

Francesco Gentile e il problema della riforma costituzionale

Lucio Franzese

Università degli Studi di Trieste

Abstract: Francesco Gentile and the Problem of Constitutional Reform

The article deals with the problem of constitutional reform in the light of the thought of Francesco Gentile. It is highlighted how important it is to reform the constitutional text in order to make the human person more and more protagonist of the juridical experience. The reform must be based on the dialectical confrontation between political forces in order to recognize the good.

Keywords: Constitutional reform, Person, Law, Common well.

Sommario: 1. Una nuova stagione di riforme costituzionali – 2. Indirizzo politico e gestione amministrativa – 3. Costituzione e “geometria legale” – 4. La “nuova” costituzione – 5. Compromesso e bene comune.

1. Una nuova stagione di riforme costituzionali

L'insediamento del governo, il Conte II, è coinciso con l'annuncio di una nuova stagione di riforme istituzionali e costituzionali. Si è concluso l'*iter* parlamentare per la riduzione del numero di senatori e deputati e alcune forze di governo già propongono l'introduzione per i parlamentari del vincolo del mandato imperativo. Alcune forze di opposizione poi dichiarano di voler introdurre l'elezione diretta del Capo dello stato, l'eliminazione della figura dei senatori a vita e, mediante la richiesta delle regioni da esse governate, sottoporre a *referendum* abrogativo la quota proporzionale della legge elettorale. Oltre a questi interventi sulla c.d. forma di Governo, ci si propone di riformare il Consiglio superiore della magistratura al fine, dichiarato dal Ministro della giustizia, di reciderne il legame con le forze politiche mediante l'estrazione a sorte dei suoi componenti. Inoltre, si prospetta di sostituire la previsione della tutela del paesaggio contenuta nell'art. 9 cost. con quella ben più pregnante dell'ambiente.

A prescindere dal merito delle questioni indicate – anche se non ci si può esimere dalla considerazione che, *ictu oculi*, l'automatismo nella nomina del CSM ne impedirebbe la qualificazione come organo di autogoverno – la vicenda induce a qualche spunto di riflessione sull'opportunità di un nuovo tentativo di riformare la costituzione in quanto, dopo il referendum popolare del 4 dicembre 2016 sulla riforma costituzionale Renzi-Boschi – cui ha preso parte il 65,5% dell'elettorato che ha espresso un netto voto contrario, pari al 59,1% dei voti validi – appariva improbabile che i politici mettessero nuovamente mano a una riforma del testo costituzionale. Cosa induce a riaprire il cantiere delle riforme chiuso dall'inequivocabile volontà popolare? È congruo affrontare la crisi politica del Paese partendo dalla riforma della costituzione?

2. Indirizzo politico e gestione amministrativa

Al fine di delineare una risposta, ci si avvale della filosofia di Francesco Gentile anche se la cosa può apparire alquanto strana in quanto la questione costituzionale non è centrale nel pensiero del filosofo padovano, che vi si era imbattuto quando le vicende della vita lo avevano condotto “sulla strada di Siracusa”, come soleva ricordare, con evidente reminiscenza platonica, quando era stato nominato nel Comitato di studio per le riforme istituzionali, costituzionali e della legge elettorale dall’allora Presidente del Consiglio dei ministri Silvio Berlusconi¹ e quando aveva partecipato come candidato sindaco alle elezioni comunali a Padova². In entrambi i casi era pervenuto al “convincimento che fosse da sciocchi pensare di rinnovare l’ordinamento politico a partire dalla riforma della nostra carta costituzionale”³.

In realtà, uno degli snodi fondamentali dell’insegnamento gentiliano, la distinzione tra governo e amministrazione, tra la funzione di indirizzo politico e quella di gestione amministrativa, concernendo il rapporto tra il principio aggregante la comunità e la sua concreta realizzazione, attiene indubbiamente alla materia costituzionale. Già da *Intelligenza politica e ragion di stato*, che è del 1983⁴, Gentile tematizza le questioni dell’orientamento dell’associazione societaria verso i fini che la costituiscono e quella dell’organizzazione dei mezzi necessari al suo perseguimento. “Quando un governo politico risolve la sua azione e si esaurisce nell’amministrazione degli affari, esso non può non dirsi dispotico”⁵, osserva il filosofo, indicando la necessità di

distinguere l’amministrazione pubblica per la quale, in vista di fini predeterminati, viene organizzato un insieme di cose e persone, equiparate nella funzione strumentale, e il governo politico, che costituisce la comunità orientandola ai suoi fini propri, quali emergono dalla considerazione dialettica, di ciò per cui ogni suo membro è se stesso, e quindi diverso dagli altri, ma anche di ciò per cui ciascuno è membro della comunità e quindi è comune a tutti⁶.

