I DOVERI COSTITUZIONALI:
LA PROSPETTIVA DEL GIUDICE DELLE LEGGI

Quaderni del "Gruppo di Pisa"

I DOVERI COSTITUZIONALI: LA PROSPETTIVA DEL GIUDICE DELLE LEGGI

Atti del convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006

a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso e J. Luther

G. GIAPPICHELLI EDITORE – TORINO

© Copyright 2007 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

http://www.giappichelli.it

ISBN/EAN 978-88-348-7499-8

Il presente volume è stato pubblicato con il contributo della Fondazione Cassa di Risparmio di Torino, dell'Università del Piemonte Orientale, del Dipartimento di Scienze Giuridiche ed Economiche dell'Università del Piemonte Orientale, del Dipartimento Polis dell'Università del Piemonte Orientale e del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino.

Composizione: Compograf - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni ad uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO, via delle Erbe, n. 2, 20121 Milano, telefax 02-80.95.06, e-mail: aidro@iol.it

INDICE

pag.

Parte I
RELAZIONI

I DOVERI DI SOLIDARIETÀ SOCIALE
Felice Giuffrè 3

DOVERI E FORMAZIONI SOCIALI. IL DOVERE DI FEDELTÀ ALLA REPUBBLICA COME DOVERE DI NON ROMPERE L'ARMISTIZIO TRA GRUPPI PORTATORI DI FINI NON NEGOZIABILI (OVVERO IL DOVERE DI COMPRENDERE LE RAGIONI DEGLI ALTRI)
Ilenia Massa Pinto 52

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI
Gianluca Bascherini 86

IL DOVERE DI FEDELTÀ ALLA REPUBBLICA
Alessandro Morelli 140

I DOVERI DI LEALE COLLABORAZIONE
Andrea Gratteri 206

SANZIONABILITÀ E GIUSTIZIABILITÀ DEI DOVERI COSTITUZIONALI
Bruno De Maria 232

pag.

PARTE II
INTERVENTI E COMUNICAZIONI

LA COOPERAZIONE INTERSOGGETTIVA TRA RIFORME MANCATE E RIFORME AUSPICATE
Gianluca Belfiore 311

ESSERE «COSTITUZIONALMENTE» FEDELI NEGLI STATI UNITI. A COLLOQUIO CON BRUCE ACKERMAN
Anna Silvia Bruno 321

CONTROFIRMA, RESPONSABILITÀ E DOVERI COSTITUZIONALI
Edmondo Cacace 341

DOVERI COSTITUZIONALI «INFEDELI» PER *NICHTAUSÜBUNG*. SPUNTI TEDESCHI PER LE TENTAZIONI ITALIANE
Michele Carducci 353

DOVERI COSTITUZIONALI E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE
Gladio Gemma 365

L'AMBIENTE COME DOVERE PUBBLICO «GLOBALE»: QUALCHE CONFERMA NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DELLE LEGGI?
Giorgio Grasso 386

I DOVERI DI CHI GIUDICA IL GIUDICE DEI DOVERI
Jörg Luther 394

IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ E LE GENERAZIONI FUTURE
Giovanna Majorana 403

pag.

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI: UNA REALTÀ IN CONTINUA TENSIONE TRA OBBLIGO GIURIDICO ED ONERE SOCIALE
Vincenzo Marzuillo 414

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI EXTRACOMUNITARI
Adalberto Wojtek Pankiewicz 424

UN DIRITTO *FRA* I DOVERI? LO «STRANO CASO» DEL DIRITTO ALLA SALUTE
Claudio Panzera 438

SUL NECESSARIO CARATTERE «GLOBALE» (E NON SOLO INTERNO) DEI *DOVERI* NELLO STATO COSTITUZIONALE CONTEMPORANEO
Antonino Spadaro 462

NOTE IN TEMA DI LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E «ESPRESSIONI INFEDELI» TRA DEMOCRAZIE PROTETTE, REATI DI OPINIONE E GARANZIA DELLA SICUREZZA
Elettra Stradella 469

PARTE III
RELAZIONI DI SINTESI DEGLI ATELIERS

I DOVERI INDEROGABILI DI SOLIDARIETÀ: ALLA RICERCA DI UN NUOVO LINGUAGGIO PER LA CORTE COSTITUZIONALE
Lorenza Violini 517

pag.

RELAZIONE DI SINTESI
Luigi Ventura 533

RELAZIONE DI SINTESI
Vincenzo Cocozza 542

PARTE IV
CONCLUSIONI

DOVERI FONDAMENTALI, ETICA REPUBBLICANA, TEORIA DELLA COSTITUZIONE (NOTE MINIME A MARGINE DI UN CONVEGNO)
Antonio Ruggeri 551

I DOVERI COSTITUZIONALI: ALCUNE OSSERVAZIONI
Giorgio Lombardi 568

APPENDICE

IL MONDO DEI DOVERI COSTITUZIONALI. DOCUMENTAZIONE

a cura di J. LUTHER

(scaricabile *on-line* sul sito *http://www.giappichelli.it/download.asp*)

I. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI ITALIANE

II. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI FRANCESI

III. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI TEDESCHE

IV. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI SPAGNOLE

V. I DOVERI IN ALTRE COSTITUZIONI EUROPEE

VI. I DOVERI IN ALCUNE COSTITUZIONI STATUNITENSI

VII. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI RUSSE

VIII. I DOVERI IN ALCUNE COSTITUZIONI LATINOAMERICANE

IX. I DOVERI IN ALCUNE COSTITUZIONI AFRICANE

X. I DOVERI NELLE COSTITUZIONI ASIATICHE

XI. I DOVERI IN ALCUNE CARTE INTERNAZIONALI

Parte I

RELAZIONI

I DOVERI DI SOLIDARIETÀ SOCIALE

FELICE GIUFFRÈ

SOMMARIO: 1. Il percorso della *solidarietà* da istanza etica a principio politico e giuridico. – 2. *Segue.* La *solidarietà* nella visione cristiana e nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica. – 3. *Segue.* La solidarietà nella cultura laico-democratica. – 4. L'individualismo quale ostacolo al percorso di positivizzazione del valore solidarista. – 5. *Segue*. Il metodo normativista e la qualificazione giuridica della realtà. – 6. *Segue.* La teoria dei valori e la qualificazione assiologica della libertà giuridica. – 7. Il riconoscimento costituzionale del valore personalista come presupposto della vocazione solidale e sussidiaria dell'ordinamento. – 8. La solidarietà verticale o pubblica: eguaglianza sostanziale, diritti sociali e dovere di contribuzione. – 9. La solidarietà orizzontale o fraterna. – 10. *Segue*. La solidarietà come espressione di libertà e responsabilità. La funzione promozionale del diritto. – 11. La riscoperta della solidarietà come fondamento di legislazione. – 12. L'ispirazione costituzionale solidarista nella giurisprudenza costituzionale.

1. IL PERCORSO DELLA SOLIDARIETÀ DA ISTANZA ETICA A PRINCIPIO POLITICO E GIURIDICO

Per iniziare una riflessione sul tema dei doveri di solidarietà sociale sembra opportuno muovere da una preliminare constatazione. Occorre, infatti, sottolineare come la dottrina giuspubblicistica – salvo rare eccezioni [1] – abbia per lungo tempo sottovalutato i precisi riferimenti all'ispirazione solidarista contenuti nella Costituzione repubblicana, sebbene quest'ultima – a differenza di altre Carte fondamentali europee [2] – ponga la petizione dei doveri inderogabili di solida-

[1] Tra queste spicca lo studio di G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1970.

[2] In merito al rilievo del principio di solidarietà nelle altre esperienze costituzionali europee, nel diritto comunitario e nelle carte internazionali dei diritti, G. BARONE, *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, *con uno sguardo all'Europa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1249 ss.; nonché, con specifico riferimento alla Grundgesetz tedesca, S. PRISCO, *La solidarietà come valore comune delle tradizioni costituzionali europee. Brevi note comparate con particolare riguardo all'esperienza tedesca*, in M. SCUDIERO (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo. Prin-*

rietà politica, economica e sociale in parallelo al riconoscimento ed alla garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo [3].

Peraltro – a dispetto delle previsioni più pessimiste, che prefiguravano la parabola discendente della solidarietà in senso giuridico [4] o che, addirittura, ne auspicavano il superamento, in vista di un assetto più rispondente al modello liberale [5] – per effetto della l. cost. n. 3 del 2001, il riferimento esplicito al principio di solidarietà si rinviene anche nel novellato art. 119, comma 5, Cost., che – fissando le linee fondamentali dei rapporti finanziari tra gli enti territoriali che compongono la Repubblica – prevede l'obiettivo della coesione e della solidarietà sociale tra i presupposti che valgono a giustificare la destinazione di risorse aggiuntive o interventi speciali dello Stato «in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni».

Si può rammentare, inoltre, che solidarietà, in senso giuridico, assume un ruolo primario anche nel quadro dei valori e degli obiettivi dell'Unione europea, atteso che l'esplicito riferimento alla medesima si ritrova nell'art. 2 Tr. CE, nell'art. 1 TUE, nonché, da ultimo, nell'intestazione del Titolo IV della Carta di Nizza del 2000, entrata poi a far parte del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, firmato a Roma il 28 ottobre 2004.

Ebbene, proprio la presenza nell'ordinamento dei richiamati molteplici riferimenti normativi implica la necessità di definire, preliminarmente, la portata del valore ad essi sotteso, allo scopo di precisare la sua consistenza giuridica e le connesse implicazioni sul piano istituzionale. Al riguardo, occorre osservare che la solidarietà – così come tutti i valori a cui le Costituzioni contemporanee assegnano valenza giuridica – è stata oggetto di un lento processo di positivizzazione, in esito al quale il medesimo è transitato dalla sfera etico-religiosa e quella politica ed, infine, a quella giuridica [6]. In questi termini, ogni processo di positivizzazio-

---

cipi e diritti fondamentali, vol. I, tomo II, Napoli, 2002, 349 ss. Sulla necessità di una proiezione sovranazionale dei doveri di solidarietà, A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri globali. La giustizia distributiva internazionale nell'età della gobalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ), 2005, 99 ss.

[3] Cfr., F. FALZONE-F. PALERMO-F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana. Illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1987, 27, che ricordano la «tenace insistenza» del Presidente della Commissione per la Costituzione Meuccio Ruini affinché nella Carta repubblicana i diritti e i doveri fossero tenuti insieme «come lati inscindibili, come due aspetti dei quali l'uno non può sceverare senza l'altro», proprio secondo la connotazione solidaristica che trova espressione nell'art. 2 Cost.

[4] Per questa considerazione in forma interrogativa, G. ALPA, *Solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, 365 ss.

[5] Così, N. MATTEUCCI, *Un mito illiberale - Solidarietà il grimaldello comunista per svaligiare lo Stato*, in *Il Giornale*, 1° marzo 1995.

[6] Cfr., A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, in *Pol. dir.*, 1991, 639 ss.; A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Parte I. Il concetto di diritto*, IV ed., Milano, 1992, 20 ss.; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali* (1989), Milano, 1993, 139 ss.;

ne può essere adeguatamente compreso solo da una prospettiva storica «che rispecchia i passaggi e le fasi, etica, politica e giuridica, senza pretendere di sopprimere l'identità di nessuna di esse né, tanto meno, che una di esse domini sulle altre» [7]. Per tale ragione, quindi, al fine di ricostruire la portata del principio costituzionale solidarista e la specifica connotazione dei corrispondenti doveri occorre richiamare la cultura delle forze costituenti e posizioni da queste espresse nel dibattito dei lavori preparatori.

2. *Segue*. La solidarietà nella visione cristiana e nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica

Sulle disposizioni della Costituzione che richiamano, anche in via mediata, il valore della solidarietà ha certamente esercitato un'influenza consistente la visione cristiana, nell'ambito della quale si delineano i presupposti che troveranno sviluppo anche nel pensiero laico [8].

Nella concezione cristiana la solidarietà è espressione di un'ontologia fondata sulla *fratellanza* di tutti gli uomini in Cristo [9], che si evolve in vera e propria deontologia nella dottrina sociale della Chiesa Cattolica. A partire dall'enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII [10], infatti, per far fronte al disagio politico-sociale esploso nel diciannovesimo secolo, comincia la traduzione dei principi universali del cattolicesimo in una visione organica della vita politica, sociale ed econo-

---

C. Amirante, *Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico? Introduzione* a E. Denninger, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, Torino, 1998, XLI ss.

[7] In questi termini, ancora, G. Peces Barba Martinez, *op. loc. ult. cit.* In senso analogo e con specifico riguardo al percorso della solidarietà nell'esperienza italiana, C. Amirante, *op. loc. ult. cit.*

[8] Cfr. G. Beier, *Solidarität und Brüderlichkeit*, in Heimann-M. Klein (a cura di), *Lexikon des Sozialismus*, S. Köln-Vien, 1986, 547.

[9] «Non c'è più (tra voi) né giudeo, né greco, né schiavo, né libero, né maschio, né femmina essendo tutti noi una sola persona in Cristo Gesù» (Paolo, *Lettera ai Galati*, III, 28), richiamato da G. Ambrosini, *La Costituzione italiana oltre i principi delle Rivoluzioni americana e francese*, Roma, 1977, 93 ss.; e, ancora, sul profilo della comune derivazione umana quale fondamento della fratellanza-solidarietà, E. Mounier, *Personalismo*, Roma, 1974, 60, che sottolinea come questa idea fondamentale dei Padri della Chiesa, laicizzatasi, pervada poi tanto il *cosmopolitismo* del XVIII secolo, quanto il *marxismo*; A. Messineo, *La solidarietà delle classi scopo dell'azione sociale cristiana*, in *La Civiltà Cattolica*, 1954, III, 121 ss.; U. Allegretti, *I principi della Rivoluzione nella dialettica della modernità*, in L. Carlassare (a cura di), *Principi dell'89 e Costituzione democratica*, Padova, 1991, 69; A. Spadaro, *Contributo per una teoria della Costituzione. I) Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 206 ss. Ma si vedano, soprattutto, Pio XII, Lett. Enc., *Summi pontificatus*; Giovanni Paolo II, Lett. Enc., *Sollecitudo rei socialis*, 38-40; Id., Lett. Enc. *Centesimus annus*, 10.

[10] In argomento, A. Messineo, *La solidarietà delle classi*, cit., 129 ss.

mica della comunità. Dinanzi ai problemi aperti dalla moderna società industriale, dunque, la dottrina sociale la Chiesa prefigura scenari alternativi rispetto a quelli prospettati dalle visioni politico-economiche di impronta liberale e socialista e ciò tanto sul versante della trasformazione dei processi di produzione e del lavoro, quanto, più in generale, sul piano dei rapporti tra singoli, formazioni sociali e Stato.

In quest'ottica, il valore della solidarietà vale a riassumere un'articolata prospettiva, stando alla quale ciascuna personalità umana dovrebbe esplicarsi liberamente, ma nella piena considerazione della dignità trascendente di ogni uomo, da cui scaturisce il dovere di stimare «il prossimo, nessuno eccettuato, come «un altro se stesso», tenendo conto della sua vita e dei mezzi necessari per viverla degnamente» [11].

La stessa disposizione deontologica, inoltre, tradotta sul piano politico-sociale, comporta l'impegno ad un ordine sociale più giusto «innanzi tutto nella ripartizione dei beni e nella remunerazione del lavoro» [12], anche attraverso l'intervento di regolazione dell'autorità politica in campo economico, ma senza che ciò si traduca nella negazione della varietà delle personalità individuali e delle relative capacità di realizzazione sociale [13], ovvero nel superamento della libera iniziativa in direzione di un sistema ad economia centralizzata [14]. Solo quando l'azione dei singoli e delle formazioni sociali non dovesse apparire sufficiente all'estensione dei diritti fondamentali ed al conseguimento degli obiettivi di giustizia distributiva, potrà essere concepita, secondo il principio di sussidiarietà [15], una riserva dei relativi compiti allo Stato, che sarà, dunque, strumento per la realizzazione del *bene comune* [16].

---

[11] Così, Conc. Ecum. Vaticano II, *Gaudium et spes*, 27.

[12] In questi termini il *Catechismo della Chiesa cattolica*, Roma, 1992, par. 1940, ma anche par. 2402, per l'affermazione che «l'appropriazione dei beni è legittima al fine di garantire la libertà e la dignità delle persone, di aiutare ciascuno a soddisfare i propri bisogni fondamentali e i bisogni di coloro di cui ha la responsabilità. Tale appropriazione deve consentire che si manifesti una naturale solidarietà tra gli uomini.»

[13] A. MESSINEO, *La solidarietà delle classi*, cit., 128 ss.

[14] Conc. Ecum. Vaticano II, *Gaudium et spes*, 71; GIOVANNI PAOLO II, Lett. Enc. *Sollecitudo rei socialis*, 42; ID., Lett. Enc. *Centesimus annus*, 40; 48. V., M. BERTOLISSI, *Il diritto pubblico nella «Centesimus annus»*, in *Dir. soc.*, 1992, 397 ss.

[15] V., GIOVANNI PAOLO II, Lett. Enc. *Centesimus annus*, 48, per l'esplicitazione del canone secondo cui «una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune». Sul principio di sussidiarietà nella dottrina cattolica, G. MUCCI, *Il principio di sussidiarietà e la teologia del Collegio episcopale*, in *La Civiltà Cattolica*, 1986, II, 428 ss.; M. BERTOLISSI, *Il diritto pubblico nella «Centesimus annus»*, cit., 393 s. Ma *infra*, cap. II, §.5.1.

[16] Il concetto di *bene comune* proprio della Dottrina cattolica riassume «l'insieme delle

La libertà, quale espressione della dignità della persona, impone la valorizzazione della responsabilità dei singoli e dei gruppi; dunque, la partecipazione personale e volontaria alla vita politica, sociale ed economica della comunità. In questo quadro, anche l'atteggiamento solidale verso il prossimo dovrà essere concepito, innanzi tutto, come una istanza spontanea della persona e non (soltanto) il frutto di una conformazione autoritativa dei rapporti sociali [17].

In via di prima approssimazione, si può, dunque, riconoscere che la solidarietà si declina in parallelo al principio personalista e a quello di sussidiarietà, fondandosi sul riconoscimento della dignità e libertà umana come valore oggettivo ed universale, che deve orientare l'azione sociale al fine di rendere effettivo il nucleo dei diritti fondamentali preesistenti ad ogni ordinamento politico e costituenti il fondamento di legittimità del potere pubblico [18].

3. La solidarietà nella cultura laico-democratica

Accanto al filone cattolico, nell'elaborazione di un concetto di solidarietà, che si voglia utile alla caratterizzazione della nostra esperienza giuridica ed istituzionale, vanno considerati i notevoli apporti delle correnti ideologiche e culturali laico-democratiche ed umanististe.

Nella visione laico-democratica, infatti, la solidarietà trae le sue radici dall'ideale della *fratellanza*, che, tuttavia, nella visione Rivoluzionaria era assunta

---

condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente» (così, Conc. Ecum. Vaticano II, *Gaudium et spes*, 26). Esso, dunque, rimanda ad una «fruttuosa coordinazione» tra interessi particolari ed interessi della società nel suo insieme, attraverso «la loro valutazione e comparazione fatta in base ad un'equilibrata gerarchia di valori e, in ultima analisi, ad un'esatta comprensione della dignità e dei diritti della persona» (Giovanni Paolo II, Lett. Enc. *Centesimus annus*, 25, 47). Si vedano, altresì, J. Maritain, *La persona e il bene comune* (1946), trad. it., Brescia, 1976, *passim*; F. Pergolesi, *Orientamenti sociali*, cit., 19. Sul rapporto tra «bene comune» e concetto giuridico di «pubblico interesse», M. Bertolissi, *Il diritto pubblico nella «Centesimus annus»*, cit., 396, che dal confronto tra conferma della connessione e della coerenza tra Dottrina sociale e ragionamento giuridico.

[17] Su questi profili, ancora, M. Bertolissi, *Il diritto pubblico nella «Centesimus annus»*, cit., 389 ss.

[18] «La legislazione umana non riveste il carattere di legge se non nella misura in cui si conforma alla retta ragione; da ciò è evidente che essa trae la sua forza dalla legge eterna»: T. D'aquino, *Summa theologiae*, I-II, 93, 3, ad 2; Giovanni XXIII, Lett. Enc. *Pacem in terris*, 65. In Assemblea costituente questa posizione fu chiaramente espressa da Giorgio La Pira, cfr. V. Falzone-F. Palermo-F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana*, cit., 22 ss.; Segretariato generale della Camera dei Deputati (a cura di), *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, cit., VI, 316 ss.; N. Occhiocupo, *Liberazione e promozione umana*, cit., 30 ss.

non tanto come principio giuridico ed istituzionale, quanto, piuttosto come *virtù civica*, utile allo sforzo di consolidamento nella coscienza popolare del concetto di nazione, composta da cittadini tutti formalmente liberi ed uguali di fronte all'ordinamento [19]. Si trattava, infatti, di una impostazione estranea all'organicismo medievale ed al pluralismo giuridico che ancora permeava l'*Ancient Regime* e che, anzi, puntava al loro definitivo superamento, in direzione di un assetto fondato sul rapporto esclusivo Stato-individuo, nonché su un presupposto egalitario-contrattualista, più congeniale per lo sviluppo delle relazioni di scambio fra soggetti tutti formalmente eguali nello spazio *naturale* del mercato. Tale rinnovata concezione andava alimentata e rafforzata anche attraverso l'utilizzo di codici simbolici e liturgie repubblicane. In questo senso, anche la *fraternité* rappresentava, in certa misura, un'istanza politica volta a rafforzare nei cittadini la consapevolezza del nuovo orizzonte segnato dai principi rivoluzionari.

Nondimeno, il riferimento alla *fratellanza* – accanto alla *libertè* ed alla *egalitè* – ha trovato timido svolgimento nella previsione di veri e propri doveri dei cittadini a partire dalla Costituzione giacobina del 1793, nella quale, infatti, si ritrova l'esortazione «*non fare agli altri quel che non vorresti fosse fatto a te*» (art. 6), e, ancor di più, nella Costituzione del 5 fruttidoro dell'anno III (22 agosto 1795), in cui al primo precetto viene aggiunto l'altro «*fate costantemente agli altri il bene che vorreste riceverne*» (art. 2). In quest'ultimo documento la *sicurezza* dei cittadini viene concepita come «*la risultante del concorso di tutti per assicurare i diritti di ciascuno*» (art. 4) [20]. Tali, sia pure sommari, riferimenti consentono di comprendere come anche per questo filone laico della cultura occidentale post-rivoluzionaria la garanzia della libertà e dell'uguaglianza nei diritti passi, innanzi tutto, dall'autoresponsabilità del singolo, che non deve attendere l'intervento del potere pubblico per lo svolgimento dei nuovi presupposti della convivenza, ma deve «farsi parte diligente e concorrere con il suo contributo a costruire ed alimentare una società migliore» [21].

La proclamazione della *fratellanza*, pertanto, offre lo spunto per la ricostruzione di un ordine giuridico-costituzionale basato sulla «collaborazione attiva e

---

[19] In argomento, M. OZOUF, *Fraternité*, in F. FURET-M. OZOUF, *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, 657 ss.

[20] In argomento, tra la sterminata letteratura, F. RIPERT, *Le regìme démocratique e le droit civil moderne*, Paris, s.d., 131; F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali*, cit., 22 ss., 33; P. BADURA, *Grudplichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *Deutsches Verwaltunsblatt*, 1982, 861 ss.; M. OZOUF, *Fraternité*, in F. FURET-M. OZOUF, *Dizionario critico della rivoluzione francese*, Milano, 1988, 657 ss.; G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 367 ss.; E. EICHENHOFER, *Costituzione e diritto sociale*, in *Dir. pubbl.*, 1997, 460, che della Costituzione giacobina mette in evidenza soprattutto il carattere di «dovere sacro» (art. 21) attribuito all'assistenza pubblica nei confronti dei cittadini bisognosi.

[21] Così, G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 369. Ma si veda anche G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, in *Pol. dir.*, 1991, 47.

sistematica» tra i cittadini [22], piuttosto che sulla contrapposizione o il semplice accostamento delle differenti sfere individuali, sovrastate dalla razionale volontà ordinante dello Stato. In tale prospettiva, si potranno apprezzare interessanti sviluppi sul piano del legame tra il cittadino e la potestà di imperio dello Stato, sino a concepire il dovere di rispettare le leggi e di assolvere degnamente e responsabilmente i ruoli che si assumono nella vita sociale, non più come mera espressione di una soggezione assoluta all'autorità nel senso del razionalismo individualista hobbesiano [23], quanto, piuttosto, come una manifestazione del dovere di cooperazione, scaturente dalla coscienza che il perseguimento di obiettivi minimi di libertà ed eguaglianza per tutti costituisce, insieme, il fondamento di legittimità delle istituzioni politico-costituzionali ed il criterio normativo guida della condotta individuale di ciascuno [24].

Su tali presupposti, anche il fondamento dell'intervento di riequilibrio delle disparità sociali da parte dello Stato, ove non giunga il dovere di spontanea cooperazione, si riconduce alla circostanza che lo scopo dell'unione sociale è il bene comune e – come già osservava il Siéyès – i benefici derivanti dalla vita associata riguardano anche il diritto di tutti i cittadini a godere dei vantaggi che l'associazione può dare [25]. Proprio nel senso indicato, il Preambolo alla Costituzione francese del 1848, riaffermando i valori di «libertà, eguaglianza e fraternità» (art. 4), ricollega esplicitamente il senso della scelta repubblicana e, dunque, il fondamento dell'obbligazione politica dei cittadini [26] all'obiettivo «di marciare più liberamente

---

[22] F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali*, cit., 22. Ma si veda, altresì A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, Milano, 1948, 42, il quale, rilevando il superamento ad opera della nuova Costituzione italiana dell'*individualismo* nel *personalismo*, ritrova l'«accentuazione sociale della vita del singolo» già nella «dimenticata fraternità».

[23] In merito, tra la vastissima letteratura, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, N. BOBBIO, *Introduzione* a T. HOBBES, *Elementi filosofici sul cittadino (De cive)*, Torino, 1994, 9 ss.; H. HOFMANN, *La dottrina classica del contratto sociale e il «neo-contrattualismo»*, in *Fil. pol.*, 1997, 445 ss.

[24] Sottolinea l'intimo collegamento «tra la vita politica e la vita privata in un'armonica attività di bene», come si evince dalla Costituzione giacobina del 1793, F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali*, cit., 33; e ancora, G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 369, evidenzia come nella Costituzione francese del 1795, accanto ai doveri generali «non fare agli altri ciò che non vorresti fosse fatto a te stesso» e «fate costantemente agli altri ciò che vorreste ricevere», si precisa anche che «non è buon cittadino chi non è buon figlio, buon padre, buon fratello, buon coniuge» (art. 4) e «chi non osserva francamente e religiosamente le leggi» (art. 5).

[25] Il pensiero di Siéyès è ripreso da M. MAZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, XII, Roma, 1964, 803.

[26] Sul concetto di «obbligo politico» e sulla sua distinzione dall'«obbligo giuridico», A. PASSERIN D'ENTREVES, *Intorno all'obbligo politico*, in *Riv. fil.*, 1966, 156 ss., che, richiamando il *Critone* di Platone, mostra come l'obbligo del primo tipo si riferisca non all'obbedienza a questa o a quella specifica norma, quanto all'accettazione dell'ordinamento nel suo complesso, a prescindere dalla giustizia o ingiustizia delle sue particolari e concrete manifestazioni, se-

nella via del progresso e della civilizzazione, d'assicurare una ripartizione sempre più equa dei pesi e dei vantaggi della società, d'aumentare il benessere d'ognuno con la riduzione delle spese pubbliche e delle imposte e di far pervenire tutti i cittadini (…) ad un grado più elevato di moralità, di cultura e di benessere» (art. 1)[27].

Ma c'è di più. Se a seguito degli eventi del 1789 il valore della coscienza e dell'autonomia individuale rispetto al corpo politico totale diviene patrimonio incancellabile della filosofia politica e della dogmatica giuridica, ciò rende più pressante la necessità di ritrovare un principio regolatore della coesistenza tra le differenti sfere di libertà dei singoli e le esigenze del benessere generale[28]. È indubbio, infatti, che l'accresciuto peso dei diritti e delle libertà quali attributi della personalità individuale di fronte all'organizzazione politica, comporta una corrispondente svalutazione dei tradizionali momenti dell'identità collettiva[29]. Per converso, più ampio è l'ambito dell'autonomia individuale e più aumenta la complessità della società, la necessità della divisione del lavoro e, dunque, l'interdipendenza reciproca tra le persone.

---

condo un positivo giudizio di valore che implica il rispetto dei «patti stabiliti» a fondamento dell'«intera Città». Analogamente, U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, 132 ss., che identifica l'adesione di fondo all'ordinamento nella «scelta politica».

[27] La progressiva legittimazione delle istituzioni politiche sulla base di obiettivi di benessere generale emerge, del resto, già nelle Carte del XIX sec. In questo senso, la Costituzione spagnola di Cadice del 1812 si riferisce alla «*felicità della nazione*» (art. 13); quella del cantone di San Gallo del 1890 al «*benessere pubblico*» (art. 1); la Costituzione della Repubblica romana del 1849 al «*miglioramento delle condizioni morali e materiali di tutti i cittadini*» (art. 3); così come al «*bene generale*», al «*benessere*» o alla «*felicità*» si rivolgono le Costituzioni di numerosi Stati americani, nonché la stessa *Dichiarazione d'indipendenza* del 1776 (Preambolo) e la Costituzione degli Stati Uniti del 1787 (art 3). Sul punto, ancora, F. PERGOLESI, *Orientamenti sociali*, cit., 33 ss.

[28] Così, F. FERRAROTTI, *Introduzione* a *Comte*, cit., 9. Sempre in una prospettiva sociologica, per un'analisi della problematica dell'»ordine sociale» nella modernità, in seguito al tramonto del mondo medievale, con i suoi presupposti di legittimazione trascendente del potere e i suoi modelli di convivenza su basi organico-solidaristiche, M. CAMPANELLA, *Stato-nazione e ordine sociale. Modelli e paradigmi delle società complesse*, Torino, 1977, *passim*. E ancora, tra gli altri, G. AMBROSINI, *Lo Stato moderno (formazione*, *caratteristiche e sintomi di trasformazione)*, in *Studi in onore di E. Crosa*, Milano, 1960, I, 3 ss.; T. ASTON (a cura di), *Crisi in Europa 1160-1560*, (1965), trad. it. Napoli, 1968; G. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit., 35 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 723; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa*, *declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 2 ss.

[29] Vale in proposito ricordare le parole dello stesso E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro*, cit., 250 s.: «La solidarietà che deriva dalle somiglianze è al suo *maximum* quando la coscienza collettiva ricopre esattamente la nostra coscienza totale, e coincide punto per punto con essa: ma in quel momento la nostra individualità è scomparsa. Essa può nascere soltanto se la comunità lascia in noi un certo margine (…) Nelle società in cui questa solidarietà (n.d.r.: «meccanica») è molto sviluppata, l'individuo non appartiene a se stesso (…) esso è letteralmente una cosa di cui la società dispone. Perciò in questi tipi sociali i diritti personali non sono ancora distinti dai diritti reali».

Da tali presupposti muove, dunque, l'elaborazione di un diverso profilo del principio di solidarietà, che viene definita «organica» perché si estrinseca nelle forme di un coordinamento necessario tra le parti e il tutto, consentendo l'esplicazione dell'autonomia individuale nella cornice dello sviluppo complessivo [30]. La riflessione del positivismo sociologico trova la sua traduzione sul piano giuridico tra il XIX e il XX secolo [31] per opera della dottrina francese, che muove dalla considerazione della società umana, non come un aggregato disorganico tra singoli individui, bensì come un'associazione di soggetti reciprocamente obbligati ad un'opera e ad uno scopo comune, secondo un vincolo giuridico caratteristico di tutti i rapporti di diritto pubblico ed assimilabile, con gli schemi della dogmatica civilistica, al «quasi-contratto» [32]. Il vincolo istituzionale è sviluppato, pertanto, nei termini di un «contratto di giustizia sociale» [33], in quanto la legge positiva, tenendo conto della sussistenza di una generale e reciproca obbligazione solidaristica, dovrà distribuire equamente i vantaggi e gli oneri dell'associazione politica [34].

Su questa scorta è stata, allora, possibile una rivisitazione delle tradizionali categorie dogmatiche del diritto pubblico sulla base dell'osservazione del dato positivo della convivenza, sì da ricostruire l'edificio costituzionale movendo dalla fondamentale regola di diritto costituita dalla solidarietà sociale [35]. Dai dogmi individualisti della *sovranità* e del *diritto soggettivo*, esprimenti la medesima libertà incondizionata, la «signoria della volontà» entro gli ambiti rispettivi del dominio giuridico e della sfera privata, si giunge ad una dimensione oggettiva del «diritto sociale», intorno ai concetti di «funzione» e «servizio pubblico», che, contraddistinti, per così dire, da una causa interna coincidente con la solidarietà sociale [36], si pongono quali strumenti di mantenimento della convivenza e dell'interdipendenza che è posta alle radici di ogni potere pubblico. Ne consegue, dunque, che

---

[30] Cfr., ancora, E. DURKHEIM, *La divisione del lavoro*, cit., 251; F. FERRAROTTI, *Introduzione*, cit., 11; G. SARPELLON, *Solidarietà*, cit., 848.

[31] Cfr., L. BOURGEOIS, *La solidaritè*, Paris 1902, *passim*; A. GROPPALI, *La concezione solidaristica del Bourgeois e la teoria del quasi contratto*, in *Questioni filosofiche*, 1908, 193 ss.; G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 370.

[32] G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 370. Ma contro l'assimilabilità del «quasi-contratto» privato al «quasi-contratto» sociale, che costituisce il fondamento della teoria giuridica solidaristica di Bourgeois, già, A. GROPPALI, *La concezione solidaristica*, cit., 193 ss., soprattutto in ragione della indeterminabilità soggettiva ed oggettiva dell'obbligazione del secondo.

[33] Così, A. GROPPALI, *La concezione solidaristica*, cit., 193.

[34] G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 370.

[35] Cfr. L. DUGUIT, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris 1908; ID., *Droit constitutionnel*, Paris 1923. Sul pensiero di Duguit, M. CUNIBERTI, *Il «diritto sociale» nel pensiero di Leòn Duguit*, in *Jus*, 1995, 329 ss.

[36] Sul punto, ancora, M. CUNIBERTI, *Il «diritto sociale» nel pensiero di Leòn Duguit*, cit., 337 ss.

l'autorità statale risulta limitata dalla solidarietà, ancor prima che dai tradizionali principi organizzatori di «separazione dei poteri» e di «legalità».

Ai fini che riguardano l'indagine sulla consistenza del valore della solidarietà, gli accenni riferiti, a prescindere dal loro svolgimento sul piano degli assetti politico-costituzionali, consentono già di rilevare che le dottrine laico-democratiche e socialiste dell'Europa continentale post-rivoluzionaria, pur movendo da un retroterra di matrice individualista, che indubbiamente affondava le radici nella Rivoluzione francese e nella polemica verso le rigidità sociali dell'*Ancient Regime*, non condussero mai a quell'assolutizzazione del valore della libertà dell'individuo considerato atomisticamente, che sarà, invece, esito proprio di altri modelli culturali.

In esse, al contrario, è dato rinvenire le tracce di una tensione costante – pur nella diversità delle vicende storiche e nell'incertezza degli esiti pratici – verso la sempre complessa armonizzazione del trinomio rivoluzionario, affiancando *Liberté* ed *Egalité*, attraverso la mediazione della *Fraternité*. La *virtù civica* della *fratellanza*, infatti, si riallaccia ai legami sociali di ciascun cittadino, distinguendolo dall'individuo isolato ed astratto e qualificandolo come centro di imputazione, insieme, di diritti fondamentali e di doveri sociali, posti in funzione del perseguimento dell'eguale libertà per tutti i partecipanti al *contratto* di associazione politica [37].

4. L'individualismo liberale quale ostacolo al percorso di positivizzazione del valore solidarista

Definiti i contenuti essenziali dell'istanza solidarista nei filoni culturali in varia misura rintracciabili tra le forze costituenti, occorre evidenziare come il presupposto per la positivizzazione della solidarietà sia stato il superamento di quella tradizione individualista, che probabilmente è all'origine dell'accennata sottovalutazione della *fraternità* rispetto alla *libertà* e all'*eguaglianza*, vale a dire agli altri due elementi del trinomio rivoluzionario dell'Ottantanove.

Si può osservare, al riguardo, come le dottrine politiche che, a partire dal Rinascimento, sono state protagoniste della storia dell'Occidente, abbiano oscillato tra due opposti paradigmi sinteticamente riconducibili ai due grandi filoni di filosofia politica e di teoria giuridica dell'individualismo e dello statualismo. A ben vedere, entrambe le impostazioni prendevano le mosse dalla rottura dell'ordine obiettivo aristotelico-tomista [38], e sono giunte ad una medesima dicotomia

---

[37] In argomento, M. Mazziotti Di Celso, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, in *Arch. giur. F. Serafini*, 1954, CXLVII, 51 ss.; U. Allegretti, *I principi della Rivoluzione nella dialettica della modernità*, cit., 64 ss.

[38] Al riguardo, U. Allegretti, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, 35 ss.

tra la «libertà naturale», come capacità di espansione di un individuo isolato e concepito in un dimensione naturalistica astratta [39], e la «libertà giuridica», intesa quale complesso di facoltà derivanti al suddito-cittadino dall'ordinamento giuridico. Si è trattato, pertanto, di percorsi divaricati, ma paralleli e, dunque, coincidenti in un comune orizzonte.

Tale premessa vale a spiegare la necessità di intrecciare il ragionamento in ordine al principio di solidarietà con il presupposto antropologico intorno a cui le forze costituenti hanno inteso tessere l'ordito costituzionale, rimarcando, preliminarmente, la concorde volontà di superare quell'ottica individualista che, riferendosi al soggetto astratto, «universo autoreferente» ed arbitro assoluto del proprio destino, ancora nella concezione di Vittorio Emanuele Orlando rappresentava la «monade costitutiva» dello Stato moderno [40].

La notazione orlandiana ben si presta a segnare la tappa d'avvio del percorso che dall'individualismo ha condotto alla nuova visione personalista assunta dalla nostra Costituzione, in quanto rimanda alle atmosfere in cui maturò l'elaborazione del moderno concetto di Stato e delle sue categorie dogmatiche più pregnanti, per seguirne sinteticamente gli sviluppi fino agli approdi più recenti, anche in relazione alle trasformazioni dei metodi di cognizione del complessivo fenomeno giuridico.

Come è stato osservato, fino alle novità epocali del Rinascimento europeo «il grado di ragionevolezza della vita umana dipendeva dalla misura in cui essa si armonizzava con la totalità; e la struttura di questa – non solo l'uomo e i suoi fini – doveva rappresentare la pietra di paragone per saggiare la ragionevolezza dei pensieri e delle azioni individuali» [41]. La nuova visione del mondo, invece, assun-

---

[39] Sul paradigma della libertà naturale dell'individuo astratto, come presupposto invariante delle teorie politiche e giuridiche del liberalismo anglossassone e di quello statalista europeo continentale, ancora, A. BALDASSARRE, *Libertà* (1990), ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 233 ss.

[40] V.E. ORLANDO, *Del fondamento giuridico della rappresentanza politica*, ora in *Diritto pubblico generale*, Milano, 1954, 422. Sul punto anche E. MOUNIER, *Il personalismo*, cit., 22 ss., 48; S. COTTA, *Persona (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 162; N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana*, cit., 17; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit., 39, che osserva come l'impostazione individualistica non implicasse assenza di relazioni interindividuali, ma «inclusione» delle stesse nell'universo autocentrato dell'individuo, «come sua propaggine, effusione del singolo nel mondo e nella società»; J. HABERMAS, *Solidarietà tra estranei*, cit., 28 s., per il quale «il paradigma liberale faceva ancora affidamento su un certo isolamento degli individui tra loro. Essi dovevano potersi tenere tra loro a una certa distanza, in maniera tale da non doversi ostacolare né «disturbare» l'un l'altro nella realizzazione delle personali concezioni del bene»; di recente, mette bene in evidenza i caratteri dell'indicata prospettiva individualista, anche F. PIZZOLATO, *Finalizzazione dei diritti e revisione della Costituzione*, in *Jus*, 1998, 611 ss.

[41] Così M. HORKHEIMER, *Eclipse of reason*, New York 1947, trad. it. *Eclisse della ragione*, Torino, 1969; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit., 37; P. BARCELLONA, *L'individuo sociale*, Genova, 1996, *passim*; H. HOFMANN, *La dottrina classica del contratto sociale e il «neo-contrattualismo»*, cit., 445 ss.

se come parametro dell'agire dell'individuo la razionalità dei mezzi rispetto ai fini soggettivi, determinati nel foro interiore, indipendentemente da ogni condizionamento relazionale [42]. Di qui, dunque, l'immagine di un individuo autosufficiente, il quale, lasciato libero secondo il modello autocausale dell'universo naturalistico astratto, sarebbe stato di per sé in grado di realizzare tanto la sua vocazione morale, quanto le sue esigenze materiali.

In questi termini, il paradigma interpretativo dei rapporti interindividuali, veniva a connotarsi in senso esclusivamente formale, quale punto di tangenza delle differenti sfere soggettive, non spontaneamente ricomponibili sulla base di un senso materiale di solidarietà [43]. L'accennato schema antropologico si può, dunque, riconoscere quale presupposto comune a tutte le visioni politiche di impronta liberale, sebbene il medesimo nucleo teorico abbia prodotto esiti diversificati in ordine all'assetto giuridico del rapporto autorità-libertà, intrecciandosi e reagendo con le diverse tradizioni storico-culturali del mondo anglosassone e dell'Europa continentale [44].

Se nel primo caso, infatti, il concetto di libertà naturale è legato saldamente alle teorie indeterministiche, stando alle quali l'individuo è libero nel momento in cui si trova nella condizione di «indipendenza assoluta» o di «assenza di qualsivoglia impedimento o costrizione» [45]; nel secondo caso, lo stesso concetto si è intrecciato – talvolta alternandosi, altre volte sovrapponendosi – con opposte visioni, per le quali la libertà sarebbe coincisa con la «consapevole adesione dell'individuo all'ordine e al destino della totalità in cui si identifica o a cui appartiene o «partecipa» (Natura, Divinità, Stato, Popolo, Nazione, Razza, Classe sociale, ecc.)» [46].

---

[42] Ciò, con tutta evidenza, non implicava assenza di relazioni interindividuali, ma «inclusione» delle stesse nell'universo autocentrato dell'individuo «come sua propaggine, effusione del singolo nel mondo e nella società»: U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit., 39.

[43] Cfr. M. WEBER, *Economia e società* (1922), trad. it., Milano, 1961, v. I, p. I, c. I, 3, secondo il quale il contenuto della relazione può essere il più diverso: lotta, inimicizia, amore sessuale, amicizia, reverenza, scambio di mercato, 'adempimento', 'elusione' o 'rottura' di una stipulazione, 'concorrenza' economica o erotica o di altro genere, comunità di ceto, di nazione o di classe, ma, in sé, «il concetto di relazione sociale non asserisce nulla in merito alla sussistenza, o meno, di una 'solidarietà' tra gli individui che agiscono». A questa ricostruzione, U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale*, cit., 39, 43 ss. oppone una visione materiale della relazione sociale, come «solidarietà tra gli individui che agiscono, di inclusione nell'agire dell'uno di una considerazione positiva degli interessi dell'altro».

[44] Per un quadro d'insieme, comunque, G. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), Bari, 1995, *passim*; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., *passim*; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., 29 s., il quale mette in evidenza come in una prospettiva pluralista «l'individualismo e lo statalismo sono due facce della stessa medaglia, due concezioni che, seppure da punti di vista diversi, tendono ad emarginare, fino ad eliminare, le formazioni sociali che si pongono in posizione intermedia rispetto ai poli estremi dell'individuo e dello stato».

[45] A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 226 s.

[46] A. BALDASSARRE, *op. loc. ult. cit.*

Sul piano istituzionale, tuttavia, l'esito ultimo delle due accennate impostazioni appare convergente, almeno nella predominanza di un comune sfondo teorico, nel quale ad una astratta libertà naturale, intesa come potere della volontà incondizionata di un uomo slegato dalla concretezza delle relazioni sociali [47], si sovrappone, secondo un rapporto di «tensione irrisolta» [48], la fenomenologia del diritto statale; ovvero, nello specifico caso continentale, la sovranità dello Stato-persona, legittimato sulla base della necessità di tradurre sul piano giuridico le categorie ontologiche dell'universo naturalistico [49].

Nel contesto sinteticamente richiamato maturano, dunque, le ormai classiche opposizioni categoriali tra *libertà* e *autorità*, tra *società civile* e *società politica*, tra *economia* e *diritto* cui sembra ricondursi quel contrasto, sempre immanente in tutte le declinazioni della formula politica liberale, fra l'elevatezza dei principi affermati nelle dichiarazioni costituzionali con riferimento all'individuo astratto e la povertà delle libertà assicurate all'uomo concreto ad opera dai successivi svolgimenti legislativi [50]. Del resto, le endiadi appena richiamate sembrano tutte risalire a quel luogo classico della filosofia politica moderna, stando al quale l'uomo sarebbe entrato in società per la migliore tutela dei suoi diritti e avrebbe conferito al potere pubblico quella quota di *libertà naturale* necessaria alla causa del contratto sociale e, dunque, all'instaurazione del *governo civile*. Proprio il superamento dell'indicata prospettiva sembra, allora, il punto da cui muovere al fine di apprezzare la successiva evoluzione del rapporto tra libertà e autorità, in direzione di un assetto che presenti le condizioni per l'assegnazione di un rilievo, anche sul piano giuridico, all'istanza solidarista.

L'accennata antinomia tra libertà naturale e autorità – denominatore comune di tutte le versioni dello Stato liberale di diritto – si attenua progressivamente con l'evoluzione dello Stato legislativo ottocentesco in direzione dello Stato costituzionale contemporaneo. In proposito, si può riconoscere che il processo di avvi-

---

[47] E, infatti, in entrambe le impostazioni il principio base dell'ordine naturale coincide con il *principio di causalità*, inteso ora dal punto di vista dell'individuo, che si muove in analogia al movimento autocausale della natura; ora nella prospettiva della totalità, nella cui dinamica causale solo può realizzarsi l'essenza piena dell'individuo cosciente dell'universo naturalistico: A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 227.

[48] Ancora, A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 233, che sottolinea la contraddizione insanabile dello Stato liberale stretto tra la concezione astratta e naturalistica della libertà intesa come «autocausalità incondizionata» e la relativa traduzione giuridico-concreta, possibile solo «nella misura in cui l'ordinamento ne regola o, quantomeno, ne delimita gli svolgimenti».

[49] In argomento, diffusamente, A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 225 ss.

