

Dipartimento di Scienze politiche e sociali
dell'Università degli Studi di Trieste

Diritto, economia e società

In ricordo di Luisa Cusina

Su persona e individuo nel rapporto tra diritto, economia e società

LUCIO FRANZESE

1. Queste pagine vogliono ricordare Luisa Cusina, sempre pronta nei rapporti con gli studenti e i colleghi a corrispondere alle esigenze altrui anche nel triste periodo della malattia che l'ha vista affrontare con forza ogni difficoltà. Avuto riguardo ai suoi interessi di ricerca, ho pensato di rivolgere qualche considerazione al rapporto tra diritto, economia e società, alla luce delle differenze derivanti dal considerare il singolo come *individuo* o come *persona*.

2. Sempre più si afferma l'idea che per poter “sopravvivere” o “riuscire” nella società odierna i rapporti intersoggettivi debbano essere ispirati a un certo individualismo¹ che vede l'altro più come un ostacolo o un mero strumento del proprio volere che come condizione di possibilità, di crescita e riconoscimento reciproco. Però soltanto quando si riconosce la persona umana come “qualcuno” e non “qualcosa” il soggetto scopre il suo legame etico con l'altro diventando consapevole anche della responsabilità nei suoi

¹ Un individualismo che vede l'uomo come «l'unità numerica, l'intero assoluto che non ha rapporti se non con se stesso» J. J. ROUSSEAU, *Emile ou de l'éducation*, I.

confronti². Emmanuel Levinas dice a proposito: «La relazione con gli altri mi mette in discussione, mi svuota di me stesso e non cessa di svuotarmi, facendomi scoprire risorse sempre nuove. Non sapevo di essere tanto ricco, ma non ho più il diritto di trattenerne nulla»³.

L'approccio individualistico si manifesta invece attraverso una spiccata propensione all'antisocialità. Il singolo, per essere diverso dagli altri in qualcosa, tende a considerarsi totalmente diverso oppure, per avere qualcosa in comune con gli altri, pretende di avere tutto in comune. Il risultato è la preclusione della consapevolezza che sia gli elementi di comunanza sia quelli di diversità alimentano la singola relazione e la vita della comunità. Questo induce, in ultima analisi, all'idea che le relazioni intersoggettive non siano in grado di autoregolarsi e ricevano dall'esterno la regola della propria azione.

La scienza giuridica moderna, partendo dal presupposto del singolo come "atomo sociale", inidoneo quindi a incontrarsi con l'altro perché proteso al perseguimento del proprio particolare, configura lo stato quale unica fonte dell'ordinamento giuridico. L'intervento statale sarebbe il modo per disciplinare la condotta del singolo, ritenuto incapace di tenere a freno i propri impulsi e desideri⁴. Di qui la configurazione del diritto come attività *sovrana*, sovrapposta alle sregolate condotte umane. Lo stato, in particolare, è concepito come il soggetto che si impone per neutralizzare il conflitto intersoggettivo⁵ che, per il pensiero moderno, costituisce l'antefatto del consorzio civile connotato dalla vigenza della legge, intesa come mera volontà del titolare del potere⁶.

² Cfr. J. GORCZYCA, *Essere per l'altro. Fondamenti di etica filosofica*, Gregorian & Biblical Press, Roma 2011, pp. 52-53.

³ E. LEVINAS, *Umanisme de l'autre homme*, Fata Morgana, Montpellier 1972, p. 46.

⁴ «Si può dire, senza tema di smentita, che l'uomo come individuo solitario ed egoista, tale, infatti, viene per ipotesi definita la sua condizione naturale, costituisca il presupposto comune a tutte le teorie politiche e giuridiche moderne: da Hobbes a Marx», F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano 1984, p. 10.