La differenziazione tra la funzione politica e quella amministrativa, adombrata dal combinato disposto dell’art. 95 cost., che impedisce l’autoreferenzialità dell’amministrazione, e dall’art. 97 cost., che tutela l’amministrazione dall’invadenza della politica, riceverà la dovuta attenzione dalla dottrina giuspubblicistica soltanto a partire dagli anni Novanta⁷. Sono gli anni in cui viene fissata legislativamente la

¹ Comitato di studio istituito con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri il 14 luglio 1994, ai sensi dell’art. 291, legge 23 agosto 1988, n. 400.

² Elezioni comunali tenutesi nella primavera del 1995. Entrambe le vicende sono oggetto di profonda elaborazione in F. Gentile, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, Milano, 2003, Giuffrè, pp. 9-29.

³ Ivi, p. 13.

⁴ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983, Giuffrè.

⁵ Ivi, p. 121.

⁶ Ivi, p. 125.

⁷ Cfr. C. Roehrsen, “Della distinzione tra governo e amministrazione”, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1990, n. 1, pp. 131-135; S. Labriola, *Il governo della Repubblica, organi e poteri. Commento alla legge 23 agosto 1988 n. 400*, Rimini, 1989, Maggioli. In precedenza l’accento era stato posto sull’indirizzo politico: sul punto cfr. V. Crisafulli, “Per una teoria giuridica dell’indirizzo politico”, in *Studi urbinati*, 1939, anno XIII, serie A, nn. 1-2-3-4, pp. 53-172, ora in *Prima e dopo la Costituzione*, Napoli, 2015, Editoriale Scientifica, pp. 3-120 e C. Mortati, *L’ordinamento del governo nel nuovo diritto*

distinzione tra organi politici e dirigenti amministrativi, prima a livello del Governo e poi degli Enti locali⁸, per cui, ad esempio: se un consiglio comunale delibera che al fine di realizzare il benessere della cittadinanza occorre una nuova scuola e non un centro per anziani, in quanto è la prima che nelle circostanze date mantiene viva e vitale la comunità, spetterà poi ai dirigenti comunali stabilire se l'obiettivo sia meglio perseguito in termini di efficacia, efficienza e economicità, attraverso la costruzione di un nuovo edificio scolastico o prendendo in locazione uno stabile già esistente.

Sempre in considerazione della natura gestionale, negli stessi anni si provvede a contrattualizzare il rapporto di lavoro alle dipendenze della pubblica amministrazione⁹, riconoscendosi che tali mansioni non legittimano una disciplina speciale, quale era quella sul pubblico impiego, bensì richiedono l'applicazione del diritto comune e, in primo luogo, la figura contrattuale come fonte e come regolamento del rapporto di lavoro¹⁰. Più in generale, si ricorre al contratto nei rapporti amministrativi in considerazione del fatto che la cura degli interessi della comunità, essendo un'attività gestionale, può esercitarsi mediante lo strumento pattizio che è un atto bilaterale e non autoritativo, in quanto non si tratta di individuare ciò che è necessario alla vita della comunità e che, in quanto tale, giustifica un regime asimmetrico, bensì di portare a effetto le decisioni politiche già assunte, traducendole in scelte operative¹¹. Queste considerazioni presiedono alla legge sul procedimento amministrativo, prevedendosi la figura degli accordi tra cittadini e pubblica amministrazione come modalità realizzativa dell'interesse generale¹². A differenza del provvedimento amministrativo che postula un rapporto tra autorità e suddito, tra un soggetto che decide e un altro che subisce l'altrui volontà, con il contratto, il singolo diventa *coamministrante* cioè partecipa del perseguimento degli interessi del consorzio civile, contribuendo attivamente all'attuazione degli obiettivi intorno ai quali si coagula l'associazione societaria¹³. La distinzione tra le due funzioni è anche alla base dello *spoils system*, per cui i vertici

pubblico italiano, Milano, 2000, Giuffrè. Per uno studio più recente cfr. A. M. Sandulli, "Governo e amministrazione", in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1966, ora in *Scritti giuridici, I. Diritto costituzionale*, Napoli, 1990, Jovene, pp. 259-281 e L. Carlassare, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, Cedam.