[50] In questi termini, A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 233, che rammenta, appunto, come le diverse teorie in cui si è storicamente manifestato il pensiero liberale siano tutte caratterizzate da un'opposizione sistemica, ora, nel giusnaturalismo, tra stato naturale e stato civile, ora, nell'utilitarismo, tra interesse individuale e interesse generale, ovvero, ancora, tra essenza ed esistenza nell'idealismo, tutte esprimenti comunque la medesima tensione astratto-concreto propria anche del rapporto tra Dichiarazioni costituzionali dei diritti e legge (*ivi*, 249 ss.)

cendamento tra le due concezioni muove proprio dalla emersione, in sede politica, delle istanze degli strati sociali concretamente esclusi dalla distribuzione di quelle opportunità, insite solo astrattamente nella sfera di non interferenza che lo Stato liberale assicurava formalmente a tutti. Su questa base, allora, dalla formale garanzia dei diritti civili si giunge alla garanzia sostanziale della libertà sociale, passando per l'affermazione generalizzata dei diritti di partecipazione politica.

5. *Segue*. Il metodo normativista e la qualificazione giuridica della realtà

Prima di giungere alla fine del percorso appena prefigurato occorre rammentare come una fondamentale tappa intermedia del medesimo sia stata rappresentata dal pensiero di Hans Kelsen, che, pur mantenendosi entro gli schemi del formalismo giuridico [51], pose le premesse metodologiche per il passaggio da una concezione legale-procedimentale della democrazia a quella ricostruzione formale-materiale della stessa, elaborata dalla dottrina successiva, in relazione allo Stato costituzionale democratico-pluralista [52]. Il contributo kelseniano, in particolare, consente di superare quel concetto di libertà naturale che aveva rappresentato il presupposto dei modelli istituzionali dell'individualismo liberale, nelle due opposte versioni atomista-anglossassone e statualista-continetale.

Nel pensiero di Kelsen si sottolinea il contrasto tra i «due istinti primordiali dell'essere sociale», ovvero tra l'insofferenza innata di ciascuno di fronte alla costrizione della volontà che si esprime nel comando proveniente da chi è percepito come eguale, e la consapevolezza che se si vuole veramente essere uguali bisogna pur lasciarsi comandare [53]. Secondo la prospettiva del Maestro della scuola di Vienna, la conciliazione tra la libertà e l'autorità può essere, dunque, realizzata soltanto sostituendo alla legalità naturale quella legalità politica e sociale, nel cui ambito il comando viene normativamente imputato alla volontà dei suoi stessi destinatari, nei termini di una «auto-obbligazione» [54]. Ne consegue che il cittadi-

---

[51] Com'è noto, infatti, il Maestro della Scuola di Vienna sul presupposto della relatività di ogni valore (cfr., H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it., Torino, 1990, 79 ss.), sostituisce al formalismo statualista di impronta autoritaria un nuovo formalismo democratico che, assegnando al diritto la funzione di tecnica sociale o di metodo, vale ad assicurare «a qualsiasi parte sociale, a qualsiasi interesse e a qualsiasi valore la possibilità di divenire dominanti»: A. Baldassarre, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 651.

[52] Il ruolo della costruzione kelseniana come ponte, per così dire, tra Stato di diritto legislativo e Stato di diritto costituzionale è puntualmente delineato da A. Baldassarre, *Libertà*, cit., 230 ss.; Id., *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 649 ss.; nonché, di recente, da L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 172 ss.

[53] Cfr. H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., 45 ss.

[54] H. Kelsen, *op. cit.*, 46 s. Ciò evidentemente non esclude che nella realtà della pratica so-

no non è da considerarsi libero quando può agire in assenza di qualsiasi condizionamento esterno, bensì quando può orientare i propri comportamenti sulla base della legalità sociale che lui stesso contribuisce a fondare attraverso la partecipazione politica [55]. L'ordine giuridico, come ordine differenziato dalla natura, costituisce, dunque, il parametro normativo del comportamento umano, che pertanto diviene giuridicamente conoscibile solo attraverso la griglia interpretativa rappresentata dal sistema della legalità positiva [56].

Dalla diversità tra ordinamento naturale e ordinamento sociale discende anche la necessità di commutare gli schemi logico-esplicativi dell'universo naturalistico con quelli strettamente giuridici [57]. Su questa linea, in primo luogo, si rico-

---

ciale operi non tanto il principio d'unanimità, ristretto al momento ipotetico di fondazione della legalità politica, quanto piuttosto il principio di maggioranza che meglio realizza «l'approssimazione relativamente maggiore all'idea di libertà», in quanto «se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi» (*ivi*, 50 ss.)

[55] H. KELSEN, *I fondamenti della democrazia* (1955-56), ora in ID., *La democrazia*, cit., 227 s.; analogamente, J. HABERMAS, *Solidarietà tra estranei*, cit., 143, per il quale «Lo Stato di diritto implica democrazia, giacché come destinatari delle norme giuridiche noi dobbiamo, nello stesso tempo, anche potercene considerare coautori».

[56] H. KELSEN, *op. ult. cit.*, 228, il quale, appunto, sottolinea che «il valore soggettivo costituito dalla norma è contrario alla realtà oggettiva costituita dalla legge di causalità come categoria di conoscenza razionale».

[57] V. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., 93 ss., che precisa come il criterio differenziale tra la scienza giuridica, come scienza normativa, e le scienze naturali risiede nella circostanza secondo cui mentre queste ultime mirano alla «conoscenza di eventi concreti sulla base del principio di causalità» (*Seinsordnung*), la prima è volta alla «conoscenza e alla descrizione delle norme giuridiche e dei rapporti posti in essere da queste norme tra i fatti da esse regolati» (*Sollensordnung*), per cui deve descrivere il suo oggetto secondo un principio diverso da quello di causalità o, almeno, deve integrarlo con un altro principio che sia idoneo a fermare la catena causale. Infatti, se l'ordinamento giuridico è volto alla regolazione e all'orientamento dei comportamenti umani sulla base della qualificazione normativa della realtà e della conseguente comminazione di *premi* e *sanzioni*, è necessario allo scopo fermare la catena causale al livello del comportamento, sicché l'uomo, proprio sulla base della consapevolezza che anche la sua volontà e causalmente determinabile, possa divenire il termine finale dell'imputazione giuridica (*Zurechnung*), quale condizione necessaria della eventuale correzione coercitiva. In altre parole, è proprio il principio di imputazione che consente di circoscrivere l'osservazione della catena causale ad atti volitivi e, dunque, razionali, a cui si collegano tanto la particolare qualificazione della realtà operata dall'ordinamento giuridico, quanto il comportamento umano. Analogamente, L.L. FULLER, *La moralità del diritto* (1965), trad. it. Milano, 1986, 210 ss., riportando l'opinione di chi (specificamente, B.F. SKINNER, *Science and Human Behavior*, 1953, 6 ss.) pretende di estendere indiscriminatamente il metodo scientifico fondato sul determinismo causale per lo studio «delle cose umane», rileva che perdendo di vista l'uomo come centro responsabile d'azione, dunque, come punto finale dell'imputazione giuridica, tutti i problemi giuridici diverrebbero irresolubili, in ragione dell'impossibilità di ricorrere ai principi della *colpa* e dell'*intenzione* che permeano l'intero corpo delle leggi (*ivi*, part. 216 s.) Sul punto si vedano, altresì, L. BAGOLINI, *Responsabilità e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 596 ss., nonché la bibliografia *ivi* richiamata; A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 320 ss.; L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 172 ss.

nosce che «se il comportamento dell'uomo (…) non fosse determinabile da cause precise, sarebbe privo di significato un ordinamento normativo che lo regolasse prevedendo punizioni e premi, e stabilendo perciò la sua responsabilità» [58]. Ne deriva che il punto di frattura tra lo Stato ottocentesco e le successive esperienze giuridico-costituzionali si percepisce, innanzi tutto, sul piano antropologico, nella misura in cui con l'affermazione del principio di imputazione, quale criterio euristico del sistema della legalità politico-sociale e della libertà giuridica, all'essere individuale del mondo naturalistico si sovrappone concettualmente l'essere sociale responsabile del mondo giuridico [59]. Pertanto, mentre nell'ottica dell'ordinamento naturale l'essere soggetti al condizionamento altrui implica negazione della libertà (*negativa*), all'opposto, nell'orizzonte della legalità politico-sociale, «l'uomo è libero in quanto responsabile» ed è responsabile in quanto l'ordinamento giuridico-sociale, presupponendo la determinabilità causale della volontà umana, può attribuire significato normativo della trama di fatti e rapporti che si realizzano al suo interno.

In altre parole, l'accoglimento del principio di imputazione implica che già nell'ambito della *dottrina pura del diritto* – pur metodologicamente indifferente alla diretta considerazione dei valori etici, rifiutandosi di fornire una valutazione del diritto positivo in termini di giustizia, ovvero di razionalità assiologicamente orientata [60] – l'uomo è comunque considerato come protagonista dell'ordinamento, sicché appare recedere la distinzione in base alla quale la sua personalità risultava dimezzata tra il «cittadino», sovrano entro la sua sfera di libertà *negativa*, e il «suddito», sottoposto alla volontà dello Stato nell'ambito dei rapporti politico-sociali [61], sullo sfondo della più generale separazione tra società politica e società civile.

6. *Segue*. La teoria dei valori e la qualificazione assiologica della libertà giuridica

La nuova percezione del concetto di libertà – non più naturale spazio di non interferenza, ma libertà di agire responsabilmente nell'ambito dell'ordinamento

---

[58] Così, H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia*, cit., 230.

[59] In proposito, L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., 210 s., osserva che se «la morale giuridica può dirsi neutrale circa una vasta serie di questioni etiche (…) essa non può essere neutrale circa la concezione dell'uomo stesso», in quanto «intraprendere l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo di norme, necessariamente implica l'adesione alla visione secondo cui l'uomo è, o può divenire, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire le norme, e di rispondere delle sue mancanze».

[60] Cfr. H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., 128.

[61] L'accennata separazione, tipica della visione individualistica della persona, è messa in evidenza da A. Baldassarre, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, cit., 66.

giuridico – offre i presupposti per la comprensione dei successivi sviluppi costituzionali, che valgono a superare le contraddizioni ancora presenti nel modello formalista kelseniano. Ci si riferisce, in particolare, all'approdo costituito dalla positivizzazione, nelle costituzioni di valori del secondo dopoguerra, delle aspirazioni alla giustizia sociale e alla solidarietà, affiorate già durante la Rivoluzione francese, sebbene limitatamente ai piani dell'etica e della politica [62].

Sembra potersi riconoscere che almeno due sono le ragioni che hanno concorso a produrre il risultato accennato, riannodandosi l'una ad uno sviluppo logico del formalismo democratico, l'altra ad un salto di qualità imposto dalla forza normativa degli accadimenti storici, per cui – secondo un'efficace espressione di Antonio Baldassarre – gli stessi hanno indotto la dottrina a «*riprendere Kelsen*» per «*rovesciare Kelsen*» [63].

Va intanto considerato che l'accoglimento della concezione della democrazia come *metodo* – a cui, come sottolineato, si può ascrivere il merito di aver risolto sul piano normativo l'antinomia tra libertà e autorità – implica logicamente il sorgere di un'ulteriore tensione, connessa all'esigenza di accostare l'eguaglianza sostanziale al principio di libertà nella fondazione di ogni costituzione che intenda corrispondere agli schemi di una democrazia realmente pluralista, anziché tale solo dal punto di vista formale. Infatti, se la democrazia non può fare a meno della libertà, allo stesso modo essa non può essere declinata a prescindere dalla garanzia di un minimo di eguaglianza materiale, nella misura in cui «senza l'eguaglianza, l'universalità del suffragio, che della democrazia è presupposto logico e storico, verrebbe a mancare» [64].

Su queste basi, per un verso, si realizza lo sradicamento dell'antico pregiudi-

---

[62] Su punto, ampiamente, G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 90 ss., il quale si riallaccia al processo di emersione della razionalità del mondo moderno che movendo dalla filosofia morale, attraverso i contributi politici liberali, democratici e socialisti, è giunto all'elaborazione giuridica di un sistema di «pretese moralmente giustificate», cui si riallaccia la legittimazione degli assetti politico-organizzativi. In quest'ottica si può ritenere che le pretese moralmente giustificate siano, altresì, *giustificanti* le strutture della convivenza, nella misura in cui esse sono generalizzabili dal punto di vista dei contenuti, sicché attraverso le idee di libertà ed eguaglianza, «con i caratteri apportati da concetti come solidarietà e sicurezza giuridica», sono poste le condizioni per lo svolgimento della vocazione morale di ciascuna persona.

[63] Nei termini riferiti, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 653.

[64] Così, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Scritti in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, II, 105; ma si vedano pure C. MORTATI, *La persona, lo Stato, le comunità intermendie*, Torino, 1959, 31; R. DAHRENDORF, *Il conflitto sociale nella modernità*, Bari, 1989, 44 ss., che mette in luce lo scarso significato della concessione del diritto elettorale ai neri degli Stati del Sud in America, di fronte alla carenza delle politiche di inclusione sociale; R. DAHL, *La democrazia e i suoi critici*, Roma, 1990, 494, il quale retoricamente si interroga: «Se il reddito, la ricchezza e la posizione economica sono anche risorse politiche, e se esse non sono distribuite equamente, come possono essere i cittadini politicamente uguali? E se i cittadini non sono politicamente uguali come può esistere la democrazia?».

zio liberale, secondo cui solo la parte più colta e interessata del popolo sarebbe stata in grado di interpretare le esigenze della Nazione [65]. Per altro verso, assumono pieno rilievo giuridico i problemi connessi all'individuazione della *giusta* misura della libertà per tutti, in relazione al nesso inscindibile tra il concetto di *libertà* e quello di *liberazione* dal bisogno [66], che già – anche a prescindere dalla acquisizione nella sfera del diritto di un fondamento etico come motore della tendenziale generalizzazione della prima – costituisce il riflesso dell'esigenza giuridico-costituzionale di ogni ordinamento democratico di assicurare «l'ottenimento di un elettorato tutto egualmente libero e consapevole» [67].

D'altra parte, un'analoga e convergente tendenza verso la giuridicizzazione delle aspirazioni di giustizia e solidarietà gioca anche su un piano differente rispetto a quello da ultimo considerato. Assume rilievo determinante, infatti, la circostanza stando alla quale gli stravolgimenti del secondo conflitto mondiale costituirono le premesse per il superamento, anche nell'Europa continentale, del precedente *pactum subiectionis*, che, movendo dalle origini risalenti al presupposto formalista hobbesiano, era giunto sin quasi alla metà del Novecento, reggendosi sulle varianti teoriche del potere sovrano [68], quale categoria dogmatica neutra rispetto a qualsiasi opzione materiale.

Su questa scia, dunque, si può dar conto della precipua caratteristica del costituzionalismo continentale del dopoguerra, consistente nell'acquisizione, tra i parametri di validità dell'ordinamento giuridico, di una dimensione di legittimità assiologicamente orientata accanto al piano formale della stretta legalità [69], entro

---

[65] Al riguardo, F. DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo*, cit., 384 ss.; 402 s.; ma anche G. GUARINO, *Lo scioglimento delle Assemblee parlamentari*, cit., 12 s.; nonché, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 108, il quale osserva che «il presupposto teorico della limitazione del suffragio (…) era infatti l'asimmetria tra le varie volontà politiche: libere e consapevoli quelle dei ricchi e colti, condizionate e non meditate quelle dei poveri ed ignoranti».

[66] Sul concetto di *liberazione* insiste particolarmente A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Principi fondamentali. Commentario della Costituzione*, Bari-Roma, 1975, 70 ss.; nonché, N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana nella Costituzione*, Milano, 1984, 68 ss.

[67] Così, ancora, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., 108.

[68] Sull'evoluzione delle teorie della sovranità a partire dal crollo dell'ordine tradizionale nell'ambito della *Respublica christiana*, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, cit., 4 ss., nonché la bibliografia *ivi* richiamata. La letteratura sull'assetto del dominio politico nel passaggio dall'Evo di mezzo a quello moderno è sterminata; per un primo approfondimento, M. GALIZIA, *La teoria della sovranità dal Medioevo alla Rivoluzione francese*, cit.; G. AMBROSINI, *Lo Stato moderno*, cit., 3 ss.; G. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, cit., 35 ss.; E. CORTESE, *Sovranità (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 218 ss.; M. FIORAVANTI, *Stato (storia)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 723.

[69] Fondamentale al riguardo, R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto* (1992), trad. it., Torino, 1997, con *Introduzione* di G. Zagrebelsky. Sulla radice etica della dell'ordinamento costituzionale si è ampiamente soffermato A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana*,

cui, invece, rimanevano circoscritte le dinamiche ordinamentali dello Stato di diritto ottocentesco [70].

L'affermazione dei diritti e la petizione dei doveri proprie delle Carte costituzionali democratico-pluraliste vanno perciò intese, innanzi tutto, quali indicatori della trasposizione nel mondo del diritto dei valori prescelti come basi dell'ordinamento politico della comunità, dunque, della forma di stato, sicché, operando secondo la precipua configurazione scaturente dal contatto con la tradizione culturale di ciascun popolo [71], essi valgono ad affiancare, nella qualificazione giuridica dei fatti e degli atti rilevanti per l'ordinamento, il parametro assiologico-sostanziale a quello formale-procedimentale.

Al termine del lungo percorso qui solo accennato preme, allora, evidenziare – tra le molteplici novità dal medesimo apportate alla rappresentazione giuridica della convivenza organizzata – il riflesso che più direttamente avrà refluenze sul tema oggetto della presente trattazione; vale a dire, il superamento delle coppie oppositive che avevano contraddistinto pregressi assetti politico-giuridici, tutti, comunque, costruiti intorno ai presupposti filosofici dell'individualismo moderno e, in quanto tali, incompatibili con la piena assunzione giuridica del valore della solidarietà. In questa direzione, tanto la netta contrapposizione tra libertà (naturale) e autorità, quanto quella, non meno radicale, tra società civile e società politica vengono risolte nella nuova considerazione sociale della libertà giuridica, grazie alla quale i comportamenti individuali ricevono qualificazione e assumono significato normativo, non più (soltanto) in relazione alla loro sussunzione nelle sequenze formali-procedimentali dell'ordinamento giuridico statale, ma piuttosto, secondo un sistema a «doppia legalità» (formale-sostanziale), anche sulla base della loro compatibilità/incompatibilità rispetto alla griglia dei valori costituzionali [72].

Ora, proprio il superamento dell'incomunicabilità tra l'universo naturalistico della sfera privata e quello artificiale della sfera pubblica, storicamente tradottosi nella tensione costante tra interesse individuale e interesse generale, tra libertà e autorità, sembra porsi quale presupposto teoretico necessario per l'inveramento di un valore come la solidarietà, che – anticipando quanto si cercherà di mostrare più dettagliatamente nel prosieguo della ricerca –, nonostante la positivizzazione realizzata nel testo della Costituzione, resta pur sempre ed inevitabilmente dislocato tra le dimensioni dell'etica individuale e quelle collettive della

---

teoria della Costituzione (note minime a margine di un convegno), in Atti del convegno del Gruppo di Pisa su *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi.* Acqui Terme-Alessandria, 9-10 giugno 2006, 5 del *paper.*

[70] Sul passaggio dal formalismo giuridico della *Rechtsstaatslehre* dello Stato democratico-sociale, A. BALDASSARRE, *Costituzione e teoria dei valori*, cit., 639 ss.; nonché G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, 41 ss., ma *passim.*

[71] Questo aspetto è particolarmente sottolineato da E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, cit., 27 ss., ma *passim.*

[72] A. BALDASSARRE, *Libertà*, cit., 287; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., 127 ss.

politica e del diritto [73], sì da strutturarsi come vero e proprio ponte tra i due mondi, considerati a lungo strutturalmente antagonisti [74].

In buona sostanza, se questo carattere, per così dire, *anfibio* della solidarietà – perché, appunto, da intendersi come istanza, insieme, politico-giuridica e sociale-comunitaria – dovesse trovare riscontro, tanto nei presupposti storico-culturali propri della costituzione materiale [75], quanto tra disposizioni della Carta costituzionale, si dovrebbe trarre la conclusione che qualsiasi svolgimento che risultasse appiattito nell'una o nell'altra direzione varrebbe a snaturare la più intima essenza solidarista dell'ordinamento repubblicano, sì da dover essere superato nell'ottica di quel generale processo di attuazione della Costituzione, che è affidato non solo agli apparati pubblici, ma, ancor prima, alla coscienza civica rispetto ai valori che reggono il legame comunitario.

7. Il riconoscimento costituzionale del valore personalista come presupposto della vocazione solidale e sussidiaria dell'ordinamento

Sulla base di quanto sin qui osservato, è, dunque, possibile passare alla considerazione delle implicazioni che derivano sull'assetto dei rapporti tra autorità e libertà in forza del riconoscimento costituzionale del principio solidarista.

Nel senso indicato, sembra opportuno muovere dalla disposizione dell'art. 2 Cost., che stabilisce il fondamento di legittimazione dell'ordinamento repubblicano prefigurando un assetto di rapporti inteso a garantire le libertà attraverso l'assunzione, in forma individuale e collettiva, di connesse responsabilità sul piano politico, sociale ed economico.

Al riguardo, occorre avvertire come non appaia pienamente condivisibile la tesi – pur sostenuta da dottrina autorevole – stando alla quale già nella formula dell'art. 2 Cost., i diritti inviolabili assumerebbero un maggiore rilievo rispetto ai doveri inderogabili [76]. Secondo tale opinione, il maggior pregio delle prime situazioni soggettive conseguirebbe dalla circostanza per cui i diritti sembrerebbero riconosciuti dalla Costituzione come preesistenti all'ordinamento e da questo

---

[73] Questo profilo è messo in luce da F.P. Casavola, *Struttura dello Stato e solidarietà*, in *La solidarietà tra etica e diritto*, cit., 385 ss., 396.

[74] In argomento, diffusamente, A. Ruggeri, *Doveri fondamentali*, *etica repubblicana*, *teoria della Costituzione*, cit., 6 s.

[75] Il riferimento al concetto di «costituzione materiale» è qui colto nella sua accezione specificamente mortatiana, vale a dire quale complesso ideologico-culturale e politico-sociale che regge ogni patto costituente: C. Mortati, *La costituzione materiale* (1940), ristampa con introduzione di G. Zagrebelsky, Milano, 1998, 53 ss.; Id., *Costituzione (dottrine generali)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 169 ss.

[76] Sul tema, di recente, G. Barone, *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, cit., 1243 ss.

conseguentemente garantiti; i doveri, invece, sarebbero esistenti solo in quanto previsti dal diritto positivo [77].

A ben vedere, però, il «riconoscimento» costituzionale dei diritti inviolabili dell'uomo sembra costituire non tanto un riferimento al diritto naturale, quanto, piuttosto, un efficace argomento retorico finalizzato alla predisposizione di una solida barriera contro eventuali aggressioni alle libertà coessenziali alla dignità di ogni persona; ciò anche laddove l'autorità volesse intervenire limitando le situazioni giuridiche garantite pur senza rinunziare ad un formale ossequio al principio di legalità.

Ebbene – sia pure considerando le differenze strutturali tra situazioni giuridiche attive e passive – la medesima finalità garantista sembra giustificare l'affermazione della inderogabilità dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale, atteso che dal carattere «irrinunciabile» di questi deriva che il singolo non può sottrarsi dagli impegni connessi alla sua partecipazione alla vita associata e, ancora, che nemmeno lo Stato può esonerare dall'adempimento dei doveri senza mettere in discussione i presupposti della convivenza organizzata [78]. Se è così, dunque, nel disegno costituzionale diritti e doveri non assumono un differente rilievo, bensì un ruolo complementare, tenendosi reciprocamente nel segno della comune ispirazione personalista, che – secondo la traccia dell'art. 2 Cost. – impone il superamento dell'individualismo liberale e la considerazione dell'uomo nella sua dimensione sociale [79].

Così, da una parte, «la Costituzione afferma il primato, l'indipendenza originaria della persona umana, cioè, la priorità di valore rispetto allo Stato come ad ogni altra autorità o struttura sociale dell'Uomo, della sua inviolabile dignità che si esprime nei suoi diritti, assunti perciò come inviolabili, nella loro essenza, da ogni potere statale» [80]. Per altro verso, la stessa Carta impone l'adempimento di

---

[77] Cfr., G. BARONE, *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, cit., 1244; A. RUGGERI, *Doveri fondamentali*, *etica repubblicana*, *teoria della Costituzione*, cit., 12, secondo cui «nella prospettiva dell'etica repubblicana, diventa assai arduo separare i diritti dai doveri».

[78] Così, ancora, G. BARONE, *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, cit., 1244; A. RUGGERI, *Doveri fondamentali*, *etica repubblicana*, *teoria della Costituzione*, cit., 12; in senso analogo, V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, 2004, 57 s., laddove rammenta che «ai diritti «inviolabili» la Costituzione associa i doveri «inderogabili» dove il termine è analogo nel senso che la garanzia del loro adempimento è altrettanto essenziale per la Repubblica».

[79] Sulla necessaria correlazione tra diritti e doveri, secondo il disegno della Costituzione del 1948, L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 164; C.M. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, 481 ss.; nonché, se si vuole, F. GIUFFRÈ, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 63 ss.; A. RUGGERI, *Doveri fondamentali*, *etica repubblicana*, *teoria della Costituzione*, cit., 12; ma già, in qualche misura, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1969, 132, il quale riconosce nei doveri un limite funzionale dei diritti.

[80] In questi termini, con efficace sintesi, S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e Società*, 1996, 7.

doveri, che, in forza dell'espressa connotazione solidaristica, rivolge al soddisfacimento di esigenze «che fanno capo agli stessi membri della collettività che sono titolari dei diritti» [81].

Dal presupposto personalista si sviluppa, pertanto, una duplice obbligazione reciproca, che si declina, in senso verticale, tra gli apparati pubblici e i cittadini; nonché, in senso orizzontale, tra ciascuna persona e gli altri membri della comunità. In questo quadro, si conferma che i diritti inviolabili possono trovare tutela in quanto è predisposta una organizzazione della convivenza nella quale ciascuno contribuisce al bene comune, adempiendo ai propri doveri tanto verso il prossimo, quanto nei confronti delle articolazioni istituzionali della comunità [82].

Tale visione, che radica il principio di solidarietà tra i presupposti strutturali dell'attuale forma di Stato democratico-pluralista, ritrova esplicito riscontro anche nella giurisprudenza della Corte costituzionale, che, proprio movendo dalla formula dell'art. 2 Cost., ha avuto modo di definire i caratteri di un ordinamento che non comprende soltanto i cittadini, ma che risulta, piuttosto, strutturato a cerchi concentrici, ciascuno con un'estensione delimitata dalla diversa misura del riconoscimento di diritti e della petizione di doveri in capo a coloro i quali entrano in rapporto con la comunità organizzata.

Nel senso indicato, il Giudice delle leggi ha potuto apprezzare la ragionevolezza delle norme che estendevano l'obbligo di prestare il servizio militare agli apolidi residenti in Italia proprio sulla base dell'ampia tutela giuridica assicurata a questi ultimi dal nostro ordinamento [83]. Il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali in capo ai non cittadini – ed, in modo particolare, a coloro i quali versano della condizione di apolidìa – induce, infatti, a ritenere tali soggetti come «*parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 della Costituzione là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà,*

---

[81] Così, G. BARONE, *Diritti*, *doveri*, *solidarietà*, cit., 1244.

[82] Sulla necessità di recuperare il fondamentale rapporto di reciprocità tra diritti e doveri, anche nel quadro dei principi dello Stato di diritto, D. SELBOURNE, *The Principle of Duty. An Essay on the Foundations of the Civic Order*, London, 1997, 149 ss. Nel medesimo senso, L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 149 ss.; C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l'ordinamento italiano*, in B. PEZZINI-C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, 171 ss.

[83] Cfr., C. cost., 18 maggio 1999, n. 172, punto 3.2. del *Diritto*, laddove si richiama l'evoluzione normativa che parte dalla Convenzione di New York del 28 settembre 1954 e si conclude con l'affermazione del principio di eguaglianza e di parità di trattamento tra apolidi e cittadini italiani, disposta dagli artt. 1, comma 1, e 2, commi 1-5, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza» [84].

Su questa scia, la stretta correlazione tra diritti e doveri sembra segnare anche i caratteri di una comunità più vasta di quella identificata con il *popolo* e che comprende, invece, l'intera *popolazione* legalmente residente nel territorio della Repubblica. Ci si colloca, dunque, in una prospettiva tendente a superare il tradizionale concetto di cittadinanza, espressione del vincolo politico primario tra l'individuo e lo Stato, e che, piuttosto, si volge alla definizione di una «cittadinanza sociale», il cui spessore si misura con riferimento alla concreta attribuzione di titoli di godimento di situazioni di vantaggio, cui conseguono anche corrispondenti situazioni di doverosità [85].

Tale percorso appare il risultato di quello storico ribaltamento di prospettiva, consacrato nella Costituzione del 1948, in forza del quale il cittadino cessa di essere considerato *suddito* – perciò, essenzialmente, strumento per la realizzazione degli interessi dello Stato – per essere apprezzato come *persona umana* e, quindi, come «valore alla cui attuazione positiva deve assiologicamente orientarsi l'intero sistema di diritto» [86].

Come risulta chiaro dai lavori della Costituente, la Carta fondamentale prende in considerazione la persona come contenitore di libertà e responsabilità che si dispiegano dialetticamente non solo nei rapporti tra i singoli e gli apparati pubblici, ma in tutti gli ambiti della vita sociale. Su questi piani si intreccia il filo che, pur preservando l'aspetto individualistico della libertà umana, cuce la trama delle relazioni di reciproca solidarietà operanti tanto in una dimensione orizzontale, tra i singoli e le formazioni sociali, quanto in una dimensione verticale, nei rapporti tra le istituzioni pubbliche e i cittadini, in vista della garanzia di quella eguale libertà (*equal liberty*) [87] che è condizione della dignità di ciascuna esistenza individuale.

---

[84] Così, testualmente, C. cost., 18 maggio 1999, n. 172, punto 3.2 del *Diritto*.

[85] Non a caso, l'art. 2, d.p.r. 25 luglio 1998, n. 286 (t.u. sull'immigrazione) è intitolato Diritti e doveri dello straniero, mentre il IX comma del medesimo articolo precisa che «lo straniero presente nel territorio italiano è comunque tenuto all'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente»; tale previsione rappresenta, dunque, il *pendant* del riconoscimento dei diritti fondamentali della persona in capo a chiunque si trovi alla frontiera o nel territorio dello Stato italiano (art. 2, comma 1, d.p.r. n. 286 del 1998) Per questa visione, diffusamente, M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella Costituzione italiana*, Padova, 1997.

[86] P. PIERLINGIERI-R. MESSINETTI, *Art. 2*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997, 6.

[87] Su questo concetto, J. RAWLS, *Una teoria della giustizia* (1974), da S. MAFFETTONE-S. VECA, *L'idea di giustizia da Platone a Rawls*, Bari, 1997, 327 ss.; ma già, P. CALAMANDREI, *L'avvenire dei diritti di libertà* (1946), ora in ID., *Scritti e discorsi politici*, II, a cura di N. Bobbio, Firenze, 1966, 386, per il quale libertà individuale e giustizia sociale non costituiscono termini contrapposti, bensì facce di una stessa medaglia, atteso che «la giustizia sociale è condizione della libertà individuale»; nonché, più di recente, G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 265 ss.; ID., *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, 147; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in ID., *Diritti della persona e valori costituziona-*

Nella direzione indicata, l'ordinamento muove dall'affermazione del principio di eguaglianza nei diritti e nelle libertà, ma, contemporaneamente, limita i classici diritti economici (proprietà e libertà di intrapresa), riconosce i cd. diritti sociali e, ancora, richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà in campo politico, sociale ed economico.

L'art. 2 Cost., quindi, non disconosce la componente individualistica della personalità umana ed, anzi, la qualifica con il pregio dell'irretrattabilità [88], in quanto ormai acquisita nel patrimonio di valori della civiltà occidentale [89]. Tuttavia – con uno stacco evidente rispetto alla fisionomia dello Stato di diritto liberale – nello Stato costituzionale il pregio di cui è rivestita la componente individualistica della personalità umana non esaurisce il suo rilievo nella funzione «protettiva» dell'ordinamento, perché il nucleo essenziale delle libertà civili e politiche vale a porre in risalto i valori primari alla cui estensione devono essere rivolti gli ulteriori processi di integrazione politica, economica e sociale, lungo le dinamiche dei principi di eguaglianza (art. 3 Cost.), di solidarietà (art. 2 Cost.) e di democrazia (art. 1 Cost.) [90].

La connessione sistematica tra le disposizioni richiamate trova alimento nell'affermazione della *dignità della persona umana* [91] che nel corpo dell'art. 3 Cost. è positivizzata accanto all'astratta eguaglianza di fronte alla legge sotto forma di *pari dignità sociale*, mentre in successive disposizioni costituzionali è rilevante come limite invalicabile sia rispetto alle determinazioni dell'autorità pubblica (artt. 13, comma 4, 27, III e comma 4, 32, comma 2, Cost.), sia nei riguardi dell'autonomia del potere privato (artt. 36, comma 1, 41, comma 2, Cost.).

Il concetto di dignità della persona umana – così come altri valori cardine della nostra Costituzione – rappresenta il risultato del graduale processo di positivizzazione di un valore di origine etica nel campo della politica e del diritto [92], segnando il completamento di un cammino che nello stato liberale si era arrestato alla tutela della figura dell'individuo isolato e astratto proveniente dalla comune tradizione giusnaturalista.

---

li, cit., 139; ID., *Diritti inviolabili*, cit., 32 s., il quale sottolinea che «l'eguale diritto di tutti gli uomini di essere liberi» costituisce, al di là di ogni suggestione giusnaturalistica, il principio primo, denominatore comune della civiltà occidentale e, pertanto, la base assiologica delle norme che riconoscono a tutti gli uomini determinati contenuti di libertà e di giustizia.

[88] Sulla portata della qualificazione contenuta nell'art. 2 Cost., P. GROSSI, *Introduzione ad uno studio sui diritti inviolabili nella Costituzione italiana*, Padova, 1972, 11 ss.

[89] Cfr. G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, cit., 139 ss.

[90] Cfr., L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1982, 1119 ss.

[91] Specificamente sul punto, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991.

[92] In argomento, S. COTTA, *Persona*, cit., 159 ss.; P. POMBENI, *Individuo/persona nella Costituzione italiana. Il contributo dossettiano*, in *Parolechiave*, 1996, 10/11, 197 ss.; F.P. CASAVOLA, *Persona: il primo dei diritti umani*, in ID., *I diritti umani*, Padova, 1997, 2 ss.

Il mutamento di prospettiva rispetto alla concezione segnata dall'individualismo atomista è reso palese già dalla terminologia adoperata in Costituzione, atteso che il richiamo alla *persona* implica il distacco dal concetto di *uomo*, in senso astratto e generale (*ànthropos*), e postula la considerazione del carattere relazionale dell'essere, che si autodefinisce nel confronto con il prossimo, ovvero – per utilizzare un espressione cara ai filosofi del diritto – con l'*altro da sé*[93].

Nell'ordinamento democratico-pluralista, la *persona umana* ritrova il fondamento della sua *dignità* nel riconoscimento della parità ontologica con il prossimo, «per cui nessun uomo può denegare dignità e valore all'altro (…) senza denegarli a se stesso»[94]. Proprio, in tale necessaria relazionalità di ciascuno con il proprio simile sembra racchiusa la radice della solidarietà costituzionale, come rivela l'osservazione secondo la quale la *persona* «non può isolare la sua vita dalle altre vite, non può chiudersi dentro la torre d'avorio del suo piacere e del suo sogno e della sua 'proprietà'»[95]. Il rilievo oggettivo assegnato alla persona dall'ordinamento suggerisce, piuttosto, una formula politica di convivenza «nella quale tutti sono solidali con il destino di ognuno»[96] e in cui «il reciproco riconoscimento di *persone*, titolari della *dignità umana*», fa assurgere «la solidarietà di fondo tra noi e gli altri»[97] a principio giuridico-costituzionale qualificante la realtà dei rapporti tra i singoli e le formazioni generate dalla vocazione sociale dei primi, nonché tra i singoli, le formazioni sociali e il potere pubblico.

È evidente, allora, come dall'ispirazione costituzionale personalista derivi non soltanto il principio di solidarietà, ma anche il corollario della sussidiarietà. Invero, sebbene tale ultima istanza non sia stata espressamente accolta sul pia-

---

[93] Cfr., S. COTTA, *Persona*, cit., 168 s.; nonché, C. MORTATI, *La persona, lo Stato, le comunità intermedie*, cit., 8, secondo il quale «l'individuo si eleva a persona solo nella vita comunitaria, perché attraverso il contatto con l'altro, diverso da sé e tuttavia a lui simile acquista esatta consapevolezza del proprio essere e della realtà in cui è immerso».

[94] S. COTTA, *op. loc. ult. cit.*; in senso analogo, G. DE RUGGIERO, *La libertà*, Roma, 1945, 43 ss.; G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, Napoli, 1954, 7; G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, cit., 147.

[95] Così, G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune* (1930), ora in *Opere*, II, Milano, 1959, 152, ripreso da N. OCCHIOCUPO, *Liberazione e promozione umana*, cit., 6.

[96] G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, cit., 153, nota 1; G. DE RUGGIERO, *La libertà*, cit., 44 s., per il quale la personalità non si individua solo attraverso l'autolimitazione, perché la percezione del limite delle altre individualità impegna a promuoverle, a svolgerle e non a negarle, sicché «la personalità conserva a se stessa il suo ambiente che è una convivenza di libere persone».

[97] Nei termini del testo, G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, cit., 47, che, comunque, non ritiene il rispetto per se stessi e per gli altri «una superfetazione estranea al pensiero liberale». Analogamente, G. ABBAMONTE, *Libertà e convivenza*, cit., 8, per il quale «La libertà non è un'entità meramente soggettiva, né da luogo ad azioni immotivate dell'individuo del quale non sta a garantire l'arbitrio, ma solo la possibilità di caratterizzare, seguendo una volontà razionale e cosciente, la propria personalità dettando regole alle proprie azioni e divenendone responsabile di fronte alla società».

no testuale, il suo rilievo emerge chiaramente nel dibattito dell'Assemblea costituente. In particolare, nell'ordine del giorno presentato il 10 settembre 1946 Giuseppe Dossetti affermava che «il nuovo Statuto dell'Italia democratica» avrebbe dovuto riconoscere «la precedenza sostanziale della persona umana (…) rispetto allo Stato e la destinazione di questo al servizio di quella», nonché «la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e a perfezionarsi a vicenda mediante una reciproca solidarietà economica e spirituale: anzitutto in varie comunità intermedie, disposte secondo una naturale gradualità (…) e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato» [98].

Ciò vuol dire che proprio l'inversione dell'accennato rapporto di strumentalità tra lo Stato e la persona determina, innanzi tutto, il superamento delle astrazioni per le quali, in precedenza, il cittadino-suddito veniva in considerazione rispetto allo Stato come soggetto estraniato dalla fitta rete di libertà e di responsabilità che costituisce il tessuto della vita sociale e di cui il fenomeno giuridico statale non rappresenta che un momento all'interno di un più complessivo processo ordinante.

Come mise in evidenza Aldo Moro, lo Stato democratico non ricava da se stesso la fonte della sua dignità, bensì dall'essere «espressione di un sistema di realizzazioni umane di cui l'uomo è il punto essenziale di riferimento» [99]. Su questa scia, la Carta del 1948, piuttosto che intercettare in modo esclusivo ed assorbente il rapporto tra la persona e lo Stato, riconosce la capacità di autorganizzazione propria di ogni comunità umana, dalla quale prende origine un processo di stratificazione tra ordinamenti. Così, il riconoscimento delle comunità intermedie – tanto nella norma generale dell'art. 2 Cost., quanto nel corpo delle disposizioni che definiscono lo statuto costituzionale della famiglia (art. 29 Cost.), delle associazioni (art. 18 Cost.), della scuola e dell'università (art. 33 e 34 Cost.) delle comunità di lavoro (art. 39 Cost.), delle confessioni religiose (artt. 7, 8, 19 e 20 Cost.), dei partiti politici (art. 49 Cost.) – testimonia la rilevanza costituzionale dei fenomeni di progressiva integrazione sociale-istituzionale tra esseri morali liberi e responsabili, in vista del migliore perseguimento del benessere di ciascuno e della comunità complessivamente intesa.

Nel senso riferito, esponendo in Assemblea costituente l'emendamento recante il testo dell'attuale art. 2 Cost., lo stesso Moro ebbe a sottolineare che l'uomo dell'ordinamento democratico «non è soltanto singolo (…) non è soltanto individuo», ma è «società nelle sue varie forme, società che non si esaurisce nello Stato», sicché «la libertà dell'uomo è pienamente garantita, se l'uomo è libero di formare degli aggregati sociali e di svilupparsi in essi».

Ebbene, una possibile chiave per la traduzione giuridica del fenomeno pro-

---

[98] G. Dossetti, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei Deputati, Roma, 1971, 323.

[99] Cfr., E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 53 ss.

spettato sembra quella propria della dottrina istituzionista [100], che consente – anche con riferimento al tema che ci occupa – di sanare quella frattura tra prassi sociale e fenomeno giuridico, che ha segnato tanto il normativismo del Novecento, quanto, ancor prima, la grande tradizione giuridico-dogmatica dell'Ottocento tedesco [101]. Nell'orizzonte istituzionista, il fenomeno giuridico e, quindi, l'assetto della comunità, pur cogliendo nell'ordinamento statale la sua più alta espressione in ragione della capacità unificante che storicamente è stata assunta dallo Stato [102], non si fonda, né si esaurisce in esso, perché, al contrario, costituisce il tessuto di una pluralità di ordinamenti differenti quanto a scopi ed estensione, su ambiti spaziali e sociali parzialmente coincidenti, ma tutti, comunque, disposti all'interno del più ampio ordinamento costituzionale, quale tavola di valori che fissa i criteri di reciproca rilevanza delle istituzioni del pluralismo.

In questa guisa, la stessa accezione costituzionale del termine Repubblica evoca un contenitore giuridico dei rapporti di solidarietà che intercorrono tra la persona, le formazioni sociali e gli apparati istituzionali pubblici, come trama di un ordine sociale che si è scelto di declinare a partire dalle potenzialità morali della prima e non, piuttosto, movendo dalle strutture coercitive degli ultimi [103]. Pertanto, laddove il Testo fondamentale si rivolge, piuttosto che allo Stato, alla Repubblica, evoca una «istituzione complessa», ovvero la «istituzione di istituzioni» [104], che ricomprende al suo interno, segnandone i confini di rilevanza, tanto la sfera pubblicistica dell'ordinamento (lo Stato, le Regioni, i minori enti territoriali, gli altri enti pubblici), quanto le persone e le formazioni sociali che, sul versante del «diritto dei privati», esprimono l'assetto spontaneo della comunità [105].

L'ordinamento repubblicano si configura, pertanto, come uno spazio di rilevanza giuridica, nel quale trovano svolgimento le relazioni tra i singoli e le entità generate dalla loro vocazione sociale (art. 2 Cost.), secondo una progressione a complessità crescente, che dalle organizzazioni private giunge, secondo una ripartizione sussidiaria di funzioni e compiti, alla configurazione dei più vasto ordinamento politico statuale volto al perseguimento dei comuni obiettivi di benessere dell'intera collettività popolare.

Non a caso, tanto la novella costituzionale del 2001 è intervenuta precisando il riferimento alla Repubblica contenuto nell'art. 114 Cost. e restituendo al so-

---

[100] Il riferimento è al classico, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1946, 19 ss.

[101] Cfr., V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico* (1889), in *Diritto pubblico generale: scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 3 ss.

[102] Ancora, S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 147 ss.

[103] F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, ed. riveduta e aggiornata a cura di L. Benvenuti, Padova, 1996, 49 ss.

[104] S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., 38 s.

[105] Al riguardo, W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1913, 3 ss.

stantivo il significato che il medesimo aveva assunto nel dibattito della Costituente. La Repubblica, dunque, si distingue dall'ordinamento dello Stato, rappresentando quest'ultimo solo una componente della prima, insieme ai Comuni, alle Province, alle Città metropolitane e alle Regioni, nonché alle altre soggettività, pubbliche e private, «che costituiscono in un determinato momento storico la comunità nazionale e che sono nel loro insieme i soggetti dell'ordinamento complessivo» [106].

L'acquisita centralità del valore della persona nella architettura dell'ordinamento repubblicano costituisce, dunque, il presupposto per l'affermazione giuridica dei suoi corollari di solidarietà e sussidiarietà, di guisa che questi ultimi rappresentano le precipue modalità di esplicazione del primo e, in quanto tali, gli essenziali criteri di ordinazione dei rapporti tra il singolo, le società intermedie e lo Stato [107]. Proprio per questo, tanto il principio di solidarietà, quanto quello di sussidiarietà, essendo posti in funzione attuativa del valore personalista, appaiono suscettibili di esplicazione solo se letti congiuntamente ed in relazione ai contenuti che esprime il medesimo valore cui sono finalizzati.

Su questa traccia – ancora prima che la lacuna testuale della Costituzione fosse colmata, prima a livello legislativo, con la l. n. 59 del 1997 e, di seguito, con la novella all'art. 118 Cost. apportata dalla l. cost. n. 3 del 2001 – una parte della dottrina ha potuto, allora, interpretare le disposizioni costituzionali che esprimono la garanzia delle formazioni sociali come altrettanti «dispositivi statici» di sussidiarietà [108], riconoscendo, dunque, come la Carta fondamentale esprimesse, già nella sua formula originaria, l'idoneità dei c.d. corpi intermedi a porsi quali centri di produzione e garanzia di beni giuridici costituzionalmente rilevanti.

---

[106] Cfr., F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, cit., 47 ss., secondo il quale, infatti, «la Repubblica corrisponde (…) allo Stato-comunità. Si tratta, in realtà, di un insieme dato di tutti i soggetti, dotati di personalità giuridica, e di tutte le Società o associazioni o organismi non dotati di personalità giuridica che agiscono nell'ambito dello stesso ordinamento». In merito all'articolazione pluralista dell'ordinamento repubblicano, sotto i profili istituzionale e sociale, si vedano anche, L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralista e strumenti di collegamento*, Milano, 1974, 5 ss.; U. DE SIERVO, *Il pluralismo sociale dalla Costituzione repubblicana ad oggi: presupposti teorici e soluzioni nella Costituzione italiana*, in AA.VV., *Il pluralismo sociale nello Stato democratico*, Milano, 1980, 61; G. PASTORI, *Il Pluralismo sociale dalla Costituzione dalla Costituzione repubblicana ad oggi: attuazione del pluralismo sociale nel trentennio repubblicano*, *ivi*, 80 s.; E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989, 13 ss., 73 ss. Rispetto alla formula del nuovo art. 114 Cost., G. BARONE, *Intese e leale collaborazione tra Stato*, *Regioni e autonomie locali negli interventi sul territorio*, in Atti del 50° Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 16-18 settembre 200, 11 s. del *paper*, osserva criticamente come nel nuovo testo manchi ogni riferimento ai cittadini accanto agli enti territoriali.