⁵ «Ogni settore disciplinare esibisce le sue ipotesi paradigmatiche di conflitto, quelle che ne determinano l'ambito e ne contrassegnano la specificità: ad es., si legge di norma nei manuali, che il diritto privato si occupa dei conflitti tra interessi individuali, mentre il diritto pubblico si occupa dei conflitti tra interessi individuali e interesse generale, che il compito preliminare del diritto processuale è quello di risolvere i conflitti di giurisdizione e competenza propedeutici a determinare chi può decidere le controversie, e cioè ancora conflitti, che la funzione essenziale del diritto internazionale privato è quella di risolvere i conflitti relativi all'applicazione di leggi appartenenti ad ordinamenti diversi, che, a loro volta, risolvono sempre, magari in modo un po' differente, conflitti», M. BARCELLONA, *Il diritto e il conflitto*, in «Teoria e Critica della Regolazione Sociale», 2, 2015, p. 19.

⁶ «Invero per il pensiero moderno i valori della convivenza civile "non si danno in natura. Ché anzi si contrappongono alla realtà come 'il dover essere' all' 'essere': un valore è tale in quanto non ripete il mondo ma dice come il mondo deve essere in luogo di com'è. Né sono

3. Queste idee sono espresse nella letteratura giuridica mediante la dicotomia tra *Privato e Pubblico*⁷, riferendosi la prima categoria all'ipotetico uomo dello stato di natura che vive nell'immediatezza senza seguire alcuna regola diversa dal suo volere, con la conseguente guerra di tutti contro tutti, nell'icastica rappresentazione di Hobbes⁸. L'anomia è però incompatibile con la nascita e lo sviluppo dell'associazione societaria. Di qui la necessità di superare lo stato di natura mediante la stipula del contratto sociale che segna la nascita dello stato, che detta ai consociati le regole da seguire nei loro rapporti.

Quali sono le implicazioni di tale costruzione nel rapporto tra diritto ed economia? Da una parte il *Pubblico*, cioè lo stato inteso come soggetto sovrano, rappresenta per così dire il padreterno, la provvidenza in versione laica, vincendo il conflitto tra gli agenti economici mediante la previsione e l'applicazione di sanzioni e premi con i quali contrasta le condotte indesiderate e incentiva quelle auspiccate. Dall'altra il *Privato*, cioè il singolo concepito come individuo, è il padreterno laddove non ci siano regole statali, vigendo la legge del più forte che, di volta in volta, si esprime con il riferimento alla libera concorrenza, intesa come guerra economica, alla signoria del volere sulla cosa che è oggetto del dominio proprietario e, più in generale, alla volontà individuale come fonte degli effetti negoziali, con tutte le aporie che ne conseguono, dato che la volontà è per definizione mutevole e precaria.

Perciò la scienza giuridica moderna nutre l'assoluto affidamento nella legge come fattore di ordine delle relazioni economiche⁹ e, in generale, quale strumento di controllo sociale.

4. Le figure di *Privato e Pubblico* non hanno condizionato soltanto la regolamentazione dei rapporti economici ma l'intera nostra organizzazione giuridica. Infatti mediante la codificazione del diritto, ogni settore dell'esperienza

attingibili attraverso la ragione. Poiché virtualmente i valori sono molti e rivali, la determinazione di quello tra essi che deve prevalere non può mai darsi per via deduttiva". "Sicché ogni selezione al suo vertice implica sempre una scelta, e cioè soltanto una decisione, e quindi si dà in forza di un atto di volontà e non di un atto dell'intelletto», Ivi, p. 27 e p. 28 nota 6.

⁷ Per una ricostruzione critica della dicotomia si rinvia a L. FRANZESE, *Il contratto oltre privato e pubblico. Contributi della teoria generale per il ritorno ad un diritto unitario*, Cedam, Padova 1998.

⁸ «Da ciò appare chiaro come, durante il tempo in cui gli uomini sono sprovvisti di un potere comune che li tenga soggetti, essi si trovano in quella condizione che è chiamata guerra, e tale guerra è di ciascuno contro l'altro», T. HOBBS, *Leviathan*, I, 13.

