

CONTRIBUTO DI
GIUSEPPE DI GASPARE

Vorrei centrare il discorso sulla seconda parte del lavoro di De Carli sottolineandone alcuni aspetti che appaiono caratterizzanti:

- Ricognizione e Ricostruzione del diritto positivo di “territori normativi” di confine ma “contesi” tra pubblico e privato (direi privato come fonte di emersione della società civile contrapposto al diritto pubblico come fonte tipica del diritto dello stato) società istitutrice forza magmatica che spinge verso l’alto cerca uno sbocco una eruzione vulcanica silenziosa ma dotata di forza propria

- A questa ricerca è sostanzialmente dedicata la seconda parte sulla base della dicotomia mercato / società civile non mercato : market failures e servizi sociali anticipata nella prima sul piano metodologico e che si propone in una triplice partizione una lettura di carattere generale

della emersione tramite regressione dell’ambito di manifestazione della sfera:

- sovrastatale: istituzionalizzazione dello spazio del diritto internazionale con crescita delle fonti autonome e di auto normazione e negoziale
- e sub statale con sviluppo della attività di diritto privato nei rapporti con la p.a. ma soprattutto la ritirata strategica dello stato, verrebbe da dire, con la soft law la sussidiarietà orizzontale e verticale e la semplificazione amministrativa (quest’ultima in realtà ci sembra più predicata che praticata nelle politiche pubbliche).

- E’ interessante notare come in questa direzione si indichi il fondamento positivo di questi processi nel nuovo spazio costituzionale (rafforzato ma non interamente introdotto dal TIT V COST. novellato “con il principio di sussidiarietà accolto al più alto livello normativo “ ma in effetti già presente nelle formazioni sociali dato il particolare rilievo del diritto auto istitutrice. In questa prospettiva direi che c’è un collegamento immediato tra formazioni sociali e i canoni della “meritevolezza “ e della “differenziazione” indicati nella parte prima del lavoro sul quadro teorico della società civile sul suo punto di arrivo.

- Qui appare una forma di neo istituzionismo – ma non organico nè statualistico - non alla S. Romano per intenderci - ma anzi piuttosto polemico nei confronti dello stato. Esso è autoreferenziale in quanto autoegittimantesi. Il che è anticipato nella parte prima nelle sue fondamenta epistemologiche e autoinverantesi nel pensiero sociale della Chiesa con la rivendicazione di un diritto proprio “di una competenza nella sostanza capace di limitare quella dello stato “

- Lo stato su questi terreni arretra ma si difende con tecniche giuridiche direi, dal punto di vista dello studio, “appropriative”, della innovazione giuridica che emerge. Il ragionamento è al riguardo lucido: “Lo stato non ha rinunciato affatto ad essere senza alcuna programmatica limitazione fonte primaria del diritto “ Ma si difende appunto con “ modalità prevalentemente di recezione, di rimando e di rinvio” che appaiono alla vista dell’autore più come espedienti formali di omologazione che forme proprie di manifestazione della potestà pubblica – e su questo aspetto mi sembrerebbe difficile non condividere il profilo della rottura di una tradizione potestativa unilaterale e la novità qualitativa di un diritto negoziale più subito che ricercato dai pubblici poteri.

- Il succo della vicenda è direi riassunto nella constatazione (messa giù con un certo *understatement*) della perdita della “sovranità sostanziale” da parte dello stato.

- Ma l’analisi sempre condotta sul piano rigoroso del metodo porta a sconfessare tesi più ardite che vedono nella semplificazione amministrativa e nella negoziazione procedimentale una sorta di annichilimento del pubblico potere a favore di funzione amministrativa diffusa imputata direttamente alla società civile.

- Il terzo e il quarto capitolo forniscono delle chiare esemplificazioni di queste tendenze , che sono al contempo anche degli studi a se di settori di normazione positiva in se conclusi che si fanno apprezzare in quanto tali. Mi riferisco in particolare al capitolo su società civile e servizi alla persona in cui questa tendenza all’arretramento a favore della società civile così intesa come collegata alla crisi dello stato sociale appare inconfutabile e ben illustrata nelle sue dinamiche. Mi ha colpito in particolare l’accento posto sulla alternativa tra soluzioni basate sulla riconduzione del welfare all’attività economica e sulla sua scorporazione dal mercato per una valorizzazione della società civile. Direi al fine di ridurre, se non eliminare i conflitti di interessi connessi alla persistenza del finanziamento pubblico dei servizi. Nell’economia della ricerca queste ricostruzioni sono comunque sistematicamente orientate alla attualità e cercano di dipanare le forme dell’emersione

giuridica di queste istituzioni nuove dal punto di vista del diritto dello stato: non sue invenzioni o creature ma forme associative fondative e cooperative che in qualche modo si impongono dall'esterno anche se tramite il canale del diritto positivo siano ora in buona parte veicolate anche dal diritto comunitario o regionale. Posso permettermi al riguardo una notazione personale con riferimento alle strane forme apparse nel diritto sanitario come l'aziendalizzazione e l'atto di diritto privato della organizzazione interna della azienda originariamente una proposta per legare potere del manager e responsabilità organizzativa (strumenti di flessibilità) più che espressioni di autonomia. Chiudo sull'impresa sociale (d.lgs. 155 del 2006) condividendo le perplessità dell'autore sulla difficoltà di traduzione dell'istituto in chiavi operative.

- Direi che ho trovato peraltro meno significativa – o se si vuole come meno segnali di novità quale società che si auto istituisce – la parte sul società civile e sviluppo economico dove per la verità – a parte le aperture del diritto comunitario per le quali parlerei di “disclosure” troverei piuttosto forti segnali ancora del lupo interventista vestito da agnello collaborativo, faccio qui però riferimento a miei temi di approfondimento. - sarei comunque meno ottimista su questo terreno e sono peraltro verso convinto che è in terreno irto di conflitti di interesse e che lo stato arretrando dovrebbe piuttosto limitarsi ad una regolazione pro concorrenziale. Ma si entra così in un angolazione un po' diversa da quella dalla quale e per la quale si è svolta la ricerca sulla emersione

- Sulla parte teorica un solo remark – direi Kelsen – nel senso che forniva una possibilità di salvare la giuridicità positiva a prescindere dallo stato soggetto e dal suo ingombro soggettivo. Probabilmente dal punto di vista della presente indagine sarebbe stato una angolazione fuori quadro troppo asettica e comportante un eccesso di riduzionismo che ci avrebbe privato delle molte suggestioni e stimoli che il lavoro di De Carli sollecita nel riproposto dualismo conflittuale collaborativo tra lo stato/ società civile.

- Mi vorrei conclusivamente congratulare anche perché è quello che abbiamo letto chiaramente un punto di approdo di un percorso libero e personale ispirato da profondi valori e motivazioni sociali di riflessione in positivo (e qui il termine vale il suo doppio senso di atteggiamento soggettivo dell'autore e di metodo giuridico) che contribuisce a far progredire l'interpretazione della sfuggente qualificazione del fenomeno sociale del giuridico dei nostri tempi.