[107] E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale (1953)*, in *Persona*, *società intermedie e stato. Saggi*, Milano, 1989, 86 ss.

[108] Cfr., A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in ID., *L'Italia verso il federalismo. Taccuini di viaggio*, Milano, 2001, 322 ss.

8. La solidarietà verticale o pubblica: eguaglianza sostanziale, diritti sociali e dovere di contribuzione

Dai presupposti sin qui considerati, il principio solidarista trova sviluppo lungo due percorsi, segnati, per un verso, dall'art. 3, comma 2, Cost., che impegna la Repubblica a rimuovere «*gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono la piena partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica economica e sociale del Paese*» [109]; per altro verso, dal medesimo art. 2 Cost. e dalle altre norme che esprimono – in capo ai singoli ed alle formazioni sociali ed in parallelo al riconoscimento dei diritti inviolabili – la petizione dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.

Come anticipato, quindi, la dimensione verticale della solidarietà si identifica con i tradizionali istituti dello Stato sociale, che mirano a realizzare la piena integrazione di tutti i cittadini-lavoratori nella vita del Paese, attraverso la rimozione delle condizioni di disagio presenti sul piano sociale ed economico.

Tale ultima limitazione si giustifica sul presupposto che le condizioni di «minorità» in campo politico sono state, invece, risolte – per così dire, «*a monte*» – dalla stessa Costituzione con l'intestazione in capo a tutti i cittadini, in condizioni di libertà ed eguaglianza, dei diritti politici [110]. Le possibili eccezioni, dunque, valgono a confermare la regola [111]. È il caso, ad esempio, della previsione del *diritto di asilo*, riconosciuto allo straniero cui sia impedito nel proprio Paese l'esercizio delle libertà democratiche (art. 10, comma 3, Cost.) o, ancora, delle recenti norme costituzionali sulla parità di accesso di donne e uomini alle cariche elettive (artt. 51 e 117, comma 7, Cost.) [112].

Sul piano delle condizioni di disagio socio-economico, invece, la solidarietà pubblica si concretizza con la previsione dei diritti sociali e dei connessi doveri di prestazione della Repubblica, con i limiti a taluni diritti fondamentali, specialmente nel campo delle libertà economiche e, ancora, con l'intervento dello Stato in economia (artt. 41-47 Cost.). Tali norme prefigurano un modello di economia

---

[109] La connessione tra art. 3, comma 2, Cost. e doveri pubblici di solidarietà è stata evidenziata già da G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 50 ss.; nonché, più di recente da S. Galeotti, *Il valore della solidarietà*, cit., 11 ss.

[110] Ancora, G. Lombardi, *op. loc. ult. cit.*

[111] Cfr. S. Galeotti, *op. cit.*, 15.

[112] Al riguardo si vedano i contributi raccolti in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003, *passim*; nonché, I. Nicotra, *La legge della Valle d'Aosta sulla parità passa indenne l'esame delle Corte*, in *Quad. cost.*, 2003, 367 s.; L. Califano, *Corte e Parlamento in sintonia sulle «pari opportunità»*, *ivi*, 366 s. In senso contrario all'estensione delle c.d. «azioni positive» anche nel campo della parità di accesso alle cariche elettive, G. Chiara, *La «pari opportunità» elettorale dei sessi nella riforma degli statuti regionali speciali*, in *Giur. cost.*, 2001, 839 ss.

mista o, se si preferisce, un sistema di *economia sociale*, in cui le regole del mercato, quale *luogo giuridico delle relazioni di scambio di beni e servizi dietro corrispettivo*, prevedono taluni correttivi finalizzati a promuovere l'inclusione di coloro i quali ne potrebbero altrimenti restare esclusi, con grave pregiudizio per l'eguale godimento dei c.d. «diritti di cittadinanza».

In ogni caso, gli istituti nei quali si esprime la solidarietà verticale si riannodano direttamente al pregio costituzionale della persona umana. Da questa, infatti, promana la tensione egualitaria e solidaristica che si traduce tanto in situazioni giuridiche soggettive immediatamente azionabili, quanto in posizioni condizionate alla predisposizione di adeguati presupposti istituzionali di natura organizzativa e finanziaria, quanto, ancora, in obiettivi e programmi cui deve tendere inderogabilmente l'intero assetto della convivenza organizzata, allo scopo di corrispondere al suo stesso fondamento di legittimazione costituzionale [113].

Ciò, posto mette conto osservare come le politiche pubbliche che hanno segnato lo svolgimento del modello di Stato del benessere negli ultimi cinquanta anni di vita repubblicana, sembrano rispondere ad un'impostazione che, determinando l'attribuzione pressoché esclusiva dei compiti del *Welfare* al settore pubblico, svaluta l'elemento della responsabilità sociale presente nell'art. 2 Cost. quale carattere del principio solidarista.

In questa guisa, per un verso, sono stati compressi oltremisura gli spazi per un autonomo e spontaneo apporto dei singoli e delle formazioni sociali per la realizzazione di quella condizione libertà eguale, che i principi fondamentali della Costituzione del 1948 pongono quale imperativo discendente dal valore della persona umana. Per altro verso, è stata gonfiata, spesso oltre il necessario, l'organizzazione pubblicistica delle politiche sociali, provocando la riemersione di tentazioni paternalistiche (e clientelari) dello Stato sul cittadino, la progressiva perdita di efficienza del primo nella realizzazione degli obiettivi di benessere del secondo ed, infine, la crescente insostenibilità finanziaria del complesso dei medesimi compiti pubblici.

Nello scenario appena descritto, la precipua connotazione solidaristica dell'intervento pubblico a fini redistributivi rischia di non essere compiutamente sviluppata secondo il senso corrispondente alla traduzione giuridica del valore della solidarietà. In altri termini, il contributo di ciascun cittadino per la cura dei bisogni degli altri componenti della comunità e di quest'ultima nel suo insieme, completamente assorbito negli interventi nell'intervento degli apparati pubblici, riemergerebbe soltanto nella ricostruzione teorica del fondamento dell'imposizione fiscale e, quindi, del corrispondente dovere tributario.

Come è stato osservato dalla dottrina più avvertita sull'argomento, il dovere tributario, proprio in ragione della sua qualificazione in termini di dovere di solidarietà, non costituisce più una prestazione corrispettiva-commutativa corrispondente all'erogazione di prestazioni o vantaggi specifici per il contribuente,

---

[113] In tal senso, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, cit., 144 ss.

secondo uno schema che affonda le sue radici nel liberalismo giusnaturalista [114], né, tantomeno, una delle manifestazione della supremazia dello Stato-persona e della sua capacità di coazione, nel quadro della teoria statalista dei diritti pubblici soggettivi [115].

Piuttosto, il dovere tributario che grava in capo al cittadino-contribuente rappresenta lo strumento attraverso cui la Repubblica persegue i proprio obiettivi ed, innanzi tutto, l'erogazione dei servizi pubblici e la rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la piena partecipazione di tutti i lavoratori alla vita del Paese. In questo quadro, il criterio della progressività cui deve essere informato, complessivamente, il sistema tributario costituisce – secondo una efficace espressione – il «costo della solidarietà» [116], atteso che il prelievo più elevato in funzione della crescita del reddito segna l'abbandono della neutralità della leva fiscale [117] e la traduzione del dovere di ciascuno a contribuire alle spese pubbliche, non solo in proporzione alle proprie esigenze, ma anche in rapporto ai bisogni essenziali altrui, misurati dal legislatore sulla base degli imperativi costituzionali che prescrivono l'eguaglianza nel godimento di quelle opportunità che consentono ad ogni persona di vivere «un'esistenza libera e dignitosa» (art. 36 Cost.).

Ciò detto, ove il carattere specifico del principio di solidarietà, nella sua dimensione verticale, si esaurisse sostanzialmente nella possibilità di rintracciare un nuovo fondamento al dovere tributario, quale presupposto per gli interventi di trasformazione sociale che la Costituzione pone in capo (anche) agli apparati pubblici, potrebbe risultare condivisibile la tesi secondo la quale l'essenza del dovere di solidarietà sociale andrebbe identificata con il contenuto del medesimo dovere tributario [118].

In realtà, però, sembrano ben altre le implicazioni dell'istanza di cui si discute, laddove la medesima richiama la carica di libertà e responsabilità connessa al valore personalista. Sotto questo profilo, anche nella sua dimensione verticale, la solidarietà sembra suscettibile di declinazione in parallelo al canone della sussi-

---

[114] Cfr., L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 182; A. FEDELE, *Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella Costituzione italiana*, in B. PEZZINI-C. SACCHETTO (a cura di), *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Potestà, diritti, doveri e giurisprudenza costituzionale in materia tributaria*, Milano, 2001, 8.

[115] L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 85 ss., 123 ss., ma *passim*; ID., *La tutela costituzionale del minimo esente, personale e familiare*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, 865 ss.; C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà*, cit., 184 s.

[116] Così, G. LOMBARDI, *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi tributaria*, n., 1964, 28 dell'estratto.

[117] Ancora, L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 78 ss.; nonché, C. SACCHETTO, *op. ult. cit.*, 187 s.

[118] Così, N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, cit.

diarietà, secondo un indirizzo che varrebbe, per un verso, a limitare la pressione che talune prestazioni sociali esercitano sui bilanci pubblici e, per altro verso, a stimolare il senso di auto-responsabilità del cittadino di fronte alle primarie esigenze di vita individuali e familiari.

Da questo punto di vista è stato osservato, infatti, come vada ascritta all'inquadramento del dovere di prestazione tributaria tra i doveri inderogabili di solidarietà, non soltanto la previsione del criterio della progressività, ma anche il riferimento costituzionale al principio della capacità contributiva [119]. In questo senso, se il dovere di contribuzione, inteso alla luce dell'art. 2 Cost., risulta *finalizzato* all'obiettivo della «rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» (art. 3, comma 2, Cost.) si dovrebbe riconoscere l'*irrazionalità* delle previsioni legislative che, concretizzando il generale dovere tributario in concreto obbligo fiscale, andassero ad incidere, intaccandole, anche su quelle condizioni reddituali minime che la Repubblica è impegnata a garantire e potenziare [120]. Si vuol dire, in altri termini, che nella prospettiva personalista e dei suoi corollari di solidarietà e sussidiarietà «la sottrazione dell'imposta rappresenta il primo e più elementare modo di attuare gli scopi assunti» [121], atteso che l'esenzione dal prelievo realizza l'obiettivo della redistribuzione senza trasformare il destinatario dell'intervento solidale in «assistito».

Tale indicazione, risulta sostanzialmente accolta nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca a proposito del c.d. *Familienexistenzminimum*, laddove, sul presupposto del riconoscimento della dignità della persona umana e del pregio costituzionale del matrimonio e della famiglia, ha affermato che lo Stato, ai fini della determinazione della base imponibile, «*non può porre sullo stesso piano i figli e la soddisfazione di altre esigenze private; di conseguenza non può attingere ai mezzi economici indispensabili al mantenimento dei figli nello stesso modo in cui attinge ai mezzi utilizzati per la soddisfazione di esigenze voluttuarie. Esso deve rispettare la decisione dei genitori di avere dei figli e non può obiettare loro la evitabilità dei figli allo stesso modo con cui obietterebbe l'evitabilità di altri costi per la conduzione della vita*» [122].

---

[119] Sul punto, L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 345 ss.; C. SACCHETTO, *op. ult. cit.*, 184 ss.

[120] In questo senso, tra gli altri, E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1962, 449; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva. Profili generali*, in *Trattato di diritto tributario*, I, *Il diritto tributario e le sue fonti*, diretto da Amatucci, Padova, 1994, 228 ss.; L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 350 ss.

[121] Così, testualmente, E. GIARDINA, *op. loc. ult. cit.*

[122] BVERFGE 82, 60 [87], citata da L. ANTONINI, *La tutela costituzionale del minimo esente*, cit., 864; nonché ID., *Dovere tributario*, cit., 354 s. Ma già, per una prima apertura in ordine alla necessità di non considerare ai fini della determinazione della base imponibile quelle

Su questa scia, lo stesso Tribunale di Karlsruhe, superando l'ostacolo rappresentato dal limite della discrezionalità del legislatore in ordine alla determinazione del punto di equilibrio tra l'interesse fiscale dello Stato e il fabbisogno minimo esistenziale del contribuente, si spinge, con una successiva pronunzia, sino alla individuazione del criterio che dovrebbe orientare la medesima scelta discrezionale. Si aprono, dunque, le porte al sindacato della legislazione tributaria in termini di coerenza con riferimento al *tertium comparationis* rappresentato dall'entità dei sussidi concessi dal sistema pubblico di assistenza sociale per il sostentamento della persona in condizioni di bisogno [123].

L'indirizzo appena descritto – nonostante una maggiore puntualità del parametro invocabile, sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 53 Cost. – non ha fatto ancora breccia nella giurisprudenza costituzionale italiana, la quale, se, per un verso, riconosce che il legislatore, in ossequio la principio della capacità contributiva, «*non può non esentare dall'imposizione quei soggetti che percepiscano redditi tanto modesti da essere appena sufficienti a soddisfare elementari bisogni della vita*»; per altro verso, tuttavia, osserva che «*il legislatore può discrezionalmente stabilire, in riferimento a complesse valutazioni economiche e sociali, quale sia la misura al di sopra della quale sorge la capacità contributiva*» [124], con ciò astenendosi da ogni concreta valutazione in ordine alla ragionevolezza delle scelte legislative.

La stessa impostazione ha segnato l'indirizzo del Giudice delle leggi in ordine alla questione relativa alla deducibilità della spese per esigenze fondamentali della vita ai fini della determinazione della reale misura della capacità contributiva di ciascuno, a prescindere dalla maggiore o minore capacità di produrre reddito.

Al riguardo, nella sent. n. 134 del 1982 la Corte ha sostenuto che «*restringere la tassabilità dei redditi secondo un indeterminato criterio di libera disponibilità di essi significherebbe imporre senza limiti la detraibilità dal reddito disponibile di ogni erogazione di esso, e senza limiti quantitativi, in necessità primarie dell'esistenza: non, dunque, soltanto le spese mediche, ma anche, e a maggior ragione, perché più difficilmente comprimibili, quelle per il sostentamento, per il tetto ecc. L'assurdità di una tale conclusione impone di riportare il problema nei suoi veri termini, riconoscendo che la detraibilità non è secondo Costituzione necessariamente generale ed illimitata, ma va concretata e commisurata dal legislatore ordinario secondo un criterio che concili le esigenze finanziarie dello Stato con quelle del cittadino chiamato a contribuire ai bisogni della vita collettiva, non meno pressanti di quelli della vita individuale. Il punto di incontro e di contemperamento di tali esigenze varia a secondo dell'evoluzione economica, finanziaria e sociale del Paese e,*

---

spese familiari che, pur non rientrando tra quelle necessarie alla produzione del reddito, non sono comunque evitabili per il contribuente tenuto ad assolvere gli inderogabili obblighi di mantenimento: BVERFGE, 61, 319 [344].

[123] BVERFGE 87, 153, [170-176].

[124] C. cost., 10 luglio 1968, n. 97, punto 2 del *Diritto.*

come si è detto, spetta al legislatore ordinario di determinarlo, tenendo conto di tutti i dati del problema» [125]. Con tale indirizzo, a ben vedere, non soltanto la Corte continua ad astenersi da ogni intervento in merito all'attuazione di un principio di cui pure astrattamente riconosce la rilevanza costituzionale, vale a dire quello dell'intangibilità dei redditi minimi, ma introduce nel suo ragionamento un'ulteriore contraddizione rispetto alla connotazione solidaristica del dovere di contribuzione. Se quest'ultimo, infatti, deve essere finalizzato alla creazione delle condizioni economico-sociali che valgano ad assicurare le opportunità di sviluppo di ogni persona umana, non sembrano poter costituite oggetto di discrezionale bilanciamento le esigenze finanziarie dello Stato per la soddisfazione dei bisogni collettivi con quelle primarie esigenze individuali che pure contribuiscono a comporre la misura dei primi [126]. Anche in questo caso, infatti, attraverso l'imposizione fiscale lo Stato sottrarrebbe al contribuente una quota di reddito che sarebbe poi costretto a restituire sotto forma di interventi assistenziali, con evidente inutile compressione delle istanze di libertà e responsabilità connaturate all'ispirazione solidarista dell'ordinamento.

L'esempio costituito dalle dinamiche del dovere tributario vale ad evidenziare come anche nell'ambito della solidarietà verticale, il principio di sussidiarietà debba operare come limite interno, così da evitare ogni intervento pubblico che possa gravare la situazione giuridica di un soggetto in vista del conseguimento di obiettivi che potrebbero essere, almeno in parte, realizzati anche attraverso una astensione.

In altri termini, il principio in discussione impone di graduare l'impiego degli strumenti giuridici all'interno della stessa dimensione pubblicistica dell'ordinamento, sì da assegnare la preferenza alle competenze, agli strumenti ed alle tecniche giuridiche meno invasive della libertà dei singoli e dell'autonomia delle formazioni sociali, rispetto a quelle che, invece, posseggono una maggiore capacità conformativa, in senso pubblicistico-autoritario, dei comportamenti individuali e sociali. A maggior ragione, dunque, il canone della sussidiarietà costituisce il criterio informatore della c.d. solidarietà orizzontale.

9. La solidarietà orizzontale o fraterna

Le premesse formulate in principio, in ordine alla radice etica della solidarietà evidenziano come nella Carta del 1948 sia accolta una concezione complessiva

---

[125] C. cost. 14 luglio 1982, n. 134, punto 2 del *Diritto*. Sul punto, ancora, i rilievi di L. Antonini, *Dovere tributario*, cit., 359 ss.; Id., *La tutela costituzionale del minimo esente*, cit., 836 s.

[126] Cfr. L. Antonini, *Dovere tributario*, cit., 364 ss.; Id., *La tutela costituzionale del minimo esente*, cit., 870 ss.; C. Sacchetto, *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario*, cit., 193 ss.

dell'uomo e della società, che non si limita a considerare il rapporto tra l'individuo e lo Stato, ricomprendendo, invece, pluralisticamente, l'intera trama delle relazioni comunitarie. Queste trovano svolgimento tanto nel settore pubblico, quanto nel «privato», ma anche in quello che viene definito il «terzo settore», giacché, pur non essendo «pubblico», riveste un indubbio rilievo collettivo in relazione agli interessi generali che nel medesimo ambito possono trovare soddisfazione [127].

Da tali presupposti consegue che tanto la persona, quanto la società non possono essere più colte dall'ordinamento giuridico secondo le vecchie impostazioni che, movendo dai presupposti dell'individualismo, prendevano in considerazioni solo taluni aspetti della complessiva dimensione umana e sociale, soffermandosi ora sul profilo pubblico-autoritario della convivenza, retto dal principio di gerarchia, ora su quello privato-mercantile, governato dal principio della volontà negoziale [128].

Invero, la configurazione dicotomica dell'uomo, cui corrispondeva la contrapposizione tra diritto pubblico e diritto privato, trascurava importanti aspetti della vita di ogni persona all'interno della comunità e, segnatamente, quelli risalenti alla dimensione fiduciaria di tutti i legami sociali primari, improntati alla logica del *dono*, dello *scambio simbolico* e della *reciprocità non sinallagmatica* [129]. In questa circostanza sembra, dunque, potersi ritrovare la causa della lunga eclissi della solidarietà come valore giuridico [130]. L'ordinamento, infatti, movendo dai presupposti richiamati, non poteva che disconoscere quelle aree dei rapporti di convivenza, che sarebbero state più congeniali alla traduzione del principio già evocato nella triade rivoluzionaria del 1789, laddove ci si riferiva alla *fraternità* accanto a *libertà* ed *eguaglianza.*

Come considerato, dallo svolgimento della trama della Costituzione del 1948 emerge, invece, un differente assetto dell'ordinamento, fondato su alcuni postulati suscettibili di estendere la loro influenza su tutte le dimensioni dell'esistenza umana, la quale, quindi, è presa in considerazione nella sua interezza e complessità, secondo una visione orientata dalla tavola dei valori positivizzati, che assegnano senso giuridico al complesso dei *fatti* e dei *rapporti* della vita sociale.

---

[127] G. LEONDINI, *Associazioni private di interesse generale e libertà di associazione*, *I*, *Profili costituzionalistici*, Padova, 1998, 54 ss.; F. DE LEONARDIS, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, 2000, 19 ss.

[128] G. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, *Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Bologna, 1989, 35 ss.; P. BARCELLONA, *L'individuo sociale*, Genova, 1996, 15 ss.

[129] F. PRANDINI, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, Milano, 1998, 233 ss., 291 ss.; C. RANCI, *Oltre il Welfare State. Terzo settore*, *nuove solidarietà e trasformazioni del Welfare*, Bologna, 1999, 90 ss.

[130] G. PECES BARBA MARTINEZ, *Teoria dei diritti fondamentali*, cit., 139 ss., 240 ss.

Su queste basi, accanto ai tradizionali istituti giuridici dello Stato e del mercato sembrano, dunque, trovare posto nell'ordinamento anche le dinamiche proprie delle reti di solidarietà che reggono tutte le formazioni sociali [131] e che – secondo l'articolazione sussidiaria che è implicita nel riconoscimento dei tratti di libertà e di responsabilità del valore personalista – sono necessarie al mantenimento del carattere meramente strumentale degli apparati pubblici rispetto al libero svolgimento della personalità individuale.

Se è così, a fronte della definizione del complesso di diritti, di libertà, di beni essenziali che l'ordinamento deve porre a disposizione di ciascuna persona, affinché questa possa godere di opportunità di sviluppo adeguate alle proprie capacità e vocazioni naturali, possono essere numerosi i «luoghi di produzione» dei medesimi diritti, libertà e beni essenziali. Oltre che all'autonomia privata ed allo Stato, l'ordinamento può (*rectius*: deve), infatti, attingere alle iniziative spontanee della comunità, in modo da evitare, per quanto possibile, la conformazione autoritativa dei rapporti tra le persone in vista dell'attuazione del disegno costituzionale personalista.

Ciò, evidentemente, implica il passaggio da una concezione liberal-individualista della cittadinanza – come rapporto esclusivo tra il cittadino e lo Stato – ad una visione «sociale» [132] e repubblicana, nel cui ambito l'appartenenza alla comunità postula l'esercizio della libertà e dell'autonomia «in vista (*anche*) della realizzazione dei valori sociali condivisi e fissati dalla Costituzione, per il perseguimento dei quali i cittadini hanno il dovere di attivarsi» [133].

Il fondamento di tale rinnovata concezione della cittadinanza è, allora, rappresentato proprio dal principio di solidarietà che lega le persone, le formazioni sociali e gli apparati pubblici nel segno di una nuova «sintesi storica tra libertà ed eguaglianza» [134]. In questo quadro, allo scopo di rispettare i caratteri di libertà, socialità e responsabilità della persona umana e, allo stesso tempo, di garantire le condizioni di eguaglianza che integrano la nozione di *cittadinanza sociale,* spetterà al legislatore ed alla giurisprudenza costituzionale il compito di comporre in modo sussidiario i rapporti di solidarietà intercorrenti tra le singole persone, le formazioni sociali e gli apparati pubblici.

---

[131] P. DONATI, *Teoria relazionale della società*, Milano, 1992, 178 ss.; *La solidarietà come bene relazionale*, in *Quad. az. soc.*, 1993, n. 91, 7 ss.

[132] R. DAHRENDORF, *Cittadini e partecipazione. Al di là della emocrazia rappresentativa?*, in SARTORI-DAHRENDORF, *Il cittadino totale: partecipazione, eguaglianza e liberta nelle democrazie d'oggi*», Torino, 1977, 33 ss.; ma già, T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale* (1950), Bari, 2002.

[133] In questo senso, F. RIGANO, *La libertà assistita. Associazionismo privato e sostegno pubblico nel sistema costituzionale*, Padova, 1995, 67.

[134] F. RIGANO, *op. loc. ult. cit.*; N. OCCHIOCUPO, *La persona umana nella Costituzione italiana*, in L. SANICOLA (a cura di), *Comunità e servizi alla persona. Percorsi teorici e metodologici*, Padova, 1990, 55 s.

10. *Segue*. La solidarietà come espressione di libertà e di responsabilità. La funzione promozionale del diritto

La necessità di tradurre la solidarietà sul piano dell'ordinamento giuridico senza sacrificarne l'intima essenza – che, come osservato, è quella propria di un «bene relazionale» [135] espressivo della tensione sociale della libertà individuale – inducono ad apprezzare le connessioni tra le norme e gli istituti che rivelano l'enunciato legame costitutivo tra libertà e responsabilità e le precipue funzioni del diritto, così come ricostruite in sede di teoria generale.

Da questo punto di vista appare degno di una particolare considerazione il tema relativo alla c.d. funzione promozionale del diritto [136], nella misura in cui il medesimo riporta all'esigenza di attuazione degli scopi dell'ordinamento, anche senza ricorrere alla minaccia di una sanzione negativa; dunque, al di fuori dei meccanismi *coercitivi* che, nei sistemi giuridici di stampo individualista, hanno contribuito a radicare la classica contrapposizione tra autorità e libertà nell'ambito del dualismo tra ordinamento giuridico e prassi sociale.

Tale aspetto del fenomeno giuridico sembra, quindi, particolarmente indicato per l'emersione dei caratteri del principio solidarista. Esso, in particolare, rappresenta un utile punto di riferimento nel momento in cui si tratta di misurare la congruenza, rispetto al medesimo principio, della legislazione attuativa dell'ispirazione costituzionale personalista, nonché della giurisprudenza chiamata, in ultima istanza, a far «quadrare il cerchio» tra i valori della libertà, dell'eguaglianza e della solidarietà [137].

Vale la pena rammentare, in proposito, come uno dei retaggi più profondi del positivismo giuridico è rappresentato dalla concezione in base alla quale l'essenza della giuridicità sarebbe da rintracciare nella sanzione, intesa come reazione

---

[135] Per questa definizione, P. Donati, *La solidarietà come bene relazionale*, cit., 13 ss.

[136] In argomento, N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1313 ss.; Id., *Sulle sanzioni positive*, *in Scritti dedicati ad Alessandro Raselli*, I, Milano, 1971, 229 ss.; Id., *La funzione promozionale del diritto rivisitata*, in *Soc. dir.*, 1987, n. 2, 7 ss.; G. Lumia, *Controllo sociale e sanzione giuridica*, in *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, V, Padova, 1970, 493 ss.; Gius. Lombardi, *Funzione promozionale del diritto*, *pubblica amministrazione e «sanzioni positive»*, in *Amministrare*, 1976, 98 ss.; AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Atti del settimo simposio di studi di diritto e procedura penali, promosso dalla fondazione «Avv. Angelo Luzzati», Como 26-27 giugno 1981, Milano, 1983, *passim*; V. Aubeart, *Sul mutamento giuridico. Dalle pene alle ricompense?*, in *Soc. dir.*, 1987, n. 2, 7 ss.; G. Corso, *Lo Stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione*, *tecniche giuridiche e effetti*, in *Soc. dir.*, 1990, n. 1-2, 109 ss.; V. Ferrari, *Le funzioni del diritto*, Bari, 1995, 107 ss.; A. Catania, *Manuale di teoria generale del diritto*, Bari, 1999, 145 ss.

[137] L'espressione – come è noto – è di R. Darhendorf, *Quadrare il cerchio. Benessere economico*, *coesione sociale e libertà politica*, trad. it. Bari, 1995.

afflittiva volta a reintegrare l'obbligo violato [138]. Così ragionando, atteso che la rilevanza giuridica viene percepita soltanto nella prospettiva della coercizione, non resta spazio per un apprezzamento normativo delle azioni individuali conformi agli scopi dell'ordinamento e, a maggior ragione, nessuna rilevanza possono avere quelle che nel lessico dei filosofi del diritto sono le azioni «superconformi» o «supererogatorie» [139].

È evidente, allora, che siffatta impostazione risulta incompatibile con la possibilità di traduzione nell'ordinamento del valore della solidarietà, se è vero, come sembra, che la sua radice etica e politica mal tollera una imposizione drastica da parte dei pubblici poteri e reclama, piuttosto, la ricerca e la valorizzazione dell'orientamento spontaneo delle condotte individuali verso l'altruismo e il reciproco sostegno tra gli appartenenti al gruppo. L'azione coercitiva, invece, dovrebbe costituire solo la misura estrema, che intervenendo in via sussidiaria varrebbe a compensare quei momenti di crisi della spontaneità individuale e, quindi, della solidarietà primaria, che sono un connotato tipico di tutte le società moderne [140].

A questo riguardo, mette conto evidenziare come la dimensione sociale della persona – o il semplice «fatto» della convivenza sociale [141] – sembra possedere un potenziale normativo, che affonda le proprie radici nella solidarietà, intesa quale «regola di diritto» che prescrive l'assunzione di comportamenti coerenti con l'integrazione intorno ai valori condivisi, di guisa che l'appartenenza ad un gruppo determina l'insorgere di doveri sociali, cui deve essere riconosciuta una precipua rilevanza giuridica ai fini della qualificazione della condotta del destinatario degli stessi, seppure, talvolta, in assenza di strumenti diretti di coercizione.

---

[138] G.R. Carrio, *Sul concetto di obbligo giuridico*, in *Riv. fil.*, 1966, 141 ss.; V. Frosini, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, cit., 226; R. Guastini, *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, XII, 3.

[139] Sul concetto di «azioni supererogatorie», N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit., 1324.

[140] In proposito, G. Guzzo, *Fenomenologia dell'obbligo e del dono*, in *Filosofia*, 1963, 476; E. Betti, *Dovere (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 55; P. Barcellona, *L'individuo sociale*, cit., 52 ss.

[141] L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris 1908, 6 ss., 44 ss. Sul pensiero di Duguit, A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche*, *cit.*, 145 ss.; M. Cuniberti, *Il «diritto sociale» nel pensiero di Leòn Duguit*, in *Jus*, 1995, 329 ss. Sulla «legalità sociale» come parametro di compatibilità dell'azione individuale «con l'ordinamento di valori superiori, dal quale deriva la definizione del fondamento e degli orizzonti della «giusta misura» della libertà»: A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., 238 s.; nonché, A. Cerri, *I modi argomentativi del giudizio di ragionevolezza delle leggi: cenni di diritto comparato*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Atti del Seminario organizzato dalla Corte costituzionale nei giorni 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994, 134, che, nell'ambito di una valutazione comparatista degli strumenti del sindacato di raginevolezza, osserva come «in casi di impellente evidenza le Corti, in genere utilizzando formule «elastiche» della Costituzione, affermano principi immediatamente desunti dalla coscienza sociale».

La rilevanza giuridica di una doverosità i cui contenuti non risultano espressamente sanciti da puntuali prescrizioni legali, ma che si specificano riannodandosi direttamente ai vincoli derivanti dai legami sociali, si rinviene già nelle fonti di rango costituzionale e proprio attraverso la mediazione del principio di solidarietà. La questione riporta al significato della petizione dei «doveri inderogabili di solidarietà politica economica e sociale» e consente di riprendere ed approfondire considerazioni fin qui solo accennate.

Invero, secondo l'opinione più diffusa [142], l'enunciazione del dovere generale di solidarietà avrebbe la precipua funzione di fornire un'adeguata copertura costituzionale ai doveri di difesa della Patria, di prestazione del servizio militare, di contribuzione tributaria, di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi, di adempimento delle pubbliche funzioni con disciplina e onore, nonché a quelli di lavoro e di istruzione, tutti specificamente disciplinati nel Testo costituzionale.

Tuttavia, alla luce delle precedenti considerazioni, la valenza del principio di solidarietà nell'attuale assetto costituzionale, non sembra potersi esaurire nella soggezione del cittadino a fronte della previsione dei doveri pubblici soggettivi, secondo l'antico schema del liberalismo mitteleuropeo, perché, altrimenti, nella esplicita caratterizzazione in senso solidaristico dei doveri costituzionali non sarebbe dato scorgere significativi profili differenziali rispetto alla precedente impostazione del rapporto autorità-libertà [143].

Piuttosto, va sottolineato che proprio l'essenziale funzione del principio di solidarietà, quale margine contenutistico all'attività di limitazione dell'autonomia individuale, ovvero fondamento dell'imposizione di specifiche situazioni giuridiche passive, rappresenta solo il passo ulteriore rispetto alla presupposta direttiva costituzionale, rivolta a tutti i soggetti dell'ordinamento, affinché limitino spontaneamente la propria autonomia e mantengano «il libero e personale controllo dell'esercizio dei propri diritti di fronte a quello delle altre persone» [144].

Ciò conduce inevitabilmente ad una portata più ampia del principio, che, ap-

---

[142] Così, per tutti, G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 29 ss.; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lezioni di diritto costituzionale*, Milano, 1963, 56; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68.

[143] Questo aspetto è sottolineato da G. ALPA, *Solidarietà*, cit., 365; nonché, di recente, da L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 182; nonché, F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 209 ss.

[144] In questi termini, L. ARCIDIACONO, in L. ARCIDIACONO-A. CARULLO-G. RIZZA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Bologna, 1997, 256. Analogo richiamo alla spontaneità sociale quale terreno privilegiato della solidarietà, può leggersi in G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., 58 ss., ma *passim*; nonché in T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, 1999, 689, che riferendosi ad una «sfera della solidarietà politica, economica e sociale», necessariamente affidata, prima ancora che ai pubblici poteri, al comportamento spontaneo dei soggetti, non nasconde il rischio che, almeno nell'attuale fase storico-politica, ciò possa risolversi in una aspirazione utopistica.

punto, si riconnette al nocciolo del suo contenuto materiale, alla sua consistenza di valore giuridico-costituzionale. Sicché, riprendendo una nota dottrina [145], si può osservare che, secondo la natura di tutti i principi, anche la solidarietà possiede un contenuto implicito esprimente «un'eccedenza deontologica o assiologia», che le conferisce una portata giuridica autonoma rispetto a quella propria di eventuali suoi specifici svolgimenti nell'ordinamento [146].

La petizione costituzionale dei doveri di solidarietà accanto ai diritti inviolabili non si limita, pertanto, a precostituire le condizioni affinché possano essere precisate in via legislativa concrete situazioni giuridiche passive dei cittadini, ma individua «priorità di valore che il legislatore è tenuto a considerare» [147]. La medesima previsione offre, al contempo, taluni criteri di qualificazione di atti o condotte espressione di una doverosità sociale spontaneamente percepita e che assumono particolare pregio costituzionale quali presupposti di un ordinamento orientato in senso solidarista.

L'ordinamento, dunque, secondo l'equilibrio espresso in Costituzione, potrà, o meglio, dovrà esercitare le sue potestà conformative nei confronti delle posizioni soggettive dei cittadini solo quando l'incontro spontaneo delle libertà in senso oggettivo, quale punto di convergenza di diritti e doveri [148], si svolga o rischi di svolgersi in contrasto con il fine primario di promozione della persona [149].

---

[145] Sul punto, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXIV, 3, ma *passim*, che, proprio da tale contenuto «retrostante» dei principi, trae la loro idoneità a porsi come «fonti di norme», piuttosto che, direttamente, come «norme»; nonché, A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1997, 3066, ma *passim*.

[146] Sul punto, F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXIV, 3, ma *passim*, che, proprio da tale contenuto «retrostante» dei principi, trae la loro idoneità a porsi come «fonti di norme», piuttosto che, direttamente, come «norme»; nonché, A. D'ATENA, *In tema di principi e valori costituzionali*, 3066, ma *passim*.

[147] Così, L. ANTONINI, *Dovere tributario*, cit., 195.

[148] Sulla dimensione oggettiva della libertà, G. AMATO, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, 277, ma *passim*; ID., *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, cit., 47 ss.; A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, cit., 69 ss.; M. LUCIANI, *Tramonto della sovranità e diritti fondamentali*, cit., 26; P. HÄBERLE, *Linee di sviluppo della giurisprudenza della Corte costituzionale federale tedesca*, cit., 2888 ss.; E.W. BÖCKENFÖRDE, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Frankfurt am Main, 1992, 124 ss.; G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., 244, per il quale «la valorizzazione dinamica delle libertà è l'attuazione della Costituzione secondo i principi congiunti della sovranità popolare e della potenza della personalità umana, articolata in diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà e fraternità».

[149] Ancora G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, cit., 244 s., osserva che «i mezzi attraverso cui le libertà si realizzano oppure si manifestano debbono essere in gran parte lasciati all'invenzione e alla conformazione che derivano dal libero confronto tra le persone, basato essenzialmente sulla conoscibilità delle rispettive e reciproche posizioni, così da far nascere una serie di regole del comportamento che lo stato deve limitarsi a riconoscere, naturalmente fino al punto che non degenerino in disordine e prevaricazione. Insomma la capacità

Come sottolineato, nella concezione della libertà finalizzata all'orizzonte personalista «l'esercizio di un diritto comporta sempre l'assunzione di un dovere nei confronti della società; e ogni libertà è fondamento di responsabilità» [150], atteso che, se la base dei diritti risiede nella dignità oggettiva dell'essere persona, la libertà ed il benessere del prossimo divengono per ciascuno costitutivi anche della propria libertà e del proprio benessere. Sotto questo profilo, dunque, si chiariscono i contorni giuridici della solidarietà come elemento fondante del legame associativo prefigurato dalla Costituzione e mirabilmente definita dalla Corte costituzionale quale «*istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale* (…) *che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, di là da vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità*» [151].

In questo quadro, la previsione dei doveri costituzionali del cittadino nei confronti dello Stato e, viceversa, di questo nei confronti del primo, comporta certamente la possibilità dell'imposizione legislativa (art. 23 Cost.) delle condotte (lavoro, difesa della Patria, svolgimento del servizio militare, prestazione tributaria, ecc.) che appaiono necessarie alla coesistenza politicamente organizzata, ma non esaurisce la dimensione costituzionale del valore della solidarietà. Ciò vuol dire che le disposizioni sui doveri costituzionali, finalizzate in forza dell'art. 2 Cost. all'obiettivo della solidarietà, assumono soprattutto il senso di *norme promozionali* o *pedagogiche*, che valgono ad orientare il comportamento della persona e del cittadino nella vita della comunità, secondo una tecnica che supera la tradizionale concezione repressivo-protettiva del fenomeno giuridico, proprio in considerazione della complessiva vocazione personalista dell'ordinamento.

Occorre rammentare al riguardo come – secondo le conclusioni della dottrina che si è maggiormente misurata con la questione delle funzioni del diritto nel tentativo di sottrarsi al parzialità della concezione coercitiva – tra gli elementi che compongono l'ordinamento devono essere annoverate tanto le *norme negative*, espressive di *divieti* e di relativi *castighi (pene)*, quanto le *norme positive*, che consistono in *comandi* o *esortazioni*, eventualmente rafforzati da *premi* o *incentivi* [152].

La considerazione di questi elementi consente di individuare i caratteri di un

---

disegnata dall'art. 2 Cost. vuole essere il fondamento di un ordine spontaneo, retto sulla dinamica evolutiva di comunicazione e di confronto fra le diverse ed anche cangianti immagini di libertà in cui ciascuna personalità si articola».

[150] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, cit., 212; A. RUGGERI, *Doveri fondamentali, etica repubblicana, teoria della Costituzione*, cit., 12 s.

[151] C. cost. 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.*, 1992, 404 ss., part. 415 ed *ivi* il commento di E. ROSSI, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, 2348 ss. Nella medesima prospettiva, P. BARCELLONA, *A proposito della cittadinanza sociale*, in *Dem. dir.*, 1988, nn. 2/3, 15 ss.; ID., *L'individuo sociale*, cit., 52 ss., ma *passim*, evidenzia che la circoscrizione dei rapporti di solidarietà unicamente lungo l'asse Stato cittadino impedisce la «autentica integrazione interpersonale e socializzazione di valori condivisi».

[152] N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit., 1317 s.

ordinamento, qualificandolo come *repressivo-protettivo*, laddove sia prevalentemente formato da norme e sanzioni negative, in funzione deterrente rispetto ai comportamenti non desiderati; ovvero come *promozionale,* nelle ipotesi in cui la finalità del controllo sociale, in relazione alla griglia dei valori positivizzati a livello costituzionale, sia perseguita anche attraverso l'utilizzazione di tecniche di incoraggiamento, affiancate o sostituite a quelle tradizionali di deterrenza [153].

La raffigurazione dello Stato liberale classico, nella sua tipica conformazione di «Stato-gendarme», è stata, certamente, quella di un ordinamento posto in funzione protettiva di beni individuali e repressiva di comportamenti antisociali, al punto che l'essenza del diritto liberale ha finito per ritrovare la sua forma paradigmatica nel modello penalistico della sanzione afflittiva, comminata in seguito alla violazione di una norma di divieto.

Alla forma di stato liberale risulta, invece, estranea sia la preoccupazione di *produrre* beni giuridici ulteriori e, quindi, di trasformare la realtà politica, sociale ed economica preesistente, sia la preoccupazione di assegnare specifico significato giuridico alle relazioni interindividuali che sfuggono alla sfera sinallagmatica del rapporto giuridico, articolato in diritti soggettivi e in obblighi corrispettivi.

Siffatto modello, tuttavia, non appare più compatibile con l'affermazione dello Stato sociale orientato dal valore della solidarietà, atteso che quest'ultimo segna non solo l'espansione dei compiti pubblici in vista della loro realizzazione, ma anche la necessaria promozione e qualificazione giuridica di quei momenti della convivenza che esprimono l'incontro spontaneo della libertà individuale e della solidarietà sociale e che in precedenza erano, invece, abbandonati all'area del giuridicamente irrilevante.

11. La riscoperta della solidarietà come fondamento di legislazione

Sulla base dei presupposti considerati occorre, allora, soffermarsi sulle modalità di concreto adempimento dei doveri di solidarietà da parte delle persone, delle formazioni sociali e degli apparati pubblici, facendo riferimento a talune fattispecie paradigmatiche delle modalità attraverso cui il legislatore e la giurisprudenza costituzionale possono concretamente realizzare quella conciliazione tra libertà individuale e responsabilità sociale, che appare il tratto più caratteristico del principio solidarista.

Al riguardo, occorre sottolineare come il graduale recupero dei principi di solidarietà e sussidiarietà, quali corollari dell'istanza personalista e presupposti per la costruzione di una *Welfare Community*, possa essere rintracciato nell'ordinamento italiano solo a partire dagli anni Novanta. Così, il riferimento alla solidarietà quale paradigma di azione sociale fa la sua prima significativa comparsa nel-

[153] N. Bobbio, *Sulla funzione promozionale del diritto*, cit., 1314.

la legislazione promozionale sul volontariato e, più in generale, nella disciplina del c.d. «terzo settore». In questo senso, dalla normativa evocata emerge la valenza partecipativa propria dell'ispirazione solidarista, tale per cui la solidarietà, quale «bene relazionale» [154] – espressivo della spontanea responsabilità comunitaria e della tensione sociale della libertà individuale [155] – deve essere scelta, magari promossa ed incentivata, e, per quanto possibile, non imposta da un puntuale obbligo legale [156].

Nei termini riferiti, la l. n. 266 del 1991 sul volontariato, la l. n. 381 del 1991 sulle cooperative sociali, il d.lgs. n. 460 del 1997 sulle ONLUS e, da ultimo, la l. n. 383 del 2000 sulle associazioni di promozione sociale, prevedono tutte, quale requisito di ammissione al regime promozionale, la garanzia statutaria della *democraticità della struttura interna e,* dunque, il *carattere elettivo delle cariche sociali.* Ciò, a ben vedere, indica la consapevolezza del legislatore in ordine alla circostanza per cui l'azione solidale deve esprimere la carica partecipativa delle persone e dei gruppi in vista del perseguimento di scopi di interesse generale, come sono quelli connessi alla soddisfazione dei bisogni elementari dell'individuo [157].

Nell'ottica prospettata, a proposito della funzione del volontariato come primaria dimensione dello Stato sociale-solidarista, la l. n. 266 del 1991 inquadra il fenomeno in termini generali, proiettandolo sullo sfondo dell'assetto costituzionale repubblicano. Il testo dell'art. 1, comma 1, infatti, sembra ricamare sulla trama dei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3 e 5 Cost., riconoscendo «il valore sociale e la funzione dell'attività di volontariato come espressione di partecipazione, solidarietà e pluralismo». Su tale presupposto, quindi, la disposizione fonda l'impegno della Repubblica a promuoverne lo sviluppo «salvaguardandone l'autonomia» e a favorirne «l'apporto originale per il conseguimento delle finalità di carattere sociale, civile e culturale» individuate dallo Stato, dalle regioni e dagli altri enti locali.

Al riguardo, parte della dottrina ha già avuto modo di sottolineare come dall'esegesi della disposizione richiamata possa ricavarsi la volontà del legislatore di definire il volontariato, innanzi tutto, nei termini di un paradigma generale dell'azione sociale, suscettibile di venire in considerazione tanto in forma di comportamento individuale, quanto in forma di attività collettiva. L'*azione volontaria* si lascia, dunque, percepire come generale strumento di attuazione costituzionale, atteso che il suo modello ricalca le due citate dimensioni, su cui, a tenore dell'art. 2 Cost., si proietta il riconoscimento dei diritti inviolabili e la petizione dei doveri inderogabili.

In questo senso, con il comma 1 dell'art. 1 della l. n. 266 del 1991, il legislato-

---

[154] Ancora, P. DONATI, *La solidarietà come bene relazionale*, cit., 16.

[155] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato*, cit., 99 s., 212 ss.

[156] G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, cit., 51 ss.

[157] F. RIGANO, *La libertà assistita*, cit., 305.

re sembra aver confermato il rilievo costituzionale delle libere e spontanee iniziative dei singoli o delle formazioni sociali, che meglio traducono la sostanza del generale dovere di solidarietà politica, economica e sociale e che, d'altra parte, bene si armonizzano con l'assetto personalista, democratico e pluralista prefigurato dalla Costituzione [158].

Del resto, anche la giurisprudenza costituzionale sembra confermare la lettura proposta, laddove si sottolinea che il volontariato rappresenta «*un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui*»; esso appare, quindi, sfuggente rispetto a qualsiasi rigida classificazione di competenza, perché «*può trovare spazio e si può realizzare all'interno di qualsiasi campo materiale della vita comunitaria*» [159].

Se è così, il riconoscimento della rilevanza giuridica dell'azione volontaria indirizzata a fini di solidarietà vale ad accrescere il tasso di democraticità dell'ordinamento, laddove favorisce l'*originale* partecipazione dei cittadini all'individuazione ed alla cura degli interessi pubblici. Nelle parole del Giudice delle leggi il volontariato rappresenta, infatti, il «*modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore degli altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità*» [160]. Con queste espressioni risulta, pertanto, giuridicamente qualificato uno schema di comportamento per mezzo del quale il cittadino ha modo di assolvere ai suoi doveri sociali e, dunque, di contribuire, pluralisticamente, «al progresso materiale e spirituale della società» (art. 4 Cost.), modulando il suo apporto in relazione al carattere precipuo delle proprie vocazioni e dei propri riferimenti culturali.