⁹ Emblematica è la tematizzazione offerta in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari 2033.

giuridica è divenuto *mancipio* dello stato, così come mediante la figura del soggetto di diritto, il singolo è stato ridotto a mero centro d'imputazione delle regole imposte dal titolare del potere. Il *Pubblico* decide quindi su ogni aspetto della vita individuale e il *Privato* è tenuto a rispettare tale *diktat* per non ri-
piombare nell'anarchia dello stato di natura che però è soltanto il presupposto della concezione positivistica del diritto. Il diritto positivo per configurare la legge come espressione della volontà sovrana, postula il singolo come incapace di relazionarsi se non conformandosi alla volontà del nomoteta.

La distorsione che in tal modo si è prodotta nel rapporto tra lo stato e il singolo, può essere superata solo mediante un radicale ripensamento del diritto che un sapere filosofico può propiziare perché, a differenza di quello proprio della scienza giuridica moderna, è strutturato in modo *anipotetico* non essendo intenzionato a dominare le relazioni umane ma a individuare ciò che è necessario alla nascita e allo sviluppo delle stesse¹⁰.

Si riconosce così l'attitudine della persona all'autoregolamentazione come fondamento del processo di ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive e il vincolo della responsabilità per l'altro che nasce dal riconoscimento di questi nell'evento dell'incontro. È infatti «a partire dalla responsabilità per gli altri, che appare la giustizia, la quale comporta giudizio e confronto, confronto con ciò che per principio è incomparabile, poiché ogni essere è unico. In questa necessità di occuparsi della giustizia appare l'idea di equità»¹¹.

5. La riflessione filosofica sull'esperienza giuridica mette in luce la natura umana, l'essenza dell'uomo, che si esprime principalmente nei rapporti con gli altri membri del consorzio civile: *animal politicum et sociale*. Gli affari dei consociati sono quindi *particolari* in funzione delle diversità individuali e *comunitari* per il disegno globale entro il quale le diversità trovano la possibilità di convivere. In altri termini, nella compagine sociale si realizza l'unità di una molteplicità di soggetti diversi che si uniscono senza annullare le proprie diversità, anzi garantendone il reciproco soddisfacimento.

Nei confronti dell'ordinamento delle relazioni economiche che ne deriva, le istituzioni intervengono sussidiariamente per supportare l'attività di auto-

¹⁰ Per tale concezione della struttura del sapere filosofico si rinvia a M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, ESI, Napoli 1987.

¹¹ E. LEVINAS, *Tra noi. Saggi sul pensare-all'altro*, a cura di E. Baccarini, Jaca Book, Milano 1998, pp. 137-138.

regolamentazione del singolo laddove nel suo esercizio essa non raggiunga l'efficiente ed equo regolamento della vita individuale e comunitaria¹².

L'autoregolamentazione avrebbe dunque per scopo il mantenimento nel gruppo di un minimo di ordine che garantisca la possibilità dello svolgimento delle relazioni sociali. Anche se non si può dare torto a Montesquieu quando dice che: «un popolo libero non è quello che ha questa o quella forma di governo [...]». È libero ogni uomo che abbia un valido motivo di credere che la follia di uno soltanto, o di molti, non lo priverà della vita o della proprietà dei suoi beni¹³. Questo sembra possibile solo soddisfacendo determinate condizioni e creando istituzioni compatibili con l'idea dell'ordine sociale. L'ordinamento giuridico e le istituzioni diventano necessarie proprio perché la ragione, nonostante tenti di indirizzare gli istinti verso fini razionali, tuttavia non ci riesce alla perfezione. L'uomo in sostanza è sempre lo stesso, imperfetto e fragile, per questo ha bisogno di forme “istituzionalizzate” di responsabilità sociale che garantiscano quel minimo di svolgimento di relazioni sociali secondo fini razionali di cooperazione, cercando di dirimere il più possibile dinamiche conflittuali e autodistruttive¹⁴. L'autoregolamentazione può derivare da condizioni sia strutturali che morali che si sono poste, tuttavia quelli che vengono definiti come processi di istituzionalizzazione permettono di trovare nel tempo margini di equilibrio che costituiscono l'ordinamento giuridico, politico, economico e culturale di una certa area.