⁸ Vengono in rilievo, rispettivamente, la legge 23 agosto 1988, n. 400 il cui art. 2, comma 1, configura un rapporto strumentale tra la politica generale del Governo e l'indirizzo dell'attività amministrativa, e la legge 8 giugno 1990, n. 142 che riserva agli organi di governo della comunità locale la determinazione degli obiettivi da raggiungere e da indicare al corpo amministrativo.

⁹ Decreto delegato 3 febbraio 1993, n. 29 noto come decreto sulla privatizzazione del pubblico impiego.

¹⁰ Diffusamente, M. D'Antona, "La disciplina del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni dalla legge al contratto", in S. Battini e S. Cassese (a cura di), *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Milano, 1997, Giuffrè. All'inizio degli anni Sessanta la necessità di un diritto comune del lavoro era già stata ravvisata da M. Giorgianni, "Il diritto privato e i suoi attuali confini", in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1961, anno XV, 361-420.

¹¹ Cfr. G. Berti, "Dall'unilateralità alla consensualità nell'azione amministrativa", in A. Masucci (a cura di), *L'accordo nell'azione amministrativa*, Roma, 1988, Formez, pp. 27 ss.

¹² In realtà, più che un accordo quello previsto è un patto leonino in quanto fortemente squilibrato a favore della pubblica amministrazione. Sul punto cfr. L. Franzese, "Simmetria e asimmetria nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione. Riflessioni sui presupposti teorici della legge sul procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti amministrativi (L. 241/1990)", in *Diritto e Società*, 1993, n. 1/2, pp. 207 ss.

¹³ Si deve a Feliciano Benvenuti e alla sua scuola di aver prefigurato e accompagnato il nascere e lo svilupparsi del cittadino coamministrante in superamento del singolo come mero amministrato. Sul pensiero del giurista veneziano cfr. L. Franzese, *Feliciano Benvenuti. Il diritto come scienza umana*, Napoli, 1999, Edizioni Scientifiche Italiane.

amministrativi possono cambiare al mutare degli organi politici, siano essi ministri o sindaci, perché le due attività sono sì concettualmente distinte ma non separate, nel senso che spetta a colui che elabora l'indirizzo politico avvalersi del personale amministrativo di propria fiducia, almeno per quanto riguarda i vertici, perché è esso che ne deve predisporre l'implementazione. La Corte costituzionale, in una recentissima sentenza, ha stabilito che nella nomina dei segretari comunali da parte del sindaco, quale autorità politica, è "insito il carattere fiduciario" che legittima la cessazione dell'incarico del funzionario alla scadenza del mandato del politico che lo ha nominato¹⁴.

3. Costituzione e "geometria legale"

Diversi pensatori debbono a *Intelligenza politica e ragion di stato* il soffio iniziale come studiosi di filosofia e storia delle dottrine politiche, di teoria generale e di filosofia del diritto nonché di diritto pubblico. Nel libro è affrontata tutta una serie di temi e problemi fondamentali per la politica e il diritto, evidenziando il pericolo della loro riduzione alla logica della ragion di stato, come si verifica nelle prospettive "geometrica", propria del pensiero giuridico e politico moderno. Francesco Gentile denomina, riprendendo e integrando una formula hobbesiana, "geometria legale" la riflessione sul fenomeno giuridico avente una struttura ipotetico-deduttiva e una finalità operativa, al modo proprio della conoscenza scientifica¹⁵. A essa imputa le aporie del pensiero giuridico moderno, donde la necessità di riportare il discorso sul piano anipotetico e non operativo della speculazione filosofica, per riscoprire nell'*autonomia soggettiva* il fondamento dell'ordinamento giuridico, originalmente inteso come il processo mediante il quale dialetticamente si pone ordine nelle relazioni intersoggettive¹⁶.

La scienza giuridica e politica moderna riflette sullo stato e sul diritto partendo dal postulato dell'*individuo*, cioè del singolo concepito come unico, che non ha rapporti se non con se stesso, secondo la categorica affermazione rousseauviana¹⁷, per cui vede nella legge, intesa come volontà del potere, l'unico rimedio all'anomicità e quindi la sola fonte di ordine nelle relazioni intersoggettive, che di per sé sarebbero impossibili in quanto, in coerenza al postulato individualistico, ciascun soggetto perseguirebbe sempre e comunque il suo *particolare*. Poiché presupposto inidoneo a disciplinarsi, il singolo sarebbe un mero centro d'imputazione delle decisioni potestativamente assunte dal titolare del potere per regolare la vita dei consociati; sicché il diritto sarebbe espressione di *eteronomia*, calata su una *tabula rasa*.