Del resto, anche dal complesso delle disposizioni della l. n. 266 del 1991 emerge lo sforzo del legislatore di riprendere i caratteri che possono essere desunti dall'interpretazione di quelle norme costituzionali, le quali, direttamente o indirettamente, segnano lo spessore ed il precipuo significato del principio di solidarietà nell'ordinamento italiano. Solo le associazioni che conformeranno ai medesimi caratteri i propri obiettivi, la propria attività e la propria organizzazione potranno essere iscritte nei registri regionali previsti dall'art. 6 della legge-quadro e, quindi, beneficiare delle agevolazioni fiscali, accedere ai contributi finanziari e gestire servizi pubblici in regime di convenzione con gli enti competenti per materia e territorio. In altre parole, essere componenti giuridicamente integrate in quella *Welfare Community*, alla quale, nella visione sussidiaria dello Stato del benessere, viene riconosciuta la capacità di autodeterminarsi ed autoamministrarsi in vista della produzione beni e servizi sociali.

---

[158] Sul punto, più diffusamente, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 316 s.

[159] C. cost. 28 febbraio 2002, n. 75.

[160] C. cost. 28 febbraio 2002, n. 75.

Nella direzione indicata, il comma 1 dell'art. 2 chiarisce efficacemente come l'azione volontaria, per essere inquadrata nell'orizzonte del principio solidarista, deve essere prestata in modo *personale*, *spontaneo*, e *gratuito* all'interno dell'organizzazione. Tali caratteri rimandano tutti alla radice del valore costituzionale della solidarietà, di cui il medesimo art. 2 fa espresso richiamo, al fine di qualificare l'azione volontaria anche con riferimento a quei motivi soggettivi dell'agente, che, invece, normalmente restano fuori dall'accezione civilistica della causa dei negozi giuridici [161].

Per quanto riguarda, poi, le concrete finalità di interesse generale che le organizzazioni di volontariato possono perseguire – beneficiando del regime di privilegio previsto dalla l. n. 266 del 1991 e dal d.lgs. n. 460 del 1997 ed, eventualmente, coordinandosi con le strutture pubbliche attraverso lo strumento della *convenzione* – appare tale da coinvolgere tutto il quadro dei diritti sociali, la cui garanzia è stata considerata dal Costituente e dalla giurisprudenza costituzionale il presupposto per l'integrazione sociale della comunità nazionale intorno al valore dei diritti fondamentali e della dignità della persona umana.

Ciò posto, gli ulteriori sviluppi della legislazione attuativa del principio solidarista sembrano, da ultimo, correttamente incrociarsi con l'assunzione della sussidiarietà quale dispositivo dinamico di ripartizione delle compiti e delle funzioni di interesse pubblico. Infatti, l'espressa previsione del principio di sussidiarietà – prima a livello legislativo, nella l. n. 59 del 1997; poi a livello costituzionale, con la riformulazione degli artt. 118 e 120 Cost. – sembra costituire il presupposto per la complessiva riorganizzazione dei servizi sociali sulla base di una nuova combinazione dei relativi «fattori di produzione». Non più soltanto gli istituti e i meccanismi pubblici di erogazione delle prestazioni sociali, ma sistemi integrati che, nella logica del c.d. *Welfare mix*, prevedono la compartecipazione del settore pubblico, del settore privato lucrativo e di quello non lucrativo di utilità sociale.

A questo schema sembra rispondere – seppure nei termini di un programma tutto da sviluppare – la l. n. 328 del 2000 (*Legge-quadro per la realizzazione di un sistema integrato di interventi e servizi sociali*), che punta alla garanzia delle prestazioni di assistenza (art. 38 Cost.) attraverso la creazione di una rete di istituzioni di solidarietà, coordinate in base ad un sistema programmatorio che procede a cerchi concentrici, dallo Stato alle Regioni ai minori enti territoriali, con la partecipazione, a tutti i livelli, delle rappresentanze delle formazioni sociali.

È evidente, comunque, che la nuova filosofia solidale e sussidiaria delle politiche pubbliche del settore non può incidere sul carattere costituzionalmente inderogabile delle prestazioni relative ai diritti sociali. La questione centrale della tenuta del modello del c.d. *Welfare* municipale sta tutta, allora, nella capacità di

---

[161] Sul punto, diffusamente, F. ANGELONI, *Liberalità e solidarietà. Contributo alla studio del volontariato*, Padova, 1994, 167 ss., ed *ivi* anche l'ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza.

realizzare un efficace sistema di controlli, tanto pubblici, quanto autogestiti dai settori privati (lucrativo e *non profit*) coinvolti nel sistema integrato. Sulla base della definizione dei *livelli essenziali delle prestazioni*, previsti già nel sistema programmatorio della l. n. 328 del 2000, ma oggi anche negli artt. 117, comma 2, e 120, comma 2 Cost., il sistema integrato, infatti, dovrà dimostrarsi idoneo ad assicurare l'equilibrio tra la garanzia costituzionale dei diritti sociali e la «personalizzazione» delle relative prestazioni.

12. L'ispirazione costituzionale solidarista nella giurisprudenza costituzionale

In parallelo alla tendenza della legislazione, nello stesso periodo si è verificata una rivalutazione dell'ispirazione solidarista anche da parte della giurisprudenza costituzionale. Sotto questo aspetto, la fedele traduzione giuridica, nei termini di parametro di legittimità costituzionale, di un principio – quale, appunto, quello di solidarietà – che tra le sue radici dalla dimensione dell'etica e della politica, presenta difficoltà ancora maggiori rispetto a quelle già sperimentate in ordine al suo impiego quale fondamento della legislazione.

È pure vero, però, che se la solidarietà evoca, innanzi tutto, la spontanea vocazione relazionale della persona rispetto ai membri delle comunità di appartenenza, essa può rappresentare uno strumento insostituibile per la qualificazione giuridica di comportamenti sociali costituzionalmente *virtuosi,* che altrimenti rischierebbero di rimanere del tutto estranei al mondo del diritto. Se così fosse, infatti, sarebbe smarrita proprio la grande opportunità offerta dall'avvenuta positivizzazione del valore della solidarietà, da istanza etica e politica in principio giuridico-costituzionale.

In effetti, sino al filone giurisprudenziale che ha preso avvio con la sent. n. 307 del 1990 (c.d. «Corasaniti»), la Corte aveva assegnato al valore della solidarietà una valenza essenzialmente *negativa*, consistente nella idoneità a bilanciare, nell'ambito del giudizio di ragionevolezza, il peso di soluzioni legislative che, diversamente, con il solo riferimento al canone dell'eguaglianza formale, sarebbero apparse arbitrarie (C. cost., sentt. nn. 47 del 1969; 89 del 1970; 35 del 1981; 127 del 1983; 364 del 1988). Nella richiamata sentenza «Corasaniti» la Consulta ha evocato, invece, il reciproco dovere di solidarietà quale momento di equilibrio tra l'autonomia individuale e l'intervento pubblico autoritario nel perseguimento dell'interesse generale, pervenendo alla dichiarazione di illegittimità della l. n. 51 del 1966, nella parte in cui non prevedeva una giusta indennità nel caso di danni provocati al soggetto sottoposto alla vaccinazione antipolio o a chi gli avesse prestato assistenza. Per la prima volta, dunque, la solidarietà veniva assunta a parametro per un intervento demolitorio della giurisprudenza costituzionale rispetto a scelte del legislatore che apparivano incoerenti con l'assetto dei rapporti tra singoli e comunità, così come prefigurato dalla Carta costituzionale.

In seguito a tale prima significativa apertura la stessa Corte costituzionale ha iniziato un processo di graduale elaborazione e affinamento dello stesso parametro giuridico, che cominciò, pertanto, ad assumere una fisionomia sempre più corrispondente alla specifica consistenza etico-politica che ne rappresenta la matrice. In questo senso, una tappa significativa può essere individuata nella puntuale definizione del principio solidarista, contenuta nella già richiamata sent. n. 75 del 1992, a proposito della legge-quadro sul volontariato. Nell'occasione, infatti, la Consulta si è riferita alla solidarietà quale «istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione di rapporti sociali e di legami tra gli uomini, al di là dei vincoli derivanti dai doveri pubblici o da comandi dell'autorità».

Tali legami, del resto, come afferma la stessa giurisprudenza costituzionale nella successiva sent. n. 519 del 1995, conducono la società civile ad attivare autonome risposte alle tensioni e agli squilibri propri delle società avanzate «come testimoniano le organizzazioni di volontariato che hanno tratto la loro ragion d'essere, e la loro regola, dal valore costituzionale della solidarietà».

Ma è sempre nelle pronunzie intervenute a razionalizzare la materia del diritto all'indennizzo per danni da vaccinazione, che la stessa Corte ha puntualizzato ulteriormente il significato della solidarietà quale criterio ispiratore di un bilanciato legame sociale, nell'ambito del quale, appunto, tutti sono chiamati a contribuire alla realizzazione dei diritti di ciascuno. In tale quadro, infatti, il principio solidaristica ha rappresentato il presupposto di quella responsabilità «da atto lecito» che obbliga lo Stato all'indennizzo nel caso in cui sia necessario ripartire equamente «sofferenza e benessere» tra la comunità organizzata e i singoli, le cui posizioni soggettive dovessero risultare sacrificate dal legislatore al fine di garantire un interesse della collettività, secondo il paradigma di cui all'art. 32 Cost.

Sulla base delle premesse appena considerate, il medesimo filone giurisprudenziale sembra ritrovare i suoi più rilevanti sviluppi applicativi nella sent. 26 febbraio 1998, n. 27. Tale decisione offre, infatti, notevoli spunti per una ricostruzione del principio costituzionale di solidarietà, che sia idonea a proiettarsi anche al di là delle contingenze relative alla concreta fattispecie conosciuta dal giudice *a quo*.

Anche in quest'ultimo caso la Corte costituzionale è intervenuta sulla materia della vaccinazione obbligatoria, prestando specifica attenzione alle conseguenze patrimoniali cui lo Stato è tenuto nell'eventualità che il trattamento produca un danno alla persona e ci si trovi al di fuori delle ipotesi di responsabilità aquiliana del personale sanitario. Tuttavia, il percorso logico-giuridico seguito sembra portare la giurisprudenza oltre lo schema classico della «responsabilità da atto lecito», che si riconnette ad una legittima ingerenza della P.A. nella sfera giuridica privata, ad un danno permanente in capo al destinatario dell'intervento pubblico ed alla sussistenza di un nesso eziologico tra l'attività pubblica e l'evento pregiudizievole.

Invero, nei casi portati all'esame della Consulta attraverso le questioni di legittimità della l. n. 210 del 1992 – nella parte in cui escludeva da qualsiasi indennizzo coloro i quali avessero contratto la poliomielite a seguito di vaccinazione,

ma al tempo in cui non era ancora in vigore la legge che l'ha resa obbligatoria (art. 1) – ci si trova di fronte ad un comportamento solo «incentivato» dal legislatore e, come tale, rimesso alla responsabilità ed alla sensibilità di ciascuno in ordine ai vincoli che derivano dall'appartenenza alla comunità (si veda l'art. 3, l. del 30 luglio 1959, n. 659).

Ciò, ad una prima osservazione, potrebbe apparire un'anomalia difficilmente comprensibile o, quantomeno, una deviazione giurisprudenziale con la quale il Giudice delle leggi si pone oltre la sfera delle attribuzioni che gli sono proprie. Si tratta, quindi, di interpretare le disposizioni costituzionali utilizzate dalla Corte, per comprendere se il carattere spontaneo di un comportamento, che si risolve in un beneficio collettivo, ponga effettivamente nell'area della mera discrezionalità del legislatore un eventuale intervento compensativo, ovvero se un diverso punto di equilibrio possa essere rintracciato sulla base di un principio in grado di segnare il bilanciamento tra i contrapposti interessi.

In ordine all'alternativa appena prefigurata, la Corte si è, quindi, mossa nel secondo senso, ricorrendo all'applicazione del principio di solidarietà [162], a cui, appunto, erano ispirati i precedenti interventi delle sentt. nn. 307 del 1990 e 118 del 1996. Nell'ultimo caso, tuttavia, l'elemento di novità, rappresentato dalla circostanza che la vaccinazione non era imposta dalla legge, induce a leggere la clausola costituzionale in una pienezza di significati e di implicazioni, che fino ad oggi non avevano trovato terreno di sperimentazione. Il riferimento corre, soprattutto, alla capacità d'integrare l'ordinamento rispetto a valori sociali che assumono particolare pregio costituzionale, pur non essendo sempre suscettibili di puntuale traduzione e irrigidimento a livello normativo-legislativo, risultando condizionati nella loro concreta operatività alla mutevolezza del quadro politico, sociale ed economico ed alla varietà dei «casi» dell'esperienza quotidiana.

Sono definiti, pertanto, i presupposti necessari ad operare quella precomprensione di senso e di valore che consente all'interprete di qualificare i fatti della vita, attribuendo ad essi un significato sociale alla luce dei valori costituzionali. Su tale scorta, si può, quindi, concludere che il comportamento volontario del cittadino, che si fa carico dei rischi della vaccinazione pur non essendone legalmente obbligato, non si mostra giuridicamente indifferente di fronte ai principi dell'ordinamento costituzionale, in quanto rivela un atteggiamento di corresponsabilità e di cooperazione civica che ben traduce sul piano dell'azione individuale il principio di solidarietà [163].

---

[162] Così, C. cost. 26 febbraio 1998, n. 27, punto 3 del *diritto*.

[163] In merito al rapporto tra valore giuridico e azione umana mette conto richiamare le considerazioni di FALZEA (*Introduzione alle scienze giuridiche*, cit., 395), secondo il quale «come l'interesse sociale valutato positivamente diventa valore giuridico, l'azione del consociato fatta oggetto di valutazione positiva in funzione dell'interesse assunto a valore giuridico diventa a sua volta valore giuridico», sicché «al valore giuridico dell'interesse corrisponde il valore giuridico dell'azione volta a soddisfarlo».

Si comprende, in conclusione, come l'interpretazione costituzionale della solidarietà abbia segnato la riconquista al mondo del diritto di spazi individuali e comunitari coerenti con i presupposti e gli obiettivi fondamentali dell'ordinamento giuridico della convivenza, ponendo le basi per il passaggio dallo Stato sociale assistenzialista a nuove dimensioni, comunitarie e sussidiarie, dello Stato del benessere.

DOVERI E FORMAZIONI SOCIALI. IL DOVERE DI FEDELTÀ ALLA REPUBBLICA COME DOVERE DI NON ROMPERE L'ARMISTIZIO TRA GRUPPI PORTATORI DI FINI NON NEGOZIABILI (OVVERO IL DOVERE DI COMPRENDERE LE RAGIONI DEGLI ALTRI)

ILENIA MASSA PINTO

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. I doveri del *civis/fidelis*. – 2.1. I doveri imposti dall'ordinamento giuridico al *civis/fidelis* (doveri *ex parte principis*). – 2.2. I doveri imposti dalla formazione sociale al *civis/fidelis* (doveri *ex parte consociationis*). – 3. I doveri della *consociatio*. – 3.1. Il dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri).

1. PREMESSE

L'accostamento delle espressioni – «doveri» e «formazioni sociali» – suscita immediatamente una serie di domande: quali doveri? Quali formazioni sociali? E, in particolare: sotto il profilo soggettivo, i doveri del cittadino appartenente a formazioni sociali o i doveri delle formazioni sociali in quanto tali? E, sotto il profilo oggettivo, i doveri imposti dall'ordinamento giuridico o i doveri imposti dalla formazione sociale?

Quali *formazioni sociali*?

Non s'intende qui ripercorrere la dibattuta questione relativa all'individuazione delle «formazioni sociali» *ex* art. 2 Cost.: la nozione, priva di riferimenti normativi diretti, si è prestata, come noto, a interpretazioni divergenti [1]. Ai nostri fini specifici, non si vede però come si possa limitare la categoria sulla base di un qualche criterio arbitrario. Infatti, poiché il tema dei doveri non può non inte-

[1] Ricostruisce il dibattito E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, Padova, 1989.

ressare anche forme di organizzazione collettiva che tradizionalmente non sono state qualificate come «formazioni sociali», nell'analisi che segue si farà ricorso a una nozione assai ampia di formazione sociale, facendola coincidere di fatto con la nozione di associazione *ex* art. 18 Cost., nella quale, in ogni caso, rientrano senza alcun dubbio anche le formazioni sociali tradizionalmente intese [2]. Le disposizioni costituzionali sui doveri non possono dunque non essere interpellate alla luce del fenomeno associativo in senso lato, quale strumento indispensabile per l'individuo per perseguire qualunque fine (purché non vietato ai singoli dalla legge penale) in unione con altri: «l'arricchimento della propria personalità spirituale, l'aiuto alle altrui sofferenze, il calcolo egoistico di utilità economiche, il maggior successo professionale e sociale, l'affermazione delle proprie idee politiche, e così via» [3].

Quali *doveri*?

Anche rispetto a questa nozione non s'intende qui affrontare le questioni interpretative generali ad essa sottese, e, in particolare, la questione preliminare relativa alla qualificazione come norma a fattispecie «chiusa» o come norma a fattispecie «aperta» dell'art. 2 Cost., in quanto riferita, oltre che ai diritti, anche ai doveri [4]. Se, per esigenze garantiste nei confronti delle situazioni giuridiche soggettive costituzionalmente tutelate, è condivisibile, in termini generali, l'affermazione secondo la quale «i doveri inderogabili dell'art. 2 non sono altro che quelli

---

[2] Cfr., in particolare, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992, 364. Del resto, «l'art. 2 Cost. non distingue formazioni sociali da formazioni sociali, tutelando quelle nelle quali la personalità dell'uomo può liberamente e positivamente 'svilupparsi' e non le altre. Questa differenza non è deducibile dalla lettera della norma in questione (che parla di formazioni 'ove si svolge', e non 'ove si sviluppa', la personalità dell'uomo). Essa inoltre contraddice alla portata garantistica del limite della legge penale previsto per la libertà di associazione e, soprattutto, appare pericolosa nella sua pratica attuazione, consentendo ai detentori del potere di differenziare discrezionalmente formazioni sociali da formazioni sociali» [così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 14-15. L'A. conclude pertanto nel senso che «le formazioni sociali cui allude l'art. 2 sono non soltanto quelle aventi una struttura associativa e una base 'volontaria' (associazioni civili o religiose, partiti politici, sindacati, società cooperative, comunità di lavoro, ecc.) – le uniche formazioni sociali per le quali si pone un problema di soggettività giuridica –, ma anche le formazioni 'naturali' (come la famiglia, la partecipazione alla quale, da parte dei figli, è a base 'necessaria') e quelle risultanti da un'aggregazione meramente 'materiale', anche se 'volontaria' (come le riunioni)» (p. 15)].

Per la tesi secondo la quale l'art. 2 tutelerebbe solo le formazioni sociali nelle quali la personalità dell'uomo può liberamente e positivamente «svilupparsi», cfr. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, tomo II, 1058; P. RESCIGNO, *La tutela della personalità nella famiglia*, *nella scuola*, *nelle associazioni*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, vol. IV, Milano, 1974, 4010 ss.; A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 70.

[3] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 363.

[4] Ricostruisce le posizioni teoriche espresse in argomento S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, Napoli, 1986, 98 ss.

espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria» [5], non si può non osservare, da un lato, che, ai nostri specifici fini, appaiono rilevanti anche alcune disposizioni costituzionali che, sebbene non prevedano doveri costituzionali in senso stretto, tuttavia prescrivono «limiti» all'autonomia di alcune formazioni sociali, o di suoi singoli membri, anche in nome del principio di solidarietà al quale si riferisce espressamente l'art. 2 Cost. [6]; dall'altro, che, in via generale, nel nostro ordinamento non esistono soltanto doveri di solidarietà, e che, dunque, non sono di per sé da ritenersi incostituzionali le previsioni normative di doveri che alla solidarietà politica, economica e sociale non si ispirino [7].

Del resto, lo stesso art. 23 Cost., dal quale si desume l'esistenza di una generale riserva di legge in materia di imposizione di prestazioni personali e patrimoniali («e, quindi, [di] imposizione di 'obblighi' e 'doveri'» [8]), sia da parte dei poteri pubblici sia, e *a fortiori*, da parte dei poteri privati, non condiziona tale imposizione alla ricorrenza di esigenze di solidarietà [9].

---

[5] Così G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 40.

[6] Cfr., in generale, A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, Napoli, 1992, 48, secondo il quale «natura implicita di doveri sembrano avere alcune delle limitazioni apposte all'ampiezza delle facoltà insite nell'esercizio dei diritti». Sul punto v. oltre la categoria dei doveri della *consociatio*.

Del resto, anche rispetto alle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio costituzionalmente previste si ricorre alla generica espressione «diritti» per indicare in realtà entità giuridicamente eterogenee.

[7] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 56.

[8] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 58. Cfr. altresì C. cost., sentt. nn. 12 del 1972, 29 del 1977 e 252 del 1983.

[9] Esclude invece la possibilità di prevedere «ulteriori» limitazioni ai diritti costituzionali «in omaggio alla solidarietà», oltre a quelli puntualmente previsti nelle disposizioni costituzionali, L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 54: «il richiamo [dell'art. 23 Cost.] non appare adeguato in quanto può fondatamente ritenersi che il Costituente non abbia affatto inteso dare la possibilità di imporre nuovi doveri non previsti, ma abbia riservato al legislatore il potere di imporre prestazioni personali o patrimoniali *in attuazione* dei doveri sanciti in altre norme della Costituzione, stante la loro genericità e la necessità quindi della *interpositio* del legislatore stesso, allo scopo di renderli operativi».

Altri, invece, hanno sostenuto che se il legislatore ordinario può prevedere «ulteriori» doveri, tale imposizione deve essere giustificata solo da esigenze di solidarietà (cfr. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 91).

Cfr. altresì A. BARBERA, *La libertà tra «diritti» e «istituzioni»*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, Milano, 1977, 53, secondo il quale a «maggiori affermazioni di libertà» deve «necessariamente corrispondere una maggiore dose di solidarietà». Pertanto, ove sia possibile «una maggiore apertura verso nuovi spazi di libertà, parallelamente non potranno non aprirsi nuovi orizzonti per una maggiore affermazione di doveri di solidarietà».

In argomento cfr. altresì S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 105-106, il quale sostiene che se è vero che doveri «ulteriori» possono essere individuati e prescritti con legge ordinaria, e se è vero che la copertura costi-

Alla luce di tali considerazioni, è evidente che l'accostamento delle due espressioni - «doveri» e «formazioni sociali» - non consente di costruire una categoria analitica che abbia una qualche utilità teorica: essa verrebbe a comprendere, infatti, solo per citare qualche esempio, il «metodo democratico», *ex* art. 49 Cost., quale limite costituzionale alla libertà di associazione in partiti politici; il «dovere di fedeltà alla Repubblica», *ex* art. 54 Cost., se e in quanto dovere costituzionale specificamente rivolto alle confessioni religiose, piuttosto che ai partiti politici o ad altri gruppi o ad altre forme di organizzazione collettiva; la «funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata», *ex* art. 45 Cost., quale limite alla costituzione e all'organizzazione delle società cooperative aventi scopo mutualistico; i limiti costituzionali della libertà di iniziativa economica privata e della funzione sociale del diritto di proprietà, *ex* artt. 41 e 42 Cost., per le società aventi ad oggetto un'«attività economica allo scopo di dividerne gli utili» (*ex* artt. 2247 ss. c.c.), ecc. ecc. ecc., e vi rientrerebbero altresì i limiti espressamente previsti dall'art. 18 Cost. alla libertà di associazione.

Per questi motivi, nell'impossibilità di delineare una categoria analitica in materia di «doveri» e «formazioni sociali», il lavoro che segue si propone un duplice e limitato obiettivo:

1. il primo obiettivo consiste nel tracciare una sintetica mappa al fine di individuare e di classificare tutte le ipotesi di situazioni giuridiche soggettive di svantaggio che potrebbero in astratto configurarsi attraverso l'accostamento dei due termini-chiave – «doveri» e «formazioni sociali» – così come sopra intesi (§§ 2 e 3).

Nel § 2, in particolare, sarà illustrata la mappa dei doveri del *civis/fidelis* (intendendo, con questa espressione, il cittadino appartenente a una qualunque formazione sociale, non necessariamente di carattere confessionale/religioso: il *civis/fidelis* è, in altri termini, «l'individuo [che] viene in risalto sotto il duplice

---

tuzionale di tale potere del legislatore è fornita dall'art. 23 Cost., è altresì vero che «la riserva (relativa) di legge da tale disposizione prevista si atteggia come 'riserva di modo di provvedere', sicché la norma non appare idonea a fondare di per sè autonomi doveri costituzionali, bensì ad integrarne alcuni (così per il dovere di prestazione tributaria, art. 53) o a rafforzarne altri (così per il dovere di servizio militare, art. 52, II, ovvero per il dovere di prestazione del giuramento che incombe a carico di taluni cittadini, art. 54, II). L'idea che da tale norma derivi, comunque, il principio generale dell'autodeterminazione individuale *nei limiti delle leggi* è stata sostenuta e merita accoglimento, purché si precisi che la sfera di più gelosa autodeterminazione del singolo è, in linea di massima, sottratta dalla Costituzione alla disponibilità del legislatore (…) o facendogli mancare del tutto la competenza ad intervenire (in conseguenza della completa attrazione della disciplina della materia al livello costituzionale) ovvero variamente vincolandone l'esercizio, attraverso l'istituto della riserva *rinforzata* (onde, per venire a qualche esempio, riconoscimento dell'obiezione di coscienza al servizio militare e diversificazione delle modalità di prestazione del giuramento sono al legislatore, non che facultati, imposti dall'esigenza di apprestare tutela all'identità culturale di taluni soggetti, quale si trae dal combinato disposto degli artt. 2, 9, 19, 21, 30 e 33 Cost.».

profilo di cittadino e di soggetto privato nei suoi nessi privati …»[10]); mentre nel successivo § 3 sarà illustrata la mappa dei doveri della *consociatio* in quanto tale (intendendo, con questa espressione, la formazione sociale nel senso sopra specificato).

2. il secondo obiettivo consiste nel riflettere su una particolare ipotesi di «conflitto di lealtà» che l'accostamento dei due termini-chiave suscita, e che sembra rivestire particolare interesse per il nostro ordinamento, anche alla luce delle recenti vicende istituzionali che hanno riportato in primo piano le problematiche intorno ai rapporti tra etica e politica (§ 3.1.). Come meglio si dirà, la scelta di approfondire questo peculiare profilo è motivata da ragioni di ordine anche teorico.

2. I DOVERI DEL *CIVIS/FIDELIS*

Tenendo presente quanto sintetizzato nelle premesse in ordine alle due nozioni di «dovere» e di «formazione sociale», è possibile ora procedere, in modo analitico, a una prima classificazione dei doveri del *civis/fidelis* attraverso il ricorso a due categorie generali.

La prima è costituita dai doveri imposti dall'ordinamento giuridico al *civis/fidelis* (doveri *ex parte principis*). Tali doveri, a loro volta, possono essere distinti in due sottocategorie, a seconda dei soggetti che l'ordinamento si prefigge di tutelare allorché prescrive situazioni giuridiche di svantaggio a carico del *civis/fidelis*. Si possono pertanto individuare, da un lato, i doveri imposti dall'ordinamento giuridico al *civis/fidelis* a favore della generalità dei consociati (doveri *ex parte principis pro principe*), e, dall'altro, i doveri imposti dall'ordinamento giuridico al *civis/fidelis* a favore della formazione sociale o di suoi singoli membri (doveri *ex parte principis pro consociatione*).

La seconda categoria generale comprende invece i doveri imposti dalla formazione sociale medesima ai propri membri (doveri *ex parte consociationis*).

2.1. *I doveri imposti dall'ordinamento giuridico al* civis/fidelis *(doveri* ex parte principis*)*

Nell'ambito della categoria dei doveri che l'ordinamento giuridico impone al singolo *civis/fidelis* a favore della generalità dei consociati (doveri *ex parte principis pro principe*), è necessario procedere attraverso il ricorso ad un'ulteriore dicotomia, che consente di distinguere tra i doveri *ex parte principis pro principe* im-

[10] V. CRISAFULLI, *Individuo e Stato nella Costituzione italiana*, in *Il dir. del lavoro*, 1954, 78.

propri del *civis/fidelis* e i doveri *ex parte principis pro principe* propri del *civis/fidelis.*

I primi sono tutti i doveri che l'ordinamento giuridico prevede a carico del cittadino senza ulteriori qualificazioni: per questa categoria, per quanto ci riguarda, si tratta soltanto di verificare se possa rilevare, in qualche modo, la circostanza di fatto che il cittadino appartenga contestualmente a una formazione sociale.

I secondi sono i doveri previsti dall'ordinamento giuridico a carico del *civis* in quanto *fidelis*.

Rispetto a tutte le situazioni giuridiche di svantaggio di cui risulti essere titolare il cittadino che sia al contempo membro di una formazione sociale, occorre precisare il dato normativo costituzionale di base, ossia la previsione del principio di eguaglianza formale *ex* art. 3, comma 1, Cost. Da questo dato normativo derivano alcuni corollarî per l'argomento di cui si tratta.

In primo luogo, dal principio di eguaglianza in senso formale deriva il corollario secondo il quale i doveri imposti dall'ordinamento al *civis* – senza ulteriori qualificazioni – s'intendono rivolti anche al *civis/fidelis*: eventuali forme di obiezione all'adempimento di tali doveri avanzate dal *civis/fidelis* sulla base di motivazioni soggettive che si riferiscano alla sua appartenenza a un gruppo portatore di determinate convinzioni – religiose, etiche, filosofiche – non rilevano in quanto tali. Di fronte all'ordinamento giuridico rileva esclusivamente la coscienza individuale, e, dunque, le convinzioni del *civis/fidelis* rilevano se e nella misura in cui rilevano quelle di un qualunque *civis* [11].

L'appartenenza a formazioni sociali, se e in quanto incida sulle «condizioni personali e sociali», e sulle distinzioni «di razza», «di religione» e di «opinioni politiche», non può essere causa di differenze di trattamento. Ne deriva che, in generale (ma si rinvia altresì a quanto si dirà a proposito dei c.d. doveri *propri* del *civis/fidelis*), il legislatore ordinario che rendesse operativi i doveri costituzionali attraverso la specificazione con legge di obblighi aventi contenuti distinti sulla base dell'appartenenza a formazioni sociali, violerebbe il principio di eguaglianza in senso formale [12].

Certo, l'ordinamento giuridico non può essere indifferente a forme di «obiezione organizzata» [13] e propagandata, e, prima ancora, l'ordinamento giuridico

---

[11] Sulla libertà di coscienza come autonomo diritto fondamentale e sul suo fondamento costituzionale v. S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., cap. I, § 3.

[12] Quanto affermato nel testo non vuol significare, evidentemente, che l'appartenenza a formazioni sociali non abbia alcuna rilevanza giuridica: oltre alle ipotesi, di cui si dirà a proposito dei c.d. doveri *propri* del *civis/fidelis*, lo stesso legislatore non rimane del tutto insensibile rispetto alle condizioni personali e sociali del *civis* appartenente a formazioni sociali (si pensi, solo per citare qualche esempio, alla previsione della facoltà di astenersi dal testimoniare contro i congiunti più prossimi *ex* art. 199 c.p.p., e a quella che statuisce la non punibilità di reati contro il patrimonio commessi a danno di congiunti *ex* art. 649 c.p.).

[13] Impiega questa espressione, contrapponendola a quella che invece identifica l'«obiezio-

non può essere indifferente al grado di diffusione, di organizzazione, di radicamento, nella generalità dei consociati, delle convizioni, dei costumi, dei valori, ecc., che costituiscono lo specifico patrimonio culturale, in senso lato, dal quale le formazioni sociali derivano anche i doveri che esse stesse impongono ai propri membri, e che potrebbero, in ipotesi, porsi in contrasto con i doveri imposti dall'ordinamento. Come si avverte, quanto appena affermato costituisce un punto essenziale per il tema che ci occupa: esso rinvia alle problematiche suscitate dai «conflitti di lealtà», ma che in questa sede rilevano solo in quanto conflitti interiori del singolo cittadino: «l'appello alla 'coscienza' impone di ritrovarne la radice anzitutto nell'atteggiamento interiore di *ciascun soggetto* che la pratica» [14].

Tutte le problematiche che qui si pongono in ordine alla «doppia lealtà» di fronte alla quale il cittadino si potrebbe trovare (e che possono dare vita a forme di «obiezione», in alcuni casi risolvibili attraverso il ricorso al principio della c.d. convertibilità dei doveri pubblici [15], che non solo non si pone in contrasto con il principio di eguaglianza, ma di questo costituisce diretta applicazione) non rilevano per l'appartenenza del *civis* a una formazione sociale, ma in quanto la sua

---

ne atomistica», S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 130.

[14] Così S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 131.

[15] In argomento v. già R. LUCIFREDI, *Il problema della convertibilità dei pubblici doveri con riferimento all'obbligo militare*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1936, I, 127 ss.

In argomento cfr. altresì F. MARZANO, *Libertà costituzionali, obiezione di coscienza e convertibilità dell'obbligo di leva*, Napoli, 1987, 51 ss., la quale, però, conclude nel senso della necessità di distinguere in materia tra appartenenti a confessioni religiose diverse: secondo l'A., infatti, l'obiezione dei cattolici sarebbe illegittima, perché l'ordinamento della Chiesa non prevede e non istituzionalizza l'obiezione di coscienza al servizio militare, e anzi impone al cattolico l'obbligo di obbedienza alle leggi dello Stato (pertanto il cattolico, vigente l'obbligo del servizio militare, avrebbe potuto avvalersi della convertibilità dell'obbligo di leva non in quanto cattolico, ma in base a generici motivi religiosi); mentre l'obiezione degli acattolici sarebbe legittima in quanto le relative confessioni «istituzionalmente» rifiutano qualsiasi inquadramento gerarchico nonché l'uso delle armi.

Cfr. altresì A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., 58 ss.; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., spec. 89, dove si insiste – a fronte della inderogabilità del dovere costituzionale, ma della derogabilità delle modalità di adempimento del dovere stesso – sui margini di libertà insiti anche nelle situazioni giuridiche di svantaggio, e per gli obblighi di natura pubblicistica, in particolare, sulle possibili opzioni intorno al «come» ed eventualmente al «quando» e al «dove» adempiere.

L'obbligo di prestare servizi sostitutivi al servizio militare di durata maggiore rispetto a quest'ultimo fu considerato dalla Corte costituzionale irragionevole: v. sentt. nn. 164 del 1985 e 470 del 1989.

Sul pericolo che la conversione dell'obbligo, per conseguire ugualmente l'adempimento dei doveri di solidarietà, finisca col creare una situazione di disparità di trattamento che, di fronte all'art. 3 Cost. e con specifico riferimento alla tutela costituzionale della libertà di coscienza, potrebbe risultare irragionevole, v. ancora A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., 60-61.

coscienza, l'unica che rileva, abbia interiorizzato i precetti propri della formazione sociale medesima [16].

Si pone, semmai, la questione relativa alla tutela della libertà di coscienza all'interno della formazione sociale, e, dunque, la questione del dovere della formazione sociale di non pregiudicare tale libertà: infatti, «se (…) ai diritti corrispondono spesso doveri (in senso lato) anche a carico di privati, è lo stesso riconoscimento dei diritti inviolabili fatto nell'art. 2 Cost. – sia che si segua la tesi della fattispecie 'chiusa', sia *a fortiori* se si segue la tesi della fattispecie 'aperta' – che implica il riconoscimento di doveri 'ulteriori' rispetto a quelli di solidarietà politica, economica e sociale previsti nella seconda parte della stessa disposizione» [17].

Ne deriva altresì che il tema di cui si tratta acquista una sua specificità e un suo particolare interesse se le ipotesi di «doppia lealtà» sono riferite alla formazione in quanto tale, e dunque se l'attenzione si sposta sui doveri della formazione, e sulla possibilità di configurare una libertà di coscienza collettiva (o un esercizio collettivo della libertà di coscienza) [18].

L'esame della giurisprudenza costituzionale assicura queste conclusioni, poiché l'analisi dei casi sottoposti all'attenzione della Corte costituzionale conferma quanto sinora sostenuto: tutte le questioni – rispetto alle quali la Corte è stata chiamata a pronunciarsi – che hanno alla base un contrasto tra due norme avvertito come assolutamente cogente e tale da spingere un soggetto a rifiutarsi di osservare una norma giuridica adducendo il proprio conflitto interiore, si riferiscono all'obiezione di coscienza individuale, sebbene, in molti casi, l'obiezione venga motivata sulla base di convinzioni di tipo religioso.

La nota vicenda relativa all'obiezione al giuramento è particolarmente sintomatica delle considerazioni sopra esposte: essa mostra infatti come sia stato necessario, in questo caso, tutelare anche la coscienza individuale dell'ateo (non appartenente dunque a formazioni sociali) che si rifiutava di giurare facendo riferimento alla divinità.

Le motivazioni in base alle quali l'obiettore si rifiuta di giurare possono infat-

---

[16] Cfr. G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, vol. III, Torino, 2006, 1147: «Ciascun individuo è portatore di un proprio personalissimo sistema di valori: ciò impone fedeltà ai propri principi, coerenza rispetto ai codici interiori, congruenza delle scelte, insomma, una sostanziale lealtà verso se stessi. Così ogni qual volta norma giuridica e norma interiore dovessero mostrare incompatibilità, si riproporrebbe la necessità d'una scelta. E se è vero che, trovandosi nella necessità di sacrificare un rapporto di fedeltà ad un altro, l'individuo tende a privilegiare la lealtà verso quel gruppo nel quale la coesione è maggiore e l'intimità più gelosa (…), non è poi azzardato concludere che la fedeltà a cui egli tiene sopra tutte le altre è precisamente quella verso i propri principi, visto che non è concepibile un rapporto di più gelosa intimità di quello che si intrattiene con se stessi».

[17] Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 56-57.

[18] Per questi temi si rinvia dunque alle analisi e alle considerazioni svolte nei paragrafi successivi.

ti essere ricondotte a due specie: la laicità della coscienza, che impedisce di giurare con una formula che impegni dinanzi a Dio (c.d. obiezione nel giuramento), e l'obbedienza al precetto confessionale, che vieta di giurare (c.d. obiezione al giuramento) [19]. Nel primo caso viene in discussione il tipo di formula adottata, nel secondo l'istituto nel suo complesso.

Entrambe le questioni emersero in relazione al giuramento del testimone nel processo. Tuttavia, in un primo momento, la Corte costituzionale non le accolse, sulla base di argomentazioni, fortemente criticate dalla dottrina, che ruotavano, da un lato, intorno alla considerazione che l'ateismo non riceve tutela dall'art. 19 Cost. poiché si colloca fuori della vita religiosa, e, dall'altro, intorno all'affermazione secondo la quale la formula del giuramento rispondeva «alla coscienza del popolo italiano costituito nella quasi totalità di credenti» [20].

---

[19] A. GUARINO, *Obiezione di coscienza e valori costituzionali*, cit., 77 ss.

[20] Cfr. sentt. nn. 58 del 1960 e 85 del 1963. Nella prima delle sentenze citate la Corte costituzionale aveva affermato che, anche se «comunque spetta al legislatore ordinario vedere se e come la formula del giuramento possa essere modificata», tale formula, con il suo riferimento alla divinità, «risponde alla coscienza del popolo italiano, costituito nella quasi totalità di credenti e, quindi, presupponendo nel giurante la credenza in Dio, è adeguata a qualsiasi confessione, anche acattolica. La situazione del non credere è fuori della previsione dell'art. 449, perché la libertà religiosa, pur costituendo l'aspetto principale della più estesa libertà di coscienza, non esaurisce tutte le manifestazioni della libertà di pensiero: l'ateismo comincia dove finisce la vita religiosa (…). L'impegno (…) relativo alla veridicità dei fatti, oggetto della prova, è reso solenne da un triplice ammonimento religioso morale-giuridico; cioè da un insieme di valori atti a vincolare la coscienza del testimone. Ma a differenza del credente, che è consapevole della responsabilità che col giuramento assume davanti a Dio, l'ateo non viene ad assumere eguale responsabilità verso un Ente Supremo, la cui esistenza egli nega. Il giuramento non impone all'ateo una confessione religiosa. Le parole 'consapevole della responsabilità che col giuramento assumete davanti a Dio' nei confronti di chi faccia professione di ateismo vanno intese nel senso di un richiamo alla responsabilità che il credente, e soltanto lui, assume col giuramento davanti a Dio. Il vincolo, nei riguardi dell'ateo, di dire la verità è perciò rafforzato esclusivamente dalla consapevole responsabilità che assume con l'atto del giuramento davanti agli uomini, responsabilità puramente morale, e dalla minaccia di una sanzione penale; ma non dal senso della Divinità che per lui è irrilevante. Giova, a tal punto, ricordare che la formula del giuramento appare ispirata ai sentimenti della coscienza comune quale espressione dei valori morali e religiosi, che possono agire sul testimone per spronarne il senso del dovere; mentre la varietà delle formule, nel succedersi delle legislazioni, sta a significare che la scelta degli elementi che la compongono (morali-religiosi ecc.) è fatta dal legislatore, in base alla influenza che i vari elementi, in un dato momento storico, possono esercitare sulla collettività per assicurare la veridicità della prova».

E nella sentenza del '63, la Corte ribadiva che «la norma dell'art. 251 del c.p.c. (come del resto l'altra dell'art. 449 c.p.p.) non impone un atto di culto, perché la formula che vi è contenuta, come già la Corte ha affermato (…), ha il carattere di richiamo a generali valori religiosi che non possono essere ascritti a questa o a quella 'denominazione' o 'confessione', sicché essa non interviene nell'ordine proprio delle religioni professate, ma sta e resta nell' 'ordine' statale, che è indipendente e sovrano e non può essere condizionato o menomato da precetti a sè estranei».

Nella successiva sentenza n. 117 del 1979, invece, la Corte, con un dispositivo di tipo additivo, che inseriva nella formula del giuramento l'inciso «se credente», risolveva il problema di coscienza dell'ateo consentendo contemporaneamente al credente di fare riferimento alla divinità e al non credente a valori morali, mediante la medesima formula [21].

Rispetto al problema di coscienza del credente, ossia al problema dell'obiezione sollevata contro l'istituto del giuramento in sé, la Corte intervenne in una prima occasione con la sentenza n. 234 del 1984, dichiarando inammissibile la questione, in quanto richiedente «un tipo di risposta chiaramente eccedente i poteri di questa Corte», che avrebbe coinvolto «una pluralità di scelte discrezionali individuabili dal solo legislatore». A seguito dell'intervento del legislatore, in occasione dell'approvazione del nuovo codice di procedura penale – che ha trasformato il giuramento in una mera assunzione di impegno a deporre secondo verità (art. 497 c.p.p.) – la Corte ha avuto occasione d'intervenire nuovamente allo scopo di estendere anche al testimone del processo civile questa formula [22].

In conclusione: gli esempi tratti dalla giurisprudenza della Corte costituzionale potrebbero moltiplicarsi, ma il dato che tutti li accomuna è la considerazio-

---

Per le critiche mosse dalla dottrina alla giurisprudenza della Corte, v. soprattutto S. MANGIAMELI, *La «laicità» dello Stato tra* neutralizzazione *del fattore religioso e* «pluralismo *confessionale e culturale» (a proposito della sentenza che segna la fine del giuramento del teste nel processo civile)*, in *Diritto e Società*, 1997, 27 ss. (e *ivi* la bibliografia citata).

[21] Così motivava la Corte: «essendo il carattere del giuramento qualificato in via primaria dal contenuto della formula proposta a chi è tenuto a pronunziarlo, non si può negare che una parte delle espressioni previste a questo fine dall'art. 251 c.p.c. e dall'art. 449, comma 2, del codice di procedura penale (…) rivesta un significato sicuramente religioso. Il richiamo alla responsabilità che il testimone assume davanti a Dio non ha certo carattere confessionista o confessionale – nel senso di essere ricollegabile ad una specifica confessione (cattolica, protestante e così via) – ma nel linguaggio comune evoca un impegno di veridicità da assumere nei confronti di un Essere soprannaturale e supremo, di natura trascendente, dotato di (…) onnipotenza e onniscienza, (…) di un Dio che legge nel cuore dell'uomo e giudica i suoi comportamenti. Nè si può dire che il carattere religioso dell'atto viene meno perché ciò che si richiede è la semplice consapevolezza intellettuale di valori evocati e di responsabilità ad essi riferite; valori, non condivisi dall'ateo, che ispirano una parte della formula. In realtà, il momento conoscitivo, o meglio, della consapevolezza in tanto può essere ragionevolmente richiamato in quanto presupponga quell'adesione anche di natura volitiva in che consiste propriamente la fede nella Divinità. Altrimenti, se non credesse in Dio, non si vede quale responsabilità e verso chi potrebbe assumere il soggetto tenuto a giurare».

Inoltre la Corte, modificando il suo precedente orientamento, da un lato, faceva propria l'opinione prevalente che «fa ormai rientrare la tutela della c.d. libertà di coscienza dei non credenti in quella della più ampia libertà in materia religiosa assicurata dall'art. 19, il quale garantirebbe altresì (analogamente a quanto avviene per altre libertà: ad es. gli articoli 18 e 21 Cost.) la corrispondente libertà 'negativa'; dall'altro, affermava che «gli artt. 19 e 21 Cost. tutelano innanzitutto l'opinione religiosa propria della persona, essendo indifferente che essa si iscriva o meno in quella di una minoranza».

[22] V. sent. n. 149 del 1995.

ne che davanti al dovere c'è la coscienza dell'individuo e non il gruppo che eventualmente tale coscienza abbia contribuito a plasmare.

La seconda categoria di doveri *ex parte principis* (e imposti a favore della generalità dei consociati) si riferisce ai doveri *propri* del *civis/fidelis*: trattasi di doveri previsti dall'ordinamento giuridico a carico del *civis* in quanto *fidelis*.

Nella Costituzione italiana non si danno ipotesi direttamente riconducibili a questo tipo, salvo che si pretenda di considerare, per esempio, il dovere dei genitori di istruire i figli *ex* art. 30 Cost. come un dovere imposto, oltre che a favore dei figli stessi, anche a favore dell'intera collettività.

A livello legislativo, se, come si è detto, il legislatore potrebbe prescrivere «ulteriori» doveri/obblighi, oltre a quelli che trovano diretto fondamento nella Costituzione, è altresì vero che la previsione di questa categoria di doveri si giustificherebbe solo sulla base di un fondamento razionale/ragionevole, pena la violazione del principio di eguaglianza.

