

## Introduzione

La certezza del diritto costituisce un elemento irrinunciabile per la comprensione della specificità della normatività giuridica.

Se guardiamo alle principali concezioni del diritto che si sono succedute nel tempo, quantomeno dall'età moderna ad oggi, o che si sono confrontate nel dibattito teorico, possiamo constatare una perenne oscillazione tra prospettive che considerano la certezza del diritto una caratteristica imprescindibile ma anche a-problematica della normatività giuridica e prospettive che considerano, invece, la certezza del diritto un "mito" o l'elemento apicale di uno sguardo ingenuo sul diritto.

Riflettere, oggi, intorno alla certezza del diritto significa portare fino in fondo alcune conseguenze cruciali derivanti dalla consapevolezza della complessità del diritto, una complessità che riguarda le fonti (il diritto non è riconducibile alla legge e il suo funzionamento non è spiegabile nel quadro di un – unico – ordinamento giuridico) ma anche il riconoscimento del ruolo che i processi interpretativi e argomentativi hanno nella concretizzazione (non solo nell'applicazione) del diritto.

In questo senso, il tema della certezza può costituire un angolo visuale, problematico sì, ma anche estremamente fertile, per la messa a fuoco di rilevanti trasformazioni dei modi in cui il diritto contemporaneo funziona. E questo ancor più in un'ottica che voglia valorizzare il contributo alla comprensione del diritto derivante dall'ermeneutica giuridica, per la quale la certezza da cercare e perseguire non è da intendersi come proprietà delle fonti, già data o da presupporsi come tale, ma come caratteristica da raggiungere attraverso l'impiego del metodo giuridico, nei momenti dell'interpretazione e dell'argomentazione, nella consapevolezza che la certezza è data dal connubio di predittibilità e accettabilità del legame istituito fra norme e loro conseguenze giuridiche.

Il presente fascicolo mira a rivenire significativi elementi di problematizzazione del concetto di certezza del diritto a tre fondamentali livelli: al livello della concettualizzazione del diritto; al livello della trasformazione interna degli ordinamenti giuridici, attraverso alcune esemplificazioni che riguardano diverse aree del diritto (il diritto privato e il diritto pubblico), ma anche diver-

## INTRODUZIONE

si ordinamenti (interno, comunitario e internazionale); al livello dell'emersione di nuovi fenomeni regolativi (diritto transnazionale e *soft law*).

Nel contributo di Jacques Lenoble, l'attenzione è posta sulle condizioni necessarie alla costruzione di una teoria del diritto e si conclude per la necessità di contemporare premesse speculative e condizioni pragmatiche.

Alcuni processi giuridici relativi alla sfera del diritto privato che hanno esercitato effetti sul principio di certezza del diritto sono al centro dell'analisi effettuata nel contributo di Nicolò Lipari. Si tratta di fenomeni che vanno dall'assunzione di una rilevanza crescente della giurisdizione, la quale tende talora persino a sostituirsi alla funzione legislativa; alla lenta decodificazione; al mutamento del panorama delle forme di regolazione, legato all'emergere di forme di regolazione transnazionale e *soft*.

L'analisi giunge a riconoscere, quale comune conseguenza di tutti questi fenomeni, l'assegnazione di un nuovo e cruciale ruolo al momento interpretativo così come all'argomentazione e suggerisce che il principio di certezza del diritto sia concettualizzato prendendo le distanze tanto dal formalismo quanto da tentazioni nichiliste.

Sempre sul piano del diritto privato, una specifica analisi delle trasformazioni che hanno investito il ruolo e l'individuazione dei principi nella giurisprudenza interna, così come in quelle della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea per i diritti umani, è fornita nel contributo di Guido Alpa. Dalla ampia ricostruzione qui operata emerge, in tutta la sua portata, il fenomeno dell'espansione subita dal concetto di principi del diritto, dell'intensificarsi esponenziale del ricorso ai principi come strumento attraverso il quale trasferire nell'interpretazione/applicazione del diritto elementi dal carattere eterogeneo, dai valori ai criteri guida per orientare determinati settori. Tutt'altro che secondario, l'espansione dei principi avviene parallelamente all'intensificarsi di un fenomeno di "osmosi", attraverso il quale sempre più i principi si sviluppano transitando da un ordinamento giuridico all'altro.

Sul piano del diritto amministrativo, il perseguimento della certezza del diritto viene ravvisato e ricostruito, nel contributo di Follieri, nel diffondersi del ricorso all'interpretazione uniforme nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, del Consiglio di Stato e della Corte dei Conti.

Sul versante del diritto internazionale, con il saggio di Erika De Wet e Jure Vidmar, è l'assenza di gerarchia delle norme a costituire l'angolo prospettico di analisi della problematicità, ma anche dei meccanismi di perseguimento, della certezza del diritto. Il terreno di analisi è, qui, rappresentato dalla valutazione del concreto impatto esercitato nella pratica delle corti da due paradigmi concorrenti, il paradigma della gerarchia basata sui diritti umani e il paradigma dell'integrazione sistematica. Centrale per il tema della attuale configurazione del principio di certezza del diritto risulta la conclusione cui gli autori, nella loro analisi, giungono: ovvero che di fronte ad un potenziale conflitto la giuri-

## INTRODUZIONE

sprudenza internazionale privilegi il paradigma dell'integrazione sistemica piuttosto che il consolidamento di una gerarchia.

La relazione fra presupposti epistemologici, politici e socio-culturali operanti nella concettualizzazione del diritto, essenzialmente frutto di opzioni legate al pensiero moderno, da un lato, e la resistenza a qualificare come giuridiche forme di regolazione caratterizzate dalla a-statualità, dall'altro, costituisce il tema di fondo del contributo di Thomas Schultz. Il superamento di tale resistenza implica anche un ripensamento dell'idea di certezza del diritto che sia il frutto di una consapevole distinzione fra regole prudenziali, precetti analitici, interessi professionali.

La modernità giuridica è, poi, nel saggio di Ferdinando Menga al centro di una più ampia analisi filosofica, tesa a fare emergere il carattere problematico della caratterizzazione del potere costituente.

Sempre in un'ottica filosofica, un altro concetto cardine della cultura giuridica – quello di *persona* – capace di rappresentare certo un angolo visuale privilegiato da cui osservare le trasformazioni del diritto e alcuni tratti centrali del diritto contemporaneo, è al centro della riflessione condotta da Ulderico Pomarici.

L'analisi e le ricostruzioni offerte in questo fascicolo consentono, nel loro complesso, di cogliere la riconfigurazione concettuale della certezza del diritto come una delle sfide centrali dell'esperienza giuridica contemporanea, nella misura in cui il diritto tende a riguardare ormai non più solo territori e Stati ma spazi e – per dirla con Esser – orizzonti d'attesa di tipo differente, esprimendosi nella comunità politica, ma anche nelle comunità epistemiche e interpretative di volta in volta rilevanti.

