

ST. PETERSBURG INTERNATIONAL LEGAL FORUM

27-30 maggio 2015

**Relatore: dott. Alessandro Criscuolo,
Presidente della Corte Costituzionale italiana**

“Missione del diritto nell’era del cambiamento”

1.– Nel porgere un sentito saluto a tutti i presenti, desidero manifestare il mio apprezzamento per questo evento che vede a confronto esperienze diverse, stimolando in tal modo una riflessione opportuna in ordine a temi di particolare complessità.

2.– È da tempo diffusa l’opinione secondo cui la continua trasformazione del tessuto sociale ed economico degli Stati comporta riflessi sui molteplici settori del diritto, chiamato a dare una risposta alle nuove problematiche emergenti dalla società in continuo cambiamento, ossia dalla società cosiddetta globale.

È difficile negare che negli ultimi decenni diversi fattori abbiano contribuito a modificare i tradizionali sistemi di organizzazione di vita delle collettività nazionali e sovranazionali.

Lo sviluppo delle tecnologie, la diffusione di strumenti di comunicazione rapidi ed efficienti, la possibilità di accedere da qualsiasi luogo ad un patrimonio vastissimo di informazioni attraverso la connessione alla rete *internet*, testimoniano come l’umanità sia oggi chiamata a confrontarsi con ordini di problemi forse neppure immaginabili fino ad un recente passato.

E, infatti, la circostanza che le relazioni interpersonali non siano più condizionate dalla distanza fisica ha comportato il superamento delle barriere costituite dai confini geografici e la nascita di luoghi *virtuali* in cui sono possibili contatti, scambi e interazioni di ogni tipo.

Il contesto mondiale attuale, caratterizzato da un sistema economico per il quale i mercati, le produzioni ed i consumi, ma anche le differenti civiltà sono in costante connessione su scala universale, ha visto, dunque, mutare il rapporto intercorrente tra diritto e fattore spazio.

Il diritto, secondo l'immagine data da C. Schmitt, non è più intimamente collegato con la «terra», in cui «divengono palesi gli ordinamenti e le localizzazioni della convivenza umana»¹, ma è destinato a prescindere dai confini degli Stati, dovendo riferirsi alla pluralità disomogenea dei popoli, le cui relazioni si intrecciano, ora, in un unico spazio globale.

Il processo di trasformazione descritto ha incrementato i contatti tra culture e tradizioni diverse dando luogo ad una interazione che ha contribuito alla progressiva erosione delle differenze a vantaggio della diffusione di modelli generalizzati.

Si è assistito e si assiste, sempre più, ad una circolazione di modelli culturali tra loro profondamente diversi che ha determinato non solo la nascita di nuove discipline e l'ampliamento del novero di diritti fondamentali, ma anche l'accelerazione del processo di evoluzione di istituti giuridici tradizionali quali, ad esempio, quello della responsabilità civile, del regime della proprietà, e del matrimonio².

A tale processo evolutivo si affianca, quindi, la necessità di ricercare strumenti comuni utili ad individuare soluzioni di problemi che gli Stati non possono affrontare autonomamente in considerazione della trasversalità di fenomeni in crescita quali sono – per enunciarne alcuni tra i più importanti – le migrazioni dei popoli, lo sfruttamento delle risorse naturali, la conservazione dell'ambiente, il terrorismo, la criminalità organizzata e i reati a mezzo *internet*.

Il diritto, quale elemento imprescindibile del vivere sociale, non può non confrontarsi, dunque, con il processo di globalizzazione inteso nella sua accezione di spazio nel cui ambito i soggetti si trovano al cospetto di differenti sistemi legali.

3.– La contemporanea esistenza in un unico spazio di più sistemi normativi non omogenei ha determinato un sensibile mutamento del ruolo del giurista il quale deve misurarsi con gli ordinamenti nazionali e sovranazionali, coinvolti in un processo di integrazione e di coordinamento reciproco.

L'ampliamento delle interazioni tra le diverse culture sociali ha reso più problematica l'affermazione di un diritto comune.

È attuale, quindi, la riflessione sul ruolo e la funzione del diritto nel panorama del cambiamento descritto.

¹ C. Schmitt, *Il nomos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, p. 20

² Nell'ordinamento italiano il fenomeno è particolarmente percepibile rispetto agli istituti che hanno origine nel diritto romano; si pensi, ad esempio, alla materia del risarcimento del danno che affonda le radici nella *Lex Aquilia de damno* del III secolo a.C.

