

**TCRS** 1/2017

**Teoria e Critica  
della Regolazione Sociale**



# **PRIVATI DEL PUBBLICO. Ovvero dell'indistinzione**

A cura di  
Alessio Lo Giudice

Con il sostegno dell'Istituto "Campus Don Bosco" all'attività del Centro Studi di Teoria e Critica della Regolazione Sociale

Direttore scientifico:

*Bruno Montanari*

Direttori editoriali:

*Alberto Andronico, Paolo Heritier*

Comitato editoriale:

*Giovanni Bombelli, Alessio Lo Giudice, Giovanni Magri,*

*Paolo Silvestri, Guglielmo Siniscalchi*

Comitato scientifico:

*Salvatore Amato* (Università di Catania), *Francesco Cavalla* (Università di Padova), *Fabio Ciaramelli* (Università di Napoli), *Vincenzo Ferrari* (Università di Milano), *Peter Goodrich* (Cardozo School of Law), *Antonio Incampo* (Università di Bari), *Jacques Lenoble* (Université Catholique de Louvain), *Hans Lindahl* (Universiteit van Tilburg), *Sebastiano Maffettone* (LUISS "Guido Carli" – Roma), *Eligio Resta* (Università di Roma Tre), *Eugenio Ripepe* (Università di Pisa), *Herbert Schambeck* (Universität Linz), *Gunther Teubner* (Goethe-Universität Frankfurt a. M.), *Bert van Roermund* (Universiteit van Tilburg)

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)

[www.mimesisedizioni.it](http://www.mimesisedizioni.it)

[mimesis@mimesisedizioni.it](mailto:mimesis@mimesisedizioni.it)

Issn: 19705476

Isbn: 9788857546636

© 2017 – MIM EDIZIONI SRL

Via Monfalcone, 17/19 – 20099

Sesto San Giovanni (MI)

Phone: +39 02 24861657 / 24416383

Registrazione presso il Tribunale di Milano n. 299 del 23-10-15

# Indice

*Alessio Lo Giudice,*  
Quel diritto di essere lasciati soli  
p. 7

## Il quaderno

*Salvatore Amato,*  
Appunti su *aïdōs* e privacy  
p. 13

*Vittorio Colomba e Gianfrancesco Zanetti,*  
Aspetti problematici della nozione di privacy da un punto di vista filosofico-giuridico  
p. 27

*Realino Marra,*  
Mondo sociale e mondo della vita. La teoria dell'azione tra filosofia e sociologia  
p. 41

*Giovanni Bombelli,*  
Privato, pubblico, istituzione, virtuale. "Me" e gli "altri"  
p. 57

*Lucio Franzese,*  
Bene comune, al di là di privato e pubblico  
p. 73

*Francesco D'Agostino,*  
La giustizia tributaria tra pubblico e privato  
p. 83

*Claudia Quelle,*  
Privacy, Proceduralism and Self-Regulation in Data Protection Law  
p. 89

## Le recensioni

Gustavo Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino 2017  
di Elisabetta Arcuri  
p. 109

Giovanni Tuzet, *Filosofia della prova giuridica*, seconda edizione, Giappichelli, Torino 2016  
di Irene Russo  
p. 113

Fabio Ciaramelli, *Il dilemma di Antigone*, Giappichelli, Torino 2016  
di Pierluca Castelli  
p. 117

S. Ferlito, *Il volto beffardo del diritto. Ragione economica e giustizia*, Mimesis, Milano-Udine 2016,  
di Marisa Meli  
p. 121