6. Un esempio paradigmatico del riconoscimento della capacità di autodisciplina della persona cui corrisponde la funzione sussidiaria delle istituzioni – e, quindi, la messa in discussione della concezione individualistica del singolo

¹² Per tale nozione della sussidiarietà istituzionale si rinvia a L. FRANZESE, *Percorsi della sussidiarietà*, Cedam, Padova 2010; si vedano anche P. SAVARESE, *La sussidiarietà e il bene comune*, Edizioni Nuova Cultura, Roma 2015 e B. DI GIACOMO RUSSO, *Il valore della sussidiarietà. Origini e attualità*, Città Nuova, Roma 2016; per una diversa concezione, giustapposta alla dicotomia tra privato e pubblico, G. ARENA, *Cittadini attivi. Un altro modo di pensare l'Italia*, Laterza, Roma-Bari 2006;

Anche allo sguardo dello storico, avvezzo a individuare continuità e discontinuità, il nostro appare come un «tempo di transizione oltre la modernità giuridica, oltre le sue costruzioni, le sue convinzioni, le sue inattaccabili certezze» P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. XI; la discontinuità è sperimentata dal giurista di diritto positivo, ad esempio, nel campo dei rapporti tra la sfera giuridica e quella economica, si veda G. NAPOLITANO, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna 2012.

¹³ MONTESQUIEU, *Pensieri*, Milano, RCS, 2010, p. 97.

¹⁴ Per un approfondimento B. RUSSELL, *Un'etica per la politica*, Laterza, Bari 2008.

che, come abbiamo visto, conduce a una concezione meramente eteronoma del diritto – è rappresentato dalla legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi¹⁵. Essa coinvolge il singolo nel farsi dell'attività amministrativa sia direttamente, attribuendogli una pluralità di poteri che lo configurano come *coamministrante* – ovvero come un soggetto che non è il mero destinatario dell'agire amministrativo, ma partecipa attivamente alla gestione che lo riguarda – sia indirettamente mediante l'obbligo di trasparenza dell'attività amministrativa, la quale non è più intesa come *arcana imperii*, essendo venuto meno il principio della segretezza sostituito da quello della ostensibilità dei documenti amministrativi.

In tale modo il nostro ordinamento riconosce come una necessità la partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative. La nostra partecipazione consente di controllare l'operato pubblico e, in primo luogo, permette un confronto diretto fra le diverse posizioni coinvolte dall'azione amministrativa. Si crea così una sorta di responsabilizzazione reciproca dato che coloro che decidono sono tenuti a rispondere e dare conto delle proprie azioni in prima persona, mentre i cittadini sono chiamati a farsi carico dei problemi e interessi diffusi e spronare con tutti i mezzi possibili (e sono molti) le pubbliche amministrazioni affinché compiano scelte più immediatamente convenienti e maggiormente adeguate alla cura dell'interesse pubblico, inteso non come l'interesse del soggetto pubblico bensì dell'associazione societaria. Vanno considerati anche gli articoli – dall'8 all'11 del D.lgs 267/2000 cosiddetto TUEL (Testo Unico Enti Locali) – che disciplinano gli istituti di partecipazione popolare alla vita politico-amministrativa degli enti locali, lasciando al loro potere statutario la definizione dei criteri generali nel rispetto e in attuazione dei principi della partecipazione e della trasparenza.

Nella legge sul procedimento amministrativo la dicotomia tra individuo e stato sovrano è fortemente incrinata dalla previsione del *contratto*, che è l'atto giuridico per antonomasia dell'agire economico, quale modalità di conclusione del procedimento amministrativo al posto dell'atto unilaterale, autoritativo ed esecutorio della pubblica amministrazione. La pubblica amministrazione alla pari del privato cittadino è tenuta al rispetto della disciplina civilistica dell'accordo concluso. Una legge quindi che sembra andare controcorrente, segnando il riconoscimento del valore della persona umana, con la sua capacità di autoregolarsi nell'ambito dell'agire amministrativo.