Occorre subito richiamare l'attenzione sulla necessità di una chiara scelta di campo da parte degli Stati in ordine ai livelli di intervento politico e legislativo nelle relazioni sociali.

Il tema della individuazione di fini comuni, peraltro, non è nuovo.

Il pensiero corre alle *Leggi* di Platone là dove l'Ateniese rivolgendosi a Clinia e Megillo così si esprime: «come dunque si vede, se la costituzione del nostro paese deve essere compiuta e perfetta, bisogna che tra i suoi istituti ve ne sia qualcuno che sia in grado di conoscere, in primo luogo, questo scopo, di cui parliamo, quale sia, cioè il fine politico che noi ci proponiamo; in secondo luogo, in qual modo questo scopo si debba raggiungere, e quali siano innanzitutto le leggi e poi le persone che potranno a tal fine riuscire utili o no. Se uno Stato manca di questo, nessuna meraviglia se, essendo privo di intelligenza e di sensi, procederà ogni volta a caso in tutte le sue azioni»³.

Si tratta, quindi, di stabilire – nel solco della tradizionale distinzione tra il modello liberale classico e quello dello Stato sociale – se gli ordinamenti giuridici abbiano quale fine la tutela dei diritti fondamentali, dettando regole non invasive dell'attività e delle scelte dei singoli o se, invece, discostandosi da una posizione neutrale, debbano intervenire nelle relazioni private al fine di dare massima attuazione alla tutela di quei diritti, con interventi minuziosi, anche eventualmente in sostituzione della volontà delle parti coinvolte.

Peraltro, quale che sia il modello assunto a riferimento, sta di fatto che il fenomeno di trasformazione sociale involge anche la scelta sulla politica legislativa ritenuta più idonea alla realizzazione delle finalità che si intendono perseguire.

Con riferimento a quest'ultimo aspetto, deve rilevarsi come sia frequente, ad esempio in materia fiscale, di tutela dell'ambiente, e di sfruttamento dell'energia, il ricorso alla legislazione “promozionale”, che consiste nella produzione di testi normativi caratterizzati dall'abbandono della tradizionale funzione repressiva in favore dell'incoraggiamento di pratiche virtuose, rese particolarmente allettanti attraverso la previsione delle cosiddette “sanzioni positive”.

Come è stato osservato «Nelle costituzioni liberali classiche la funzione principale dello Stato appare essere quella di *tutelare (o garantire)*; nelle Costituzioni post-liberali, accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequentemente quella di *promuovere*».⁴

³ Platone, *Leggi* 962, in *Tutte le Opere*, a cura di G. Pugliese Carratelli, Firenze, Sansoni, 1974, p. 1390.

⁴ N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di comunità, Milano, 1977, p. 25

È interessante osservare come nella Costituzione italiana si rinvenga la coesistenza dei due diversi modelli appena descritti.

Accanto alla tutela assicurata dall'art. 2, il quale afferma che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo», numerose sono le statuizioni che attribuiscono alla Repubblica compiti di tipo “promozionale”.

Viene in evidenza in primo luogo l'art. 3, secondo comma, ai sensi del quale «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.», e non minore importanza riveste l'art. 4, primo comma, secondo cui «La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto».

Ancora: l'art. 5 stabilisce che «La Repubblica, una e indivisibile riconosce e promuove le autonomie locali»; l'art. 9 statuisce che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica»; infine, l'art. 11 il quale afferma il principio secondo cui «L'Italia ripudia la guerra come strumento di offesa alla libertà degli altri popoli e come mezzo di risoluzione delle controversie internazionali; consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

Attraverso la rappresentazione delle norme costituzionali citate si vuole rimarcare come, nell'ordinamento italiano, così come accade in altre costituzioni degli Stati post-liberali, l'esigenza di dar luogo ad una produzione di regole di stimolo e di incentivazione abbia trovato, proprio nella Costituzione, il fondamento più autorevole.

Orbene, il ricorso alla legislazione promozionale tipica di uno Stato che più che alla conservazione mira a incoraggiare il mutamento, implica l'individuazione chiara e consapevole dei fini perseguiti.