La stessa costituzione, in quanto "scritta dopo una guerra persa, con l'inchiostro dei vincitori"¹⁸, non corrisponde all'esperienza giuridica che invece si nutre degli effettivi rapporti intersoggettivi, ma Gentile è dell'avviso di mantenerne immutata la

¹⁴ Corte cost. sent. 23 del 2019, che ha peraltro occasionato la critica di S. Battini, "L'invasione degli apicali: la Corte costituzionale riabilita lo *spoils system*", in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019, n. 3, pp. 269 ss. Si noti che quello dei segretari comunali è stato il primo campo di applicazione dello *spoils system*, previsto sin dalla legge 127 del 1997.

¹⁵ F. Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, cit.; Id., *Filosofia e scienza del diritto. Strumento didattico a cura di Francesco Gentile*, Modena, 1988, Accademia Militare, pp. 29-43.

¹⁶ Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico tra realtà e virtualità*, Padova, 2005, Cedam.

¹⁷ Cfr. J. J. Rousseau, *Emile ou de l'éducation*, I.

¹⁸ F. Gentile, "Intervento finale", in D. Castellano e G. Cordini (a cura di), *L'incerta transizione. Riforme istituzionali e teoria giuridica*, Napoli, 2000, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 217.

prima parte, quella contenente i principi generali, in quanto reperto della nostra storia repubblicana, documento espressivo delle ideologie della stessa.

La prova che la nostra costituzione [scrive il filosofo padovano] non abbia accompagnato la dialettica dei rapporti intersoggettivi storicamente costituenti la comunità italiana, ma che vi si sia sovrapposta è chiaramente offerta dalla natura compromissoria delle soluzioni previste per far convivere le tre opzioni fondamentali dei costituenti, liberale, comunista e cattolica. Compromesso da cui sono per gravità discesi tutti i difetti del sistema di una democrazia senza alternanza. E senza alternative pur di fronte a *deficit* a volte drammatici di democraticità. La stessa idolatria del testo del '47, da taluno ritenuto imm modificabile, costituisce una conferma, manifestando la paura che, una volta sollevato il coperchio del compromesso, la botte vecchia si riveli incapace di contenere il vino nuovo¹⁹.

Alla luce di tali considerazioni, risulta chiaro perché, durante l'elaborazione del *Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, poi abbandonato per il voto popolare contrario di alcuni Paesi dell'Unione, Gentile si dichiarò contrario a nominare Dio in un testo concepito come espressione del potere sovrano e quindi *superiorem non recognoscens*, nonostante il reiterato appello di Giovanni Paolo II a inserire nel preambolo un riferimento alle radici cristiane dell'Europa²⁰. In tale prospettiva il riferimento a Dio sarebbe stato semplicemente una manifestazione della volontà del costituente che, in quanto tale, sarebbe potuta cambiare, revocando così il riferimento alle radici cristiane. Laddove per Gentile la dimensione metafisica rappresenta un *quid* di indisponibile, nella prospettiva della sovranità, il titolare del potere come può disporre la rilevanza, allo stesso modo può *ad libitum* porla nel nulla; in altri termini, il riferimento al trascendente non avrebbe significato l'*accertamento* delle radici cristiane del continente europeo, bensì la *creazione* di siffatta rilevanza nell'ambito dell'Unione. Sarebbe stato un mero performativo.

4. La “nuova” costituzione

Senonché negli anni successivi la posizione di Gentile evolve fino a fargli registrare la “sostanziale sintonia con la concezione perlingieriana del diritto civile nella legalità costituzionale”²¹. Il filo conduttore della produzione scientifica di Pietro Perlingieri è la rivisitazione degli istituti civilistici al fine di adeguarli ai valori costituzionali, il cui *humus* è rinvenuto non nella mera volontà del nomoteta ma nella concreta esperienza giuridica, dato che per il giurista partenopeo la costituzione “dà spazio e riconoscimento ad un pluralismo di fonti, decentrate ed autonome, anche sovranazionali ed internazionali, con la massima valutazione delle autonomie regolative, sia individuali e collettive sia istituzionali”²². La nostra costituzione viene ritratta nella sua capacità di

¹⁹ Ivi, pp. 217-218.

²⁰ D. Castellano, “Il problema del preambolo della costituzione europea”, in D. Castellano (a cura di), *Quale costituzione per quale Europa?*, Napoli, 2004, Edizioni Scientifiche Italiane, pp. 271-231.

