

“Quale diritto per quale società? Il diritto e le esigenze di una società che cambia” – Giornata di studi

*ASSET Fondazione Studium Generale Marcianum, Venezia –
27 gennaio 2012*

Il convegno è stato organizzato dall'istituto di ricerca ASSET della Fondazione Studium Generale Marcianum, nel contesto dello svolgimento del progetto “Riforma del diritto, riforma della società”, incentrato sul rapporto fra le modificazioni delle società plurali contemporanea e le corrispettive trasformazioni del diritto, cercando di mettere in luce i complessi rapporti di reciproca influenza che intercorrono fra la dinamica sociale e la normatività giuridica.

I brevi interventi di introduzione da parte di Brian E. Ferme, Rettore dello “Studium Generale Marcianum”, di Andrea Pin, Ricercatore in Diritto Costituzionale presso l'Università di Padova, e di Lorenza Violini, Professore ordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi di Milano, hanno rilevato l'importanza di una riflessione sul diritto che si faccia carico seriamente delle strutture e dei cambiamenti profondi della società, cogliendo in particolare come lo snodo fra diritto e società vada letto a partire dalla relazione che entrambe queste sfere sviluppano con la dimensione antropologica, contribuendo storicamente a influenzarla e a ridefinirla.

In quest'ottica di lettura interdisciplinare, i lavori sono stati aperti dall'ampia relazione di Costantino Esposito, Professore ordinario di Storia della Filosofia presso l'Università di Bari. Esposito nella sua relazione ha proposto un percorso di esplorazione del rapporto fra soggettività, potere e diritto nella modernità, con l'intento di portare a esplicitazione i presupposti impliciti, e spesso per questo invisibili, di tanta parte del diritto e della giurisprudenza contemporanei. La riflessione ha messo a tema origine, legittimazione e finalità del potere nella loro trasformazione fra i secoli quindicesimo e sedicesimo, durante i quali il tema del potere passa dall'essere racchiuso entro un orizzonte di senso metafisico che lo eccede e lo destina al bene comune politico a una nuova situazione in cui il problema del potere viene a coincidere interamente con la questione della politica. Le due tendenze principali di questa trasformazione sono quella realistica e quella utopica, il percorso di Niccolò Machiavelli e quello di Tommaso Moro, per così dire. Lo scolamento progressivo fra realtà e idealità rende più evidenti due facce dello stesso processo con il quale l'origine divina della legge si fa sempre più remota e la finalità diventa sempre più la politica stessa, sia che venga intesa come gestione del potere esistente per imbrigliare la durezza del caso e della morte, sia che venga intesa come prototipo utopico da realizzare politicamente. In questo contesto Machiavelli può essere inteso autenticamente come pensatore tragico, raccolto intorno al

tema della necessità di arginare la fortuna tramite la virtù, intesa come capacità e padronanza di sé. La temperie contemporanea è, certamente in questo senso sua erede nella centratura sulla necessità di essere se stessi, di affermarsi tramite la rivendicazione dei propri diritti.

In questo quadro, suggerisce Esposito, si disegna la struttura fondamentale del rapporto fra soggettività e diritto che l'estrema modernità nella quale viviamo ha solamente portato pienamente alla luce. In particolare, l'ipotesi di lettura proposta è che non sia principalmente la soggettività moderna a fondare i diritti, ma che viceversa il soggetto non sia definito prima che l'istanza altra dello stato riconosca i suoi diritti e la liceità delle sue azioni, con l'esito postmoderno di un soggetto costituito nella sua identità e nelle sue possibilità dal diritto stesso. Significativamente, sia nel liberalismo nichilista sia nei fondamentalismi nichilistici, il diritto precede e fa i soggetti, con il rischio di una sanzione definitiva del divorzio fra verità e diritto. L'inquietudine filosofica che tenta in quest'orizzonte di ricomporre la frattura deve scontrarsi con la resistenza di una realtà che ormai si presenta come divisa in se stessa.