Lucio Franzese

*Bene comune, al di là di privato e pubblico*

1. “*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*”. Si racconta che, a teatro, nel sentire declamare questo verso di Terenzio<sup>1</sup>, gli spettatori si alzarono in piedi applaudendo fragorosamente. A ben vedere, esso esprime il fondamento *antropologico* dell’ordinamento politico-giuridico, cioè del processo mediante il quale si ordinano le relazioni intersoggettive, che fa leva sulla persona umana nella ricerca del bene intorno al quale si aggrega la vita comunitaria. Non a caso l’ex Presidente della Camera dei Deputati, Luciano Violante, nel presentare una mostra sui settant’anni della Repubblica italiana ha sottolineato come l’esposizione ruotasse intorno a due principi-cardine: «L’idea che l’altro è una risorsa per la democrazia e l’idea che il cittadino ha il dovere di partecipare alla vita pubblica. La civilizzazione del Paese è progredita quando questi concetti sono stati forti nell’intelligenza dei cittadini comuni e delle classi dirigenti. È accaduto all’inizio della Repubblica e deve accadere di nuovo. Forse il *mainstream* va in un’altra direzione, ma da quella parte ci sono solo scogli affioranti»<sup>2</sup>.

L’ammonimento finale non deve meravigliare: da tempo è in atto una ripresa dell’*individualismo*, della concezione cioè del singolo come «l’unità numerica, l’intero assoluto che non ha rapporti se non con se stesso», per dirla con Rousseau<sup>3</sup>, il quale adombra come in tale prospettiva l’altro non sia che un ostacolo o un mero strumento del proprio volere, escludendosi, quindi, un autentico rapporto, che è volto alla crescita di entrambe le parti della relazione. L’antisocialità dell’approccio individualistico si esprime anche nel fatto che il singolo, per essere diverso dagli altri in qualcosa, pretende di essere totalmente diverso e, viceversa, per avere qualcosa in comune con gli altri, pretende di avere tutto in comune, con il risultato di precludersi la consapevolezza che sia gli elementi di comunanza sia quelli di diversità alimentano la singola relazione e, quindi, la vita della comunità. Questo induce, in ultima analisi, all’*eteronomia* dell’ordine economico, politico e giuridico, all’idea cioè che le relazioni umane ricevano dall’esterno la regola della propria azione.

Del resto, la scienza giuridica e politica moderna, partendo dal *presupposto* del singolo come *atomo sociale* – inidoneo quindi a incontrarsi con l’altro perché pro-

1 Cfr. P. Afro Terenzio, *Il punitore di se stesso*, Rizzoli, Milano 1990.

2 È quanto scrive Luciano Violante nel presentare ai lettori del Corriere della sera (11 agosto 2016) la mostra dal titolo *L’incontro con l’altro. Genio della Repubblica. 1946-2016*, allestita a Rimini per la XXXVII edizione del Meeting per l’Amicizia fra i Popoli.

3 J.-J. Rousseau, *Emilio o dell’educazione*, La Scuola, Brescia 1965, p. 11.

teso al perseguimento del proprio *particulare* – configura lo Stato quale unica fonte dell'ordinamento giuridico. L'intervento statale sarebbe il modo per disciplinare la condotta del singolo, assunto come incapace di tenere a freno i propri impulsi e desideri<sup>4</sup>. Di qui la configurazione del diritto e della politica come attività *sovrane*, sovrapposte cioè alle sregolate condotte umane. Lo Stato, in particolare, è concepito come il soggetto che si impone per neutralizzare il *conflitto*<sup>5</sup> che, per il pensiero moderno, costituisce l'antefatto del consorzio civile connotato, per contro, dalla vigenza della legge, intesa come volontà del titolare del potere e unico criterio ordinatore dei rapporti intersoggettivi<sup>6</sup>.

2. Queste idee sono espresse nella letteratura giuridica mediante la dicotomia tra *Privato* e *Pubblico*<sup>7</sup>, che non è rimasta relegata ai libri di storia del pensiero avendo condizionato la nostra organizzazione giuridica; in particolare, mediante la codificazione del diritto ogni settore dell'esperienza giuridica è divenuto mancipio dello Stato e il singolo soggetto di diritto, centro cioè d'imputazione delle regole imposte dal titolare del potere. Il Pubblico decide su ogni aspetto della vita individuale e il Privato è tenuto a rispettare tale diktat per non ripiombare in una situazione di anarchia che, però, è soltanto il presupposto della concezione positivista del diritto propria della scienza giuridica moderna la quale, per configurare la legge come mera espressione del potere, postula il singolo come incapace di relazionarsi se non conformandosi alla volontà del nomoteta.