Nella individuazione di quale sia «il fine politico che noi ci proponiamo» non si può prescindere dalla constatazione secondo cui, nell'era del cambiamento «il diritto non è più un prodotto finito» e le norme assurgono a «regole-cornice, che possono recepire contenuti diversi e adattarsi a contesti variabili» lasciando in tal modo «spazi e libertà al “giocatore” giuridico»⁵.

⁵ Le espressioni tra virgolette sono di M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, il Mulino, Bologna, 2000.

Di qui la necessità che anche nello spazio globale si realizzi un “luogo comune” destinato all’elaborazione e alla condivisione dei fini, ma ancor prima dove si attui il tentativo di dar vita a valori comuni, pur nel rispetto della varietà dei diversi percorsi culturali.

Occorre, quindi, non abbandonare la strada della ricerca di procedure condivise tali da garantire la partecipazione più ampia possibile al dibattito concernente l’individuazione stessa di valori comuni tra i quali, in primo luogo, il rispetto della diversità.

In altri termini è necessario che si operi per la definizione delle cosiddette “regole del gioco” affinché siano garantiti i diritti delle minoranze e dei soggetti meno rappresentati.

L’attenzione va rivolta, cioè, al tema delle norme procedurali, ossia quelle che disciplinano condizioni d’accesso e modalità di deliberazione assicurando il confronto tra le diversità.

Si tratta di una operazione irrinunciabile, volta a garantire che anche il fisiologico gioco della competizione politica si svolga in un ambito ove trasparenza e correttezza dei comportamenti scongiurino ogni possibile forma di arbitrio.

Tutto ciò, tuttavia, presuppone una convergenza, sia pur tendenziale, su una premessa di fondo, ovvero il riconoscimento delle libertà degli individui come valori primari.

Infatti, come è stato osservato a proposito della Costituzione italiana, ma la riflessione ben si presta ad essere estesa ad un contesto sovranazionale, «se è vero che le “regole del gioco” hanno a che vedere immediatamente con i “diritti politici” (diritto di fondare partiti, libere elezioni, voto libero, uguale e segreto ecc.), esiste una linea di continuità che lega tra loro tutti i diritti, quali che ne siano le classificazioni (diritti civili, diritti politici, diritti sociali). Non c’è violazione di uno di essi che non si riverberi su tutti gli altri»⁶.

L’enunciata necessità di predisporre regole procedurali condivise si colloca su un piano diverso rispetto al tema – pur fortemente dibattuto – del carattere oggettivo e universale dei diritti umani, in quanto tende, piuttosto, ad assicurare l’esistenza di uno “spazio” in cui le decisioni non siano assunte una volta per tutte.

⁶ G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 102.

D'altra parte, l'incontro tra le diversità e la predisposizione di criteri e regole che rispecchino il pluralismo politico, sociale e culturale implica di per sé l'approdo a soluzioni compromissorie attraverso il ricorso al criterio di bilanciamento dei valori in gioco.

Compito del diritto, sotto questo aspetto, è, dunque, quello di predisporre l'alveo in cui possa svilupparsi un progetto di convivenza, nella consapevolezza di operare nella storia.

4.- La complessità dei temi con i quali il diritto è chiamato a confrontarsi pone l'accento su un ulteriore aspetto del problema, ossia la necessità che il dialogo si arricchisca del contributo di più saperi.

Anche l'analisi strettamente giuridica delle questioni, infatti, oggi non può prescindere dalla conoscenza e dalla consapevolezza di implicazioni che attengono ad altre discipline come, ad esempio, accade ogni volta in cui la comprensione dei temi presuppone la conoscenza di dati scientifici, tecnici, etici e antropologici.

Tale esigenza si ricollega anche ad un altro fenomeno che caratterizza la produzione del diritto moderno, ossia l'abbandono del modello dello Stato legale-razionale che attribuiva a soggetti determinati il compito di elaborare i contenuti normativi.

Il diritto globale, per contro, si connota proprio per la co-titolarità della potestà normativa, che si presenta *diffusa*, nel senso che accanto a soggetti ufficialmente preposti alla formazione delle regole giuridiche si delineano altri attori, anche privati, che partecipano alla costituzione dell'ordine giuridico nazionale e transnazionale.

Nell'ambito di tale fenomeno si inserisce anche l'apporto della *lex mercatoria*, alla quale la giurisprudenza italiana ha riconosciuto, da tempo, il carattere di ordinamento giuridico originario proprio della *business community*⁷, ma anche del cosiddetto "*law shopping*" e, più in generale, di tutti i fenomeni che rendono recessivo il primato dello Stato nel processo di produzione normativa.