Non possono tuttavia sottacersi le tante difficoltà che la legge ha incontrato nella sua applicazione, tanto a livello della pubblica amministrazione quanto a livello dei cittadini. Le reiterate modifiche legislative così come i profondi

¹⁵ Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche.

contrasti giurisprudenziali testimoniano la persistenza dei condizionamenti esercitati dall'individualismo e dallo statalismo. Come esempi possono citarsi le incertezze, in sede di interpretazione e applicazione, delle norme concernenti la trasparenza amministrativa. Per un verso, l'amministrazione, abituata ad agire nel segreto, ha difficoltà a rendere conoscibili i suoi provvedimenti, per l'altro, il cittadino, affermando il diritto "ad essere lasciato solo"¹⁶, reputa lesivi gli accessi agli atti che impattano su una *privacy* intesa solipsisticamente e, per contro, chiede di conoscere i provvedimenti concernenti l'altrui sfera riservata proprio in dispregio della più elementare esigenza di rispetto del riserbo personale. La legge 241/1990, diversamente dal D.Lgs 33/2013 sull'accesso civico e l'accesso civico generalizzato¹⁷, prevede che chi richiede l'accesso, per essere legittimato a prendere visione degli atti, debba avere un interesse «diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso»¹⁸. Così come la giurisprudenza ha precisato che il singolo non può far valere la tutela della riservatezza quando dal provvedimento di cui è chiesta l'ostensione ha ricavato delle utilità facendo valere proprio quelle situazioni che si vuole celare a quanti dal provvedimento in questione hanno riportato un pregiudizio giuridicamente rilevante. Emblematico è il contenzioso in materia di rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni in ordine all'accertamento della menomazione dell'integrità psico-fisica del lavoratore in forza del quale questi ha ottenuto dei benefici come, ad esempio, il trasferimento in altra sede di servizio senza dover rispettare la relativa graduatoria, avvalendosi della Legge 104/1992 sui portatori di handicap¹⁹.

Per quanto qui interessa, la prospettiva statalistica ha segnato principalmente la fisionomia degli accordi con cui, rivoluzionando la teoria dell'agire amministrativo, si può concludere un procedimento in luogo dell'adozione di un provvedimento amministrativo. Le norme che negli anni si sono susseguite sembra abbiano reso sempre più claudicante il contratto tra cittadino e pubbli-

¹⁶ Si tratta della definizione di riservatezza elaborata dai giudici inglesi per tutelare l'intimità e il riserbo del singolo.

¹⁷ L'accesso civico è un diritto introdotto dall'art. 5 del D.Lgs. 33/2013, come modificato dal D.Lgs. 97/2016. Consente a chiunque, senza indicare motivazioni, il diritto di richiedere ad una pubblica amministrazione documenti, informazioni e dati nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione (accesso civico semplice); oppure il diritto di chiunque di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis del D.Lgs.33/2013 (accesso civico generalizzato).

¹⁸ Art. 22, comma 1, lett. b) legge 241 /1990.

¹⁹ Cfr., *ex multis*, la sentenza del Consiglio di Stato, IV, n. 2639/2010.

ca amministrazione, ponendolo nell'unilaterale disponibilità di quest'ultima²⁰. Bisogna così riconoscere come Hobbes sia stato buon profeta nel prevedere che «i patti, essendo solo parole ed emissione di fiato, non hanno alcuna forza per obbligare, contenere, costringere o proteggere qualcuno se non quella che si ha dalla pubblica spada, cioè dalle mani non legate di quell'uomo o assemblea di uomini che ha la sovranità»²¹.

In conclusione, solo la decisa messa in discussione del singolo come individuo, cioè soggetto incapace di assumere e mantenere un vincolo cui corrisponde una prospettiva statalistica che riduce il diritto alla volontà del soggetto pubblico, può far sì che la legge sul procedimento amministrativo espliciti pienamente le sue notevoli potenzialità di mezzo di comunicazione tra i cittadini e pubblica amministrazione laddove venga utilizzato il contratto, strumento tipico della relazione economica.