4 Secondo F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, Giuffrè, Milano 1984, p. 10, «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».

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», vol. 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 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» (M. Barcellona, *Il diritto e il conflitto*, cit., rispettivamente p. 27 e p. 28 nota 6).

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



La distorsione del rapporto tra Privato e Pubblico può essere superata solo mediante un radicale ripensamento della politica e del diritto che il *sapere filosofico* può propiziare in quanto, a differenza di quello scientifico, è strutturato in modo anipotetico e non ha l'obiettivo di dominare le relazioni umane, bensì di cogliere quanto è necessario alla nascita e allo sviluppo delle stesse<sup>8</sup>. Invero la riflessione filosofica sull'esperienza politico-giuridica mette in luce la *natura umana*, l'essenza dell'uomo, che si esprime nei rapporti con gli altri membri del consorzio civile: *animal politicum et sociale*. Pertanto, gli affari dei consociati sono 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 soddisfacimento.

Nell'ambito dell'ordinamento delle relazioni intersoggettive che così si configura, le istituzioni intervengono *sussidiariamente* per supportare *l'autonomia personale*, cioè l'autoregolazione soggettiva, laddove nel suo esercizio essa non raggiunga l'efficiente ed equo regolamento della vita individuale e comunitaria<sup>9</sup>.

3. Un esempio paradigmatico del riconoscimento della capacità di autoregolamentazione del singolo cui corrisponde la funzione sussidiaria delle istituzioni – e, quindi, la messa in discussione delle categorie di Privato e Pubblico che conducono ad una concezione meramente eteronoma del diritto – è rappresentato dalla legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi<sup>10</sup>. Essa coinvolge il singolo nel farsi dell'attività amministrativa sia direttamente, attribuendogli una pluralità di poteri che lo configurano come *coamministrante* – un soggetto cioè che non è il mero destinatario dell'agire amministrativo, partecipando attivamente alla gestione che lo riguarda –, sia indirettamente mediante la trasparenza dell'attività amministrativa, che non è più intesa come *arcana imperii*, essendo venuto meno il principio della segretezza sostituito da quello della ostensibilità dei documenti amministrativi. Si tratta,

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

9 Per tale nozione della sussidiarietà istituzionale sia consentito rinviare 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.

10 Legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modifiche e integrazioni.

quindi, di una legge rappresentativa della *cittadinanza attiva* riconosciuta al singolo nel settore amministrativo.

Per quanto riguarda la trasparenza amministrativa, in particolare, appare opportuno richiamare anche i principali atti normativi successivi alla L. 241/90 che, comunemente indicata come legge “sulla trasparenza amministrativa”<sup>11</sup>, agli artt. 22 e ss. riconosce ai cittadini, titolari di una situazione giuridicamente rilevante, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, esteso poi dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con le decisioni n. 4 e n. 5 del 1999, agli atti di diritto privato in possesso dell’amministrazione; pertanto, la figura del segreto d’ufficio viene circoscritta ai soli casi tassativamente specificati<sup>12</sup>.

