

**CONTRIBUTO DI
LUCIO FRANZESE**

1- Ringrazio gli organizzatori per il cortese invito a portare la voce della Teoria generale del diritto alla presentazione dell'opera di Paolo De Carli cui, da subito, esprimo la mia sostanziale sintonia, pur con l'avvertenza dell'aporia in cui il libro sembra infilarsi.

In un tempo in cui, come sottolinea Paolo Grossi denunciando le *Mitologie giuridiche della modernità* (Milano 2001, p. 76), la "legge ordinaria è visibilmente in crisi per la sua incapacità a ordinare giuridicamente la società civile e soprattutto a governare il mutamento socio-economico che stiamo vivendo e ancor più vivremo domani", si apprezza l'importanza di un libro che tematizza l'*autoorganizzazione* della società civile, considerata nella sua dimensione economica, il mercato, e in quella sociale, i servizi alla persona.

Un libro, per di più, *controcorrente*: lo testimonia la riflessione condotta qualche anno fa da Natalino Irti sulla *Società civile - Elementi per un'analisi di diritto privato* (Milano 1992) tutta incentrata sulla separatezza tra produzione e imputazione normativa, e da cui si ritraeva l'immagine di una società assoggettata all'*eteronomia* della legge. "Libertà e autonomie, *agire lecito* e *posizione di fattispecie*, - scriveva il teorico dell'età della decodificazione - riempiono il territorio dei contegni giuridicamente rilevanti. La legge statale è fonte delle une e delle altre, ne determina la misura, ne stabilisce limiti e modalità di esercizio. La libertà, di che discorriamo, è libertà 'di diritto'; l'autonomia è autonomia derivata, ovvero, più rigorosamente, eteronomia. La giuridicità non è insita in queste figure, che tutte la ripetono dalle norme superiori dello Stato. Invocare più ampie libertà significa chiedere e promuovere nuove leggi" (*Op. cit.*, pp. 131-132). Così come, venendo ai gironi nostri, fresco di stampa è *Il mercato d'azzardo* (Milano 2008) con cui Guido Rossi conclude la sua trilogia sulla crisi del capitalismo, imputando all'autoregolamentazione, cioè all'autonomia statutaria, ai codici etici, ai patti parasociali e, più in generale, alla *corporate governance*, la sostanziale *anomia* del mondo finanziario, di cui sarebbe espressione "un mercato totalmente deregolato come unica fonte non solo del benessere sociale, ma anche del diritto, come motore della politica, insomma come unica alternativa liberale, democratica e moderna a modelli immancabilmente bollati come ideologici, antistorici e dirigistici" (*Op. cit.*, p. 13). In tale rappresentazione del rapporto tra mercato e istituzioni giuridiche la nuova *lex mercatoria*, il diritto contrattualmente elaborato dagli stessi agenti negoziali ed applicato nel mondo globalizzato, sarebbe "solo la copertura, nemmeno troppo efficace, di un diritto del più forte apertamente contrapposto a quello dello Stato e dei legislatori, che appare ormai l'estrema riserva Apache del diritto propriamente inteso" (*Op. cit.*, p. 89)

2- Il libro che presentiamo sembra offrire un valido criterio *euristico* della nostra esperienza giuridica, dando ragione, in particolare, della *discontinuità* rispetto alla società *amministrata* nella quale eravamo costretti, almeno fino a tre lustri fa, sia nel campo economico sia in quello sociale. Per un verso, l'iniziativa economica era irreggimentata dalla panopia dei provvedimenti amministrativi - atti di assenso

variamente denominati, ovvero premi e incentivi a quanti si conformavano al potere decidente il cosa, quanto e come produrre; per l'altro, il *welfare* si identificava con l'agire pubblico, nel senso che un servizio era ritenuto corrispondente a un'esigenza sociale solo perché reso dallo Stato o da un ente pubblico e questo, si badi bene, a far data dalla nazionalizzazione delle Opere pie disposta con la cd. legge Crispi.

Oggi il rapporto tra sfera economica e sfera giuridica sembra atteggiarsi diversamente, palesandosi un *nuovo* diritto dell'economia, che si origina dai processi autoregolamentari del mercato, emendati ed integrati qualora risultino lesivi della giustizia commutativa, cioè del proprio delle parti dell'operazione economica, ovvero di quella distributiva, del bene cioè dell'intera comunità. A tale prospettiva sembra riconducibile in primo luogo l'operato delle Autorità indipendenti che, stimolando l'instaurazione del contraddittorio tra gli agenti economici, agiscono sulla base degli assetti d'interessi raggiunti dagli stessi, controllandoli per evitare sperequazioni e orientandoli verso il bene comune; quindi la riforma del diritto societario, incentrata sull'autonomia negoziale degli imprenditori, per cui alla tipicità legale degli statuti si è sostituita quella sociale, in quanto elaborati e sedimentati nella prassi societaria stessa; ed infine la nuova legge fallimentare, che pone al centro della procedura esecutiva la possibilità di accordi tra debitore e creditori.

