possa assicurare la tutela dei diritti anche rispetto all'utilizzo di altri tipi di informazioni.

L'intento di questo contributo, dunque, è quello di approfondire l'evoluzione del concetto di dato personale, nel tentativo di provare a ricostruire l'attuale “statuto giuridico dei dati”. L'obiettivo è quello di evidenziare i punti di certezza (e incertezza) che oggi emergono rispetto a questi temi, analizzando con particolare attenzione il ruolo dell'art. 8 CDFUE nel contesto informativo odierno.

## *2. Il carattere personale del dato come presupposto alla tutela dei diritti*

Prima di affrontare le questioni legate al rapporto tra protezione dei dati personali e *data-intensive computing*, è utile approfondire la natura delle garanzie sancite dall'art. 8 CDFUE.

Come noto, questo diritto di libertà assicura all'individuo alcune forme di controllo sull'utilizzo delle informazioni personali che lo riguardano. In particolare, si prevede che questo tipo di dati venga trattato secondo il principio di lealtà, per finalità determinate e in base al consenso della persona interessata o ad un altro fondamento previsto *ex lege*. La stessa disposizione, inoltre, stabilisce che in questo settore il rispetto della disciplina sia rimesso al controllo di un'Autorità garante, rendendo così tale figura un pilastro dell'architettura normativa.

---

<sup>8</sup> Da ultime: sent. 17 luglio 2014, *YS e a.* (C-141/12 e C-372/12) e sent. 20 dicembre 2017, *Nowak* (C-434/16).

<sup>9</sup> L.A. BYGRAVE, *Information Concepts in Law: Generic Dreams and Definitional Daylight*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 35, 2015, p. 107.

Il motivo per cui però questo diritto è studiato con particolare attenzione non è soltanto per i suoi contenuti, quanto piuttosto per la scelta stessa di riconoscerlo come un diritto fondamentale a sé stante<sup>10</sup>.

Certo, le prime leggi che hanno regolamentato questa materia avevano concepito la c.d. *Datenschutz*<sup>11</sup> come una rilettura delle garanzie proprie dello Stato di diritto per un contesto informatizzato, così da rassicurare i cittadini rispetto all'utilizzo dei loro dati<sup>12</sup>. Tuttavia, prima del 1995, solo pochi Stati membri avevano fatto di queste tutele un vero e proprio diritto fondamentale costituzionalmente riconosciuto<sup>13</sup>. Al contrario, invece, spesso la regolamentazione dei trattamenti era stata affidata alla legge ordinaria, ricorrendo ora al diritto amministrativo, ora al penale, ora al civile.

Allo stesso modo, la dir. CE 46/95 (il primo tentativo di armonizzazione di questa materia) aveva adottato un approccio diverso, privilegiando i risvolti economici e incoraggiando la tutela dei diritti soprattutto al fine di favorire la libera circolazione dei dati<sup>14</sup>.

Ripercorrendo l'evoluzione storica della disciplina, pertanto, non c'erano particolari elementi che suggerissero la "costituzionalizzazio-

<sup>10</sup> G. GONZÁLEZ FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Heidelberg-Londra, 2014; O. LYNSKEY, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford, 2015.

<sup>11</sup> Il termine che poi è stato tradotto come «protezione dei dati», infatti, è apparso inizialmente nella legislazione di lingua tedesca e, in particolare, nella normativa dei *Land* dell'Hesse (nel 1970, la prima legge in questa materia).

<sup>12</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Generational Development of Data Protection in Europe*, in P.E. AGRE, M. ROTENBERG (a cura di), *Technology and Privacy*, Boston, 1997, p. 224.

<sup>13</sup> Questo diritto, infatti, inizialmente ha trovato spazio solo nelle costituzioni di Spagna, Austria e Portogallo, come evidenzia G. GONZÁLEZ FUSTER, *The emergence of Personal Data*, cit., p. 66 ss. In seguito, tuttavia, ha trovato copertura costituzionale nella maggior parte dei Paesi europei, soprattutto a seguito della celebre sentenza della Corte costituzionale federale tedesca del 1983 *BVerfG* nel caso *Volkszählung* (*Micro census*).

<sup>14</sup> La dir. CE 95/46, infatti, trovava il proprio fondamento giuridico nell'art. 100 CE, tra le norme relative alla realizzazione del mercato unico e, in un primo momento, è stata interpretata soprattutto in quell'ottica. *Ex multis*, O. LYNSKEY, *From Market-Making Tool to Fundamental Right: The Role of the Court of Justice in Data Protection's Identity Crisis*, in S. GUTWIRTH ET AL. (a cura di), *European Data Protection: Coming of Age*, Dordrecht, 2013.

ne” di un nuovo diritto fondamentale europeo, dal momento che né le tradizioni costituzionali né i principi generali dell’ordinamento sembravano andare in quella direzione.

Questo dunque è uno dei motivi per cui la *ratio* sottesa all’art. 8 della Carta è ancora molta studiata. Considerando il precedente quadro normativo, infatti, la natura della protezione dei dati personali come *self-standing right* rimane ancora da approfondire<sup>15</sup>, soprattutto per il ruolo che questo diritto sembra chiamato a svolgere nel promuovere la tutela di altri valori.

Come già accennato, rispetto al futuro di queste garanzie in un contesto *data-intensive*, uno dei punti che desta maggiori interrogativi è il fatto che la tutela degli interessi coinvolti dal trattamento dipenda dal «carattere personale» dei contenuti.

Apparentemente questa specificazione potrebbe sembrare per molti versi scontata, proprio perché questa materia si è sempre concentrata soltanto su questo tipo di dati<sup>16</sup>.

Tuttavia, in un ambiente in cui vengono prodotte di continuo enormi quantità di informazioni tra loro profondamente diverse, il fatto che si possano distinguere varie categorie di dati – più o meno personali – comincia a meritare qualche attenzione in più. E questo soprattutto perché i sistemi *data-intensive*, normalmente, tendono a trattare i contenuti in modo uniforme, incontrando così parecchi ostacoli nell’implementazione tecnica della disciplina<sup>17</sup>.

Ci si chiede dunque che implicazioni sia destinata ad avere questa distinzione all’interno dell’architettura inaugurata dal regolamento e, soprattutto, che tipo di conseguenze possa avere una diversa qualificazione del dato rispetto all’applicazione della normativa e alla tutela dei diritti coinvolti.

---

<sup>15</sup> L’art. 8 CDFUE, infatti, senz’altro ha avuto come primo risultato quello di aver emancipato la protezione dei dati da una dimensione prettamente economica per attrarla nell’orbita dei diritti fondamentali. O. LYNSKEY, *From Market-Making Tool to Fundamental Right*, cit.

<sup>16</sup> B. VAN ALSENOY, *Data Protection Law in the EU: Roles, Responsibility and Liability*, Anversa, 2019, p. 166.

<sup>17</sup> Sent.13 maggio 2014, *Google Spain* (C-131/12).

### 3. Una breve ricognizione sull'attuale "statuto giuridico dei dati"

La ricognizione dello statuto giuridico dei dati presuppone un passaggio preliminare: chiarire che cosa si intenda effettivamente per "dato".

Questo problema definitorio non è certo confinato al settore del diritto. Per capire meglio questa rivoluzione tecnologica, infatti, anche altre discipline umanistiche hanno avuto bisogno di assimilare nozioni tecniche all'interno del loro lessico di riferimento, calandosi così nella logica di tali materie.

Tuttavia, mentre in alcuni campi lo sforzo è valso a elaborare un nuovo quadro concettuale<sup>18</sup>, in ambito giuridico quest'operazione di rinnovamento tende ad incontrare più di qualche difficoltà pratica.

Sebbene la protezione dei dati personali sia un diritto nato proprio come risposta allo sviluppo dell'informatica<sup>19</sup>, nozioni essenziali come "dato" e "informazione" spesso stentano a trovare una loro identità specifica, tanto da essere utilizzati indistintamente come sinonimi<sup>20</sup>.

Da un punto di vista tecnico, però, queste due espressioni sono tutt'altro che sovrapponibili. Secondo uno *standard* operativo ricorrente, infatti, l'informazione non corrisponde al *singolo dato*, quando a un *insieme di dati* dotati di significato nel contesto in cui li si considera<sup>21</sup>.

Questa discrasia tra linguaggio tecnico e giuridico, in generale, non sorprende<sup>22</sup>. In una realtà in cui, però, queste due dimensioni sono de-

<sup>18</sup> B. PETERS (a cura di), *Digital Keywords. A Vocabulary of Information Society and Culture*, Ithaca (NY), 2016; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione*, cit.; ID., *Philosophy of Information*, Oxford, 2012.

<sup>19</sup> G. GONZÁLEZ FUSTER, *The emergence of Personal Data Protection*, cit., p. 28 ss.; V. MAYER-SCHÖNBERGER, *Generational Development of Data Protection in Europe*, cit.

<sup>20</sup> L.A. BYGRAVE, *Information Concepts in Law*, cit., pp. 102-104. N. PURTOVA, *The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law*, in *Law, Innovation and Technology*, 2018, p. 49.

<sup>21</sup> Questa è la definizione di "informazione basata sui dati" che si ricava in C. SHANNON, W. WEAVER, *A Mathematical Theory of Communication*, in *Bell System Technical Journal*, 27, 1948, pp. 379-423 e 623-656. Il riferimento si trova in L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, cit., p. 25.

<sup>22</sup> Sul punto in J.A. KROLL ET AL., *Accountable Algorithms*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 165, 2017, pp. 633-705.



stinate ad essere sempre più complementari, il fatto che gli stessi termini possano essere intesi in modo diverso, solleva non poche questioni; e ciò soprattutto rispetto alla certezza del diritto e alla sua corretta applicazione<sup>23</sup>.

Come giustificazione, la scelta di assimilare i concetti tecnici con delle espressioni di portata generale, secondo alcuni, ha una ragione molto chiara. Termini come “informazione” e “dato”, di per sé, avrebbero infatti un significato abbastanza pacifico e, dunque, la decisione di utilizzare un linguaggio generico contribuirebbe a dare maggior stabilità alla disciplina, rendendo flessibili le definizioni all’evoluzione della tecnologia<sup>24</sup>.

Tuttavia, osservano altri, questa strategia ha in sé qualcosa di paradossale. Se l’utilizzo di espressioni atecniche è volto ad assicurare una maggior certezza del diritto sul lungo periodo, l’interpretazione di queste disposizioni, nel tempo, è soggetta ad una maggiore discrezionalità, rendendo talvolta equivoci gli attuali criteri per la loro applicazione<sup>25</sup>.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, ricostruire l’attuale “statuto giuridico dei dati” risulta un’operazione assai complessa. Qui confluiscono diversi fattori di incertezza: sia quelli legati al rapporto tra nomenclatura giuridica e contenuti tecnici, sia quelli relativi alla puntualità dell’interpretazione e alla coerenza delle sue future evoluzioni.

Questi problemi sono emersi in modo particolarmente evidente proprio in merito alla nozione di dato personale; e ciò anche a motivo delle garanzie che la disciplina accorda a tali contenuti.

Sebbene, infatti, da un punto di vista logico, l’esistenza di questo tipo di dati presupponga che ne esistano anche *altri* (ossia dei dati non personali) dal momento che la tutela dei diritti spesso dipende dalla “personalità” degli elementi trattati, normalmente ogni questione che

---

<sup>23</sup> L.A. BYGRAVE, *Information Concepts in Law*, cit., p. 94; B. VAN ALSENOY, *Data Protection Law in the EU*, cit., p. 107.

<sup>24</sup> L.A. BYGRAVE, *Information Concepts in Law*, cit., p. 92.

<sup>25</sup> Si vanno incontro a quei dubbi e a quei problemi interpretativi che R. Brownsword ha definito come «normative disconnection», uno scollamento tra il significato letterale del termine e le evoluzioni della sua valenza in campo giuridico. Si veda: R. BROWNSWORD, *Rights, Regulation, and the Technological Revolution*, Oxford, 2008, p. 166.

abbia a che fare con dati e informazioni viene fatta confluire in questa materia.

Tale prassi inizialmente non aveva sollevato particolari osservazioni, ma con la diffusione delle tecnologie *data-intensive* la situazione è profondamente cambiata.

Non si può fare a meno di notare che se tutto genera dati, i contenuti possono aver valore anche prima di essere qualificati come personali, quando ancora sono in forma spuria (*raw data*)<sup>26</sup>. A prescindere dall'origine, infatti, ogni *bit* se adeguatamente elaborato permette di produrre nuovi contenuti; tutto dipende da come li si utilizza.

Per questo motivo, nell'ambito della nuova strategia di *data-governance* europea<sup>27</sup>, si sono cominciati a distinguere varie tipologie di dati (personali, pseudonimizzati, anonimi e non-personali) prevedendo che ciascuna di esse possa godere di un diverso regime giuridico.

Considerando i problemi concettuali ed ermeneutici che si incontrano in questo settore, tuttavia, è interessante approfondire se questa nuova architettura – differenziando – contribuisca a far chiarezza sulle categorie poste a fondamento della disciplina, analizzando le problematiche che si incontrano rispetto a ciascun tipo.

### 3.1. *Dati personali*

Chiaramente il punto di partenza non poteva non essere la categoria dei dati personali.

Di questa definizione si trovano alcuni chiari cenni già nelle prime leggi in materia<sup>28</sup>. Così come in precedenza, infatti, ci si era concentrati

---

<sup>26</sup> Sul critico rapporto tra *raw data* e *personal data*, si rinvia, in particolare, a L. GITELMAN, *“Raw Data” is an Oxymoron*, Cambridge (MA), 2013.

<sup>27</sup> Oltre al reg. UE 2016/679, sono state introdotte, le dirr. UE 2016/680 e UE 2016/681. Sono inoltre oggetto di attuale revisione la dir. CE 2002/58 (COM(2017) 10) e la dir. CE 2004/58 (COM/2016/0593). A corollario vi sono infine le dirr. UE 2003/98 e UE 2013/98. A tutto ciò si aggiunge, da ultimo, il regolamento sui dati non-personali (COM/2017/0495).

<sup>28</sup> Questi concetti, infatti, sono stati definiti chiaramente sia dalla legge svedese del 1973, dalla legge francese del 1976 e dalla legge federale tedesca del 1974. F.W. HONDIUS, *Emerging Data Protection in Europe*, Amsterdam-Oxford-New York, 1975;

sulla protezione dei documenti e dei fascicoli personali, salve poche eccezioni<sup>29</sup>, la normativa storicamente ha limitato il proprio ambito di applicazione solo alle informazioni sul singolo individuo.

Il regolamento, dunque, considera dato personale «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile», ritenendo «identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente»<sup>30</sup>.

Analizzando la seconda parte della disposizione e comparando il testo attuale con quello della precedente direttiva, si avverte peraltro come ci si trovi di fronte ad un concetto in continua evoluzione. Nel catalogo di possibili identificativi rilevanti ai fini della disciplina, si trova infatti una casistica ben più estesa che in passato, aggiungendo ai tradizionali riferimenti all'«identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale» anche i dati genetici, quelli relativi all'ubicazione e gli identificativi *online*<sup>31</sup>.

Quest'evoluzione documenta come ci si trovi di fronte ad un concetto che si presta ad un'interpretazione estensiva, in grado di includere nella definizione gli elementi che nel tempo sono risultati meritevoli di tutela<sup>32</sup>.

Com'è evidente, però, continuano ad emergere alcune criticità legate all'uso indifferenziato di “dato” e “informazione”; una questione di non poco conto se si ricorda che la protezione dei dati personali spesso sembra l'unico rimedio per ottenere tutela dei diritti “digitali”.

C'è da chiedersi, quindi, per quali motivi questa definizione tenda ad essere interpretata in modo così creativo: se per dare un'applicazione coerente alla normativa nel suo insieme oppure per estendere certe garanzie a situazioni che altrimenti ne rimarrebbero sprovviste.

D.H. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies. The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada, and the United States*, Chapel Hill (NC), 1989.

<sup>29</sup> Come, ad esempio, la legge del *Land* dell'Hesse del 1970. Si veda B. VAN ALSENOY, *Data Protection Law in the EU*, cit., p. 166 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Reg. UE 679/2016, art. 4(1) (parte prima); dir. CE 46/95, art. 2, lett. a. (prima parte).

<sup>31</sup> Cfr. Reg. UE 679/2016, art. 4(1) (parte seconda); dir. CE 46/95, art. 2, lett. a. (prima seconda).

<sup>32</sup> V. in seguito, §§ 4-5 e relativi riferimenti in nota.

Tuttavia, vista la centralità del tema, su questo punto si tornerà meglio più avanti, quando il quadro normativo sarà più chiaro anche rispetto alle altre categorie di dati.

### 3.2. *Dati pseudonimizzati*

Qui più che di “dati”, sarebbe opportuno parlare di “tecniche”. Il reg. UE 679/2016, infatti, prevedendo l’obbligo di adottare specifiche misure di protezione *by design* e *by default*<sup>33</sup> ha introdotto la nozione di “pseudonimizzazione”<sup>34</sup>, permettendo così di individuare indirettamente una seconda specie di dati.

La peculiarità degli elementi trattati con queste tecniche è quella di non poter «più essere attribuiti a un interessato specifico senza l’utilizzo di informazioni aggiuntive»<sup>35</sup>.

Ci si trova di fronte quindi ad una categoria intermedia, in cui l’utilizzo della tecnologia permette di mitigare volontariamente il carattere personale dei contenuti. Questi espedienti, però, non sono volti a sottrarre i dati all’applicazione del regolamento, poiché la norma presuppone che il titolare continui a conservare le informazioni aggiuntive a parte, adottando le debite cautele<sup>36</sup>.

Il ricorso a queste misure mira piuttosto a modulare gli obblighi in capo al *controller* in funzione dell’effettiva entità del rischio legato al trattamento. L’utilizzo dei dati, infatti, non richiede che questi vengano sempre elaborati in forma identificativa e, peraltro, minimizzando la personalità degli stessi, si riducono sensibilmente i problemi legati alla confidenzialità delle informazioni.

Tuttavia, se il titolare non ha bisogno di utilizzare dati identificativi, il regolamento stesso prevede che non sia tenuto a conservarne altri

---

<sup>33</sup> Reg. UE 679/2016, art. 25. In dottrina, *ex multis*, L.A. BYGRAVE, *Data Protection by Design and by Default: Deciphering the EU’s Legislative Requirements*, in *Oslo Law Review*, 2, 2017, pp. 105-120; G. D’ACQUISTO, M. NALDI, *Big data e privacy by design. Anonimizzazione, pseudonimizzazione, sicurezza*, Torino, 2017.

<sup>34</sup> Reg. UE 679/2016, art. 4(5).

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

solo al fine di rendere applicabile la relativa disciplina<sup>37</sup>, ammettendo così che in alcuni casi si possa smettere di conservare le informazioni aggiuntive.

Rispetto a queste modalità di trattamento, emerge quindi una prima perplessità. Le dinamiche legate all'utilizzo dei dati, infatti, spesso non vedono un unico titolare, bensì l'attività coordinata di diversi soggetti, che intervengono nel processo con poteri e responsabilità molto diverse<sup>38</sup>. Nei diversi passaggi, dunque, non è escluso che, mancando delle informazioni necessarie, il singolo *controller* possa non essere in grado individuare il soggetto.

Rispetto a queste eventualità, potrebbero quindi venirsi a creare situazioni ambigue, in cui l'interessato non è più nelle condizioni di esercitare alcuni suoi diritti sui dati a meno che non si provveda ad integrare questo *gap* identificativo<sup>39</sup>.

Tutto ciò considerato, dunque, si vede come già con questa prima differenziazione si incontrino non pochi problemi, lasciando aperti sensibili margini di incertezza nell'applicazione della disciplina così come per la tutela dei diritti.

### 3.3. *Dati anonimi e dati non-personali*

Le perplessità emerse rispetto all'utilizzo delle tecniche di pseudonimizzazione portano dunque alle questioni legate ai dati anonimi. Il motivo per cui, tuttavia, questi vengono analizzati assieme ai dati non-personali potrebbe essere meno evidente.

La scelta è legata al fatto che, rispetto a queste due categorie, il reg. 679/2016 non offre una definizione vera e propria dei diversi contenuti e accorpa entrambi i concetti in un'unica disposizione, nell'ambito dei *considerando*.

Sono qualificate come “anonimi” i «dati personali resi sufficientemente anonimi da impedire o da non consentire più l'identificazione

---

<sup>37</sup> Reg. UE 679/2016, art. 11, § 1.

<sup>38</sup> B. VAN ALSENOY, *Data Protection Law in the EU*, cit., pp. 76 ss.

<sup>39</sup> Reg. UE 679/2016, art. 11, § 2.

dell'interessato» così come le «informazioni che non si riferiscono a una persona fisica identificata o identificabile» (i non-personali)<sup>40</sup>.

Da un punto di vista di politica normativa, la caratteristica che accomuna i due concetti è che in entrambi i casi – sia per i dati anonimi, sia per quelli non-personali – i principi e la disciplina del regolamento non trovano applicazione<sup>41</sup>.

Pensando soprattutto allo sviluppo delle tecnologie *data-intensive*, tuttavia, questa soluzione crea qualche problema.

Sul piano giuridico, infatti, si ritiene che i dati non possano essere de-identificati in modo definitivo<sup>42</sup>, poiché la loro personalità rimane sempre legata ad una componente relazionale. Oltre ai dati di partenza, cioè, vanno considerate anche le tecnologie e le altre informazioni di cui il titolare può disporre<sup>43</sup>.

Contrariamente a quanto potrebbe sembrare, dunque, una completa de-personalizzazione risulta teoricamente impossibile; si potrà procedere soltanto ad una valutazione probabilistica, considerando la possibilità che il soggetto possa essere di nuovo individuato<sup>44</sup>.

Un simile ragionamento sembrerebbe quindi escludere che si possa anche solo ipotizzare l'esistenza di una categoria di dati assolutamente non-personali. Utilizzando quest'approccio relazionale, infatti, in astratto anche i contenuti che per natura non avrebbero nulla di personale (dati ambientali, operativi, etc.)<sup>45</sup> in qualche modo potrebbero comun-

<sup>40</sup> Reg. UE 679/2016, cons. 26.

<sup>41</sup> *Ibidem*: «I principi di protezione dei dati non dovrebbero pertanto applicarsi a informazioni anonime».

<sup>42</sup> Gruppo Articolo 29, *Parere 5/2014 sulle tecniche di anonimizzazione*, WP216, 10 aprile 2014.

<sup>43</sup> Reg. UE 679/2016, cons. 26: «Per stabilire l'identificabilità di una persona è opportuno considerare tutti i mezzi, come l'individuazione, di cui il titolare del trattamento o un terzo può ragionevolmente avvalersi per identificare detta persona fisica direttamente o indirettamente».

<sup>44</sup> Reg. UE 679/2016, cons. 26: «Per accertare la ragionevole probabilità di utilizzo dei mezzi per identificare la persona fisica, si dovrebbe prendere in considerazione l'insieme dei fattori obiettivi, tra cui i costi e il tempo necessario per l'identificazione, tenendo conto sia delle tecnologie disponibili al momento del trattamento, sia degli sviluppi tecnologici».

<sup>45</sup> L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, cit., 23 ss.

que essere ricondotti ad un individuo specifico, finendo così con il gravitare sempre nell'orbita della *personal data protection*<sup>46</sup>.

Viene quindi da chiedersi che effetti producano sul piano del diritto quelle misure che, da un punto di vista tecnico, vengono intese come una completa anonimizzazione dei dati e, per contro, come debbano regolarsi quei soggetti che di norma trattano dati non-personali.

Evidentemente, rispetto a queste ultime due categorie, la situazione risulta quanto mai confusa. Ancora una volta, infatti, appare chiaro come il termine di paragone rimanga il concetto di dato personale, lasciando ad ogni altra definizione uno spazio marginale ed incerto.

#### 4. Il concetto di dato personale, da concetto statico a concetto dinamico

Dalla ricostruzione proposta nel paragrafo precedente è emerso chiaramente come la nozione di dato personale giochi un ruolo di primo piano nell'attuale "diritto dei dati".

Per capire dunque che prospettive si potrebbero aprire con lo sviluppo delle tecnologie *data-intensive* è interessante approfondire come questo concetto si sia evoluto nel tempo e come potrebbe contribuire a rispondere alle nuove questioni che accompagnano l'innovazione questo settore<sup>47</sup>.

Come si è avuto modo di accennare, si tratta di una definizione che nel tempo ha conosciuto diverse evoluzioni. Considerato però lo stretto rapporto che lega la protezione dei dati personali al tema della *privacy*, non si può fare a meno di notare come tali riletture tendenzialmente siano orientate alla tutela di alcuni interessi specifici.

Dall'analisi della giurisprudenza emerge come di norma si sia dato maggior risalto ai profili legati alla riservatezza e alla confidenzialità delle informazioni.

---

<sup>46</sup> N. PURTOVA, *The law of everything*, cit. p. 57.

<sup>47</sup> L'EDPS ha ritenuto che linee guida e la giurisprudenza relative alla nozione di dato personale secondo quanto previsto dalla dir. 46/95 siano valide e applicabili anche alla disciplina introdotta dal reg. 679/2016, fintanto che non sia sostituite da nuove indicazioni.

Inizialmente, infatti, le prime pronunce si erano limitate a chiarire come questo concetto dovesse comprendere alcuni elementi apparentemente “ovvi” come nomi, recapiti<sup>48</sup> e indirizzi<sup>49</sup>. In seguito, però, i giudici europei hanno progressivamente cominciato a includere anche dei profili più articolati, come le varie proiezioni della vita professionale<sup>50</sup> o della situazione patrimoniale<sup>51</sup>.

Un fattore che ha determinato, tuttavia, una radicale rivisitazione del concetto è stato la diffusione del *web* e dei nuovi *media*. Di fronte alla crescente dematerializzazione dei contenuti, infatti, vi erano molti dubbi sulla portata del termine e, considerata la centralità della definizione per l'applicazione della disciplina, si era avvertita l'urgenza di nuovi chiarimenti.

Nel 2007 il Gruppo Articolo 29 aveva quindi elaborato un parere *ad hoc*<sup>52</sup>.

In quell'occasione, in particolare, si è tornati a sottolineare con enfasi come per “dato personale” si intenda una nozione volutamente ampia<sup>53</sup>, orientata a garantire un elevato livello di protezione dei diritti, soprattutto per quel che riguarda lo sviluppo delle nuove tecnologie. A prescindere dal formato con cui i contenuti siano stati raccolti, trattati o conservati, essa perciò si presta ad includere tutte le *affermazioni*<sup>54</sup> riferibili ad uno specifico individuo.

Il fatto che le informazioni siano idonee a identificare il soggetto, non sarebbe dunque l'unico elemento dirimente. Perché queste siano considerate personali, rileverebbe anche la loro capacità di incidere in concreto sulla sfera giuridica dell'individuo, estendendo così la portata della definizione ad una più vasta gamma di trattamenti.

<sup>48</sup> Sent. 6 novembre 2003, *Linqvist* (C-101/01) § 24.

<sup>49</sup> Sent. 7 maggio 2009, *Rijkeboer* (C-553/07) § 42.

<sup>50</sup> Sent. *Linqvist*, *ibidem* (i passatempi); sent. *Worten* §§ 19 e 22 (i periodi di lavoro e di riposo).

<sup>51</sup> Sent. 20 maggio 2003, *Österreichischer Rundfunk e a.* (C-465/00, C-138/01 e C-139/01) § 64 (gli stipendi); Sent. 16 dicembre 2008, *Satakunnan Markkinapörssi e Satamedia* (C-73/07) §§ 35 e 37 (il patrimonio o altre forme di reddito).

<sup>52</sup> Gruppo Articolo 29, *Parere 4/2007 sul concetto di dato personale*, WP136, 20 giugno 2007.

<sup>53</sup> *Ibidem*, 6.

<sup>54</sup> *Ibidem*, 10-11.



Per queste ragioni, nell'interpretare tale nozione è necessario focalizzarsi soprattutto sulle finalità e sulle conseguenze dell'utilizzo dei dati. Anche in mancanza dei comuni «elementi di “contenuto” o di “finalità”, è – infatti – possibile considerare che i dati “concernono” una persona quando il loro impiego può avere un impatto sui diritti dell'interessato»<sup>55</sup>. Non è necessario «che il risultato potenziale abbia un impatto importante. [Ma è] sufficiente che la persona sia trattata in modo diverso rispetto ad altre in seguito al trattamento di tali dati»<sup>56</sup>.

Aderendo a queste indicazioni, la Corte di giustizia ha quindi esteso ulteriormente la portata del concetto, riconducendo nell'alveo di questa disciplina anche informazioni che inizialmente si era sentita di escludere<sup>57</sup>.

Tuttavia, si è notato come già oggi l'estensione di tale nozione sollevi alcune criticità. Ampliando l'ambito di applicazione delle norme, infatti, spesso si sovrappongono diversi sistemi di tutela, rendendo incerti la portata delle previsioni e il rapporto tra i rimedi disponibili.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, per intravedere delle proiezioni sulla futura vocazione di questa disciplina in una società *data-driven*, vale la pena di esaminare come la CGUE stia affrontando il tema dei diritti nella realtà dei *data*, analizzando alcuni casi paradigmatici.

### 5. Certezze e incertezze: la tutela dei diritti e la protezione dei dati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea

La Corte di giustizia non ha ancora avuto modo di sviluppare una propria giurisprudenza sui *big data* e le tecnologie *data-intensive*. Tuttavia, soprattutto negli ultimi anni, ha avuto occasione di cimentarsi

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, 11.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Emblematici in questo senso, sono le sentenze *Breyer* (rispetto a quanto in precedenza deciso nella sent. 24 novembre 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10)) e *Nowak* (rispetto, invece, a quanto deciso con la sent. 17 luglio 2014, *YS e a.* (C-141/12 e C-372/12)) che si andranno ad analizzare nel paragrafo 5.

spesso nelle questioni legate alla protezione dei dati, elaborando un approccio “forte” rispetto alla tutela dei diritti *online*<sup>58</sup>.

La scelta di questa strategia, com'è noto, le è valsa elogi e critiche. Se infatti alcuni non hanno esitato a definirla un *constitutional guardian*<sup>59</sup> sull'uso dei dati *online*, altri, per contro, hanno notato come il pragmatismo dimostrato nelle questioni più controverse spesso ingeneri più dubbi che certezze<sup>60</sup>.

Va sottolineato come, rispetto a queste situazioni, i giudici europei si confrontino con un quadro normativo precario. Spesso, infatti, si trovano a dover decidere su delle situazioni che presentano dei profili particolarmente inediti, senza avere dei chiari riferimenti cui orientarsi.

Quando dunque si è cominciato a realizzare che la quantità di dati in circolazione consente «di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata delle persone»<sup>61</sup>, analizzandone le abitudini quotidiane, gli spostamenti, le relazioni sociali<sup>62</sup> e molto altro ancora, si è iniziato a guardare all'art. 8 della Carta come al primo rimedio in grado di assicurare all'interessato un qualche tipo di controllo sui dati.

La questione della “personalità” dei contenuti ha acquisito dunque un'importanza decisiva, incoraggiando la riflessione sul valore attuale di questa disciplina.

In tal senso, la giurisprudenza aveva subito chiarito come il fatto che nel medesimo trattamento potessero essere utilizzati diversi tipi di dati, non fosse di per sé un motivo sufficiente a limitare la tutela dei diritti dell'interessato.

---

<sup>58</sup> Celeberrima è ormai la trilogia legata ai casi *Digital Rights Ireland* (sent. 8 aprile 2015, C-293/12 e C-594/12), *Google Spain*, e *Schrems* (sent. 6 ottobre 2015, C-362/14).

<sup>59</sup> H. HIKMANS, *The European Union as a constitutional guardian of internet privacy and data protection: the story of Article 16 TFEU*, Dordrecht, 2016.

<sup>60</sup> O. POLLICINO, *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; B. PETKOVA, *Towards an Internal Hierarchy of Values in the EU Legal Order: Balancing the Freedom of Speech and Data Privacy*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 3, 2016, pp. 421-438.

<sup>61</sup> *Digital Rights Ireland*, § 37.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

Sebbene, in alcuni processi si elaborino enormi quantità di informazioni, se il trattamento infatti include *anche* dati personali, le varie operazioni devono ricadere nell'ambito della relativa normativa; e questo «senza che rilevi il fatto che il gestore [...] applichi le medesime operazioni anche ad altri tipi di informazioni e non distingua tra queste e i dati personali»<sup>63</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, alcune sentenze sono quindi tornate a chiarire ulteriormente la portata della definizione di dato personale, favorendo una lettura del concetto che aiutasse ad affrontare anche alcuni problemi legati al trattamento di contenuti pseudonimizzati e anonimi.

La portata di questi argomenti è stata subito percepita come paradigmatica, soprattutto rispetto alle sfide legate ai *big data*. Per questo motivo, quindi, vale la pena analizzare brevemente le indicazioni che emergono da questa giurisprudenza, a cominciare dal caso *Breyer*<sup>64</sup>.

In quell'occasione, in particolare, era sorto un dubbio sul fatto che gli indirizzi IP dinamici<sup>65</sup> potessero essere inclusi o meno nel perimetro dell'art. 2, lett. a, dir. 46/95<sup>66</sup>.

I punti controversi erano essenzialmente due. Da un lato, questi codici non individuano le persone, quanto i dispositivi di cui queste si avvalgono; dall'altro, l'operatore che li utilizza non è in grado di risalire da solo ai sistemi cui si riferiscono, e così nemmeno di identificare chi li utilizza<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> *Google Spain*, § 28.

<sup>64</sup> Sent. 19 ottobre 2016, *Breyer* (C-582/14).

<sup>65</sup> I codici in questione vengono generati quando un sistema si connette alla rete: il gestore del servizio registra il numero che lo identifica (c.d. IP statico) e, nell'indirizzare l'utente alla pagina richiesta, genera un nuovo codice (c.d. IP dinamico) che trasmette al fornitore dei contenuti.

<sup>66</sup> L'EDPS ha ritenuto che linee guida e la giurisprudenza relative alla nozione di dato personale ai sensi della dir. 46/95 siano valide e applicabili anche alla disciplina introdotta dal reg. 679/2016, fintanto che non sia sostituite da nuove indicazioni.

<sup>67</sup> Di questi due *providers*, solo il primo dispone delle informazioni necessarie ad identificare il *device* e così, indirettamente, è in grado di individuare anche l'utente che lo utilizza. Vista la posizione dei titolari del trattamento, nel qualificare queste due stringhe, inizialmente la prima – l'IP statico – era già stato incluso nel perimetro della

Trovandosi a decidere sul regime giuridico da applicare a dei dati che presentano una “personalità” fortemente mitigata, la Corte ha dunque analizzato in termini probabilistici le possibilità di re-identificazione rispetto ai diversi trattamenti in questione.

Si è osservato come, effettivamente, in alcuni casi, il titolare degli identificativi dinamici potrebbe essere in grado ottenere le informazioni che gli servono ad individuare l’utente<sup>68</sup> e, dunque, si è giunti a concludere che questi codici possano essere inclusi a tutti gli effetti nel perimetro della normativa, ammettendo così l’esercizio delle relative prerogative sui dati.

Alla luce di queste considerazioni, pertanto, oggi si ritiene che un dato de-identificato possa essere «ragionevolmente utilizzato per identificare la persona interessata»<sup>69</sup> in tutti i casi in cui quest’individuazione non risulti «praticamente irrealizzabile»<sup>70</sup>.

La posizione del *data subject*, evidentemente, esce molto rafforzata da quest’interpretazione, estendendo la portata dei diritti sui dati ad una gamma di situazioni sempre più ampia. Pensando però alle tecnologie *data-intensive*, gli interrogativi legati ai limiti della protezione dei dati personali risultano acuiti, dal momento che i criteri per l’applicazione di tali norme evolvono di continuo e in modo imprevedibile.