Nel 2005 il diritto di accesso ha ricevuto una fondamentale affermazione in quanto viene ufficialmente definito dal legislatore principio generale dell’attività amministrativa; con la legge 18 giugno 2009, n. 69, all’art. 29, comma 2-*bis*, il diritto di accesso trova poi copertura costituzionale giacché il corrispondente obbligo gravante in capo alla pubblica amministrazione rientra tra i livelli essenziali delle prestazioni dovute ai cittadini<sup>13</sup>. La c.d. riforma Brunetta<sup>14</sup> ha imposto obblighi di pubblicazione nei siti istituzionali delle amministrazioni al fine di porre i cittadini in grado di conoscere agevolmente l’organizzazione amministrativa, la gestione della cosa pubblica e l’utilizzo delle risorse finanziarie; nella medesima ottica della trasparenza si è vista ampliare l’operatività dalla legge istitutiva dell’Autorità anticorruzione<sup>15</sup>. Si giunge così al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 che prevede l’istituto dell’*accesso civico* ovvero la conoscibilità più completa dell’azione amministrativa da parte dei cittadini: l’art. 3, comma 1, infatti, dispone che «tutti i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono pubblici», precisandosi all’art. 7, comma 1, che «chiunque ha diritto di conoscerli, di fruirne gratuitamente e di utilizzarli e riutilizzarli». Infine, il d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 introduce il *freedom of information act* (FOIA) assicurando ai cittadini la conoscenza di atti amministrativi o dati a rilievo amministrativo anche nel caso in cui per essi non sussista uno specifico obbligo di pubblicazione<sup>16</sup>.

11 In precedenza alcune fonti normative erano l’art. 26 della legge n. 816 del 1985 che consentiva ai cittadini di prendere visione degli atti comunali e l’art. 14 della legge n. 349 del 1986 con rispetto agli atti di contenuto ambientale. In materia urbanistica rilevavano gli articoli 9 della legge n. 1150 del 1942 e 10, comma 9, della legge n. 765 del 1967.

12 Vale ricordare l’art. 15 del D.P.R. 10/1/1957 n. 3 (Testo Unico delle disposizioni concernenti gli impiegati civili dello Stato) che vietava al pubblico impiegato di fornire «informazioni o comunicazioni relative a provvedimenti od operazioni amministrative di qualsiasi natura e notizie delle quali sia venuto a conoscenza a causa del suo ufficio, quando possa derivarne danno per l’Amministrazione o per i terzi».

13 Cfr. all’articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione.

14 D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

15 Legge 6 novembre 2012, n. 190 che reca “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”.

16 Sembra opportuno fornire alcune brevi delucidazioni sull’accesso civico: in origine l’istituto tutelava tutti i cittadini che richiedevano l’adempimento di un obbligo di pubblicazione. Rispetto all’istituto dell’accesso agli atti, che presuppone un interesse qualificato a giustificazione della pretesa, l’accesso civico è riconosciuto a “chiunque” ed ha per oggetto

4. Non possono tuttavia sottacersi le tante difficoltà che la legge sul procedimento ha incontrato nella sua applicazione, tanto a livello della pubblica amministrazione quanto a livello dei cittadini. Le reiterate modifiche legislative così come i profondi contrasti giurisprudenziali testimoniano la persistenza dei condizionamenti esercitati dalle categorie di Privato e Pubblico. Come esempi possono proprio 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"<sup>17</sup>, 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 giuridica proprio in dispregio della più elementare esigenza di rispetto del riserbo personale. La legge ha comunque sottolineato che il richiedente 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»<sup>18</sup>; 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 vuole celare a quanti dal provvedimento in questione hanno riportato un pregiudizio giuridicamente rilevante; esemplare 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 della quale questi ha ottenuto il trasferimento in altra sede di servizio senza

dati/informazioni soggetti a pubblicazione a norma di legge. La richiesta non andava motivata e l'accoglimento della stessa comportava l'assolvimento dell'obbligo di pubblicazione con avviso al richiedente. Il responsabile della trasparenza, poi e ricorrendone i presupposti, doveva attivare le procedure amministrative per sanzionare il responsabile dell'omissione ai sensi dell'art. 43 comma 5, con segnalazione della violazione all'ufficio di disciplina e agli organismi di valutazione.