Inoltre potrebbe darsi il caso che la norma prescrittiva del dovere sia formulata in termini generali e astratti, e apparire per questo rispettosa del principio di eguaglianza, ma che di fatto si riveli discriminatoria per alcune categorie di soggetti.

Ne costituirebbe un esempio l'obbligo, sancito in Francia, in applicazione del principio di laicità, di astenersi dal manifestare la propria appartenenza religiosa attraverso l'esibizione («le port»), in maniera vistosa («ostensiblement»), nelle scuole, collegi e licei pubblici, di segni o abiti («de signes ou de tenues») dai quali potrebbe emergere tale appartenenza religiosa [23].

---

[23] L. 15 marzo 2004, n. 228, in *Journal Officiel*, 17 marzo 2004, n. 65, 5190. La legge fu seguita da una più ampia circolare di applicazione del 18 maggio 2004, in *Journal Officiel*, 22 maggio 2004, n. 118, 9033. Nella circolare sono esemplificati i seguenti segni e indumenti: il velo islamico, la kippa ebraica, il crocefisso cristiano di dimensioni manifestamente eccessive. Precisa la circolare che l'elenco non è esaustivo, applicandosi il divieto a tutte le religioni e quindi anche a segni diversi da quelli indicati.

Almeno fino ad ora, ossia almeno fino all'epoca degli attentati terroristici di Londra del 7 luglio 2005, analoghe problematiche hanno trovato soluzioni diverse nel Regno Unito, dove vige in generale il principio secondo il quale devono essere lasciate alle comunità di appartenenza le decisioni sulle materie che esse stesse ritengono essenziali per la conservazione della propria identità (così, ad esempio, ogni cittadino ha il diritto di indossare il proprio abbigliamento rituale, anche in deroga a norme sull'ordine pubblico e la sicurezza stradale, come quella sull'obbligo dei motociclisti di portare il casco: cfr. S. VOLTERRA, *La tutela di minoranze etniche e razziali nel Regno Unito*, in S. BARTOLE-N. OLIVETTI RASON-L. PEGORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998, 117 ss.).

È da segnalare, tuttavia, che, recentemente, forse anche sotto l'influenza delle distorsioni ideologiche diffuse per via mediatica, per la prima volta un tribunale inglese ha vietato la possibilità di indossare la *jilbab*, un'ampia tunica che copre tutto il corpo, a un'allieva di fede islamica, ancorché la Corte d'appello abbia poi ristabilito la libertà di abbigliamento delle alunne (cfr. *High Court of Justice* di Luton del 27 maggio 2004, riformata da *Supreme Court of Judicature* di Londra del 2 marzo 2005, entrambe in *www.olir.it*). Analogo atteggiamento è accolto in Canada, dove la Corte Suprema, con la sent. 2 marzo 2006, n. 30322, *Multani* c. *Com-*

E, ancora, il divieto del matrimonio poligamico, benché formulato in termini generali e astratti, acquista in realtà un significato *proprio* per i cittadini la cui confessione religiosa consente la poligamia (*rectius*, la poliginia, dal momento che la donna non ha eguale diritto degli uomini al riguardo) [24].

La categoria dei doveri *ex parte principis pro consociatione* comprende invece i doveri che l'ordinamento giuridico impone al *civis/fidelis* a favore della formazione sociale medesima o a favore di alcuni dei suoi membri: si tratta quindi, in ogni caso, di doveri *propri* del *civis/fidelis*, ossia di doveri imposti dall'ordinamento al *civis* in quanto *fidelis* (qui, si ripete, a favore della formazione medesima o di suoi singoli membri).

Vi rientrano, per esempio, i doveri costituzionali (e i relativi specifici obblighi previsti dalla legislazione ordinaria) a carico dei membri della famiglia, in alcuni casi a favore dei suoi singoli membri, in altri casi a favore della famiglia come tale (dovere di eguaglianza morale e giuridica dei coniugi come singoli *ex* art. 29,

---

mission Scolaire Marguerite-Bourgeoys – anche questa pubblicata in *www.olir.it* – ha riconosciuto il diritto di portare il *kirpan*, il rituale pugnale di metallo con lama a doppio taglio. Per un commento v. G. PASSANITI, *La Corte suprema canadese ed i simboli religiosi: una scelta multiculturale*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, II, 737 ss.).

In argomento, anche per un'ampia rassegna comparatistica, v. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose. Un percorso costituzionale*, Bologna, 2006, 19 ss. e 163 ss., secondo il quale le politiche della *République* e quelle del *Londonistan* sarebbero sintomatiche dei due modelli opposti di affrontare i conflitti tra diversità culturali e religiose (anche se, secondo l'A., entrambi i modelli avrebbero «una comune matrice, apparentemente insospettabile: pur agli estremi opposti, si collocano nell'ambito delle politiche di ordine pubblico, piuttosto che in quelle dell'integrazione, in forma autonoma ma non conflittuale, delle culture di appartenenza con quella dell'intera comunità politica. Le politiche della *République* e del *Londonistan*, opposte negli esiti, presuppongono quelle culture a compartimenti stagni, quelle identità rigide, sostanziali e non processuali, che impediscono l'inclusione dell'altro. Entrambe finiscono per accedere, più o meno consapevolmente, ad una sorta di mitologia sostitutiva del carattere politico ed economico dei conflitti. Questi vengono ricondotti, infatti, all'ammasso delle impostazioni culturali. Le minacce alla pace sociale e, massimamente, il terrorismo diventano oggetto di un colossale travisamento: vengono attribuiti alle culture che, confezionate in grandi pacchetti *prêt à porter*, sono presentate come l'origine dello 'scontro di civiltà'» (p. 12).

Cfr. altresì i diversi contributi in argomento pubblicati nella sezione monografica di S. SICARDI-M.P. VIVIANI SCHLEIN (a cura di), *Il problema delle manifestazioni di credo religioso nella vita pubblica*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2005, I, 127 ss.

Sul divieto di manifestare l'appartenenza ad una confessione religiosa attraverso l'esibizione di simboli vi è ormai una cospicua giurisprudenza anche della Corte di Strasburgo: cfr. D. TEGA, *La libertà religiosa e il principio di laicità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, Torino, 2004, 298 ss.; E. BRANDOLINO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e l'annosa questione del velo islamico*, in *Dir. pubbl. comparato ed europeo*, 2006, I, 97 ss.

[24] In argomento R. MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, Milano, 2005, spec. 183 ss.

comma 2, limiti a tale eguaglianza a garanzia dell'unità familiare *ex* art. 29, comma 2, dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio *ex* art. 30, comma 1).

Un dato accomuna le decisioni della Corte costituzionale pronunciate in questa materia rispetto alla tipologia di doveri di cui si tratta: la Corte sembra ispirarsi a un generale *self restraint* in nome del rispetto della discrezionalità del legislatore nello specificare modi e forme della loro attuazione; al giudice delle leggi compete solo l'accertamento che gli uni e le altre non contrastino con l'esigenza della ragionevolezza [25].

Infatti per questa categoria di doveri (così come per quella dei doveri *ex parte principis pro principe* c.d. propri) si può porre la questione relativa alla ragionevole disparità di trattamento per il *civis/fidelis* rispetto al *civis* senza ulteriori qualificazioni: trattandosi di prescrizioni poste esclusivamente a carico di alcune categorie di cittadini – coloro che appartengono ad alcune formazioni sociali – è necessario verificarne la ragionevolezza (es. obbligo di fedeltà tra due persone non legate dal vincolo matrimoniale [26]).

Inoltre la Corte costituzionale ha sostenuto che i doveri di solidarietà generale, che gravano su tutti i cittadini, si pongono in un rapporto di «sussidiarietà» rispetto alla categoria dei doveri del *civis/fidelis* qui qualificati come *pro consociatione*.

Così, per esempio, in ordine al «rapporto tra l'intervento dello Stato nell'assistenza in funzione di solidarietà generale e gli obblighi di assistenza nell'ambito della solidarietà coniugale», la Corte ha affermato che «in un sistema costituzionale che richiede, tra l'altro, l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale (art. 2) e sancisce il diritto al mantenimento ed all'assistenza sociale di chi sia inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere (art. 38, comma 1), l'apporto di chi abbia specifici doveri solidaristici e quello della collettività si presentano in una relazione non di esclusione, ma di integrazione

---

[25] Cfr. per es. C. cost., sentt. nn. 147 del 1969, 46 del 1970 e 42 del 1972.

[26] Sull'illegittimità costituzionale dell'art. 156, comma 1, c.c., nella parte in cui, disponendo che per i coniugi consensualmente separati perduri l'obbligo reciproco di fedeltà, non limita quest'ultimo al dovere di astenersi da quei comportamenti che, per il concorso di determinate circostanze, siano idonei a costituire ingiuria grave all'altro coniuge, v. C. cost., sent. n. 99 del 1974.

In generale, su disparità di trattamento tra matrimonio e famiglia di fatto v. per es. sentt. nn. 423 del 1988, 644 del 1988, 1122 del 1988, 75 del 1991, 8 del 1996, 166 del 1998, 352 del 2000 e 461 del 2000.

Nella sent. n. 158 del 1991 la Corte afferma, in particolare, che «l'inderogabilità dei doveri di solidarietà (…) nella specifica formazione sociale costituita dalla famiglia, di cui agli artt. 29 e 30 Cost., non è invocabile quando il legame familiare venga meno perché privato del fondamento della verità della filiazione. Nè quel legame è automaticamente surrogabile in equivalenza con l'altro della c.d. famiglia degli affetti, dato che quello è radicato legalmente in una dichiarazione di scienza rivelativa della procreazione, e questo invece in un atto di volontà, che ha per presupposto l'assenza di un vincolo di sangue».

reciproca: sia nel senso che vi sono taluni interventi di sostegno che vanno direttamente 'predisposti' dallo Stato, sia nel senso che vanno da esso 'integrati' quelli privati laddove questi non risultino sufficienti alla liberazione dallo stato di bisogno (art. 38, comma 4)»[27].

2.2. *I doveri imposti dalla formazione sociale al* civis/fidelis *(doveri* ex parte consociationis*)*

Dall'art. 23 Cost. si ricava che una formazione sociale non può imporre direttamente obblighi/doveri costituzionali in capo a un suo membro.

Infatti, se è vero che, come si è già anticipato in apertura, la previsione dei doveri inderogabili di solidarietà *ex* art. 2 Cost., nonché la configurazione di eventuali «ulteriori» doveri, spetta in esclusiva al legislatore, poiché il principio di legalità non consente che un pubblico potere possa essere esercitato se non sulla base di norme legislative che determinino competenze e attribuzioni, si deve senza alcun dubbio concludere nel senso che «la concretizzazione di un dovere costituzionale non può, *a fortiori,* essere direttamente effettuata da parte di soggetti privati, perché l'art. 23 Cost. prevede, con portata generale, che l'imposizione di prestazioni personali e patrimoniali (e, quindi, l'imposizione di «obblighi» e «doveri») non può avvenire 'se non in base alla legge'»[28]. Se è vero che si tratta

---

[27] Così C. cost., sent. n. 75 del 1991 (punto 5 del Considerato in diritto). La Corte conclude nel senso che «la delicata opera di bilanciamento degli interessi in gioco spetta certamente al legislatore: ma la discrezionalità delle sue determinazioni incontra il limite dell'effettiva individuazione di un equo e ragionevole punto di equilibrio tra la solidarietà collettiva e quella del coniuge (o, se del caso, anche di altri familiari conviventi tenuti all'assistenza (…). Non potrebbe perciò ritenersi consentito un assetto che escluda l'intervento dello Stato quando l'accollo alla famiglia degli oneri assistenziali finisca per comprimerne in modo intollerabile le condizioni di vita».

Cfr. altresì sent. n. 769 del 1988, dove la Corte sottolinea la singolarità di una situazione, come quella introdotta per i trattamenti d'invalidità, che fondi «il ricorso alla solidarietà generale, sulla considerazione del solo reddito individuale del soggetto, prescindendo dall'intervento solidaristico delle collettività minori ed in particolare dall'eventuale stato di abbienza del coniuge non separato».

Cfr. altresì sent. n. 644 del 1988, dove la Corte qualifica espressamente come «sussidiario» l'intervento statale di integrazione dell'assegno ordinario di invalidità avendo riguardo alla situazione «di un invalido che, benché privo di redditi propri superiori ai limiti di legge, versi effettivamente in floridissima situazione economico-finanziaria a causa della convivenza con un coniuge assai abbiente».

Sulla «priorità» della solidarietà «spontaneamente percepita» attraverso i legami sociali rispetto a quella che costituisce il fondamento per obblighi giuridici positivi – priorità che il legislatore è tenuto a considerare nella sua attività di svolgimento dei doveri costituzionali in specifici obblighi –, cfr., in particolare, F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, spec. 226 e 269.

[28] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 58.

di una riserva relativa di legge, è anche vero che dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che «la legge debba comunque contenere elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'amministrazione – e ben potrebbe aggiungersi – l'esercizio di poteri di natura privata» [29]. E tra i poteri di natura privata non possono non essere inclusi i poteri esercitati dai gruppi nei confronti dei singoli.

Dunque, se deve intervenire la legge, la categoria dei doveri *ex parte consociationis* non assume alcuna rilevanza dal nostro punto di vista, e gli unici doveri da prendere in considerazione sono quelli *ex parte principis*.

Tale premessa non esclude, evidentemente, che ciascuna entità associativa possa prevedere obblighi, limiti e doveri in capo ai propri membri, sia nell'interesse del gruppo sia, eventualmente, anche nell'interesse della generalità dei consociati (ciò che avviene normalmente nei rispettivi statuti, regolamenti, codici, ordinamenti, e così via, a seconda della realtà associativa di cui si tratta). I singoli membri, liberi di aderire o di non aderire all'associazione, saranno liberi di sottoporsi o di non sottoporsi a tali obblighi [30].

La questione si sposta dunque inevitabilmente sul piano dell'organizzazione interna delle associazioni e sulla tutela dei singoli dentro l'associazione. Ma è evidente che il sindacato della Corte costituzionale resta escluso da questo tipo di rapporti, e che la tutela dei diritti del singolo nei confronti di limiti, obblighi, e doveri imposti dalla formazione resta affidata esclusivamente al giudice comune.

A livello costituzionale il tema dei rapporti tra associato e formazione sociale ha evidentemente per oggetto la necessità di contemperare due esigenze contrapposte: da un lato, la libertà dell'associazione (soprattutto sotto il profilo della libertà di autoorganizzazione interna) – che peraltro si presenta con caratteri

---

[29] *Ibidem*, 58. Cfr. altresì A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 177: «specularmente al generale divieto di imporre prestazioni personali o patrimoniali 'se non in base alla legge', l'ordinamento configura e tutela una situazione giuridica soggettiva (… la libertà individuale) azionabile non solo contro i pubblici poteri ma anche contro i privati. Il generale divieto di imporre autonomamente obblighi o divieti a terzi 'se non in base alla legge' confermerebbe perciò, a livello costituzionale, un principio generale del nostro ordinamento (art. 610 c.p., art. 1372 comma 2 ss. c.c., ecc.) posto a garanzia della libertà morale del soggetto nell'attuazione di prestazioni personali e patrimoniali (…), garanzia che si risolve nella previsione legislativa di principi, criteri e limiti idonei a delimitare il potere 'impositivo' del privato o del pubblico potere». Cfr. altresì A. PACE, voce *Libertà personale (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 291 ss.

[30] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 354, nota 7: se il privato può imporre obblighi o divieti ad altri privati soltanto «sulla base della legge» *ex* art. 23 Cost., «*a fortiori* non può imporre obblighi o divieti che pregiudichino specifiche situazioni soggettive costituzionalmente tutelate. Conseguentemente sembrano illegittimi sia quegli accordi in virtù dei quali, senza che vi sia interiore spirituale adesione della controparte (più debole), si impone ad essa di iscriversi ad una data associazione; sia quegli accordi tra terzi che subordinano l'ammissione del lavoratore a un dato impiego alla previa sua adesione ad un dato sindacato».

diversi a seconda del tipo di associazione, sia per i limiti specifici che la Costituzione impone ad alcune di esse, sia per l'essenza propria di ciascuna di esse [31] – e, dall'altro, i diritti dei singoli verso l'associazione stessa.

Come detto, però, da questo conflitto il sindacato della Corte resta prevalentemente escluso. Manca, peraltro, una legge generale che disciplini dall'«ester-

---

[31] Sui peculiari problemi che suscita la questione della tutela del singolo all'interno delle confessioni religiose, e della Chiesa cattolica in particolare, cfr. soprattutto S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, Milano, 1967, spec. 116 ss. L'A. osserva che se è vero che «la norma dell'art. 2 Cost. ha inteso riaffermare la funzione dello Stato di garante di tutte le libertà dei cittadini: non solo, quindi, delle libertà dei cittadini come singoli, ma anche delle loro libertà come membri delle varie formazioni sociali», occorre tuttavia domandarsi: «può ritenersi consentito allo Stato di apprestare una tutela nei confronti dei fedeli i quali vedano menomate le loro libertà all'interno, per esempio, della Chiesa cattolica?» (p. 117). La risposta dell'A. è incentrata sul principio della separazione degli «ordini» *ex* art. 7 Cost. (p. 121): «Il primo comma dell'art. 7 Cost., nel far salva, nei confronti della Chiesa cattolica, la sovranità dello Stato nel proprio ordine, non può non consentire, per le materie che rientrano nella sfera di competenza dello Stato, che questo si ponga quale garante dei diritti del cittadino che siano stati costituzionalmente riconosciuti e che abbiano subìto menomazioni per effetto dell'attività esplicata dalle autorità della confessione cattolica» e delle altre confessioni (*ex* art. 8 Cost.). E ancora: «Il problema della legittimità dell'intervento statale all'interno dei gruppi confessionali ed a tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini (i diritti inviolabili dei quali parla l'art. 2 Cost.), deve dunque essere impostato e risolto tenendo presente il presupposto che, se lo Stato ha inteso autolimitare l'ambito della propria competenza e si è impegnato a non interferire nelle sfere di 'libertà' delle collettività religiose, 'non ha invece mai ritirato di fronte ai cittadini, perché appartenenti ad una confessione, quelle garanzie di beni che danno vita ai diritti costituzionali, e che comunque stabiliscono la posizione del 'cittadino'» (cita A.C. JEMOLO, *Capisaldi intorno ai rapporti tra Stato e Chiesa circa la potestà di magistero*, in *Riv. del dir. matrim. e dello stato delle persone*, 1958, 359: «mentre non si potrà mai invocare protezione dal giudice dello Stato per privazioni di beni spirituali, per condanne ecclesiastiche, per essere additati come portatori di dottrine ereticali o comunque erronee, come esclusi dalla società dei credenti, resta invece intatto il diritto alla fama, a non essere diffamati od ingiuriati, quale sia la posizione che si assuma sul terreno religioso e le condanne che si meritino su questo terreno»). E conclude, 162: «Nel caso in cui un cittadino chieda agli organi giurisdizionali statuali protezione contro una determinata confessione religiosa, ed anche qualora si tratti della tutela chiesta nei confronti degli organi della Chiesa cattolica, sembra debba sempre rimaner fermo il principio che gli interessi collettivi tutelati dalla confessione rimangono necessariamente subordinati ai diritti inviolabili garantiti dalla Repubblica italiana nei confronti dei suoi cittadini». Anche rispetto alla questione specifica, sulla quale si tornerà alla fine del lavoro, relativa all'applicabilità del «dovere di fedeltà alla Repubblica» *ex* art. 54 Cost. alle confessioni religiose, l'A. conclude ragionando sempre sulla base del principio della separazione degli «ordini» e dunque delle materie (v. 163).

In realtà tale modo di ragionare, rispetto alla questione specifica dei rapporti tra etica e politica – che è il problema più generale dietro il quale si pone la questione costituzionale del contenuto del «dovere di fedeltà alla Repubblica» in quanto riferito alle confessioni religiose – non sembra risolutivo: la questione è proprio quella di sapere ciò che sta dentro e ciò che sta fuori i rispettivi «ordini», ciò che è di Dio e ciò che è di Cesare.

no» l'associazione, tutelando la posizione dei singoli. E del resto è assai dubbio se una tale legge, qualora esistesse, sarebbe conforme a Costituzione [32].

Se così è, non ha alcun rilievo occuparsi in questa sede dei doveri *ex parte consociationis*. Dal nostro punto di vista l'unico aspetto che rileva è la tutela della libertà di associazione del singolo nel suo aspetto «negativo», ossia la tutela della libertà di non associarsi (per evitare di instaurare un rapporto dal quale possano derivare situazioni di svantaggio alle quali il singolo non intende sottoporsi).

Sul punto la Corte costituzionale ha avuto occasione di intervenire con la sent. n. 69 del 1962, con la quale il giudice delle leggi ha dichiarato l'incostituzionalità dell'obbligo, penalmente sanzionato, di associarsi alla Federazione italiana della caccia al fine di poter esercitare l'attività venatoria. In quella occasione, la Corte

---

[32] In argomento, P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2005, 100, e 390-391 sui partiti politici in particolare (e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici); E. ROSSI, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., spec. 155 ss.

In generale, sulla questione specifica della tutela del singolo dentro le formazioni sociali, la dottrina sembra divisa su due posizioni (prevalentemente ideologiche?): coloro che vedono nella formazione sociale solo gli aspetti positivi tendono a risolvere senza residui l'antitesi tra individuo e Stato nell'esistenza e nello sviluppo – che deve essere favorito e non ostacolato dal diritto – delle formazioni sociali (v. soprattutto P. RESCIGNO, *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966), anche quali luoghi in cui i doveri di solidarietà sembrano assumere l'aspetto di aspirazioni a situazioni di vantaggio (svolgere attività di interesse generale sulla base delle proprie vocazioni e dei propri riferimenti culturali), piuttosto che di imposizioni di situazioni di svantaggio, di cui il legislatore deve tener conto [F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., il quale, sottolineando, a commento della giurisprudenza costituzionale, il collegamento tra l'esercizio del diritto di associazione e di professione, anche in forma associata, e della propria fede religiosa con taluni degli scopi caratteristici dello Stato sociale, come quelli dell'istruzione e dell'assistenza sociale, afferma che «la costruzione personalista, prefigurata dall'art. 2 Cost., richiede che il quadro di riferimento assiologico positivizzato nella Carta fondamentale sia, per quanto possibile, perseguito e reso effettivo come risultato dello svolgimento dell'autonomia dei singoli e delle formazioni sociali, in vista dello sviluppo di ciascuna personalità. Di conseguenza, l'ordinamento deve assicurare le condizioni per lo spontaneo adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà, attraverso la garanzia della libertà e del pluralismo delle istituzioni di aiuto sociale dall'eccessiva ingerenza pubblica o, addirittura, dal loro totale assorbimento nell'organizzazione dello Stato o degli altri enti territoriali» (p. 295)]; e coloro che invece vedono con diffidenza le formazioni sociali, e dunque si esprimono soprattutto a favore della tutela del singolo membro e del terzo che non è membro [v., per esempio, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, 579 ss.: «se il Costituente avesse avuto un concetto totalmente positivo, e quindi ristretto, delle formazioni sociali, non avrebbe sentito la necessità di impegnare la Repubblica a garantire i diritti dell'uomo *entro* di esse; entro e *contro* di esse, come si desume dall'energica sottolineatura, in quel *contesto*, del valore del singolo. Quindi probabilmente, è vero il contrario: che la Costituzione ha una nozione ampia di formazione sociale e *realisticamente* considera sia il bene che il male che da esse può venire, cosicché, si deve aggiungere, il precetto esprime l'intento che la vita sociale sia mantenuta aperta e fluida tanto nei confronti dello stato quanto delle stesse formazioni sociali» (p. 581); cfr. altresì N. BOBBIO, *Libertà fondamentali e formazioni sociali. Introduzione storica*, in *Pol. dir.*, 1975, 452].

affermò che l'art. 18 Cost. «deve essere interpretato nel contesto storico che l'ha visto nascere e che porta a considerare di quella proclamata libertà non soltanto l'aspetto che è stato definito 'positivo', ma anche l'altro 'negativo'; quello, si vuole dire, che si risolve nella libertà di non associarsi, che dovè apparire al Costituente non meno essenziale dell'altro dopo un periodo nel quale la politica legislativa di un regime totalitario aveva mirato a inquadrare i fenomeni associativi nell'ambito di strutture pubblicistiche e sotto il controllo dello Stato, imponendo ai cittadini di far parte di questa o di quella associazione ed eliminando per questa via quasi affatto anche la libertà dell'individuo di unirsi ad altri per il raggiungimento di un lecito fine comune, volontariamente prescelto e perseguito».

Una volta enunciato il principio in termini assai generali, tuttavia, la Corte, in quella stessa sentenza, sembrò poi voler circoscrivere il contenuto della libertà «negativa» di associazione, subordinandola a una qualche giustificazione sul piano costituzionale. Premesso che «la libertà di associarsi non può trovare altri limiti se non quelli esplicitamente segnati dal medesimo art. 18 Cost.», mentre «la libertà di non associarsi incontr[a] limiti maggiori e non puntualmente segnati dalla Carta costituzionale», la Corte afferma che «la libertà di non associarsi si deve ritenere violata tutte le volte in cui, costringendo gli appartenenti a un gruppo o a una categoria ad associarsi tra di loro, si violi un diritto o una libertà o un principio costituzionalmente garantito; o tutte le altre in cui il fine pubblico che si dichiara di perseguire sia palesemente arbitrario, pretestuoso e artificioso e di conseguenza è arbitrario, pretestuoso o artificioso il limite che così si pone a quella libertà definita come si è ora visto. Il che può accadere quando si assumano come pubbliche finalità, la cui natura privata non possa essere in alcuna guisa modificata o assunta a pubblica, o come quando il fine pubblico si aggiunga alle finalità private manifestamente come pretesto per sottrarre alla libera decisione degli interessati di perseguirlo in questa o quella forma; o come quando l'interesse pubblico connesso con una determinata attività sia già tutelato per altra via, e così enumerando».

Come è stato rilevato [33], queste affermazioni della Corte costituzionale di fat-

---

[33] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 352 ss. Peraltro la sent. n. 69 del 1962 fu immediatamente oggetto di un ampio dibattito in dottrina: cfr. G. LOMBARDI, *Libertà di associazione e Federazione della caccia: prospettive critiche di una dichiarazione di incostituzionalità*, in *Rass. di giur. della Riv. delle Province*, 1962, 5 ss.; E. CHELI, *In tema di libertà «negativa» di associazione*, in *Foro it.*, 1962, I, 1847; V. CRISAFULLI, *In tema di libertà di associazione*, in *Giur. cost.*, 1962, 742 ss.; DE FRANCO, *Diritto di «non associarsi» e specifica «garanzia ex art. 18 della costituzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1962, 1107 ss.; G. QUADRI, *Libertà di associazione e corporazioni pubbliche a struttura associativa*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1963, II, 218 ss.; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, Milano, 1967, 26 ss.; C. MEZZANOTTE, *Libertà di manifestazione del pensiero, libertà negativa di associazione e ordine professionale dei giornalisti*, in *Giur. cost.*, 1968, 1573 ss.; S. BARTOLE, *Problemi costituzionali della libertà di associazione*, Milano, 1970, 67 ss.; A. PACE, *Art. 18*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, 207 ss.; P. RIDOLA, *Ancora in tema di libertà negativa di associazione*, in *Giur. cost.*, 1982, 337; ID., voce *Associazione (libertà di)*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, 9 ss.

to spostavano l'accento dalla tutela costituzionale della libertà di associazione in sé e per sé considerata alla tutela costituzionale di valori «esterni» alla libertà di associazione medesima.

Così argomentando la Corte di fatto giungeva, da una lato, ad escludere che la libertà «negativa» di associazione potesse dirsi autonomamente tutelata, e, dall'altro, a ridurre la questione alla ricerca in Costituzione di limiti del potere pubblico di autorganizzarsi, da cui non poteva non conseguire il potere di istituire associazioni obbligatorie, in aperto contrasto con l'art. 18 Cost. [34]. Una tutela autonoma della libertà negativa di associazione richiede invece di rovesciare il ragionamento: «di fronte ad un obbligo, legislativamente previsto o contrattualmente imposto, di iscriversi ad un dato ente pubblico a struttura associativa, l'interprete dovrà verificare lo specifico fondamento costituzionale della deroga, così prevista, alla libertà (nel contempo 'positiva' e 'negativa') di associarsi per quel dato fine» [35].

Tale verifica sarà più o meno agevole a seconda dei casi. Le due ipotesi più semplici (che si risolvono certamente nel senso della legittimità, la prima, e della illegittimità, la seconda, del relativo obbligo), ricorrono, l'una, quando l'obbligatorietà dell'iscrizione si basa su esigenze costituzionali esplicitamente rilevanti (si pensi, ad esempio, ai consorzi obbligatori di produzione, di bonifica, di miglioramento fondiario, il cui fondamento è direttamente riferibile *ex* artt. 41, comma 3, 42, comma 2, 44, comma 1, Cost.); l'altra, quando dall'obbligo di iscrizione consegua l'imposizione di una prestazione patrimoniale per sottrarsi alla quale il *fidelis* viene indotto a rinunciare a un proprio indisponibile diritto costituzionale (si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui al *fidelis* venga imposto di «tradire» la propria fede religiosa) [36].

---

[34] Gli argomenti della sentenza del 1962 furono poi ribaditi nelle successive sentenze nn. 20 del 1975, 40 del 1982, 239 del 1984.

[35] A. PACE, *Problematica*, cit., 355.

[36] A. PACE, *Problematica*, cit., 356.

L'esempio riportato nel testo si riferisce espressamente al caso – che fu sottoposto al controllo di legittimità costituzionale della Corte – dell'appartenenza obbligatoria alla comunità israelitica prevista dall'art. 4 del r.d. n. 1731 del 1930 (Norme sulle Comunità israelitiche e sulla Unione delle Comunità medesime), dal quale conseguiva l'obbligo di una contribuzione annuale, per sottrarsi alla quale il membro della comunità israelitica avrebbe dovuto redigere una dichiarazione di «non voler essere considerato israelita agli effetti del presente decreto», con la conseguente perdita sia del «diritto di valersi delle istituzioni israelitiche di qualsiasi comunità», sia del «diritto a prestazioni di atti rituali ed alla sepoltura nei cimiteri israelitici». Chiamata ad esprimersi sulla questione, la Corte costituzionale, nella sent. n. 239 del 1984, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 4 citato, nella parte in cui prevede l'obbligatoria appartenenza alla comunità israelitica di un soggetto, per il solo fatto di essere «israelita» e di risiedere nel «territorio» di pertinenza della comunità medesima, senza che l'appartenenza sia accompagnata da alcuna manifestazione di volontà in tal senso. A giudizio della Corte, il dovere di appartenenza alla comunità viola la «libertà di adesione», tutelata dagli artt. 2 e 18 Cost.: specifica la Corte, in termini generali, che «non è (…) necessario prendere posi-

Tra queste due ipotesi estreme si pongono poi i casi più problematici, rispetto ai quali la verifica della legittimità dell'obbligo di iscrizione risulta assai più ardua: queste ipotesi ricorrono, ad esempio, «quando l'ente pubblico – si pensi agli ordini professionali e alle camere di commercio – svolga delle funzioni (certificative, disciplinari, contenziose) che sono vietate al 'singolo dalla legge penale' (v. l'art. 18, comma 1) o quando lo svolgimento di una data attività o funzione deve concorrere 'al progresso materiale o spirituale della società' (art. 4, comma 2, Cost.), con conseguente legittimità di enti associativi finalizzati ad assicurare il rispetto della deontologia professionale». E ancora più problematica è l'ipotesi in cui «dall'obbligo di iscrizione potrebbe conseguire la possibilità dell'ente pubblico di sottoporre i c.d. associati a un controllo ideologico (rendendo così meno 'libero', ad esempio, il diritto di esprimere professionalmente le proprie opinioni)»[37].

---

zione sulla natura 'associativa' o 'istituzionale' delle Comunità israelitiche, perché la 'libertà di adesione', nei suoi aspetti ('positivo' e 'negativo') (…), va tutelata, come 'diritto inviolabile', nei confronti non solo delle associazioni, ma anche di quelle 'formazioni sociali', cui fa riferimento l'art. 2 Cost., e tra le quali si possono ritenere comprese anche le confessioni religiose. Libertà di aderire e di non aderire che, per quanto specificamente concerne l'appartenenza alle strutture di una confessione religiosa, negli aspetti che rilevano nell'ordinamento dello Stato, affonda le sue radici in quella 'libertà di coscienza, riferita alla professione sia di fede religiosa sia di opinione in materia religiosa' (sent. n. 117 del 1979), che è garantita dall'art. 19 Cost., e che va annoverata anch'essa tra i 'diritti inviolabili dell'uomo' (sent. n. 14 del 1973)» (punto 8 del Considerato in diritto).

Cfr. altresì C. cost., sent. n. 259 del 1990, con la quale la Corte ha poi dichiarato la illegittimità costituzionale del complesso normativo di cui al r.d. 30 ottobre 1930 n. 1731, sopra citato, nella parte in cui dava luogo alla attribuzione della personalità giuridica di diritto pubblico alle comunità israelitiche, ponendosi così in contrasto sia con il principio costituzionale dell'autonomia delle confessioni religiose, che rende illegittima ogni interferenza dello Stato nell'autonomia degli enti costituiti per fini di religione, sia con il principio della laicità dello Stato.

Sulla libertà di interrompere il rapporto di appartenenza nei confronti della comunità, senza che dalla decisione di uscire dal gruppo possano derivare sanzioni che, comunque, contrastino con diritti costituzionalmente garantiti, in dottrina cfr. S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., 122 ss., secondo il quale la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo sancita nell'art. 2 Cost. esclude, infatti, qualsiasi limitazione di diritti che derivi da vincoli di subordinazione di carattere perpetuo o da sanzioni preventivamente contemplate in gruppi extrastatuali. Ne deriva, per esempio, che «si pone certo in inconciliabile contrasto con i principî dell'ordinamento giuridico statuale il principio canonistico secondo il quale il battezzato resta sempre soggetto alla Chiesa cattolica e l'apostasia costituisce un peccato ma non una liberazione da vincoli di obbedienza e di soggezione» (p. 125). Sul punto cfr. altresì G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1967, 103 (che rileva che la libertà negativa di associazione non sussiste tuttavia per le comunità necessarie, quale la famiglia: neppure il divorzio può cancellare del tutto i vincoli che nascono in questa comunità).

Sulla libertà di non aderire, in particolare ad un'associazione sindacale, v. altresì la sent. 13 agosto 1981 della Corte europea dei diritti dell'uomo, in *Foro it.*, 1982, IV, 133.

[37] A. PACE, *Problematica*, cit., 356. Quest'ultima osservazione si riferisce al noto problema della costituzionalità dell'Ordine dei giornalisti (le norme che disciplinano tale ipotesi – v. l.

Sul versante opposto, si collocano, invece, le ipotesi di riconoscimento di un divieto di aderire ad associazioni o di costituire associazioni per alcune categorie di soggetti [38].

Dal nostro particolare punto di vista, dunque, non vengono in rilievo direttamente doveri, obblighi, limiti che la formazione impone ai propri membri, i quali sono liberi – salvi i casi di cui si è detto sopra – di aderire o di non aderire, e dunque di sottoporsi o di non sottoporsi alle relative imposizioni.

La diversa rilevanza giuridica di tali imposizioni non può essere qui approfondita, in quanto richiederebbe un'analisi della giurisprudenza comune [39]. È possibile tuttavia una sommaria e del tutto provvisoria classificazione, sotto il profilo dei loro contenuti rispetto all'ordinamento giuridico. A questo proposito si può distinguere tra:

A. Doveri solo compatibili (nel senso di indifferenti per) l'ordinamento giuridico (sono tutti quei doveri che non presuppongono una sottostante relazione intersoggettiva, e che rimangono nella sfera interiore dell'individuo: si pensi a tutti i doveri di carattere religioso che riguardano il rapporto individuo-divinità e il cui adempimento non ha una rilevanza esterna [40])

B. Doveri che aggravano il contenuto di doveri già imposti dall'ordinamento giuridico (doveri di solidarietà economica e sociale che vanno al di là di quelli previsti dall'ordinamento)

C. Doveri che contrastano con l'ordinamento giuridico

C.1. contrastano perché pregiudicano specifiche situazioni soggettive costituzionalmente tutelate (si pensi, ad esempio, al dovere imposto alla donna musulmana di sposare un uomo musulmano: la Corte costituzionale ha da tempo ricono-

---

n. 69 del 1963, nonché le norme regolamentari contenute nel d.P.R. n. 115 del 1965, nel d.P.R. n. 212 del 1972 e nel d.P.R. n. 649 del 1976 – sono state considerate dalla Corte conformi alla Costituzione nelle sentenze nn. 11 del 1968 e 96 del 1968).

[38] Cfr. l'art. 98, comma 3, Cost. («Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'iscriversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera in servizio attivo, i funzionari ed agenti di polizia, i rappresentanti diplomatici e consolari all'estero»). La Corte costituzionale, nella sent. n. 449 del 1999, ha ritenuto il divieto espresso nell'art. 8 della l. 382 del 1978 – «Norme di principio sulla disciplina militare» – (che sancisce che i militari di carriera non possono esercitare il diritto di sciopero, nè costituire associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali) non contrastante con la Costituzione, in ragione dei caratteri di coesione interna e di neutralità delle forze armate che potrebbero essere incisi dallo svolgimento di un'attività sindacale.

[39] Cfr., in particolare, M. Basile, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975; D. Vincenzi Amato, *Associazioni e tutela dei singoli. Una ricerca comparata*, Napoli, 1984; E. Rossi, *Le formazioni sociali nella Costituzione italiana*, cit., spec. 233 ss.

[40] La rilevanza esterna non è da escludere sempre e comunque anche in questo caso: si pensi solo all'ipotesi in cui un soggetto appartenente a una confessione religiosa pretenda di vedersi modificato l'orario di lavoro per poter adempiere agli obblighi religiosi.

sciuto la libertà di contrarre matrimonio quale diritto inviolabile *ex* art. 2 Cost. [41]; ovvero al dovere di indossare il velo per le donne contro la loro volontà: la condotta di colui che costringe la donna a indossare un determinato abbigliamento potrebbe integrare gli estremi dei reati di violenza privata e/o di maltrattamenti in famiglia: infatti l'elemento soggettivo non può essere escluso dalla potestà sul nucleo familiare riconosciuta al padre/marito dal diritto religioso musulmano, giacché «la garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali, cui è certamente da ascrivere la famiglia (art. 2 Cost.), nonché il principio di eguaglianza e di pari dignità sociale (art. 3, comma 1 e 2, Cost.) costituiscono uno sbarramento invalicabile contro l'introduzione di diritto o di fatto nella società civile di consuetudini, prassi o costumi con esso assolutamente incompatibili» [42]).

C.2. contrastano perché violano un dovere imposto dall'ordinamento giuridico (si pensi ai doveri che hanno per oggetto l'imposizione di mutilazioni genetiche femminili contro il dovere dei genitori di mantenere ed educare i figli e di rispettare la loro integrità fisica e psichica *ex* art. 30 Cost. [43]).

3. I DOVERI DELLA *CONSOCIATIO*

Tenendo presenti le premesse sopra indicate in ordine alle due nozioni oggetto di questo studio – «formazioni sociali» e «doveri» – ci si riferisce, in questo paragrafo, ai doveri delle formazioni sociali in quanto tali.

Il dato normativo di partenza è l'art. 2 Cost., in quanto applicabile anche alle

---

[41] Cfr. C. cost., sent. n. 27 del 1969; in generale, sulla libertà di contrarre matrimonio, cfr. altresì le sentenze nn. 189 del 1991, 1 del 1992 e 187 del 2000.

[42] Cass. 8 novembre 2002, Khouider, in *Dir. & giust.*, 2003, 12, 106.

[43] In argomento v. R. MAZZOLA, *La convivenza delle regole. Diritto, sicurezza e organizzazioni religiose*, cit., spec. 139 ss. (e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali).

Ma gli esempi potrebbero moltiplicarsi: si pensi altresì alla nota questione relativa al rifiuto dei Testimoni di Geova di sottoporsi ad alcuni trattamenti sanitari. In materia la letteratura è assai vasta. Cfr., per esempio, E. CAPIZZANO, voce *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX, Torino, 1975, 999 ss.; M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. e prev.*, 1977, 408 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1981, 81 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. soc.*, 1982, 303 ss.; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 557 ss.; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 22 ss.; D. VINCENTI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 13 ss.; S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 186 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit., 247 ss. (e *ivi* la bibliografia richiamata).

formazioni sociali, come ha incidentalmente sostenuto la Corte costituzionale nella sent. n. 208 del 1971 [44].

Dall'art. 2 si deve dunque desumere non solo che i diritti inviolabili dell'uomo devono essere riconosciuti e garantiti anche *dentro* le formazioni sociali, ma altresì che a queste ultime può essere riconosciuta una soggettività giuridica, che consenta di imputare loro diritti e doveri: l'art 2 «attribuisce perciò alle 'formazioni sociali' una posizione, nel nostro ordinamento, potenzialmente pari a quella riconosciuta all'uomo come singolo. Il mero fatto dell'aggregazione tra individui costituisce, nella prospettiva dell'art. 2, una valida premessa per riconoscere soggettività giuridica al gruppo» [45].

Anche in questo caso, al fine di tracciare una mappa delle situazioni giuridiche di svantaggio che possono configurarsi in astratto, si propone una classificazione dei «doveri» delle «formazioni sociali» in quanto tali, che tenga conto dei loro diversi contenuti.

Un primo criterio utile, da un punto di vista analitico, consente di costruire una dicotomia che distingue tra doveri *propri* e doveri *impropri* della *consociatio*: i primi sono doveri/limiti/obblighi che l'ordinamento impone espressamente a carico delle formazioni sociali; i secondi sono doveri/limiti/obblighi generali che l'ordinamento impone a carico di tutti i cittadini e rispetto ai quali occorre verificare, caso per caso, quali significati specifici acquistino, se e in quanto riferibili anche alle formazioni sociali in quanto tali.

---

[44] Così infatti si era già espressa la Corte costituzionale nella sentenza citata nel testo: «In presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri ed a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l'efficacia del soccorso, cui tutti devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei 'doveri inderogabili di solidarietà … sociale' che l'art. 2 Cost. ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie» (punto 3 del Considerato in diritto).

[45] Così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 13. Ma non tutte le formazioni sociali hanno, di per sè, soggettività giuridica (si pensi alle riunioni di persone e ai nuclei familiari), nel senso che l'attribuzione di soggettività giuridica non è essenziale per la concreta esistenza dell'associazione: «la determinazione dei casi in presenza dei quali un gruppo si potrà dire dotato di soggettività o di personalità giuridica compete perciò al legislatore ordinario, il quale, nell'art. 18 Cost., trova, sotto questo profilo, un unico limite: il divieto di condizionare il riconoscimento della soggettività o della attribuzione della personalità giuridica a previe valutazioni discrezionali concernenti la formazione del vincolo associativo» (così A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 340).

Analogamente cfr. altresì, in dottrina, G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 10 e 13: «opposte per contenuto, le situazioni di diritto e di dovere di cui all'art. 2 postulano la persona umana – o, comunque, un soggetto o una 'figura soggettiva' –, le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività».

Tra i doveri *propri* della *consociatio* rientrano senz'altro i limiti che si ricavano dall'art. 18 Cost., i quali si devono indistintamente riferire a tutte le formazioni sociali: infatti «poiché l'art. 2 è una disposizione di principio (…), essa non prevede alcuna specifica disciplina né dei diritti inviolabili, né dei doveri inderogabili, né delle formazioni sociali. Pertanto (…) va (…) sottolineato che l'importanza del riconoscimento (in via di principio) delle formazioni sociali non può essere enfatizzata al punto di contraddire ciò che la stessa Costituzione ha altrove espressamente e specificamente statuito» [46].

Vi rientra, anzitutto, il limite che si ricava dall'art. 18, comma 1, laddove è riconosciuta la libertà di perseguire, in forma associata, fini non vietati ai singoli dalle leggi penali: da tale disposizione si ricava la regola generale secondo la quale, oltre a doveri/limiti/obblighi che trovano diretto fondamento nella Costituzione, il legislatore non può imporre all'associazione limiti ulteriori rispetto a quello che riguarda il perseguimeno di fini penalmente vietati ai singoli. Ne consegue, da un lato, che le leggi civili non possono autonomamente prevedere dei limiti alla libertà di associazione, se non dando attuazione a specifiche disposizioni costituzionali, e, dall'altro, che il limite penalistico non può consentire l'apposizione di limiti di ordine pubblico o di pubblica sicurezza (con conseguente implicita attribuzione di poteri amministrativi discrezionali a danno della libertà di associazione) [47].

Se è vero che nel diritto di associarsi rientra anche la possibilità per gli associati di dare all'associazione quell'organizzazione interna che essi reputano la più rispondente agli interessi del gruppo, ciò non toglie che, qualora si scelga un determinato modello organizzativo, la Costituzione direttamente, e il legislatore in via mediata attraverso la concretizzazione dei doveri costituzionali, possano indicare limiti e/o obblighi rispetto al modello organizzativo prescelto.

Così, a parte l'espressa previsione di cui all'art. 18, comma 2, Cost., il quale, proibendo solo «le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare», conferma il principio generale della libertà organizzativa di tutte le associazioni [48], specifici

---

[46] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., 16.

[47] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 350; cfr. altresì ID., *Art. 18*, cit., 231 ss. Per questi motivi la Corte costituzionale, nella sent. n. 114 del 1967, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 210 t.u.l.p.s., il quale attribuiva al prefetto il potere discrezionale di disporre lo scioglimento di associazioni contrarie agli ordinamenti politici costituiti nello Stato.

[48] Sul rapporto tra la disciplina prevista *ex* art. 18 Cost. e quella specifica prevista per talune associazioni in particolare, nel senso che quest'ultima non comporta sottrazione di quelle associazioni alla disciplina generale dell'art. 18 Cost., v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 364: «se fosse vera la tesi contraria (e cioè che le associazioni religiose, i sindacati e i partiti politici siano disciplinati esclusivamente dagli artt. 19, 39 e 49 Cost.) dovrebbe, inammissibilmente, sostenersi che, contrariamente alla generale disciplina della libertà di associazione, le associazioni religiose, i sindacati e i partiti politici siano sottoponibili a previa autorizzazione».

obblighi e/o limiti possono legittimamente essere previsti dal legislatore solo laddove, e nei limiti in cui, la Costituzione lo consenta: così è per i sindacati l'obbligo dell'«ordinamento interno a base democratica» *ex* art. 39, comma 3, Cost.; così è per i partiti politici il «metodo democratico» della loro organizzazione *ex* art. 49 Cost. [49]; così sono per le società cooperative aventi scopo mutualistico il carattere mutualistico e l'assenza di fini speculativi, per assicurare i quali il legislatore può legittimamente prevedere opportuni controlli *ex* art. 45 Cost.; così sono per le società aventi ad oggetto un'«attività economica allo scopo di dividerne gli utili» (*ex* artt. 2247 ss. c.c.) i limiti della libertà di iniziativa economica privata e la determinazione legislativa della funzione sociale del diritto di proprietà *ex* artt. 41 e 42 Cost.; così sono per le «associazioni non riconosciute» tutte le deroghe, sotto il profilo della solidarietà economica, che il codice civile prevede alla loro generale libertà di organizzazione interna *ex* art. 36 c.c. (cfr. le norme che prevedono l'indivisibilità del fondo comune finché dura l'associazione, *ex* art. 37 c.c., e la responsabilità personale e solidale delle persone che hanno agito in nome e per conto dell'associazione, *ex* art. 38 c.c.), ecc. [50].