L'esempio che mi sembra comunque più efficace a rappresentare il processo in atto è il passaggio dal sistema del *CIP* (Comitato interministeriale prezzi), per cui l'autorità in termini di ragioni di Stato, senza alcuna considerazione alle ragioni di scambio delle parti, impone i prezzi di beni e servizi, alla figura, proveniente dal diritto comunitario, del *servizio universale*, che obbliga l'imprenditore ad erogare un servizio, produrre un bene, anche se dal punto di vista economico non gli risulta conveniente ma è tale per lo sviluppo dell'associazione societaria.

Per quanto riguarda l'organizzazione dei servizi alla persona si è passati dal monopolio pubblico, in quanto la prestazione poteva essere resa solo dallo Stato, da un soggetto pubblico o da un loro concessionario, alla possibilità per singolo di intraprendere un'attività che sia diretta a soddisfare un'esigenza del consorzio umano, anche traendovi un profitto personale, dato che questo, di per sé, come messo in luce da Stefano Zamagni, non è incompatibile con la valenza sociale dell'azione esercitata.

3- Opportunamente il libro di De Carli fa leva, nel cogliere l'autoorganizzazione della società civile, sulla figura del *contratto*, strumento di autodisciplina anche nell'ambito della gestione degli affari dell'intera comunità, ed è giustamente vigile sui rischi di un sua *funzionalizzazione*, che siverifica allorché alla parte pubblica vengono attribuiti poteri esorbitanti, per piegarlo alle sue proprie esigenze.

Ho l'impressione che questo pericolo si sia però materializzato nella disciplina della più celebre delle fattispecie contrattuali, quella che avrebbe dovuto rivoluzionare i rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, e da asimmetrici che erano renderli *simmetrici*. Mi riferisco all'art. 11 della legge 241 sul procedimento, che già nella sua formulazione originaria poneva la pubblica amministrazione in una posizione decisamente poco contrattuale, consentendole di recedere unilateralmente per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, e che dalla novella del 2005 è stata munita

della determina, un potere che sembra garantire l'*eterodeterminazione* di quello che ormai è solo un sedicente accordo tra cittadino e pubblica amministrazione.

E' nella dicotomia tra *privato* e *pubblico* che, a mio avviso, va ricercata la matrice di questa disciplina che sfigura irrimediabilmente la fisionomia contrattuale della fattispecie. Elaborate dalla scienza giuridica e politica moderna in un'ottica *geometrica*, procedendo cioè in modo ipotetico-deduttivo e con finalità operativa, queste categorie non sono rimaste nell'ambito del razionalismo giuridico, costituendo bensì le coordinate in cui si è sviluppato il disegno della nostra organizzazione giuridica, d'impronta chiaramente statalista.

Come evidenziato dagli studi giusfilosofici di Francesco Gentile (*Filosofia del diritto - Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova 2006), tendenti ad evidenziare la necessità di ricondurre il problema politico-giuridico sul terreno suo proprio che è quello della riflessione anipotetica e con finalità puramente conoscitiva, il privato indica nel pensiero giuridico moderno l'uomo convenzionalmente concepito come soggetto sregolato, incapace di relazionarsi all'altro, in quanto assunto ipoteticamente come avente il potere su tutto: il suo prototipo è l'uomo del c.d. stato di natura; di qui la necessità di configurare una entità capace di creare l'ordine sovrapponendo la propria volontà a quella anarchica dei singoli. Nasce così, con la stipula del mitico contratto sociale, la categoria del pubblico, cioè lo Stato concepito come entità sovrana, il quale grazie all'*imperium* crea ordine laddove c'è disordine determinato dall'agire dei privati. Per un uditorio così provveduto sarà sufficiente evocare la teorica del *provvedimento amministrativo*, quale atto unilaterale, autoritativo ed esecutorio, per cogliere il portato della concezione moderna del diritto che, dal postulato dell'incapacità dei singoli di relazionarsi, perviene a giustificare il diritto come tecnica del controllo sociale, volta ad ottenere la condotta desiderata mediante la minaccia di una sanzione, secondo l'icastica definizione kelseniana.