7. Il riconoscimento del singolo come persona, soggetto cioè capace di autodisciplinarsi cui corrisponde la fisionomia sussidiaria delle istituzioni che intervengono se e quando i singoli non riescano a fare da soli, ha poi trovato una sicura manifestazione nella disciplina delle formazioni sociali che svolgono attività in settori che tradizionalmente erano appannaggio dell'amministrazione pubblica²². Vengono in rilievo i servizi resi al singolo dalla stessa società civile, soprattutto mediante il mercato, il cui epilogo riformatore è rappresentato dal D.Lgs. 3 luglio 2017 attuativo della Legge 18 giugno 2016, n. 141 con cui il Parlamento aveva delegato il Governo di rivisitare il c.d. Terzo Settore. I prodromi sono invece ravvisabili nella Legge 8 novembre 2000, n. 328 volta alla «realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali» e avente come scopo «la promozione della solidarietà sociale, con la valorizzazione delle iniziative delle persone, dei nuclei familiari, delle forme di auto-aiuto e di reciprocità e della solidarietà organizzata»²³.

Il nuovo assetto dei servizi alla persona, a ben vedere, ha preso l'abbrivio dall'opera della Corte Costituzionale la quale, con la sentenza 24 marzo 1988, n. 396, dichiarò l'illegittimità della qualificazione pubblicistica delle I.P.A.B., decretando così la fine del monopolio statale delle attività di assi-

²⁰ Cfr. G. DE MAIO, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto 'virtuale' dagli accenti virtuosi*, in «Giornale di diritto amministrativo», 6, 2016, p. 744 ss.

²¹ T. HOBBS, *Leviathan*, XVIII.

²² Una critica alla identificazione tra interesse pubblico e gestione statale dei servizi era già stata lucidamente formulata da V. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova 1966.

²³ Art. 1, comma 5, legge 328/2000.

stenza e beneficenza che durava sin dal 1890, anno in cui entrò in vigore la legge Crispi, oggetto della censura di incostituzionalità. La Consulta ha poi provveduto essa stessa a portare avanti il processo innovatore con la sentenza 24 settembre 2003, n. 300 con la quale ha dichiarato che le fondazioni di origine bancaria, enti protagonisti oggi del mondo economico, sono soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali, organi della società civile con cui questa provvede ad individuare da sé stessa ciò che è opportuno, conveniente, necessario per la sua esistenza economico-sociale.

Il singolo è riconosciuto capace di farsi carico delle esigenze poste dalla vita economica e, più in generale, della vita in comune, di esercitare cioè i propri carismi in vista non soltanto dell'utile personale ma anche di quello sociale. L'uno non può andare disgiunto dall'altro, non vi può essere benessere individuale senza che vi sia quello generale e viceversa, in quanto l'utile non è generale se prescinde dalla considerazione di quello individuale. Di qui il ruolo insostituibile delle istituzioni politico-giuridiche nell'esperienza umana, mediante l'aiuto ai singoli, nel riconoscere il proprio di ciascuno cui imprimere le loro condotte²⁴.

8. Sempre a proposito del rilievo del concetto di persona nel mondo delle relazioni economiche, una posizione di spicco è occupata dalla mediazione delle liti civili e commerciali in quanto finalizzata alla conciliazione delle parti²⁵. Quando i litiganti non riescono da sé stessi a dirimere la loro lite, la legge prevede che un tentativo di pacificazione sia esercitato da un mediatore per aiutarli a raggiungere un accordo conciliativo prima che il giudice sia chiamato a statuire sul torto e la ragione²⁶. Pertanto l'autocomposizione delle parti, stimolata dal mediatore e ora dallo stesso giudice²⁷, è divenuta un principio

²⁴ Una riflessione sul valore della cittadinanza attiva, sulla capacità cioè dei singoli di agire autonomamente nell'interesse generale, partendo dall'esperienza concreta alla luce dell'evoluzione normativa, giurisprudenziale e dottrinale del principio di sussidiarietà, è quella di G. ARENA e G. COTTURRI (a cura di), *Il valore aggiunto. Come la sussidiarietà può salvare l'Italia*, Carocci, Roma 2010.