²¹ F. Gentile, “Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario”, in *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2007, n. 2, e, simmetricamente, P. Perlingieri, “Francesco Gentile e la legalità costituzionale: dalla diffidenza alla piena sintonia”, in A. Favaro (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*, Padova, 2015, Cedam.

²² Ivi, p. 118.

accompagnare il fenomeno autonomistico nelle diverse manifestazioni, colto cioè a vari livelli, favorendo così l'emersione di tutto ciò che attiene alla vita e allo sviluppo del consorzio umano. Sicché la costituzione è consustanziale e non sovrastrutturale alla società civile.

Rivelandosi idonea a accompagnare le relazioni intersoggettive in cui si struttura la comunità, la costituzione presenta profili di diversità rispetto al documento entrato in vigore il primo gennaio del 1948. La distinzione tra documento formale e costituzione incarnata nell'esperienza giuridica ricorda vagamente quella tra costituzione formale e costituzione materiale elaborata da Costantino Mortati²³ e, soprattutto, ricalca la prospettiva adottata da Sabino Cassese nel volume su *La nuova costituzione economica*²⁴. In discontinuità rispetto all'idea dei pubblici poteri come soggetti conformatori della vita individuale e sociale, infatti, si sono affermati nell'esperienza giuridica principi che riconoscono nell'*autonomia soggettiva*, nella capacità cioè di autoregolamentazione personale, la scaturigine del fenomeno giuridico e contestualmente rivelano la valenza *sussidiaria* delle istituzioni nei confronti dell'autonomo operato dei singoli. Ma andiamo con ordine.

Con la nascita dell'Unione Europea, fondata su una economia sociale di mercato, la dottrina si pone il problema di individuare lo statuto del mercato e, più in generale, il rapporto tra diritto e economia prefigurato nel dettato costituzionale. La risposta è sorprendente: per la costituzione il mercato non è un valore da tutelare, ma rappresenta un pericolo che deve essere neutralizzato mediante il ricorso all'intervento pubblico²⁵. Si prefigura un dirigismo economico, dovendo la legge prevedere cosa, quanto e come produrre. La norma chiave di questo sistema di eterodirezione dell'economia è contenuta nell'art. 41, comma 3, cost. che prevede programmi statali per conformare l'economia ai fini sociali²⁶. Si nutre una radicale sfiducia nei confronti dell'iniziativa economica privata. Piani e programmi, come è noto, erano tipici dell'Unione Sovietica come strumenti di pianificazione dell'economia. Non a caso si è parlato dell'Italia come di un paese di socialismo reale²⁷. La strada legislativa della programmazione economica percorsa negli anni Sessanta è stata presto abbandonata perché giuridicamente impervia²⁸, scegliendosi altri modi, per così dire più *soft*, per veicolare le determinazioni pubbliche sull'economia. Si pensi alla figura dell'impresa pubblica, per cui lo stato diventa imprenditore e, oltre ad occuparsi di energia elettrica, banche ed assicurazioni, produce sia acciaio sia panettoni e, così facendo, diventa protagonista della vita economica. Si ricorre inoltre allo strumentario del diritto amministrativo per sottoporre l'iniziativa privata a atti di assenso del soggetto pubblico variamente denominati: licenze, autorizzazioni, concessioni, ecc...

Tuttavia con gli anni Novanta lo stato dismette beni e aziende pubbliche, indubbiamente per far fronte alla crisi che attanaglia la finanza pubblica, ma soprattutto

²³ C. Mortati, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1940, Giuffrè.

²⁴ S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2004, Editori Laterza.

²⁵ G. Amato, "Il mercato nella Costituzione", in *Quaderni costituzionali*, 1992, 1, pp. 7 ss; L. Mengoni, "Autonomia privata e Costituzione", in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1997, I, pp. 1 ss.

²⁶ N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1988, Editori Laterza.

²⁷ La sottolineatura che il termine "programmi", contenuto nell'art. 41 cost., sia "perfettamente equivalente" a quello di programmazione economica è di M. S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, Il Mulino.