Nell’arco di qualche anno, peraltro, la definizione qui discussa ha subito ulteriori evoluzioni anche in occasione della sentenza *Nowak*<sup>71</sup>.

Il fatto che si trattasse di una questione meno tecnologica di quelle considerate finora non deve trarre in inganno. In questo caso, infatti, la Corte si è trovata a decidere su un problema di grande rilevanza rispetto all’utilizzo dei *big data*, ossia se includere o meno nell’ambito di questa disciplina anche le valutazioni basate su dati trattati in forma anonima.

---

disciplina sui dati personali, la seconda invece no. Cfr. Sent. *Breyer* § 25; Sent. 24 novembre 2011, *Scarlet Extended* (C-70/10), § 51.

<sup>68</sup> Nel caso di specie, infatti, nonostante alcuni limiti legali, la possibilità era comunque contemplata, ammettendo l’accesso autonomamente o con l’aiuto di parti terze.

<sup>69</sup> *Breyer*, § 45.

<sup>70</sup> *Breyer*, § 46; per esempio a causa del dispendio di tempo, di costo e di manodopera o per i limiti e i divieti previsti dalla legge.

<sup>71</sup> Sent. 20 dicembre 2017, *Nowak* (C-434/16).

Nello specifico, si chiedeva di chiarire se un candidato potesse rivendicare il diritto di accesso alle prove di un esame scritto<sup>72</sup> (e alle relative correzioni) sulla base di quanto previsto dalla dir. 46/95<sup>73</sup>. Per risolvere la questione, però, serviva capire innanzitutto se simili contenuti potessero essere inclusi nella definizione di dato personale, giustificando così l'applicazione di tale normativa.

È bene notare come in precedenza la Corte si fosse dimostrata restia nel ricondurre a questa nozione le valutazioni sulla persona dell'interessato<sup>74</sup>; e ciò anche per evitare di sovrapporre le prerogative legate all'accesso ai dati ad altre garanzie di natura amministrativistica<sup>75</sup>.

Nel caso *Nowak*, tuttavia, capovolgendo i termini della questione, i giudici europei si sono determinati per una soluzione di segno opposto. Dal momento che l'esito delle prove costituisce infatti un elemento di per sé idoneo ad incidere sulla sfera giuridica del soggetto<sup>76</sup> è parso ragionevole estendere la disciplina sui dati personali anche a questo genere di contenuti, garantendo così al candidato il diritto di potervi accedere<sup>77</sup>.

Queste conclusioni, dunque, dimostrano come a livello europeo, per affrontare le questioni legate all'uso delle informazioni e alla tutela della vita privata, si tenda ad interpretare il concetto di dato personale in termini sempre più estensivi, spesso andando anche oltre quello che potrebbe sembrare il significato letterale delle norme.

Gli argomenti sottesi alle ultime due pronunce documentano infatti come questa nozione, partendo da una base statica, si stia spostando verso un'interpretazione sempre più dinamica, includendo non solo i materiali che provengono dall'interessato ma ogni dato a lui riferibile.

---

<sup>72</sup> Come spesso accade, gli identificativi dei partecipanti e le prove consegnate possono essere conservate separatamente, abbinati con un apposito sistema di codici. Perché quindi si potesse ottenere l'accesso agli scritti, e non solo all'anagrafica, è stato necessario verificare se le soluzioni proposte dagli esaminandi potessero costituire e contenere esse stesse dei dati personali (cfr. *Nowak*, §§ 29-31).

<sup>73</sup> Dir. 46/95, art. 12, lett. a) e b).

<sup>74</sup> *YS e a*, §§ 45 e 46.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Tanto da influenzarne la vita privata, tutela dall'art 7 CDFUE, *Nowak*, §§ 55-56.

<sup>77</sup> *Nowak*, § 56.

Come si è avuto modo di notare, peraltro, la scelta di questo approccio, di norma, più che concentrarsi sulla natura dei contenuti, guarda alla complessità delle dinamiche di trattamento e all'opportunità di estendere le tutele della disciplina anche a situazioni che altrimenti rischierebbero di rimanere sprovviste di garanzie.

Pensando agli sviluppi delle tecnologie *data-intensive*, dunque, si tratterà di capire soprattutto fino a che punto possa spingersi quest'approccio estensivo alla tutela dei diritti digitali attraverso la protezione dei dati. Già ora, infatti, molti soggetti che si trovano a fare i conti con tale disciplina incontrano non pochi dubbi nella sua attuazione, spesso fraintendendo la portata delle loro responsabilità proprio a causa delle incertezze evidenziate<sup>78</sup>.

Se, dunque, in questo nuovo ecosistema tecnologico, la posizione assunta in ambito europeo si è contraddistinta nell'affermare primato dei diritti dell'interessato, sviluppando soprattutto una lettura individualistica di tali garanzie, in prospettiva, sarà necessario guardare ai profili di ambiguità che emergono da questa lettura, includendo nella narrazione anche gli altri valori coinvolti dallo sviluppo delle tecnologie dei dati<sup>79</sup>.

## 6. Conclusioni

All'inizio di questo contributo ci si era chiesti se nell'era dei *big data* esistesse già una qualche *law of data* e che tipo risposte sia in grado di offrire oggi il diritto di fronte a continui sviluppi del c.d. *data-intensive computing*.

---

<sup>78</sup> N. PURTOVA, *The law of everything*, cit. L'Autrice sottolinea infatti come spesso i soggetti che si trovino a trattare soprattutto con dati non-personali (o comunque con dati anonimizzati) si trovino nel dubbio circa la portata degli obblighi cui sono tenuti a conformarsi. Nella prospettiva di un più ampio sviluppo delle tecnologie *data-intensive*, dunque, evidenzia come si corra il rischio che la disciplina sia avvertita da questi soggetti come un insieme di adempimenti, in ultima, impossibili da soddisfare, appiattendosi così la portata delle misure suggerite ad una mera *compliance* formale.

<sup>79</sup> Diffusamente sul punto A. DALY, A. CARLSON, T. VAN GEELEN, *Data and fundamental rights*, in V. MAK, E. TJONG TJIN TAI, A. BERLEE (a cura di), *Research Handbook in Data Science and Law*, Cheltenham, 2018.

Guardando all'approccio del nuovo reg. 679/2016 a queste nuove tecnologie, si è quindi analizzato come la diversa qualificazione dei contenuti possa incidere sul regime giuridico dei trattamenti e sulla tutela dei diritti.

In ragione di quanto emerso, si è reso evidente come in questo scenario il diritto alla protezione dei dati personali giochi un ruolo di primo piano, contribuendo a garantire la tutela degli interessi che progressivamente emergono rispetto all'utilizzo intensivo delle informazioni.

Allo stesso tempo, però, si è notato come una lettura marcatamente finalistica dei contenuti dell'art. 8 CDFUE stia portando ad interpretare questa disciplina e le sue definizioni in modo sempre più dinamico, alimentando nuove incertezze circa la portata dei suoi contenuti.

Alla luce di queste considerazioni, dunque, si può tentare di formulare delle considerazioni circa le prospettive di certezza (e incertezza) del diritto in questo nuovo ecosistema informativo.

In primo luogo, vi è un'osservazione di contenuto. Di fronte alle problematiche legate allo sviluppo delle nuove tecnologie, infatti, non si può fare a meno di notare come le pretese che emergono dimostrino un iniziale punto di certezza. Le questioni rivolte all'attenzione della Corte di giustizia, infatti, documentano l'interiorizzazione di una certa cultura dei diritti, che vede la tutela della persona al centro della società e dell'ordinamento<sup>80</sup>, così come dello sviluppo delle nuove tecnologie.

Nel consolidare questa tradizione, tuttavia, si colgono alcune criticità di metodo. Spesso si tende ad interpretare le norme più per i risultati che una loro pronta applicazione consente di ottenere che non per l'effettiva portata delle disposizioni. È rispetto a questo punto che si aprono nuovi margini di incertezza. Come osservato da certa dottrina, infatti, una lettura creativa dei concetti, in ultima, può portare ad alterare gli equilibri tra interessi contrapposti, delineando nuove gerarchie di valori che ne sacrificano alcuni a favore di altri, spesso creando nuovi motivi di ambiguità<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 12.09.2018, p. 10.

<sup>81</sup> O. POLLICINO, M. BASSINI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel reasoning dei giudici di Lussemburgo*, in G. RESTA, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura

Su questi passi, dunque, si arriva ad una terza e ultima considerazione; questa volta “di sistema”. È di tutta evidenza, infatti, come la Corte, decidendo sulla portata e sugli equilibri interni al diritto europeo, finisca inevitabilmente per ridisegnare i contorni anche del diritto nazionale. Dunque, non sorprende che l’attivismo dimostrato rispetto alla tutela della *digital data protection* nel tempo sia stata motivo di ferme reazioni da parte delle Corti costituzionali nazionali<sup>82</sup>. Di fronte a queste tensioni, urge quindi riflettere anche sulle conseguenze ad ampio raggio di questo modo di procedere, poiché delle mere questioni ermeneutiche potrebbero trasformarsi in punti di attrito nei rapporti tra i diversi livelli ordinamentali.

Sebbene dunque non esista un diritto alla sicurezza giuridica<sup>83</sup>, il percorso svolto evidenzia come, soprattutto nel settore *law & technology*, la certezza del diritto e dei diritti passi per un’attenta interpretazione dei principi generali, in modo da promuovere non solo l’estensione delle garanzie ma anche un’applicazione coerente delle norme in essere, incoraggiando laddove opportuno l’elaborazione di nuovi modelli di tutela.

---

di), *La protezione transnazionale dei dati personali. Dai “safe harbour principles” al “privacy shield”*, Roma, 2016, p. 90.

<sup>82</sup> Basti pensare alle tensioni *right-oriented* promosse inizialmente per l’annullamento della dir. 24/2004 sulla *data retention*. Si veda: A. VEDASCHI, V. LUBELLO, *Data Retention and its Implications for the Fundamental Right to Privacy*, in *Tilburg Law Review*, 20, 2015, pp. 14-34; e ci si permette di rimandare anche a E. SPILLER, *La sentenza Tele2 Sverige: verso una digital rule of law europea?*, in *Ianus*, 15-16, 2017, pp. 279-302. O alle recenti prese di posizione della Corte costituzionale italiana, nella sent. n. 20/2019, rispetto all’opportunità di ribilanciare secondo anche secondo i parametri di diritto interno i diritti legati al trattamento dei dati, su cui O. POLLICINO, *Not to be Pushed Aside: the Italian Constitutional Court and the European Court of Justice*, 27.02.19, in <https://verfassungsblog.de/not-to-be-pushed-aside-the-italian-constitutional-court-and-the-european-court-of-justice/>.

<sup>83</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit.



# TECNOLOGIE SANITARIE INNOVATIVE: IL DIRITTO DI FRONTE ALL'INCERTEZZA SCIENTIFICA ED ETICA

*Irene Domenici*

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Incertezza scientifica ed etica nel caso delle diagnosi prenatali non invasive. 3. Gestione dell'incertezza scientifica: HTA e rimborso condizionato. 4. Valorizzazione dell'incertezza etica nelle procedure di HTA. 5. Conclusioni.

## *1. Introduzione*

Il progresso della ricerca sanitaria favorisce il continuo sviluppo di nuove tecniche diagnostiche, terapeutiche o riproduttive che, sotto diversi profili, causano situazioni di estrema incertezza. Spesso, infatti, l'efficacia di alcune tecnologie innovative, nonché la loro sicurezza e l'assenza di rischi per la salute dei pazienti, non sono determinate in modo univoco dalla comunità scientifica. Inoltre, molte di queste tecniche innovative rischiano di avere applicazioni eticamente controverse che ne rendono incerta l'accettabilità etica<sup>1</sup>. In altre parole, sia l'impatto etico-sociale che l'efficacia e sicurezza delle nuove tecnologie sanitarie sono spesso incerti<sup>2</sup>. In queste circostanze, nuove importanti sfide

---

<sup>1</sup> D. BEYLEVELD, R. BROWNSWORD, *Emerging Technologies, Extreme Uncertainty, and the Principle of Rational Precautionary Reasoning*, in *Law, Innovation and Technology*, 4, 1, 2012, pp. 35-65.

<sup>2</sup> Come dimostrano recentemente lo sviluppo e l'utilizzo di alcune tecniche dalle potenzialità applicative tanto promettenti quanto preoccupanti quali, ad esempio, la tecnologia CRISPR-CAS9, che permette precisi *editing* genetici sulla linea germinale e solleva preoccupazioni legate alla progettazione di bambini "perfetti", vd. A. REGALADO, *Engineering the Perfect Baby*, in *MIT Technology Review*, 5 marzo 2015, accessibile al link <https://www.technologyreview.com/s/535661/engineering-the-perfect-baby/> (ultima consultazione: 01.04.2019). Nel novembre 2018, i media hanno riportato la nascita, in Cina, dei primi bambini modificati geneticamente attraverso l'applicazione

si pongono al regolatore pubblico nel momento in cui deve decidere sull'inserimento delle nuove tecniche nel catalogo dei servizi offerti dal sistema sanitario nazionale. Queste decisioni, infatti, dovranno spesso essere prese in condizioni di grave incertezza e mancanza di dati decisivi.

In questo contesto, è compito del legislatore sviluppare modelli di regolazione che siano capaci di garantire l'equo accesso a cure innovative e la piena tutela del diritto alla salute ma che, allo stesso tempo, non manchino di riconoscere la necessità di confrontarsi con l'emergere delle relative incertezze. Risulta chiaro come la dimensione giuridica non possa non prendere in considerazione le dimensioni scientifiche ed etiche, al fine di gestire in modo adeguato le situazioni di incertezza ed evitare che eccessive precauzioni inducano il decisore pubblico a ostacolare la diffusione di tecniche importanti per la tutela della salute dei cittadini. È necessario, quindi, ragionare sull'opportunità di prevedere strumenti che agevolino la necessaria considerazione di queste dimensioni, supportando le numerose scelte regolatorie che gli ordinamenti si troveranno ad affrontare nel prossimo futuro. A questo fine, il contributo si propone di adottare un approccio comparato che permetta di valutare le soluzioni adottate in diversi ordinamenti europei, traendone principi generali e cercando di individuare alcune *best practices*.

Il campo dell'innovazione sanitaria si rivela particolarmente fertile per la comparazione giuridica poiché permette di considerare le diverse reazioni degli ordinamenti al medesimo fenomeno transfrontaliero, ossia all'emergere di una specifica tecnica innovativa. Pertanto, il filo conduttore con il quale il presente contributo vorrebbe analizzare gli strumenti idonei a gestire le situazioni di incertezza, osservandone l'applicazione pratica, sarà costituito da un caso di studio, quello dei test di diagnosi prenatale non invasiva. Oggetto della comparazione sono l'ordinamento francese, inglese e tedesco.

---

clinica della tecnica CRISPR-CAS9. Sul punto, vd. la dichiarazione del Nuffield Council of Bioethics del 26 novembre 2018, accessibile al link <http://nuffieldbioethics.org/news/2018/nuffield-council-statement-reports-geneedited-babies-born-china> (ultima consultazione: 01.04.2019).

## 2. Incertezza scientifica ed etica nel caso delle diagnosi prenatali non invasive

La scoperta di frammenti di DNA fetale libero nel flusso sanguigno materno<sup>3</sup> ha reso possibile lo sviluppo di test di diagnosi prenatale non invasiva (*Non-Invasive Prenatal Testing* o NIPT)<sup>4</sup> che, permettendo di ottenere informazioni sul DNA fetale grazie a una semplice analisi del sangue materno, allontanano i rischi di aborto spontaneo legati all'utilizzo di tecniche invasive<sup>5</sup> e offrono risultati in stadi precoci della gravidanza<sup>6</sup>. L'immissione sul mercato di questi test, tuttavia, è stata accompagnata dal sorgere di incertezze circa la loro efficacia e i risvolti etici di un loro possibile utilizzo diffuso<sup>7</sup>. Diversi Paesi europei si sono interrogati sull'opportunità di prevedere l'assunzione dei costi di queste procedure da parte del sistema sanitario pubblico, dovendo, innanzitutto, risolvere le incertezze legate alla validità scientifica dei risultati e all'equa allocazione delle risorse. A questo fine, sono necessarie analisi del rapporto costi-benefici dei nuovi test, anche a confronto con gli eventuali percorsi di screening già offerti dal sistema sanitario, nonché valutazioni della loro precisione, affidabilità e interpretabilità<sup>8</sup>. La per-

---

<sup>3</sup> Y.M. LO, N. CORBETTA, P.F. CHAMBERLAIN ET AL., *Presence of fetal DNA in maternal plasma and serum*, in *The Lancet*, 350, 1997, pp. 485-487.

<sup>4</sup> Il primo test per il rilevamento della trisomia 21 (sindrome di Down) è stato messo sul mercato nel 2011 dalla compagnia statunitense Sequenom con il nome commerciale di MaterniT21®.

<sup>5</sup> Il rischio di aborto legato all'utilizzo di procedure diagnostiche invasive (in particolare amniocentesi e villocentesi, che richiedono il prelievo di campioni dal fluido amniotico o dalla placenta) è attualmente stimato attorno al 0,5-1%, vd. J. BETA, C. LESMES-HEREDIA, C. BEDETTI, R. AKOLEKAR, *Risk of miscarriage following amniocentesis and chorionic villus sampling: a systematic review of the literature*, in *Minerva Ginecol.*, 70, 2, 2018, pp. 215-219.

<sup>6</sup> MINISTERO DELLA SALUTE, CONSIGLIO SUPERIORE DI SANITÀ, *Linee-Guida: Screening prenatale non invasivo basato sul DNA (Non Invasive Prenatal Testing - NIPT)*, maggio 2015.

<sup>7</sup> L. SANN, *Problèmes éthiques du dépistage prénatal non invasif (DPNI)*, in *Revue de médecine périnatale*, 8, 2016, pp. 72-85.

<sup>8</sup> R. BROWNSWORD, J. WALE, *Testing Times Ahead. Non-Invasive Prenatal Testing and the Kind of Community We Want to Be*, in *The Modern Law Review*, 81, 4, 2018, p. 648.

centuale di falsi positivi, in particolare, rappresenta un valore potenzialmente problematico poiché quanto più è elevata tanto più si corre il rischio che vengano abortiti feti sani. In questo senso, è indispensabile un accertamento sull'accuratezza del test, che si esprime nelle caratteristiche di sensibilità, specificità e valore predittivo<sup>9</sup>.

Allo stesso modo, anche l'impatto di queste nuove tecniche diagnostiche sui valori etici dell'ordinamento e sul bilanciamento tra interessi della gestante e del nascituro è stato oggetto di ampio dibattito e attenzione della dottrina. Si è sostenuto, infatti, che l'introduzione di test prenatali non invasivi possa favorire un'automatizzazione delle procedure di screening per difetti genetici del feto in quanto, essendo eliminato ogni rischio di aborto spontaneo, l'utilizzo di queste diagnosi diverrebbe abituale e non più limitato ai soli casi di gravidanze a rischio<sup>10</sup>. Ciò comporterebbe l'aumento dei casi d'interruzione volontaria della gravidanza dovuti alla scoperta di alterazioni genetiche dell'embrione<sup>11</sup>. In questo senso, la routinizzazione di questi test potrebbe essere il primo passo su una china scivolosa che condurrebbe verso una società che incoraggia l'uso diffuso dello screening prenatale e colpevolizza chi non se ne avvale, inducendo le donne a prendere decisioni abortive<sup>12</sup>. Come sottolineato da più parti, peraltro, queste circostanze

---

<sup>9</sup> Mentre la sensibilità esprime la percentuale di soggetti malati che il test identifica come positivi, la specificità indica la percentuale di soggetti sani che il test riconosce come negativi. In questo modo, ad esempio, un'elevata specificità si traduce in basso rischio di falsi positivi. Per quanto riguarda il valore predittivo, positivo o negativo, si tratta della probabilità, rispettivamente, dei soggetti risultati positivi di essere malati e di quelli risultati negativi di essere sani. NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Non-invasive prenatal testing: ethical issues*, marzo 2017, p. 8, accessibile al link <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/NIPT-ethical-issues-full-report.pdf> (ultima consultazione 08.12.2018).

<sup>10</sup> B. HEINRICH, T.M. SPRANGER, L. TAMBORNINO, *Ethische und rechtliche Aspekte der Pränataldiagnostik: Herausforderungen angesichts neuer nicht-invasiver Testverfahren*, in *Medizinrecht*, 30, 2012, p. 628.

<sup>11</sup> V. ROLFES, *Aspekte der Gerechtigkeit in der pränatalen Diagnostik am Beispiel der nicht invasiven pränatalen Tests*, in F. STEGER, M. ORZECOWSKI, M. SCHÖCHOW (a cura di), *Pränatalmedizin. Ethische, juristische und gesellschaftliche Aspekte*, Freiburg-München, 2018, p. 58.

<sup>12</sup> V. RAVITSKY, *The Shifting Landscape of Prenatal Testing: Between Reproductive Autonomy and Public Health*, in *Hastings Center Report*, 47, 6, 2017, pp. S34-S40;

potrebbero favorire una forte stigmatizzazione delle persone con disabilità e delle loro famiglie<sup>13</sup>. Sono da notare, inoltre, le problematiche che potrebbero porsi in materia di consenso informato. La mera analisi del sangue richiesta per lo svolgimento del test, infatti, potrebbe confondersi con le molte altre indagini necessarie al monitoraggio standard della gravidanza, causando incomprensioni sulla natura e la portata della diagnosi<sup>14</sup>.

### 3. Gestione dell'incertezza scientifica: HTA e rimborso condizionato

Al fine di risolvere gli aspetti di incertezza scientifica e decidere sull'allocazione delle risorse, le autorità incaricate della programmazione dei servizi sanitari pubblici si servono sempre più frequentemente del ricorso a procedure di *Health Technology Assessment* (HTA)<sup>15</sup>. Si tratta

---

F. HUFEN, *Verfassungsrechtliche Bedenken gegen frühe Pränataldiagnostik?*, in *Medizinrecht*, 35, 4, 2017, p. 281.

<sup>13</sup> Si veda il report del *Nuffield Council of Bioethics* sulle diagnosi prenatali non invasive, secondo il quale l'utilizzo di tecniche di NIPT «might make disabled people and their families more vulnerable to discrimination, stigma or abuse», NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *op. cit.*, p. 112. Vd., inoltre, O. TOLMEIN, *Selbstbestimmungsrecht der Frau, Pränataldiagnostik und die UN-Behindertenrechtskonvention*, in *Kritische Justiz*, vol. 45 n. 4, 2012, pp. 420-434; R. BROWNSWORD, J. WALE, *The Development of Non-Invasive Prenatal Testing: Some Legal and Ethical Questions*, in *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 24, 2016, pp. 31-48.

<sup>14</sup> A. DE JONG, I. MAYA, J.M.M. VAN LITH, *Prenatal Screening: Current Practice, New Developments, Ethical Challenges*, in *Bioethics*, 29, 1, 2015, pp. 3-6; R. BROWNSWORD, J. WALE, *The Development of Non-Invasive Prenatal Testing*, *cit.*; C. LEWIS, M. HILL, L.S. CHITTY, *Offering non-invasive prenatal testing as part of routine clinical service. Can high levels of informed choice be maintained?*, in *Prenatal diagnosis*, 37, 11, 2017, pp. 1130-1137, D. SCHMITZ, *Ethische Herausforderungen der neuen nichtinvasiven Pränataltestung*, in *Der Gynäkologe*, 49, 6, 2016, pp. 442-447.

<sup>15</sup> Come raccomandato, peraltro, dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nella sua risoluzione sull'importanza dell'Health Technology Assessment nei sistemi di copertura sanitaria universale, WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Resolution WHA67.23 Health intervention and technology assessment in support of universal health coverage*, in *Sixty-Seventh World Health Assembly: Resolutions and Decisions*, Ginevra, 2014, pp. 51 ss.

di procedimenti di valutazione delle tecnologie sanitarie che perseguono il fine di supportare il decisore pubblico nelle decisioni circa l'inserimento di nuove tecnologie nella copertura fornita dal sistema sanitario e, in generale, nelle scelte di politica sanitaria. Queste procedure rispondono alla necessità dei decisori pubblici di «disporre di informazioni, autorevoli e indipendenti, in relazione alla definizione dei fatti di loro competenza e sottesi alle decisioni normative»<sup>16</sup>. In questo modo, l'acquisizione di informazioni e pareri di esperti in funzione consultiva si presenta come la prima delle tappe necessarie a ridurre l'incertezza riguardo alla decisione da prendere<sup>17</sup>. L'analisi compiuta dagli organi di HTA, infatti, si rivela di grande importanza proprio nel momento in cui l'ordinamento si trovi a dover effettuare delle scelte in circostanze di estrema incertezza sulla validità scientifica di una tecnologia innovativa e sull'opportunità di rimborsarla all'interno del sistema sanitario nazionale. In questo senso, le informazioni fornite tramite queste valutazioni permettono di prendere decisioni responsabili, sostenibili e informate<sup>18</sup>. Al fine di contribuire validamente alla riduzione dell'incertezza, è necessario, peraltro, che la procedura di HTA rispetti dei principi normativi necessari al suo buon funzionamento. In particolar modo, il rapporto di valutazione dovrebbe proporre delle raccomandazioni concrete, rispettare requisiti di scientificità ed essere stilato in accordo con principi di trasparenza e indipendenza dell'organo consultivo<sup>19</sup>.

Tuttavia, come dimostra l'osservazione della prassi, l'utilizzo di queste procedure si rivela a volte insufficiente a risolvere tutte le incertezze poste dalle nuove tecnologie. Molto spesso, infatti, le informazioni necessarie alla valutazione sono mancanti o incomplete e, pertanto,

---

<sup>16</sup> M. TALLACCHINI, *I saperi specialistici tra science advice e soft law: technology assessment ed expertise etica*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI, M. TALLACCHINI (a cura di), *Trattato di Biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, p. 861.

<sup>17</sup> «The appropriate use of HTA can be a key tool to ensure that public decisions are as efficient as possible, given the limited information and the uncertainties that have to be faced any time a decision is taken along the life cycle of a health technology», J. E. DEL LLANO-SEÑARÍS, C. CAMPILLO-ARTERO, *Health Technology Assessment and Health Policy Today. A Multifaceted View of their Unstable Crossroads*, Cham, 2015, p. 31.

<sup>18</sup> D. WIDRIG, *Health Technology Assessment*, Berlin 2015, p. 64.

<sup>19</sup> D. WIDRIG, *op. cit.*, pp. 65 ss.

un'ulteriore raccolta di dati risulta indispensabile per poter ridurre ulteriormente l'incertezza decisionale<sup>20</sup>. Per rispondere a questa esigenza, vari ordinamenti hanno previsto strumenti idonei a fornire aggiuntivi dati concreti al decisore pubblico e limitare, in questo modo, i margini di incertezza<sup>21</sup>. Questi meccanismi, diversamente denominati nei vari ordinamenti<sup>22</sup>, permettono di rimborsare o finanziare una tecnologia sanitaria per un periodo di tempo predeterminato, durante il quale viene effettuata una raccolta di dati aggiuntivi che serviranno per giungere alla decisione definitiva, da prendersi una volta giunto a termine il periodo di prova. L'effetto di questi schemi è quello di garantire temporaneamente l'accesso dei pazienti alla tecnologia innovativa perseguendo, allo stesso tempo, la raccolta di ulteriori evidenze scientifiche in condizioni che simulino l'effetto di una decisione positiva circa il rimborso o copertura pubblica<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> «Even after careful consideration of the evidence from well-conducted HTAs, decision makers may still have residual uncertainty around a number of issues. There may be uncertainty remaining about the quality of the technology or its safety or efficacy, concerns about the generalizability of efficacy evidence to real-world effectiveness, or concerns about the transferability of clinical effectiveness, economic data, or patient preference information across jurisdictions», R. GOEREE, L. LEVIN, K. CHANDRA, J.M. BOWEN, G. BLACKHOUSE, J. TARRIDE, N. BURKE, M. BISCHOF, F. XIE, D. O'REILLY, *Health technology assessment and primary data collection for reducing uncertainty in decision making*, in *Journal of the American College of Radiology*, 6, 5, 2009, p. 341. Vd. inoltre, F. MILLER, S. PEARSON, *Coverage with Evidence Development Ethical Issues and Policy Implications*, in *Medical Care*, 46, 7, 2008, pp. 746-751.

<sup>21</sup> R. GOEREE, L. LEVIN, K. CHANDRA, J.M. BOWEN, G. BLACKHOUSE, J. TARRIDE, N. BURKE, M. BISCHOF, F. XIE, D. O'REILLY, *op. cit.*, p. 336, T. STAFINSKI, C. MCCABE, D. MENON, *Funding the unfundable. Mechanisms for managing uncertainty in decisions on the introduction of new and innovative technologies into healthcare systems*, in *PharmacoEconomics*, 28, 2, 2010, pp. 113-142.

<sup>22</sup> Il termine *Coverage with Evidence Development* nasce negli Stati Uniti (S. TUNIS, S. PEARSON, *Coverage options for promising technologies. Medicare's 'coverage with evidence development'*, in *Health affairs*, 25, 5, 2006, pp. 1218-1230). Queste procedure vengono altrimenti indicate come *Erprobungsverfahren* in Germania, *Mécanismes de prise en charge précoce et conditionnelle* in Francia e "rimborso condizionato" in Italia.

<sup>23</sup> J. LEXCHIN, *Coverage with evidence development for pharmaceuticals. A policy in evolution?*, in *International journal of health services: planning, administration, evaluation*, 41, 2, pp. 337-354.

Il ruolo dei procedimenti di HTA e l'applicazione degli strumenti di rimborso condizionato si possono osservare con l'analisi del caso delle diagnosi prenatali non invasive. Per quanto riguarda il Regno Unito, la valutazione di queste procedure ricade nella competenza dello *UK National Screening Committee* che si occupa della valutazione e dell'inserimento di nuovi programmi di screening nei sistemi sanitari nazionali (NHS) di Inghilterra, Galles, Scozia e Irlanda del Nord. Si tratta di un comitato indipendente che fornisce consulenza al decisore pubblico su tutti gli aspetti dei test di screening, mantenendo il controllo del rapporto costo-effettività dei servizi offerti. Nel caso delle innovative procedure di NIPT, lo *UK NSC* ha ritenuto necessario commissionare una ricerca, a spese del *National Institute for Health Research*, che simulasse e valutasse l'uso nel sistema sanitario nazionale di queste tecniche nello screening della trisomia 21<sup>24</sup>. Prima di raccomandarne l'adozione nel NHS, infatti, il comitato intendeva raccogliere ulteriori evidenze dalla pratica clinica e, principalmente, ottenere dati necessari a valutare l'accuratezza della NIPT nelle gravidanze a basso rischio<sup>25</sup>. Questo schema ha permesso la copertura dei costi delle procedure per tutte le pazienti reclutate come partecipanti allo studio. Nel 2016, dati i risultati positivi della ricerca<sup>26</sup>, lo *UK NSC* ha deciso di raccomandare la cauta adozione delle procedure di NIPT all'interno degli esistenti programmi di screening<sup>27</sup>. In seguito a questa raccomandazione, il sistema sanitario gallese è stato il primo a offrire alle pazienti l'accesso al NIPT<sup>28</sup>.

---

<sup>24</sup> I dettagli del *RAPID study (Reliable Accurate Prenatal non-Invasive Diagnosis)* commissionato dallo *UK National Screening Committee* sono ben illustrati in J. WALE, *Don't forget the legal framework: The public provision of non-invasive prenatal testing in England and Wales*, in *Medical Law International*, 15, 4, 2016, pp. 204 ss.

<sup>25</sup> Vd. il protocollo dello studio: M. HILL, D. WRIGHT, R. DALEY, C. LEWIS, F. MCKAY, S. MASON ET AL., *Evaluation of non-invasive prenatal testing (NIPT) for aneuploidy in an NHS setting: a reliable accurate prenatal non-invasive diagnosis (RAPID) protocol*, in *BMC Pregnancy and Childbirth*, 14, 2014, pp. 229 ss.

<sup>26</sup> Riportati in L. CHITTY ET AL., *RAPID Non-invasive Prenatal Testing (NIPT) Evaluation Study: Executive Summary*, maggio 2015, disponibile al link: [http://www.rapid.nhs.uk/wp-content/uploads/2016/01/RAPID\\_Executive\\_summary\\_6\\_May1.pdf](http://www.rapid.nhs.uk/wp-content/uploads/2016/01/RAPID_Executive_summary_6_May1.pdf) (ultima consultazione 11.12.2018).

<sup>27</sup> UK NATIONAL SCREENING COMMITTEE, *The UK NSC recommendation on Down's syndrome screening in pregnancy*, gennaio 2016, accessibile al link <https://legacy>



La soluzione prevista dall'ordinamento francese presenta caratteristiche parzialmente diverse. In linea generale, la diffusione di tecnologie innovative è considerata di vitale importanza per l'efficienza del sistema sanitario<sup>29</sup> e, pertanto, il legislatore francese ha edificato un sistema composto da tre diversi schemi che fungono da “pilastri di sostegno” all'innovazione<sup>30</sup>. I test prenatali non invasivi, in particolare, sono stati inseriti nel più recente di questi pilastri, il *Référentiel des actes Innovants Hors Nomenclature (RIHN)*<sup>31</sup>, ideato nel 2015 per consentire la copertura tempestiva e transitoria, mediante fondi pubblici, di procedure innovative di biologia medica e anatomocitopatologia<sup>32</sup>. La domanda di inclusione nel RIHN può essere presentata esclusivamente da strutture ospedaliere finanziate pubblicamente, che devono prospet-

---

*screening.phe.org.uk/downs* (ultima consultazione 11.12.2018). Per commenti vd. V. RAVITSKY, *op. cit.* e R. BROWNSWORD, J. WALE, *The Development of Non-Invasive Prenatal Testing*, cit.

<sup>28</sup> Vd. il comunicato del servizio sanitario gallese del 30 aprile 2018, accessibile al link <http://www.wales.nhs.uk/news/48260> (ultima consultazione 11.12.2018).

<sup>29</sup> A. DUBROMEL, L. GEFFROY, G. AULAGNER, C. DUSSART, *Assessment and diffusion of medical innovations in France. An overview*, in *Journal of market access & health policy*, 6, 1, 2018, p. 1458575.

<sup>30</sup> Si tratta delle *autorisations temporaires d'utilisation* (ATU, autorizzazioni temporanee di utilizzo), del *Forfait Innovation* e del RIHN, che coprono rispettivamente farmaci, dispositivi medici e atti di biologia e citopatologia. Il sistema è illustrato nella circolare del ministero della salute del 31 luglio 2015, istitutiva del RIHN: MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES, DE LA SANTE ET DES DROITS DE FEMMES, DIRECTION GENERALE DE L'OFFRE DE SOINS, *Instruction n° DGOS/PF4/2015/258 du 31 juillet 2015 relative aux modalités d'identification, de recueil des actes de biologie médicale et d'anatomocytopathologie hors nomenclature éligibles au financement au titre de la MERRI G03*, accessibile al link [http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2015/08/cir\\_39897.pdf](http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2015/08/cir_39897.pdf) (ultima consultazione: 11.12.2018).