È di tutta evidenza che lo sviluppo della rete *internet* abbia, di fatto, comportato il superamento, in molti casi, della legge quale fonte di regolazione delle relazioni economiche, sostituendosi ad essa lo strumento privato quale mezzo certamente più idoneo a soddisfare le esigenze di duttilità, velocità ed informalità dei rapporti intercorrenti nello spazio globale.

⁷ Corte di cassazione, sezione prima civile, 8 febbraio 1982, n. 722

Non è perciò casuale la progressiva affermazione della categoria del *diritto contrattuale* inteso quale fenomeno di sovrapposizione dello strumento negoziale alla legge.

Il descritto cambiamento si riverbera, quindi, sulle tradizionali modalità di formazione delle regole giuridiche alla cui creazione ed elaborazione partecipano nuovi soggetti.

È, dunque, la stessa identità del giurista che muta trovandosi costui ad operare nell'ambito di un sistema giuridico aperto a recepire l'esperienza tratta dalla realtà sociale.

La Corte costituzionale italiana ha mostrato, sin dalle prime pronunce, la consapevolezza che il diritto riflette il modo di essere di una società il cui dinamismo coinvolge ogni ambito della convivenza civile.

Nel pensiero della Corte il significato sociale di una norma muta rispetto a quello originariamente indicato dal legislatore, rendendo, nel tempo, la legge inadeguata e, in quanto tale, irragionevole.

In particolare, nel 1956 con la sentenza n. 6, essa affermava che «si debbono considerare come principi dell'ordinamento giuridico quegli orientamenti e quelle direttive di carattere generale e fondamentale che si possono desumere dalla connessione sistematica, dal coordinamento e dalla intima razionalità delle norme che concorrono a formare, in un dato momento storico, il tessuto dell'ordinamento giuridico vigente».

L'attualità di questa riflessione si coglie ancor di più nell'era della globalizzazione.

Se, infatti, le regole non sono più soltanto frutto dell'ingegno del giurista, ma nascono anche dall'apporto di altre componenti sociali, la possibilità di separare ciò che è diritto da ciò che non lo è, risulta fortemente attenuata.

Mentre la conservazione del monopolio dello Stato nel processo di produzione normativa implica l'istituzionalizzazione di un canone selettivo dei contenuti destinati ad assumere carattere normativo, derivante dalla predeterminazione dei soggetti a ciò deputati, oggi, a fronte dei diversi contributi, si intensifica quel processo osmotico tra diritto e realtà sociale.

Pertanto, per trovare soluzioni il più possibile condivise è necessario che il giurista incrementi il dialogo ed il confronto con esperti di altri settori della conoscenza. Ne consegue l'affermazione di un sistema di regole per un verso più complesso ma,

almeno apparentemente, in grado di interpretare meglio le specificità e le varietà culturali.

Pur senza perdere il carattere qualificante della generalità e dell'astrattezza, la legge si presenta maggiormente permeabile al mondo dei fatti dai quali scaturisce.

Ma se una maggiore partecipazione al processo di produzione normativa parrebbe potersi leggere come un incremento della democraticità, occorre, tuttavia, considerare un duplice ordine di possibili conseguenze: da un lato, il rischio derivante dall'affermazione di modelli generalizzati che, solo in apparenza, delineano una "società di uguali" ma che, in concreto, finiscono per trascurare le differenze tra singole fattispecie e, dall'altro, l'aumento della potenziale instabilità dell'ordinamento derivante dalla continua interazione tra i soggetti produttori di diritto.

5.— Se la norma è espressione del sentire sociale, è nel momento della sua applicazione che si misura l'effettiva capacità di incidere sulle relazioni tra gli individui.

Fondamentale diviene, pertanto, il ruolo di coloro che, ai diversi livelli, sono chiamati a interpretarla.

Sotto questo aspetto la diffusione su larga scala di regole comuni può costituire un fattore di fluidificazione delle relazioni solo a condizione che risulti omogenea l'interpretazione data alla regola stessa.

Non sfugge che il processo interpretativo della norma non possa prescindere dalla scelta preventiva dei valori e dei principi alla luce dei quali viene ricercato il significato ultimo di ogni prescrizione.

Al riguardo, si ripropone il tema della individuazione delle premesse comuni.