Nel libro si fa riferimento, quale figura scaturita dall'autodisciplina della società civile, alla recente normativa sull'*impresa sociale*. Anche in questo caso, a mio vedere, in ossequio alla dicotomia tra privato e pubblico, all'idea cioè dell'ambito individuale come caratterizzato dall'opportunismo dei singoli che solo l'intervento pubblico può neutralizzare assicurando una pacifica convivenza, si è giunti all'aberrazione di vietare per legge all'impresa di distribuire utili ai propri soci, quale garanzia di perseguimento dell'interesse generale. I profitti personali vengono contrapposti al bene comune e solo l'assenza dei primi rende sociale l'impresa!

4- Ritornando al contratto è vero che il ricorso ad esso, grazie alla paritarietà e vincolatività di cui è latore, avrebbe dovuto, secondo l'insegnamento di Giorgio Berti, superare l'arbitrio del privato e l'assolutezza del pubblico, ma, come si è visto, i condizionamenti della modernità si sono rivelati più forti dell'intelligenza politica, che individua nella figura contrattuale l'espressione della capacità delle parti di pervenire ad un comune regolamento d'interessi, dopo averlo dialetticamente elaborato mediante la ricerca di ciò che le accomuna rispetto a quanto le diversifica. Invero il contratto è lo strumento d'elezione dell'*autonomia personale*, l'attitudine cioè del singolo ad essere regola a se stesso mediante l'assunzione e il rispetto di un precetto che gli consente di comunicare con l'altro. Sempre che si guardi senza pregiudizi all'esperienza giuridica!

Oggi disponiamo di un antidoto capace di farci superare sia le tentazioni individualiste sia quelle stataliste implicate da quella che Bobbio chiamava la grande dicotomia, e a cui oggi hanno fatto riferimento Sandro Amorosino e Michele Tamponi. E' il *principio di sussidiarietà* che, elaborato dalla Dottrina sociale della Chiesa Cattolica, consente al singolo di riprendere il suo posto al centro della scena giuridica. Il che non implica la riduzione delle istituzioni a mere comparse, essendo esse necessarie al processo di ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, in quanto ausiliarie rispetto all'autodisciplina soggettiva. Invero il principio della sussidiarietà, per un verso, non attribuisce al singolo la possibilità di fare quello che vuole, non è cioè il riconoscimento della signoria della volontà individuale; per l'altro, non è un mero espediente con cui le amministrazioni si disfano di funzioni che non hanno più interesse o la possibilità di esercitare, né, tantomeno, un modo surrettizio di favorire un singolo consentendogli l'esercizio di un'attività senza dover rendere conto dell'attribuzione.

Il paradigma giuridico della sussidiarietà implica una precisa *antropologia*, che poi è quella classica, del singolo riconosciuto capace di sapersi condurre valutando le ricadute della propria condotta sulla vita del gruppo cui egli appartiene. A ciò corrisponde la funzione di controllo delle istituzioni, per impedire abusi e prevaricazioni, e di orientamento, emendando ed integrando l'autoregolamento con quanto è necessario per il bene comune, intorno al quale si instaura e si sviluppa l'associazione societaria.

Mi sembra che questo sia il senso dei novellati artt. 19 e 20 della legge 241 sul procedimento, in materia di dichiarazione di attività e di silenzio assenso: l'*autoamministrazione* da essi riconosciuta può essere censurata dalle istituzioni mediante l'esercizio dei poteri di autotutela. A differenza di quanto opinano i fautori dell'ortodossia, invero, l'autotutela non impedisce il configurarsi di un'attività di autoamministrazione, rappresentando una forma cogente di controllo, necessaria quando si ammette che i singoli possano gestire da sé gli affari della comunità.

Diverso è il caso di cui all'art. 11. Ricorrendo all'uso del contratto come strumento di esercizio dell'attività gestionale, la pubblica amministrazione si è posta in contraddittorio con il cittadino coinvolto dal problema affrontato, per cui essa ha agito avvalendosi del contributo dialettico di un *coamministrante*. Non è concepibile che poi l'amministrazione intervenga potestativamente sul regolamento negoziale accampando la cura dell'interesse generale, che non può essere oggetto di ripensamento dopo che si è incarnato nelle clausole del contratto nato dal confronto con i soggetti che hanno contribuito alla soluzione della questione amministrativa che li riguardava.

In termini teorico-generalisti mi sembra di poter sostenere che la sussidiarietà delle istituzioni sia implicata dalle forme di autoamministrazione, ma sia incompatibile con i fenomeni di coamministrazione, profetizzati da Feliciano Benvenuti e di cui il contratto è sicuramente la quintessenza.