²⁵ L'istituto è stato introdotto dal decreto legislativo 28/2010 in attuazione della legge 18 giugno 2009, n. 69 che, a sua volta, recepisce la direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008.

²⁶ Per un approfondimento si rimanda a L. FRANZESE, *L'accordo conciliativo tra conflitto e controversia*, in «Rivista di diritto processuale», 4-5, 2013, pp.870-888.

²⁷ Per effetto delle modifiche introdotte con il decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, il giudice può disporre il tentativo di mediazione come condizione di procedibilità della domanda giudiziale e può egli stesso formulare una proposta conciliativa alle parti.

generale dell'ordinamento processuale²⁸. Siamo in una prospettiva diversa da quella propria della scienza giuridica moderna che postula la risoluzione delle liti come prerogativa del soggetto pubblico cui i soggetti privati devono ricorrere perché concepiti come incapaci di disciplinarsi e di superare da sé stessi una loro controversia.

Anche qui, peraltro, si deve registrare un rigurgito della vecchia idea del diritto nascente dalla coppia concettuale individualismo e statalismo, ovvero alla possibilità che ha il mediatore di incontrare separatamente le parti, dato che l'una potrebbe avere interesse a che l'altra non venga a conoscenza di circostanze che vuole mantenere segrete per l'eventualità che, non approdandosi alla conciliazione, si debba andare dal giudice e solo davanti a questi scoprire tutte le proprie carte. La norma, dettata in omaggio alla tutela della *privacy*, disconosce la centralità del contraddittorio, che è il dire e il contraddire sul piede di reciproca parità, nella ricerca dialettica della verità. Dal confronto aperto e impregiudicato tra i litiganti, emergono elementi utili alla relazione intersoggettiva. Il dialogo, stimolato e guidato dal terzo, sia esso un mediatore o il giudice, rappresenta infatti il mezzo d'elezione per il ripristino del rapporto economico interrotto dalla lite.

Risulta incongruo prevedere delle sessioni cui partecipano separatamente le parti quando l'intento è di favorire la ripresa del loro rapporto, in funzione del quale è indispensabile l'apporto di entrambe che solo un confronto dialettico è in grado di stimolare. Si rimane per contro bloccati nella gabbia individualistica quando si ritiene che il mediatore, incontrando separatamente gli agenti economici, possa superare le difficoltà relazionali che hanno determinato la lite. Il tentativo di pacificazione va esperito in presenza di entrambe le parti, le quali chiedono di essere aiutate a fare ciò in cui da sole non sono riuscite: restaurare la relazione troncata dallo scoppio della lite mediante il riconoscimento di ciò che è comune alle loro rivendicazioni economiche, e per cui esse comunicano, rispetto a quanto è diverso, e che le connota specificamente.

9. «Nel concreto dell'esperienza giuridica, la *iuris prudenza*, che non è la prudenza applicata al diritto, ma la via del diritto alla prudenza, apre nel finito un varco all'infinito, nel transeunte un varco al perenne, che consente agli uomini divisi dalle liti di recuperare la relazione personale, che li caratterizza come

²⁸ Per un approfondimento si rimanda a L. FRANZESE, *Il principio di autocomposizione delle liti tra mediazione e processo*, in «JUS», 3, 2016, pp. 247-268.

uomini, perché, in virtù della volontà del Bene, la rappresentazione veritiera di ciascuno diventa regola e forma dell'azione»²⁹.