Col d.lgs. 97/2016, l'impostazione originaria dell'istituto è capovolta: è previsto infatti l'accesso generalizzato ai documenti amministrativi salvo specifiche limitazioni. L'art. 5 comma 2 del d.lgs. citato nel testo recita invero che: «chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis». Evidente come il diritto non sia sottoposto ad alcuna limitazione circa la legittimazione soggettiva del richiedente con possibilità di presentare l'istanza, peraltro anche senza motivazione, per via telematica. Il diritto di accesso civico obbliga l'amministrazione a rendere noti ai cittadini dati e informazioni non necessariamente trasfuse in un documento già esistente, a differenza che nel diritto di accesso riconosciuto dalla legge 241/1990, con possibilità per i controinteressati di fare opposizione con riguardo soltanto: «a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; b) la libertà e la segretezza della corrispondenza; c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali» (cfr. art. 5 bis comma 2).

<sup>17</sup> Si tratta della definizione di riservatezza elaborata dai giudici inglesi per tutelare l'intimità e il riserbo del singolo.

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

dover rispettare la relativa graduatoria, avvalendosi della legge 5 febbraio del 1992, n. 104 sui portatori di handicap<sup>19</sup>.

La categoria del Pubblico ha poi segnato 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. Invero la legge 241/1990 prevede la possibilità che un patto, cioè un atto bilaterale e paritario stipulato tra il soggetto pubblico e quello privato, definisca il procedimento amministrativo al posto di un atto unilaterale e autoritativo della pubblica amministrazione. Le norme che negli anni si sono susseguite hanno reso sempre più claudicante l'accordo tra cittadino e pubblica amministrazione, ponendolo nell'unilaterale disponibilità di quest'ultima<sup>20</sup>. Bisogna, quindi, 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»<sup>21</sup>.

In conclusione, solo la decisa messa in discussione della dicotomia tra Privato e Pubblico, e della corrispondente concezione del diritto come tecnica del controllo sociale, può far sì che la legge sul procedimento amministrativo espliciti pienamente le sue notevoli potenzialità di mezzo di comunicazione tra i cittadini e la pubblica amministrazione.

5. Il riconoscimento dell'autonomia personale, cui corrisponde la fisionomia sussidiaria delle istituzioni e, quindi, la revoca in dubbio delle figure di Privato e Pubblico così come elaborate dalla scienza giuridica moderna, ha trovato un'altra importante manifestazione nella disciplina delle formazioni sociali che svolgono attività in settori tradizionalmente appannaggio dell'amministrazione pubblica<sup>22</sup>. Viene in rilievo il fenomeno dei servizi resi alla persona dalla stessa società civile, il cui epilogo normativo è rappresentato dal d.lgs. 3 luglio 2017 di riforma del c.d. Terzo Settore, e i cui prodromi sono ravvisabili nella legge 8 novembre 2000, n. 328 volta alla “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”<sup>23</sup>.

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., così decretando la fine del monopolio statale delle attività di assistenza e beneficenza, che

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

20 Cfr. da ultimo G. De Maio, *Gli accordi fra privati e amministrazione: un istituto “virtuale” dagli accenti virtuosi*, in «Giornale di diritto amministrativo», vol. 6, 2016, pp. 744 ss.

21 T. Hobbes, *Leviano*, La Nuova Italia, Firenze 1976, cap. 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.

durava sin dal 1890, anno in cui entrò in vigore la legge Crispi, oggetto della censura di incostituzionalità. La Consulta aveva poi provveduto essa stessa a portare avanti il processo innovatore con la sentenza 24 settembre 2003, n. 300 dichiarando che le fondazioni di origine bancaria sono soggetti dell'organizzazione delle libertà sociali: organi della società civile con cui questa provvede ad individuare da se stessa ciò che è opportuno, conveniente, necessario per la sua esistenza.

In definitiva, il singolo è riconosciuto capace di farsi carico delle esigenze poste dalla vita in comune, di esercitare 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 indefettibile del diritto e della politica nell'esperienza umana, mediante l'aiuto ai singoli nel riconoscere il *proprium* di ciascuno cui improntare le loro condotte<sup>24</sup>.