La chiusura di Esposito riflette su di una significativa citazione di John Stuart Mill del 1856 nella quale questi afferma come a forza di non seguire più la propria natura gli uomini non hanno più una natura da seguire. La frase, riferita dal filosofo originariamente al conformismo ottocentesco delle convenzioni, viene acutamente riletta da Esposito nel quadro del conformismo contemporaneo delle trasgressioni e delle eccentricità, cogliendone lo spunto per un invito a tornare a un pensiero che prenda sul serio il tema della natura umana, a partire dalla consapevolezza che la nostra natura non è qualcosa che già a priori conosciamo. L'unica possibilità di incontrare un bene oggettivo per il soggetto resterebbe dunque quella di farne esperienza, riconoscendo che la verità deve sempre e ancora essere scoperta proprio nell'orizzonte dell'esperienza umana.

Alla relazione di Esposito è seguita quella di Franco Gallo, Giudice della Corte Costituzionale e Professore emerito di Diritto tributario alla LUISS, incentrata sul tema del rapporto fra giustizia sociale e giustizia fiscale nell'orizzonte comunitario. Gallo ha avviato le proprie considerazioni dai dati delle ricerche OCSE che registrano l'allargarsi della forbice di disuguaglianza economica negli anni più recenti, traendone la convinzione che il tema della redistribuzione della ricchezza resti di grandissima attualità, nonostante le difficoltà e le contrapposizioni intorno alla possibilità di una riforma complessiva della fiscalità.

Le più recenti raccomandazioni, facendo anche leva sulle riflessioni di Amartya Sen, hanno portato largamente l'attenzione sulla necessità di concepire la ricchezza non solo in termini quantitativi, di beni fruiti, ma più ampiamente in termini di capacità. In questo senso, non si tratta solo di riequilibrare i pesi fiscali, ma di rimettere al centro la questione del rapporto fra giustizia sociale ed equità fiscale. Tale esercizio è particolarmente impegnativo in ambito comunitario, ove gran parte dei trattati condivisi nell'Unione si ispirano a una concezione delle libertà economiche fondamentali di matrice mercatistica. In questa chiave, sostiene Gallo, non è affatto inattuale la sottolineatura del ragionevole principio costituzionale italiano di proporzionalità fra carico fiscale e qualità del servizio pubblico offerto,

senza che al prelievo possa essere posto un limite di natura astratta a prescindere dalla realtà dei problemi sociali e della consistenza della risposta pubblica.

Antonio Ruggeri, Professore ordinario di Diritto costituzionale dell'Università di Messina, ha concluso le riflessioni della mattinata interrogandosi sull'invecchiamento e sullo svecchiamento del diritto, alla ricerca di un criterio di discernimento che non può in ogni caso essere puramente cronologico. Le pratiche sociali emergenti si affermano talvolta fino a diventare consuetudini, tuttavia se è per lo più chiaro che esse esprimono dei bisogni significativi, non è altrettanto evidente determinare se tali bisogni costituiscano anche dei diritti. Il diritto è in questo senso chiamato certamente a seguire lo sviluppo dei fatti, ma anche a trasformarlo alla luce di valori normativi. A fronte della criticità di tale situazione secondo Ruggeri è giusto domandarsi se non sia lo stesso processo di formazione delle leggi a essere invecchiato. In questo senso, per difendere il principio democratico in una situazione sociale complessa e in costante accelerazione potrebbe essere necessario ripensare anche modalità di legiferazione per lungo tempo dogmaticamente accettate.

Marta Cartabia, Giudice della Corte Costituzionale e già Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Milano-Bicocca, ha introdotto in qualità di moderatrice la sessione pomeridiana, richiamando al tema centrale del rapporto fra soggettività personale e soggettività come portatrice di diritti. In coerenza con tale prospettiva, Pasquale De Sena, Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, ha riflettuto sul tema dei diritti fondamentali della persona. Il suo interessante contributo ha preso le mosse dall'analisi del modello di uguaglianza prevalente, di matrice liberale, centrato sull'idea universalistica di condizioni di partenza uguali per tutti, considerati come soggetti pienamente liberi e autonomi. De Sena ha osservato come tale epistemologia di fondo, peraltro alla radice della concezione prevalente del diritto internazionale come anche del mercato e della concorrenza, sia stata fatta oggetto ormai da più parti di una critica serrata circa l'attendibilità del modello della scelta razionale, in favore del ruolo delle emozioni e dell'intersoggettività. Il riemergere di una riflessione importante sul tema della differenza ha fatto riscoprire la persona non solo come condizione e prospettiva presente, ma anche come esperienza e come storia. Pur nella permanente prevalenza dell'impostazione di derivazione liberale, De Sena ha rilevato come sia nella Carta dei Diritti dell'Unione Europea, sia nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani si trovino aperture non trascurabili nei confronti di una prospettiva di carattere alternativo.