<sup>31</sup> P. LEVY, D. SANLAVILLE, F.-X. SELLERET, *Le parcours complexe de la mise à la nomenclature des nouveaux tests. Exemple du dépistage prénatal non invasif de la trisomie 21*, in *Revue de médecine périnatale*, vol. 8 n. 2, 2016, pp. 67-71; S. ALEXANDER, F. AUDIBERT, A. BARKAT, P. KLEINFINGER, J.-M. PELLEGRINELLI, M.A. RADOUANI, D. SANLAVILLE, *Dépistage prénatal non invasif de la trisomie 21 sur ADN fœtal circulant. Quelles pratiques dans cinq pays francophones?*, in *Revue de médecine périnatale*, 8, 1, 2016, pp. 31-38.

<sup>32</sup> MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES, DE LA SANTE ET DES DROITS DE FEMMES, DIRECTION GENERALE DE L'OFFRE DE SOINS, *op. cit.*

tare una raccolta di dati clinici e medico-economici che comprenda sistematicamente tutti i pazienti che beneficeranno del rimborso. I dati così raccolti sono destinati a sostenere la futura valutazione della tecnologia in vista di un finanziamento pubblico definitivo<sup>33</sup>. L'iscrizione nella lista RHIN, infatti, è effettuata per un periodo iniziale di tre anni, durante il quale tutte le strutture sanitarie pubbliche hanno la possibilità di offrire gratuitamente le procedure ai propri pazienti. Trascorso il periodo di prova, gli atti innovativi vengono rivalutati alla luce dei nuovi dati e, se le evidenze raccolte sono considerate sufficienti, possono essere sottoposti al procedimento di *Health Technology Assessment* che ne determinerà l'inclusione nel catalogo dei servizi sanitari rimborsati dall'assicurazione sanitaria pubblica. Organo responsabile dell'HTA è la *Haute Autorité de Santé*, ente pubblico indipendente<sup>34</sup> e finanziariamente autonomo, composto da nove sottocommissioni specializzate, che ha il compito di contribuire, attraverso i suoi pareri, all'elaborazione di decisioni relative al rimborso da parte dell'assicurazione sanitaria (*assurance maladie*) di servizi sanitari, farmaci o dispositivi medici<sup>35</sup>.

In Germania invece, la procedura di valutazione del NIPT è stata iniziata grazie a una richiesta del produttore dei test che, nel 2014, ha sollecitato l'avvio di una "procedura di prova" (*Erprobungsverfahren*)<sup>36</sup>. La domanda, indirizzata al *Gemeinsamer Bundesausschuss* (G-BA), autorità responsabile delle decisioni circa l'inserimento di nuovi servizi nel catalogo dell'assicurazione sanitaria nazionale, trovava fondamento giuridico al § 137e SGB V. Questa disposizione, infatti, per-

---

<sup>33</sup> MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES, DE LA SANTE ET DES DROITS DE FEMMES, DIRECTION GENERALE DE L'OFFRE DE SOINS, *op. cit.*, par. 1.1.2.

<sup>34</sup> Come previsto all'articolo L161-42 del *Code de la sécurité sociale* francese, il collegio della HAS è composto da sette membri designati, sulla base di requisiti di competenza ed esperienza, dal Presidente della Repubblica, dai Ministri di Salute e Sicurezza Sociale, dai presidenti di Assemblea Nazionale, Senato e Consiglio economico sociale e ambientale.

<sup>35</sup> *Code de la sécurité sociale* francese, art. L161-37.

<sup>36</sup> Come da comunicato stampa del G-BA, GEMEINSAMER BUNDESAUSSCHUSS, *Pressemitteilung Nr. 20/2014: Erprobung von neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden: Weiterer Meilenstein erreicht*, 8 maggio 2014. Vd., inoltre, S. HUSTER, *Der Gemeinsame Bundesausschuss als Ethikbehörde?*, in *Medizinrecht*, 35, 4, 2017, pp. 282-286.

mette al G-BA di autorizzare il rimborso temporaneo di nuovi trattamenti o procedure diagnostiche che, pur non avendo ancora dimostrato sufficienti benefici aggiuntivi rispetto ai metodi già esistenti, si mostrino potenzialmente valide<sup>37</sup>. L'avvio di questa procedura può avvenire in due modi. Una prima possibilità è quella che il G-BA stesso, nell'ambito di una procedura di valutazione, si accorga della necessità di raccogliere ulteriori dati al fine di poter emanare una decisione definitiva. In questo caso, il comitato sospende l'esame nell'attesa di ottenere i risultati necessari per la completa valutazione dei benefici e adotta delle linee guida sulla cui base il nuovo trattamento viene, per un periodo di tempo limitato, fornito e rimborsato dalle casse di assicurazione sanitaria<sup>38</sup>. La seconda eventualità, verificatasi nel caso del NIPT, è prevista al § 137e c. 7 SGB V, ai sensi del quale il produttore avente un particolare interesse economico alla fornitura della prestazione nell'ambito dell'assicurazione sanitaria pubblica può richiedere al G-BA l'avvio del procedimento di prova. In questo caso, il richiedente deve fornire una documentazione della potenzialità del metodo e impegnarsi a sopportare, in maniera parziale o totale, i costi di monitoraggio e valutazione scientifica<sup>39</sup>.

Nel caso dei test prenatali non-invasivi, tuttavia, la procedura di prova non è mai stata attuata compiutamente. Nell'agosto 2016, infatti, considerando sufficienti gli studi già esistenti in materia di NIPT e non più necessario, quindi, un periodo di prova, il G-BA ha deciso di iniziare un'ordinaria procedura di valutazione del metodo (*Bewertungsverfahren*, § 135 SGB V). Per questo procedimento, che prevede la verifica dei benefici diagnostici, della necessità e del rapporto costo-efficacia<sup>40</sup>, il G-BA si avvale di un'analisi di HTA condotta dall'Istituto per la qualità e l'efficienza nell'assicurazione sanitaria (*IQWiG, Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen*), un istituto scientifico indipendente che ha il compito di supportare, mediante l'emissione di raccomandazioni, le decisioni sulle procedure da inserire

---

<sup>37</sup> § 137e, c. 1, SGB V.

<sup>38</sup> U. BECKER, § 137e in U. BECKER, T. KINGREEN (a cura di), *SGB V*, München 2018, pp. 1482 ss.

<sup>39</sup> U. BECKER, *op. cit.*, pp. 1486 ss.

<sup>40</sup> § 135 c. 1, SGB V.

nell'assicurazione sanitaria pubblica<sup>41</sup>. Nell'aprile 2018, l'IQWiG ha pubblicato il rapporto contenente la valutazione finale delle tecniche NIPT, sottolineando come la diagnosi prenatale non invasiva possa determinare in modo affidabile l'esistenza di una trisomia 21 e ridurre il numero di aborti spontanei<sup>42</sup>.

Tra le varie differenze negli strumenti ideati da questi ordinamenti si notano, in particolare, le conseguenze per i pazienti del sistema sanitario. Alcuni di questi strumenti, infatti, implicano che la tecnologia venga offerta e finanziata indifferentemente a tutti i pazienti, mentre altri prevedono la copertura delle procedure solo per il limitato numero di soggetti selezionati per prendere parte nell'apposito *trial* clinico<sup>43</sup>. È interessante, inoltre, notare come la realizzazione di questi schemi di rimborso condizionato possa avvenire non solo tramite l'investimento di fondi pubblici, ma anche grazie a un cofinanziamento o un finanziamento integrale da parte del produttore stesso della tecnologia<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> § 139 SGB V.

<sup>42</sup> INSTITUT FÜR QUALITÄT UND WIRTSCHAFTLICHKEIT IM GESUNDHEITSWESEN, *Berichte nr. 623: Nicht invasive Pränataldiagnostik (NIPT) zur Bestimmung des Risikos autosomaler Trisomien 13, 18 und 21 bei Risikoschwangerschaften*, 30 aprile 2018, accessibile al link: <https://www.iqwig.de/de/projekte-ergebnisse/projekte-301/nichtmedikamentose-verfahren/s-projekte/s16-06-nicht-invasive-praenataldiagnostik-zur-bestimmung-des-risikos-autosomaler-trisomien-13-18-und-21-bei-risikoschwangerschaften.7776.html> (ultima consultazione: 11.12.2018).

<sup>43</sup> Si tratta della differenza tra copertura condizionata *only in research* e *only with research*. In particolare, la copertura *only in research* richiede che l'accesso alla tecnologia sia offerto solo ai pazienti coinvolti in un determinato studio, mentre quella *only with research* implica che il finanziamento per tutti i pazienti, vd. S. WALKER, M. SCULPHER, K. CLAXTON, S. PALMER, *Coverage with evidence development, only in research, risk sharing, or patient access scheme? A framework for coverage decisions*, in *Value in health*, 15, 3, 2012, pp. 570-579.

<sup>44</sup> Il quale, è chiaro, ha certamente interesse a che la sua tecnologia sia resa disponibile all'interno dei sistemi sanitari nazionali. Basti notare come la decisione d'inserimento di una tecnologia nel sistema sanitario di un Paese ne aumenti il ricorso da parte dei pazienti, si veda ad esempio per il caso del NIPT: V. VINANTE, B. KELLER, E. HUHN, D. HUANG, O. LAPAIRE, G. MANEGOLD-BRAUER, *Impact of nationwide health insurance coverage for non-invasive prenatal testing*, in *International Journal of Gynaecology and Obstetrics*, 141, 2, 2018, pp. 189-193.

#### 4. Valorizzazione dell'incertezza etica nelle procedure di HTA

L'avvio di procedimenti per l'inserimento delle tecniche di NIPT nel sistema sanitario ha scatenato ampi dibattiti sulle questioni etiche legate alla possibilità di un loro utilizzo diffuso. Nel Regno Unito, la campagna contro il finanziamento pubblico del NIPT è stata supportata da una mozione presentata in Parlamento e da un documentario di grande successo trasmesso dalla BBC<sup>45</sup>. In Germania, l'avvio del procedimento ai sensi del § 137e SGB V ha scatenato vigorose contestazioni<sup>46</sup> e, a causa degli attacchi ricevuti, il G-BA – pur non essendo competente a prendere in considerazione aspetti etici – si è visto costretto a emanare una presa di posizione nella quale ha rimarcato la necessità di tenere presente l'opinione del comitato etico nazionale (il *Deutscher Ethikrat*)<sup>47</sup>. Questa dichiarazione, tuttavia, non è stata sufficiente a placare il dibattito della dottrina sull'incertezza etica che circonda il NIPT<sup>48</sup>. Alcuni autori sostengono che i rischi di discriminazione verso le persone con disabilità e di violazione della dignità dell'embrione costituiscano preoccupazioni di livello costituzionale sufficienti non solo a precludere all'assicurazione sanitaria di prendere in carico il finanziamento dei nuovi test, ma anche a vietarne l'immissione sul mercato<sup>49</sup>.

Dall'osservazione di questo caso appare chiaro come la consapevolezza del possibile impatto delle tecnologie emergenti sui valori etici e morali dell'ordinamento possa, anch'essa, causare una sensazione di

---

<sup>45</sup> V. RAVITSKY, *op. cit.*, p. S37.

<sup>46</sup> Riportate, ad esempio, in S. HUSTER, *op. cit.*, p. 284.

<sup>47</sup> GEMEINSAMER BUNDESAUSSCHUSS, Pressemitteilung Nr. 02/2015 Klarstellung des Sachstandes zu Pränatests für Schwangere, 22 gennaio 2015.

<sup>48</sup> Il dibattito è tuttora particolarmente acceso. Vd., *inter alia*, F. HUBER, *Rechtliche Aspekte der nicht-invasiven Pränataltests in Deutschland*, in F. STEGER, M. ORZECZOWSKI, M. SCHOCHOW (a cura di), *op. cit.*, pp. 144-167; V. ROLFES, *op. cit.*; B. HEINRICH, T.M. SPRANGER, L. TAMBORNINO, *Ethische und rechtliche Aspekte der Pränataldiagnostik: Herausforderungen angesichts neuer nicht-invasiver Testverfahren*, in *Medizinrecht*, 30, 10, 2012, pp. 625-630.

<sup>49</sup> K.F. GÄRDITZ, *Gutachtliche Stellungnahme zur Zulässigkeit des Diagnostikprodukts „Praenatest“*, 2012, accessibile al link: [https://cdl-online.net/uploads/pdf/praena\\_test.pdf](https://cdl-online.net/uploads/pdf/praena_test.pdf) (ultima consultazione: 02.04.2019).

estrema incertezza<sup>50</sup>. Nondimeno, è necessario sottolineare come, al contrario dell'incertezza scientifica, l'incertezza etica sia, in una certa misura, da considerarsi un fattore da proteggere piuttosto che un disvalore da annullare. Le incertezze che scaturiscono nella dimensione etica, infatti, sono un sintomo di quel pluralismo etico normativo che caratterizza le democrazie moderne<sup>51</sup>. In questo senso, il conflitto di valori che nasce dalla diffusione di una nuova tecnologia non potrebbe essere risolto dal regolatore pubblico scegliendo una particolare visione etica e imponendola, ma deve piuttosto essere evidenziato e valorizzato all'interno del dibattito sulle decisioni da prendere nel sistema sanitario nazionale. Pertanto, in primo luogo, deve essere perseguito il rafforzamento della consapevolezza della dimensione etica e delle incertezze a essa legate. A questa necessità sono adatti a rispondere vari meccanismi, tra i quali si annovera, senz'altro, quello dei comitati per la bioetica. Degno di particolare menzione, in questo senso, è il lavoro del *Nuf-*

---

<sup>50</sup> Come notano, per quanto riguarda il caso NIPT nel Regno Unito, R. BROWNWORD, J. WALE, *Testing Times Ahead*, cit., p. 672: «As things stand, we find ourselves in a period of transition, of 'inbetweenness' and of uncertainty».

<sup>51</sup> John Rawls non esita a indicare come primo tra i caratteri della cultura politica delle società democratiche proprio quello per cui «the diversity of reasonable comprehensive religious, philosophical, and moral doctrines found in modern democratic societies is not a mere historical condition that may soon pass away; it is a permanent feature of the public culture of democracy», J. RAWLS, *Political Liberalism*, New York, 1993, p. 36. Per quanto riguarda il carattere di normatività che caratterizza il pluralismo nelle democrazie moderne, è da sottolineare come «in democratic and liberal societies, a normative commitment to pluralism means that we do not only observe that citizens disagree about many different issues, but also that we believe that such disagreement is not problematic in itself», A. BARDON, M. BIRNBAUM, L. LEE, K. STOECKL, *Pluralism and Plurality*, in A. BARDON, M. BIRNBAUM, L. LEE, K. STOECKL, R. OLIVIER, *Religious pluralism: a resource book*, Firenze, 2015, p. 2. Il pluralismo etico, in particolare, «si è andato sempre più configurando, nella società contemporanea, a livello sia nazionale che internazionale, come un elemento caratterizzante nel quale bisogna riconoscere, prima di tutto, un fatto difficile da negare, ma nel quale bisogna anche scorgere un valore, un bene da salvaguardare e da garantire, non un male da sconfiggere», P. BORSELLINO, *Bioetica e filosofia del diritto: un incontro opportuno, anzi necessario*, in G. DE VERGOTTINI (a cura di), *Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, classe di Scienze morali. Rendiconti degli anni 2009-2010*, Bologna, p. 165.

*field Council of Bioethics*<sup>52</sup> che si è occupato di affrontare le questioni legate alle diagnosi prenatali non invasive in un report del marzo 2017<sup>53</sup> e ha, in seguito, continuato a monitorare gli sviluppi della questione all'interno del NHS<sup>54</sup>. Il caso NIPT è, inoltre, passato al vaglio dei comitati nazionali per la bioetica francese e tedesco<sup>55</sup>.

Tuttavia, al fine di garantire un'offerta sanitaria il più possibile coerente e compatibile con il nucleo duro di valori etici condivisi nella società e con il quadro normativo dell'ordinamento giuridico<sup>56</sup>, una riflessione sugli aspetti etici è auspicabile anche all'interno del procedimento che determina le scelte del sistema sanitario nazionale. Per quanto riguarda le diagnosi prenatali non invasive, ad esempio, una considerazione degli aspetti etici da parte delle autorità che compiono le scelte di politica sanitaria potrebbe permettere di scongiurare i timori relativi all'autodeterminazione delle donne e all'eccessiva routinizzazione del test, tramite la previsione di una consulenza genetica obbligatoria o l'offerta del test solo in gravidanze a rischio.

Attualmente, però, la possibilità di compiere una valutazione sul piano etico è, il più delle volte, esclusa dalle competenze dei comitati che concorrono alle decisioni di inserimento di nuovi servizi nel catalogo del sistema sanitario. Per questo motivo, vari autori suggeriscono che agli organi di HTA debba essere fornita una base giuridica che

---

<sup>52</sup> Come sottolineato da R. BROWNSWORD, J. WALE, *Testing Times Ahead*, cit., p. 668 ss., il compito del *Nuffield Council of Bioethics* è proprio quello di valorizzare la dimensione etica nel dibattito pubblico e non, invece, quello di imporre ferme raccomandazioni circa i comportamenti da seguire.

<sup>53</sup> NUFFIELD COUNCIL ON BIOETHICS, *Non-invasive prenatal testing*, cit.

<sup>54</sup> Una relazione sugli sviluppi in tema di NIPT all'interno del NHS è stata pubblicata nel novembre 2018 ed è consultabile al link <http://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/Nuffield-Council-NIPT-review-of-activities.pdf> (ultima consultazione: 12.12.2018), NUFFIELD COUNCIL OF BIOETHICS, *Non-invasive prenatal testing: ethical issues, Review of activities since publication*, November 2018.

<sup>55</sup> Per la Francia, se ne è occupato il COMITE CONSULTATIF NATIONAL D'ETHIQUE, *Avis n. 120: Questions éthiques associées au développement des tests génétiques fœtaux sur sang maternel*, 25 aprile 2013. In Germania, il *Deutscher Ethikrat* ha avuto modo di analizzare le procedure NIPT all'interno della sua opinione sul futuro della diagnostica genetica: DEUTSCHER ETHIKRAT, *Die Zukunft der genetischen Diagnostik – von der Forschung in die klinische Anwendung*, Berlin, 2013.

<sup>56</sup> J. WALE, *Don't forget the legal framework*, cit.

permetta di esaminare le questioni etiche all'interno del procedimento di valutazione<sup>57</sup>. Nonostante la procedura di HTA sia tradizionalmente volta a ridurre l'incertezza scientifica, infatti, si ritiene che la verifica del rispetto dei criteri di sicurezza, qualità e efficienza economica non sia più sufficiente a fornire una valutazione completa delle tecnologie innovative e che sia, invece, necessario inserire considerazioni di carattere etico nei procedimenti di decisione<sup>58</sup>. Per gran parte della dottrina, dunque, la valutazione etica sarebbe oramai da considerarsi parte fondamentale del nucleo duro del concetto di HTA<sup>59</sup>.

Queste istanze sono state raccolte, in particolare, dalla HAS francese che, nella raccomandazione sull'inserimento del NIPT nella strategia di screening della trisomia 21, dedica un intero paragrafo alla valutazione degli aspetti etici, al fine di determinare se l'introduzione dei nuovi test possa aggravare le preoccupazioni etiche già poste dallo screening prenatale tradizionale<sup>60</sup>. Questa valutazione rappresenta un'applicazione pratica degli impegni della HAS, sanciti in una guida metodologica nella quale l'organo afferma di non potersi limitare alla verifica dei tradi-

---

<sup>57</sup> S. HUSTER, *op. cit.*, nota che nessuna disposizione autorizza il G-BA a condurre una verifica degli aspetti etici o sociali all'interno della procedura di valutazione. Ritene, tuttavia, che una base giuridica per questa valutazione sia ormai necessaria data la rilevanza delle decisioni prese da quest'autorità per i diritti fondamentali dei produttori e dei medici e per l'autonomia riproduttiva delle donne, in particolare nel caso NIPT.

<sup>58</sup> Vd., *inter alia*, A. GRUNWALD, *The normative basis of (health) technology assessment and the role of ethical expertise*, in *Poiesis & Praxis*, 2, 2-3, 2004, pp. 175-193; F. LUCIVERO, *Ethical Assessments of Emerging Technologies. Appraising the moral plausibility of technological visions*, Cham, 2016; M. GIACOMINI, *One of these things is not like the others. The idea of precedence in health technology assessment and coverage decisions*, in *The Milbank quarterly*, 83, 2, 2005, pp. 193-223; H. HAVE, *Ethical perspectives on health technology assessment*, in *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 20, 1, 2004, pp. 71-76 e B.M. HOFMANN, *Why ethics should be part of health technology assessment*, in *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 24, 4., 2008, pp. 423-429.

<sup>59</sup> Vd. *inter alia* D. WIDRIG, *op. cit.*, pp. 248 ss., che inserisce l'etica tra le «Kern-disziplinen» dell'HTA.

<sup>60</sup> HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Recommandation en santé publique: Place des tests ADN libre circulant dans le sang maternel dans le dépistage de la trisomie 21 fœtale*, cit., pp. 189-222.



zionali requisiti di rischio-beneficio, ma di volersi, anzi, porre la missione di valorizzare l'importanza degli aspetti etici e sociali nel procedimento di esame<sup>61</sup>. La guida stessa precisa, peraltro, che si tratta un'iniziativa spontaneamente presa dalla HAS al fine di migliorare la qualità del proprio lavoro e non, invece, dell'esperimento di una competenza attribuita dal legislatore o in via regolamentare. Infatti, pur dichiarando l'intenzione di considerare gli aspetti etici nelle proprie raccomandazioni, la HAS riconosce di non essere, al contrario del *Comité consultatif national d'éthique*, autorizzata a deliberare su questioni etiche generali<sup>62</sup>.

Al di là dell'esplicita valutazione delle singole questioni etiche sollevate dalla nuova tecnologia, inoltre, il rispetto dei valori morali dell'ordinamento esige una riflessione circa i criteri stessi con i quali è condotto l'HTA. Parte della comunità scientifica che si è occupata di valutare le procedure di NIPT, ad esempio, ha considerato nell'analisi costo-effettività il potenziale risparmio dei costi legati alle cure rivolte ai bambini affetti da sindrome di Down, determinato dal fatto che l'utilizzo diffuso di questi test aumenterebbe il tasso di individuazione dei feti affetti da trisomia 21 e, pertanto, la percentuale di feti abortiti<sup>63</sup>. Risulta evidente che l'utilizzo di questa argomentazione all'interno della procedura di HTA porterebbe a una inaccettabile violazione della dignità delle persone affette da anomalie cromosomiche, nonché a una stigmatizzazione sociale di questi stessi individui e delle loro famiglie<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> HAUTE AUTORITE DE SANTE, *Guide méthodologique: L'évaluation des aspects éthiques à la HAS*, aprile 2013, p. 4. Accessibile al link: [https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-05/evaluation\\_des\\_aspects\\_ethiques\\_a\\_la\\_has.pdf](https://www.has-sante.fr/portail/upload/docs/application/pdf/2013-05/evaluation_des_aspects_ethiques_a_la_has.pdf) (ultima consultazione: 12.12.2018).

<sup>62</sup> HAUTE AUTORITE DE SANTE, *op. ult. cit.*, p. 5.

<sup>63</sup> B.S. WALKER ET AL., *A cost-effectiveness analysis of cell free DNA as a replacement for serum screening for Down syndrome*, in *Prenatal Diagnosis*, 35, 5, 2015, pp. 440-446; M. OHNO, A. CAUGHEY, *The role of noninvasive prenatal testing as a diagnostic versus a screening tool – a cost-effectiveness analysis*, in *Prenatal Diagnosis*, 33, 7, 2013, pp. 630-635.

<sup>64</sup> S. BRAUER, J.-D. STRUB, B. BLEISCH, C. BOLLIGER, A. BÜCHLER ET AL. (a cura di), *Wissen können, dürfen, wollen? Genetische Untersuchungen während der Schwangerschaft*, Zürich, 2016, pp. 300 ss.

## 5. Conclusioni

L'analisi degli strumenti ideati per gestire l'incertezza nelle decisioni del sistema sanitario nazionale dimostra l'importanza di favorire la flessibilità e l'adattabilità dell'ordinamento ai cambiamenti e alle imprevedibilità che accompagnano l'emergere delle nuove tecnologie sanitarie<sup>65</sup>. Il diritto, in particolare, deve presentare caratteri di apertura al fine di poter confrontarsi con le conseguenze del progresso scientifico e risolvere gli aspetti di incertezza a esso inevitabilmente correlata, sia nella dimensione puramente scientifica che in quella etica<sup>66</sup>. Si è visto, ad esempio, come la riduzione del margine di incertezza riguardo a una certa tecnologia sia, a volte, perseguibile soltanto mettendola alla prova nella pratica e creando una situazione che simuli temporaneamente la presa di una decisione permettendo di verificarne le conseguenze. In questo senso, il quadro giuridico deve essere costituito da regole flessibili, che possano adattarsi, volta per volta, all'analisi della singola tecnologia sanitaria. D'altra parte, però, per poter ridurre la «tensione fra la fisiologica dimensione di incertezza scientifica e gli opposti assunti di prevedibilità e [...] certezza del diritto»<sup>67</sup>, il quadro giuridico deve garantire l'esistenza e il rispetto di solidi principi normativi che possano guidare le singole decisioni. In particolare, pur dovendo necessariamente servirsi di organi consultivi la cui esperienza è fondamentale nel

---

<sup>65</sup> «Given the unforeseeability of new legal issues and the unforeseeability of the new technologies that create them, it is imperative to design legal systems that themselves can evolve and adapt. Although designing such legal structures presents a significant challenge, it is also a necessary one. [...] A legal system that realizes the unpredictability of new issues, that is flexible and adaptable (...) will operate far better in managing technological innovation than a system that fails to learn these lessons», G.N. MANDEL, *Legal Evolution in Response to Technological Change*, in R. BROWNSWORD, E. SCOTFORD, K. YEUNG (a cura di), *The Oxford Handbook of Law, Regulation and Technology*, New York, 2017, pp. 242 ss.

<sup>66</sup> Per la necessità di un diritto aperto alle dimensioni etica e scientifica vd. C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in V. BARSOTTI (a cura di), *Biotecnologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 29-53.

<sup>67</sup> C. CASONATO, *Diritto e scienze della vita: complessità, tentazioni, resilienza (Law and Life Sciences: Complexity, Temptations, Resilience)*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, vol. 2/2015, p. 281.

perseguire la riduzione dell'incertezza legata al singolo caso, al legislatore spetta il compito di tracciare un quadro normativo chiaro che assicuri, da una parte, il rispetto dei principi procedurali – quali, ad esempio, quello di trasparenza e di indipendenza dell'organo consultivo – e, dall'altra, la tutela dei diritti fondamentali e della dignità dei soggetti coinvolti. L'esistenza di un quadro normativo stabilito per legge, infatti, pone le basi perché le singole decisioni, seppur necessariamente costruite su misura del singolo caso, garantiscano il rispetto dei principi di prevedibilità e certezza del diritto.

In ultimo, non si può mancare di ricordare come le dimensioni di incertezza che accompagnano il progresso della ricerca biomedica debbano essere apprezzate e affrontate in maniera differente. Se da una parte, infatti, il diritto deve tendere a risolvere l'incertezza scientifica eliminando, per quanto possibile, ogni margine di dubbio circa l'efficacia e la sicurezza delle nuove tecnologie offerte nel sistema sanitario nazionale, l'atteggiamento da assumere circa gli aspetti etico-morali è parzialmente differente. L'incertezza etica, infatti, è in certa misura inevitabile e potrà essere risolta solamente se valorizzata e apprezzata in un dialogo costante attorno alle scelte etiche fondamentali dell'ordinamento e, in ultimo, al tipo di comunità che vogliamo essere<sup>68</sup>.

---

<sup>68</sup> Non esistendo alcuna risposta universalmente giusta ad alcuni dilemmi etici, le decisioni della comunità statale non possono che essere prese sulla base di una scelta circa "il tipo di comunità che vogliamo essere", vd. S. VÖNEKY, *Ethische Experten und moralischer Autoritarismus* in S. VÖNEKY, M. CLADOS, J. VON ACHENBACH, C. HAGEDORN (a cura di), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht: Interdisziplinäre Untersuchungen*, Berlin, 2009, pp. 95-96. L'espressione è ripresa anche in R. BROWNWORD, J. WALE, *Testing Times Ahead*, cit.



# DALLA REALTÀ ALLA QUALIFICAZIONE DEI RAPPORTI DI LAVORO: RESTITUIRE CERTEZZA ALLE CATEGORIE TRADIZIONALI

*Gemma Pacella*

SOMMARIO: 1. *Introduzione: le incertezze del diritto nei rapporti di lavoro tra subordinazione e autonomia.* 2. *Thema probandum: il lavoro digitale su piattaforma e il problema della sua qualificazione.* 2.1. *I principi costituzionali in materia di lavoro: adeguamento o ampliamento?* 3. *I riflessi dell'incertezza giuridica delle nuove forme di lavoro nella dimensione sociale: l'ubiquità e la fluidità dei confini della persona che lavora.* 4. *Una proposta: oltre l'applicazione del principio della prevalenza della realtà sulla forma.*

## *1. Introduzione: le incertezze del diritto nei rapporti di lavoro tra subordinazione e autonomia*

Ogni prestazione di lavoro può essere erogata sia in forma autonoma sia in forma subordinata, dunque il tema della qualificazione dei rapporti di lavoro è intrinsecamente attraversato dall'incertezza: il regime applicabile ad un rapporto di lavoro, cioè di autonomia ovvero subordinazione, non è disposto *ex lege*<sup>1</sup> e non discende dalla mera volontà delle

---

<sup>1</sup> Si deve fare riferimento al principio dell'indisponibilità del tipo contrattuale, per cui è preclusa al legislatore la possibilità di negare la qualificazione della subordinazione a quei rapporti di lavoro che ne presentano, sul piano fattuale, le caratteristiche, non solo perché la qualificazione del rapporto spetta in concreto al giudice, in sede di controversia, ma, ancor di più, perché il principio preclude al legislatore di dichiarare escluso aprioristicamente e discrezionalmente il vincolo di subordinazione. In questo senso cfr.: Corte cost., 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it.*, 1993, 9, I, pp. 2432-2435; Corte cost., 31 marzo 1994, n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, pp. 2656-2658; Corte cost., 7 maggio 2015, n. 76; Cass., 16 ottobre 2006, n. 22129, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, 2, pp. 283-290, con nota di M.C. CATAUDELLA; Cass., 5 settembre 2005, n. 17759, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2006, III, pp. 552-558, con nota di A. AVONDOLA. E per la dottrina, tra i molti e autorevoli contributi in tema si rinvia a: R. SCOGNAMIGLIO, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2001, 2, pp. 95-122; M. DE

parti<sup>2</sup>. A ciò si aggiunga un altro problema: decidere per la forma autonoma piuttosto che subordinata di un rapporto di lavoro vuol dire applicare una disciplina completamente diversa, dunque implica una differenza molto significativa sul piano delle tutele, derivanti in misura maggiore dalla qualificazione del rapporto nei termini della subordinazione ed in misura molto minore dalla qualificazione del rapporto nei termini dell'autonomia<sup>3</sup>.

Questa considerazione implica il doveroso confronto con il tema della certezza del diritto anche nell'ambito della disciplina lavoristica, precisando – da subito – che la ricerca di quest'ultima non credo sia un'operazione praticabile, dovendosi ritenere che il diritto del lavoro sia, per il fenomeno che si propone di disciplinare, inevitabilmente soggetto a trasformazioni costanti che si riflettono sulla disciplina giuridica che ad esso si intenda attribuire.

In effetti, se da queste brevissime premesse può già intravedersi uno spazio per intrecciare il tema della certezza del diritto con la disciplina lavoristica, tale riflessione può diventare ancora più utile se si considerano le nuove forme di lavoro su piattaforme digitali: come avrò modo di approfondire nel paragrafo successivo, il lavoro digitale ha, di fatto, travalicato i confini delle categorie tradizionali – o più consolidate – e ha posto delle questioni, più o meno inedite alla dottrina e alla giurisprudenza<sup>4</sup>, che, nell'acceso dibattito in corso, propongono interpretazioni molto differenti.

---

LUCA, *Rapporto di lavoro subordinato: tra «indisponibilità del tipo contrattuale», problemi di qualificazione giuridica e nuove sfide dell'economia postindustriale*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2014, 3, pp. 397-417.

<sup>2</sup> Il principio che viene qui in rilievo è il principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare delle parti, ribadito numerose volte anche dalla giurisprudenza italiana. Da ultimo si veda: Cass., 27 ottobre 2003, n. 16119; Cass. 30, giugno 2014 n. 14757; Cass., 25 giugno 2018, n. 16690.

<sup>3</sup> Sono varie e ampie le considerazioni svolte da anni nel dibattito del diritto del lavoro italiano in questo senso, si può rinviare per tutte a M. MARTONE, *La subordinazione. Una categoria del Novecento*, in F. CARINCI, M. PERSIANI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro, Contratto di lavoro e organizzazione*, I, I, Torino, 2012, pp. 3-47, che di esse ne propone una ricognizione.

<sup>4</sup> Si può qui solo accennare alla questione dei *pony express* che aprì il dibattito, già negli anni Ottanta, tra la dottrina e la giurisprudenza lavoristica, in tema di qualifica-

È, da subito, utile individuare, nei limiti che una sintetica ricostruzione può offrire, le ragioni che hanno riproposto il problema della certezza del diritto del lavoro nella qualificazione dei rapporti di lavoro svolti a partire da o tramite piattaforme digitali. Rimandando al § 3 approfondimenti relativi ai riflessi sociali, il cambiamento principale si registra sull'organizzazione del lavoro: «in presenza del Web [...] ogni “dipendente” è sempre più “indipendente”, è in grado di operare sulla linea di confine con l'ambiente; si tratta di un cambiamento che l'organizzazione non può ignorare»<sup>5</sup>. È chiaro, cioè, che lavorare tramite la rete web – sia nel senso di fissare in essa il momento genetico del rapporto di lavoro da eseguire, poi, fisicamente (lavori di consegna di cibo o bevande o di trasporto di persone), sia nel senso di fissare in essa anche il momento esecutivo del lavoro stesso (telelavoro o, diremmo oggi, smart-working) – conferisce un grado di autonomia alla parte che lavora piuttosto consistente, molto spesso, nel tempo (può scegliere quando lavorare), a volte nello spazio (può scegliere dove lavorare), molto più raramente, nella modalità (può scegliere come lavorare):

lo sviluppo dei mezzi di comunicazione delle informazioni [...] fa sì che per l'inserimento organico della prestazione lavorativa nel processo produttivo sia sempre meno necessario il coordinamento spazio-temporale della prestazione con il resto dell'organizzazione aziendale<sup>6</sup>.

Tale grado di autodeterminazione nell'organizzazione del lavoro offusca i caratteri tradizionali della subordinazione e porta, pertanto,

---

zione del rapporto di lavoro, poiché presentava alcuni dei problemi rinvenibili anche con riferimento al *labour platform*, su cui la letteratura non ha ad oggi una visione unanime. Per i commenti alla vicenda dei *pony express*, si rinvia ad alcuni di essi: L. MENGHINI, *Subordinazione e dintorni: itinerari della giurisprudenza*, in *Quad. Dir. lav. rel. Ind.*, 1998, pp. 143-232; P. ICHINO, *Libertà formale e libertà materiale del lavoratore nella qualificazione della prestazione come autonoma o subordinata*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, pp. 70-85, in commento a Pret. Milano, 20 giugno 1986; ID., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2012, I, pp. 59-107; E. DAGNINO, *Nuovi e vecchi paradigmi nella vicenda Foodora*, ottobre 2016, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

<sup>5</sup> G. REBORA, *Scienza dell'organizzazione*, Roma, 2017, p. 277.