²⁸ L'adozione con legge della programmazione economica e di singoli provvedimenti finisce "per privare il cittadino, nel nostro attuale ordinamento, della garanzia costituzionale, senza offrirgliene alcuna altra veramente valida", V. Bachelet, "Legge, attività amministrativa e programmazione economica", in *Giurisprudenza costituzionale*, 1961, p. 907.

perché prende coscienza dell'incongruenza di questo ruolo rispetto alle finalità sue proprie, così come sotto la spinta della crisi economica inizia il processo di liberalizzazione volto a eliminare gli interventi autorizzatori dei pubblici poteri che necessitano per l'esercizio dell'iniziativa privata. Processo che con la già citata legge sul procedimento amministrativo e sul diritto di accesso ai documenti amministrativi rivela un mutamento culturale, riconoscendo e stimolando la capacità di autoamministrazione del singolo cui corrisponde l'intervento sussidiario delle istituzioni, soprattutto con gli istituti della segnalazione certificata di attività e del silenzio assenso²⁹.

Emblema di questo nuovo rapporto tra diritto e economia è la figura delle *Autorità Indipendenti*, che si sostituiscono al Comitato interministeriale prezzi (C.I.P.) per cui all'imposizione dei prezzi di beni e servizi da parte del soggetto pubblico in funzione della ragion di stato, subentra l'autoregolamentazione degli interessati in quanto le Authority promuovono l'autodisciplina che si realizza nel confronto dialettico tra gli agenti economici, e sopperiscono alla insufficienza della stessa quando riscontrano delle asimmetrie, frutto di prevaricazioni di un soggetto nei confronti dell'altro. Vengono inoltre in rilievo i mutamenti nei servizi pubblici dove alla concezione soggettiva, per cui sono tali quelli erogati da un soggetto pubblico, si sostituisce la concezione oggettiva: un servizio è pubblico perché soddisfa un interesse generale a prescindere dalla natura di colui che lo eroga. Si pensi inoltre all'istituto del servizio universale, previsto anch'esso dal diritto europeo, che dispone in taluni casi l'obbligo in capo all'imprenditore di prestare un servizio anche se il prezzo pagato dall'utente non è sufficiente a coprirne i costi. È il caso, ad esempio, della distribuzione della corrispondenza che Poste Italiane, società di diritto privato, è tenuta ad effettuare anche se il prezzo del francobollo è al di sotto del costo del servizio, essendo la libertà di corrispondenza meritevole di tutela rispetto al semplice calcolo economico. Lo stesso dicasi per i treni notturni, che l'utente paga sottocosto in quanto la libertà di circolazione va al di là della mera efficienza dell'operazione negoziale mirando al perseguimento dell'interesse generale. In entrambi i casi, l'erogazione del servizio è diretta a consentire al singolo l'esercizio di libertà personali, per cui oltre all'efficienza del mercato viene in rilievo la necessità che esso sia funzionale al benessere del singolo e dell'intera comunità. In tale prospettiva, si colloca anche l'affermazione dell'organismo di diritto pubblico che trova una propria definizione nell'art. 3, n. 26 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163³⁰. La nozione comparsa per la prima volta nella direttiva comunitaria n. 89/440/CEE del 21.7.1989, aveva l'intento di far rientrare nell'ambito di applicazione della disciplina europea in tema di appalti quei soggetti operanti negli Stati membri, che sebbene connotati da profili pubblicistici, in quanto sovvenzionati o controllati dallo Stato o da altri enti pubblici oppure in ragione dell'attività di natura pubblica esercitata, non erano però qualificabili formalmente come pubbliche amministrazioni, non potendo essere ricondotte nell'elenco delle persone giuridiche di diritto pubblico elencate tassativamente dal legislatore europeo. Nell'allegato III del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 sono elencati nominativamente, a titolo esemplificativo, le

²⁹ Cfr. P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004, Cedam.

³⁰ Ai sensi dell'art. 3, n. 26, del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 l'organismo di diritto pubblico è qualsiasi organismo, anche in forma societaria, istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, dotato di personalità giuridica e la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico; oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi, oppure, da ultimo, il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà sia designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.

categorie degli enti che rientrano nella disciplina, tra cui, solo per citarne alcuni: Enti portuali e aeroportuali; Università statali, Istituzioni pubbliche di assistenza e di beneficenza, Enti preposti a servizio di pubblico interesse, Enti culturali e di promozione artistica, ecc...

A ben vedere, sono tutte manifestazioni del superamento del pregiudizio del singolo come inidoneo a attivarsi nell'interesse generale.