6. A tal proposito, viene in rilievo anche l'istituto della mediazione delle liti civili e commerciali finalizzata alla conciliazione delle parti<sup>25</sup>. Quando i litiganti non riescono da se stessi a dirimere la loro lite è previsto che un tentativo di pacificazione sia esercitato da un mediatore, prima che a statuire sul torto e la ragione sia chiamato un giudice. Pertanto l'autocomposizione delle parti, stimolata dal mediatore e ora dallo stesso giudice<sup>26</sup>, è divenuta un principio generale dell'ordinamento processuale<sup>27</sup>. Siamo quindi oltre Privato e Pubblico che, invece, configurano la risoluzione delle liti come prerogativa del soggetto pubblico cui i soggetti privati devono necessariamente ricorrere perché concepiti come incapaci di autodisciplinarsi.

Anche qui si registra peraltro un rigurgito della vecchia idea del diritto fondata sulle categorie di Privato e Pubblico; ci si riferisce 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 essa vuole mantenere segrete per l'eventualità che, non approdandosi alla conciliazione, si debba andare dal

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 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.

27 Sul punto sia consentito il rinvio a L. Franzese, *Il principio di autocomposizione delle liti tra mediazione e processo*, in «JUS», vol. 3, 2016, pp. 247-268.

giudice, e solo davanti a questi scoprire tutte le proprie carte. La norma, dettata in omaggio ad una malintesa 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. Solo dal confronto aperto e impregiudicato tra i litiganti emergono elementi utili alla relazione intersoggettiva: il dialogo, stimolato e guidato dal terzo, rappresenta invero il mezzo d'elezione per il ripristino del rapporto interrotto dalla lite.

Risulta incongruo prevedere delle sessioni cui partecipano separatamente le parti quando l'intento è di favorire la ripresa della loro relazione, in funzione della quale è indispensabile l'apporto di entrambe che solo un confronto dialettico è in grado di stimolare. Si rimane, infatti, bloccati nella gabbia individualistica quando si ritiene che il mediatore, incontrando separatamente le parti, 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 il rapporto troncato dallo scoppio della lite mediante il riconoscimento di ciò che è comune alle loro rivendicazioni, per cui esse sono in grado di comunicare, rispetto a quanto è diverso, che le connota individualmente.

7. «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 uomini, perché, in virtù della volontà del Bene, la rappresentazione veritiera di ciascuno diventa regola e forma dell'azione»<sup>28</sup>.

Solo nella relazione intersoggettiva il singolo può trovare ciò che gli corrisponde, realizzando il suo essere, la cui emersione, per contro, 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 politico e giuridico statale – consente al singolo di protendersi alla pienezza del proprio io, che non trova nelle relazioni umane, politiche e sociali un ostacolo alla sua realizzazione ma, anzi, l'ambito necessario per il suo dispiegamento. Insomma, nel rapporto intersoggettivo il singolo ha modo di individuare il suo *ubi consistam*, ciò che lo connota come persona in quanto tale e come membro dell'associazione societaria.

In questo contesto le istituzioni intervengono se e quando il singolo non riesca ad impostare un rapporto che non sia pregiudicato da una volontà appropriativa, che ha come logico corollario l'esclusione dell'altro in quanto tale. Invero solo l'autentico rapporto interpersonale, che fa leva sull'autonomia soggettiva, sulla capacità del singolo di autoregolarsi, consente di superare l'individualismo cui fatalmen-

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

te subentra lo statalismo rappresentando essi le due facce della stessa medaglia, come risulta dagli assunti della scienza giuridica e politica moderna.

Disconoscendo la naturale relazionalità del singolo, l'unico antidoto al pericolo dell'asocialità, sempre incombente sull'agire individuale, è rappresentato dall'esistenza di un demiurgo che potestativamente fissi le condizioni del vivere, con l'effetto di deprimere l'attitudine soggettiva a perseguire il *bene comune*, cioè il bene che accomuna, il quale ha la sua scaturigine ultima, sia pure esile e precaria, nella *capacità di giudizio* che ciascuno di noi è in grado di esercitare, anche grazie all'aiuto delle istituzioni, sulla propria vita individuale e comunitaria.