Luca Antonini, Presidente della Commissione paritetica per l'attuazione del federalismo fiscale e Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università di Padova, ha affrontato il tema del condizionamento finanziario dei diritti, in particolare in chiave federalista. Antonini ha ventilato la necessità per la politica di entrare nella prospettiva delle risorse limitate, senza che questo debba essere vissuto come un prevalere delle ragioni dell'economia su quelle della politica, quanto piuttosto come l'ingresso in una prospettiva di moralità e responsabilità delle scelte che deve fare parte integrante dei criteri di giustificazione dell'azione politica stessa.

Alberto Gambino, Professore ordinario di Diritto privato presso l'Università Europea di Roma, ha voluto evidenziare il rapporto fra il mutare del quadro etico di

riferimento e la trasformazione degli istituti giuridici. In particolare la sua attenzione si è soffermata sul tema del consenso informato, che in Italia non è regolato da una legge *ad hoc*, ma consiste al momento in una prassi che è stata designata come istituto da alcune decisioni della Corte Costituzionale. Il quadro si fa particolarmente problematico quando questa fattispecie, già non inquadrabile nell'ambito del codice civile, prende la forma di una delega. Da qui la materia si sposta sotto l'ambito del diritto privato, che però non può adeguatamente accoglierla. Risulta in questo senso emblematica l'evoluzione della figura dell'amministratore di sostegno, che nel tempo cerca di spostare l'attenzione dalla cura del patrimonio alla cura della persona. Una figura originariamente destinata al massimo alla protezione dell'integrità fisica della persona incapace e che tramite interpretazioni giuridiche successive si è trasformata fino a prospettare la figura dell'amministratore come garante della sfera di autonomia dell'assistito quando questi non la possa esercitare in prima persona. Da questa tensione si origina il dibattito attuale sul testamento biologico che, in ogni caso, secondo Gambino, non fa che riportare continuamente alla questione della opzione valoriale di fondo che fa da orizzonte agli istituti giuridici stessi.

Roberta Clerici, Professore ordinario di Diritto internazionale privato presso l'Università degli Studi di Milano, ha chiuso i lavori con un contributo sulla specificità del diritto internazionale privato quale figura paradigmatica dell'attitudine sociale all'accoglienza di norme e valori "altri" all'interno del proprio ordinamento. In questo contesto di dialogo e apertura, il diritto di famiglia è stato tuttavia negli anni recenti oggetto di scontro frontale fra le leggi nazionali dei paesi sulle due sponde del Mediterraneo. La tensione volta a evitare la discriminazione della donna e a garantire la tutela dei figli ha portato a situazioni claudicanti, di mancato riconoscimento, che si sono appellate alle norme della Carta Europea dei Diritti umani. Resta dunque aperta la questione della resistenza all'accesso di valori giuridici contrari a quelli del nostro ordinamento che deve costantemente essere bilanciata con la natura di apertura verso l'esterno propria del diritto privato internazionale.

La giornata di studi ha complessivamente aperto una molteplicità di prospettive rilevanti all'interno di una pluralità di ambiti disciplinari, certamente troppo ampia per poter essere affrontata in modo esaustivo nell'ambito di un singolo evento. Gli spunti filosoficamente più rilevanti sono certamente quelli sorti intorno al ruolo di snodo della soggettività antropologica fra la magmatica dinamica dei fenomeni sociali e i processi di elaborazione e applicazione delle norme del diritto. Le categorie epistemologiche e le concezioni etiche che presiedono implicitamente all'articolazione del pensiero sulla persona umana sono costantemente in gioco e attendono perciò continuamente di essere portate alla luce dallo scavo della riflessione critica. In questo senso l'invito ad applicare al diritto un approccio che sia a un tempo critico e interdisciplinare pare l'aspetto più degno di nota e ulteriore sviluppo che emerge dalla giornata di studi.

Paolo Monti
Università Cattolica del Sacro Cuore
paolo.monti@email.it