Solo nella relazione intersoggettiva il singolo può trovare ciò che gli corrisponde, realizzando il suo essere, la cui emersione è impedita dal perseguimento del mero tornaconto individuale. L'apertura all'altro, mettendo in discussione l'unicità individuale – che, come si è detto, è solo l'ipotesi del pensiero moderno finalizzata a giustificare il monismo giuridico statale – consente al singolo di protendersi alla pienezza del proprio io che non trova nelle relazioni intersoggettive in generale e in particolare in quelle economiche un ostacolo alla sua realizzazione, ma un ambito privilegiato per il suo dispiegamento. Insomma, nel rapporto con l'altro il singolo ha modo di individuare il suo *ubi consistam*, ciò che lo connota come persona in quanto tale. Nel rapporto economico in particolare, egli individua una modalità della comunicazione intersoggettiva che si attua mediante il contratto, manifestazione precipua dell'*autonomia soggettiva* in quanto con esso si dà le regole della propria azione che rispetta nell'esecuzione degli obblighi assunti.

In questo contesto le istituzioni intervengono se e quando il singolo non riesce ad impostare un rapporto che non sia pregiudicato da una volontà appropriativa, che ha come logico corollario l'esclusione dell'altro in quanto tale. Solo la relazione intersoggettiva, che fa leva sull'autonomia personale, consente di superare l'individualismo cui fatalmente subentra lo statalismo, essendo le due facce di una stessa medaglia, come abbiamo visto, teorizzato dalla scienza giuridica moderna. Ma l'esperienza politico-giuridica mette in discussione la «ragion di Stato», nel senso che si tende a non invocare più i fini superiori dello stato, inteso come soggetto altro e contrapposto rispetto ai singoli che lo compongono, contro le esigenze e le convinzioni dell'associazione societaria³⁰.

Disconoscendo la naturale relazionalità del singolo, la sua capacità di saper incontrare l'altro instaurando e osservando un vincolo intersoggettivo come è quello contrattuale, tipico dell'attività economica, l'unico antidoto al pericolo dell'asocialità, sempre incombente sull'agire economico, è rappresentato dall'esistenza di un demiurgo che potestativamente fissa le condizioni dello scambio di beni e servizi, con l'effetto però di deprimere l'attitudine soggettiva a perseguire il “bene comune”, cioè il bene che aggrega una pluralità di soggetti rendendola una comunità, il quale ha la sua scaturigine ultima, sia pure esile e precaria, nella capacità di giudizio che la persona umana è in

²⁹ F. GENTILE, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, ESI, Napoli 2008, pp. 105-106.

³⁰ F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.

grado di esercitare, anche grazie all'aiuto delle istituzioni, in generale nell'agire intersoggettivo e in particolare in quello economico al fine di riconoscere quello che è il proprio di ciascuno rispetto a quanto è comune agli stessi.

Sicché la realizzazione del singolo operatore economico va di concerto con quella degli altri membri della comunità economica. Invero come sottolineato da Muhammad Yunus, Premio Nobel per la Pace e inventore del microcredito, il "peccato originale" della rappresentazione delle relazioni economiche, data dal pensiero moderno, è quello di basarsi su una «interpretazione della natura umana secondo la quale saremmo creature unidimensionali ed egoiste», prive di quell'altruismo che, per Yunus, «convive con il suo opposto in ognuno di noi»³¹. Detto in altri termini, secondo l'insegnamento platonico, «in ciascun uomo vi sono due aspetti, uno migliore, uno peggiore. Quando la parte per natura migliore ha il governo della peggiore ecco l'espressione *essere padrone di sé*, e suona lode; quando, invece, per colpa di una cattiva educazione o di non buona compagnia la parte migliore, ma più debole, è vinta dalla peggiore, più forte, allora chi si trova in questa situazione è detto *schiavo di sé stesso* e intemperante e suona biasimo e rimprovero»³².

³¹ M. MASCIAGA, «Siamo imprenditori per natura». *Parola di capitalista riluttante*, intervista a Muhammad Yunus, in «Il Sole 24 Ore» 10 giugno 2018.

³² PLATONE, *La Repubblica*, X, 431 a.