Alla luce di queste sia pur cursorie osservazioni, risulta chiaro perché si condivide la posizione di Sabino Cassese che evidenzia l'affermarsi di una nuova costituzione economica, pur essendo rimasto invariato il documento costituzionale e specificamente l'art. 41, comma 3, cost. Per effetto del diritto europeo, infatti, è stato messo in discussione il paradigma che vede nel soggetto pubblico il detentore esclusivo dell'interesse generale e il singolo viene riconosciuto, diversamente da quanto postula la scienza giuridica moderna, capace di perseguire non soltanto il proprio ma anche l'interesse della comunità cui appartiene. Alle istituzioni viene pertanto attribuito il compito di aiutare il singolo nel perseguimento dell'interesse generale e di controllare che l'operato individuale non contrasti con siffatto interesse. Sicché le istituzioni si attestano su una posizione diversa da quella loro accreditata dalla "geometria legale", facendo leva sul *principio di sussidiarietà*, che ha fatto la sua comparsa nell'ordinamento giuridico grazie al Trattato di Maastricht, prevedendosi che l'Unione, nelle materie che non sono di sua esclusiva competenza, intervenga se e quando l'azione dei singoli Stati non sia sufficiente a risolvere il problema che perciò legittima il suo intervento. Vale peraltro ricordare che l'introduzione del principio è frutto di un equivoco dei redattori. "Sussidiarietà è la parola che ha salvato il Trattato", ebbe ad affermare il Premier Britannico John Major vedendo in essa l'ultimo baluardo della sovranità statale, nel senso che la decisione ultima sarebbe comunque spettata allo stato e soltanto quando questo non fosse in grado di risolvere il problema, sarebbe intervenuta l'Unione. In realtà, come si apprende dalle encicliche della Dottrina sociale, la Chiesa per contrastare lo statalismo, la pretesa cioè del soggetto pubblico di monopolizzare ogni settore di rilevanza sociale, afferma già nel XIX secolo il principio secondo cui spetta alla società maggiore intervenire solo se la minore non è in grado di risolvere la questione di volta in volta affrontata. Lo stato deve essere di aiuto e non assorbire in sé i gruppi in cui si articola la società civile quando essa è capace di affrontare le problematiche poste dalla vita associata. Esattamente l'opposto di quanto è accaduto con le attività di assistenza e beneficenza che, praticate per secoli dalla stessa società civile, erano state pubblicizzate da Crispi che le aveva costituite come istituzioni pubbliche (I.P.A.B)³¹. Tale monopolio che realizzò una sorte di eversione del secolare impianto solidaristico e religioso dell'assistenza, è durato cento anni fino alla sentenza 7 aprile 1988, n. 396 con cui la Corte costituzionale ne ha dichiarato l'illegittimità, non essendovi alcuna necessità che le attività assistenziali e di beneficenza fossero esercitate esclusivamente da un ente pubblico, laddove la stessa società civile riesca a prendersi cura dei suoi membri che versino in una situazione di bisogno. Bisognerà poi aspettare il nuovo millennio per vedere affermata legislativamente la possibilità che i servizi alla persona possano essere organizzati nell'ambito dell'esercizio dell'attività economica, come previsto dalla legge quadro per la realizzazione del sistema integrato dei servizi sociali³².

La riforma del titolo V, parte II della costituzione, all'art. 118, comma 4, ha previsto che le istituzioni in attuazione del principio di sussidiarietà favoriscano

³¹ Con la legge 17 luglio 1890, n. 6972. Sulle Opere Pie.

³² Legge n. 328 del 2000 e d.lgs. n. 207 del 2001.

l'autonoma iniziativa del cittadino, singolo o associato, volta al raggiungimento dell'interesse generale. In tale modo, si prende atto del superamento, nell'esperienza giuridica, del presupposto della scienza giuridica moderna secondo cui il singolo pensa soltanto a se stesso e la cura degli interessi del consorzio civile è necessariamente appannaggio del soggetto pubblico, consacrando così la capacità individuale di attivarsi per il perseguimento del benessere sociale. Le istituzioni sono sussidiarie nei confronti dell'operato individuale non solo a livello amministrativo – e sopra abbiamo accennato ai fenomeni di autoamministrazione previsti dalla legge sul procedimento – ma anche a livello politico, rilevando a tal proposito l'affermazione dell'economia sociale di mercato, in cui sono gli stessi operatori economici a stabilire gli obiettivi che il mercato intende perseguire mentre le istituzioni stimolano il confronto dialettico tra gli agenti economici e controllano l'efficienza e l'equità del loro operato.

Non si può tuttavia non accennare alle difficoltà che il principio di sussidiarietà incontra ad affermarsi compiutamente in quanto incidente in un corpo normativo segnato dallo statalismo. Come esempio paradigmatico si pensi all'art. 3, comma 2, cost., secondo cui: “È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana”. Problematica è la convivenza della sussidiarietà istituzionale che fa leva sull'autonomia personale, e di tale principio il quale, attribuendo in esclusiva alla Repubblica di perseguire il pieno sviluppo della persona umana, sembra disconosca la capacità individuale di contribuire alla realizzazione propria e della comunità cui il singolo appartiene.