I doveri *impropri* della *consociatio* sono invece doveri generali che l'ordinamento impone a carico di tutti i cittadini e rispetto ai quali occorre verificare, caso per caso, quali significati specifici acquistino se e in quanto riferibili anche alle formazioni sociali in quanto tali.

Evidentemente si tratta di una ricerca che richiederebbe riflessioni specifiche per ogni ipotesi di «dovere» riferita a ciascuna tipologia di «formazione sociale».

---

[49] Sulla particolare questione relativa all'applicabilità del «metodo democratico» quale limite costituzionale rilevante solo per l'attività «esterna» del partito, e non per la sua organizzazione «interna», cfr. A. PREDIERI, *I partiti politici*, in P. CALAMANDREI-A. LEVI (a cura di), *Commentario della Costituzione italiana*, vol. I, Firenze, 1950, 202 ss.; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 871 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 404; A. PACE, *La libertà di riunione nella Costituzione italiana*, cit., 155. Sulla rilevanza del limite costituzionale anche per l'organizzazione «interna» del partito, cfr. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 235; V. CRISAFULLI, *I partiti nella Costituzione*, in *Studi per il ventesimo anniversario dell'Assemblea costituente*, vol. II, Firenze, 1969, 130 ss.; P. RIDOLA, voce *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1982, 112. Dal ruolo sempre più pervasivo e condizionante che i partiti politici oggi esercitano ad ogni livello del sistema istituzionale, e dai finanziamenti a carico dello Stato di cui i partiti godono, A. PACE, *Problematica*, cit., 360-361, fa derivare la non inconstituzionalità – e anzi l'auspicio – di una legge «che condizionasse la possibilità dei partiti politici di ottenere contributi statali alla previa adozione, nel loro statuto interno, di alcune regole minimali concernenti, ad esempio, le modalità di elezione e di revoca degli organi direttivi del partito, la possibilità di controlli sugli organi direttivi, la possibilità di espressione del dissenso interno, l'utilizzo dei mezzi ufficiali di diffusione del pensiero, facenti capo al partito, anche da parte delle minoranze e, infine, un sistema di 'giustizia interna' dotato di una qualche credibilità. Dovrebbe comunque restar ferma la libertà dei partiti di organizzarsi come vogliono, qualora facciano a meno dei contributi statali».

[50] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, cit., 358-359.

In questa sede si è scelto di approfondire in particolare l'ipotesi della imputabilità del dovere di fedeltà alla Repubblica *ex* art. 54, comma 1, Cost. alle confessioni religiose. Le motivazioni di tale scelta saranno indicate nel paragrafo successivo.

3.1. *Il dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*

Tra i doveri c.d. *impropri* della *consociatio* rientra il dovere di fedeltà alla Repubblica *ex* art. 54, comma 1, Cost. [51].

In particolare, s'intende qui porre la questione relativa al significato *proprio* che acquista il dovere di fedeltà alla Repubblica per una confessione religiosa (intesa, in senso lato, quale gruppo portatore di domande che hanno ricadute culturali nella sfera pubblica [52]).

In altri termini, è necessario domandarsi: che cosa significa, per un gruppo portatore di un proprio patrimonio culturale, di una propria «dottrina comprensiva ragionevole», per impiegare la formula rawlsiana [53], essere fedele alla Repubblica? E, dunque: come si concilia dovere di fedeltà alla Repubblica e pluralismo [54]? Quale significato *proprio* acquista il dovere di fedeltà per le «parti» del

---

[51] Come si è anticipato, il dovere di fedeltà alla Repubblica del singolo *civis/fidelis* non può avere per l'ordinamento un contenuto normativo autonomo distinto dal dovere di fedeltà alla Repubblica di un qualunque *civis*, pena la violazione del principio di eguaglianza formale.

Sul dibattito che si è avuto in dottrina in ordine ai problemi posti dall'art. 54 in relazione al contenuto e alla natura del dovere di fedeltà, alla definizione del suo oggetto e alla questione della sua autonomia dal dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi, cfr., in particolare, L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., spec. 57 ss.

[52] Cfr. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., 8.

[53] V. J. RAWLS, *Political Liberalism*, trad. it., *Liberalismo politico*, Milano, 1994, 65 ss.

[54] … dal momento che «bisogna ammettere che tutte le religioni, comprese le cristiane, aspirano ad impregnare dei propri valori l'intera società, a diventare valore comune, cultura appunto» (così N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., 8).

Il problema è chiaramente posto da Rawls nei seguenti termini: «il problema grave è questo: una società democratica moderna non è caratterizzata soltanto da un pluralismo di dottrine religiose, filosofiche e morali comprensive, ma da un pluralismo di dottrine comprensive incompatibili e tuttavia ragionevoli. Nessuna di queste dottrine è universalmente accettata dai cittadini; nè c'è da attendersi che in un futuro prevedibile una di esse, oppure qualche altra dottrina ragionevole, sia mai affermata da tutti i cittadini, o da quasi tutti. Il liberalismo politico assume che, ai fini della politica, una pluralità di dottrine comprensive ragionevoli ma incompatibili sia il risultato normale dell'esercizio della ragione umana entro le libere istituzioni di un regime democratico costituzionale; e assume anche che una dottrina comprensiva ragionevole non respinga gli aspetti essenziali di un regime democratico. Naturalmente una società può avere in sé anche dottrine comprensive irragionevoli e irrazionali, o perfino folli;

«corpo umano» metaforicamente paragonate da Hobbes «ai tumori, alla bile, alle postème, generate dall'innaturale confluire di cattivi umori» [55]?

Carl Schmitt, come noto, aveva risolto il problema eliminando uno dei due termini – il pluralismo, ovviamente –, poiché, a suo parere, «nella stessa misura in cui lo Stato si trasforma in una formazione pluralistica, in luogo della fedeltà verso lo Stato e la sua Costituzione subentra la fedeltà verso l'organizzazione sociale, verso la compagine che produce il pluralismo statale», e siccome «il gruppo sociale ha spesso la tendenza a diventare totale, cioè a legare interamente a sé sia economicamente sia ideologicamente i cittadini in esso compresi», si crea anche «un pluralismo di vincoli morali e di obblighi di fedeltà, una 'plurality of loyalties' attraverso cui la divisione pluralistica si stabilizza sempre più saldamente e la formazione dell'unità statale è messa sempre più in pericolo» [56].

---

e in questo caso il problema è quello del contenimento, del fare in modo che tali dottrine non minino l'unità e la giustizia della società (…). Il liberalismo politico assume il fatto del pluralismo ragionevole come pluralismo di dottrine comprensive, sia religiose sia non religiose. Tale pluralismo non è visto come un disastro, ma come l'esito naturale delle attività della ragione umana entro libere istituzioni durature; vedere il pluralismo come un disastro significa vedere come un disastro l'esercizio della ragione in condizioni di libertà. Il successo del costituzionalismo liberale ha rappresentato, in effetti, la scoperta di una nuova possibilità sociale: quella di una società pluralistica ragionevolmente armonica e stabile. Prima della pratica vittoriosa e pacifica della tolleranza in società dotate di istituzioni liberali non c'era modo di conoscere questa possibilità; era più naturale credere – e la secolare pratica dell'intolleranza sembrava confermarlo – che l'unità e la concordia sociali richiedessero il consenso intorno a una dottrina, religiosa, filosofica o morale, generale e comprensiva. L'intolleranza era accettata come condizione dell'ordine e della stabilità sociale, e l'indebolimento di questa credenza ha aiutato ad aprire la via alle istituzioni liberali (…). Quindi il problema del liberalismo, come ho già detto, è: come può esistere continuativamente nel tempo una società stabile e giusta di cittadini liberi e uguali profondamente divisi da dottrine religiose, filosofiche e morali ragionevoli?» (J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 5-6 e 12-13).

In argomento v. anche A. SPADARO, *Dall'*indisponibilità *(tirannia) alla* ragionevolezza *(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, n. 1, 167 ss.

[55] Così T. HOBBES, *Leviathan* (1651), trad. it. di G. MICHELI, *Leviatano*, Firenze, 1976, 234.

Tuttavia, a differenza di ciò che risulta nell'immaginario consolidatosi nella lettura tradizionale della sua opera, Hobbes non disconosce affatto l'esistenza di entità intermedie tra l'individuo e lo Stato, e dedica un intero capitolo (il XXII) del suo lavoro principale ai c. d. «sistemi», che, se nella metafora organicistica di cui si serve per tratteggiare le note analogie tra le parti del corpo umano e quelle del corpo politico, paragona ai tumori, tuttavia distingue quelle illegittime da quelle legittime, paragonando queste ultime «ai muscoli» del corpo umano. Per una lettura del capitolo XXII del Leviatano, v. N. BOBBIO, *Hobbes e le società parziali* (1982), in ID., *Thomas Hobbes*, Einaudi, Torino, 2004, 169-191, il quale, tra l'altro, afferma che «dall'analogia delle società parziali coi muscoli si può (…) trarre conferma della importanza che ad esse Hobbes attribuisce nell'insieme del corpo politico» (p. 173).

[56] Così C. SCHMITT, *Il custode della Costituzione*, trad. it., a cura di A. Caracciolo, Milano, 1981, 140.

Nella nostra esperienza costituzionale non è possibile, né appare tanto meno desiderabile, eliminare il pluralismo: «la varietà delle dottrine comprensive ragionevoli (religiose, filosofiche e morali) presenti nelle società democratiche moderne non è un puro e semplice dato storico che possa venir meno in breve tempo, ma un aspetto permanente della cultura pubblica della democrazia. Nelle condizioni politiche e sociali garantite dai diritti e dalle libertà fondamentali di istituzioni libere dovrà nascere e persistere, ammesso che non esista ancora, un'ampia varietà di dottrine comprensive contrapposte, inconciliabili e – quel che più conta – ragionevoli» [57].

Anzi, il problema dell'«*etica delle lealtà*», se evidentemente si presenta rilevante in ogni forma di Stato, «non v'è dubbio che assuma maggiore importanza nell'epoca moderna, in corrispondenza del fenomeno attuale del moltiplicarsi dei gruppi collettivi ed in considerazione del dovere di fedeltà che i membri delle varie collettività sentono nei confronti dei rispettivi gruppi sociali per il solo fatto di farne parte» [58].

Avendo escluso la possibilità (oltre che l'utilità) teorica di trattare in modo unitario la categoria generale dei «doveri» delle «formazioni sociali», si è optato per l'analisi del binomio dovere di fedeltà alla Repubblica/confessioni religiose (nel senso sopra specificato).

Tale scelta ha una sua giustificazione teorica: essa è fondata soprattutto sull'idea (che, come noto, era stata avanzata da Carlo Esposito) secondo la quale il dovere di fedeltà alla Repubblica ha un suo autonomo contenuto soltanto in «circostanze straordinarie», mentre, in condizioni normali, esso non darebbe luogo «a particolari doveri del singolo da aggiungere a quelli certi statuiti nelle leggi» né «ad obbligo o a potestà delle leggi di sancire rispetto ai cittadini la doverosità di comportamenti che in mancanza non potrebbero essere imposti» [59].

In realtà Esposito si era riferito a ipotesi-limite quando aveva affermato che «l'autonomo obbligo di fedeltà si concilia (…) con il principio della certezza degli obblighi giuridici, proprio di ogni Stato di diritto, solo se si ammette che il dovere di fedeltà (come dovere autonomo e non meramente riassuntivo di astratti e certi obblighi legali) entra in considerazione unicamente se l'ordinamento nella sua totalità o il vigore dell'ordinamento divengono incerti»; e, aveva aggiunto,

---

[57] J. Rawls, *Liberalismo politico*, cit., 47.

[58] S. Lariccia, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., 159. E ancora: «se la questione del conflitto tra gli interessi di cui lo stesso soggetto è contemporaneamente titolare come cittadino e come fedele non costituisce se non uno dei temi attinenti al più generale problema del rapporto fra l'autorità politica e tutte le altre forme di autorità nella società, devesi, peraltro, rilevare che il contrasto tra i doveri nascenti dagli *status* di cittadino e di fedele presenta aspetti di particolare delicatezza ed importanza, a causa dell'intenso richiamo sociale esercitato dalle varie religioni nei confronti dei rispettivi seguaci ed in ragione della coesione che caratterizza i gruppi confessionali» (pp. 162-163).

[59] C. Esposito, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 52, nota 120.

«solo se si ammette che esso esplica nelle circostanze straordinarie funzione meramente suppletoria ed integratrice dell'obbligo di obbedienza ai precetti (certi) dell'ordinamento» [60].

Ora, posto che nel nostro ordinamento non sono all'ordine del giorno «situazioni rivoluzionarie» né «ipotesi di occupazione bellica», capaci di mettere in crisi «l'ordinamento nella sua totalità» [61], è lecito domandarsi quali *altre* occasioni «straordinarie», che siano in grado, per così dire, di mettere in discussione il patto fondamentale, possano presentarsi durante la convivenza politica, tendenzialmente pacifica, in un ordinamento che riconosca un pluralismo di tipo «conflittuale-disarmato», poiché rifiuta ogni forma di funzionalizzazione dei diritti della persona (e soprattutto di quelli culturali, in senso lato), sia come singolo sia nelle diverse forme associative ritenute le più idonee per perseguire i propri fini.

Alcune recenti vicende, nazionali e internazionali, che hanno in vario modo mostrato la riemersione di conflitti coinvolgenti il fenomeno associativo di carattere religioso/culturale, sembrerebbero far affiorare, pur nelle rispettive estreme differenze, alcuni sintomi di queste «circostanze straordinarie». Si vuol dire che è proprio rispetto al fenomeno associativo di carattere religioso/culturale che oggi potrebbe avere senso, una volta che sia accolta la teoria di Esposito, interrogarsi sul significato del dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere concettualmente distinto dal dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi.

Non si vuol dire che la questione non debba essere posta per le altre formazioni sociali, ma forse ogni contesto storico-culturale registra alcuni eventi che possono assumere i contorni di quelle «circostanze straordinarie» che, ciclicamente, stimolano/destano il contenuto di un dovere costituzionale ordinariamente, per così dire, quiescente [62].

Per le vicende nazionali, si vuole qui solo ricordare l'acceso dibattito che si è svolto nel nostro Paese in occasione del *referendum* abrogativo che ha avuto a og-

---

[60] *Ibidem*.

[61] *Ibidem*.

[62] Così è stato anche per i partiti politici, per i quali il problema si pone nei termini dell'individuazione di un significato autonomo del dovere di fedeltà rispetto al limite specifico del «metodo democratico» cui si riferisce l'art. 49 Cost. Sotto il nostro particolare punto di vista, sembra potersi dire superato il dibattito riaperto alla fine degli anni sessanta, intorno al tema dei partiti c.d. «antisistema», dibattito che aveva coinvolto anche la critica delle istituzioni rappresentative in quanto tali, in nome di istanze di radicale rifiuto della delega di esercizio del potere sovrano. Inoltre oggi la questione del dovere di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione rispetto alle forze politiche, coinvolgerebbe altresì i temi della revisione costituzionale, dell'esercizio del potere costituente, e così via, sui quali invece non s'intende qui soffermarsi.

Se mai, sotto il nostro particolare punto di vista, oggi ha senso porsi la questione del dovere di fedeltà alla Repubblica in capo ai partiti politici per la rilevanza che in essi può assumere il fattore religioso/culturale.

getto la legge sulla procreazione medicalmente assistita, dibattito che ha ridestato l'attenzione sul più generale problema dei rapporti tra etica e politica.

Per le vicende internazionali, e a conferma di quanto detto a proposito della rilevanza anche dei partiti politici soprattutto in ordine al fenomeno religioso/culturale, si vuole fare riferimento alla nota vicenda relativa allo scioglimento di un partito politico, il Refah Partisi, da parte del giudice costituzionale turco – scioglimento dichiarato non contrario all'art. 11 della CEDU da parte della Corte di Strasburgo – a causa dell'incompatibilità del suo programma politico con i principi democratici, e con il principio di laicità in particolare [63].

Ammesso, dunque, che i conflitti culturali ai quali si è accennato possano essere percepiti quali sintomi di quelle «circostanze straordinarie» che consentono di far acquisire al dovere di fedeltà un contenuto autonomo rispetto al dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi, è possibile circoscriverne un contenuto *proprio* per le «parti» in conflitto.

Se si assume infatti che il dovere di osservanza della Costituzione si riferisce ai contenuti del «consenso per intersezione di dottrine comprensive ragionevoli» – per continuare a impiegare la pregnante formula rawlsiana [64] – ossia ai contenuti dell'armistizio tra le parti in conflitto, il dovere di fedeltà si riferisce invece al dovere prioritario di assumere atteggiamenti tali da consentire la sopravvivenza – in «circostanze straordinarie» tali da poterlo condurre alla rottura – dell'armistizio medesimo. In condizioni ordinarie il dovere di fedeltà non acquista autonomia concettuale perché la sua osservanza coincide con l'osservanza della Costituzione: se normalmente i contenuti dell'armistizio sono rispettati è implicitamente rispettato anche il dovere di fedeltà. Ma se, a causa di comportamenti di talune del-

---

[63] Il 13 febbraio 2003 la Corte di Strasburgo (la sentenza *Affaire Refah Partisi (Parti de la Prosperité) et autres c. Turquie* è pubblicata sul sito della Corte) ha confermato la sua precedente decisione del 31 luglio 2001, con la quale lo scioglimento di un partito islamico da parte del giudice costituzionale turco era stato considerato non contrario alla CEDU: in estrema sintesi, la Corte europea era stata chiamata a verificare la compatibilità di un partito islamico fondamentalista con i diritti protetti dalla Convenzione. Nel programma del partito ci si proponeva di instaurare un sistema multi-giuridico implicante discriminazioni fondate sulla religione; di applicare la legge islamica alla comunità musulmana o come diritto comune, senza alcuna facoltà di scelta da parte dei singoli; di realizzare l'«ordine giusto», eventualmente anche con l'uso della forza. Per un commento critico nei confronti della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. N. COLAIANNI, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, cit., 24 ss.: «La Corte coglie esattamente la staticità delle regole delle comunità religiose e culturali ma dà per scontato che essa sia – piuttosto che una patologia dei gruppi che diventano nuovi principi oppressori dei diritti individuali – un carattere fisiologico dell'Islam, tradendo il pregiudizio fissista con cui si guarda alle culture e alle religioni» (p. 25).

Sulla protezione della democrazia dai partiti antisistema, anche con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, cfr. S. CECCANTI-D. TEGA, *La protezione della democrazia dai partiti antisistema: quando un'esigenza può diventare un'ossessione*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 37 ss.

[64] J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 123 ss.

le parti in conflitto – che potrebbero per esempio tradursi nella volontà di assegnare alle disposizioni costituzionali di principio significati inaccettabili per taluna delle parti – l'armistizio entra in crisi, ecco che il dovere di fedeltà acquista tutta la sua rilevanza e assume il significato di dovere di ripristinare le condizioni affinché un armistizio si ricomponga, affinché sia consentito al conflitto di sopravvivere, seppur disarmato: «la 'Repubblica' cui essere fedeli è (…) la '*res publica*', intesa come l'esserci – sempre e comunque – un terreno di convivenza, il non smarrire (in qualunque evenienza) una *casa comune*, pur nel dispiegarsi delle passioni particolari, come condizione stessa del loro sviluppo» [65].

Il dovere di fedeltà, così concepito, incombe pertanto su tutte le «parti» del conflitto, ma assume significati peculiari a seconda che sia riferito al gruppo o ai gruppi politici di maggioranza oppure a quelli che esprimono tendenze minoritarie [66]: nel caso dei primi, «il comportamento fedele implica che il perseguimento degli obiettivi proprî della parte in cui si riconoscono (loro possibile in virtù del controllo legale dell'apparato pubblico) si compia nel rispetto dell'altrui patrimonio culturale, la rilevanza giuridica del quale è sottratta ad opzioni maggioritarie per l'intervenuto 'consolidamento iperpositivo' dei valori della persona»; nel caso dei secondi, «l'affermazione della loro identità politico-culturale e il progressivo eventuale allargamento dei consensi ad essa non possono spingersi a paralizzare le decisioni, legalmente assunte per l'intera collettività, da chi detiene – *pro tempore* – gli strumenti a tanto idonei e sempreché tale legale disponibilità del potere sia *anche legittima in fatto* e cioè, appunto, comprensiva delle ragioni degli altri» [67].

Dunque quest'ultima condizione – *comprendere le ragioni degli altri al fine di non rompere l'armistizio* – coincide con il contenuto *proprio* del dovere di fedeltà che incombe sui gruppi. Esso trova fondamento nelle disposizioni costituzionali che tutelano i presupposti culturali, extra-statuali, su cui la Costituzione stessa fonda il suo edificio. Se non fosse riconosciuto questo dovere, nei termini di cui

---

[65] S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 116.

[66] Sulla riferibilità del dovere di fedeltà proprio a soggetti privati, e del dovere di osservanza della Costituzione agli organi dello Stato-apparato, v. L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, cit., 43. Ma sul dovere di fedeltà quale rivolto anche agli organi dello Stato-apparato, *ivi*, 52.

[67] Così S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 121-122 (l'espressione «consolidamento iperpositivo» è di E. FORSTHOFF, *Il vincolo alla legge e al diritto (art. 20, comma 3, GG)*, in C. AMIRANTE (a cura di), *Stato di diritto in trasformazione*, 236). E ancora: «poiché è interesse (oltre che principio costitutivo) dello Stato democratico governare i processi sociali col consenso dei cittadini e poiché – d'altro canto – lo Stato moderno e contemporaneo, quantomeno in Occidente, rifiuta ormai (dopo sofferti accadimenti storici) l''eticità' come suo carattere qualificante, il rispetto che si deve all'identità culturale di singoli e gruppi richiede di perseguire gli obiettivi comuni col minor sacrificio possibile di quest'ultima» (p. 135).

si è detto, si dovrebbe concludere, schmittianamente, nel senso che «dal riconoscimento della realtà (sociologica prima e giuridica poi) delle 'comunità intermedie' derivi una legittimazione dei diritti di queste (e dei singoli al loro interno) che è comunque destinata a cedere, nell'ipotesi di conflitti, in favore della fondamentale *fedeltà all'organizzazione pubblica*, come il tutto che ingloba in sé le singole parti». Ma ciò significherebbe ammettere che la fedeltà alla Repubblica opera «come limite finalistico implicito nell'orizzonte di azione di singoli e gruppi, come strumento per disegnare il quadro (in definitiva) di una 'democrazia protetta'», in aperto contrasto con il complesso delle disposizioni costituzionali che tutelano il libero formarsi e scontrarsi dei suoi presupposti extra-statuali [68]. In questo senso, gli artt. 7 e 8 Cost. tutelano certo l'uguale libertà delle confessioni religiose, ma non solo in funzione di strategiche contrattazioni [69], ma in funzione del principio della tutela dei fondamenti culturali dello Stato stesso. Per questo gli artt. 7 e 8 Cost. in quest'ottica vanno raccordati alle disposizioni costituzionali sulla libertà della cultura, della scienza, della politica, ecc. [70].

Le formazioni sociali con finalità religiosa, come del resto tutti gli altri gruppi sociali esistenti nella comunità statale, costituiscono «i mezzi indispensabili per un'adeguata espressione della capacità di libertà dei cittadini: il dovere di fedeltà nei confronti della Repubblica non può assumere in ogni caso la prevalenza sui doveri di fedeltà che i membri dei gruppi confessionali sentono nei confronti delle varie comunità religiose, poiché, in una società pluralistica, la partecipazione attiva al mantenimento dei valori che caratterizzano ciascun gruppo sociale co-

---

[68] V. ancora S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 117-118.

[69] … peraltro importanti anche alla luce della possibilità di «negoziare» modalità di adempimento di doveri inderogabili che tengano conto dei valori propri del gruppo: perché «inderogabile è il dovere, non il modo di corrispondervi» [S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza*, cit., 84, che riferisce del ricorso all'«intesa» – dalla quale deriverebbe anche «una *diversa qualità del prodotto legge*» – quale strumento normale di composizione dei conflitti in generale nel rapporto tra gruppi sociali e potere pubblico, perché «i doveri – in un ordinamento democratico – sono fondati sul consenso, come tutto l'impianto dell'ordinamento» (p. 86). Tuttavia, precisa l'A., se «strumento del consenso è, *in apicibus*, la legge, atto mediatamente imputabile al popolo sovrano (…), *nelle questioni di coscienza*, *sovrano non è il popolo* – o le sue organizzazioni –, *bensì* – ed unicamente – *l'uomo singolo.* Allora: solo l'individuo (*limitatamente a tali questioni*) può legittimamente vincolare se stesso» (pp. 87-88). Di qui, come si è accennato nel testo, la necessità di tutelare il singolo anche *dentro* e *contro* le formazioni sociali].

[70] M. DOGLIANI, *Dio e Cesare: quali limiti riconoscono per sè e prima di tutto per l'altro?*, in F. BOLGIANI-F. MARGIOTTA BROGLIO-R. MAZZOLA (a cura di), *Chiese cristiane*, *pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Bologna, 2006, 138.

Cfr. altresì S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., 4: «La tutela dell'interesse religioso collettivo si esplica, nel vigente ordinamento costituzionale, mediante il riconoscimento e la protezione delle confessioni religiose considerate quali organismi abilitati alla rappresentanza degli interessi organizzati di natura religiosa».

stituisce il mezzo per la reale attuazione di un regime effettivamente democratico»[71].

La tesi del limite finalistico per l'azione dei gruppi sarebbe altresì pericolosa alla luce della difficoltà di determinare «*chi*, in *qual modo* e con *quali conseguenze* giuridiche possa stabilire in che punto avvenga il passaggio da una dialettica anche vivace, ma rispettosa dell'interesse generale, a comportamenti, invece, infedeli»[72]. Se per Schmitt costui era il sovrano che decide nello stato di eccezione, questa soluzione risulta palesemente inaccettabile per lo Stato costituzionale democratico: «lo specifico contenuto della fedeltà alla Repubblica che – nell'esperienza italiana – può dirsi congruo ai dati testuali e alle premesse storiche dell'ordinamento democratico è, insomma, la gestione 'convenzionale' dell'emergenza»[73].

In conclusione, si vuol dire che la convivenza tra gruppi portatori di fini non negoziabili è resa possibile dal «consenso per intersezione di dottrine comprensive ragionevoli» su cui si regge lo Stato, ossia da quell'armistizio fragile, da quella provvisoria sospensione del conflitto in cui consiste la democrazia, che è nata, appunto, per comporre empiricamente i conflitti tra gruppi sociali portatori di fini non negoziabili. Questo consenso fondativo, questo fragile armistizio, entra in crisi quando un gruppo viene messo in condizioni tali da dover revocare la non negoziabilità ultima dei fini di cui è portatore – e cioè quando viene richiesto al gruppo proprio ciò che non gli si poteva chiedere[74] – quando cioè la violazione dei principi che sono propri solo di quel gruppo viene percepita dal gruppo stesso come intollerabile: quando ciò si verifica, e il gruppo si rifiuta di revocare tale non negoziabilità, il gruppo stesso fa ricorso al diritto di resistenza[75]. Ecco per-

---

[71] S. LARICCIA, *La rappresentanza degli interessi religiosi*, cit., 164.

[72] S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 118.

[73] *Ibidem*.

[74] J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., 67-68: «Osserviamo che (…) l'idea di ragionevolezza non è di natura epistemologica (anche se ha elementi epistemologici), ma è parte di un ideale politico di cittadinanza democratica che include l'idea di ragione pubblica. Nel contenuto di questo ideale sono comprese quelle cose che cittadini liberi e uguali, in quanto ragionevoli, possono esigere l'uno dall'altro per quanto riguarda le rispettive visioni comprensive ragionevoli; e in questo caso non possono esigere nulla che vada contro ciò che potrebbero concedere, in quanto loro rappresentanti, le parti contraenti in posizione originaria – le quali, per esempio, non potrebbero concedere che tutti debbano sostenere una particolare dottrina comprensiva. Ciò significa che (…) gli orientamenti di fondo e le procedure della ragione pubblica vanno fatti risalire a una scelta effettuata in posizione originaria, e appartengono alla concezione politica della giustizia».

[75] M. DOGLIANI, *Dio e Cesare: quali limiti riconoscono per sè e prima di tutto per l'altro?*, cit., 138.

L'impiego dell'espressione «resistenza» è qui giustificato nel senso chiarito da S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 3 ss., il

ché è dovere di tutti i gruppi comportarsi in modo tale che la situazione di sospensione del conflitto non entri in crisi e un gruppo si trovi nella condizione di dover far ricorso al diritto di resistenza.

Per riprendere le recenti vicende italiane relative al *referendum* sulla procreazione medicalmente assistita, è stato osservato che «l'appello dei vescovi italiani all'astensione referendaria va visto innanzi tutto come una rottura dell'armistizio o – utilizzando la metafora del contratto sociale – come un ricorso al diritto di resistenza. Questo è il nucleo duro della questione» [76]. Si può, nel merito, sostenere che la vicenda italiana abbia mostrato l'emergere di una deriva clericale, ma questo è un giudizio, appunto, di merito, che, a seconda dei punti di vista, può o non può essere condiviso [77]. Né il richiamo al rispetto del principio di laicità dello Stato pare spostare di una virgola il problema dal punto di vista del diritto costituzionale. Il mero richiamo al principio di laicità rischia di operare come un fattore di rimozione delle questioni costituzionali sottese [78].

In conclusione: se all'interno della comunità ordinata a Stato sono presenti e costituzionalmente tutelati interessi di sue singole parti; e se la competizione tra di esse non deve giungere a dissolvere la comunità medesima, a carico di ciascuna parte incombe il dovere di «tener conto dell'esistenza di tutte le altre», in conformità al carattere convenzionale, armistiziale, della nostra Costituzione: «il dovere di fedeltà esalta (anziché deprimere o negare) la convenzionalità desumibile dal testo scritto della Costituzione stessa» [79].

---

quale, con le parole di A. Passerin D'Entrèves, si chiede quale sia oggi, in un regime libero, dove non ci sono più tiranni da togliere di mezzo, il senso di una ricerca intorno al rapporto tra obbedienza e resistenza, e, si può aggiungere, il senso di una ricerca intorno ai conflitti tra più «obbedienze». Cfr. altresì PRISCO, *op. cit.*, 13: «Insomma: il problema è quale senso, quali limiti dare alla 'fedeltà' in un ordinamento che – perché ed in quanto 'democratico' – esige, sul punto, di essere costruito a partire dal rispetto della coscienza individuale».

Sul diritto di resistenza, oltre ai classici, cfr. G. MORELLI, *Il diritto naturale nelle Costituzioni moderne*, Milano, 1974, 334 ss.; L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981, 169 ss., e *ivi* ulteriori indicazioni.

[76] M. DOGLIANI, *Dio e Cesare: quali limiti riconoscono per sé e prima di tutto per l'altro?*, cit., 140.

[77] Si pongono per esempio su questo piano le pur condivisibili riflessioni di G. ZAGREBELSKY, *La Chiesa, la carità e la verità*, in *La Repubblica* del 13 maggio 2006.

[78] Cfr. C. TRIPODINA, *Studio sui possibili profili di incostituzionalità della legge n. 40 del 2004 recante «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita»*, in *Dir. pubbl.*, 2004, n. 2, spec. 511.

[79] S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato laico*, cit., 125-126.

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI

GIANLUCA BASCHERINI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I doveri e il discorso democratico della cittadinanza. – 3. Fedeltà, osservanza della costituzione e delle leggi, cittadinanza. – 3.1. *Post Scriptum*: brevi note sul progetto di riforma della normativa in materia di cittadinanza. – 4. Cenni sulla legislazione in materia di doveri degli immigrati. – 5. La solidarietà economica e sociale tra diritti e doveri degli immigrati. – 5.1. La vita familiare. – 5.2. Il diritto/dovere al lavoro. – 5.3. Brevi cenni a proposito del dovere di prestazione tributaria. – 6. Doveri politici e politicità dei doveri. – 6.1. Cittadinanza, servizio militare, servizio civile. – 7. Conclusioni.

1. PREMESSA

I fenomeni migratori pongono oggi importantissimi interrogativi al diritto costituzionale, giocando un ruolo di primo piano entro quel «processo di più o meno consapevole estensione del campo semantico del termine cittadinanza» segnalato da Pietro Costa in apertura del suo lavoro sulla storia della cittadinanza in Europa [1]. I processi migratori interessanti lo spazio europeo, mettendo in luce (ovviamente assieme ad altri fattori, spesso eterogenei tra loro) la dinamicità e la conflittualità delle questioni riguardanti l'identità e la partecipazione, i diritti e i doveri, possono dunque costituire un punto di osservazione privilegiato di tali dinamiche.

Questo lavoro si propone di gettare uno sguardo ad un profilo solitamente poco indagato quando si ragiona di immigrazione: quello dei doveri costituzionali degli immigrati. Un tema che nella sua latitudine impone delle scelte. Sarà dunque il caso innanzitutto di chiarire quali saranno i passaggi principali di questa riflessione e quali profili invece, pur riconducibili a questa tematica, non troveranno spazio in questa sede, se non per rapidissimi accenni.

Qui ci si concentrerà in prevalenza su tre aspetti. Il primo profilo sul quale qui

[1] P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, 1999, VII.

si proverà a spendere qualche parola muove da uno sguardo a volo d'uccello sul peso che i doveri hanno storicamente avuto entro il discorso costituzionale della cittadinanza, ricercando al contempo, in alcune delle riflessioni dedicate al tema dei doveri, spunti e suggestioni utili oggi a riflettere sulla condizione giuridica che il nostro ordinamento appronta per gli immigrati. Successivamente si getterà una sguardo ai percorsi normativi e giurisprudenziali che incrociano il tema dell'immigrazione con quello dei doveri di solidarietà economica e sociale soffermandoci su una serie di questioni che vengono emergendo in tema di unità familiare e di lavoro, al fine di indagare la visione della *solidarietà* caratterizzante il diritto che si viene sviluppando in materia – e dunque per riflettere attorno gli equilibri o gli squilibri caratterizzanti i processi di integrazione degli immigrati presenti in Italia. Si toccherà infine, sul versante dei doveri di solidarietà politica, il tema dei rapporti tra cittadinanza e obblighi di leva al fine ragionare sugli interrogativi e le prospettive che le attuali realtà migratorie aprono attorno a quel grumo di doveri *politici* per antonomasia e per questo tradizionalmente connessi allo statuto di cittadinanza: difendere la patria, essere fedeli alla repubblica (artt. 52, e 54 Cost.). Quei doveri il cui adempimento non si lega direttamente ad altrettanti diritti, quanto piuttosto al partecipare della vita e delle vicende di una comunità e che, una volta che incrociano le attuali realtà migratorie, non mancano di rivelare profili spesso trascurati, in particolare attorno ad uno dei nodi problematici centrali in tema di statuto giuridico dell'immigrato: le scelte in tema di riconoscimento o meno del diritto/dovere di voto.

Non si tratterà qui approfonditamente del primo dovere di ogni immigrato: quello di allontanarsi dal territorio dello Stato allo scadere del suo titolo di soggiorno e/o nell'ipotesi in cui risulti destinatario di una misura di allontanamento; dovere riconducibile prima che alle normative in tema di ingresso al riconoscimento dell'incolato ai soli cittadini. Questo ovviamente non vuol dire che l'incolato, con tutto ciò che ne consegue, sia completamente estraneo all'oggetto della nostra relazione, ma più semplicemente che concentrare l'attenzione sul dovere dello straniero di allontanarsi, al ricorrere di date condizioni, dal territorio statale, indurrebbe necessariamente a trattare in questa sede il tema generale dell'ingresso e del soggiorno dello straniero, e dunque a tornare su quello che è il profilo tradizionalmente ed attualmente più indagato in tema di condizione giuridica degli stranieri [2].

---

[2] Meritano tuttavia di essere ricordate a questo riguardo due decisioni della Corte originate da eccezioni di costituzionalità riguardanti ipotesi legislative di automatismo espulsivo e che richiamano, seppur marginalmente, anche i doveri di solidarietà riguardanti gli stranieri colpiti da queste ipotesi di espulsione. La sent. n. 353 del 1997 – nel giudicare la legittimità *ex* art. 3 Cost. dell'automatismo espulsivo caratterizzante l'art. 7, comma 2, l. n. 39 del 1990, che secondo il remittente, «non discriminerebbe i casi umani più dolorosi, così negando loro tutela» – ha dichiarato infondata la questione affermando che «[l]e ragioni della solidarietà umana non possono essere affermate al di fuori di un corretto bilanciamento dei valori in gioco, di cui si è fatto carico il legislatore» e che le regole che lo stato pone «in funzione d'un or-

Un'ultima notazione riguardo quel che resta fuori da queste pagine. Occuparsi di doveri *degli* stranieri induce infatti a lasciar da parte la questione dei doveri *verso* gli stranieri, che pure è un tema che solleva una mole formidabile di problemi e che investe il paradosso fondamentale dell'ordine internazionale westfalico, ossia di un ordine internazionale costruito attorno agli stati. Si pensi ad es. alle riflessioni di Kant sul diritto di *visita* e sul diritto di *ospitalità*, che hanno costituito una delle chiavi di volta della proposta kantiana del diritto cosmopolitico contenuta nel saggio sulla *Pace perpetua*. Si pensi ancora alle riflessioni arendtiane attorno alla perdita di quel *diritto di avere diritti* che colpì milioni di individui che divennero, apolidi, rifugiati, richiedenti asilo, minoranze a seguito del crollo del sistema europeo degli stati tra le due guerre mondiali e che assieme alla «corsa alla conquista dell'Africa» si trovano alle «origini del totalitarismo». Un paradosso che ruota attorno l'assenza di un dovere imputabile agli ordinamenti statali a riconoscere quelli che pure sono diritti definibili come umani, e che conferma, pur nel rovesciamento dei termini, della rilevanza del tema dei doveri quando si voglia ragionare di condizione giuridica del non-cittadino [3].

---

dinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza vanno … rispettate, e non eluse, o anche soltanto derogate di volta in volta … essendo poste a difesa della collettività nazionale e … a tutela di coloro che le hanno osservate». La questione dell'automaticità delle espulsioni amministrative e della connessa impossibilità per le amministrazioni competenti di tenere conto delle possibili «ragioni umanitarie e solidaristiche» contrarie ad un allontanamento dello straniero è tornata all'attenzione della Corte nell'ord. n. 146 del 2002. Dinanzi alle obiezioni sollevate dal giudice *a quo*, la Corte risponde che «quello che il giudice remittente chiama automatismo espulsivo altro non è che un riflesso del principio di stretta legalità che permea l'intera disciplina dell'immigrazione e che costituisce anche per gli stranieri presidio ineliminabile dei loro diritti, consentendo di scongiurare possibili arbitrii da parte dell'autorità amministrativa» e che quelle «ragioni umanitarie e solidaristiche che … dovrebbero guidare la scelta dell'autorità amministrativa» non sono ignote al legislatore del 1998 che «nel prevedere, all'art. 19, svariate ipotesi di divieto di espulsione dello straniero, soddisfa l'esigenza che siano tutelate particolari «situazioni personali» senza tuttavia abdicare al principio di legalità, il quale soltanto può assicurare un ordinato flusso migratorio (sent. n. 353 del 1997)». Su queste decisioni, nella prospettiva dei doveri, v. già P. PASSAGLIA-R. ROMBOLI, *La condizione giuridica dello straniero nella prospettiva della Corte Costituzionale*, in M. REVENGA SANCHEZ (a cura di), *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e in Spagna*, Milano-Valencia, 2005, 51 s.

[3] Tra le riflessioni che hanno incrociato il tema dell'ospitalità a quello delle migrazioni v. J. DERRIDA-A. DUFOURMANTELLE, *Sull'ospitalità*, Milano, 2000, ove il tema dello straniero è posto in relazione con la questione della domanda – e dunque della strategia comunicativa entro la quale si costruisce questa relazione, dell'idea di cultura che si adotta, operazione questa non meramente linguistica, ma che coinvolge l'*ethos* – e dove Derrida distingue tra «un'ospitalità che comincia col nome, il come ti chiami, ovvero che si apre senza domanda alcuna» (10). Nel primo caso saremo in presenza di un *diritto* all'ospitalità (e per ospitalità qui leggasi la possibilità di ingresso in un certo ordinamento che si riconosce a un individuo ed il corredo di diritti e doveri che in ragione di tale ingresso devono/possono imputarsi a quell'individuo), che comunque presuppone un'esclusione o quantomeno una identificazione e selezione, ed ospite è solo colui al quale riconosco il rispettivo diritto; nel secondo inve-

2. I doveri e il discorso democratico della cittadinanza

Quando si discorre di cittadinanza l'attenzione si concentra prevalentemente sul terreno dei diritti, mentre decisamente secondaria appare la riflessione attorno ai doveri. Tra le ragioni generalmente addotte a questo riguardo, spicca il richiamo ai trascorsi autoritari che hanno segnato molte delle esperienze costituzionali europee. G. Peces-Barba Martinez rileva a questo proposito che diritti e doveri sono concetti cui arride diversa fortuna a seconda delle epoche storiche e dei contesti ideologici: laddove infatti «[l]e ideologie prevalenti nello Stato assolutista o nelle moderne società autoritarie hanno messo l'accento sui doveri, … le ideologie liberal-democratiche hanno insistito sul ruolo primordiale dei diritti». N. Bobbio sottolinea come una tale esigenza «nasce dalla necessità di difendersi dalla prepotenza e dall'oppressione, da tutte le forme di potere dispotico di cui abbiamo avuto esperienza nella nostra vita. Abbiamo rivendicato i diritti in opposizione al dispotismo che esige dai sudditi solo doveri e non riconosce diritti … La nostra esigenza è stata quella di ribellarci al 'Credere Obbedire Combattere'»[4].

Simili argomentazioni, tuttavia, rischiano di trascurare l'importanza delle pretese regolative della cittadinanza, importanza che diviene sempre più evidente proprio quando si tratta di richiedere al cittadino l'adempimento dei doveri, fino a quello supremo del dare la vita per difendere la patria. Una pretesa regolativa ed una valenza disciplinante che la cittadinanza rivela anche nel suo incrociare i temi della condizione giuridica dello straniero, la quale si caratterizza non solo per le ricadute che su di essa hanno le opzioni in materia di politica delle «quote» – e dunque le pretese a fissare tetti, contingenti di ingressi e di espulsioni (spesso scollegati dalle effettive realtà dell'immigrazione e dei contesti socio-economici di insediamento) –, ma anche per la tendenza che tali discipline dimostrano alla regolazione individualizzante. Da questo punto di vista, il c.d. sistema Schengen e la tendenza alla esternalizzazione dei controlli che questo viene implementando (mediante l'introduzione dell'obbligo di visto, la delega di parte dei controlli ai vettori, gli accordi di riammissione, quelli di cooperazione tra polizie, l'allestimento di centri di trattenimento dei potenziali migranti negli stessi paesi di provenienza o di transito e, in materia di asilo, mediante il criterio dello «stato

---

ce si tratterebbe di un'*etica* dell'ospitalità, la quale peraltro, proprio nella sua assolutezza, nel suo non-domandare (fino a divenire non-comunicazione) rischia di contraddirsi a priori, non riuscendo concretamente ad ammettere nessuno proprio perché astrattamente riconosce a tutti ospitalità. Per quanto concerne invece l'attualità ed i limiti delle riflessioni kantiane ed arendtiane *supra* ricordate dinanzi alle attuali realtà migratorie merita qui di essere segnalato il lavoro di S. Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri*, *residenti*, *cittadini*, Milano, 2006, spec. 21 ss. e 39 ss.

[4] Le citazioni sono tratte rispettivamente da G. Peces Barba Martìnez, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1991, 140. e da N. Bobbio-M. Viroli, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, 2001, 39.

terzo sicuro») finiscono infatti per dar corpo ad un sistema di confini (territoriali e di *status*) che seguono il singolo migrante in ogni suo spostamento e che definiscono a loro volta statuti giuridici più o meno ridotti (quelli ad es. di «irregolare», di «regolare», di «richiedente asilo», ecc.) [5].

Le spiegazioni *supra* accennate riguardo la reticenza che circonda la riflessione sui doveri, inoltre, non paiono tener conto che le testualizzazioni costituzionali dei doveri acquistano un maggiore risalto proprio nelle costituzioni che segnano la fine di drammatiche esperienze autoritarie (le costituzioni italiana, tedesca e spagnola sono tra le carte euro-occidentali, quelle che danno forse il maggiore risalto a tali situazioni giuridiche). Già un semplice sguardo ai contesti storici (1793, 1848, 1946) entro cui questo discorso della cittadinanza e dei doveri si è incarnato in testi costituzionali, sembrano confermare infatti che i momenti della scrittura dei doveri costituzionali costituirebbero altrettanti tentativi, da una parte, di legare una data comunità alla *forma istituzionale* (democratico-repubblicana) uscita da una transizione più o meno rivoluzionaria [6] e, dall'altra, come già accennato, di riscrivere i canoni dell'appartenenza alla comunità dei cittadini sulla base dell'impegno civico e dell'adesione al sistema instaurato.

Che i doveri contribuiscano a connotare l'identità civica quanto i diritti è testimoniato da una importante componente del pensiero democratico in tema di cittadinanza, che sposta l'accento dal soggetto all'ente collettivo e si caratterizza per le connessioni che istituisce tra la dimensione *virtuosa* della relazione di cittadinanza ed il tema dei doveri; che rimette in discussione la dimensione individualistica del discorso liberale sui diritti a favore di una maggiore attenzione alla dimensione innegabilmente sociale che caratterizza il discorso dei doveri e dunque alle sue valenze di integrazione delle soggettività escluse. Un discorso della cittadinanza che, scorrendolo rapidissimamente, va dall'Atene della prima metà del quinto secolo avanti Cristo [7], passa attraverso la tradizione repubblicana di

---

[5] Sul tema v. F. DÜVELL, *La globalizzazione del controllo delle migrazioni*, in S. MEZZADRA (a cura di), *I confini della libertà. Per un'analisi politica delle migrazioni contemporanee*, Roma, 2004, 23 ss.; W. WALTERS, *Welcome to Schengenland. Per un'analisi critica dei nuovi confini europei*, in *ivi* 51 ss.; P. CUTTITTA-F. VASSALLO PALEOLOGO (a cura di), *Migrazioni, frontiere, diritti*, Napoli, 2006.