<sup>6</sup> V. BAVARO, *Questioni in diritto sul lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2018, I, pp. 38-39.

sempre più spesso alla qualificazione come rapporto di lavoro indipendente, nonostante – come si proverà ad argomentare – la giurisprudenza dica il contrario. In effetti, l'analisi dei rapporti di lavoro nel loro *concreto e reale* esercizio non solo può rilevare la presenza di indici di subordinazione e di dipendenza nelle modalità di lavoro impartite dall'algoritmo o dalla piattaforma che genera il lavoro o attraverso cui il lavoro viene eseguito, ma può mostrare anche l'alienità del risultato dalla persona che lavora della prestazione e dalla organizzazione stessa, come si proverà a dimostrare nel paragrafo successivo.

Il problema della incerta qualificazione della fattispecie è, dunque, sempre attuale e da esso dipendono le altre questioni concernenti la scelta di quali regimi e tutele applicare anche ai nuovi rapporti di lavoro.

Il presente lavoro porterà, pertanto, ad una proposta, ancorché di tipo ermeneutico e non risolutivo del problema: provare intanto a mettere in parola il dato che anche il diritto del lavoro allo stato attuale sia pervaso da incertezza<sup>7</sup>, ma affermare che quest'ultima sia affrontabile tramite principi del diritto esistenti. Intendo, nello specifico, partire dai lavori digitali come nuove forme di lavoro, i cui dati dimostrano la crescita esponenziale del processo di sviluppo e diffusione su scala mondiale, argomentando che non è plausibile una scelta interpretativa che valga per ogni tipo e forma di *labour platform*, ma che è necessario guardare caso per caso e osservare, in particolare, il reale atteggiarsi dei comportamenti delle parti del rapporto di lavoro.

Intendo, poi argomentare sulla necessità di una estensione, ovvero di una applicazione dei principi costituzionali in materia lavoristica – che, per ora, nell'interpretazione dominante si riferiscono essenzialmente al lavoro subordinato – anche alle nuove forme di lavoro.

---

<sup>7</sup> Lo rileva anche il recente lavoro di M. WEISS, *La platform economy e le principali sfide per il diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 3, p. 715-728.



## 2. *Thema probandum: il lavoro digitale su piattaforma e il problema della sua qualificazione*

In molti e in molte tra le fila della dottrina giuslavoristica si stanno occupando del problema della qualificazione dei rapporti di lavoro su piattaforma<sup>8</sup>, senza pervenire – ad oggi – a soluzioni unanimi.

Una prima spia della incertezza in cui navigano i lavori digitali si deve rinvenire nella difficoltà, anche di tipo nominale, nel comprendere le differenze che intercorrono tra le varie forme. Un recente studio in dottrina ha rilevato che esistono almeno dieci diverse tipologie di piattaforme al cui interno, pertanto, si articolano altrettanto diverse dinamiche di lavoro:

a) on location platform-determined work, praticamente le piattaforme che mediano l'incontro tra offerta e domanda di prestazioni di lavoro di tipo standard e sostanzialmente uniformi (i fattorini in bicicletta di Foodora, gli autisti di Uber); b) on location worker-initiated work: piattaforme che mediano domanda e offerta di lavoro fisico ma per c.d. micro lavoretti e servizi specializzati (plumbing, cleaning, gardening, tutoring, babysitting, ecc.); c) on line contestant platform work. Piattaforme che mediano lavoro digitale che si svolge direttamente su piattaforma, nor-

---

<sup>8</sup> Tra i molti lavori della dottrina giuslavoristica in tema sarà consentito qui richiamare solo alcuni: P. TULLINI, *Economia digitale e lavoro non standard*, in *Labour and Law Issues*, 2016, 2, pp. 1-14; R. VOZA, *Il lavoro e le piattaforme digitali: the same old story?*, Working papers Csdle “Massimo D’Antona”, n. 336/2017; A. ALOISI, *Il “lavoro a chiamata” e le piattaforme on line della collaborative economy: nozioni e tipi legali in cerca di tutele*, in *Labour and Law Issues*, 2016, 2, pp. 19-56; M. BIASI, *Dai pony express ai riders di Foodora. L’attualità del binomio subordinazione-autonomia (e del relativo metodo di indagine) quale alternativa all’affannosa ricerca di inedite categorie*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, Padova, 2018, pp. 67-91; E. MENEGATTI, *On-demand workers by application: autonomia o subordinazione?*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, pp. 93-111; P. LOI, *Subordinazione e autonomia nel lavoro tramite piattaforma attraverso la prospettiva del rischio*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, pp. 113-134; V. BRINO, *Il caso Uber, tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *op. cit.*, pp. 135-152.

malmente creativo e molto specialistico (graphic design, branding, product development, ma anche traduzioni, editing, ecc.)<sup>9</sup>.

Nella babele di significati e di sfumature che può assumere la fisionomia di queste nuove forme di lavoro digitale, è essenziale analizzare il ruolo giocato dalla giurisprudenza, data anche l'assenza di norme che disciplinino il fenomeno<sup>10</sup>.

Si è detto nel paragrafo precedente che solo l'analisi concreta del lavoro nella sua esecuzione può consentire di rinvenire nell'organizzazione del lavoro stesso degli indici che consentano la qualificazione adatta al rapporto di lavoro. E dunque, viene qui in rilievo la giurisprudenza che, su scala globale, ha conosciuto dei casi di lavoro digitale, dagli Stati Uniti<sup>11</sup>, al Brasile<sup>12</sup>, alla Cina<sup>13</sup>, e naturalmente in Europa<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro Sociale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 146/2018, p. 7.

<sup>10</sup> In Italia, ad oggi, si può tener conto della proposta di legge per regolamentare il rapporto dei lavoratori digitali che sarebbe dovuta confluire nel decreto legge n. 87/2018 (c.d. Decreto Dignità) e che, tuttavia, non è stata inserita nel testo di conversione della legge n. 96 del 9 agosto 2018; si dia conto anche della proposta del settembre 2017 di Pietro Ichino, in <https://www.pietroichino.it/?p=46512>. Anche in Francia, un gruppo di 18 giuristi, specializzati in diritto del lavoro, ha proposto una modifica al codice del lavoro, finalizzata, tra l'altro, alla regolamentazione delle nuove forme di lavoro mediante piattaforme digitali. Per ora, risulta che solo in Portogallo è entrata in vigore la legge n. 45 del 10 agosto 2018, in tema di "Regime jurídico da atividade de transporte individual e remunerado de passageiros em veículos descaracterizados a partir de plataforma eletrónica": dunque a carattere meramente settoriale.

<sup>11</sup> Si può menzionare una delle prime sentenze in materia: Superior Court of California – County of San Francisco, 16 giugno 2015, n. CGC-15-546378, *Berwick v Uber Technologies Inc.*

<sup>12</sup> Si può menzionare: 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, 14 febbraio 2017, n. 0011359-34.2016.5.03.0112 con nota di G. PACELLA, *Lavoro e piattaforme: una sentenza brasiliana qualifica come subordinato il rapporto tra Uber e gli autisti*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, II, pp. 570-578.

<sup>13</sup> *Sun Yongling v Beijing Yixin Yixing Automotive Technology Development Services Ltd Labour Dispute* Beijing First Intermediate People's Court, Civil Judgment (2015) Yi Zhong Min zhong Zi di No 176; *Wang Zheshuan v Beijing Yixin Yixing Automotive Technology Development Services Ltd Labour Dispute*, Beijing Shijingshan District People's Court Civil judgment (2014) Shimin Chu Zi No. 367; *Zhuang Yan-sheng and Beijing Yixin Yixing Automobile Technology Development Service Co., Ltd*

Le decisioni delle Corti sono, però, di segno opposto e questo è indice della necessità di guardare sempre al caso concreto, considerando che non si può approdare ad una soluzione che valga per ogni tipologia

---

*Labour Dispute Appeal*, Beijing First Intermediate People's Court, Civil Judgment (2014) Yi Zhong Min zhong Zi di No. 6355, per le quali si veda M. ZOU, "Uberization" and the Digital Workforce in China: regulating the status of ride-hailing drivers, relazione a "15th International Conference in Commemoration of Marco Biagi – Digital and smart work", Modena, 20-21 marzo 2017.

<sup>14</sup> Per la giurisprudenza europea in tema di qualificazione del rapporto di lavoro dei riders si segnalano le più note sentenze in: Francia (Cour d'Appel de Paris, 22 novembre 2017, n. 16/12875, con nota di A. DONINI, *La libertà di lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, II, pp. 63-71; Cassation, Chambre Social, 28 novembre 2018, n. 1737, con nota di E. DOCKÈS, *Le salariat des plateformes, à propos de l'arrêt TakeEatEasy*, in *Le Droit Ouvrier*, gennaio 2019, n. 846), Spagna (Juzgado de lo Social de Gijón, 20 febbraio 2019, n. 61; Juzgado de lo Social de Madrid, 11 febbraio 2019, n. 53; Juzgado de lo Social de Valencia, VI sección, 1 giugno 2018, n. 244, con nota di G. PACELLA, *Alienità del risultato, alienità dell'organizzazione: ancora una sentenza spagnola qualifica come subordinati i fattorini di Deliveroo*, in *Labour and Law Issues*, 2018, 1), Inghilterra (Employment Tribunal of London, 28 ottobre 2016, n. 2202550, con nota di D. CABRELLI, *Uber e il concetto giuridico di "worker": la prospettiva britannica, a qualificare gli autisti di Uber come workers*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pp. 575-58; *Employment Appeal Tribunal, England and Wales*, 10 novembre 2017, Case n. UKEAT/0056/17/DA, *Uber et al vs. Aslam, Farrar et al.*, con nota di A. DONINI, *La libertà di lavoro sulle piattaforme digitali*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, II, pp. 63-71, con nota di G. PACELLA, *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self-employed*, in *Labour and Law Issues*, 2017, 2), Olanda (Rechtbank Amsterdam, 15 gennaio 2019, n. 7044576 CV EXPL 18-14763, in <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBAMS:2019:198>) e Italia (Trib. Torino, 7 maggio 2018, con nota di P. ICHINO, *Subordinazione, autonomia e protezione del lavoro nella gig-economy*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, II, pp. 294-303; con nota di E. GRAMANO, *Dalla eterodirezione alla eterorganizzazione e ritorno. Un commento alla sentenza Foodora*, in *Labor*, 2018, 5, pp. 609-619; con nota di P. TULLINI, *Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2018, 1, in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it); Trib. Milano, 10 settembre 2018, n. 1853 con nota di M. FORLIVESI, *Nuovi lavori, vecchie interpretazioni? Note a margine di una recente sentenza del Tribunale di Milano sulla qualificazione giuridica dei c.d. "riders"*, in *Labor*, 2019, 1, pp. 112-120; Corte D'appello di Torino, 4 febbraio 2019, n. 26, con nota di R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza della Corte d'Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione*, in *Lavoro Diritti, Europa*, 2019, 1, in [www.lavorodirittieuropa.it](http://www.lavorodirittieuropa.it); con nota di F. MARTELLONI, *La Corte di appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora*, in *Questione Giustizia*, 17 aprile 2019).

di lavoro digitale, ma che ogni caso vada guardato nella sua individualità.

Il problema di fondo, da cui nasce l'esigenza di analizzare la giurisprudenza dei vari ordinamenti, è che la dottrina giuslavoristica si è addentrata aprioristicamente nella qualificazione giuridica dei rapporti di *lavoro on demand*, senza – cioè – osservare il concreto atteggiarsi nella realtà.

Autorevole dottrina ha, infatti, segnalato che:

si può dunque ipotizzare che in un futuro non molto lontano l'erosione dell'area del lavoro qualificabile come subordinato secondo i criteri tradizionali, e pertanto protette da un sistema di coperture *lato e stricto sensu* assicurative, incominci a costituire un problema sociale di importanza non secondaria, imponendo un aggiustamento del sistema di protezione e in particolare della definizione del suo campo di applicazione<sup>15</sup>.

Viene paventato, dunque, il rischio di una progressiva erosione della categoria della subordinazione, rischio che è necessario appurare.

Le controversie giudiziarie su scala mondiale stanno delineando gli argomenti tipici su cui si assesta quella parte della dottrina che difende la posizione delle piattaforme nel definire i soggetti che lavorano tramite (o nel conto di) esse come lavoratori autonomi, sulla base, essenzialmente, del fatto che quest'ultimi sono in grado di scegliere se e quando lavorare.

I rapporti di lavoro su piattaforma digitale che in questo saggio si intende prendere in considerazione, riguardano il trasporto di persone o la consegna di cibi e bevande al domicilio del cliente: si tratta dei casi di Uber, Foodora, Deliveroo, Glovo, tra i più noti, e di molte altre piattaforme, meno conosciute ma dislocate in tutto il mondo. Questi rapporti di lavoro funzionano accedendo con telefono cellulare alla piattaforma digitale, tramite applicazione di proprietà della piattaforma stessa, e – a seguito di iscrizione ad essa con apposito *account* – mettendo in contatto l'utenza terza, ovvero, da un lato, coloro i quali intendono essere portati da un punto all'altro della città o ricevere cibo e bevande acquistate

---

<sup>15</sup> P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, pp. 525-563 e p. 528.

da un ristorante e, dall'altro, coloro i quali possono realizzare questi servizi di trasporto o consegna. Dunque, una prima questione essenziale per comprendere la fisionomia di questi rapporti di lavoro, è chiarire la natura giuridica delle piattaforme stesse: se nascono con l'obiettivo di mettere in contatto l'utenza (per la quale, non a caso, è stato coniato il termine di "prosumer"<sup>16</sup>, intendendo il ruolo di *producer* e, al tempo stesso, di *consumer*), svolgendo una attività di mera intermediazione, ovvero se la loro sia una attività di impresa di trasporto o di distribuzione. In questo secondo senso sembra orientarsi la maggior parte della giurisprudenza<sup>17</sup>, determinando un effetto di non poco conto anche per il profilo della qualificazione del rapporto di lavoro: se le piattaforme possono considerarsi imprese, si apre, *de facto*, la possibilità che i suoi collaboratori lavorino per conto (e non semplicemente in nome) della piattaforma stessa e che, dunque, siano inseriti in una organizzazione

---

<sup>16</sup> Il termine è stato coniato per la prima volta da ALVIN TOFFLER (*The third wave*, 1980, New York) per intendere gli operatori del mercato digitale che possono essere contemporaneamente "producer" e "consumer", cioè produrre il servizio ma anche usufruirne. Per un approfondimento si rinvia a: A. QUARTA, *Il diritto dei consumatori ai tempi della peer economy. Prestatori di servizi e prosumers: primi spunti*, in *Europa e diritto privato*, 2017, 2, pp. 667-681; R. BOCCHINI, *La centralità della qualità del servizio nel dibattito in tema di network neutrality*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2016, 3, pp. 517-538; G. ANNA, M. BELLOMO, "There ain't no such thing as a free lunch". *Una riflessione sui meccanismi di mercato dell'economia digitale e sull'effettività delle tutele esistenti*, in *Concorrenza e mercato*, 2016, 1, pp. 205-228.

<sup>17</sup> La pronuncia più significativa per la qualificazione come attività di impresa delle piattaforme «avent(i) ad oggetto la messa in contatto mediante un'applicazione per smartphone, dietro retribuzione, di conducenti non professionisti, che utilizzano il proprio veicolo, con persone che desiderano effettuare uno spostamento nell'area urbana», si deve a Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 dicembre 2017, C-434/15, che aveva coinvolto la società di Uber System Spain, citata in giudizio da Elite Taxi per concorrenza sleale. In questa occasione la Corte europea affermò che un servizio di intermediazione avente tale oggetto «deve essere considerato indissolubilmente legato ad un servizio di trasporto e rientrante, pertanto, nella qualificazione di servizi nel settore dei trasporti, ai sensi dell'art. 58, paragrafo 1, TFUE». Per un puntuale commento alla sentenza della Corte di Giustizia europea, si veda: M. DELFINO, *Il lavoro mediante piattaforme digitali tra tradizione e innovazione: il caso Uber*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2018, 2, pp. 335-347.

imprenditoriale di proprietà e nella disponibilità della piattaforma stessa.

Chiarito il passaggio sintetico, tuttavia essenziale, della qualificazione dell'attività delle piattaforme, si può analizzare l'attività dei lavoratori degli algoritmi digitali. In particolare, la dottrina giuslavorista segnala che «nelle più austere parole della Cassazione [...] il lavoro subordinato si vuole connotato dalla “collaborazione”, intesa come inserimento stabile e continuativo del lavoratore nell'organizzazione aziendale»<sup>18</sup>. Dunque, nel lavoro su piattaforma si dovrebbe andare alla ricerca di tale stabile e continuativo inserimento del lavoratore nell'organizzazione di impresa, innanzitutto sul piano temporale, per asserire che si tratti di lavoratori subordinati. In effetti, una parte consistente della dottrina ha osservato che il fattorino o l'autista può scegliere di ricevere o meno la commissione di consegna o trasporto, cioè può scegliere *se* lavorare. Inoltre, una volta accettata la commissione, può scegliere *quando* eseguirla e, perfino, farsi sostituire da un altro in caso di impossibilità sopravvenuta per l'esercizio della prestazione. L'autonomia di gestione del lavoro deriva, infatti, dall'organizzazione stessa del lavoro: se il momento genetico, non solo del rapporto di lavoro (che può, di fatto, instaurarsi solo a seguito di registrazione dei propri dati sull'applicazione) ma anche dell'esecuzione del lavoro (che può avvenire solo a seguito di *log-in* del proprio *account* sull'applicazione), si annida nella piattaforma digitale, è gioco forza che ci sia un margine consistente ed innegabile di autogestione per i lavoratori dei tempi di lavoro<sup>19</sup>, per cui i lavoratori digitali possono scegliere l'*an* e il *quando* della prestazione di lavoro. Suggerisce la dottrina:

le recenti evoluzioni del mercato governato attraverso l'uso di piattaforme digitali di intermediazione di manodopera, in quella che è stata definita “economia *on-demand*” hanno ulteriormente incentivato la ri-

---

<sup>18</sup> L. CAVALLARO, *L'inafferrabile subordinazione. Principi e fattispecie davanti al lavoro che cambia*, in A. CIRIELLO (a cura di), *Giudici e cambiamenti del diritto del lavoro*, *Quad. dir. lav. mer.*, 2018, Napoli, pp. 75-87, qui pp. 75-76.

<sup>19</sup> I lavoratori delle piattaforme digitali sono liberi, in effetti, di scegliere in quale *range* orario essere disponibili ad offrire la prestazione di lavoro, tuttavia la determinazione del tempo di lavoro e, dunque, degli stessi turni di orario di lavoro, sono determinati dalla piattaforma e comunicati ai collaboratori.

chiesta di forza lavoro “*just-in-time*”, quindi intrinsecamente flessibile, individuale, immediatamente disponibile<sup>20</sup>.

Inoltre, è stato osservato che i lavoratori digitali, proprio perché hanno il diritto di sottrarsi al potere della piattaforma di impartire comandi riguardo al momento di erogazione della prestazione, hanno un potere di influenza relativamente al *modus operandi* della prestazione che si traduce, nei termini del diritto del lavoro, nell’assenza di eterodirezione da parte dell’impresa<sup>21</sup>: la mancanza di potere direttivo è frequentemente associata, in dottrina e in giurisprudenza, alla mancanza del vincolo di subordinazione.

Questa ricostruzione, tuttavia, finisce per schiacciare uno sull’altro l’esercizio del potere direttivo, e dunque l’eterodirezione della prestazione di lavoro altrui, e la predeterminazione della collocazione nel tempo della prestazione di lavoro stessa, che non necessariamente coincidono: e valga per tutti l’esempio del contratto di lavoro intermittente<sup>22</sup>.

Peraltro, l’analisi dei casi, che in concreto sono stati sottoposti al giudizio delle Corti a livello internazionale, ha spesso dimostrato che la piattaforma, malgrado il potere del lavoratore sul tempo di lavoro, esercita il potere direttivo, per esempio con l’imposizione di un codice

<sup>20</sup> R. SEMENZA, A. MORI, *La crescita del lavoro autonomo e le nuove sfide sociali*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *op. cit.*, pp. 13-25, qui p. 21.

<sup>21</sup> Nella ricostruzione del concetto di eterodirezione come nucleo duro della subordinazione non può non essere richiamato l’insegnamento di Ludovico Barassi, per cui si rimanda a B. VENEZIANI, *Contratto di lavoro, potere di controllo e subordinazione nell’opera di L. Barassi*, in M. NAPOLI (a cura di), *La nascita del diritto del lavoro*, Milano, 2003, pp. 381-450, spec. p. 385-386, in cui l’A. riconosce che «la posizione soggettiva del debitore della prestazione è quella di soggetto passivo o, meglio, destinatario del potere di organizzazione nella misura in cui le sue energie sono plasmate, dirette ed indirizzate [...] la coppia passività/direzione (ed indirizzo) raffigura l’equivalenza tra i soggetti del rapporto» e p. 435-437. E sempre imprescindibile, nella analisi della categoria della subordinazione, L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Subordinazione e diritto del lavoro*, Napoli, 1967, spec. pp. 25-44.

<sup>22</sup> Per il quale si rinvia ad A. MORONE, *Il contratto di lavoro intermittente*, in M. BROLLO (a cura di), *Il mercato del lavoro*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, VI, Padova, 2012, pp. 1252-1281.

comportamentale<sup>23</sup> (come vestirsi e come rapportarsi alla clientela per l'autista di Uber, etc.), nonché un vero e proprio potere di controllo nei confronti dei *riders*, addirittura, tramite il punteggio rilasciato dalla clientela alla singola prestazione di trasporto o consegna, in base al gradimento del servizio<sup>24</sup>.

Dunque, si può ritenere che sussista un margine considerevole di etero-direzione da parte dell'impresa, ma, se ciò non dovesse risultare un'argomentazione sufficiente, si può procedere anche al rilevamento di un altro elemento ai fini dell'accertamento della subordinazione: l'etero-organizzazione<sup>25</sup>; concetto fondamentale, nella lettura del-

---

<sup>23</sup> Non è mancata giurisprudenza che ha ritenuto che i codici comportamentali imposti dalle piattaforme ai *riders* non siano da considerarsi, sul piano giuridico, direttive dell'impresa, bensì raccomandazioni e suggerimenti che definiscono, sul piano fattuale, il rapporto negoziale tra le parti. Cfr., a proposito, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região di Belo Horizonte, 30 gennaio 2017, n. 0011863-62.2016.5.03.0137, che, a proposito dei modi di comportamento prescritti agli autisti di Uber, ha ritenuto che: «não se tratavam de regras obrigatórias, mas que, para que o reclamante obtivesse uma boa pontuação e permanecesse ativo, era recomendado seguir as instruções, como estar bem trajado, descer do carro e abrir a porta para o passageiro, manter o carro limpo, bem regularizado, com água, balas e doces e o que pudesse acrescentar, tudo isso para que os clientes fizessem uma boa avaliação do serviço prestado pelo autor».

<sup>24</sup> Per un approfondimento in tema di *rating* della clientela come forma di esercizio del potere di controllo delle piattaforme digitali, sarà consentito un rinvio a G. PACELLA, *Il lavoro nella gig economy e le recensioni on line: come si ripercuote sui e sulle dipendenti il gradimento dell'utenza?*, in *Labour and Law Issues*, 2017, 3, 1.

<sup>25</sup> L'elemento dell'etero-organizzazione, nel nostro ordinamento, richiama la disposizione di cui all'art. 2, co.1, del d.lgs. n. 81/2015, in tema di collaborazioni etero-organizzate. Per un commento alla norma e alle varie interpretazioni configuratesi in dottrina si rinvia a: A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione nel d.lgs. n. 81/2015*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2016, 2, pp. 203-241; P. TOSI, *L'art. 2, comma 1, d. lgs. N. 81/2015: una norma apparente?*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, 6, pp. 1117-1132; M. PALLINI, *Dalla eterodirezione alla eteroorganizzazione: una nuova nozione di subordinazione?*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2016, pp. 65-89; S. CIUCCIOVINO, *Le "collaborazioni organizzate dal committente" tra autonomia e subordinazione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, pp. 321-343; G. SANTORO PASSARELLI, *Lavoro etero-organizzato, coordinato, agile e telelavoro: un puzzle non facile da comporre nell'impresa in via di trasformazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pp. 771-790; M. LAI, *Evoluzione tecnologica e tutela del lavoro a proposito di smart working e crowd working*, in *Dir. rel. ind.*, 2017, pp. 985-1005; R. DIAMANTE, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e conti-*



l'art. 2094 c.c. che ne ha fatto la giurisprudenza costituzionale<sup>26</sup>, definisce la c.d. subordinazione in senso stretto, quando può accertarsi, dal caso concreto, non solo l'alienità del risultato della prestazione del lavoratore, ma anche l'alienità rispetto all'organizzazione in cui quella singola prestazione di lavoro si inserisce.

Nel caso dei fattorini o degli autisti di Uber, il pagamento per il servizio effettuato viene sempre erogato alla piattaforma che, poi con cadenza tendenzialmente mensile, ripartisce una parte del ricavato ai suoi collaboratori. Il sinallagma prestazione-contro-remunerazione rende evidente la sussistenza dell'alienità del risultato dell'attività produttiva

---

*nuative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, pp. 105-144; C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, I, pp. 43-74.

<sup>26</sup> Resta ancora oggi celebre la sentenza della Corte cost., 5 febbraio 1996, n. 30, nata dalla magistrale riflessione di Luigi Mengoni, che affermò: «Per l'applicazione degli altri aspetti della tutela del lavoro [...] assume rilievo non tanto lo svolgimento di fatto di un'attività di lavoro connotata da elementi di subordinazione, quanto il tipo di interessi cui l'attività è funzionalizzata e il corrispondente assetto di situazioni giuridiche in cui è inserita. Devono cioè concorrere tutte le condizioni che definiscono la subordinazione in senso stretto, peculiare del rapporto di lavoro, la quale è un concetto più pregnante e insieme qualitativamente diverso dalla subordinazione riscontrabile in altri contratti coinvolgenti la capacità di lavoro di una delle parti. La differenza è determinata dal concorso di due condizioni che negli altri casi non si trovano mai congiunte: l'alienità (nel senso di destinazione esclusiva ad altri) del risultato per il cui conseguimento la prestazione di lavoro è utilizzata, e l'alienità dell'organizzazione produttiva in cui la prestazione si inserisce. Quando è integrata da queste due condizioni, la subordinazione non è semplicemente un modo di essere della prestazione dedotta in contratto, ma è una qualificazione della prestazione derivante dal tipo di regolamento di interessi prescelto dalle parti con la stipulazione di un contratto di lavoro, comportante l'incorporazione della prestazione di lavoro in una organizzazione produttiva sulla quale il lavoratore non ha alcun potere di controllo, essendo costituita per uno scopo in ordine al quale egli non ha alcun interesse (individuale) giuridicamente tutelato». Lo stesso argomento è stato, successivamente, ripreso anche da Cass., 19 febbraio 2016, n. 3303; 8 aprile 2015, n. 7024; 17 aprile 2009, n. 9256 e 16 gennaio 2007, n. 820 con nota di A. ALLAMPRESE, *Subordinazione e doppia alienità: la Cassazione batte un colpo*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2007, II, pp. 658-659. Per una ricerca che coniughi il concetto di etero-organizzazione alle forme di lavoro digitale, si veda la lucida riflessione di O. RAZZOLINI, *La nozione di subordinazione alla luce delle nuove tecnologie*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, 4, pp. 974-998.

del lavoratore, che ricade immediatamente nella sfera soggettiva della piattaforma.

Per dimostrare l'alienità dell'organizzazione, è necessario soffermarsi su un punto: la proprietà dei mezzi di produzione. Il telefono cellulare e l'automobile o la bicicletta come mezzo di trasporto sono, in effetti e in ogni caso sinora conosciuto, di proprietà del lavoratore. Questo dato fattuale implica che l'organizzazione del lavoro, costituita da tali mezzi materiali, ricada nella sfera della titolarità dei lavoratori e che, quindi, sebbene in forma sussidiaria rispetto al citato argomento del tempo, le piattaforme sostengono che possano essere considerati anche, ai sensi dell'art. 2082 c.c., imprenditori.

Tuttavia, i mezzi materiali di esercizio della prestazione sono una parte, ma non il tutto dell'organizzazione d'impresa: la piattaforma è titolare dell'algoritmo e della applicazione, cioè dei mezzi immateriali dell'organizzazione, che non sono per nulla secondari ad essa, dato che, giova ribadirlo, la connessione digitale alla piattaforma costituisce elemento essenziale per la nascita e l'esecuzione del rapporto di lavoro. Dunque, se l'organizzazione è della piattaforma, è innegabile che per il lavoratore sussista alienità dell'organizzazione e che, pertanto, possa affacciarsi ragionevolmente l'ipotesi della subordinazione.

L'argomentazione giuridica impone di non procedere *ad excludendum*, ma di dimostrare la sussistenza degli elementi giuridici per sostenere una determinata tesi. Gli elementi ci giungono, ancora una volta, dalla giurisprudenza per una controversia diversa dalla vicenda dei fattorini digitali, ma *sostanzialmente* ad essa analoga. Si tratta della vicenda dei lavoratori delle agenzie di scommesse ippiche che, nelle tesi delle agenzie stesse, si riteneva fossero lavoratori autonomi, proprio sulla base della possibilità di scegliere se e quando andare a lavorare e di farsi sostituire da colleghi in caso di impossibilità al lavoro. La Corte di Cassazione<sup>27</sup>, in una recente sentenza, ha ritenuto che:

poiché la subordinazione è limitata al rapporto effettivamente svoltosi, il fatto che, [...], il singolo lavoratore fosse libero di accettare o non accettare l'offerta, e di presentarsi o non presentarsi al lavoro e senza ne-

---

<sup>27</sup> Cass., 13 febbraio 2018, n. 3457.

cessità di giustificazione, nonché con il preventivo consenso del datore, di farsi sostituire da altri [...] resta irrilevante

per la ragione essenziale ed estremamente chiara per cui: «la predisposizione e l'assoggettamento sono la descrizione del contenuto del rapporto, nel suo materiale svolgimento», talché,

il fatto che il lavoratore sia libero di accettare o non accettare l'offerta e di presentarsi o non presentarsi al lavoro [...] non attiene a questo contenuto, bensì è esterno, sul piano non solo logico bensì temporale (in quanto precede lo svolgimento).

La possibilità di scegliere se e quando lavorare attiene ad un momento *prodromico* dell'esecuzione della prestazione di lavoro e, pertanto, pur essendo innegabile che esista sul piano fattuale e che si traduca in autonomia sul piano giuridico del rapporto di lavoro, è altrettanto innegabile che, poi, la spontaneità al lavoro viene meno e lascia il posto all'assoggettamento nella fase esecutiva del rapporto di lavoro che, come si accennava innanzi, descrive il suo contenuto e lo qualifica nei termini della subordinazione. Resta, dunque, l'insegnamento di una parte della giurisprudenza italiana:

l'accettazione e la presentazione del lavoratore, espressioni del suo consenso, incidono (come elemento necessario ad ogni contratto) sulla costituzione del rapporto e sulla sua durata: non sulla forma e sul contenuto della prestazione (e pertanto sulla natura del rapporto)<sup>28</sup>

nel senso che la libertà di accettare o meno la commissione di lavoro non si estende anche al contenuto e all'atteggiarsi concreto del rapporto, che ben potrebbe presentare anche una rigida eterodirezione.

---

<sup>28</sup> Cass., 5 maggio 2005, n. 9343 e così anche Cass., 10 luglio 2017, n. 17009; 15 aprile 1999, n. 3779; 24 maggio 1999, n. 5045; 1 giugno 1999, n. 5340; 1 luglio 1999, n. 6761; 1 marzo 1984, n. 1457.

## 2.1. I principi costituzionali in materia di lavoro: adeguamento o ampliamento?

Trent'anni fa autorevole dottrina giuslavorista era già perfettamente consapevole che:

proprio l'introduzione di simili elementi di flessibilità nei contenuti e nello stesso oggetto del contratto di lavoro ha riportato l'attenzione sul connotato tradizionale della subordinazione, sottoposto [...] ad una specie di verifica o prova di elasticità<sup>29</sup>.

Per quanto la suggestione di rivalutare i connotati tradizionali della subordinazione, all'epoca, giungesse dal noto e ampio problema delle zone grigie della c.d. parasubordinazione, era già allusiva di un cambiamento inarrestabile del mercato del lavoro e, quanto mai, premonitrice.

Il punto, tuttavia, diviene ora se una categoria tradizionale come la subordinazione *ex art. 2094* del codice civile possa applicarsi alle figure del lavoro *on demand*.

Inoltre, ammessa una risposta positiva, bisogna comprendere se di tratti di una estensione o di una mera reinterpretazione della subordinazione alla luce di fattispecie concrete, ovviamente ignote al legislatore del 1942.

Estendere la fattispecie codicistica, non sarebbe un'operazione, invero, inedita alla legislazione attuale (si veda a questo proposito il tentativo operato dall'art. 2 del d.lgs. n. 81/2015 che in questa sede non è opportuno approfondire)<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> E. GHERA, *La subordinazione fra tradizione e nuove proposte*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 1988, IV, pp. 621-639, qui p. 622.

<sup>30</sup> Si tenga conto che l'operazione condotta dal legislatore dell'art. 2 del decreto n. 81/2015 è stata impostata, prettamente, sull'analogia: alle fattispecie di lavoro etero-organizzato si applica la disciplina dell'art. 2094 c.c. in quanto norma regolatrice di fattispecie affini. Al di là del dato critico e non unanime in dottrina, per cui la disposizione dell'art. 2 sia da considerarsi lapalissiana, in quanto non disciplinerebbe altro che le fattispecie già oggetto della regolazione di cui all'art. 2094 c.c., nel discorso che in questa sede si intende svolgere resta un esempio poco fruttuoso, perché si proverà a ragionare su una proposta diversa di estensione dell'oggetto tradizionale dell'art. 2094

D'altra parte, la subordinazione *ex art.* 2094 c.c. ben potrebbe essere interpretata alla luce della giurisprudenza costituzionale che, con la nota sentenza citata sul concetto della doppia alienità, ebbe a dire che la subordinazione si compone anche dell'etero-organizzazione, ricavabile dal dato che la fattispecie tipica attiene al lavoro subordinato *nell'impresa*, che a sua volta è un'attività economica *organizzata ex art.* 2082 c.c.

In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha fatto una operazione differente da quella sostenuta da quanti, preso atto del proliferare di figure di dubbia riconducibilità alle previsioni dell'art. 2094 c.c., sia nella realtà sia nelle previsioni legislative, con l'emergere della categoria della parasubordinazione, hanno provato a compiere un'operazione sistematica che coinvolga le norme costituzionali in tema di lavoro.

La suggestione nasce dal fatto che, tendenzialmente, gli articoli della Costituzione a tutela del lavoro si applicano solo al lavoro subordinato tradizionalmente inteso<sup>31</sup>. Dobbiamo, allora, dare conto dei suggerimenti e dei percorsi argomentativi che la dottrina ha già postulato, tuttavia con un fine diverso da quello che qui si vuole perseguire: in passato si è avvertita la necessità di allargare le maglie degli artt. 35 e 36 Cost.<sup>32</sup>, partendo dal concetto di "lavoro" alla luce del principio di ra-

---

c.c., cioè una estensione non fondata sull'analogia, ma sulla (re-)interpretazione di principi costituzionali. Dovendo almeno accennare alla disciplina di cui all'art. 2 del decreto 81/2015, si rinvia ad alcuni commenti più recenti della dottrina giuslavoristica: A. OCCHINO, *Autonomia e subordinazione del d.lgs. 81/2015*, cit.; A. PERULLI, *Il Jobs act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"-INT*, 347/2017; M. MAGNANI, *Il contratto di lavoro subordinato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona"-INT*, 360/2018; R. DIAMANTI, *Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative*, cit.; C. PISANI, *Le collaborazioni coordinate e continuative a rischio estinzione*, cit.; G. ZILIO GRANDI, M. SFERRAZZA, *Le collaborazioni organizzate dal committente*, in *Arg. Dir. lav.*, 2016, 4-5, pp. 756-779.