5. Compromesso e bene comune

In conclusione, si può delineare una risposta ai due quesiti formulati all'inizio di queste pagine. Alla luce dell'evoluzione del pensiero di Gentile in materia costituzionale è plausibile, e anche auspicabile, che sia portato avanti il processo riformatore della costituzione il cui dato fisionomico è la centralità della persona umana, riconosciuta capace di procedere dialetticamente all'individuazione del proprio di ciascuno. La riforma può invero ripartire da questo dato politico, che si tratta di rendere ulteriormente strutturale nella sfera economica e sociale, e non solo. La lezione di Gentile è poi proficua in relazione al metodo da adottare per la riforma del testo costituzionale, dato che diversi tentativi non hanno sortito risultati. Se in un primo momento per il filosofo, come si è visto, il compromesso raggiunto dall'Assemblea costituente era pregiudicato dalle ideologie in essa presenti, il convegno riminese sulla *Nuova Costituzione: tra casa comune e dominio della maggioranza*³³ gli offre l'occasione per rivisitare questo concetto cogliendone lo spirito comunitario che lo anima. Egli osserva, infatti, che

basterebbe l'etimo a ricordare che 'compromesso' deriva dal termine latino *compromissum*, in cui si fondono l'impegno della promessa e la reciprocità del rapporto, quanto di più distante vi possa essere dall'idea del ripiego, del rattoppo, del calcolo affaristico. Ché anzi, significando tecnicamente da un punto di vista giuridico l'impegno a rimettersi al giudizio imparziale di un arbitro, il

³³ Organizzato dalla Fondazione per la sussidiarietà al XXVI Meeting di Rimini, il 23 agosto 2005, con la partecipazione di S. Andò, A. Barbera, M. Bertolissi, F. Gentile e con l'introduzione di L. Antonini. Il testo dell'intervento è pubblicato su *L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato*, 2005, n. 2.

compromesso implicitamente esige senza riserve la disposizione a dar credito alle ragioni altrui non assolutizzando, autarchicamente, le proprie, la disposizione a sacrificare i propri interessi immediati in funzione del bene di tutti, la disposizione ad aprirsi agli altri sulla base dell'intelligenza del bene comune che altro non è se non l'intelligenza in comune del Bene³⁴.

L'evoluzione non deve meravigliare in quanto il lettore dei testi gentiliani non avverte mai nell'Autore un senso di appagamento, neppure dopo un approdo teoreticamente valido. Non già per insoddisfazione o inquietudine psicologiche, bensì per il suo tendere al vero che, solo, rende autentica la ricerca e la vita stessa di colui che la svolge. Del resto, le regole che disciplinano l'azione umana, le quali trovano la loro ragion d'essere nel facilitare la comunicazione intersoggettiva, stimolando il singolo a revocare in dubbio le proprie pretese individualistiche e a riconoscere che l'altro è un bene per sé, sono frutto dell'intelligenza soggettiva, della capacità cioè di *intus-legere*, di vedere dentro le cose per inferirne la verità di cui sono portatrici, in modo da poter individuare il proprio di ciascuno. Per il filosofo dell'esperienza giuridica³⁵, il diritto non costituisce un'entità autoreferenziale né tantomeno il tutto. Compito della filosofia del diritto come scrive, tracciando un bilancio della propria vicenda scientifica e, mi sembra di poter affermare, della sua stessa vicenda umana, è “quello di ricercare al di là del contingente l'essenziale, al di là dell'opinabile il vero, al di là del legale il giusto. Al di là nel senso di attraverso: *metà tà physikà*”³⁶. La sensazione che si ritrae dall'insegnamento di Francesco Gentile è che egli è *nel* mondo ma non è *del* mondo e, a dieci anni dalla scomparsa, il suo insegnamento è quanto mai necessario per cogliere il valore dell'esperienza giuridica³⁷.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Cfr. E. Ancona, “Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica di Francesco Gentile. La nozione di esperienza in Giuseppe Capograssi, Marino Gentile ed Enrico Opocher”, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2015, 1, serie V, pp. 92-123.

³⁶ F. Gentile, *Legalità Giustizia Giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 57.

³⁷ Significativo, da ultimo, il seminario di studi *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile*, organizzato dall'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro il 17 dicembre 2019.