[6] V. ad es. L. VENTURA, *Art. 54*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1994, spec. 56 ss.

[7] V. a riguardo F. CERRONE, *Genealogia della cittadinanza. I greci. Dalla civiltà palaziale ai Sofisti*, Roma, 2004, 111, il quale rimarca l'importanza che ebbe la tattica politica – e il «triangolo strutturale politico, quello del contadino-guerriero-cittadino» – nella vittoria che i greci riportarono a Maratona contro i persiani e di qui nella affermazione di una «nuova ideologia isonomica» della cittadinanza. Tali successi militari – e dunque la partecipazione alla difesa della *pólis* – infatti «contribuirono in modo decisivo a incoraggiare l'autopercezione che il *polítes* attico aveva di sé come membro consapevole della comunità politica e parte integrante di un sistema istituzionale che non pretendeva di dominarlo ma lo coinvolgeva nell'adozione delle decisioni fondamentali per la comunità stessa».

età medievale [8], trova una prima declinazione costituzionale nel testo montagnardo del 1793, ritorna brevemente alla ribalta nelle «repubbliche dei doveri» del biennio 1848/49 [9], fino ad arrivare ai doveri inderogabili dell'art. 2 della Costitu-

---

[8] Sulla congiunta attribuzione di diritti e doveri nella cittadinanza medievale, sull'importanza degli oneri più o meno liberamente assunti – dell'impegno civico in funzione del bene comune – nel configurare concretamente quelle relazioni di appartenenza caratterizzanti la cittadinanza medievale e le democrazie comunali (il plurale, qui, è d'obbligo, costituendo la cittadinanza in tale contesto «un contenitore generico che si sostanzia in *status* differenziati e gerarchizzati, dove oneri e onori, diritti e doveri, obbedienze e supremazie, attività di partecipazione e obblighi di astensione sono inscindibilmente connessi») cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, cit., 13 ss. e *passim*.

[9] Alla declinazione liberale e nazionale della cittadinanza, che nelle prime fasi della rivoluzione francese dà forma ad una comunità politica ridotta e censitariamente definibile, il momento giacobino della rivoluzione affianca una declinazione democratica, partecipata e profondamente cittadina (meglio sarebbe *urbana*), che affonda le sue origini nel «principio-città» medievale e nella tradizione repubblicana, la quale radicalizzando la territorialità di tale rapporto ed allargando la partecipazione alle classi popolari e agli stranieri (comunque sempre ad uomini e bianchi), dà corpo ad una comunità politica che si configura sulla base dell'agire dei suoi membri espellendo ed accogliendo individui sulla base del loro comportamento etico-politico, delle loro virtù rivoluzionarie, e soprattutto del contributo che offrono alla edificazione e alla difesa della patria e della rivoluzione. Sul rilievo, nel contesto culturale del '48 francese in particolare nella riflessione di Comte, del tema dei doveri quale vettore di integrazione delle classi lavoratrici e quale linguaggio da opporre all'individualistico linguaggio dei diritti in ragione del suo tono direttamente sociale v. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, Laterza, Roma-Bari, 2000, 347 ss. Un discorso della cittadinanza esemplarmente riassunto, nel contesto culturale del processo di unificazione italiana, dal lavoro di G. Mazzini dedicato ai *Doveri dell'uomo*, dove il linguaggio dei doveri diviene lo strumento per una critica delle promesse inadempiute, sul terreno dei diritti, dalla tradizione repubblicana derivante dalla rivoluzione francese, ed – assieme al *pathos* dell'appartenenza nazionale – il mezzo capace di sviluppare una integrazione dei soggetti esclusi e dunque una riduzione di quella conflittualità sociale alimentata dall'individualismo liberale e dalle più evidenti sperequazioni socio-economiche. Un testo dunque che connette la riflessione sui doveri ad un profondo ripensamento delle allora vigenti strategie di garanzia dei diritti, inadeguate a tutelare efficacemente gli interessi dei soggetti più deboli, ai conflitti sociali in atto ed alla necessità di integrare nel corpo sociale e politico dell'ordinamento in formazione le soggettività fino ad allora escluse: le donne ed i lavoratori innanzitutto. Sull'importanza dei doveri nel discorso mazziniano della cittadinanza, v. *ivi*, 535 ss. Sul rilievo dei doveri nella costruzione di quel discorso democratico-radicale della cittadinanza e della condizione di straniero, che prenderà costituzionalmente corpo nei testi costituzionali che accompagnarono la fase giacobina della rivoluzione francese e, mezzo secolo dopo, nella costituzione della repubblica romana del 1849, si rinvia inoltre a G. BASCHERINI, *Diritti fondamentali e condizione dello straniero nell'esperienza costituzionale italiana. L'immigrazione tra storia costituzionale e prospettive europee*, in corso di pubblicazione, p. I, cap. 1, par. 2 e cap. 2, par. 2.2. Simile concezione della cittadinanza, peraltro, tornerà più tardi nelle costituzioni rivoluzionarie sovietiche – v. ad es. l'art. 19, comma 2, Cost. del 1918 e l'art. 11, comma 2 di quella del 1925, secondo le quali «La Repubblica Socialista Federativa Sovietica, fondandosi sulla solidarietà dei lavoratori di tutte le nazioni, accorda i diritti politici agli stranieri che lavorano nel

zione italiana [10]. Non è questa la sede per dipanare questi esili fili. Qui per ora interessa soltanto rimarcare alcuni aspetti.

Innanzitutto, interessa rilevare l'importanza del simbolico e del richiamo all'appartenenza all'interno di questi ultimi discorsi della cittadinanza, tanto più quando questa appartenenza rileva ai fini della partecipazione politica alla comunità. Cittadinanza e doveri è infatti un discorso che radica sul terreno del simbolico e delle passioni: l'amor di patria è un amore al contempo *profano* – la *fedeltà* alla repubblica, e quest'ultima peraltro è spesso rappresentata nell'iconografia democratico-repubblicana da una giovane donna [11] – e *sacro*, che rimanda al linguaggio religioso, del sacrificio: la difesa della patria, nella nostra costituzio-

---

suo territorio e che appartengono alla classe operaia» – e successivamente in alcune costituzioni centroamericane seguite a transizioni rivoluzionarie (è il caso ad es. dell'art. 18 della Costituzione nicaraguense del 1987, che disponeva che «*La Asamblea Nacional podrá declarar nacionales a extranjeros que se hayan distinguido por méritos extraordinarios al servicio de Nicaragua*»).

[10] Tra gli autori che rimarcano l'importanza dei doveri nella configurazione della cittadinanza, superando in tal modo quelle visioni che legano tale *status* ad una appartenenza naturalistica ad un dato ceppo nazionale, v. ad es. R. QUADRI, *Cittadinanza*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino, 1957, 306 ss., secondo il quale la cittadinanza, in quanto istituto giuridico, prende corpo, quando, alla fine del Settecento, si affermano esigenze di disciplina delle condizioni per il godimento dello *status activae civitatis* e per la sottoposizione ai doveri civici, a partire da quello di leva (312). G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 467; E. CASTORINA, *Introduzione allo studio della cittadinanza*, Milano, 1997, 163.

[11] A questo riguardo P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale*, cit., 22 s. ricorda da una parte il *Tractatus de iustitia* di Remigio de' Girolami, secondo il quale alla cittadinanza sono estensibili per analogia talune caratteristiche della relazione amorosa: «l'impulso unitivo dell'amante verso il proprio oggetto di amore, l'estasi che fa uscire il soggetto dalla propria chiusa individualità per renderlo disponibile alla relazione con l'altro, infine il desiderio di conservare e tutelare l'oggetto del proprio amore»; dall'altra Costa ci ricorda la frase di Machiavelli, secondo il quale si deve stimare «la patria più che l'anima» (*Istorie fiorentine*, III, 7, in ID., *tutte le opere*, Sansoni, Firenze, 1992, 696) che rimanda alla dimensione religiosa dell'*amor patriae*, ove, scrive Costa, «il sacrificio e l'amore di Cristo divengono modello di un sacrificio e di un amore che per essere espresso dal cittadino verso la città-patria non per questo è meno religioso e santo». Sul legame tra «patria» e sentimento insistono anche C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 122 e S. GRASSI, *Il servizio civile per un nuovo modello di cittadinanza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, I, 690. Sulla «sacralità» del dovere di difesa della v. infra la sent. n. 53 del 1967, seconda la quale questo richiamo alla sacralità starebbe a significare che si tratta di un dovere «collocato al di sopra di tutti gli altri, e che nessuna legge potrebbe fare venir meno» «si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza)» (*cons.* 1). Tale qualificazione dunque starebbe a sottolineare la preminenza di questo dovere «rispetto ad altre pur notevoli situazioni soggettive. A tal punto che il suo adempimento può legittimamente può legittimamente comportare il *sacrificio* di beni fondamentali protetti come tali dalla Costituzione».

ne, è *sacro dovere* del cittadino. Secondo Kantorowicz il parallelo tra chi muore in guerra e il martire cristiano, in auge dal basso medioevo fino a tutto il Novecento, celerebbe una funzione ed una strategia simbolica di scambio che inverte il rapporto tra potere e morte, affermando che la morte è un dono spontaneo che i caduti hanno fatto al potere. Il ricorso al modello martiriale della santità cristiana per giustificare i morti in guerra consente in altri termini di giustificare e valorizzare la posizione del potere rispetto a tale morte, dando un senso al suo carattere anonimo e di massa [12]. Per un altro verso invece questa componente emozionale e simbolica del tema dei doveri rimanda alla molteplicità dei legami che tengono insieme una collettività, agli impegni assunti *reciprocamente* dai suoi componenti prima ed oltre che nei confronti di una autorità superiore, agli impegni assunti non *in cambio di*, ma in quanto *parte di* qualcosa. Questa «mozione degli affetti» che traverserebbe il discorso costituzionale che lega doveri e cittadinanza testimonia dunque della compresenza e della coessenzialità, entro tale visione della cittadinanza, di momenti inclusivi e di momenti oblativi.

Un discorso della cittadinanza dunque che rispetto a quello liberale, centrato sul primato dei diritti, si caratterizza per un diverso rapporto tra soggetti, diritti, appartenenza ed ordine. Un discorso che esteriorizza la sorgente della disciplina e che sostituisce all'etica dell'autodisciplina, dell'appello alla ragione individuale quale strumento di controllo delle pulsioni distruttive, un etica pubblica che fa perno sulla capacità attrattiva della nazione e sui richiami dell'appartenenza e che dunque «de-centra il soggetto, lo sospinge a guardare sé stesso dal punto di vista della totalità» [13]. Queste ultime considerazioni richiederebbero di indagare più a fondo di quanto qui non sia possibile fare le componenti *disciplinari* presenti tanto nei discorsi della cittadinanza che attribuiscono il primato ai diritti quanto in quelli che invece spostano l'accento sui doveri, ove tale componente è soltanto più evidente, costituendo il corrispettivo richiesto per realizzare l'obbiettivo dell'integrazione [14].

3. Fedeltà, osservanza della costituzione e delle leggi, cittadinanza

Quanto ora accennato riguardo il discorso storico della cittadinanza e dei doveri ci permette qui di abbozzare una rapida riflessione attorno alle problemati-

---

[12] V. E. Kantorowicz, *Mourir pour la patrie (Pro Patria Mori) dans la pensée politique médiévale*, in Id., *Mourir pour la patrie et autres textes*, Parigi, 1984, 105 ss.

[13] Così P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 2. L'età delle rivoluzioni*, cit., 643.

[14] A questo proposito si rinvia, oltre che ai già citati volumi di Pietro Costa sulla cittadinanza, a F. Cerrone, *La cittadinanza e i diritti*, in P. Ridola-R. Nania (a cura di), *I diritti costituzionali*, II ed., Torino, 2006, 277 ss.

che che le attuali realtà migratorie sollevano in relazione ai doveri fissati nell'art. 54 Cost.

La sottoposizione dei soli cittadini al dovere di fedeltà costituisce uno degli argomenti più di frequente utilizzati per giustificare costituzionalmente l'esclusione degli stranieri dal godimento dei diritti politici e dall'accesso ai pubblici uffici, postulando in tal modo esistenza e contenuto di una situazione giuridica che invece – quando se ne discorre a prescindere dalla sua attribuzione soggettiva – appare decisamente controversa [15], dividendosi la dottrina sia riguardo la giuridicità o meno di tale previsione [16], sia – tra coloro i quali riconoscono un significato giuridico al dovere di fedeltà – riguardo tipo e grado di autonomia di tale dovere rispetto al dovere di osservanza della costituzione e delle leggi [17]. Un ra-

---

[15] Tra la dottrina che, occupandosi di condizione giuridica dello straniero, rimarca questa utilizzazione del dovere di fedeltà v. M. CUNIBERTI, *La cittadinanza. Libertà dell'uomo e libertà del cittadino nella costituzione italiana*, Padova, 1997, 433 s. e E. GROSSO, *Straniero (status costituzionale dello)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XV, Torino, 1999, 178.

[16] Un dibattito, quello circa la valenza morale oppure giuridica dei doveri, che storicamente si lega innanzitutto a quello più generale riguardo la portata delle norme programmatiche della costituzione e la collocazione costituzionale dei doveri. Spesso infatti questi hanno trovato posto nei preamboli piuttosto che nel corpo delle costituzioni. Così è stato nella costituzione francese del 1848, e questa fu in un certo senso anche l'intenzione dei costituenti italiani. Analogo dibattito circa la giuridicità o meno dei doveri caratterizzò la vicenda dell'art. 107 del progetto costituzionale di Weimar, che poi non trovò posto nel testo definitivo. V. a riguardo G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 6 ss.

[17] Riguardo la dottrina che s'è occupata del tema, qui ci si può limitare a ricordare che agli inizi dell'età repubblicana, vi fu chi kelsenianamente negò il significato giuridico del dovere in questione (Balladore Pallieri); chi invece riconobbe a questo un contenuto al contempo morale – il quale rimanderebbe a quel vincolo sentimentale, a quell'amor patrio cui prima s'è fatto cenno, che legherebbe un cittadino al proprio paese – e giuridico, senza però distinguere a riguardo tra *fedeltà* ed *osservanza* (Carbonaro e, successivamente, Amorth); chi vide nel dovere di fedeltà una clausola riassuntiva del complesso dei doveri costituzionali (Barile); chi, infine, lo lesse come caratterizzante il rapporto di cittadinanza (Mortati). La dottrina successivamente intervenuta sul tema si incaricherà di approfondire la distinzione tra fedeltà alla repubblica ed osservanza della sua costituzione e delle sue leggi. G. Lombardi alla fine degli anni Sessanta tematizzerà la fedeltà non in termini di legalità, ma di legittimità – data la natura pluralista e disomogenea dell'ordinamento costituzionale repubblicano – individuando in essa un obbligo di adesione ai valori fondanti il sistema costituzionale e riconducibili a un «contenuto materiale» della costituzione, a un nucleo di principi costituzionalmente intangibili e sottratti a revisione costituzionale. Questo obbligo tuttavia si caratterizzerebbe (per i semplici cittadini) per un contenuto «minimo» e «negativo», nel senso che questo non esclude le più ampie differenze d'opinione e non implica un positivo attivarsi per quei valori. Per i titolari di pubbliche funzioni tale dovere assumerebbe invece una particolare qualificazione ed implicherebbe al contrario un contenuto specifico e positivo. Alla metà degli anni Ottanta tornerà sul tema L. Ventura che contesterà l'impianto schmittiano della riflessione lombardiana, centrata sulla dialettica legalità/legittimità, e l'ancoraggio da parte di questi del dovere *en question* a valori metagiuridici, seppur desumibili dal testo costituzionale. Se, come emerge dai lavori costituenti, «dovere di fedeltà alla repubblica» vuol dire dovere di fedeltà alla forma isti-

pido sguardo alle diverse elaborazioni della dottrina induce peraltro a concordare con chi ritiene che «il problema teorico posto dal dovere di fedeltà alla Repubblica appare come una sorta di ginepraio concettuale nel quale o si corre il rischio di teorizzare un concetto troppo invasivo della sfera di autonomia della persona o per converso si scivola … ineludibilmente nel rischio di tautologia o addirittura di totale confusione concettuale» [18] tra fedeltà ed osservanza. Altri la-

---

tuzionale affermatasi post referendum del '46, oggi per Ventura quell'espressione rimanda ad una fedeltà all'ordinamento politico-istituzionale e si diversificherebbe dal dovere di osservanza, in quanto mentre quest'ultimo dovrebbe riferirsi alle singole previsioni normative, il primo riguarderebbe invece i principi costituzionali fondamentali. Fedeltà, in altri termini, sarebbe la caratterizzante del rapporto tra cittadino e stato-istituzione laddove osservanza caratterizzerebbe il rapporto tra questo e lo stato-apparato. Un lavoro tra i più recenti in materia, ed al quale si rimanda per approfondimenti e indicazioni bibliografiche riguardo tale percorso dottrinale – G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, cit., 1131 ss. –, evidenzia come in tutte queste ricostruzioni dottrinali permanga un «rischio di tautologia», la difficoltà cioè di distinguere fino in fondo tra fedeltà ed osservanza. Va ricordata a questo punto la ricostruzione, rimasta minoritaria, di C. Esposito secondo il quale, l'autonomia della fedeltà rispetto all'osservanza emergerebbe con nettezza solo in situazioni di eccezionalità. Gli spunti espositiani sulla caratterizzazione della fedeltà nella dimensione dell'eccezionalità sono stati successivamente raccolti da S. Prisco, per il quale, in tali situazioni, la fedeltà deve intendersi come fedeltà al metodo democratico, a quel minimo di condizioni che garantiscano dunque il mantenimento della dialettica democratica evitando la degenerazione in forme violente. L'impostazione elaborata da Esposito, che lega la fedeltà al presentarsi di stati di crisi e di instabilità, pare peraltro caratterizzare anche il cit. lavoro della Galante (1144 s.).

[18] Così G. GALANTE, *Fedeltà*, cit., 1142 s. Ogni ricostruzione presenta dunque punti deboli che non solo rendono problematica l'individuazione del contenuto della situazione giuridica in questione, ma che neppure riescono a legittimare fino in fondo l'esistenza di un discrimine netto tra la condizione di cittadino e quella di straniero ai fini della imputazione di tale dovere. Se infatti si ritiene (ad es. con Barile e Mortati) che la norma in questione sia riassuntiva dei doveri costituzionalmente previsti, una volta ammessa la sottoposizione dei non cittadini a tali doveri non si vede come per questi l'art. 54 Cost. non debba avere efficacia. Qualora invece si ritiene che la *fedeltà* si configuri quale *species* del *genus osservanza* (L. Ventura), si dovrà ammettere che competerà al legislatore articolare sul punto un differente trattamento in base alla cittadinanza dei soggetti. Neppure le elaborazioni di Esposito e Lombardi riescono a spiegare in fondo una radicale esclusione dei non cittadini dall'osservanza di un dovere di fedeltà. Non la prima, che – se idonea a giustificare l'esclusione di taluni soggetti dalle pubbliche funzioni (ma anche qui indipendentemente dalla cittadinanza) – finisce per accentuare la componente politica più che giuridica di un simile dovere. Esposito infatti non chiarirebbe cosa significhi «agire come membro e parte della Repubblica» e dove tale dovere si originerebbe. Riguardo la ricostruzione di Lombardi potrebbe invece a questo riguardo osservarsi che l''adesione ai valori' cui fa riferimento, se giuridicamente finisce per risolversi in un limite alla revisione, può come tale ricondursi a quel dovere di osservanza al cui adempimento è tenuto anche chi cittadino non è. A questo riguardo M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 438 s. sottolinea peraltro che stesso discorso può farsi riguardo la condizione di soggetti titolari di pubbliche funzioni, quando il *proprium* di tale dovere sia dato dalla somma dei doveri inerenti la singola funzione per come normativamente specificati: in tal caso infatti «non sembrano sussistere ostacoli insormontabili ad applicare le medesime norme anche al soggetto sprovvisto

vori in questa sede sono dedicati ad approfondire le problematiche inerenti natura e significato del dovere di fedeltà. Qui pertanto possiamo limitarci ad accennare brevemente ad alcuni profili della riflessione in materia che paiono maggiormente attinenti alle dinamiche suscitate dai processi migratori in atto.

A questo riguardo va innanzitutto rilevato che il pregio di molti dei contributi dottrinali in materia risiede innanzitutto nella capacità che questi rivelano di tematizzare i doveri e la fedeltà a partire dai legami che legano questo tema alla natura pluralista, disomogenea e conflittuale della società contemporanea, ed a questo proposito spunti interessanti per una riflessione che incroci il tema della fedeltà alle attuali realtà migratorie paiono venire, per chi scrive, dalla densa voce dell'enciclopedia Treccani dedicata alla fedeltà da A. Cerri.

In antitesi alle posizioni prima esaminate, che nella sostanza finiscono per risolvere la fedeltà in un obbligo di adesione ai valori fondanti il sistema, Cerri individua due possibili declinazioni della fedeltà, riconducibili al differente atteggiarsi degli ordinamenti democratici dinanzi al dissenso (e, diremmo noi, alla distanza culturale). Da una parte dunque vi sarebbero le c.d. «democrazie che si difendono», le quali – mediante specifiche limitazioni dei diritti – tendono ad impedire il manifestarsi di un dissenso che riguardi i principi costituzionali fondamentali e che declinano la fedeltà in termini di adesione ai valori fondanti il sistema. Dall'altra vi sarebbero invece le «democrazie aperte», tra cui andrebbe annoverata anche la nostra: queste ammetterebbero anche il dissenso che investe il nucleo essenziale del sistema costituzionale, purché questo non degeneri in violenza ed illegalità. Chiaramente una simile scelta espone gli ordinamenti che la praticano a una sfida alta e gravida di rischi, rischi tuttavia che per l'autore vanno accettati, pena un tradimento della stessa essenza della democrazia, la quale se vuol dirsi aperta deve accettare il confronto con i suoi negatori, senza pretendere di fondarsi su di un consenso artificioso e fidando che «le ragioni della libertà siano più forti di quelle dell'autoritarismo e che le stesse critiche … possano essere utili per eliminare i difetti del sistema o per comprendere le condizioni che ne consentono la vita» [19]. Questa visione della fedeltà in termini di «continua

della «cittadinanza italiana»». Ciò non di meno non vuol dire che non possano configurarsi specifiche ipotesi di contrasto tra doveri riconducibili a pubbliche funzioni e cittadinanza dei soggetti, ma si tratterebbe appunto di ipotesi puntuali e comunque non tali da giustificare «l'esistenza di un principio costituzionale che escluda in maniera generale e permanente il «non cittadino» dall'esercizio di funzioni pubbliche».

[19] In tali democrazie la fedeltà dunque non si tradurrebbe in una adesione assiologicamente orientata – la quale potrebbe sempre divenire legittimazione per limitazioni delle libertà –, ma diverrebbe piuttosto «misura di valutazione dei comportamenti», una «continua apertura al confronto anche con il «sovversivo»» la quale esige dal cittadino «un particolare rigore nell'adempimento dei doveri fissati con legge», anche nell'ipotesi espositiana del ricorrere di uno stato di crisi. Qui anzi la fedeltà potrebbe giustificare l'esercizio del diritto di resistenza, a seconda dei casi passiva e pacifica oppure attiva e armata. È chiaro che questa tesi – attenta ad evitare le possibili derive illiberali che potrebbero venire da una lettura della fedeltà quale «limite ideologico» e/o «vincolo che impegna le coscienze» – risolve sostanzialmente la

apertura al confronto» conduce quindi Cerri ad ammettere la sottoposizione anche del non cittadino al rispettivo dovere, seppure secondo un «diverso metro di valutazione»: dove infatti «il cittadino è tenuto a fare, per salvaguardare certi valori, lo straniero può essere tenuto a non fare, a non aggredire i valori medesimi» [20].

Resta peraltro la consapevolezza che risolvere la fedeltà nell'osservanza delle leggi non offre comunque esaurienti risposte agli interrogativi ed ai conflitti che le realtà migratorie attuali sollevano, particolarmente sul terreno dell'incontro fra differenti identità e pratiche culturali. Interrogativi e conflitti ai quali probabilmente può offrire risposte più la mediazione che la sanzione, e sono innanzitutto i contesti multiculturali, i territori-frontiera come quelli europei e in particolare quello euromediterranei che possono costituire spazi di apertura ad un dialogo che non sia mero sforzo di convincere l'altro della giustezza delle nostre illuminate ragioni quanto piuttosto coinvolgimento dei diversi punti di vista, rimessa in discussione [21]. Un dialogo che non riposa sull'ingenua convinzione che tutti conflitti siano discorsivamente risolvibili, ma che muova dall'accettazione, ed anzi dalla messa a valore, della natura conflittuale dell'odierno pluralismo.

Ammettendo che il rispetto ed il riconoscimento dell'altro non sono che il risultato di continue negoziazioni che coinvolgono individui e strutture sociali e che se è vero che queste negoziazioni presuppongono habermasianamente la condivisione di norme e valori comuni, è anche vero che queste non possono non tener conto delle diversità se non vogliono cadere in un paternalismo che cela a fatica pretesa di riconoscimento senza discussioni delle regole del «donatore» e dei suoi modelli socioculturali [22], ed ammettendo che è proprio su questo terreno di «relazioni tra estranei» che il diritto è chiamato ad operare, non si può non riconoscere tuttavia che l'affermazione e la garanzia di una serie di valori non dipende tanto (o solo) da un legislatore o da un giudice particolarmente illuminato e dialogante quanto dalla mobilitazione e dalle concrete rivendicazioni dei soggetti che sono parte dei conflitti di cui stiamo parlando e che riguardo tali conflitti i giuristi coltivino un diritto – come ha scritto di recente Stefano Rodotà –

---

fedeltà all'osservanza, ammettendo che «probabilmente tutte le conseguenze che ne derivano [*scil.* dal dovere di fedeltà] potrebbero essere anche desunte per implicito dal sistema». L'espressa previsione di tale dovere tuttavia avrebbe, per Cerri «un indiscutibile valore di stimolo emotivo nei confronti dei consociati»; «stimolo emotivo» il quale dunque confermerebbe l'importanza delle strategie di simboliche di scambio che agiscono entro i discorsi costituzionali della cittadinanza.

[20] A. CERRI, *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989, 4 e analogamente ID., *Doveri pubblici*, in *ivi*, XII, 2.

[21] V. sul tema E. BALIBAR, *L'Europa*, *l'America*, *la guerra*, Roma, 2003, spec. 43 ss.

[22] V. a riguardo A. HONNETH, *Lotta per il riconoscimento. Proposte per un etica del conflitto*, Milano, 2002 e R. SENNETT, *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, Bologna, 2003.

un «*faticoso*», che non vada in cerca della regola immutabile, ma che disegni procedure per il continuo e solidale coinvolgimento di soggetti diversi [23]. Il rischio altrimenti, nel caso degli immigrati, è quello di avviluppare questi individui in una duplice e contraddittoria rete di vincoli che negano loro singolarità e possibilità di un agire politico, di esercitare critica: da una parte quelli riconducibili a quel sentimentalismo assimilazionista cui s'è fatto ora cenno, che vede l'immigrato solo come soggetto debole e bisognoso, oggetto di una solidarietà che presuppone adesione ai valori del generoso ospite; dall'altra facendo l'immigrato (soprattutto se musulmano) portatore di una tradizione e di una cultura compatta, che sono quelle della comunità di provenienza, negandogli ogni possibilità di interazione reale e di costruzione dinamica della propria identità.

3.1. Post Scriptum*: brevi note sul progetto di riforma della normativa in materia di cittadinanza*

Un approccio dinamico a tali questioni apre dunque un serie di interrogativi attorno al significato del *dovere di fedeltà* in società come la nostra – che si vorrebbero (e si autopercepiscono) *aperte* ma che al contempo si sentono sempre più *insicure* e dunque bisognose di varie specie e gradi di *protezione* – ed al contempo attorno al ruolo che tale dovere gioca o potrebbe giocare nei processi comunicativi tra identità e culture indotti dalle dinamiche migratorie e nei processi di integrazione di percentuali sempre maggiori di popolazione immigrata. La valenza dinamica di una visione della fedeltà come «continua apertura al confronto» permette infatti di rileggere le questioni di diritto riguardanti la lealtà dovuta ad un certo ordinamento dagli individui che ne fanno parte alla luce dei fenomeni sociali in atto, e questo, sul terreno dei doveri, investe innanzitutto i processi di acquisizione della cittadinanza.

Quanto ora osservato ci induce a soffermarci brevemente sul disegno di legge intitolato «*Modifiche alla legge 5 febbraio 1992 n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza*» (A.C. n. 1607 del 30 agosto 2006).

Il d.d.l. punta a modificare la normativa vigente introducendo importanti elementi di *ius soli* entro una normativa che, mentre non pone limiti alla trasmissione della cittadinanza per discendenza [24], prevede tempi molto lunghi per la natu-

---

[23] S. RODOTÀ, *la vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 28.

[24] Le normative italiane della cittadinanza, come accennato, sono a tutt'oggi fortemente tributarie dalla storia dell'emigrazione italiana e dunque puntano a mantenere saldi legami con chi parte, mentre pongono non pochi ostacoli a chi invece arriva intenzionato a stabilirsi definitivamente in Italia. Questo vale non solo per la disciplina del 1912, ma anche per quella del 1992 tuttora vigente, pure adottata in un periodo in cui l'Italia cominciava a prendere coscienza dell'essere divenuta paese di immigrazione. Questa disciplina, se infatti sancì una fase importante del processo di apertura della cittadinanza alle donne, adeguando la precedente normativa ad una serie di decisioni della Consulta riguardanti la parità di trattamento

ralizzazione di stranieri extracomunitari e risulta decisamente carente per quanto concerne l'acquisto della cittadinanza da parte dei figli di stranieri nati sul territorio italiano. Il progetto di riforma mira dunque a semplificare l'accesso alla cittadinanza degli immigrati e dei loro figli, ed a rendere meno aleatorie le scansioni di tale processo, accesso tuttavia che viene comunque subordinato all'accertamento della integrazione socio-linguistica dello straniero [25].

Tralasciando gli esercizi di aritmetica sui tempi necessari alla naturalizzazione (la proposta di riforma vorrebbe infatti dimezzare i termini necessari all'acquisto della cittadinanza ed è su questo aspetto che si sono concentrate le maggiori critiche), va salutato con favore il tentativo caratterizzante questa riforma di adeguare la normativa in materia di cittadinanza alla luce delle dinamiche sociali legate ai processi migratori in atto. Quello che non convince del d.d.l., è la parte relativa alla verifica dell'integrazione degli stranieri. Sulla scia di analoghe riforme in atto e in discussione in altri paesi europei (Olanda, Germania Gran Bretagna), al giuramento tradizionalmente previsto per la naturalizzazione [26] tale riforma

---

tra uomo e donna nella trasmissione della cittadinanza, irrigidì ulteriormente i criteri per l'accesso alla cittadinanza degli stranieri, specie extracomunitari. Su queste normative, ci si limita a segnalare, tra i lavori più recenti, G. ZINCONE (a cura di), *Familismo legale. Come (non) diventare cittadini*, Roma-Bari, 2006.

[25] Il d.d.l. prevede infatti che possa concedersi la cittadinanza agli stranieri legalmente residenti da almeno cinque anni ed in possesso dei requisiti reddituali necessari per l'ottenimento del permesso di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo; che i bambini nati in Italia da genitori stranieri (almeno uno residente legalmente in Italia senza interruzioni da 5 anni) potranno diventare cittadini italiani, senza dover attendere il compimento della maggiore età (quando potranno scegliere se mantenere o meno la cittadinanza italiana). Potranno inoltre divenire cittadini italiani i figli di immigrati nati al di fuori del territorio italiano ma che abbiano trascorso in Italia anni importanti della loro formazione e del loro sviluppo. A tal fine è necessario che tanto i genitori quanto il minore siano legalmente e ininterrottamente residenti da almeno cinque anni, che almeno uno dei genitori disponga dei requisiti reddituali su ricordati e che il minore frequenti in Italia un ciclo scolastico, un corso di formazione professionale o vi abbia lavorato regolarmente per almeno un anno (anche in questo caso alla maggiore età potrà decidersi se conservare o meno la cittadinanza italiana) Per contrastare i c.d. «matrimoni di comodo», si allungano invece i tempi per l'acquisto matrimoniale della cittadinanza (da sei mesi a due anni, tre se il matrimonio è contratto all'estero). La proposta di riforma prevede inoltre una riscrittura, affidata ad un successivo regolamento, delle modalità e dei contenuti del giuramento necessario ad ottenere la cittadinanza e la previsione di una «verifica della reale integrazione linguistica e sociale dello straniero nel territorio dello Stato» secondo modalità anche esse da definirsi successivamente in via regolamentare.

[26] Testimonianza della centralità dei doveri nel dare corpo alla relazione di cittadinanza e della rilevanza del simbolico entro le relazioni tra doveri e cittadinanza, questa ipotesi di giuramento è rimasta praticamente ignorata sia dagli studiosi che si sono occupati di cittadinanza sia da quelli che hanno studiato le varie ipotesi di giuramento. Qualche cenno a riguardo si trova in P. GROSSI, *Giuramento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 151. Pur non trattando del giuramento dello straniero che intenda acquistare la cittadinanza, merita qui di essere ricordato, per una ricostruzione storica che fa di tale istituto un punto di osservazione del rapporto tra sacro e politico nella storia costituzionale occidentale – il giuramento dunque co-

punta ad aggiungere, quale condizione ulteriore per l'acquisizione della cittadinanza, una «verifica della reale integrazione linguistica e sociale dello straniero nel territorio dello Stato», le cui modalità saranno definite successivamente in sede regolamentare.

Si tratta infatti di un requisito destinato ad operare in un ambito di estrema discrezionalità – oltre che in evidente violazione della riserva di legge di cui all'art. 10, comma 2, Cost. –, in particolare per ciò che concerne la verifica dell'integrazione sociale dell'immigrato e che potrebbe facilmente trasformarsi in un test di assimilazione: di verifica della compatibilità di una persona con un ambiente socio-culturale più che con il quadro assiologico plurale che caratterizza la nostra Costituzione [27]. Si trascura in tal modo il fatto che l'integrazione, più che un prerequisito, è piuttosto un processo e soprattutto che determinati valori – come ad es. l'eguaglianza e la parità dei sessi, che anche *da noi* non è che proprio si perda nella notte dei tempi e che ancora faticano molto ad affermarsi nella vita di tutti i giorni – non si affermano istituendo cancelli, esami di idoneità e mediante adesioni formali a dettati costituzionali quanto piuttosto, fatto salvo il rispetto e la tutela di determinati standard universali, mediante il dialogo, la negoziazione ed al contempo mediante la mobilitazione dei soggetti che sono parti in causa entro tali conflitti; attraverso dunque la costruzione di spazi di mediazione culturale ed ipotesi di coesistenza conflittuale.

Peraltro, analogamente discutibile è che la previsione di un simile test non si leghi nel progetto di riforma ad alcuna proposta in materia di «politica per l'integrazione». Spicca in altri termini l'assenza di una seria di riflessione sui fattori e soprattutto sulla natura dinamica dell'integrazione, la quale dovrebbe iniziare non al momento in cui uno straniero chiede la cittadinanza, bensì quando questo decidere di stabilirsi in Italia. Si scarica dunque sugli stranieri il dovere di inte-

---

me base del patto politico ed al contempo richiamo ultimo del potere alla sacralità – e che ne indaga le trasformazioni del significato nel corso dei secoli, a partire dalla sua secolarizzazione, il lavoro di P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992.

[27] Indicativo a riguardo è stato il tentativo esperito dallo stesso ministro degli interni di stendere una specifica carta dei valori, sostanzialmente pensata per gli immigrati di religione musulmana, ma alla quale avrebbero dovuto aderire tutti gli immigrati intenzionati a stabilirsi in Italia. Ed analogamente discutibile pare la proposta venuta in alternativa a questa carta dei valori: ossia quella di verificare l'integrazione sociale dei potenziali cittadini sulla base della conoscenza dei principi e dei diritti contenuti nella costituzione. In un Paese che non ha mai seriamente intrapreso alcun opera di educazione costituzionale dei propri cittadini e che nulla di lontanamente simile prevede per quanto concerne il mantenimento della cittadinanza nel caso dei c.d. «italiani all'estero», un simile uso della costituzione – lungi dal farne l'ordito assiologico, condiviso ed inclusivo, su cui costruire pratiche comunitarie di convivenza – rischia di esaltare la dimensione formale di quest'ultima, impoverendone il significato assiologico attuale e rendendola paradossalmente elemento di discriminazione tra cittadini, che tranquillamente continuano ad ignorarne contenuti e valenze, e stranieri, costretti invece a mandarne a memoria brani per superare un'interrogazione.

grarsi e si tace del tutto sui doveri di accoglienza ed integrazione di cui dovrebbero farsi carico le differenti articolazioni ordinamentali, compiti peraltro a lungo delegati agli enti locali in forma tacita e deregolamentata, i quali si trovano a gestire tali processi affidandosi alla buona volontà delle amministrazioni ed alle loro magre risorse, ma che al contempo (come mostrano chiaramente le sentenze della Consulta sugli statuti regionali toscano ed emiliano romagnolo e quella del Consiglio di Stato sugli statuti genovese e forlivese) vedono frustrato ogni loro tentativo di costruire forme di democrazia municipale e progressiva, percorsi di integrazione progressiva anche nel godimento dei diritti politici [28].

---

[28] Le politiche italiane dell'immigrazione sono state a lungo segnate da un impianto centralista che non ha opposto decise resistenze all'attribuzione di competenze in materia alle regioni ed agli enti locali. L'onere della gestione del soggiorno degli stranieri in termini di politiche di accoglienza ed erogazione dei servizi sociali è venuto così a gravare su tali soggetti istituzionali in forma tacita e deregolamentata. In assenza di un quadro normativo di riferimento, e spesso scontrandosi con le articolazioni periferiche dell'amministrazione centrale, l'agire degli enti locali in materia è rimasto a lungo episodico e parziale. Secondo le parole del documento programmatico, il t.u. sull'immigrazione ha concepito l'integrazione degli immigrati come un «processo di non discriminazione e di inclusione delle differenze». In materia di servizi agli stranieri il t.u. attribuisce diversi compiti a regioni ed enti locali: le prime sono chiamate a svolgere un ruolo di promozione delle politiche pubbliche in materia, mentre ai secondi, in particolare ai comuni, compete l'erogazione effettiva dei servizi. Nella ripartizione delle competenze tra centro e periferia, fino alla revisione del Titolo V Cost., è mancato tuttavia un coordinamento tra le varie normative vigenti in materia, residuando al complesso Regioni-enti locali un margine amplissimo non solo sul *come* intervenire, ma sul fatto stesso di apprendere o meno come loro proprie le nuove funzioni. Anche dopo la revisione del titolo V resta allo Stato la competenza legislativa esclusiva riguardo, l'asilo, la «condizione giuridica dei cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea», l'immigrazione (art. 117, comma 2, lett. *a*) e *b*)) e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali ciò non toglie che sarà di estrema importanza l'articolarsi delle varie politiche regionali per quanto concerne l'integrazione sociale ed il concreto riconoscimento dei diritti in materia agli stranieri. Sul ruolo degli enti locali nelle politiche italiane dell'immigrazione. V. a riguardo, G. FRANCHI SCARSELLI, *La regolazione giuridica della rappresentanza politico-amministrativa degli stranieri in Italia: elementi di interpretazione ed esperienze locali*, in *Aut. loc. e serv. soc.*, 1998, 481 ss.; T. CAPONIO, *Governo locale e immigrazione in Italia. Tra servizi di* welfare *e politiche di sviluppo*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 5/2004, 789 ss.; A. RUGGERI-C. SALAZAR, *«Ombre e nebbia» nel riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di emigrazione/immigrazione dopo la riforma del Titolo V*, in M. REVENGA SANCHEZ, *I problemi costituzionali dell'immigrazione*, cit., 309 ss.; C. CORSI, *Immigrazione e ruolo degli enti territoriali*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 1/2005, 36 ss. Nella giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia di riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di immigrazione ci si limita qui a ricordare le sentt. nn. 372 e 379 del 2004 e 300 del 2005.

4. Cenni sulla legislazione in materia di doveri degli immigrati

La legislazione vigente in tema di immigrazione (e dunque innanzitutto il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero* e le sue successive modifiche), va rilevato che questa non sembra individuare specifici «doveri dello straniero» (pur richiamati nell'intitolazione dell'art. 2 t.u., dedicato appunto ai «diritti e doveri dello straniero»), limitandosi a prevedere che «lo straniero presente nel territorio italiano è comunque tenuto all'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente» (art. 2, comma 9). La norma pare dunque ribadire quello che è un dato di evidenza, riferendosi a quegli obblighi (amministrativi, penali, tributari, di polizia, ecc.) che le normative vigenti nel territorio italiano pongono a chiunque si trovi su questo territorio, indipendentemente dalla sua cittadinanza.

Una lettura dei successivi articoli del Testo unico ci mostra tuttavia che lo straniero presente sul territorio italiano è comunque tenuto al rispetto di una serie di obblighi specifici attraverso i quali questi si trova sottoposto ad un sistema di controlli di polizia continuo ed intenso [29] che testimoniano della percezione or-

---

[29] Si pensi ad es. all'obbligo di mostrare alle pubbliche amministrazioni il proprio titolo di soggiorno (art. 6, comma 2 e 3), di sottoporsi a rilievi fotodattiloscopici segnaletici qualora vi sia motivo di dubitare della sua identità (art. 6, comma 4) o ancora, alla facoltà riconosciuta (art. 6, comma 5) alle autorità di p.s. – quando vi siano «fondate [ma non precisate] ragioni» – di richiedere «agli stranieri informazioni e atti comprovanti la disponibilità di un reddito, da lavoro o da altra fonte legittima, sufficiente al sostentamento proprio e dei familiari conviventi nel territorio dello Stato». Si pensi ancora agli obblighi per chi ospita uno straniero, anche se parente o affine, gli dà un lavoro la proprietà o gli cede il godimento di beni immobili, rustici o urbani, posti nel territorio dello Stato,di darne comunicazione scritta, entro quarantotto ore, all'autorità locale di pubblica sicurezza. Obblighi questi ultimi già inseriti nell'immediato dopoguerra nel T.u.l.p.s. (art. 147), e dichiarati legittimi da una risalente decisione della Consulta, «perché fondat[i] sulla necessità razionale di poter raggiungere lo straniero ovunque si trovi» e in quanto giustificati dal diverso rapporto con l'ordinamento statale di un cittadino e di uno straniero: infatti, «mentre il primo ha con lo Stato un rapporto di solito originario e comunque permanente, il secondo ne ha uno acquisito e generalmente temporaneo» (sent. n. 104 del 1969, *cons.* 4). Rispetto a questi obblighi il legislatore del 1998 aveva eliminato le sanzioni penali (aprendo la strada, secondo parte della dottrina, ad una caduta in desuetudine della stessa previsione – C. Corsi, *Lo stato e lo straniero*, Padova, 2001, 222); la novella legislativa del 2002 ha introdotto per tali ipotesi una sanzioni amministrativa (v. il comma 2 *bis* dell'art. 7). V. a tale riguardo P. Bonetti, *I principi, i diritti e i doveri, le politiche migratorie*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 97 s., il quale, sempre in tema di doveri, ricorda la «curiosa ed opinabile» tesi – giuridicamente non dimostrabile e, a quanto risulta, rimasta isolata, ma comunque sintomatica di un modo diffuso di percepire la presenza immigrata – secondo la quale dallo straniero «si potranno esigere quelle condotte ricollegabili agli obblighi solidaristici, tra le quali dovrebbero rientrare senz'altro l'adoperarsi onestamente e in tutti i modi per acquisire le informazioni utili a rendere la sua permanenza nella Repubblica conforme alle regole *e il non assumere atteggiamenti di pretesa illi-*

dinamentale dell'immigrato quale potenziale fattore di disordine sociale, percezione che dunque legittima la costruzione attorno a tali individui di un vero e proprio «diritto speciale», specialità che emerge in particolare nelle ipotesi di «detenzione amministrativa» degli immigrati da espellere nei tristemente famosi «centri di permanenza temporanea ed assistenza» [30].

mitata nei confronti delle strutture italiane preposte all'accoglienza [corsivo mio]» – cfr. M. CERASE, *Il governo dell'immigrazione*, in *Rass. parlam.*, 1999, 980.

[30] Sulla costruzione di un diritto speciale per i migranti v. ad es. A. CAPUTO, *L'immigrazione: ovvero, la cittadinanza negata*, in L. PEPINO (a cura di), *Attacco ai diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2003, spec. 38 ss. Merita a quest'ultimo riguardo di essere ricordata la direttiva generale del Ministro dell'interno 30 agosto 2000, in materia di Centri di permanenza temporanea ed assistenza contenente, tra l'altro, la «carta dei diritti e dei doveri» per il trattenimento della persona ospitata nei centri di permanenza temporanea, carta che dovrebbe essere consegnata ad ogni straniero che venga condotto in uno di questi centri. Alla voce «doveri dello straniero» questa 'carta' prevede che «durante il periodo di trattenimento lo straniero ha il dovere: di non allontanarsi dal centro. (Le forze di polizia devono evitare ogni allontanamento dello straniero e devono ripristinare la misura di trattenimento, se viene violata); di rispettare le regole di civile convivenza e di avere un atteggiamento di collaborazione con gli operatori del centro; di curare l'igiene personale; di rispettare le regole di organizzazione dei centro; di non danneggiare i beni e le strutture del centro; di risarcire eventuali danni arrecati». Doveri che, quando non costituiscono il corrispettivo di diritti nella stragrande maggioranza dei casi negati, non fanno che confermare la natura paradetentiva di questi luoghi. Esula dal tema assegnatoci la questione della detenzione amministrativa degli immigrati in questi centri. Qui ci si può limitare a rilevare che, per il rilievo strategico che questi «centri» presentano nel quadro delle misure di polizia degli stranieri, la loro istituzione costituisce una delle più importanti cifre culturali delle attuali politiche europee dell'immigrazione e non poche perplessità suscita questa sistema paradetentivo, a partire dal fatto che queste forme di internamento e restrizione della libertà personale (un internamento spesso caratterizzato da condizioni ben peggiori di quelle carcerarie, come denunciano ad es., i rapporti di *Amnesty International* e di *Medici Senza Frontiere*, ma anche la proposta di risoluzione comune su Lampedusa approvata dal Parlamento europeo approvata il 13 aprile 2005 - RC-B6-0251/2005) prescindono dalla commissione di un reato. Questi centri dunque non sono assimilabili al carcere per la semplice ragione che chi vi entra non ha commesso alcun crimine, per il resto le modalità di reclusione sono le stesse: stessa limitazione della libertà di circolazione e degli altri diritti Un'analogia confermata anche da quelle statistiche che testimoniano che il 60% circa dei trattenuti nei centri ha avuto precedenti esperienze di carcere, una proporzione che si spiega anche con la diffusa prassi di trattenere nei centri stranieri che hanno finito di scontare una pena in carcere, al fine di esplicare le pratiche della loro identificazione ai fini del rimpatrio. V. a riguardo T. BARUCCI-S. LIBERTI, *Lo stivale meticcio*, cit., 51. Il loro scopo pare dunque piuttosto quello di aggirare le garanzie sostanziali e procedurali previste dalle carte europee per le ipotesi di limitazione della libertà personale. E nonostante gli sforzi della giurisprudenza nazionale ed europea per circondare tali pratiche di una serie di tutele giurisdizionali, non si può non rilevare il forte silenzio che viene dalle aule di queste corti in ordine alla costituzionalità in sé di queste pratiche detentive.