<sup>31</sup> Si veda: E. GRAGNOLI, M. CORTI, *La retribuzione*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, Padova, 2012, pp. 1375-1494.

<sup>32</sup> Per approfondimenti si rinvia a: A. LOFFREDO, *La tutela del lavoro: una norma manifesto?*; C. FALERI, *Le origini ideologiche e culturali del principio della giusta retribuzione*, in L. GAETA (a cura di), *Prima di tutto il lavoro*, Roma, 2014, pp. 126-132 e pp. 166-181.

gionevolezza; se era evidente, da un lato, che il concetto non potesse allargarsi alla tutela dell'attività imprenditoriale, per la quale è preposto l'art. 41 Cost., dall'altro lato non si voleva restringere la sua interpretazione al solo lavoro subordinato ex art. 2094 c.c. La giurisprudenza, dal canto suo, si era mossa a volte in questa stessa direzione<sup>33</sup>, altre in direzione opposta<sup>34</sup>. È chiaro, pertanto, che il percorso ermeneutico era finalizzato a far rientrare nelle tutele costituzionali anche lavori che, propriamente, subordinati non erano, in un'epoca in cui le principali riflessioni della dottrina si incontravano e scontravano con le nascenti forme della parasubordinazione. Dunque, non si intendeva livellare tutte le forme di lavoro sullo stesso tronco di tutele, che, invece, «ben potranno essere tra loro diverse»<sup>35</sup>, ma si voleva provare a ricondurre diverse fattispecie contrattuali all'art. 35<sup>36</sup> e all'art. 36 Cost., perché condividevano lo stesso corollario, quello della ragionevolezza.

Un discorso affine aveva condotto ad intraprendere anche la strada dell'estensione dell'art. 36 Cost.: nel tempo la giurisprudenza non aveva escluso che il principio della retribuzione proporzionata e in ogni caso sufficiente potesse estendersi anche alle figure contrattuali diverse dal lavoro subordinato<sup>37</sup>, sebbene la giurisprudenza di legittimità avesse, poi, finito per negare questa *vis* estensiva al precetto di cui all'art. 36 Cost., ancorandolo al solo rapporto di lavoro subordinato<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Ad esempio, Corte cost. 19 gennaio 1995, n. 28, ha ricompreso nella tutela ex art. 35 Cost., anche il lavoro familiare.

<sup>34</sup> Corte cost. 17 novembre 1982, n. 189; 14 gennaio 1986, n. 1; 14 gennaio 1986, n. 2; 9 marzo 1989, n. 105; 6 maggio 2009, n. 131; 29 maggio 2002, n. 219.

<sup>35</sup> M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 2008, I, pp. 21-46, qui p. 32.

<sup>36</sup> Di segno contrario in dottrina, le posizioni di: E. GRAGNOLI (e M. Corti), *La retribuzione*, in M. MARAZZA (a cura di), *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. II, *Diritti e obblighi*, in M. PERSIANI, F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, 2011, Padova, IV, pp. 1357-1494; T. TREU, *Art. 35, I comma, Rapporti economici*, t. I, Bologna-Roma, 1979, pp. 1-18.

<sup>37</sup> È doveroso ricordare, innanzitutto, Corte cost. 7 luglio 1964, n. 75, ma anche Corte cost. 25 marzo 1980, n. 36; 24 aprile 1967, n. 51.

<sup>38</sup> Tra le più recenti: Cass. 27 marzo 2018, n. 7575; 25 gennaio 2017, n. 1900, 11 settembre 2014, n. 19224.

Senza prescindere dalla discussione già avviata in dottrina di interpretazione dei precetti costituzionali, tuttavia è opportuno precisare che in relazione al lavoro sulle piattaforme l'esito della riflessione è diverso: non di estensione si intende parlare, ma di applicazione. Se, come evidenziato nel paragrafo precedente, ci sono margini consistenti ed elementi reali per individuare il vincolo di subordinazione dei rapporti di lavoro *on demand*, allora sarebbe scontato che gli artt. 35 e 36 Cost. si applichino anche ai lavoratori delle piattaforme internet di cui questo contributo ha provato ad occuparsi.

Se dunque la subordinazione si caratterizza per l'etero-organizzazione e, come ci dice la giurisprudenza della Cassazione, non va misurata sulla continuità del tempo di lavoro che si evince dal programma negoziale, bensì sull'assoggettamento in fase esecutiva del rapporto ai poteri dell'azienda, ecco che il lavoro tramite piattaforma può essere lavoro subordinato.

### *3. I riflessi dell'incertezza giuridica delle nuove forme di lavoro nella dimensione sociale: l'ubiquità e la fluidità dei confini della persona che lavora*

L'impresa si sarebbe smaterializzata perché non sarebbe più sinonimo di un'organizzazione di beni materiali ma consisterebbe in un insieme di conoscenze, competenze, relazioni e procedure che vengono immesse nel mercato: consisterebbe, in buona sostanza in un'immateriale capacità di stare sul mercato<sup>39</sup>.

Questa considerazione porta l'indagine al di là dei rapporti di lavoro e la spinge su un piano sociologico. Autorevole dottrina ha, però, segnalato il rischio di attrarre la ricostruzione giuridica del lavoro digitale nelle trame di un discorso sul rapporto sociale, anziché prettamente giuridico-contrattuale, qualora si trovi a riflettere sulle conseguenze dell'evoluzione tecnologica sulla vita delle persone<sup>40</sup>. L'avvertenza è, in

---

<sup>39</sup> M. BARBERA, "Noi siamo quello che facciamo". Prassi ed etica dell'impresa post-fordista, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 2014, IV, pp. 631-645, qui p. 632.

<sup>40</sup> V. BAVARO, *op. cit.*, p. 37.

effetti, opportuna perché l'Autore riflette sulla necessità di non ricondurre al lavoro – che, peraltro, sarebbe in questo caso gratuito – ogni attività della vita quotidiana che presuppone un contatto con la rete internet<sup>41</sup>. Si può provare a riflettere, pertanto, con spunti giuridici sull'oggetto del lavoro, sull'obbligazione di lavoro che assume nuovi connotati, e con spunti *extra* giuridici sul soggetto del lavoro, sull'impatto che la nuova organizzazione del lavoro produce sul piano sociale. Occorre, naturalmente, prendere in prestito gli studi sociologici in tema, tra i quali si rinviene il tentativo di declinare un nuovo paradigma antropologico del lavoratore, nei termini dell'info-lavoratore<sup>42</sup>.

Gramsci aveva affermato che «l'americanismo e il fordismo rappresentano il maggior sforzo collettivo verificatosi finora per creare con rapidità inaudita e con una coscienza del fine mai vista nella storia, un tipo nuovo di lavoratore e di uomo»<sup>43</sup>. La riflessione si può recuperare, nei nostri giorni, riferita ai nuovi processi di organizzazione del lavoro e della società, che fondano lo *status* nuovo del soggetto “always-on”.

La disponibilità costante di chi lavora, dovunque e comunque, verso l'azienda e la dilatazione esponenziale dei confini dell'impresa stanno producendo un ritorno alla *locatio hominis*? Si prospetta un ritorno alla disponibilità al committente/datore di lavoro perpetuata per tutto il tempo di vita, oltre che di lavoro e il risultato della prestazione sta diventando il baricentro anche del lavoro subordinato.

Dunque, l'esigenza di conferire una qualificazione certa ai rapporti di lavoro su piattaforma vuol dire anche incidere sui risvolti sociali di essi: regolamentare attraverso la legislazione siffatte forme di lavoro significa determinare una disciplina che tuteli l'orario di lavoro<sup>44</sup>, la retribuzione, il recesso del rapporto.

---

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> F. BERARDI, *L'anima al lavoro. Alienazione, estraneità, autonomia*, Roma, 2016.

<sup>43</sup> A. GRAMSCI, *Quaderni dal carcere*, Torino, 1975.

<sup>44</sup> È d'altronde un'operazione già avviata quella di dare certezza alla disciplina dell'orario di lavoro, specie, digitale, attraverso la previsione, per via legislativa, di un diritto alla disconnessione. Per approfondimento si rinvia a R. DI MEO, *Il diritto alla disconnessione nella prospettiva italiana e comparata*, in *Labour and Law Issues*, 2017, 3, 2.



#### 4. Una proposta: oltre l'applicazione del principio della prevalenza della realtà sulla forma

La riflessione fin qui compiuta necessita di un riepilogo per gradi: la tecnologia ha mutato l'organizzazione del lavoro, da cui discende l'equivoco dell'autonomia nel rapporto da parte della persona che lavora; eppure, analizzando i casi reali e tenendo conto del principio della prevalenza della realtà sulla volontà cartolare, si possono individuare gli spazi per rinvenire anche il vincolo di subordinazione all'interno di questi stessi rapporti. Si pone, ora, un altro punto essenziale: nel prospettare la sussistenza della subordinazione semplicemente guardando alla realtà dei casi, si può inciampare nel rischio e nel paradosso di attribuire al diritto una funzione ultronea rispetto a quella che gli è proprio: «[...] la funzione del diritto non è quella di rappresentare la realtà, bensì quella di regolarla»<sup>45</sup>.

Dunque, è utile per la certezza del diritto intervenire legislativamente<sup>46</sup>: tra i paesi di tradizione romanistica, l'interpretazione del vincolo di subordinazione ha sempre dato rilievo dominante all'elemento dell'etero-direzione<sup>47</sup>. Con i lavori digitali in cui si ravvede una forma abbastanza consistente di auto-gestione del tempo, la giurisprudenza, e con essa la dottrina, hanno fronteggiato grandi problemi di incertezza, a tal punto che le Corti di uno stesso ordinamento, oltre che di ordinamenti comparabili, hanno prodotto decisioni di segno opposto e hanno, per-

---

<sup>45</sup> M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Dir. lav. rel. Ind.*, 2008, I, pp. 21-46, qui p. 22.

<sup>46</sup> Per completezza argomentativa non si può ignorare che una parte della dottrina ha individuato nella contrattazione collettiva la fonte per regolare i rapporti di lavoro digitali, tuttavia non potendo in questa sede sviluppare un approfondimento sufficiente, si rinvia alla riflessione di M. FORLIVESI, *Alla ricerca di tutele collettive per i lavoratori digitali: organizzazione, rappresentanza, contrattazione*, in *Labour and Law Issues*, 2018, IV, 1; A. LASSANDARI, *La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile*, in *Labour and Law Issues*, 2018, IV, 1.

<sup>47</sup> Sulle ragioni di questa dominante e classica interpretazione della subordinazione nei termini della etero-direzione si rinvia alla lucida riflessione di L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel secolo XX*, in *Il diritto del lavoro alla svolta del secolo*, *Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro*, Ferrara, 11-12-13 maggio 2000, Milano, 2002, pp. 3-22.

ciò, reso ancora più labile i contorni della certezza della qualificazione giuridica di un rapporto di lavoro. Al fine della riduzione dell'incertezza connessa alla controversa qualificazione dei rapporti di lavoro di questo genere, dunque, l'intervento legislativo appare la via più opportuna.

Nel § 1 si è accennato ai progetti di legge che hanno già interessato il nostro ordinamento, ancora nessuno, tuttavia, ha trovato seguito nell'*iter* di approvazione parlamentare.

Si è cercato di argomentare su quali basi teoriche e giuridiche possa poggiare la proposta di modificare l'art. 2094 c.c., reinterpreandolo alla luce delle nuove forme di lavoro.

Rimane vivo, in questa prospettiva, ancora l'insegnamento sul "lavoro astratto", o al singolare, su cui è stata tarata, nei primi anni del Novecento, la categoria del lavoro subordinato dalla prima dottrina giuslavorista che, come ragionevolmente rilevato, aveva l'obiettivo di non "disturbare" «le armonie egualitarie del diritto dei contratti», confrontandolo con una tipologia, quale il lavoro operaio, che, invece, conteneva non pochi elementi discordanti. C'è stato un tempo, dunque, in cui il lavoro astratto era essenziale

per costruire l'assetto della società non più sugli *status* ma sul contratto, così [...come...] il lavoratore astratto barassiano [...era...] necessario per legittimare giuridicamente il potere del capitalista imprenditore sull'organizzazione produttiva<sup>48</sup>

e c'è un tempo per riflettere non più su che cosa abbiano di diverso le varie forme di lavoro che, in particolare, i cambiamenti tecnologici hanno apportato, bensì riflettere su «quale sia il denominatore comune» ad esse.

Ovvero, è arrivato il momento di pensare che esiste un nucleo duro che accomuna le forme di lavoro: qui, è evidente il rischio di cadere nella formula del lavoro *sans phrase*<sup>49</sup>, senza aggettivi, e di limitarsi a

---

<sup>48</sup> M.G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, cit., p. 24.

<sup>49</sup> Si rinvia a M. PEDRAZZOLI, *Lavoro sans phrase e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autonomo*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, I, pp. 49-104.

ragionare sulle tutele da accordare ad esso, trascurando o ritenendo non utile il problema della qualificazione dei rapporti di lavoro. Molti e molte in dottrina hanno proposto argomentazioni che andassero solo in quest'ultimo senso<sup>50</sup>. Tuttavia, se l'estensione in via analogica delle tutele proprie del lavoro subordinato venisse realizzata in via contrattuale, finiremmo per impattare con i noti problemi di efficacia che implica il deferimento integrale alla regolamentazione del trattamento di un rapporto di lavoro alla contrattazione; se l'estensione in via analogica venisse invece realizzata tramite la via legislativa, finiremmo o per violare il principio di uguaglianza, se fosse riconosciuta solo una parte delle tutele tipicamente connesse ai lavoratori subordinati o per compiere – senza dirlo – la riconduzione del lavoro sulle piattaforme al lavoro tradizionalmente considerato subordinato, riconoscendo al primo tutte le tutele previste per il secondo: cioè per arrivare alla stessa proposta che qui avanzo, ma per una via indiretta.

La proposta che qui si intende affrontare, invece, muove dall'idea che non è il nuovo lavoro che deve adattarsi all'esistente giuridico e normativo che c'è e che si rinviene negli ordinamenti, ma viceversa: è l'esistente giuridico che deve adeguarsi, riconoscere le nuove forme di lavoro, e prepararsi a regolamentarle. Pertanto, preso atto che né la giurisprudenza né la contrattazione collettiva, con i limiti di efficacia che ben conosciamo, si candidano a soluzioni che garantiscano certezza giuridica ai fenomeni in atto, lo strumento in grado di produrre una decrescita dell'incertezza è un intervento legislativo non in quanto modificativo della norma codicistica in tema di subordinazione, ma in quanto chiarificatore del significato stesso di subordinazione<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Tra i molti contributi in tema di tutela per i *riders* della *gig economy* si rinvia a: G. SANTORO PASSARELLI, *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2018, III, pp. 339-353; V. PAPA, *Post-industriale o pre-moderno? Economia digitale e lavoratori on demand: nuovi paradigmi organizzativi e vecchie esigenze di tutela*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, 3, pp. 729 ss.

<sup>51</sup> Un progetto già in atto nell'ordinamento francese con la proposta formulata da un gruppo di 18 giuristi, "Groupe de Recherches pour un Autre Code du Travail", presentato all'Università di Paris X Nanterre il 31 marzo 2017 (per il quale si rinvia a: AA.VV., *Proposition de Code du Travail*, Dalloz, Paris, 2017) e già attuato nell'ordinamento portoghese con la citata legge n. 45 del 10 agosto 2018 (vd. nota 9).



# SCHREMS CONTRO FACEBOOK: GLI INCERTI CONFINI DELLA CATEGORIA DEI CONSUMATORI

*Giuseppe Emanuele Corsaro*

SOMMARIO: 1. *Premessa: sulla certezza del diritto dei contratti.* 2. *Gli incerti confini della nozione giuridica di consumatore.* 3. *Criticità 2.0: il social consumer alla prova dei fatti.* 4. *Considerazioni a margine di Schrems II.* 5. *Prime conclusioni.*

## *1. Premessa: sulla certezza del diritto dei contratti*

L'evoluzione tecnologica e lo sviluppo delle dimensioni digitali del mercato e delle professioni hanno messo sempre più in evidenza, com'è noto, le possibili lacune della regolazione giuridica, e le difficoltà di interpretare o modificare i testi normativi al passo con la rapidità del progresso. Ciò accade nonostante il frequente ricorso, da parte del legislatore, alla determinazione di categorie generali ed astratte destinate a governare i fenomeni sociali alla luce della successiva attività interpretativa degli operatori giuridici ed anche in mancanza di tempestivi interventi di modifica dei testi. Quando ciò accade le norme vigenti risultano capaci di adattarsi e modularsi sulla realtà e, mantenendo un elevato livello di predeterminazione e stabilità, permettono di garantire quel grado di *certezza* regolativa della quale ciascuna società ha bisogno<sup>1</sup>.

La rivoluzione prodotta nella sfera della regolazione giuridica dai fenomeni del cosiddetto 'internet partecipativo' impone, in particolare, una rilettura delle categorie normative alle quali appartengono i soggetti che concludono i contratti di accesso ai *social network* ed una riflessione sui confini mobili di tali categorie.

In tale quadro, il mio intervento si propone di offrire alcuni spunti sulla persistente incertezza della categoria di *social consumer*, verifi-

---

<sup>1</sup> F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, 1968.

cando in particolare se le parti delle relative tipologie di contratto<sup>2</sup> siano in grado di prevedere se e in che misura trovano applicazione ai loro rapporti giuridici le tutele tipiche dei consumatori. Il tema interroga, in altre parole, sulla certezza/incertezza<sup>3</sup> di confini della nozione di consumatore in tale specifico contesto. A questo scopo utilizzerò come caso di studio la recente sentenza della Corte di giustizia sulla causa *Maximillian Schrems contro Facebook Ireland*<sup>4</sup>.

Le questioni presupposte concernono profili più generali di incertezza nel diritto privato contemporaneo, qui di seguito brevemente ricordati<sup>5</sup>: da un lato, il problema della frammentazione delle fonti del diritto, dall'altro, il dibattito sulla 'certezza' delle categorie giuridiche. Nella sfera del diritto privato, come si sa, l'idea di completezza dell'ordinamento è saldamente legata all'esistenza del codice che rappresenta l'essenza stessa della legge: generale, astratta e totalizzante. «Se davvero vi è stata nella dottrina gius-privatistica una "malattia" del positivismo che ha caratterizzato il pensiero di diverse generazioni, questa malattia va diagnosticata come malattia del codice civile»<sup>6</sup>. In estrema sintesi e semplificando, il codice permette di costruire un sistema di norme unico e coerente che pretende di disciplinare tutte le fattispecie generali. Eccezionalmente si dovrebbe fare ricorso a leggi estranee al codice, le quali comunque rischiano di creare frammentazione e dunque incertezza. È poi di tutta evidenza che allo stato dell'arte il codice abbia perso la propria centralità. Questo strumento, che dovrebbe avere una efficacia generale, ha finito invece per avere una portata residuale: quando una fattispecie non rientra in una tra le varie disposizioni speciali, allora si applicano le norme codicistiche. La 'fuga' dal codice si è realizzata

---

<sup>2</sup> Per un'analisi approfondita sulla natura del contratto di *social network* si veda C. PERLINGIERI, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014.

<sup>3</sup> Sulla definizione di certezza del diritto si veda, *ex multis*, S. BERTEA, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Catanzaro, 2002, pp. 57 ss.; M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *Federalismi.it*, 2018.

<sup>4</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE) del 25 gennaio 2018, *Schrems II (C-498/16)*. V. *infra* p. 9.

<sup>5</sup> C. CAMARDI, *Certezza e incertezza nel diritto privato contemporaneo*, Torino, 2017.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 10.

da un lato con la legislazione speciale e dall'altro per mezzo di normative sovranazionali (oltre che internazionali): il discorso specialistico sul diritto dei contratti non può prescindere dalle interferenze del diritto dell'Unione europea (UE)<sup>7</sup>.

Il diritto europeo ha infatti offerto al diritto dei contratti alcune tra le norme idonee a governare la rapida evoluzione della realtà. Le attenzioni dell'Unione (e prima ancora delle Comunità) sono state dirette, da un lato, ad offrire una regolazione degli scambi commerciali omogenea o uniforme, dall'altro, ad offrire rimedi adeguati ed effettivi alle parti contrattuali per generare la necessaria fiducia degli attori economici: scopo primario del legislatore europeo è quello di garantire il più alto grado di *certezza* regolativa nel mercato interno, assumendo come obiettivi e *core values* comuni la competitività e l'innovazione.

Il diritto (europeo) dei contratti è regolato dall'insieme delle norme rilevanti del diritto dell'Unione europea, di quelle nazionali di diritto privato e commerciale, come interpretate e applicate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dei giudici nazionali. Sebbene la frammentazione possa apparire un elemento di incertezza, credo che l'intervento ordinato del legislatore nazionale e del legislatore europeo, così come interpretato dalla Corte di giustizia, possa offrire dei criteri stabili per la regolamentazione dei rapporti giuridici. È allora fondamentale comprendere se la palese frammentazione della disciplina sia superata dalla coerenza che il sistema è in grado di creare.

La coerenza deve essere individuata sia nel sistema normativo sia nell'evoluzione giurisprudenziale. Per coerenza intendo la capacità del discorso giuridico di «fare senso»<sup>8</sup>, cioè la situazione in cui la somma delle norme e delle interpretazioni abbia un significato comune.

Se, come detto, il diritto dei contratti (e come meglio vedremo il diritto dei contratti dei consumatori) è caratterizzato da una pervasiva presenza del diritto dell'Unione<sup>9</sup>, allora la questione riguarda la verifica

---

<sup>7</sup> Considerazioni positive sulla complessità dell'ordinamento giuridico e sul ruolo del diritto dell'Unione, in P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 77.

<sup>8</sup> N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, traduzione italiana a cura di M. LA TORRE, Milano, 1990.

<sup>9</sup> V. RUBINO, *L'evoluzione della nozione di consumatore nel processo di integrazione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2017, 2, pp. 343 ss.

della coerenza dei testi normativi (sia sovranazionali che quelli nazionali di recepimento), e delle decisioni dei giudici di Lussemburgo nel loro ruolo nomofilattico.

Applicare la categoria del consumatore agli utenti dei *social*, può essere considerato un *hard case*, nel quale l'intervento razionale del giudice può condurre il sistema verso la certezza giuridica<sup>10</sup>.

Da tali considerazioni teoriche, ci si propone di applicare il modello di certezza-coerenza alla categoria del consumatore. Viene osservata la classica nozione di consumatore e le tutele che da essa derivano e la si confronta con il *modus operandi* degli utenti dei *social network*. La criticità nasce dalla difficile sussunzione dei comportamenti degli utenti social-digitali entro il modello delle finalità del consumatore. L'obiettivo è valutare i confini interpretativi della categoria, ed infine di analizzare una recente decisione della Corte di giustizia in materia. Per tale ultimo profilo si propone di valutare i percorsi argomentativi del giudice europeo e la coerenza che essi hanno determinato.

Nei successivi paragrafi illustrerò brevemente la nozione di consumatore come disposta dalle fonti giuridiche rilevanti (sovranazionali e nazionali) e come interpretata dalla giurisprudenza europea, facendo riferimento alle tutele e ai rimedi riconosciuti ai consumatori che si confrontano con la complessa e multiforme realtà dei *social network*. Evidenti criticità regolative e interpretative mettono in discussione la certezza del diritto con riferimento ai comportamenti degli utenti delle reti sociali digitali. Alcune questioni fondamentali restano ancora aperte, come appare ad una lettura critica della decisione sul caso *Schrems II*, che sembra eludere un confronto diretto con gli interrogativi di fondo sollevati dagli incerti confini della nozione di consumatore sui *social network*.

---

<sup>10</sup> H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 2012, p. 272: «the judge must not do this arbitrarily: that is he must always have some general reasons justifying his decision and he must act as a conscientious legislator would by deciding according to his own beliefs and values».



## 2. *Gli incerti confini della nozione giuridica di consumatore*

La categoria del consumatore ha un'origine e uno sviluppo sociale ed economico, trovando recentemente una cittadinanza giuridica. Il benessere economico degli anni Sessanta si basa da un lato su una crescita esponenziale della produzione, dall'altro sulle nuove disponibilità economiche e finanziarie che hanno permesso ai cittadini di soddisfare anche le esigenze secondarie. Nasce la *società dei consumi*, all'interno della quale emergono rapidamente le esigenze di tutela dei consumatori di fronte alle possibili condotte scorrette dei produttori.

Il primo documento istituzionale che si occupa del diritto dei consumatori è la *Consumer bill of rights* proposta da J.F. Kennedy nel 1962, all'interno della quale ritroviamo le fondamenta dell'odierno diritto dei consumatori: a) il diritto alla salute e alla sicurezza, b) il diritto all'informazione, c) il diritto di scegliere, d) il diritto d'azione, c) il diritto all'educazione<sup>11</sup>.

La tutela dei consumatori è transitata dagli Stati Uniti in Europa, qui ha trovato una fucina inarrestabile nel processo di integrazione. Il diritto internazionale privato europeo da un lato ha posto l'accento sul foro del consumatore con la Convenzione di Bruxelles del 1968, dall'altro ha posto limiti alla scelta della legge applicabile ai contratti dei consumatori con la Convenzione di Roma del 1980. La tutela dei consumatori ha ottenuto un primo riconoscimento del diritto primario con la firma dell'Atto unico europeo, il quale all'articolo 100A pone come obiettivo la salute e la sicurezza del consumatore nell'elaborazione delle leggi relative alla regolamentazione del mercato unico. Con il trattato di Maastricht la questione dei consumatori è diventata una politica istitu-

---

<sup>11</sup> Cfr. *Special message to Congress on protecting consumer interest, 15 March 1962*, disponibile all'url <https://www.jfklibrary.org/asset-viewer/archives/JFKPOF/037/JFKPOF-037-028>.

zionale dell'Unione<sup>12</sup>. Il diritto derivato ha disciplinato la materia già nel 1985 con le direttive n. 374<sup>13</sup> e n. 577<sup>14</sup>.

Il consumatore viene definito dalle numerose fonti del diritto (sia dell'Unione che degli Stati membri) per un suo elemento negativo, cioè l'assenza di finalità economiche o professionali nella conclusione del contratto<sup>15</sup>. L'imprenditore è il soggetto che produce i beni e che offre i servizi, ossia colui che effettua operazioni finalizzate al profitto economico. Il consumatore invece esaurisce lo scopo delle proprie operazioni economico nell'utilizzo dei beni e servizi per il godimento privato. Da tale definizione generale, la Corte di Giustizia<sup>16</sup> ha delimitato i confini della categoria del consumatore. Relativamente alle finalità con le quali viene concluso un contratto, i giudici europei hanno posto una interpretazione restrittiva: esse non riguardano le caratteristiche soggettive del contraente, bensì devono essere inerenti al singolo contratto. Quando il contraente ha finalità di consumo gode di una normativa

---

<sup>12</sup> P. MENGOZZI, *Commento all'articolo 169*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014; G. VITELLINO, *Commento all'articolo 169*, in F. PO-CAR, M. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014.

<sup>13</sup> Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

<sup>14</sup> Direttiva 85/577/CEE del Consiglio del 20 dicembre 1985 per la tutela dei consumatori in caso di contratti negoziati fuori dei locali commerciali.

<sup>15</sup> Cfr., in particolare, V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011 pp. 847 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Commento all'articolo 3 del Codice del consumo*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, pp. 70 ss.; G. ALPA, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *I contratti del consumatore*, Milano, 2014; R. CLARIZIA, *Omnia Trattati giuridici, Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, Vicenza, 2018, pp. 1194 ss.; C. MARIANI, *I contratti dei consumatori, clausole abusive, garanzie*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Omnia Trattati giuridici, Concorrenza mercato e diritto dei consumatori*, Vicenza, 2018, pp. 1310 ss.; E. GUERINONI, *I contratti del consumatore in generale*, in G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *op. cit.*, pp. 1368 ss.; A. FICI, *Sulla nozione di «contratto del consumatore»*, in *Rivista di diritto privato*, 2018, 3, pp. 435-463.

<sup>16</sup> Si veda la decisione del 20 gennaio 2005, *Gruber* (C-464/01) e la giurisprudenza ivi richiamata.

di favore (che sarà brevemente illustrata), diversamente se egli ha finalità economiche troverà applicazione il diritto comune dei contratti. La giurisprudenza ha inoltre stabilito che se nel contratto sono presenti finalità prodromiche all'esercizio della professione o dell'impresa, il contraente non è un consumatore<sup>17</sup>. Per quel che riguarda la possibile commistione di finalità private con finalità professionali, la Corte ha stabilito che il contraente può essere considerato un consumatore solo laddove la finalità economica abbia un carattere marginale<sup>18</sup>.

L'individuazione di questa categoria di soggetti non è un puro sforzo teorico, perché su di essa si fondano un insieme di tutele che sono fondamentali per la *governance* dei contratti nel mercato dell'Unione europea. I consumatori ottengono tutele di favore nelle fasi precontrattuale, esecutiva, rimediale. A titolo esemplificativo: prima di concludere il contratto l'acquirente ha diritto a ricevere informazioni su tutti i propri diritti, nonché ad ottenere descrizioni non ingannevoli di quanto sta per acquistare; durante l'esecuzione del contratto (quando l'utente gode del bene o servizio) ha diritto all'assistenza, ossia alla garanzia che per legge ha durata di due anni, al diritto di recesso per ripensamento; la tutela si completa con la possibilità di tutelare i propri interessi avendo diritto ad agire presso il proprio foro di residenza e vedendosi applicate le leggi del proprio Stato.

La questione riguarda ancora la certezza dei rapporti giuridici tra privati. Affinché si possa pensare un mercato unico è necessario che gli acquirenti europei abbiano fiducia dei venditori e che, a prescindere dal luogo in cui si conclude o si esegue il contratto, le norme applicabili siano le medesime o comunque uniformi. Le politiche di tutela del consumatore che possono apparire paternaliste, sono in realtà uno strumento irrinunciabile per permettere agli imprenditori europei di svolgere le proprie attività economiche in un mercato quantitativamente e qualita-

---

<sup>17</sup> Si veda anche l'ordinanza della Corte di Cassazione del 5 maggio 2015 n. 8904: «In altri termini per assumere la qualifica di professionista, ai sensi del D.Lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 3, non è necessario che il soggetto stipuli il contratto nell'esercizio dell'attività propria dell'impresa o della professione, ma è sufficiente che lo concluda al fine dello svolgimento o per le esigenze dell'attività imprenditoriale o professionale».

<sup>18</sup> Decisione *Gruber*, cit.

tivamente superiore a quello nazionale<sup>19</sup>. Il legislatore europeo ha introdotto questa normativa di favore per il consumatore mosso da finalità prettamente economiche volte a garantire l'efficienza del mercato.

Ciò appare chiaramente allorquando facciamo riferimento a un consumatore (*online* o *offline*) che acquista beni e servizi offrendo in cambio una prestazione economica. Appare diverso il bisogno di tutele di un consumatore in un contratto<sup>20</sup> di *social network*. È difficile apprezzare il contenuto economico di tale contratto, e di conseguenza è altrettanto complesso comprendere quali siano le garanzie da prestare in corso di esecuzione del contratto. La tutela del consumatore è strettamente connessa al suo diritto alla *privacy*, alla verifica della vessatorietà delle clausole contrattuali, all'applicazione del diritto internazionale privato europeo. Gli obblighi informativi sul trattamento dei dati personali ed il consenso sulle clausole che lo disciplinano sono il principale interesse del consumatore che accedendo al *social network* permette al gestore la cd. profilazione. Se gli obblighi informativi non sono stati rispettati, allora il consumatore deve avere la possibilità di tutelare i propri diritti. Per rendere agevole l'accesso al giudice, il diritto internazionale privato europeo, sin dalla originaria Convenzione di Bruxelles del 1968, ha individuato il foro del consumatore<sup>21</sup>: in deroga alla disciplina ordinaria – secondo la quale è competente il giudice del luogo in cui ha residenza il convenuto – è previsto che il consumatore può agire discrezionalmente presso il giudice del luogo in cui ha il domicilio o la residenza.

---

<sup>19</sup> In senso critico, V. ROPPO, *I paradigmi di comportamento del consumatore, del contraente debole e del contraente professionale nella disciplina del contratto*, in G. ROJAS ELGUETA, N. VARDI (a cura di), *Oltre il soggetto razionale Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2016, pp. 25 ss.: «per la posizione e il ruolo che occupa nel mercato, si presenta in generale come contraente debole rispetto al professionista con cui entra in rapporto, e per questo merita protezione normativa».

<sup>20</sup> Cfr. R. CATERINA, *Cyberspazio, social network e teoria generale del contratto*, in *AIDA*, 2011, p. 93 ss., che ha perfino dubitato dell'esistenza di un contratto, considerando che né il gestore del sito web né l'utente assumono obbligazioni corrispettive.

<sup>21</sup> P. FRANZINA, *Commento all'articolo 17 del Regolamento Bruxelles I-bis*, in G. DE CRISTOFARO, A. ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Padova, 2013, p. 1104 ss.

Un contraente che non rientra nella nozione di consumatore non avrà le medesime tutele in tema di clausole vessatorie, e dovrà agire presso il foro del convenuto oppure presso il foro individuato nel contratto.

### 3. Criticità 2.0: il social consumer alla prova dei fatti

Gli utenti dei *social network*, come già detto, hanno bisogno di tutele che riguardano sia la *privacy* sia l'eventuale diritto ad accedere ad un giudice in caso di controversie. Gli *users* digitali, abituati ad essere protetti dal diritto nel mondo di internet, pensano di godere di questi diritti per il solo fatto di contrapporsi a multinazionali. Sono consapevoli di essere dei  *Davide contro Golia*<sup>22</sup>, ma pensano che questa differenza di potere sia colmata dall'ordinamento. In effetti, sia il legislatore europeo che i legislatori nazionali hanno posto norme per riequilibrare la tutela degli *user* sia sotto profili processuali che sostanziali<sup>23</sup>. Abbiamo però precisato che il fondamento delle tutele è il possesso dello *status* di consumatore. Ciò significa che il non consumatore è un piccolo  *Davide* senza la fianda.

Milioni di utenti accedono ai *social network*, cioè concludono il contratto in forza del quale possono creare un proprio spazio web (chiamato indistintamente pagina, bacheca, diario, profilo) dove pubblicare i contenuti più vari. Gli utenti creano *account* e accettano termini e condizioni senza verificare esattamente gli obblighi che assumono purché non sia necessario fornire dati di carte di credito o conti correnti (infatti al di fuori di queste ipotesi l'utente è certo di non avere obblighi economici, e tanto basta perché termini e condizioni siano un insieme di parole in una lingua poco comprensibile e per nulla interessante).

Nell'ambito delle reti sociali digitali, possiamo operare una prima divisione tra *social network* 'privati' e *social network* 'professionali': i

---

<sup>22</sup> M. REQUEJO Isidro, 'Max Schrems against Facebook' (2018), in *MPILux Research Paper Series* 2018 (4), disponibile on line <[https://www.mpi.lu/fileadmin/user\\_upload/Requejo\\_Isidro\\_Schrems\\_Facebook\\_02July18.pdf](https://www.mpi.lu/fileadmin/user_upload/Requejo_Isidro_Schrems_Facebook_02July18.pdf)>.