Sul punto emblematico è il processo di progressiva omologazione dei mercati a modelli standardizzati, che in larga misura può essere ricondotto all'affermazione delle ragioni dell'economia.

Ma tali ragioni non possono farsi coincidere concettualmente con quelle che attengono alla tutela dei diritti fondamentali, non tanto perché con queste esista necessariamente un contrasto, ma semplicemente perché si tratta di ragioni diverse.

Il problema, certo, non è nuovo, ma non può dirsi ancora risolto.

Infatti, non solo l'emersione di una varietà di nuovi soggetti, partecipi al processo di formazione delle regole comuni, elimina in radice la possibilità che la legge rechi in sé, fin dall'origine, un tratto omogeneo, ma anche perché, in presenza di una molteplicità di fonti, non è raro che, pur nella condivisione formale del medesimo valore, si registrino divergenze quanto ai contenuti effettivi e alle modalità di tutela.

Si pensi, ad esempio, al delicato tema della tutela della famiglia, la cui nozione è essa stessa oggetto di discussione; o a quello della tutela della salute, intorno al quale orbitano questioni di elevato rilievo etico-sociale, come l'eutanasia o la procreazione medicalmente assistita.

Ancora, si pensi al tema della tutela dell'ambiente e, in particolare, alla scelta delle fonti energetiche la cui idoneità a preservare l'ecosistema, come nel caso dell'energia nucleare, è oggetto di valutazioni, in alcuni casi, diametralmente opposte.

Così come, se è vero che in ogni ordinamento esistono regole finalizzate alla repressione della criminalità, non può negarsi che assai diversi si presentano i criteri di selezione dei comportamenti ritenuti illeciti.

Altrettanto è a dirsi con riferimento al contenuto delle sanzioni irrogabili ed alla individuazione e definizione delle finalità delle stesse.

Analoghe divergenze, infine, possono essere riferite all'amministrazione della giustizia, nei suoi molteplici aspetti, che vanno dall'esistenza stessa del "diritto al giudice" ai criteri selettivi dei soggetti titolari della funzione giudicante, fino alle garanzie del processo.

6.– Ciò posto, pur nella consapevolezza della doverosa necessità di tutelare le diverse tradizioni e le differenti culture, deve riconoscersi un ruolo fondamentale agli Accordi ed alle Convenzioni internazionali che hanno acquisito un'autorevolezza crescente, sia presso i giudici ordinari, sia presso le Alte Corti.

È dato incontrovertibile che già da molti anni i giudici ordinari e le magistrature supreme traggono dalle pronunzie delle Corti sovranazionali i criteri di interpretazione delle leggi interne.

Nell'esperienza italiana, la Corte costituzionale, già nel 1999, con la sentenza n. 388, ha affermato «che i diritti umani, garantiti anche da convenzioni universali o regionali sottoscritte dall'Italia, trovano espressione, e non meno intensa garanzia, nella Costituzione (cfr. sentenza n. 399 del 1998): non solo per il valore da attribuire al generale riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo fatto dall'art. 2 della Costituzione, sempre più avvertiti dalla coscienza contemporanea come coesenziali alla dignità della persona (cfr. sentenza n. 167 del 1999), ma anche perché, al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che li esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione».

Nella prospettiva tracciata si colloca, inoltre, la modifica della Costituzione italiana avvenuta nel 2001, là dove, in particolare, all'art. 117, primo comma, è stabilito

che «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e delle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

È proprio in applicazione di tale principio che, con riferimento alla Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, la Corte costituzionale, segnando una svolta epocale, con le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, ha riconosciuto alla CEDU il rango di fonte ordinaria dotata di copertura costituzionale.

Concludo: Se quanto detto finora consente di prospettare le possibili sfide che in futuro il diritto dovrà affrontare nell'era del cambiamento, è ben vero che oggi ritrovarmi qui con voi, in un contesto così altamente qualificato, per riflettere su temi di indiscutibile spessore giuridico e sociale già costituisce, a mio avviso, un risultato importante che testimonia l'esistenza del comune desiderio di reciproco confronto e conoscenza.

L'auspicio è che, sempre più, sia garantita l'effettività della tutela dei diritti, e specialmente dei diritti inviolabili, nella consapevolezza che essi si collocano tra i grandi principi di civiltà giuridica in ogni ordinamento del nostro tempo.