5- Per concludere una richiesta di chiarimento a Paolo De Carli a proposito del *fondamento* della regola nata dall'incontro tra l'autoorganizzazione della società civile e l'intervento sussidiario delle istituzioni, laddove sembra annidarsi l'*aporia* cui accennavo all'inizio del mio intervento. L'Autore, riferendosi a questo e ad altri analoghi meccanismi con cui lo Stato riconosce regole *aliunde* originatesi, osserva che : «In ogni modo lo Stato muta, ed è ciò che ad esso più interessa, il titolo di obbligatorietà

e di legittimazione delle norme stesse. In definitiva lo Stato, usando di tutti questi mezzi e di altri, è riuscito a mantenere l'antica pretesa di essere l'unico depositario del diritto sicchè, ancora oggi, la trama fondamentale di questo è reperibile nel diritto dello Stato e in quello esterno che esso legittima, anche se in qualche campo comincia ad affacciarsi la necessità di giungere a composizioni fra fonti statuali ed extrastatali e questa necessità è stata evidenziata anche in qualche decisione giurisdizionale».

Anche se De Carli confessa di essere condizionato dalla dialettica hegeliana, e dichiara di non voler affrontare il problema della natura delle regole frutto dell'autonomia della società civile, il contenuto del libro va ben oltre queste affermazioni, che sembrano in contraddizione logica con quanto in precedenza sostenuto.

Il tema dell'emersione giuridica della società civile con tutto ciò che gli è implicito, quale la capacità primigenia dell'associazione societaria di produrre regole che consentono la comunicazione intersoggettiva mediante il riconoscimento del proprio di ciascuno, esclude che il diritto si riduca alla volontà del titolare del potere, sia cioè la fonte delle regole ordinatrici della convivenza in quanto munite di validità dallo Stato sovrano. Gli affioramenti di una regolarità originaria, che con tanta cura sono ricostruiti nel libro individuandone le tracce nel diritto positivo, il quale se ne è fatto carico ritenendola meritevole di tutela in quanto espressione della eticità individuale, sarebbero contraddetti qualora si attribuisse allo Stato una funzione fondativa o comunque costitutiva della giuridicità. Di qui la necessità di venire fuori da questo vicolo cieco, da questa contraddizione logica insanabile, riconoscendo che vi è un *continuum* tra i frutti dell'autonomia soggettiva e gli interventi delle istituzioni volti ad impedire, per un verso, sperequazioni tra le parti e, per l'altro, ad orientare verso il bene comune, integrando ed emendando i regolamenti da esse forgiati. L'autodisciplina invero è all'origine dell'ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive, in quanto espressione della tensione umana a discernere il bene dal male, e su di essa si innesta l'eventuale intervento di controllo e di ortopedia delle istituzioni.

6- Quelle evidenziate nel testo sono linee di tendenze, continuamente spezzate, contraddette, talvolta negate dagli sviluppi legislativi, ma che non possono non essere sottolineate dopo che il formalismo normativistico, imperante per due secoli, ha cercato di annientare la giuridicità consustanziale alla società civile, facendo *tabula rasa*, in primo luogo attraverso la codificazione del diritto privato, delle regole che rampollano dalle stesse relazioni intersoggettive e che hanno bisogno di essere supportate dall'intervento delle istituzioni. Diversamente da quanto hanno fatto quelle di conio moderno, che si sono avvalse soprattutto di un diritto amministrativo di marca giacobina, - traduzione normativa di una concezione asimmetrica tra pubblica amministrazione e cittadini, che riduce questi ultimi nella miserrima condizione di amministrati, in quanto ipoteticamente assunti come protesi soltanto al proprio tornaconto e, in quanto tali, incapaci di partecipare alla gestione degli affari della comunità - per monopolizzare il tutto ciò che concerne le determinazioni riguardanti la vita in comune. Ma, come si è visto, si tratta di una di una mera geometria legale, cioè di una concezione astratta del diritto volta a legittimare l'assolutismo giuridico, a ridurre cioè l'ordine intersoggettivo alla legge, intesa come manifestazione della volontà sovrana.

Tutt'altra è la *Weltanschauung* che anima il libro che stiamo presentando, il quale, in coerenza all'intuizione da cui si è originato, cioè la cogenza delle regole di pacifica e proficua convivenza elaborate dalla società civile nel campo economico e in quello sociale, non può non riconoscere nell'*eticità individuale* il fondamento dell'obbligatorietà delle stesse, su cui le istituzioni fanno affidamento nell'ausiliare il processo di ordinamento giuridico delle relazioni intersoggettive.