<sup>23</sup> Si fa riferimento al sistema di diritto internazionale privato europeo, ed al recente intervento dell'Unione in materia di privacy.

primi sono caratterizzati dalla pubblicazione di contenuti personali con amici virtuali; i secondi invece servono a far crescere la rete di conoscenze professionali e aumentare la propria reputazione. Su entrambi i tipi di piattaforma digitale, si pongono questioni critiche relative alla protezione dei dati personali e all'accesso alla giustizia del cosiddetto «interessato»<sup>24</sup> dal trattamento dei dati.

In relazione ai *social* professionali, gli utenti che vi accedono non possono certamente qualificarsi come consumatori. Tali *user* concludono il contratto di *social network* per finalità legate alla attività economica esercitata o futura. La questione può essere valutata osservando il contratto di accesso alla nota piattaforma digitale *LinkedIn*. In tale rete, oltre 546 milioni di utenti<sup>25</sup> hanno concluso un contratto nel quale si dichiarano professionisti e al quale aderiscono con il preciso scopo di accrescere la propria rete professionale. Da un lato quindi il soggetto debole si qualifica come professionista, dall'altro dichiara di utilizzare ed utilizza il contratto per finalità professionali. L'articolo 6 del contratto di licenza *LinkedIn* dispone che

Lei e *LinkedIn Ireland* accettate che la legislazione irlandese, salvo casi di conflitto tra le leggi, regolerà esclusivamente tutte le controversie concernenti il presente Contratto e/o i Servizi. Lei e *LinkedIn Ireland* accettate che eventuali rivendicazioni e dispute possono essere discusse esclusivamente nei tribunali di Dublino, Irlanda, ed entrambi accettiamo la giurisdizione personale dei tribunali siti a Dublino, Irlanda.

Tuttavia, esistono utenti che accedono al *social* senza avere nessuna attività (e capacità) economica. Si può fare l'esempio di uno studente di economia che si iscrive alla piattaforma per creare la propria rete professionale al fine di avere una buona reputazione nel momento in cui

---

<sup>24</sup> Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (GDPR), art. 4: «1) «dato personale»: qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile («interessato»); si considera identificabile la persona fisica che può essere identificata, direttamente o indirettamente, con particolare riferimento a un identificativo come il nome, un numero di identificazione, dati relativi all'ubicazione, un identificativo online o a uno o più elementi caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, genetica, psichica, economica, culturale o sociale;...».

<sup>25</sup> Dati disponibili all'url <<https://about.linkedin.com/it-it>>.

potrà svolgere la propria attività economica: questo soggetto, debole e disorganizzato, non può utilizzare il foro del consumatore in presenza di controversie con *LinkedIn*. La categoria legale del consumatore non è in grado di regolare i contratti di accesso ai *social* ‘professionali’ in presenza di comportamenti *borderline* dei contraenti.

Profili critici si riscontrano anche nell’altra categoria di *social network*, quelli ‘privati’. L’incerta applicazione della categoria dei consumatori riguarda due tipologie di utenti: coloro i quali sponsorizzano mediante il *social* le proprie attività economiche, e coloro i quali svolgono tramite l’*account social* il proprio lavoro di *influencer*<sup>26</sup>.

Entrambe le questioni riguardano l’utilizzo di un contratto con finalità promiscue. La prima tipologia di soggetti *social*, compie un’attività di autopromozione, ossia trova nuovi clienti (o rafforza la *fidelity* dei clienti già acquisiti) mediante la pubblicazione di offerte o in generale contenuti positivi legati all’attività che svolge nel mondo *offline*. Questi utenti pubblicano *post* che per quanto possano essere personali, sono idonei a rendere più proficua la propria attività economica.

La seconda tipologia di soggetti svolge il proprio lavoro proprio sulla piattaforma digitale, così che il contratto di accesso al *social network* rappresenta il primo atto necessario allo svolgimento dell’attività economica. Questi utenti pubblicano sia *post* strettamente personali, sia

---

<sup>26</sup> L’AGCM nell’esercizio dei propri compiti di vigilanza ha dovuto fronteggiare il problema della pubblicità occulta promossa dagli *influencer*, e quindi determinare i caratteri di tale categoria. Si fa in particolar modo riferimento a: AGCM, Relazione annuale sull’attività svolta nel 2017 presentata al Presidente del Consiglio dei Ministri il 31 marzo del 2018: «personaggi di riferimento del mondo online che hanno un numero elevato di followers e sono in grado di influenzare appunto i gusti del pubblico, mostrando sostegno o approvazione per determinati marchi e generando così un effetto pubblicitario, ma senza palesare in modo chiaro e inequivocabile ai consumatori la finalità pubblicitaria della comunicazione». Ancora sulla definizione di *influencer* cfr. le *Conclusioni dell’Avvocato generale Michal Bobek presentate il 14 novembre 2017 (C-498-16)*: «Tali *influencer* possono essere definiti come “normali, ordinari utenti di Internet che ottengono un seguito relativamente ampio su blog e social media descrivendo, con immagini e testi, le loro vite e i loro stili di vita, interagiscono con il loro seguito in spazi digitali e fisici, e monetizzano tale seguito inserendo i cosiddetti advertorial nei loro blog o negli interventi che postano sui social media”, Abidin, C., «Communicative Intimacies: Influencers and Perceived Interconnectedness», in *Ada: A Journal of Gender, New Media, and Technology*, vol. 8, 2015, pag. 29».

contenuti che, nonostante sembrano personali, sono finanziati da parti terze. Particolarmente critica è la individuazione del momento in cui vi è la transizione da consumatore a *influencer*<sup>27</sup>. Infatti, come l'imprenditore (o il professionista) che compie attività preparatorie allo svolgimento dell'impresa o professione sta già agendo come non-consumatore, allo stesso modo l'utente *social* che svolge le attività necessarie ad avere un seguito online sta già agendo in collegamento alla professione.

Ambedue le tipologie di utenti, considerando la giurisprudenza della Corte sui contratti con scopi misti<sup>28</sup>, non possono rientrare nella categoria dei consumatori laddove la componente di contenuti legati ad attività economica non sia marginale. La questione di incertezza è strettamente connessa ai criteri per individuare la marginalità della finalità economica, come osservato nelle conclusioni al caso *Schrems II* dall'Avvocato Generale (AG), il quale propone una valutazione caso per caso<sup>29</sup>.

Il discorso giuridico razionale ha il compito di risolvere le antinomie che vengono evidenziate da queste che possiamo chiamare 'criticità 2.0'.

#### 4. Considerazioni a margine di *Schrems II*

In merito al problema del consumatore sui *social network* si è recentemente pronunciata la Corte di giustizia nel caso *Schrems contro Facebook Ireland*<sup>30</sup>. Nel Corpo della sentenza la Corte richiama la propria

---

<sup>27</sup> Da un punto di vista sociologico questi soggetti sono dei consumatori qualificati. Come tutti gli altri utenti, anche gli *influencers* hanno creato un proprio account e hanno iniziato a condividere le proprie esperienze personali sulla rete. Quando il mondo del *marketing* ha compreso che alcuni soggetti avevano guadagnato elevata reputazione ed elevato seguito, allora questi consumatori hanno potuto ottenere una retribuzione legata all'utilizzo dei *networks*.

<sup>28</sup> Gruber, cit.

<sup>29</sup> Conclusioni *Schrems II*, cit., §§ 58-60.

<sup>30</sup> Sentenza *Schrems II*, cit.



giurisprudenza<sup>31</sup> sulla nozione di consumatore sia nell'applicazione del diritto dei consumatori, sia nelle considerazioni sul diritto internazionale privato, per il quale si richiamano anche le decisioni rilasciate sotto la vigenza della Convenzione di Bruxelles del 1968<sup>32</sup>.

La Corte da un lato illustra ma non applica il cd. test *Gruber*<sup>33</sup>, dall'altro insinua degli *obiter dicta* – come sul punto relativo al dinamismo del consumatore – che non vengono però sviluppati<sup>34</sup>.

Una premessa rilevante prima di illustrare il caso in analisi concerne l'area del diritto nella quale ci si muove: nonostante si stia trattando la nozione di consumatore, questa rileva ai fini dell'applicazione del diritto internazionale privato europeo, per il quale la certezza del foro e della legge applicabile assumono un significato estremamente rilevante nell'interesse delle parti contrattuali ed anche degli Stati membri<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Sentenze della CGUE, 19 gennaio 1993, *Shearson Lehman Hutton* (C-89/91); 3 luglio 1997, *Benincasa* (C-269/95), 1° ottobre 2002, *Henkel* (C-167/00); 20 gennaio 2005, *Gruber* (C-464/01).

<sup>32</sup> Convenzione di Bruxelles, del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>33</sup> Sentenza *Gruber*, cit., «– un soggetto che ha stipulato un contratto relativo ad un bene destinato ad un uso in parte professionale ed in parte estraneo alla sua attività professionale non ha il diritto di avvalersi del beneficio delle regole di competenza specifiche previste dagli artt. 13-15 della detta Convenzione, a meno che l'uso professionale sia talmente marginale da avere un ruolo trascurabile nel contesto globale dell'operazione di cui trattasi, essendo irrilevante a tale riguardo il fatto che predomini l'aspetto extraprofessionale; – spetta al giudice adito decidere se il contratto in questione sia stato concluso per soddisfare, in misura non trascurabile, esigenze attinenti all'attività professionale del soggetto di cui trattasi ovvero se, al contrario, l'uso professionale abbia rivestito solo un ruolo insignificante; – a tal fine il detto giudice deve prendere in considerazione tutti gli elementi di fatto rilevanti che risultano oggettivamente dal fascicolo; non occorre invece tener conto di circostanze o di elementi di cui la controparte avrebbe potuto prendere conoscenza al momento della conclusione del contratto, a meno che il soggetto che fa valere lo status di consumatore non si sia comportato in modo tale da far legittimamente sorgere l'impressione, nella controparte contrattuale, di agire con finalità professionali».

<sup>34</sup> Sentenza *Schrems II*, cit., § 37.

<sup>35</sup> Tra i commenti alla sentenza si segnalano in particolare: N. BLANC, *Schrems v Facebook: Jurisdiction Over Consumer Contracts Before the CJEU*, in *European Data Protection Law Review*, 2017, pp. 413-417; T. LUTZI, 'What's a consumer?' (Some clarification on consumer jurisdiction, social-media accounts, and collective redress

La controversia riguarda due questioni di diritto internazionale privato sull'interpretazione degli articoli 15 e 16 del regolamento Bruxelles I<sup>36</sup>. Sull'articolo 15 il dubbio concerne la possibilità di agire davanti al foro del consumatore per un utente del *social network Facebook* che utilizza la rete virtuale per finalità che potrebbero essere considerate professionali; mentre sull'articolo 16 si pone la questione se un consumatore possa agire presso il proprio foro speciale anche in relazione alle tutele di altri consumatori i quali gli abbiano ceduto i loro diritti.

Il signor *Schrems* agisce contro *Facebook* per ottenere il riconoscimento di alcune violazioni contrattuali in materia di *privacy* nonché la riparazione per l'arricchimento senza causa del gestore del *social*<sup>37</sup>. L'azione viene promossa in Austria ove il ricorrente è domiciliato (foro del consumatore). Nello stesso procedimento *Schrems* agisce, come cessionario, per ottenere le medesime tutele in relazione a sette contratti conclusi da altri utenti con *Facebook*. Il giudice di primo grado di Vienna non riconosce lo *status* di consumatore al ricorrente e rifiuta la propria competenza; il giudice di secondo grado riconosce la competenza del tribunale di Vienna in relazione al rapporto del ricorrente principale, negando invece che si possa applicare il foro eccezionale anche per i diritti ceduti da terzi. Il giudice di ultima istanza investito della questione sulla competenza ha deciso di rinviare alla Corte di giustizia ponendo i quesiti sugli articoli 15 e 16 del Regolamento Bruxelles I. *Maximillian Schrems* ha concluso il contratto con *Facebook* nel 2008 per finalità private; nel 2011 ha aperto una pagina sulla quale ha sponsorizzato le proprie attività contro *Facebook*.

La decisione della Corte giunge al dispositivo suggerito dall'avvocato Bobek, e sembra ripercorrerne le argomentazioni; tuttavia, come sarà

---

*under the Brussels Ia Regulation: Case C-498/16 Maximilian Schrems v. Facebook Ireland Limited*, EU:C:2018:37, in *Maastricht journal of European and comparative law*, 2018 pp. 374-381; M. REQUEJO, *Max Schrems against Facebook*, cit.

<sup>36</sup> Regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale; tale regolamento è stato sostituito dal regolamento (UE) n. 1215/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2012, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale.

<sup>37</sup> Sentenza *Schrems II*, cit., §15.

successivamente analizzato, la Corte si discosta dal parere dell'AG in relazione alle attività professionali sui *social*, non rispondendo concretamente ai problemi posti dall'innovazione tecnologica.

L'AG sviluppa sinteticamente il ragionamento alla base della sentenza *Gruber* concludendo che nei contratti a finalità promiscua la qualità di consumatore si mantiene solamente se gli elementi dell'attività economica sono talmente modesti da risultare marginali nel contesto del contratto<sup>38</sup>.

Nelle conclusioni si accetta<sup>39</sup> l'idea che in taluni casi, considerati eccezionali, un consumatore possa perdere il proprio *status* originario se nel corso dell'esecuzione del contratto egli abbia modificato le finalità di utilizzo. Ciò significa che nel quadro di un contratto di durata, che è stato concluso per finalità di consumo, se l'utente utilizza il contratto per ragioni connesse ad attività economiche o professionali, allora egli dovrà essere considerato un non-consumatore. L'AG pone l'esempio di una signora che conclude un contratto di servizi di comunicazione elettronica (posta elettronica) per le proprie comunicazioni private, e, dopo un lungo periodo di tempo, inizia ad utilizzare le proprie mail solo per motivi commerciali. In casi del genere la qualifica di consumatore può essere rivalutata quando dai fatti di causa emergano chiaramente le finalità economiche dell'utente<sup>40</sup>.

L'AG fa presente che sui social network la categorizzazione degli utenti non è così netta. Vi sono sì due estremi, lo *user* che condivide «una serie di selfie bizzarri e commenti che contengono più emoticon e punti esclamativi che parole», e l'imprenditore che utilizza il *social* per finalità pubblicitarie, ma tra questi due estremi «esistono cinquanta

---

<sup>38</sup> Conclusioni *Schrems II*, cit., § 34.

<sup>39</sup> *Ibidem*, § 39: «non dovrebbe essere integralmente escluso un approccio «dinamico» allo status di consumatore».

<sup>40</sup> *Ibidem*, §41, 42: «in casi complessi, nei quali la natura e la finalità del contratto sono miste, ossia nel contempo private e professionali, occorre valutare se il «contenuto» professionale possa essere considerato marginale. Qualora ricorra effettivamente tale ipotesi, lo status di consumatore può essere pur sempre mantenuto. Non dovrebbe escludersi, inoltre, che, in determinate situazioni eccezionali, in ragione di un contenuto indeterminato e di una durata potenzialmente lunga del contratto, lo status di una delle parti possa mutare nel corso del tempo».

sfumature di blu»<sup>41</sup>. Riflettendo sul soggetto che utilizza *Facebook* anche per scopi autopromozionali, Bobek sostiene assertivamente che dato il mancato «ritorno economico immediato» in tali operazioni, il consumatore non perde il proprio status<sup>42</sup>.

Questo elemento del ritorno economico immediato o dell'«impatto commerciale diretto ed immediato» vengono individuati dall'AG come le caratteristiche valide per distinguere il professionista dal consumatore sui *social*.

La Corte segue il ragionamento dell'avvocato:

tale interpretazione implica, in particolare, che un ricorrente utilizzatore di tali servizi possa invocare la qualità di consumatore soltanto se l'uso essenzialmente non professionale di tali servizi, per il quale ha originariamente concluso un contratto, non ha acquisito, in seguito, un carattere essenzialmente professionale<sup>43</sup>.

La Corte pone le stesse premesse logico giuridiche dell'AG, tuttavia non prende in esame nella propria decisione le criticità evidenziate da Bobek sul consumatore che compie attività autopromozionali sui *social*. I giudici eliminano alla radice la questione perché ritengono che nel caso in esame l'utente stesse semplicemente esercitando i propri diritti di consumatore. Evitano di rispondere alla questione relativa al valore economico delle stesse attività che poi divengono anche funzionali all'organizzazione della propria difesa. Se un professionista mediante il *social network* pubblica i propri risultati vittoriosi ed invita clienti a aderire alle sue iniziative legali, non vi è dubbio che tale pubblicità costituisce un'operazione connessa alla professione.

La sentenza piuttosto che valutare e rispondere al problema della sponsorizzazione di attività economiche tramite il contratto di *social network* (evidenziato negli atti della causa e nel corso dell'udienza pubblica)<sup>44</sup>, si limita a rispondere al quesito del rinvio pregiudiziale. La Corte Suprema austriaca domandava

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 46.

<sup>42</sup> *Ibidem*, § 60.

<sup>43</sup> Sentenza *Schrems II*, cit., § 38.

<sup>44</sup> Sugli argomenti trattati durante l'udienza pubblica vedi: N. BLANC, *Schrems v Facebook: Jurisdiction Over Consumer Contracts Before the CJEU*, cit.

se l'articolo 15 del regolamento n. 44/2001 debba essere interpretato nel senso che un utilizzatore di un account Facebook privato non perde la qualità di «consumatore» ai sensi di tale articolo quando pubblica libri, tiene conferenze, gestisce siti Internet, raccoglie donazioni e si fa cedere i diritti di molti consumatori al fine di farli valere in giustizia<sup>45</sup>.

Così posta la domanda non individua alcuna connessione tra il contratto di *social network* ed attività economiche collegate.

Certo, nel caso *Schrems* il ragionamento giuridico è razionale laddove le attività di organizzazione della propria difesa vengono ricondotte alla tutela dei propri diritti, laddove quella che qui viene definita pubblicità viene diversamente qualificata come «impegno ai fini della rappresentanza dei diritti e degli interessi degli utilizzatori di tali servizi»<sup>46</sup>.

La Corte rispetta una 'coerenza' e segue un'argomentazione persuasiva e razionalmente accettabile. Chi legge la sentenza *Schrems II* può comprendere che vi è una *consistency*, cioè non contraddittorietà tra una proposizione e l'altra e una *coherence* perché il ragionamento conclusivo «fa senso»<sup>47</sup>.

Tale decisione pecca però di fronte alla stabilità e alla capacità di orientare l'operatore giuridico. Da un lato, l'avvocato generale – in un breve paragrafo – enuncia il problema della definizione giuridica dei *social influencer*, ma ritiene che non sia necessario «dirimere tali complesse ipotesi»<sup>48</sup>, dall'altro la Corte non crea un'argomentazione stabile né definisce chiaramente come distinguere sui *social* il professionista dal consumatore. Si perde nella sentenza il criterio della commercialità immediata, che per quanto enunciato assertivamente dall' AG poteva acquisire – se sviluppato – un proprio ruolo nella valutazione delle attività sui *social*.

Le peculiarità del caso chiamavano la Corte a valutare la categoria di consumatore in relazione ai soggetti che svolgono una professione nel mondo reale e la sponsorizzano nel web, tramite un social network che dovrebbe avere finalità private. Tuttavia, la sentenza supera la que-

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, § 42.

<sup>46</sup> *Ibidem*, § 39.

<sup>47</sup> V. *supra*, nota 8.

<sup>48</sup> Conclusioni, *Schrems II*, cit., § 50.

stione dando una lettura diametralmente opposta alle condotte poste in essere dal ricorrente, considerandole atti prodromici alla difesa dei propri diritti.

Le questioni rilevanti sono invece trattate dall'avvocato generale, ma le sue argomentazioni – che oltretutto non hanno efficacia vincolante – non sono in grado di garantire una certa regolamentazione a questi rapporti giuridici segnati dall'evoluzione sociale e tecnologica. Bobek da un lato mette in luce le difficoltà nell'applicare il *test* Gruber ai contratti di reti sociali digitali, dall'altro conclude assertivamente che l'autopromozione non modifica la qualifica di consumatore perché non è in grado di «produrre un risultato commerciale immediato»<sup>49</sup>.

### 5. Prime conclusioni

La nozione di consumatore rappresenta una di quelle categorie normative generali ed astratte, la cui evoluzione il legislatore ha preferito consegnare alle tecniche interpretative dei giudici.

Come illustrato nei paragrafi precedenti, la Corte di Lussemburgo ha stabilito che quella del consumatore è una nozione ristretta, affermando che bisogna prendere in considerazione le finalità nel singolo contratto e non le generali conoscenze o attività del contraente; ha chiarito che anche gli atti preparatori allo svolgimento di un'attività economica escludono lo *status*; relativamente ai contratti con scopi misti, la Corte ha osservato che solo ove la finalità economica è marginale il contraente mantiene le tutele del consumatore.

La nozione così definita ha agevolmente governato i contratti di compravendita e di servizi conclusi *online*, garantendo la certezza nella regolazione dei rapporti tra privati.

La questione che si è cercata di delineare riguarda l'applicazione del (nuovo) articolo 12 del Regolamento Bruxelles I-bis e quindi la protezione di una particolare categoria di utenti *online*: l'utente *borderline* di un contratto di accesso a un *social network*.

---

<sup>49</sup> Conclusioni, *Schrems II*, cit., § 48.

I privati concludono questi contratti affidandosi alla categoria del consumatore. Tuttavia, alcuni utenti, che concludono questi contratti per un fine privato di consumo, possono iniziare successivamente ad utilizzare tali contratti con finalità diverse dal consumo. Abbiamo osservato che gli utenti possono utilizzare il *social network* per svolgere attività autopromozionali o di *advertising*, aventi un valore economico, con parti diverse dal gestore del *social*. Queste condizioni determinano una potenziale incertezza nella regolazione dei rapporti sia sotto il profilo sostanziale che processuale. Nell'orizzonte della certezza del diritto e della corretta interpretazione della categoria del consumatore, i giudici austriaci hanno domandato ai giudici dell'Unione come orientarsi di fronte a consumatori socio-digitali.

Il rinvio pregiudiziale della Suprema Corte austriaca domandava in sostanza se in presenza di attività di sponsorizzazione delle proprie attività tramite *Facebook* un utente può essere considerato consumatore. Tuttavia, il quesito non ha collegato direttamente l'attività di promozione alla fruizione del contratto, ma ha genericamente domandato se si può considerare ancora consumatore un utente che svolge attività remunerate connesse all'esercizio dei propri diritti di consumatore. Il legame tra l'attività promozionale e il contratto di *social network* emerge chiaramente dalla ricostruzione dell'avvocato generale. L'avvocato Bobek tratta brevemente la questione, ed in un solo paragrafo afferma che «la comunicazione personale, può portare, pressoché inevitabilmente, ad una situazione in cui il mondo professionale di una persona trabocca nella rete», senza che ciò determini la perdita dello *status* di consumatore.

La Corte, diversamente, non ha tenuto in considerazione l'aspetto professionale della promozione sui *social*, e svuotando di significato questa parte del quesito, ha deciso che le attività anche professionali relative alla difesa dei propri diritti non determinano la perdita della qualifica di consumatore. Tale sentenza appare riduttiva rispetto alla rilevanza del problema per il diritto dell'Unione.

A ciò si aggiunga, come brevemente introdotto dall'AG, che l'esistenza delle nuove professioni legate ai *social influencer* e anche la possibilità che il contratto privato sia usato per motivi esclusivamente autopromozionali creano ampi vuoti di tutela soprattutto in relazione

alla tutela della *privacy*. Il legislatore potrebbe intervenire individuando per questa diversa categoria di utenti online un foro per la tutela dei dati personali.

Possiamo osservare che nel singolo caso si è realizzata la certezza del diritto, ma nel sistema complessivo è presenta una frattura nella certezza dell'applicazione della categoria dei consumatori sui *social network*. Come detto nel precedente paragrafo, la Corte di giustizia in presenza di un *hard case*, non ha costruito un percorso interpretativo in grado di orientare altri giudici rendendo prevedibili le decisioni future. Leggendo le assertive conclusioni dell'AG sulle finalità private dell'autopromozione sui *social*, si comprende che fare riferimento all'autopromozione non avrebbe permesso ai giudici di sviluppare un'argomentazione persuasiva. Nella distanza fra la motivazione (e la narrazione) di Bobek e la decisione della Corte si nascondono le incertezze della categoria dei consumatori *social*.



DECLINAZIONI NUOVE DI PROBLEMI ANTICHI:  
L'IMPATTO DELLA DIGITALIZZAZIONE  
SUL MERCATO DEL LAVORO  
E LE PERDURANTI INCERTE RISPOSTE  
DEL SISTEMA DI SICUREZZA SOCIALE

*Chiara Garbuio*

*SOMMARIO: 1. Il sistema di sicurezza sociale: la polarizzazione tra previdenza e assistenza. 2. L'avvento delle tecnologie e la persistenza di antiche criticità. 3. Il lungo percorso inconcluso della previdenza verso l'universalizzazione delle tutele. 4. Le proposte specifiche per i lavoratori digitali: le ombrellone companies. 5. Quando la previdenza non basta, deve intervenire l'assistenza. 6. Misure assistenziali e lavoratori (poveri) digitali: quali prospettive per un sostegno davvero efficace?*

*1. Il sistema di sicurezza sociale: la polarizzazione tra previdenza e assistenza*

Il sistema di sicurezza sociale italiano fonda le sue radici sulle disposizioni previste dall'art. 38 della Carta costituzionale, il quale, statuito un principio assistenzialistico per la generalità dei cittadini in stato di bisogno e inabili ai commi 1 e 3, chiarisce, sulla base di uno schema più marcatamente previdenziale, che la categoria dei lavoratori gode di tutele ulteriori, essendo protetta dal rischio di malattia, infortunio, invalidità, vecchiaia e ricevendo un sostegno economico in ipotesi di disoccupazione involontaria.

Questa polarizzazione delle tutele trova ragione nell'impostazione bismarkiana della nostra protezione sociale che, a differenza di quella di stampo Beveridge in cui, mediante la fiscalità generale, viene garantito un livello minimo di protezione e benessere a tutti i cittadini indipendentemente che questi rivestano determinate caratteristiche o qualità, protegge primariamente il lavoratore in quanto soggetto qualificato

che, versando i contributi previdenziali, può godere delle corrispondenti prestazioni sociali.

Nell'idea del legislatore costituzionale, il versante assistenziale della sicurezza sociale avrebbe dovuto essere del tutto residuale, posto che il lavoro e il principio lavorista alla base del tessuto sociale, politico ed economico, consentivano a ogni cittadino di esprimere la propria personalità e di partecipare alla vita del Paese<sup>1</sup>. Tant'è che, pur non potendo assurgere a diritto soggettivo di ottenere un posto di lavoro, il diritto al lavoro di cui all'art. 4 Costituzione imponeva (e impone) alla macchina statale di promuovere un più elevato livello possibile di occupazione. Pertanto, se il lavoro avrebbe dovuto rappresentare lo strumento di redistribuzione di ricchezza e il mezzo per lo sviluppo personale e sociale, il sistema di previdenza sarebbe intervenuto eventualmente per proteggere dai quei rischi che l'art. 38 comma 2 individua e, in ultima analisi, il sistema assistenziale, di cui al primo e terzo comma del-

---

<sup>1</sup> Il lavoro, che campeggia all'art. 1 come posto a fondamento della Repubblica, viene valorizzato nei due articoli successivi di modo che lo Stato si impegna a riconoscere e garantire al singolo e alle formazioni sociali una piena esplicazione della personalità e al contempo a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando libertà e uguaglianza, possano impedire lo sviluppo pieno della persona umana e la partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione del Paese. La consacrazione, poi, del lavoro avviene non solo ad opera del successivo art. 4 che ne garantisce il diritto e ne ricorda il dovere, ma anche attraverso le disposizioni del titolo III relativo ai rapporti economici: il lavoro è tutelato in tutte le sue forme e applicazioni e viene curata la formazione dei lavoratori (art. 35); si sancisce il diritto ad una retribuzione proporzionata a quantità e qualità del lavoro svolto e comunque sufficiente a garantire un'esistenza libera e dignitosa (art. 36); si tutela il lavoro minorile e si sancisce la parità di trattamento retributivo tra uomini e donne (art. 37) e la tutela previdenziale (art. 38). Il lavoro è centrale, dunque, non solo perché attraverso esso ognuno può esprimere la propria profonda personalità, ma soprattutto perché, in netta contrapposizione con le costruzioni sociali precedenti fondate sul censo e sui privilegi connessi, è lo strumento per affermare il proprio valore, le proprie ambizioni, i propri progetti. Per un approfondimento v. G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell'art. 1*, Torino, 2013; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *DL*, 1954, p. 148 ss., ripubblicato in L. GAETA (a cura di), *Costantino Mortati e "Il lavoro nella Costituzione": una rilettura*, Milano, 2005; R. SCOGNAMIGLIO, *Il lavoro nella Costituzione italiana*, Milano, 1978.

l'art. 38, sopraggiunto come *extrema ratio*, tutelando le ipotesi lasciate scoperte dalle logiche mutualistiche-assicurative.

Secondo il pensiero dei Costituenti la piena occupazione doveva essere assicurata dall'implementazione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Costituzione. A efficaci politiche di collocamento si aggiungeva da un lato il ruolo miliare assegnato all'impresa<sup>2</sup>, quell'impresa florida del Secondo Dopoguerra che garantiva lavoro stabile e duraturo ai capifamiglia, dall'altro quello delle donne in seno all'ecosistema familiare, mogli e madri che provvedevano ai bisogni di cura e assistenza di tutto il nucleo<sup>3</sup>. Con riferimento a questo modello sociale, l'art. 38 si poneva dunque come salvaguardia del tutto residuale, in relazione tanto allo schema di cui al secondo comma, quanto di quello delineato dal primo, poiché le regole giuslavoristiche, economiche e sociali sarebbero state da sole necessarie e sufficienti all'equilibrio dell'intero modello di sicurezza sociale.

Questo idelatipo già dalla fine dei Trenta gloriosi ha iniziato a mostrare però evidenti segni di instabilità che ha messo in seria crisi sia il modello previdenziale basato su logiche preminentemente assicurative sia quello assistenziale chiamato ad espandere il suo raggio d'azione<sup>4</sup>. Le regole della globalizzazione hanno imposto alle imprese logiche di massima produttività e al legislatore di intervenire con contratti di lavoro flessibili per poterla realizzare; dunque il posto fisso lungo tutto l'arco della vita professionale si è tradotto in percorsi spesso interrotti da periodi di inattività e in una successione di contratti a termine. Ed è stata contestualmente constatata non solo l'impossibilità di raggiungere una piena occupazione, ma una crescente disoccupazione che ha assunto le fattezze di un fenomeno patologico.

---

<sup>2</sup> P. BOZZAO, *La tutela previdenziale del lavoro discontinuo. Problemi e prospettive del sistema di protezione sociale*, Torino, 2005, p. 21.

<sup>3</sup> S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione. Diritto della sicurezza sociale e lotta all'esclusione in Italia*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 20/2003, p. 17.

<sup>4</sup> F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà: la questione del reddito minimo*, in W. CHIAROMONTE, M.D. FERRARA (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristica: Questioni aperte e prospettive future*, Milano, 2018, p. 58; v. anche U. BECK, *Il lavoro nell'epoca della fine del lavoro. Tramonto delle sicurezze e nuovo impegno civile*, Torino, 1999.

Questi rivolgimenti hanno dimostrato l'impotenza del modello previdenziale di costituire un ombrello abbastanza ampio da proteggere i nuovi lavoratori precari, da un punto di vista normativo e da un punto di vista economico. L'ingresso crescente, poi, delle donne nel mercato ha allargato la platea dei lavoratori<sup>5</sup>, ma ha progressivamente privato le famiglie del ruolo assistenziale che queste vi giocavano, imponendo allo stato una rimediazione, non semplice, delle misure di welfare che aveva ad esse delegato e una implementazione di servizi di cura fino ad allora ritenuti non essenziali<sup>6</sup>. L'incapacità del sistema, polarizzato tra previdenza e assistenza, di fare fronte ai bisogni dei cittadini si è a mano a mano acuita con l'espansione della frammentarietà e delocalizzazione della produzione aziendale e con il proliferare dei contratti flessibili, così come con l'espansione delle forme autonome di lavoro che, spesso utilizzate per mascherare veri e propri contratti di subordinazione, impedivano ai lavoratori di ricadere nell'alveo delle tutele previdenziali ad essa collegate.

Pur nella consapevolezza dell'esigenza di una riforma sostanziale e in senso universalistico, i governi sono intervenuti in maniera parziale, cercando di allargare le maglie della previdenza e abusando, in senso assistenziale, di istituti nati come emergenziali<sup>7</sup>. Sulla spinta delle iniziative comunitarie<sup>8</sup>, si iniziava viepiù a percepire come urgente la predisposizione di un reddito minimo destinato a chiunque si trovasse in stato di bisogno e non solo al lavoratore temporaneamente inattivo. Nel 1998 la Commissione Onofri, formatasi poco dopo l'insediamento del Governo guidato da Prodi nel preciso intento di riprogettare organicamente il sistema welfaristico nazionale, proponeva un universalismo selettivo<sup>9</sup> in cui ad una rilettura degli ammortizzatori sociali allargati

---

<sup>5</sup> Comunque flessibili e discontinui, data la frequenza di utilizzo del lavoro a tempo parziale e delle pause, anche non volontarie, dovute a maternità o alla cura della famiglia, cure anziani.

<sup>6</sup> L'apertura di asili nido ma anche il tempo pieno o i rientri nelle scuole dell'obbligo così come la predisposizione.

<sup>7</sup> Si pensi, ad esempio, alla reiterazione della Cassa integrazione straordinaria.

<sup>8</sup> S. GIUBBONI, *L'incerta europeizzazione*, cit., p. 5 ss.

<sup>9</sup> Vale a dire che il beneficio dovrebbe essere accessibile a tutte le categorie, ma sulla base della prova della necessità del sostegno.

alla platea di tutti i lavori subordinati si accompagnava la predisposizione di un reddito minimo per l'inclusione attiva delle persone in stato di bisogno<sup>10</sup>.

## 2. *L'avvento delle tecnologie e la persistenza di antiche criticità*

Trascorsi vent'anni dalle proposte della Commissione Onofri, ben poco è stato fatto per estirpare alla radice le criticità generate dalla proliferazione di forme flessibili di lavoro e dal conseguente abbassamento di protezione da esse concesso. Anzi, l'avvento delle tecnologie e degli strumenti digitali hanno acuito i problemi già latenti e ne hanno creati di nuovi.

In particolare, alla discontinuità e precarietà lavorativa, si è aggiunto un fenomeno nuovo e in costante crescita, quello dei *working poor*<sup>11</sup>, cioè a dire soggetti attivi, impegnati in rapporti di lavoro, ma che percepiscono un reddito stimato inferiore alla soglia di povertà<sup>12</sup>. E la *gig economy*, quel *facere* parcellizzato che per molti è divenuta l'unica fonte di (misero) reddito, non ha fatto che amplificare questa tendenza poiché è frequente che ci si approcci a quei "lavoretti" veloci e semplici da reperire sul web con l'intento di avere entrate supplementari o un primo assaggio del mercato del lavoro<sup>13</sup>, salvo poi rimanervi intrappolati per mancanza di valide alternative o perché si è perso il posto che assicurava il reddito sicuro e più sostanzioso.

Questo quadro allarma per due ragioni: da un lato la quarta rivoluzione industriale ha prodotto una decisa e generale spinta al ribasso del costo del lavoro, sicché vi si rimane intrappolati perché è difficile trovare qualcosa di altro che, anche se ci fosse, non offrirebbe condizioni e

---

<sup>10</sup> Riferimento al passo che tratta di reddito di base.

<sup>11</sup> F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà*, cit., p. 60.

<sup>12</sup> Un rapporto del Cnel del 2014 mostrava come nel 2011, dopo l'acme della crisi economica, i lavoratori poveri autonomi fossero 756 mila, mentre quelli dipendenti fossero 2 milioni 75 mila.

<sup>13</sup> B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 146/2018, p. 17.

tutele così marcatamente migliorative<sup>14</sup>; dall'altro, ancora più alla radice, l'interprete prende brutalmente coscienza della incapacità del lavoro in quanto tale di fungere da viatico per quella esistenza libera e dignitosa che i Costituenti avevano immaginato e sul quale l'intero principio lavorista era stato edificato.

Se anni prima si era dovuta constatare l'illusorietà della piena occupazione, la precarietà attuale, che indiscutibilmente l'innovazione ha contribuito a consolidare, mette in crisi la funzione del lavoro e le tutele ad esso connesse attraverso un'impostazione previdenziale.

Questo è dunque il punto cruciale e di novità: che venendo meno l'autonomia reddituale conferita dal lavoro, il sistema di sicurezza sociale subisce un doppio scossone e, insieme ad una tendenza universalistica del sistema assicurativo, deve implementare anche strumenti di natura assistenziale indirizzati non solo a quanti siano completamente inattivi, ma viepiù a quanti nel lavoro non riescono a trovare autonomia<sup>15</sup>.

I problemi irrisolti, le incertezze del passato non sono più posticipabili e al legislatore, fatte le dovute considerazioni sul senso attuale del lavoro, spetta il delicato compito di elaborare un nuovo equilibrio tra previdenza e assistenza, che tenga insieme conto dei contorni costituzionali e delle esigenze mutate del lavoro (e dei lavori) e di conseguenza del welfare in generale.

### *3. Il lungo percorso inconcluso della previdenza verso l'universalizzazione delle tutele*

Nonostante l'impianto assicurativo e categoriale del sistema di sicurezza sociale, nel tempo molteplici sono state le aperture per determina-

---

<sup>14</sup> G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, in *LD*, 4, 2018, p. 579 vede nella precarietà la causa maggiore del fenomeno dei lavoratori poveri, intrappolati in una miriade di contratti temporanei in cui "si è realizzato il sogno del datore di lavoro di accendere e spegnere l'interruttore del lavoro senza sprecare neppure un secondo".

<sup>15</sup> Per G.G. BALANDI, *La collocazione costituzionale degli strumenti di sostegno al reddito*, cit., p. 575.

re un'estensione dei soggetti protetti, in particolare mediante un allargamento delle tutele, conferite inizialmente al solo lavoro subordinato, anche al lavoro parasubordinato e autonomo *tout court*. Il sistema ha dovuto in qualche modo reagire, infatti, all'esplosione dei lavoratori autonomi conseguente allo sviluppo del settore terziario, come già ricordato, già sul finire degli anni Settanta dello scorso secolo. Il lavoro autonomo professionale è in progressivo aumento ed enormemente variegato al suo interno; alle tradizionali professioni ordinarie e ai soggetti non iscritti agli albi, con le possibilità offerte dal web e dalle nuove tecnologie, si aggiungono una miriade di lavoratori freelance altamente qualificati, formalmente non subordinati ma economicamente dipendenti, che hanno pesantemente patito le conseguenze economiche della crisi, hanno visto calare drasticamente i loro redditi – anche a causa di una spietata concorrenza – ma hanno pagato l'arretratezza di un sistema che non ha potuto garantire loro alcuna forma di tutela<sup>16</sup>.

Con la riforma c.d. del Jobs Act del 2014 – e i successivi decreti attuativi negli anni immediatamente successivi – vi sono state delle decise aperture del sistema di protezione sociale con l'inclusione nell'alveo delle tutele del lavoro subordinato di soggetti prima lasciati fuori, così come attraverso l'emanazione di disposizioni destinate a categorie prima non contemplate dal sistema previdenziale. In prima battuta il legislatore, con il d.lgs. 81/2015, ha esteso ai rapporti di collaborazione continuativa caratterizzati da un'esecuzione organizzata dal committente la disciplina del rapporto di lavoro subordinato<sup>17</sup>. Pertanto l'eteroorganizzazione è assurda ad espediente per dotare anche lavoratori autonomi di tutele che concernono non solo il sostanziale dispiegarsi del contratto di lavoro, ma altresì quello previdenziale – l'assicurazione

---

<sup>16</sup> A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, in A. PERULLI (a cura di), *Lavoro autonomo e capitalismo delle piattaforme*, Milano, 2018, p. 81 ss.

<sup>17</sup> Art. 2 del d.lgs. 81/2015. Sul tema v. *amplius*, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo, le collaborazioni coordinate e le prestazioni organizzate dal committente*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, 272/2015; O. RAZZOLINI, *La nuova disciplina delle collaborazioni organizzate dal committente. Prime considerazioni*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Padova, 2016, p. 557 ss.

pensionistica obbligatoria presso la Gestione separata dell'Inps, quella contro gli infortuni e le malattie professionali presso l'Inail, quella per il sostegno del reddito durante i periodi di inattività di cui si dirà a breve —<sup>18</sup>.

E in effetti, mosso dall'intento di universalizzare le tutele, il legislatore del c.d. *Jobs Act* ha esteso l'indennità di disoccupazione anche ai lavoratori con un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa con una misura inizialmente sperimentale e poi, successivamente, stabilizzata con la legge n. 81/2017 che ne ha esteso soggettivamente la portata<sup>19</sup>. La misura (Dis-coll) cristallizza i tentativi di un decennio, dal momento che il legislatore già a ridosso della crisi economica del 2008 aveva istituito in via sperimentale una misura di sostegno economico *una tantum* per il sostegno dei collaboratori coordinati e continuativi colpiti dalla contrazione di lavoro, prorogandola di anno in anno fino alla recente stabilizzazione. Pur prevedendo un'indennità più breve e meno sostanziosa di quella percepita dai lavori subordinati, la Dis-coll sostiene quei lavoratori non standard che, transitando da un rapporto di collaborazione all'altro, necessitano di un sostegno al reddito nei periodi di inattività.

L'intervento legislativo che segna un'apertura espressa dell'ordinamento ai mutamenti e innovazioni in atto è il c.d. Statuto del lavoro autonomo<sup>20</sup>, emanato con la legge n. 81/2017, il quale introduce disposizioni per ampliare le tutele dei lavoratori autonomi non imprenditori e disciplina il lavoro agile. Invero, se quest'ultimo, pur rappresentando simbolicamente «l'ingresso, nell'universo normativo del diritto del la-

---

<sup>18</sup> G. SANTORO PASSARELLI, *I rapporti di collaborazione organizzati dal committente e le collaborazioni continuative e coordinate ex art. 409 n. 3 c.p.c.*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT*, 278/2015, p. 24.

<sup>19</sup> La legge 22 maggio 2017, n. 81 rubricata "Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato" ha infatti esteso la portata della Dis-coll anche a dottorandi con borsa di studio e assegnisti di ricerca. La misura, in generale, tutela coloro che versano i contributi previdenziali alla Gestione separata dell'Inps e non hanno una partita Iva.

<sup>20</sup> Per un'analisi approfondita dello Statuto si rinvia ad A. PERULLI, *Il Jobs Act degli autonomi: nuove (e vecchie) tutele per il lavoro autonomo non imprenditoriale*, in *RIDL*, I, 2017, p. 173 ss.



voro, della rivoluzione digitale»<sup>21</sup>, declina il tradizionale lavoro subordinato nelle forme nuove che la rivoluzione digitale offre, la prima parte della legge, da un punto di vista squisitamente previdenziale, rappresenta un'indiscutibile novità. L'obiettivo dichiarato di «rafforzare le prestazioni di sicurezza e di protezione sociale dei professionisti iscritti agli ordini o ai collegi» viene perseguito mediante l'attivazione di previdenza complementare e di prestazioni sociali e socio-sanitarie in particolare per i professionisti che abbiano subito involontariamente un calo significativo del reddito ovvero siano stati colpiti da gravi patologie<sup>22</sup>. È possibile fruire del congedo parentale fino ai tre anni del bambino e per un periodo di astensione massimo di sei mesi, mentre la lavoratrice in gravidanza potrà continuare a lavorare senza sospendere l'attività pur percependo dall'Inps l'indennità di maternità<sup>23</sup>. Inoltre si chiarisce che malattia e gravidanza sospendono l'attività (per un massimo di 150 giorni in un anno solare e senza diritto al corrispettivo) prestata in via continuativa per il committente, ma non estinguono il rapporto; in ipotesi, poi, di infortunio o malattia tanto gravi da impedire la prestazione di lavoro per più di 60 giorni, è sospeso il versamento dei contributi previdenziali e dei premi assicurativi per un periodo massimo di due anni, decorsi i quali il lavoratore potrà rateizzare quanto avrebbe dovuto versare.

Benché le singole misure siano perfettabili, nel complesso dimostrano una prima, fondamentale presa di coscienza del legislatore delle necessità di natura anche welfaristica dei lavoratori autonomi, talvolta protetti dalla regolamentazione degli ordini di appartenenza, molto spesso lasciati senza armi per difendersi nelle sfide della quarta rivoluzione industriale.

---

<sup>21</sup> Così B. CARUSO, *I diritti dei lavoratori digitali nella prospettiva del Pilastro sociale*, cit., p. 15.

<sup>22</sup> Art. 6, comma 1, d.lgs. 81/2017.

<sup>23</sup> Art. 13, comma 1, d.lgs. 81/2017. Ai sensi poi dell'art. 18, l'indennità potrà essere percepita dal padre libero professionista nel caso di morte o grave infermità o abbandono della madre ovvero di affidamento esclusivo del bambino al padre.

#### 4. *Le proposte specifiche per i lavoratori digitali: le umbrella companies*

Le misure sopra esaminate, tra loro eterogenee, afferiscono alla protezione sociale del novero dei lavoratori digitali nella misura in cui riescono a captarli: alle consuete difficoltà di estendere tutele oltre l'alveo della subordinazione anche e soprattutto con riguardo ai rischi di infortuni, di malattia, di involontaria e temporanea disoccupazione, le innovazioni digitali comportano accentuate criticità per il fatto di aver creato molteplici sottocategorie di lavoratori, difficilmente incasellabili nelle categorie esistenti o per aver trasformato in autonomi lavori che prima sarebbero rientrati a pieno titolo sotto la copertura offerta dal tetto della subordinazione. Pertanto, se le dilatazioni di tutele previdenziali recentemente poste in essere possono intercettare freelance, parasubordinati del web con un certo grado di competenze, professionisti che si servono delle piattaforme e dell'innovazione tecnologica per agevolare la loro attività<sup>24</sup>, sono strumenti inefficaci a conferire un adeguato grado di protezione sociale ai lavoratori digitali occasionali, spesso poco qualificati, legati alle piattaforme da una successione di prestazioni di brevissima durata e lasciati alla mercè del mercato e della concorrenza spietata.

Sono fattorini, autisti o quanti mettono di volta in volta a disposizione le loro competenze a clienti reperiti attraverso le piattaforme digitali.

Il problema, invero, è sentito anche all'estero dove, per farvi fronte, da qualche tempo hanno iniziato a diffondersi le c.d. *umbrella companies*, imprese create con l'obiettivo di costituire una protezione (un "ombrello") al lavoratore digitale, sostituendolo nello svolgimento delle pratiche amministrative e fornendo una copertura previdenziale<sup>25</sup>. In sostanza i *digital workers* si legano alle *umbrella companies* mediante un (simulato) contratto di lavoro subordinato pur rimanendo a tutti gli

---

<sup>24</sup> Ad esempio i così definiti *I-Pros*, *Independent Professionals*, lavoratori autonomi, senza dipendenti, che mettono al servizio la loro attività intellettuale anche attraverso e grazie la forza dell'innovazione, cfr. A. MORI, R. SEMENZA, *Il lavoro autonomo professionale, le sfide e le risposte istituzionali in Europa*, cit., p. 82.

<sup>25</sup> P. ICHINO, *Le conseguenze dell'innovazione tecnologica sul diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, 2017, p. 529.

effetti lavoratori autonomi; in quanto tali, si procacciano i clienti/committenti, ma si servono dell'impresa terza, cui lasciano una quota dei loro compensi, per godere di una garanzia alla continuità reddituale nell'eventuale ritardo nei pagamenti e un aiuto nella gestione burocratica dell'attività. In alcuni Paesi, in Belgio ad esempio, oltre alla funzione più squisitamente mutualistica, le *companies* hanno assunto le vesti di rappresentanti dei loro iscritti, riuscendo a negoziare, per conto di quelli, con le piattaforme che intermediano e forniscono le prestazioni (nel caso del Belgio la piattaforma Deliveroo) un accordo che prevede alcuni benefit ulteriori oltre al compenso per ogni prestazione effettuata<sup>26</sup> e mantenere un rapporto dialogico con la piattaforma medesima al fine di garantire standard minimi di tutela sia durante l'attività di lavoro, sia in un'ottica previdenziale.

Con la proposizione di un disegno di legge nel corso della scorsa legislatura<sup>27</sup>, il senatore Pietro Ichino ha tentato di importare in Italia il modello delle *umbrella companies* per rispondere alle impellenti necessità dei lavoratori autonomi mediante piattaforma digitale, che nascono soprattutto per due ordini di ragioni. La constatazione, infatti, che il lavoro tramite piattaforma abbia trasformato lavoratori che un tempo sarebbero stati inseriti in un contesto produttivo attraverso lo strumento della subordinazione in lavoratori autonomi, da un lato priva quegli stessi lavoratori delle tutele assicurative legate a quel tipo di contratto (disoccupazione, maternità, invalidità, infortunio, vecchiaia), dall'altro li obera di oneri burocratici che altrimenti sarebbero ricaduti sul datore di lavoro. Ferma restando l'impossibilità di applicare a rapporti di così breve durata (si pensi alla singola consegna o al singolo tragitto in auto) la disciplina assicurativa a protezione dei rischi, Ichino proponeva di interpolare il testo della recente legge n. 81/2017 c.d. Statuto del lavoro autonomo con tre nuovi articoli per definire innanzitutto il *platform*

---

<sup>26</sup> Ad esempio, un compenso minimo garantito a prescindere dal numero di prestazioni di lavoro eseguite, un contributo aggiuntivo oltre al compenso per l'uso dello *smartphone* con cui tenersi in contatto con la piattaforma e una somma per le eventuali riparazioni alla bicicletta, mezzo utilizzato per eseguire la prestazione di lavoro ovvero le consegne.

<sup>27</sup> Il disegno di legge è stato presentato al Senato in data 5 ottobre 2017 e assegnato alla Commissione il successivo 20 dicembre dello stesso anno per poi ivi arenarsi.

*work*, il lavoro autonomo mediante piattaforma (17-bis)<sup>28</sup>; istituire il «contratto di assistenza e protezione mutualistica» (17-ter), assicurare, in alternativa alla stipulazione di quel contratto, comunque forme minime di protezione (17-quater). La definizione di cui all'art. 17-bis è funzionale a delimitare il campo d'azione degli istituti descritti ai commi successivi, che rappresentavano il momento più innovativo. Attraverso il contratto di assistenza e protezione mutualistica si sarebbe conferita alle *umbrella companies*, senza ricorrere a contratti di lavoro subordinato simulati, di «svolgere per intero la funzione di ricostruzione della posizione giuridica del lavoratore autonomo con riguardo al suo interesse alla continuità del reddito e alle coperture previdenziali essenziali»<sup>29</sup>. Nello specifico era data la possibilità ai lavoratori autonomi<sup>30</sup> di stipulare tale contratto con una società di capitali o cooperativa che avrebbe recuperato per conto del lavoratore i compensi derivanti dall'attività da esso prestata, per poi girarli al lavoratore in modalità tali da garantire continuità nella percezione del reddito. Dai compensi sarebbero state dedotte una quota di contribuzione previdenziale da destinare alla Gestione separata dell'Inps e all'Inail e un'altra, contrattualmente stabilita, per remunerare il servizio offerto dalla società. Qualora invece il lavoratore autonomo non avesse stipulato il contratto di assistenza e protezione mutualistica, avrebbe comunque potuto godere delle medesime tutele con il pagamento dei compensi dovuti attraverso la

---

<sup>28</sup> Il disegno di legge lo definiva come quell'attività «svolta da prestatori di lavoro autonomo che, non essendo iscritti ad albi od ordini professionali e non essendo assoggettati a un regime di previdenza obbligatoria, offrono i propri servizi in rete mediante appositi siti specializzati e applicazioni, rispondendo di volta in volta alle richieste di servizi provenienti da uno o più committenti». Vi è in effetti chi ha rilevato un raggio di azione limitato di questa definizione che non riesce a ricomprendere la variegata molteplicità dei soggetti che si interfacciano professionalmente con le piattaforme, v. E. DAGNINO, *La regolazione giuridica del lavoro su piattaforma: una breve nota critica alla proposta Ichino, on line su bollettinoADAPT*, 9 ottobre 2017, 33.

<sup>29</sup> Così nella relazione introduttiva al disegno di legge presentato il 5 ottobre 2017 al Senato.

<sup>30</sup> Per gli appartenenti a categorie per le quali sia in vigore un regime di previdenza obbligatoria che avessero voluto servirsi del contratto di cui all'art. 17-ter, la società con cui il contratto sarebbe stato stipulato avrebbe provveduto successivamente a pagare i contributi all'ente previdenziale competente.

piattaforma informatica dell'Inps aperta dall'istituto per gestire le prestazioni occasionali e il pagamento delle medesime. Un decreto ministeriale avrebbe poi stabilito le modalità di coordinamento tra le piattaforme digitali e l'Inps e la parte di compenso che quest'ultima avrebbe dovuto trattenere per coprire la quota assicurativa contro vecchiaia, invalidità, infortuni e malattie professionali.

La proposta presentata da Ichino, dunque, prescindeva completamente da una puntuale analisi del rapporto tra piattaforma e lavoratore, ma, considerato questo un autonomo, si limitava a contemplare strumenti funzionali a garantirgli tutele previdenziali minime ma essenziali e per le quali, in effetti, l'apparato telematico costruito dall'Inps per la gestione delle prestazioni occasionali avrebbe potuto ben servire da tramite con le piattaforme e da garante della posizione contributiva del singolo lavoratore. Il contratto di assistenza e protezione mutualistica avrebbe potuto assolvere all'onere ulteriore di garantire dagli eventuali ritardi nella corresponsione dei compensi con un sistema triangolare in cui la società terza ne avrebbe attutito le conseguenze negative anticipandoli ai lavoratori, ma v'è da chiedersi, se legare la protezione dei lavoratori digitali all'attività di soggetti privati avrebbe comunque rappresentato la scelta più opportuna ed efficace; meglio sarebbe stato concentrare la discussione parlamentare sull'ipotesi di servirsi della piattaforma dell'Inps per garantire minime tutele previdenziali e reddituali, in guisa che fosse direttamente lo stato a erogarle.

##### *5. Quando la previdenza non basta, deve intervenire l'assistenza*

Nonostante le innegabili spinte in senso universalista per intercettare un numero più ampio possibile di soggetti, il sistema previdenziale ne lascia privi di protezione sociale ancora una buona parte. Delle cause già si è detto, e anche di come l'economia delle piattaforme ne abbia portata con sé una nuova, quella cioè dei *working poor*, soggetti che pur lavorando, a causa della discontinuità di rapporti o del basso reddito

percepito, si trovano in stato di bisogno<sup>31</sup>. Se il lavoro perde la sua funzione inclusiva, sociale ed economica, non possono che allargarsi le maglie del sistema assistenziale, secondo le linee dettate dalle Carte e dalle raccomandazioni sovranazionali ed entro i confini disegnati dalla Carta costituzionale<sup>32</sup>.

Del problema sono ben consapevoli quasi tutti gli stati europei, che da tempo infatti hanno dotato i loro ordinamenti di un reddito minimo garantito da erogare a quanti versino in stato di bisogno: le cifre sono variabili come la platea dei soggetti che ne possono beneficiare e le obbligazioni cui sono tenuti, ma nel complesso si pongono l'obiettivo di garantire a chi li riceve la possibilità di vivere dignitosamente e liberati dal bisogno.

In effetti il tema, oltre ad avere avuto un certo riscontro già nella Carta Sociale Europea nella versione aggiornata del 1998<sup>33</sup> e un'attenzione ancor più puntuale da parte dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro<sup>34</sup>, echeggia nei documenti dell'Unione europea da oltre un ventennio, prima ancora che l'art. 34 della Carta di Nizza sancisse l'impegno della stessa Unione a riconoscere e rispettare il diritto all'assistenza sociale e abitativa al fine di garantire, a chiunque non disponga di risorse sufficienti, un'esistenza dignitosa e di lottare contro povertà ed esclusione sociale<sup>35</sup>. Il Pilastro europeo dei diritti sociali recente-

---

<sup>31</sup> S. NADALET, *Sicurezza sociale per i lavoratori poveri e coordinamento delle tutele*, in *LD*, 4, 2018, p. 633 ss.

<sup>32</sup> Sul reddito minimo come misura necessaria *ex multis*, G. BRONZINI, *Il diritto a un reddito di base, il welfare nell'era dell'innovazione*, Torino, 2017; S. GIUBBONI, *Il reddito minimo garantito nel sistema di sicurezza sociale. Le proposte per l'Italia in prospettiva europea*, in *RDSS*, 2, 2014, 149 ss.; C. SARACENO, *Verso un reddito minimo per i poveri*, in *Politiche Sociali*, 3, 2016, p. 509 ss.

<sup>33</sup> In particolare, gli artt. 13 sul diritto all'assistenza sociale e medica e 30 che proclama il diritto alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale.

<sup>34</sup> La quale già nella Raccomandazione n. 202/2012 invita tutti gli stati a garantire un reddito minimo per i soggetti in età attiva che non riescano a garantirsi un reddito sufficiente, v. F. RAVELLI, *Il sistema di sicurezza sociale italiano di fronte al problema della povertà*, cit., p.73.

<sup>35</sup> Così al comma 3, art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Prima ancora era intervenuta la raccomandazione 92/441/Cee, così come, in maniera più esplicita sul punto, la risoluzione del Parlamento del 20 ottobre 2010 in cui si

mente proclamato da Parlamento, Consiglio e Commissione contiene un esplicito riferimento al reddito minimo, a garanzia di «una vita dignitosa in tutte le fasi della vita», così come all'accesso a beni e servizi per «chiunque non disponga di risorse sufficienti». Ma è rilevante sottolineare che «per chi può lavorare, il reddito minimo dovrebbe essere combinato con incentivi alla (re)integrazione nel mercato del lavoro»<sup>36</sup>, come a ribadire che lo sviluppo sostenibile e il benessere sul territorio europeo passano imprescindibilmente, e nonostante «l'insicurezza economica e sociale»<sup>37</sup>, ancora per la valorizzazione del lavoro in quanto strumento di inclusione e progresso. Il che offre uno spunto decisivo per leggere con occhi attuali le norme costituzionali di riferimento e per interpretare un dibattito che ormai nel nostro Paese ha assunto, anche giuridicamente, proporzioni enormi ma contorni sempre più fumosi.

In Italia il primo timido tentativo si è avuto ad opera del Jobs Act con l'istituzione dell'Assegno di disoccupazione (Asdi), misura rivolta a quanti avessero già percepito l'indennità di disoccupazione senza riuscire a ricollocarsi nel mercato del lavoro con successo. Non si trattava di un istituto assistenziale *tout court*, poiché si rivolgeva a soggetti che, pur in stato di bisogno, già avevano versato contributi previdenziali grazie ad un rapporto di lavoro<sup>38</sup>. Il breve passaggio del Sostegno per l'inclusione attiva (Sia), un beneficio economico erogato a famiglie in condizioni economiche critiche e a condizioni tassative, è stato superato e sostituito da un istituto nuovo che, per la prima volta, ha disegnato un sistema organico di protezione sociale di tipo assistenziale, poiché slegato dalla contribuzione versata: il d.lgs. 15 settembre 2017, n. 147 recante le disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà, emanato in attuazione della legge 15 marzo 2017, n. 33, ha introdotto il Reddito di inclusione (Rei) e abrogato gli istituti

---

prende atto dell'esigenza di garantire negli Stati membri regimi di reddito minimo attraverso prestazioni economiche e accesso agevolato a servizi.

<sup>36</sup> Così il principio 14 inserito nella III parte dedicata alla protezione sociale e inclusione.

<sup>37</sup> Così al punto 7 del Preambolo del Pilastro sociale.

<sup>38</sup> Infatti veniva erogato a soggetti che avevano già esaurito la Naspi, l'assicurazione sociale per l'impiego, e che si trovavano in condizione economica di bisogno, per un massimo di sei mesi.

previgenti. Il ReI presentava sì il carattere dell'universalità, ma temperata, poiché condizionata da un lato alla prova dello stato economico di bisogno e dall'altro «all'adesione a un progetto personalizzato di attivazione e di inclusione sociale e lavorativa finalizzato all'affrancamento dalla condizione di povertà»<sup>39</sup> ed era costituito infatti, oltre che da un beneficio di tipo economico, anche da un pacchetto di servizi alla persona tarati sui bisogni dello specifico nucleo familiare coordinati dal Comune di residenza.

A pieno regime a decorrere dal gennaio 2018, la misura, con la Legge di Bilancio per il 2019, a partire dal mese di aprile è stata sostituita dal nuovo Reddito di cittadinanza (RdC) che da sempre ha rappresentato un punto miliare della campagna elettorale di una delle forze di maggioranza dell'attuale governo il quale, infatti, invece di perfezionare e affinare le potenzialità del ReI, ha optato per una drastica sostituzione.

Disciplinato dal decreto legge n. 4/2019, convertito con modifiche dalla legge n. 26/2019, il RdC viene definito dal legislatore come una fondamentale misura di politica attiva del lavoro finalizzata a contrastare la povertà e potenziare l'inclusione sociale ma, al contempo, a implementare il diritto al lavoro, l'istruzione e la formazione. Il RdC, il cui ammontare è ben più cospicuo rispetto a quello previsto dal ReI<sup>40</sup>, prevede l'erogazione di un beneficio economico che si suddivide tra integrazione del reddito familiare e una somma a copertura totale o parziale del canone di locazione (o del mutuo) dell'abitazione in cui il nucleo risiede<sup>41</sup>. Può essere erogato per un massimo di diciotto mesi ed è rinnovabile, dopo una sospensione della durata di un mese, se persistono i requisiti che ne danno diritto in capo al nucleo richiedente. Chi ne

---

<sup>39</sup> Art. 2, co. 2, d.lgs. n. 147/2017. La povertà è definita all'art. 1, co. 1, del medesimo decreto legislativo come «la condizione del nucleo familiare la cui situazione economica non permette di disporre dell'insieme di beni e servizi necessari a condurre un livello di vita dignitoso».

<sup>40</sup> Se il ReI stanziava per la persona singola un massimo di 187, 50 euro fino a 539,82 euro nel caso di 6 o più componenti, il RdC parte da un minimo di 780 euro qualora il nucleo si componga di una sola persona, per arrivare ai 1330 qualora, ad esempio, il nucleo familiare sia composto di tre adulti e due minorenni, secondo il parametro della scala di equivalenza.

<sup>41</sup> Fino ad un massimo di 3.360 euro.



voglia usufruire deve provare di trovarsi in stato di bisogno<sup>42</sup>, pertanto, al di là della nomenclatura che richiama il *basic income* (reddito di base)<sup>43</sup>, a tutti gli effetti l'istituto in questione è un reddito minimo garantito: non si tratta, cioè, di una somma elargita incondizionatamente a tutti i cittadini, ma, ricalcando gli esempi di reddito minimo garantito presenti a livello europeo, di una misura destinata a nuclei familiari che vivono in condizioni di povertà, di cui forniscono prova, e che si rendono disponibili, a fronte della somma economica di cui sono beneficiari, a impegnarsi in percorsi di ricollocamento lavorativo o scolastico ovvero al reinserimento sociale<sup>44</sup>. In base alle necessità acclamate dai centri per l'impiego, i soggetti beneficiari stipuleranno il Patto per il lavoro, dichiarandosi immediatamente disponibili a lavorare e a compiere attività di politica e ricerca di lavoro, ovvero il Patto per l'inclusione sociale, che coinvolge anche i servizi comunali e territoriali competenti per il contrasto alla povertà<sup>45</sup>. La condizionalità, sulla carta, pare stringente e un tanto si evince dall'obbligo di accettare una delle tre offerte di lavoro proposte e di partecipare alle attività previste nel Patto, pena la perdita del beneficio economico. Quanto poi effettivamente questa condizionalità riuscirà ad incitare un atteggiamento propositivo dei beneficiari permettendo di non cadere nella trappola dell'assistenzialismo fine a sé stesso, ma di ricollocare l'individuo nel mercato del lavoro e nella società, non è ancora possibile dare conto, vista la ancora breve vita del RdC.

Per tornare alle recenti indicazioni europee, pare in fondo proprio questo il fine ultimo del reddito minimo quando viene erogato a soggetti in grado di lavorare, di rappresentare, cioè, una misura temporanea per il reinserimento lavorativo e come tale procedere necessariamente e

---

<sup>42</sup> Vale a dire di avere un ISEE inferiore a 9.360 euro annui, un patrimonio immobiliare fino ai 30.000 (esclusa la prima casa di abitazione) e un patrimonio finanziario non superiore ai 6.000.

<sup>43</sup> Per una disamina del significato e delle declinazioni del reddito di base anche a livello internazionale v. S. TOSO, *Il reddito di base: fondamenti teorici e problemi applicativi*, in *LD*, 4, 2018, p. 731 ss.

<sup>44</sup> V. C. DEL BÒ, *Il reddito di cittadinanza: uno sguardo diacronico sul dibattito e qualche considerazione sulla giustificabilità morale*, in *LD*, 4, 2018, p. 712.

<sup>45</sup> Sotto questo aspetto il RdC ha ripreso quanto previsto dalla disciplina del ReI.

contestualmente a solide ed efficaci politiche attive per la collocazione professionale<sup>46</sup>. Alla medesima conclusione si deve pervenire se si ritiene ancora valido non tanto l'originario schema di sicurezza sociale nostrano che, come analizzato, ormai da anni sta subendo scossoni ed è in cerca di nuovi equilibri, quanto piuttosto l'importanza impreteribile da assegnare al lavoro, e al principio lavorista, sul quale la Repubblica si fonda. Se infatti l'art. 38 della Costituzione concede più ampie tutele ai lavoratori e a coloro, che potendo lavorare, siano oggettivamente impossibilitati a farlo a causa delle oggettive condizioni del mercato, allargando le maglie dell'art. 4 vi si possono inserire tra i lavoratori anche i laboriosi<sup>47</sup>, coloro i quali siano alla ricerca attiva di lavoro e si impegnino per trovarlo. Solamente se subordinato al ruolo prioritario da conferire al lavoro può sopravvivere nel nostro ordinamento il reddito minimo.

*6. Misure assistenziali e lavoratori (poveri) digitali: quali prospettive per un sostegno davvero efficace?*

È proprio sulla valenza assiologica da attribuire al lavoro che le misure assistenziali devono essere costruite, se si considera il lavoro, benché digitale, discontinuo, tecnologico, precario, ancora centrale.

Il condizionale è d'obbligo visto che, anche nel dibattito che nei mesi precedenti ha accompagnato l'introduzione del RdC, il nodo della questione si è concentrato su quanti lo avrebbero percepito, per quanto tempo e in quale entità; mentre sull'aiuto personalizzato e sul percorso di ricollocamento poco si è detto e per lo più circoscritto alla fantomatica figura del *navigator*, quel tutor dai contorni ancora nebulosi che dovrebbe aiutare i beneficiari nella ricerca attiva di un lavoro, ma anche segnalare inadempimenti rispetto al Patto sottoscritto. L'attenzione è stata spostata poi a valle del discorso, su quelle tre offerte di lavoro che

---

<sup>46</sup> F. SCUTO, "Reddito minimo", *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali e devoluzioni dell'ordinamento italiano*, in *Federalismi.it*, 4/2018, p. 156.

<sup>47</sup> P. BOZZAO, *Poveri lavoratori, nuovi bisogni e modelli universalistici di welfare: quali tutele?*, in *LD*, 4, 2018, p. 671.

il percettore non deve rifiutare se non vuole perdere il sostegno economico. Ma se si vuole impedire ai lavoratori poveri di rimanere intrappolati dentro la gabbia della precarietà, le politiche attive di accompagnamento verso un nuovo lavoro, di formazione, di riqualificazione dovrebbero essere prioritarie. Viepiù se si considera che la somma massima di cui potrebbe beneficiare un soggetto, non si allontana molto da quella che lo stesso potrebbe percepire lavorando come fattorino o autista saltuariamente per le piattaforme, dunque spingendolo eventualmente a rinunciare anche a quelle attività, pur precarie<sup>48</sup>.

La quarta rivoluzione industriale sta indubbiamente cambiando il mercato del lavoro con una velocità inaspettata che l'interprete e il legislatore faticano ad equiparare; mette in discussione le tradizionali categorie del diritto del lavoro; rischia di fagocitare posti e sostituire agli umani solo robot intelligenti. Ma a ben vedere tutte le rivoluzioni industriali che l'hanno preceduta hanno provocato in principio gli stessi scossoni e gli stessi squilibri e pare azzardato sostenere che la difficoltà del sistema di sicurezza sociale nostrano di offrire certezza e protezione ai nuovi lavoratori nasca dalla difficoltà di comprendere e assimilare il sostrato digitale in cui quelli si muovono. È invece frutto di incertezze legislative, e soprattutto aspirazionali, di alcune decadi: è il retaggio di interventi emergenziali che non hanno avuto quel piglio necessario e coraggioso di guardare oltre le categorie ormai sature, per offrire tutele previdenziali al lavoro in quanto tale e non solo a quello subordinato e ora che i *freelance*, i *I-Pros*, i *gig workers* affollano la rete, la mancanza di una solida protezione in favore del lavoro autonomo si fa sentire.

L'efficientamento dei servizi pubblici potrebbe essere un buon punto di partenza, da un lato perché come giustamente osservato<sup>49</sup>, nei casi di bisogno temporaneo, permettono un accesso equo poiché slegato allo status di disoccupato o lavoratore, e in quest'ultimo caso, indifferentemente che si tratti di un rapporto subordinato o autonomo; dall'altro,

---

<sup>48</sup> F. SCUTO, "Reddito minimo", *contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione*, cit., p. 175.

<sup>49</sup> V. FERRANTE, *A proposito del disegno di legge governativo sul contrasto alla povertà*, in *RDSS*, 3, 2016, p. 467, portando l'esempio del diritto all'abitazione, ritiene che la prestazione a titolo gratuito di beni e servizi andrebbe riscoperta «nella prospettiva di misure a favore delle famiglie, degli anziani, dei *working poors*, degli *homeless*».

perché, pensando nello specifico ai servizi per l'impiego, se come recentemente ricordato dal presidente del Cnel vi sono in Italia 100.000 posti di lavoro che attendono invano di essere ricoperti a causa del ritardo accumulato dal nostro Paese nella capacità di innovare e formare lavoratori competenti<sup>50</sup>, allora, nel mettere a punto un istituto come il reddito minimo, dovrebbe essere indispensabile e prioritario non solo erogare una somma di denaro, ma contestualmente garantire a chi lo riceve un bagaglio di strumenti e capacità che riescano ad accompagnarlo nelle transizioni e finanche a renderlo autonomo.

Per non snaturare il dettato costituzionale e fare tesoro delle indicazioni europee le misure assistenziali, senza dubbio necessarie, non possono essere sconnesse dal lavoro; occorrono quindi servizi per l'impiego in grado di leggere i tempi, di supportare ogni tipo di lavoratore indipendentemente dal rapporto da cui proviene o al quale vorrebbe ambire, di stimolare sinergici percorsi formativi tra posti vacanti e soggetti inattivi, di guardare alle nuove tecnologie come possibilità di lavoro.

D'altra parte la recente esperienza francese ci dimostra che è possibile legare le tutele al soggetto, prescindendo dallo status del medesimo e tantomeno dal tipo di rapporto di lavoro: il diritto alla formazione, ad esempio, diviene un diritto universale di ciascuno, di cui godere in tempo di attività o inattività; un diritto che si ricarica e accumula non solo attraverso le ore di lavoro, ma anche con quelle di impegno civico svolte in favore della comunità<sup>51</sup>. Come ad indicare che, benché complesso

---

<sup>50</sup> Il prof. T. Treu, presidente del Cnel, ha sottolineato che è necessario «aumentare gli investimenti pubblici e privati nei settori innovativi dell'economia, nella formazione dei lavoratori e anche degli imprenditori poiché ad oggi la richiesta del mondo del lavoro non combacerebbe con quella che l'istruzione offre», poiché «il gap delle competenze è oggi un macigno sulla via della nostra competitività. Anche il mondo delle imprese è stato poco innovativo. Il ruolo dello Stato è mancato, e i privati ci hanno messo del loro» (teleborsa.it, 28 dicembre 2018).

<sup>51</sup> Il riferimento è al *Compte personnel d'activité (CPA)* che, entrato in vigore nel gennaio 2017, permette di utilizzare alcuni diritti sociali, accantonati attraverso ore di lavoro o attività socialmente utili, durante tutto l'arco della vita professionale, quindi indipendentemente dallo status temporaneo del soggetto. In questo modo ognuno viene dotato di un conto personale di ore, di cui può servirsi quando ritiene opportuno per proteggere la propria professionalità o acquisire nuove competenze; v. *amplius*, C. WILLMANN, *Le compte personnel d'activité: être et avoir*, in *Droit social*, ottobre

e ancora oscuro, è possibile, e forse inevitabile, un welfare costruito non più sulla cittadinanza industriale, ma su quella industriosa<sup>52</sup>.

---

2016, p. 812; M. LAFARGUE, *La personne au centre des réformes sociales: le compte personnel d'activité*, in *Revue du droit sanitaire et social*, 2016, p. 358.

<sup>52</sup> U. ROMAGNOLI, *Dalla cittadinanza industriale alla cittadinanza industriosa*, in *Riv. trim. dir. proc. Civ.*, 2, 2018, p. 565 ss.



# I TRATTI DELLA CERTEZZA GIURIDICA DAVANTI ALLA REALTÀ “TECNOLOGICAMENTE AUMENTATA”

*Marta Tomasi*

SOMMARIO: 1. Oltre la dicotomia fra certo ed incerto. 2. Le diverse forme dell'incertezza del reale nello specchio del diritto. 3. Indici di certezza nel dinamismo scientifico e tecnologico.

## *1. Oltre la dicotomia fra certo ed incerto*

Non v'è, probabilmente, ambito migliore del terreno ove si incontrano diritto e nuove tecnologie per tentare di sbarazzarsi di quella «forca caudina di carattere culturale e tecnico»<sup>1</sup> che vuole il certo e l'incerto, la certezza e l'incertezza in netta antitesi fra loro.

A fronte del fluire incessante delle nuove tecnologie e della loro aspirazione al miglioramento – si auspica – delle condizioni del nostro vivere, il diritto insegue e di frequente arranca, nel tentativo di adempiere alla sua naturale funzione ordinatrice<sup>2</sup>. Pur riconoscendo, dunque, il valore della certezza quale elemento strutturale della nostra architettura costituzionale<sup>3</sup>, quale principio che sta al centro dell'ordinamento

---

<sup>1</sup> Così P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 51, il quale non rifiuta il valore del bene della 'certezza', ma lo difende, come obiettivo da raggiungere, in tanto in quanto derivante da una pratica giuridica attenta ai concreti bisogni manifestati dalle persone nella vita quotidiana.

<sup>2</sup> Si tratta di un connotato caratteristico e 'fisiologico' del diritto che si interfaccia con la curva esponenziale dell'accelerazione tanto delle scienze della vita (cfr. C. CASONATO, già nella prima edizione di *Introduzione al biodiritto*, Trento, 2006, p. 9 e poi pp. 100 ss.), quanto delle nuove tecnologie digitali (M. DURANTE, U. PAGALLO, segnalano la medesima difficoltà nell'Introduzione del *Manuale di informatica giuridica e diritto delle nuove tecnologie*, Milano, 2012, p. XVII).

<sup>3</sup> Valore al quale in moltissimi hanno fatto riferimento, fra i quali non si possono non ricordare almeno N. BOBBIO, che lo identifica come «un elemento intrinseco del

(seppure – come è stato osservato – non necessariamente al suo vertice)<sup>4</sup>, è inevitabile arrendersi, con riferimento a queste tematiche, a un discreto margine di incertezza, o – *rectius*, come si vedrà – accogliere uno spazio di variabilità e di elasticità.

La domanda centrale cui occorre tentare di rispondere, in effetti, è se il connotato della certezza sia davvero ciò che ci si aspetta dal diritto in questo ambito o, meglio, serve capire che cosa si intenda per un diritto certo in campi connotati, con maggior grado di intensità o più rapidamente di altri, dallo scorrere del sapere e dall'evolvere dei dati di fatto.

Per poter svolgere alcune piccole riflessioni intorno certezza del diritto a queste condizioni, la prima questione da affrontare è capire in che cosa si concretizzi l'inevitabile margine di incertezza al quale si faceva poc'anzi riferimento.

## 2. *Le diverse forme dell'incertezza del reale nello specchio del diritto*

La risposta a questo interrogativo è presente, almeno *in nuce*, nelle diverse interpretazioni che gli studiosi che si sono cimentati con il tema della terza sessione di queste Giornate di studio – *Nuove tecnologie e (in)certe risposte del diritto* – hanno dato del titolo proposto. Invero,

---

diritto» (*La certezza del diritto è un mito?*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1951, p. 150), M. LUCIANI che vi intravede un «valore connesso all'idea stessa della statualità» (*Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, p. 27), A. RUGGERI, il quale ne parla come «un bene-valore che sta, ad un tempo, prima e fuori ma anche dentro la Carta, dal momento che senza la certezza, nessun altro valore è neppure pensabile, pur ponendosi la certezza stessa quale uno dei valori su cui regge l'intero ordinamento» (*La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, in AA.VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, 2006, p. 142), o R. BIN, che si riferisce a 'certezza' e 'prevedibilità' come a «miti fondativi della nostra immagine del diritto» (*Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in *federalismi.it*, 17, 2018, p. 2). E pur essendo concordemente interpretato come un valore giuridico primigenio, esso pare in costante crisi, come segnalato almeno sin da G. CAPOGRASSI, *L'ambiguità del diritto contemporaneo*, in AA.VV., *La crisi del diritto*, Padova, 1953, pp. 13 ss.

<sup>4</sup> Così, M. LUCIANI, *La decisione giudiziaria robotica*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, p. 875-876.



nella maggior parte dei casi, la criticità che si è rilevata, più che in una vera e propria incertezza normativa, della disciplina di un dato oggetto, è stata rinvenuta in una forma di incertezza per così dire *esterna* al dato giuridico, che su esso si riverbera. Le tecnologie mutano il volto della realtà che conosciamo, ne alterano le forme e le dimensioni e, di conseguenza, incidono sulle categorie del diritto, snaturano le sue definizioni e rendono labili i confini che esso è solito tracciare<sup>5</sup>.

Queste evoluzioni possono presentarsi in forme diverse: in taluni casi esse creano possibilità inedite, la cui affidabilità dal punto di vista tecnico-scientifico deve ancora essere comprovata e la cui accettabilità dal punto di vista dell’etica e della morale deve ancora essere verificata. Un esempio di questo tipo di innovazione, fra gli argomenti trattati dagli Autori di questa sessione, è quello – affrontato da Irene Domenici – della diagnosi prenatale non invasiva che ha aperto nuovi scenari, presentando però elementi di incertezza in punto di sostenibilità economica, affidabilità, sicurezza scientifica e accettabilità etica. Il decisore pubblico, in queste situazioni, può scegliere se adottare una strategia attendista, in ossequio all’applicazione di un atteggiamento precauzionale (che comunque non deve diventare un principio non mediabile)<sup>6</sup> e nell’attesa del costruirsi di un consenso sociale e scientifico intorno alle nuove possibilità messe a disposizione dalla tecnologia<sup>7</sup>, o un approccio interventista, cercando di conoscere la realtà da regolare, incorporandone il progressivo consolidamento in punto di fondatezza scientifica, e

---

<sup>5</sup> Su questi aspetti si vedano le riflessioni raccolte nel volume a cura di C. CASONATO, S. PENASA, C. PICIOCCHI, L. BUSATTA, M. TOMASI, *Il biodiritto e i suoi confini: definizioni, dialoghi, interazioni*, Trento, 2014.

<sup>6</sup> A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienza e nuove tecnologie*, Padova, 2016, p. 223.

<sup>7</sup> Si vedano, da diverse prospettive, M. CECCHETTI, *Principio di precauzione e produzione pubblica del diritto. La funzione normativa di fronte alle sfide del ‘governo’ dell’incertezza scientifica*, in G. GUERRA, A. MURATORIO, E. PARIOTTI, M. PICCINNI, D. RUGGIU (a cura di), *Forme di responsabilità, regolazione e nanotecnologie*, Bologna, 2011 e B. WYNNE, *Normalising Europe – and the world – through science: risk, uncertainty and precaution*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in S. RODOTÀ, P. ZATTI (dir.), *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, pp. 491-514 e P. ZATTI, *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limiti del discorso giuridico*, in *Rivista di diritto civile*, 41, 1995, pp. 43-57.

guidando, per quanto possibile, la formazione di un consenso<sup>8</sup>. In questo, come in altri casi, pare comunque ineluttabile l'esigenza di costruire forme giuridiche nuove, che siano capaci di accogliere e governare l'esistente.

E anche là dove non sia necessaria l'elaborazione di una nuova disciplina, i mutamenti della realtà sociale – spesso veicolati dalle nuove tecnologie digitali – producono movimenti sismici che si traducono in una moltiplicazione delle situazioni della vita che imbroglia l'applicazione del diritto e chiedono di interrogarsi circa le nomenclature giuridiche cui fare riferimento. La realtà nuova, insomma, fatica a inserirsi nei tradizionali e consolidati schemi interpretativi approntati dal diritto o si colloca in aree di confine e di intersezione fra discipline tradizionalmente separate, se non opposte. In questo senso, lo scritto di Giuseppe Corsaro affronta le difficoltà che emergono dai peculiari comportamenti dell'utente dei *social network* e dalle specifiche finalità che questi persegue, capaci di generare incertezza nell'utilizzabilità di una certa categoria giuridica, quella del consumatore, e, di conseguenza, nell'applicabilità della normativa di favore ad essa connessa. A un ambito attiguo, sono dedicati gli elaborati di Chiara Garbuio e Gemma Pacella, le quali mettono in luce la capacità della tecnologia di generare molteplici sottogruppi di lavoratori, difficilmente inquadrabili nelle categorie esistenti, di trasformare in autonomi lavori che prima sarebbero rientrati a pieno titolo sotto la copertura offerta dal tetto della subordinazione e, ancora, di assommare nella stessa figura lavorativa profili di autodeterminazione, relativi all'*an* e al *quando* della prestazione, e margini di etero-direzione e etero-organizzazione del lavoro subordinato. Riflessioni analoghe, in ambito differente, sono presentate anche da Elisa Spiller, la quale ragiona intorno alla nozione di dato personale e alle difficoltà qualificatorie determinate dall'avvento di nuove possibilità tecnologiche, pur in presenza di una definizione normativa dai confini sufficientemente definiti. In tutti questi casi, le forme giuridiche non si presentano come monoliti, i cui confini sono individuabili in comparti stagni, ma si propongono come fluide, diluite in gradazioni e permea-

---

<sup>8</sup> I due modelli sono individuati da C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, III ed., Torino, 2012, pp. 103 ss. Si veda anche R. SALA, *Etica pubblica e biodiritto*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., pp. 136 ss.

bili fra loro. L’incertezza genera quindi dallo iato fra realtà ‘tecnologicamente aumentata’ e qualificazioni giuridiche, producendo una – variamente descritta – inconsistenza del diritto, che si muove fra forme apparentemente certe e applicazione non sicura delle stesse<sup>9</sup>.

Anche nella limitata prospettiva nella quale ci si pone in questa sede, quindi, il richiamo all’incertezza, calata nella trama del discorso giuridico, sollecita scenari diversi, all’interno dei quali essa trova differente configurazione. La sensazione condivisa, però, che accomuna tutti i lavori raccolti in questa sezione, è che il diritto (o almeno una certa concezione del diritto)<sup>10</sup>, con la sua aspirazione alla stabilità e al controllo del mutamento, affanni di fronte all’atomizzazione, alla frantumazione del reale prodotta dall’avvento delle nuove tecnologie, le quali scompongono la realtà in una miriade di situazioni connotate da specifiche peculiarità. Bisogna dunque concludere per una inevitabile rinuncia alla certezza e accettare un diritto che elabori soluzioni estemporanee, variabili a seconda dei casi? La risposta non può che essere negativa.

### 3. *Indici di certezza nel dinamismo scientifico e tecnologico*

Non essendo possibile, nemmeno in questo mutevole campo, arrendersi alla conclusione prospettata, l’atteggiamento comune è quello incline a contenere l’incertezza, senza contrastarla, accogliendola come intrinseca alle dinamiche evolutive dell’era tecnologica. La strada, quindi, pare portare verso un superamento dell’antitesi alla quale ci si è riferiti all’inizio, a un’apertura della dimensione certa del diritto all’in-

---

<sup>9</sup> In particolare, in ragione dell’incrementato margine di autodeterminazione e scelta, un tempo “naturalmente limitato”, promosso dalle nuove tecnologie. Sulla centralità delle scelte nella “seconda modernità” e sulla conseguente diffusione delle decisioni giuridiche discrezionali M. QUIROZ VITALE, *Il diritto liquido. Decisioni giuridiche tra regole e discrezionalità*, Milano, 2012. Si vedano anche le riflessioni circa un diritto «spaurito nel regno della possibilità» e il suo rifugiarsi nella stabilità della forma svolte da N. IRTI, prima in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2000 e, poi, in *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007.

<sup>10</sup> Si veda M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, III ed., Torino, 2014, p. 115 ss.

certezza, alla multiformità e alla variabilità del reale. Un atteggiamento ‘ostile’, infatti, produrrebbe la cristallizzazione di forme giuridiche scollate dalla realtà o un poco auspicabile imbrigliamento dei possibili progressi nel campo tecnologico, scientifico e medico.

Questa opzione deve però essere accompagnata dalla ricerca di strumenti utili a governare detta incertezza, a comprenderla in margini fisiologici, limitandone gli eccessi che possano creare vuoti di tutela o dirette violazioni di diritti.

Per dare avvio a questa ricerca, il primo passaggio è quello di prendere la categoria della certezza del diritto e muoverla dal piano della teoria generale – ove essa «evapora in un mito» – a quello della pratica del giurista, della concretezza delle questioni che si affrontano<sup>11</sup>.

E, nel campo *de quo*, guardare alla materialità dei temi significa rilevare almeno due aspetti connotativi fondamentali: la natura globale delle questioni che si pongono e, come anticipato, la frammentazione e variabilità delle situazioni da regolare.

Quanto al primo profilo, la maggior parte degli scritti qui raccolti rivela l’inadeguatezza di risposte sensibili solo alla dimensione domestica e la rilevanza, al contrario, di interventi di matrice sovra e internazionale, cruciali nel costruire un quadro di riferimento condiviso, in un contesto dominato dalla dissoluzione della materialità, dall’immediatezza delle relazioni e dalla interconnessione fra territori distanti<sup>12</sup>.

La seconda circostanza – quella della molteplicità e mutevolezza delle situazioni generate dall’avanzamento delle nuove tecnologie – porta a mettere in luce il fondamentale ruolo di supplenza svolto dalla giurisprudenza, a fronte dell’incedere incerto del legislatore, quanto a

---

<sup>11</sup> In questo senso le raccomandazioni di R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., p. 2.

<sup>12</sup> Sono molteplici le elaborazioni che riferiscono dell’importanza di fonti sovranazionali in queste tematiche. Si v., per esempio, S. PENASA, *Biodiritto e Unione europea: primi spunti di riflessione*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 3, 2018, pp. 73-89, N. LAZZERINI, *Il contributo della Corte di Giustizia alla formazione di un biodiritto europeo attraverso i diritti fondamentali* e L. POLI, *Il diritto internazionale come “motore” del biodiritto e l’emersione di un “biodiritto internazionale”*, entrambi in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 2, 2019, rispettivamente pp. 263-285 e 287-301 e A. SANTOSUOSSO, *Diritto, scienze e nuove tecnologie*, cit., le cui riflessioni approdano a una sorta di «disaggregazione dei sistemi giuridici» (p. 363).

tempi e contenuti: sono, tuttavia, ben noti e ampiamente discussi i limiti di tale tipologia di intervento, sottoposto ai rischi della schizofrenia, in particolare in ordinamenti, come il nostro, non usi all’applicazione della dottrina del precedente e dello *stare decisis*<sup>13</sup>.

Oltre a questi aspetti, raccogliendo le suggestioni che emergono dagli scritti degli Autori e cucendo collegamenti fra esse, il diritto delle nuove tecnologie pare dover presentare alcuni ulteriori caratteri che consentano di comporre le sue aspirazioni alla certezza con le incertezze della realtà.

Si tratta anzitutto di un diritto aperto, permeabile alle contaminazioni, che, senza rinunciare alla propria essenza, sia in grado di far propri criteri logici e impianto semantico<sup>14</sup> del comparto che si appresta a disciplinare<sup>15</sup>. Risultano quindi maggiormente funzionali norme che prediligono, rispetto alle definizioni astratte, la valutazione di indici concreti e reali<sup>16</sup> e meccanismi di produzione normativa integrati con procedure di valutazione e analisi delle nuove tecnologie che siano di supporto al decisore pubblico<sup>17</sup>. Questo approccio consente, oltre che una

---

<sup>13</sup> Fra i molti, con specifico riferimento a queste materie, si possono vedere, per esempio, P. BORSELLINO, *Tra cultura e norma*, in S. RODOTÀ, M. TALLACCHINI (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, cit., pp. 161 ss. R. CONTI, *I giudici e il biodiritto. Un esame concreto dei casi difficili e del ruolo del giudice di merito, della Cassazione e delle Corti europee*, Roma, 2013 e A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, 2016, *passim*. Più in generale, si v. almeno M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, 1984 e R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva quantistica*, Milano, 2014.

<sup>14</sup> Su alcune innovazioni del linguaggio giuridico, date dalla rivoluzione tecnologica, cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà di espressione*, Bologna, 2004, p. 134.

<sup>15</sup> Su questa particolare caratteristica del biodiritto, C. CASONATO, *Le 3 A di un diritto sostenibile ed efficace*, in *Biotecnologie e diritto*, Santarcangelo di Romagna, 2016, pp. 29-53.

<sup>16</sup> La problematica delle definizioni nel diritto è stata oggetto della precedente edizione delle Giornate di studio, organizzate nel 2015, i cui atti sono raccolti in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio 30-31 ottobre 2015*, Napoli, 2016. Nel volume una sezione è dedicata a *Definizioni giuridiche e concetti tecnico-scientifici* (Sezione IV, pp. 225-308).

<sup>17</sup> Si vedano i lavori monografici di S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell’attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di*

compenetrazione a livello di contenuti, che dà vita a norme scientificamente informate, anche a una sintonia metodologica, grazie alla quale il diritto si affaccia, nella costruzione delle proprie verità, a un metodo diverso, quello scientifico, condividendo il valore dell'impermanenza e della progressiva costruzione di certezze temporanee<sup>18</sup>.

L'apertura alle dinamiche del nuovo, però, non deve far dimenticare al diritto la sua principale funzione di tutela dell'individuo e di promozione dello sviluppo della sua personalità. Ed è proprio per garantire il conseguimento di questo obiettivo fondativo che le norme giuridiche in questo ambito devono ulteriormente equipaggiarsi. Fuori di ogni retorica, infatti, la predisposizione di idonei strumenti formativi e informativi, integrati al dato giuridico, consente, a livello collettivo, di creare una cultura scientifica<sup>19</sup> e, a livello individuale, al destinatario o al fruitore delle nuove tecnologie (sia egli un lavoratore, un consumatore, un paziente...) di riaffermare la propria centralità, attraverso una concreta *chance* di autodeterminarsi e trarre beneficio dal potenziale insito nelle incertezze date dal divenire dell'era tecnologica.

Resta infine costante, sullo sfondo, una riscoperta del valore della logica costituzionale, di un diritto che si affida ai principi. Più di una legislazione settoriale, nel campo dei rapporti tra diritto e scienza, e tra diritto e nuove tecnologie, serve

un paradigma normativo e ricostruttivo sempre più centrato su valori espressi in principi costituzionali e diritti fondamentali, in grado di fronteggiare una innovazione scientifica e tecnologica sempre più pervasiva, e quindi capace di riconsegnare al diritto un ruolo adeguato all'età della tecnica<sup>20</sup>.

---

*procreazione medicalmente assistita*, Napoli, 2015 e A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto: regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

<sup>18</sup> Si v. L. BUFFONI, *Le fonti nazionali del biodiritto: alcuni appunti per una "sovrانيتà" dell'individuo nella produzione giuridica*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2, 2010, pp. 8 ss.

<sup>19</sup> Circa l'importanza, per il diritto, di un collegamento con il senso comune e con il pensiero ordinario, si v. M. JORI, *Del diritto inesistente*, Milano, 2010.

<sup>20</sup> S. RODOTÀ, *Diritto, scienza, tecnologia: modelli e scelte di regolamentazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 3, 2004, pp. 358.

In definitiva, il discorso costituzionale – solo apparentemente foriero di instabilità, in quanto connotato da «ossimoriche enunciazioni»<sup>21</sup> e naturalmente vocato al bilanciamento, al pluralismo e alla contraddizione – si propone, in realtà, come il ragionamento più incline a dare quelle necessarie ‘prove di elasticità’, funzionali a garantire l’adattamento della trama del diritto al costante e rapido fluire della realtà<sup>22</sup>. Un diritto che non intenda limitarsi alla funzione di razionalizzazione e sistematizzazione di interessi e situazioni ormai consolidati, deve assumere una visione prospettica<sup>23</sup>, di durata, abbandonare un ideale di certezza coincidente con un presupposto di stabilità o di fissità, e accogliere la natura ‘evolutiva’ di tale valore<sup>24</sup>. La norma giuridica certa, in questo ambito, è quella che – senza escludere l’incertezza esterna ad essa – si pone come sintesi di una legittimazione scientifica e di una legittimazione democratica e si dota di quei caratteri che, come in un caleidoscopio, ne rendano prevedibile almeno il senso, la direzione dell’inevitabile mutamento. Un diritto viaggiatore, «pronto per il domani», che rechi con sé un «principio di evoluzione»<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., p. 9.

<sup>22</sup> In quanto «norma della durata», la Costituzione rappresenta uno strumento più ficcante, di fronte al divenire della realtà tecnologica, rispetto alla legge, mutevole in quanto rimessa alla «volatilità delle manifestazioni occasionali del potere». Si veda: G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007, p. 50.

<sup>23</sup> Così ancora Rodotà, secondo il quale «l’innovazione scientifica e tecnologica si fa portatrice di un mutamento incessante che non può essere governato attraverso il tradizionale inseguimento legislativo. È indispensabile, quindi, privilegiare strumenti “prospettici”, quali sono appunto quelli legati a una normativa per principi, mentre la costruzione di una disciplina affidata a fattispecie chiuse presuppone un diritto che intervenga alla fine di un ciclo, che scende alla sera, per selezionare e razionalizzare interessi e situazioni ormai consolidati». S. RODOTÀ, *op. cit.*

<sup>24</sup> La certezza giuridica, nella maggior parte delle ricostruzioni recenti, non è *stricto sensu* intesa come principio giuridico, bensì come obiettivo, come orizzonte che non può mai dirsi raggiunto a pieno. Cfr. A. RUGGERI, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della normazione ed esperienze di giustizia costituzionale*, cit., p. 132.

<sup>25</sup> B.N. CARDOZO, *Il giudice e il diritto* (tr. it. di V. Gueli), Firenze, 1961, p. 98.





SEZIONE IV

CONCLUSIONI



## CONCLUSIONI

*Cinzia Piciocchi*

Quando si è svolto l'incontro dal quale nasce questo volume e quando abbiamo cominciato a raccoglierne gli atti, vivevamo in un mondo di certezze delle quali non avevamo neppure la percezione. Eravamo certi di poterci incontrare nelle nostre Università, di poter prendere mezzi pubblici e recarci ad una conferenza in un'altra città, di poter partecipare ai festeggiamenti per il compleanno di un amico. Azioni libere, certo connotate da possibili imprevisti – un'indisposizione, uno sciopero dei mezzi pubblici, un impegno improvviso – ma contingenti e, soprattutto, tendenzialmente individuali.

Poi, ci sono stati alcuni cambiamenti: nei mesi più freddi dell'inizio di quest'anno abbiamo cominciato ad usare sempre meno i nostri abiti invernali, abbiamo capito che cappotti e giacche pesanti non servivano più e li abbiamo riposti negli armadi; siamo rimasti nelle nostre case, uniti tra pochi di noi e con il resto del mondo da Internet. Non ci siamo accorti dell'arrivo della primavera, racchiusi nell'angoscia di mesi di preoccupazione e dispiacere, che porteremo nei nostri ricordi. Nel momento in cui chiudiamo questo volume, abbiamo forse compreso che l'incertezza è diventata parte integrante delle nostre giornate: un grande imprevisto (determinato da un virus, che di per sé è molto piccolo) ci ha coinvolti collettivamente ed abbiamo dovuto imparare a convivervi.

Acquisiamo così una consapevolezza: l'incertezza accompagna fisiologicamente le nostre azioni e le nostre decisioni ma, quando diventa endemica, sconvolge le vite dei singoli e l'assetto sociale. Con l'incertezza perdiamo il senso di ciò che è normale, un termine che dentro di sé racchiude la parola norma, che indica ciò che è "in squadra", segue la regola. Nell'incertezza, infatti, si altera il rapporto tra regola ed eccezione, all'interno del quale sappiamo muoverci ma che, se salta, genera un profondo disorientamento.

A Giurisprudenza, si studia sin dal primo anno che la certezza è un valore intrinseco, poiché i rapporti giuridici si definiscono anche nel grado di prevedibilità che assicurano, o meglio che ne assicura la loro definizione. Alcuni istituti improntati alla certezza non sono sempre di facile comprensione, intersecandosi con il senso di giustizia che potrebbe portare a non capire perché un bene possa essere usucapito, o perché un reato possa estinguersi per prescrizione o, ancora, perché la declaratoria di incostituzionalità non incida (salva l'eccezione stabilita nell'ambito penale) su tutti i rapporti, anche quelli esauriti, per i quali proprio quella norma contrastante con la Costituzione sia stata dirimente. Capiamo questi istituti ed altri ad essi simili, solo se sappiamo scorgerne, tra le possibili motivazioni, anche la certezza come valore.

I contributi raccolti in questo volume, e la bella giornata dal quale hanno preso le mosse, guardano al rapporto tra diritto, certezze ed incertezze da diverse prospettive, spaziando nel tempo (dal diritto romano, all'era dei *social network*) ed ambiti disciplinari (dal diritto penale, a quello del lavoro, al diritto privato, per citarne solo alcuni).

Soprattutto, gli scritti qui raccolti affrontano tematiche eterogenee, tra loro lontane, che tuttavia hanno in comune due elementi centrali: guardano all'incertezza e lo fanno secondo prospettive originali. I partecipanti all'incontro hanno infatti scelto – tutti senza eccezioni – di non percorrere sentieri battuti, ma di esplorare tematiche inedite, focalizzando sul significato delle incertezze e, facendosi spesso carico anche di una *pars costruens*, indicando come le problematiche emerse potrebbero essere affrontate.

Nella diversità degli argomenti trattati, sono così emersi temi ricorrenti che attestano alcuni tratti della riflessione sull'incertezza e, di conseguenza, sul valore che la certezza assume in ambito giuridico.

Innanzitutto, essa si lega a valori costituzionali fondativi. Diversi contributi, infatti, hanno evidenziato come la certezza vada intesa in relazione ai concetti di prevedibilità ed effettività dell'applicazione della norma giuridica. Come tale, la certezza è stata ritenuta rappresentazione di un principio costituzionale centrale: l'eguaglianza. In questa prospettiva, pertanto, essa incarna una "normalità" che assume una dimensione che è al contempo individuale ed anche collettiva, poiché funge da punto di riferimento per orientare i rapporti tra i consociati. Al

tempo stesso, anche le tematiche che impongono una prospettiva intrinsecamente e necessariamente collettiva, quali ad esempio i *big data*, trovano un elemento di certezza nell'attenzione verso individuo, nella centralità della persona. Si tratta di un legame interessante – quello tra eguaglianza, dimensione collettiva e centralità della persona – saldamente ancorato ai principi fondativi del costituzionalismo stesso. La certezza in un ambito così complesso, per sua natura volto all'analisi di elementi in cui si guarda a gruppi numericamente estesi, ci rammenta l'importanza dell'individuo, come presupposto della regolamentazione giuridica. Un altro principio costituzionale, la solidarietà, si realizza anche nell'attenzione agli elementi di certezza, ad esempio in un ambito, quello fiscale, in cui nuovamente individuo e collettività si legano inscindibilmente.

Il medesimo ambito ha offerto lo spunto per individuare un altro argomento trasversale alle diverse tematiche affrontate: le fonti. Si tratta evidentemente di una tematica che coinvolge appieno la certezza nel diritto, determinandola in gran parte e che, anche in questo caso, è stata affrontata secondo prospettive inedite ed originali. Ci si interroga così sulla qualità della normazione, sulle difficoltà di reperire le norme in ambiti caratterizzati dall'ipertrofia legislativa, e sulle incertezze che caratterizzano le fonti la cui collocazione definitoria risulti complessa e controversa (ad esempio in tema di linee guida dell'Anac). Si individuano però al contempo i possibili interventi per garantire una maggiore certezza, come ad esempio l'individuazione di forme di partecipazione dei contribuenti all'individuazione delle prassi in ambito fiscale, unitamente al ruolo dei giudici.

Il formante giurisprudenziale emerge contestualmente a più riprese, innanzi tutto come uno degli strumenti fondamentali della certezza in ambito giuridico. Non a caso, infatti, la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione è stata menzionata più volte, anche nelle articolazioni determinate dal dialogo con le Corti sovranazionali ed internazionali. Ci si interroga così sul valore del precedente, secondo dinamiche che talvolta appaiono prescindere dalle appartenenze alle famiglie di *civil law* o di *common law* ed alle relative tensioni che ne possono scaturire. In particolare, tale riflessione coinvolge ambiti quali quello penale, dove la certezza dà corpo alle garanzie previste dalla Costituzione,

specie con riferimento ai principi della normazione in questa materia ed al diritto alla difesa. In ogni caso, diversi Autori di questo volume ricordano che ai giudici non può essere totalmente demandato il compito di rimediare alle incertezze dovute all'inerzia di altri formanti, *in primis* quello legislativo. Si evidenziano così le possibili frizioni tra certezza e libertà interpretativa dei giudici anche se, d'altro canto, si individuano nella funzione nomofilattica e nella pluralità di interpretazioni due momenti che non necessariamente si negano, ma possono autoalimentarsi a vicenda.

Un altro elemento ricorrente è dato dall'interazione con discipline diverse dal diritto: la tecnologia, l'informatica, le scienze della vita. Anche in questi ambiti la certezza rappresenta un valore imprescindibile, ad esempio con riferimento al principio costituzionalmente tutelato (vd. sentenza n. 438 del 2008) del consenso informato. È tuttavia interessante notare come si ripropongano le problematiche già emerse con riferimento agli ambiti più "tradizionali" del diritto: quindi emergono nuovamente le preoccupazioni in merito al coinvolgimento del panorama sociale ed economico, che possono risentire in modo estremamente negativo delle incertezze (che giustamente, come viene fatto notare, non sono un fattore che incentivi gli investimenti economici). Si propongono poi problematiche più legate alle peculiarità dei settori in oggetto: ad esempio, il rapporto con la rapidità degli avanzamenti scientifici e tecnologici, se da un lato impone un grado di flessibilità delle norme, d'altro canto non può trasformarsi in una rincorsa. La formazione delle norme giuridiche, infatti, "sconta" i tempi della democrazia e, in questa rincorsa, è destinata a risultare perdente, anche alla luce della necessità della riflessione etica che deve accompagnare le scoperte scientifiche, senza paralizzarle. La certezza, infatti, non può "ingabbiare": anche questa preoccupazione attraversa a più riprese le riflessioni degli autori, anche se capire come darvi seguito non è semplice, come si è visto con riferimento alle difficoltà delle definizioni.

Le nuove tecnologie hanno avuto un impatto notevole sulle definizioni – il lavoratore, il consumatore – e con il portato che quelle definizioni recano con sé, *in primis* le garanzie giuridiche che da esse discendono. Ancora una volta ci si trova a definire il rapporto tra certezza e libertà delle parti di fornire definizioni e nuovamente appare il monito

di non inseguire la realtà ma di saperla regolare, anche quando sia complessa e cangiante. La certezza, allora, deve saper individuare gli ambiti che richiedono flessibilità (ad esempio i rapporti di lavoro “nuovi”, o i consumatori di “nuovi” servizi), ma non a discapito delle relative tutele, che flessibili non devono diventare.

Problematiche simili emergono in relazione alla certezza nella definizione della famiglia, con riferimento ad ipotesi che in passato non esistevano per convenzione sociale (es. coppie dello stesso sesso, che la società “non vedeva”), o perché la scienza non le aveva rese ancora possibili (filiazione nell’ambito di queste ultime). Definizioni ed ambiti di libertà possono finire per entrare in conflitto ma, ancora una volta, ci viene indicata una strada da percorrere, ponendo al centro un principio, il *best interest* del minore, che guida le decisioni dei giudici sempre, indipendentemente dal contesto familiare presente.

C’è poi un monito comune, sotteso a tutti i contributi raccolti in questo volume: saper riconoscere gli ambiti di incertezza e gli interventi conseguenti necessari non è un’operazione semplice. Al valore della certezza, quindi, si affianca la necessità di una profonda consapevolezza quanto agli ambiti problematici ed agli strumenti atti ad intervenire in essi. Muoversi tra il bisogno di certezza e gli ambiti di autonomia, definizione di ciò che è atteso e prevedibile ed ingabbiamento di ciò che è “normale”, sono tutti elementi che pongono elementi di riflessione e, spesso, vere e proprie sfide.

D’altro canto, chi ha scelto di occuparsi di diritto, queste cose le sa. Tra questi, i partecipanti a questo evento, che mi sento di ringraziare a nome mio e di tutti gli organizzatori di questa giornata per loro merito particolarmente riuscita, in particolare Carla Reale e Marta Fasan.

Ce ne saranno molte altre, e non saranno online: ci rivedremo nelle nostre Università, a presto.





**COLLANA**  
**‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’**

**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. José Luis Guzmán D'Albora, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)

18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)

19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immoveable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)

20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)

21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)

22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”*. *La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)

24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)

25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)

26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)

27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)

28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)

29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)

30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)

31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)

32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)

33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)
36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)
37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)
38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)
39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)
40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)
41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)

47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)

48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)

49. *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)