5. La solidarietà economica e sociale tra diritti e doveri degli immigrati

5.1. *La vita familiare*

Passiamo a questo punto ad un rapido esame della giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare, e dei limiti che possono derivare all'espellibilità di un immigrato alla luce delle esigenze di tutela dell'unità familiare e di cura dei minori, esigenze che tematizzate prevalentemente sul terreno dei diritti che a queste si ricollegano, non mancano tuttavia di dare vita, come emerge chiaramente dalla stessa giurisprudenza costituzionale in materia, anche a doveri di solidarietà reciproca tra i diversi componenti la sfera familiare: doveri che corrono tra generazioni diverse – il prendersi cura dei propri figli, dei propri genitori – ma anche tra coloro che *scelgono* di costruire una famiglia, di fatto o di diritto.

Non è questa la sede per uno sguardo sulle discipline in tema unità familiare dei migranti, sulle differenze che a riguardo si registrano tra le legislazioni dei vari paesi e sulla più recente e diffusa tendenza ad una restrizione delle possibilità di mantenere o di ricostituire tale unità, sulle dinamiche che si registrano a livello comunitario e sulle resistenze che continua ad incontrare una effettiva comunitarizzazione della materia [31]. Per quanto concerne il diritto italiano in materia ci

---

[31] Si ricordi a proposito il tentativo di stabilire a partire dalla fine degli anni Novanta una serie di orientamenti comuni a livello comunitario in tema di ricongiungimento, che alla fine di un lungo *iter* ha dato vita ad una pallida e compromissoria direttiva: la n. 2003/86. La direttiva colpisce infatti per lo scarto tra quel che proclama nelle sue premesse ed il suo gracile contenuto. Colpisce la distanza tra la consapevolezza dell'importanza del contributo dato dal ricongiungimento familiare «a creare una stabilità socioculturale che facilita l'integrazione» (*cons.* 4) e la soluzione adottata per trovare un accordo tra i governi, che limita sensibilmente l'armonizzazione e lascia gli stati liberi di recepire o meno le parti che hanno dato luogo alle maggiori difficoltà (categorie di familiari ammesse al ricongiungimento, requisiti economici ed abitativi necessari per la presentazione della richiesta, trattamento dei familiari ricongiunti) e che riconosce ai cittadini extracomunitari un più limitato diritto al ricongiungimento rispetto ai cittadini comunitari (basti confrontare la nozione di «familiare» caratterizzante tale direttiva, rispetto a quella, ben più estesa, adottata con riferimento all'analogo diritto previsto per i lavoratori comunitari dall'art. 10 del regolamento CE 1968/1612) e che finisce per penalizzare proprio le donne ed i minori. La direttiva infatti vieta il ricongiungimento ad «altri» coniugi in caso di matrimoni poligami, non riconosce l'autonomia del permesso di soggiorno del familiare ricongiunto da quello del coniuge soggiornante, che invece potrebbe costituire un efficace strumento di emancipazione femminile e lascia agli stati la regolazione dei ricongiungimenti riguardanti conviventi non coniugati. Per quanto concerne invece i minori, la direttiva lascia agli stati-membri le decisioni circa le limitazioni opponibili ai ricongiungimenti con questi (in particolare in caso di matrimoni poligami) e diversifica la condizione giuridica del minore in fasce d'età caratterizzate da una tutela progressivamente assottigliata (*cons.* 12, art. 4, spec. comma 2; art. 6, comma 4), progressivamente degradando il diritto del minore al ricongiungimento da diritto soggettivo a interesse legittimo (art. 8, comma 2). Una direttiva segnata, sotto questo profilo, da una concezione normativa ed eurocentrica della famiglia, che

si può qui limitare ad osservare che la parte riguardante l'unità familiare e la tutela dei minori era una delle meglio riuscite del testo unico del '98 nella sua formulazione originale, prima che la riforma legislativa del 2002, pur senza rimetterne in discussione l'impianto generale, vi apportasse non marginali restrizioni [32].

---

riduce il vero e proprio diritto al ricongiungimento e la tutela più piena dell'unità familiare solo ai membri della famiglia nucleare (coniugi e figli minorenni) e che al contempo frammenta il riconoscimento dei diritti degli altri partecipanti a relazioni familiari in una congerie di «relazioni affettive» più o meno discrezionalmente apprezzabili dal legislatore.

[32] Trasponendo sul piano legislativo le indicazioni pervenute dalla giurisprudenza costituzionale e delle Corti europee, il t.u. del 1998 nella sua originaria formulazione aveva infatti articolato ulteriormente il diritto all'unità familiare ampliandone il contenuto rispetto alla disciplina previgente, separandone la titolarità dalla condizione di lavoratore e riconoscendolo a tutti gli stranieri «in regola». Chiave di volta del sistema è il riconoscimento di un generale diritto all'unità familiare a favore di chiunque sia titolare della carta di soggiorno o di un permesso di soggiorno superiore ad un anno e disponga di un reddito adeguato e di un alloggio idoneo. Rispetto a questo generale diritto all'unità familiare, il ricongiungimento si configura come uno dei possibili strumenti attraverso cui l'unità familiare può realizzarsi. Infatti, si è esteso il novero dei familiari che possono ricongiungersi e si è previsto un ulteriore istituto (il c.d. «ingresso a seguito») il quale permette di preservare l'unità familiare dello straniero anche nelle prime fasi della sua migrazione. Inoltre, si è prevista l'ipotesi di un ricongiungimento «al contrario», vale a dire l'ingresso, per ricongiungimento al figlio minore regolarmente soggiornante in Italia, del genitore naturale che dimostri, entro un anno dall'ingresso in Italia, il possesso dei necessari requisiti alloggiativi e reddituali. Si dispose inoltre il divieto assoluto di espulsione del minore di diciotto anni, salvo di quella «ministeriale» e salvo ancora il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi, e degli stranieri conviventi con parenti entro il quarto grado o con il coniuge di nazionalità italiana. La l. n. 189 del 2002, secondo una tendenza che si va sempre più diffondendo nei paesi dell'Unione europea e che caratterizza anche la ricordata direttiva 2003/86, ha ridotto le possibilità di ricongiungimento, escludendo i figli maggiorenni che non siano totalmente invalidi, i genitori ultrasessantacinquenni ma con figli nei paesi di origine in grado di prendersene cura, e tutti gli ascendenti diversi dai genitori. La riforma del 2002, inoltre, ha determinato una possibile indiretta limitazione del diritto all'unità familiare per gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per lavoro subordinato, laddove lega (art. 5, comma 3 *bis* del t.u.) la durata del permesso di soggiorno a quella del contratto di soggiorno: se infatti il secondo ha durata inferiore ad un anno, il permesso che verrà rilasciato allo straniero (anche se magari residente da anni in Italia e in precedenza titolare di un permesso di più lunga durata) sarà di durata inferiore all'anno, impedendogli di riunificare la propria famiglia. Per quanto concerne invece al tutela dei minori, ci si limita qui a ricordare l'innovazione, discutibile e di dubbia costituzionalità, introdotta dalla l. n. 189 del 2002: il «rimpatrio assistito per i minori stranieri non accompagnati», i quali invece nella originaria formulazione del t.u. (art. 19, comma 2) rientravano tra le categorie degli inespellibili. Ad aggravare ulteriormente il quadro sta il fatto che pur essendo il rimpatrio un provvedimento radicalmente diverso per presupposti e motivazioni dall'espulsione, essendo il primo disposto nell'interesse del minore, nella prassi l'attuazione di questo è molto simile ad una espulsione. Sulle normative italiane della materia v. P. BONETTI-N. ZORZELLA-W. CITTI-L. MIAZZI, *Diritto all'unità familiare e tutela dei minori*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, cit., 861 e 909 ss. e G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, in Quaderni di *Familia*, Milano, 2006, 39 ss. Sulla giurisprudenza in materia v. inoltre ID., *«Diritto alla unità familiare» e «interesse agli affetti» dei cittadini extracomunitari secondo la Consulta*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2006.

Nella giurisprudenza costituzionale intervenuta in materia va ricordata innanzitutto la sent. n. 28 del 1995, che ha riconosciuto la natura fondamentale del diritto all'unità familiare ed il suo radicamento in costituzione ed in diversi atti internazionali, reinterpretando estensivamente l'istituto del ricongiungimento rispetto alla normativa allora vigente a partire dal riconoscimento del valore socio-economico del lavoro domestico e familiare [33]. Peraltro, in questa come in altre decisioni, la Corte ha attribuito un particolare rilievo alla convivenza familiare in quanto condizione funzionale all'esercizio dei diritti e dei doveri nei confronti dei figli, riconoscendo inoltre che la natura costituzionale di tali diritti e doveri impone che eventuali limitazioni legislative potranno dirsi ammissibili solo se originate da esigenze di bilanciamento con «altri valori dotati di pari tutela costituzionale» [34].

Nelle successive decisioni riguardanti il rapporto genitori-figli e le situazioni giuridiche a questo riconducibili, va ricordata la sent. n. 203 del 1997, che ritornerà sull'art. 4 della l. n. 943 del 1986 disegnando il ricongiungimento non più come un diritto del capofamiglia a farsi raggiungere dai propri congiunti, bensì come un diritto fondamentale di ogni componente di una famiglia, anche «di fatto» (come in questo caso), al mantenimento o al ristabilimento dell'unità familiare [35].

---

[33] Questa sentenza infatti ha riconosciuto alla donna straniera casalinga il diritto a ricongiungersi con il proprio figlio minore, laddove invece la normativa allora vigente (l'art. 4, l. n. 943 del 1986) poneva il lavoro quale presupposto necessario per l'esercizio di tale diritto. per la Corte infatti « il rilievo assunto dall'attività lavorativa all'interno della famiglia, non può non comportare la conseguenza che tale attività debba essere assimilata alle forme di 'occupazione' che la legge qui contestata richiede per l'attivazione dell'istituto del ricongiungimento familiare» (*cons.* 4).

[34] Secondo la Corte infatti «Il diritto e il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, e perciò di tenerli con sé, e il diritto dei genitori e dei figli minori ad una vita comune nel segno dell'unità della famiglia sono … diritti fondamentali della persona che perciò spettano in via di principio anche agli stranieri contemplati dalla legge qui in esame». Naturalmente, questi diritti possono essere assoggettati ai limiti derivanti dalla necessità di realizzarne un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale, come del resto avviene nel caso di specie in cui l'esigenza del ricongiungimento familiare viene collegata alla condizione che lo straniero immigrato sia in grado di assicurare ai propri familiari 'normali condizioni di vita'» (*cons.* 4).

[35] Se, infatti, nella l. n. 28 del 1995 la Corte interpretò l'art. 4 cit. «nel senso che il diritto al ricongiungimento con il figlio minore residente all'estero riguarda anche gli stranieri legalmente residenti che in Italia svolgano attività lavorativa nell'ambito della propria famiglia», la l. n. 203 del 1997 «riguarda un profilo in un certo senso simmetrico: è il genitore straniero di un figlio minore legalmente residente in Italia con l'altro genitore che invoca il diritto a ricongiungersi con il figlio». Secondo la Consulta infatti «[i]n entrambi i casi … vengono in considerazione tanto il diritto fondamentale del minore a poter vivere, ove possibile, con entrambi i genitori, titolari del diritto-dovere di mantenerlo, istruirlo ed educarlo; quanto il conseguente diritto dei genitori a realizzare il ricongiungimento con il figlio. Tali diritti sono violati da una disciplina normativa che, ai fini del ricongiungimento, ignora la situazione di coloro che,

Un altro importante tassello di questo *iter* giurisprudenziale in tema di unità familiare è costituito dalla sent. n. 376 del 2000, che – muovendo dagli artt. 29 e 30 Cost. e dalle disposizioni in materia ricavabili da una serie di trattati internazionali ratificati dall'Italia – ha esteso il divieto di espulsione al marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio. Ribadendo che il diritto dei genitori e dei figli minori a vivere assieme è «un diritto fondamentale della persona che spetta in via di principio anche agli stranieri», la Corte ha riconosciuto che alla famiglia va garantita la più ampia protezione ed assistenza, in particolare nel momento della sua formazione, e riconoscendo i doveri, le responsabilità che entrambi i genitori hanno – indipendentemente dalla loro cittadinanza – circa l'educazione ed il mantenimento dei figli minori e l'importanza della presenza delle due figure genitoriali non solo per ciò che riguarda i bisogni biologici, ma anche per ciò che concerne le sfere del relazionale e dell'affettivo, collegate allo sviluppo della personalità del bambino [36].

Questa primavera della giurisprudenza costituzionale in tema di unità familiare s'è interrotta alquanto bruscamente. Innanzitutto le decisioni riguardanti ricongiungimenti tra coppie di fatto che non avevano figli minori di cui prendersi cura, e che hanno escluso il ricongiungimento data «l'incertezza giuridica» del rapporto, hanno ribadito la centralità dei diritti e doveri riconducibili al rapporto genitori-figli e più in generale del modello tradizionale di famiglia (etero e spo-

---

pur non essendo coniugati, siano titolari dei diritti-doveri derivanti dalla loro condizione di genitori. La situazione, dunque, alla quale si collega il diritto al ricongiungimento familiare qui affermato non concerne il rapporto dei genitori fra di loro, bensì il rapporto tra i genitori e il figlio minore, in funzione della tutela costituzionale di quest'ultimo» (*cons.* 4).

[36] In questa decisione peraltro la Corte non lesina i richiami al diritto internazionale ed alla propria precedente giurisprudenza per motivare la sua decisione. Questa infatti, richiamando la sent. n. 1 del 1987, si preoccupa di chiarire che la *ratio* delle norme che prevedono benefici per le donne nel periodo immediatamente precedente ed in quello successivo al parto, non riguarda solo le esigenze di tutela della salute della donna, ma anche «il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio, e tanto non solo per ciò che attiene i bisogni più propriamente biologici, ma anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo che sono collegate allo sviluppo della personalità del bambino». (*cons.* 5) Da ciò la Corte trae spunto per affermare che la norma sottoposta al suo esame offre adeguata tutela alla salute della donna nel periodo a cavallo del parto, ma invece «omette … di considerare proprio quelle ulteriori esigenze del minore e cioè il suo diritto ad essere educato, tutte le volte che ciò sia possibile, in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori e non dalla sola madre» ed inoltre «mette … la donna straniera che si trova nel territorio dello Stato in una alternativa drammatica tra il seguire il marito espulso … e l'affrontare il parto ed i primi mesi di vita del figlio senza il sostegno del coniuge, e questo proprio nel momento in cui si va formando quel nuovo più ampio nucleo familiare che la legge, in forza degli artt. 29 e 30 Cost., deve appunto tutelare» (*cons.* 7). È dunque il «principio di paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi», già riconosciuto dalla Corte nella sua sent. n. 341 del 1991,che ha indotto la Consulta a ritenere costituzionalmente illegittima la norma in questione.

sata) nel riconoscimento del diritto al ricongiungimento, confermando le diffuse e discutibili resistenze culturali e politiche verso convivenze altre rispetto alla «famiglia fondata sul matrimonio»[37]. Inoltre la Consulta nell'ultimo lustro ha in sostanza rigettato le denunce di incostituzionalità delle modifiche introdotte in tema di unità familiare dalla riforma del 2002 ed ha ridimensionato sensibilmente le aperture caratterizzanti la sua precedente giurisprudenza da una parte mediante uno «scivolamento verso il basso»[38] dei parametri del sindacato di costituzionalità, dall'altra attribuendo il «diritto all'unità familiare» alla coppia legata da matrimonio ed ai suoi figli minori, e distinguendo quest'ultimo da un «interesse agli affetti familiari» – che legherebbe invece, ad es. i figli maggiorenni ai propri genitori così come gli ascendenti o i componenti di una coppia di fatto[39]. Va peraltro rilevato che questo *revirement* si è caratterizzato anche per un deciso appannamento della tematica dei doveri che, quando non scompare del tutto dall'orizzonte argomentativo dei giudici, assume un tono decisamente dimesso.

Nella sent. n. 224 del 2005[40], ad es., la corte ha concluso che «[m]entre l'in-

---

[37] L'irrilevanza della convivenza di fatto nel far sorgere un diritto dello straniero all'unità familiare, con quel che ne consegue, è stata infatti ribadita dalla Corte costituzionale con le ordd. nn. 313 e 481 del 2000. In queste decisioni i giudici della Consulta, richiamandosi ai precedenti in materia, hanno ritenuto la non equivalenza tra le due situazioni familiari, mancando nella convivenza *more uxorio* quei «caratteri di stabilità e certezza e della reciprocità e corrispettività dei diritti e dei doveri … che nascono solo dal matrimonio e sono propri della famiglia legittima (sentt. nn. 45 del 1980, n. 237 del 1986 e n. 127 del 1997)» (313 del 2000).

[38] Così G. SIRIANNI, voce *Diritto all'unità familiare*, cit., § 8.

[39] Le prime avvisaglie di un mutamento della giurisprudenza in materia erano già presenti nell'ord. n. 232 del 2001 ove la Corte è stata chiamata a raffrontare la situazione dello straniero a quella del cittadino riguardo la mancata previsione del divieto di espulsione dello straniero coniugato e convivente con altro cittadino straniero in possesso di regolare permesso di soggiorno rispetto alla diversa disciplina della posizione dello straniero coniugato e convivente con cittadino italiano. La giustificazione addotta dalla Corte riguardo la manifesta infondatezza della questione non ha mancato di suscitare perplessità. Questa infatti dopo aver sottolineato come anche in ipotesi di ricongiungimento il legislatore possa legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri a patto che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli (trascurando completamente il fatto che la coppia avesse un figlio minore e di fatto nulla dicendo circa i doveri di entrambi i genitori verso i figli *ex* art. 30 Cost.), nell'argomentare circa la differenza di trattamento caratterizzante la norma denunciata la Corte si limita ellitticamente ad affermare che : «quanto alla ritenuta violazione dell'art. 3 Cost., non può effettuarsi alcun giudizio di comparazione tra lo straniero coniugato con altro straniero – sia pur munito di permesso di soggiorno – e quella dello straniero coniugato con un cittadino italiano, o con quella dello straniero convivente con cittadini che siano con lo stesso in rapporto di parentela entro il quarto grado, trattandosi di situazioni del tutto eterogenee fra loro, non potendosi paragonare la situazione di chi ha vincoli familiari con un cittadino con quella di colui che è coniugato con altro straniero». Su tale decisione v. il commento di D. PICCIONE, *Brevi note su espulsione dello straniero, CEDU e principio di eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2001, 2070 ss. nonché R. ROMBOLI, *La condizione giuridica*, cit., 34 s.

[40] Che ha fatto salva la costituzionalità delle limitazioni al ricongiungimento introdotte

violabilità del diritto all'unità familiare è certamente invocabile e deve ricevere la più ampia tutela con riferimento alla famiglia nucleare, eventualmente in formazione e, quindi, in relazione al ricongiungimento dello straniero con il coniuge e con i figli minori, non può invece sostenersi che il principio contenuto nell'art. 29 Cost. abbia una estensione così ampia da ricomprendere tutte le ipotesi di ricongiungimento di figli maggiorenni e genitori; infatti nel rapporto tra figli maggiorenni, ormai allontanatisi dal nucleo di origine, e genitori l'unità familiare perde la caratteristica di diritto inviolabile costituzionalmente garantito e contestualmente si aprono margini che consentono al legislatore di bilanciare «l'interesse all'affetto» con altri interessi di rilievo» [41]. Questa sentenza, peraltro, non solo non riesce ad essere convincente riguardo il fondamento di questa distinzione tra «unità» ed «affetto» familiare – e neppure spiega perché le relazioni e gli affetti tra genitori e figli maggiorenni possano essere rimessi alle scelte del legislatore, perché dunque questi rapporti costituiscano un mero «interesse» –, ma pure si fonda sul discutibile presupposto secondo cui la maggiore età determini *comunque* un allontanamento dal nucleo familiare e che ogni allontanamento dal nucleo familiare sia irreversibile e definitivo. Che una coppia che si separi non possa riunirsi. Che un figlio maggiorenne non possa restare o tornare a vivere con i genitori, magari per prendersene cura. Resta da sottolineare un ultimo aspetto di non poco conto: la distinzione che questa sentenza introduce tra unità familiare ed affetti familiari parrebbe valere solo ai fini di un eventuale ricongiungimento e dunque solo per gli immigrati extracomunitari, anche qui dimenticando gli importanti riconoscimenti operati pochi anni prima dalla stessa Corte riguardo l'indistinguibilità nelle vicende riguardanti la vita familiare tra cittadini e stranieri [42].

---

dalla novella legislativa del 2002 nell'art. 29, comma 1, lett. *C* del T.u., che consente il ricongiungimento per i genitori a carico qualora non abbiano altri figli nel paese di origine o di provenienza ovvero per i genitori ultrasessantacinquenni qualora gli altri figli siano impossibilitati al loro sostentamento per documentati gravi motivi di salute.

[41] Inoltre, richiamando la citata ord. n. 232 del 2001, la Corte asciuttamente ricorda che «il legislatore può legittimamente porre dei limiti all'accesso degli stranieri nel territorio nazionale effettuando un «corretto bilanciamento dei valori in gioco», poiché sussiste in materia un'ampia discrezionalità legislativa limitata solo dal vincolo che le scelte non risultino manifestamente irragionevoli». Insensibile alla mozione degli affetti, la Corte appare analogamente insensibile alla mozione dei doveri familiari, pur profusamente richiamati, come visto nella precedente giurisprudenza, ed ai richiami al diritto internazionale. A questo riguardo, altrettanto seccamente, la Corte infatti si limita a far presente che «il concetto di solidarietà non implica necessariamente quello di convivenza, essendo ben possibile adempiere il relativo obbligo mediante modalità diverse dalla convivenza» (*cons.* 2.1) e, per quanto concerne la paventata violazione da parte della norma in esame dell'art. 10 della Costituzione in relazione all'art. 8 della Convenzione EDU, la Corte si limita a osservare che «non è invocabile l'art. 10 della Costituzione, poiché … «esorbita dagli schemi del diritto internazionale pattizio» (sent. n. 32 del 1999)» (*cons.* 2.3), testimoniando per questa via della difficoltà con cui il nostro ordinamento riconosce «cittadinanza» alle norme CEDU e della ritrosia della stessa Corte ad usare le norme della Convenzione, forse per il timore di dare in tal modo avvio ad un processo del quale non riesce a prevedere gli esiti.

[42] Si tenga inoltre presente che ad analoghe conclusioni la Corte è pervenuta nell'ord. n.

In materia è di recente intervenuta l'ord. n. 192 del 2006 [43], che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di costituzionalità sollevata avverso la vigente formulazione dell'art. 19, comma 2, lett. *d*), del t.u. sull'immigrazione, nella parte in cui prevede l'espellibilità dello straniero extracomunitario legato da una relazione *affettiva* con una cittadina italiana, in stato di gravidanza, impedendo così a costui di assicurare alla donna stessa e al nascituro assistenza materiale e morale. In questa occasione la Corte ha eccepito che l'estensione operata a questa disciplina con la sent. n. 376 del 2000, riguardante il marito convivente della donna in stato di gravidanza o nei sei mesi successivi alla nascita del figlio, non può valere in questo caso, data la «profonda differenza delle situazioni»: «nel caso di una relazione di fatto che, come tale, non può che essere affermata dagli interessati», infatti, non è dato riscontrare una «certezza dei rapporti familiari».

Questa ultima fase della giurisprudenza in materia, come già accennato, colpisce anche per la tendenza al ribasso dei parametri del sindacato di costituzionalità che porta con sé, finendo in sostanza per operare un ribaltamento delle posizioni sostenute nelle sentenze intervenute tra il 1995 e il 2000 e che disinvoltamente trascura importanti affermazioni operate in altre decisioni riguardo le relazioni solidaristiche ed affettive caratterizzanti convivenze altre da quella della famiglia nucleare e matrimoniale. Laddove infatti la sent. n. 28 del 1995 e, ancor più nettamente, la sent. n. 376 del 2000, riconoscendo la natura fondamentale dei diritti connessi all'unità familiare in quanto radicati su principi di rango costituzionale, affermavano che eventuali limitazioni di tali diritti non potessero giustificarsi sulla base di generiche finalità di regolamentazione degli ingressi, ma solo se ed in quanto necessarie alla salvaguardia i esigenze e valori di pari rango costituzionale, nella più recente giurisprudenza in materia tali riconoscimenti paiono progressivamente sbiadire, rendendo buona parte dei diritti riconducibili alla sfera familiare (innanzitutto attraverso la distinzione tra «unità familiare» ed «af-

---

464 del 2005. Sulla stessa linea della sent. n. 224 del 2005, per quanto concerne i limiti al ricongiungimento, si colloca la successiva ord. n. 260 del 2005, nella quale il giudice *a quo* aveva sollevato, in riferimento agli artt. 2, 3, 10 (in relazione all'art. 8 CEDU), 29 e 30 Cost., questione di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, in quanto lesivo del principio di eguaglianza e di ragionevolezza, «nella parte in cui non estende il divieto di espulsione allo straniero che, pur non in regola con le norme di soggiorno, abbia tutti i familiari regolarmente soggiornanti in Italia e non abbia più alcun legame familiare, sociale, linguistico e culturale con il suo paese di origine». La Corte ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile, dal momento che «la questione postula una pronuncia additiva concernente situazioni indeterminate e comportante quindi l'esercizio di valutazioni discrezionali estranee alle funzioni di questa Corte … [e] che non esistono soluzioni costituzionalmente vincolate in grado di ovviare ai pregiudizi derivanti dall'espulsione prospettati dall'ordinanza di rimessione».

[43] Tra le recenti decisioni intervenute in materia v. inoltre le ordd. nn. 158, 162 e 368 del 2006.

fetti familiari») sempre più *legislativi* e sempre meno *costituzionali* e dunque tutelabili nei più semplici e generali termini della ragionevolezza. In questo modo si opera una distinzione entro una costellazione di situazioni giuridiche composta di diversi diritti e doveri e riconosciuta dalla precedente giurisprudenza come un insieme compatto, irriducibile al semplice ricongiungimento familiare e meritevole di ampia tutela a prescindere dalla cittadinanza degli interessati. Una distinzione quella tra «unità» ed «affetti» che a sua volta, come s'è visto, porta con sé una profonda diversificazione tra cittadino e straniero su questo terreno [44].

Concentrando la nostra attenzione sui richiami ai doveri caratterizzanti questa più recente giurisprudenza in materia, va peraltro rimarcato che la Corte appare decisamente sbrigativa per ciò che concerne l'asserita violazione del dovere inderogabile di solidarietà. Dovere di solidarietà, peraltro che nella dec. n. 192 del 2006, viene letta esclusivamente in collegamento al diritto alla salute *ex* art. 32 Cost. e non anche all'art. 30 cui pure il remittente fa riferimento. Qui dunque la Corte appare singolarmente dimentica di quanto sostenuto in decisioni, riguardo l'importanza di tutelare, attorno al momento del parto, non solo la salute della donna, ma anche «il rapporto che in tale periodo necessariamente si svolge tra madre e figlio … anche in riferimento alle esigenze di carattere relazionale ed affettivo»; riguardo il diritto del minore «ad essere educato, tutte le volte che ciò sia possibile [e non tutte le volte che la legge lo consenta], in un nucleo familiare composto da entrambi i genitori» e il connesso «principio di paritetica partecipazione di entrambi i coniugi alla cura e all'educazione della prole, senza distinzione o separazione di ruoli tra uomo e donna, ma con reciproca integrazione di essi» (sent. n. 376 del 2000). Qui i doveri inderogabili scompaiono dietro l'eclissi dell'art. 2 Cost. e prende corpo una visione al ribasso del valore della solidarietà e l'importanza che invece ha quel richiamo ai doveri nell'art. 2 Cost. proprio quando ad essere in gioco sono i diritti di soggetti per diverse ragioni «deboli» [45].

Questa giurisprudenza – confermando in negativo che di solidarietà può parlarsi solo quando questa coinvolga nelle sue relazioni, sul piano attivo e su quello passivo, l'altro-da-me – offre conferma, sul terreno dei doveri di solidarietà sociale, di quella funzione di «specchio» delle società di destinazione che svolgerebbe l'immigrazione, evidenziandone le peculiarità, i punti di forza e di debolezza, ed in questo caso i limiti di certe letture della solidarietà, la quale non è sempre un valore. Non lo è, ad es. quando questa è *orizzontale*: quando corre solo tra «eguali» – una solidarietà dunque «mafiosa» – oppure quando nasconde, assimila o piega l'altro ai nostri interessi e valori – una solidarietà «xenofoba». Questa solidarietà infatti «si traduce in una degenerazione dell'idea di cittadinanza, da cui nasce … un impulso difensivo dei nostri privilegi contro chi incarna l'immagine stessa della disperazione e della penuria». La solidarietà diviene

---

[44] Cfr. G. SIRIANNI, voce *Diritto all'unità familiare*, cit., § 6 ss.

[45] Così anche M. RUOTOLO, *La solidarietà è un valore recessivo? Invito alla lettura delle decisioni nn. 190 e 192 del 2006 della Corte costituzionale*, in *www.costituzionalismo.it.*

valore quando si svolge «tra soggetti diseguali, assunti o nell'unità di un momento storico (e quindi nella diversità delle condizioni soggettive) o nella proiezione cronologica tra generazioni diverse» [46]. A queste condizioni, infatti la solidarietà si connette ad un ripensamento della cittadinanza, e si traduce non solo in un metaprincipio ed in un limite ad una razionalità di tipo mercantile, bensì in una metafora del concetto stesso di giuridico, dal momento che né l'una né l'altro hanno senso se non quando si proiettano tra, mettono in comunicazione, generazioni diverse e/o quando si aprono alle diverse componenti di una collettività.

E sarebbe esile giustificazione sostenere che le recenti riforme legislative e le ancor più recenti decisioni della Consulta, appaiono in linea con le recenti elaborazioni comunitarie in materia (come ad es. la direttiva 2003/86 *supra* ricordata) proprio quando la possibilità di altri approcci alla materia emerge chiaramente, non solo in altre direttive riguardanti la circolazione ed il soggiorno dei cittadini comunitari (v. ad es. la direttiva 2004/38), ma soprattutto in una serie di decisioni delle corti europee, a Lussemburgo ed ancor di più a Strasburgo, che pur nelle loro oscillazioni anche di recente hanno elaborato interessanti decisioni in materia [47]. È da augurarsi che, dinanzi a certe derive dei legislatori nazionali e comunitari, i giudici della Corte ritrovino un po' di quel coraggio che pure non hanno mancato in altri frangenti di dimostrare, magari facendo appello anche a quei percorsi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo che, pur oscillanti, anche di recente, come si è visto, hanno condotto ad interessanti pronunce in questa materia, ma anche tornando a riflettere sulla complessità delle dinamiche sociali in atto, le quali vedono gli immigrati profondamente coinvolti, sulla com-

---

[46] Così N. LIPARI, *Mercato e solidarietà*, in ID., *Diritto e valori sociali*, Roma, 2004, 138.

[47] Possono ricordarsi a proposito due recenti decisioni della Corte EDU che ha ravvisato la violazione dell'art. 8 della CEDU in due casi riguardanti il rifiuto del permesso di soggiorno ed il connesso ordine di espulsione di stranieri residenti in Olanda, ritenendo che le decisioni delle competenti autorità nazionali non avessero equamente bilanciato tra il diritto tutelato dall'art. 8 e gli interessi nazionali sostenuti dal governo, trascurando queste le esigenze di tutela del nucleo familiare e gli interessi dei minori coinvolti. Si tratta dei casi *Rodriguez Da Silva and Hoogkamer vs. The Netherlands* e *Sezen vs. The Netherlands*, entrambe del 31 gennaio 2006. il primo caso riguardante il rifiuto del permesso di soggiorno opposto ad una cittadina brasiliana madre di una bambina nata da una convivenza con un cittadino olandese in seguito interrotta, il secondo riguardante invece un cittadino turco padre di due figli e sposato con una connazionale al quale è stato ritirato il titolo di soggiorno a seguito di condanna penale e di una temporanea interruzione della convivenza coniugale. Sulla giurisprudenza delle Corti europee in tema di diritti inerenti la sfera familiare, particolarmente degli immigrati, ci si limita qui a segnalare i lavori di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Il diritto all'unità familiare in Europa, tra «allargamento» dei confini e «restringimento dei diritti»*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1/2004, 63 ss.; G. REPETTO, *L'argomento comparativo nella giurisprudenza delle Corti europee di Strasburgo e di Lussemburgo* - Tesi di dottorato in diritto costituzionale e diritto pubblico generale, Roma, 2005. Ci sia inoltre permesso rinviare, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche a G. BASCHERINI, *Diritti fondamentali*, cit., p. II, cap. 3, par. 5.

plessità delle relazioni (affettive, politiche, simboliche) riguardanti ogni comunità in formazione o in trasformazione (famiglia, Stato …), ritornando magari a confrontarsi anche con le responsabilità, i doveri, riconducibili alla vita familiare, in un momento in cui le discipline dei diritti in materia non offrono margini per strategie di garanzia che tutelino efficacemente i soggetti più deboli.

5.2. *Il diritto/dovere al lavoro*

La connessione tra lavoro, costituzione e cittadinanza caratterizza la storia del costituzionalismo moderno sin dalle origini: l'universalizzazione della cittadinanza che questo ha portato con sé è infatti passata *anche* attraverso una «riduzione della persona a lavoratore» e, in certo modo, analoga riduzione connota oggi la cittadinanza europea, nata «come una sorta di sviluppo e di estensione logica dei diritti di circolazione e di adozione della residenza … intimamente connessi all'esigenza di garantire la massima mobilità e concorrenza della forza lavoro» [48]. Questa connessione può dunque aiutare a comprendere la duplice natura, di diritto e dovere, attribuita al lavoro nella costituzione italiana: dimensione soggettiva cui si legano una serie di bisogni ed interessi in campo socio-economico ed al contempo modalità, forma e luogo di partecipazione effettiva «all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese» [49].

Posto dai costituenti a fondamento della complessiva struttura sociale della democrazia che si veniva costruendo, il lavoro assume una forte valenza simbolica, anche quale strumento di identificazione della cittadinanza. Non è necessario in questa sede spendere molte parole sull'importanza del lavoro in quanto simbolo di fondazione dell'ordine costituzionale repubblicano: sulle relazioni che legano cittadinanza e lavoro nella costruzione di un contesto costituzionale inclusivo e capace di accogliere le soggettività escluse dall'elitarismo liberale prima e

---

[48] Così M. LUCIANI, *Il diritto di voto agli immigrati: profili costituzionali*, in Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati (a cura di), *Partecipazione e rappresentanza politica degli immigrati*, Atti del Convegno (Roma, 21 giugno 1999), Dipartimento degli affari sociali, Roma, 2001, par. 1. Questi cita a tale proposito il discorso tenuto dall'abate Sieyès alla costituente francese il 7 settembre 1789, secondo il quale era inevitabile riconoscere la cittadinanza a tutti i lavoratori, dal momento che – a seguito dell'industrializzazione – gli esseri umani non erano che *machines à travailler*.

[49] Insiste sulla valenza del lavoro quale simbolo costituzionalmente fondativo P. COSTA, *Cittadinanza e «simboli di fondazione»: una lettura del processo costituente in Italia (1946-47)*, in M. FIORAVANTI-S. GUERRIERI (a cura di), *La Costituzione italiana*, Roma, 1998, spec. 122 ss. Sul lavoro quale principio fondante la costituzione e la forma di stato italiana v., per tutti, C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, cit. I, 1975, 1 ss. e G.F. MANCINI, *Art. 4*, in *ivi*, 201 ss. Sul lavoro in quanto forma della condizione umana, in quanto «essere-nel-mondo», H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 1998, 58 ss.

dal fascismo poi. Qui va piuttosto sottolineata l'importanza di tale duplice natura – *diritto/dovere* – del lavoro nel dare corpo alla cittadinanza ed ai fini dell'ordinamento costituzionalmente configurati. Porre il diritto/dovere al lavoro a fondamento della repubblica ha significato infatti riaffermare un nesso tra realizzazione del sé ed impegno solidale attraverso il tramite del lavoro, nesso storicamente riconducibile a quella componente 'virtuosa' del lavoro presente tanto alla riflessione cattolica che in quella socialista, ma soprattutto in tutte quelle correnti di pensiero che hanno storicamente costituito una sponda allo sviluppo del capitalismo [50].

Peraltro, è la doverosità del lavoro che aiuta a comprendere le connessioni evidenziate già in sede costituente tra lavoro ed esercizio dei diritti politici. A prescindere dalla vicenda della tentata inserzione nel progetto costituzionale di una disposizione che condizionasse l'esercizio dei diritti politici all'adempimento di tale dovere – opzione sostenuta ancora negli anni Sessanta da Mortati –, qui interessa piuttosto rilevare come in assemblea costituente il lavoro venga inteso come il principale *medium* di inclusione del singolo entro la comunità solidale dei cittadini. Si insiste sul carattere partecipativo del lavoro, sulla sua valenza di simbolo fondativo di una repubblica che trae una condizione di unità dall'attività dei suoi membri, ed è su questo equilibrio tra diritto e dovere, tra persona e comunità, che si venne articolando una delle principali cifre dell'ordine costituzionale in costruzione.

Non è evidentemente questa la sede per una articolata riflessione sulle molteplici valenze costituzionali del lavoro: sul posto che occupa entro la forma di Stato e di governo, nella c.d. costituzione economica, sulle difficoltà di una sua riconducibilità al mondo dei diritti, sull'attualità delle garanzie in materia di lavoro dinanzi alle trasformazioni socio-economiche in atto. Qui interessa piuttosto gettare un rapido sguardo ai mutamenti di senso che investono la coppia lavoro/cittadinanza oggi dinanzi ai processi migratori in atto, al nuovo significato che acquista, alla luce delle odierne realtà migratorie, il diritto/dovere al lavoro entro il discorso costituzionale della cittadinanza. Tali dinamiche si vengono peraltro articolando entro una evidente crisi dei meccanismi integrativi i quali, pur tra molte contraddizioni, caratterizzavano il c.d. «fordismo», ma soprattutto entro possenti trasformazioni del lavoro, che di questo rimettono in discussione la sua «novecentesca» funzione di canale di accesso alla cittadinanza. Entro tali processi di frammentazione e atomizzazione del lavoro e delle soggettività coinvolte, emerge infatti con evidenza la contraddittorietà della posizione attribuita ai migranti ed i limiti entro i quali il lavoro per essi può funzionare come canale di accesso alla cittadinanza: lo scarto tra quella clandestinità a parole condannata e combattuta, ma nei fatti profondamente funzionale a molteplici esigenze delle più o meno informali economie nazionali, e l'articolazione di discipline del sog-

[50] V. a riguardo, oltre al lavoro di P. COSTA *supra*, cit., G.F. MANCINI, *Art. 4*, cit., spec. 252 ss.

giorno che legano la regolarità di questo ad una occupazione non solo regolare, ma anche fissa ed a tempo indeterminato – una tipologia occupazionale che le retoriche dominanti della flessibilità concordemente ritengono inattuale quando si parla di lavoratori nazionali [51]. Ma c'è un ulteriore elemento che evidenzia i limiti entro cui il lavoro, nel caso degli immigrati, possa costituire vettore al contempo di liberazione e di inclusione, ed è la pretesa di imbrigliare tali movimenti migratori alle esigenze della domanda nazionale di lavoro, confermata dalla tendenza, caratterizzante il diritto italiano dell'immigrazione dalle sue origini ad oggi, ad organizzare a distanza l'incontro tra offerta straniera e domanda nazionale di lavoro, condizionando l'ingresso di lavoratori stranieri all'esistenza di una proposta di contratto di lavoro da parte di un datore di lavoro italiano o comunque qui residente. Tale visione delle migrazioni di lavoratori, variamente declinata nelle discipline che si sono succedute [52], non solo appare in forte tensione con il disegno costituzionale in materia di lavoro, cittadinanza e diritti [53], ma riposa al

---

[51] Questo ovviamente non vuol dire che non possano sussistere in materia di lavoro differenziazioni ricollegabili al possesso della cittadinanza, o meglio – secondo il criterio espresso dal complesso della giurisprudenza costituzionale venutasi sviluppando in materia – non possono dirsi irragionevoli differenziazioni tra cittadini e stranieri nel godimento dei singoli diritti quando queste siano riconducibili alle specificità della condizione dello straniero. Queste diversità di trattamento nella sfera del lavoro, possono risultare compatibili con il dettato costituzionale in materia, solo qualora la previsione della indiscriminata possibilità di accesso ad un bene «scarso» quale il lavoro potrebbe determinare nel complesso una sorta di concorrenza al ribasso, determinando un peggioramento della complessiva condizione del lavoratore ed innestando elevati livelli di conflittualità sociale che rischiano di fomentare quelle pulsioni razziste e xenofobe presenti in ogni società e di favorire ulteriormente la precarietà e l'irregolarità del lavoro. Queste differenze di trattamento, in altri termini, possono dunque risultare (entro certi limiti) ammissibili se e quando finalizzate a garantire l'effettività dei diritti allo stesso lavoratore. Simili meccanismi tuttavia possono operare soltanto in fase di primo accesso al lavoro, come ricordato dalla Corte già nella sent. n. 144 del 1970, non potendosi infatti subordinare il proseguimento dell'attività lavorativa o la ricerca di una nuova occupazione a simili accertamenti e meccanismi preferenziali.

[52] V. a riguardo S. BRIGUGLIO, *I criteri di ammissione dei migranti per lavoro, tra normativa italiana e armonizzazione europea: la difficile gestazione del «diritto di immigrazione»*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 4/2004, spec. 733 ss.

[53] Sui legami tra condizione di lavoratore e libertà di circolazione (quando si tratta di *nostri* emigranti), può essere utile ricordare le affermazioni della Consulta riguardo l'essere la libertà d'emigrazione un diritto fondamentale il quale dunque «può essere fatto valere anche nei confronti dello Stato» e riguardo la «diretta derivazione» tra la previsione costituzionale in materia e «la volontà del Costituente di contrastare la visione in materia del legislatore del 1930» (sent. n. 269 del 1986) e, a ribadire i limitati margini di intervento su tale libertà esercitabili da soggetti privati o pubblici, si aggiunge, citando i lavori costituenti che «chi ricordi le gravi ferite portate al diritto di emigrare, per ragioni militariste, nazionaliste o razziste, vorrà riconoscere la necessità che domani sia preservato da altri pericoli il diritto dell'uomo alla piena espansione della propria personalità e quindi il diritto di partecipare alla vita della comunità dei popoli», e che «un legislatore che, ancorato a visioni arretrate del fenomeno emigra-

contempo su una visione irrealistica dei processi migratori in atto che, lungi dal ridurla, produce *irregolarità* ed aiuta a comprendere la perdurante inefficacia delle politiche italiane di controllo dei flussi e dunque il periodico ricorso a sanatorie per ridurre la percentuali di residenti stranieri privi di un titolo di soggiorno.

La diversa valenza che il lavoro assume nel caso dei cittadini e degli stranieri è esemplarmente riassunta da una serie di innovazioni introdotte in materia di lavoro e soggiorno con la c.d. Bossi-Fini, tra le quali spicca l'istituto del *contratto di soggiorno* (art. 5 *bis* del t.u.). Una figura, questa, che sembra sancire legislativamente la debolezza che già nei fatti caratterizza la posizione dei lavoratori extracomunitari, rendendo questi ultimi ancor più ricattabili dai propri datori di lavoro e che vorrebbe testimoniare di un rovesciamento del rapporto tra regolare soggiorno e conservazione del rapporto di lavoro e che al contempo dà corpo ad una figura di contratto diversa da tutti gli altri contratti di lavoro subordinato e tipizzata sull'essere uno dei contraenti un lavoratore extracomunitario. Un contratto la cui durata è inseparabilmente connessa alla durata del permesso di soggiorno e che inoltre deve recare, quale requisito di validità, l'impegno del datore di lavoro a fornire al lavoratore una adeguata sistemazione alloggiativa e a coprire le spese per il rientro di quest'ultimo nel paese di provenienza. Un contratto dunque costituzionalmente discutibile perché, in contrasto con le previsioni degli artt. 35 e ss. della costituzione, assume la cittadinanza a fattore discriminante nella disciplina dei contratti individuali, essendo un rapporto contrattuale che vale solo per gli immigrati extracomunitari in quanto tali, e dunque capace di determinare discriminazioni nell'effettivo godimento di quei diritti individuali e collettivi connessi alla condizione di lavoratore[54]. Tale istituto infatti, assieme alle altre modifiche apportate in materia, radicalizza quella impostazione tendente a creare una diretta dipendenza tra ingresso nel territorio e svolgimento di un'attività lavorativa ed accentua il nesso tra occupazione e permesso di soggiorno-lavoro, cercando al contempo di restringere le possibilità di stabilizzazione lavora-

---

torio, ritenesse, oggi, di poterlo determinare autoritariamente, come «anonimo» fenomeno di massa, si porrebbe nettamente contro la Costituzione».

[54] Su tale riforma v. A. Tursi, *la nuova disciplina dell'immigrazione per lavoro: una ricognizione critica*, in A. Tursi (a cura di), *Lavoro e immigrazione*, Torino, 2005, 3 ss. il quale peraltro rimarca (33 ss.) l'eccedenza di *intentio* polemica nei confronti delle normative previgenti caratterizzante questa disciplina; eccedenza che rivela i suoi effetti non solo sulla portata precettiva di molte disposizioni (nei fatti sensibilmente ridimensionate quando non neutralizzate in sede interpretativo-applicativa), ma anche nell'indurre una radicalizzazione del dibattito tanto politico quanto scientifico in materia – perdendo di vista le questioni concrete a favore delle battaglie di principio – ed una sorta di appiattimento sulle posizioni meno innovative quando non regressive emergenti dalla disciplina comunitaria in via di definizione. Una riforma dunque criticabile più per il metodo ed il contesto entro cui è venuta alla luce che non per i suoi contenuti, che non appaiono peraltro particolarmente eversivi rispetto ad altre normative vigenti nei paesi europei e neppure particolarmente distanti da una serie di tendenze presenti, pur assieme ad altre, nelle politiche comunitarie dell'immigrazione.

tiva e familiare degli immigrati nel territorio nazionale e puntando invece alla temporaneità degli insediamenti lavorativi. Una visione del lavoro migrante dunque profondamente funzionale alle esigenze nazionali del mercato del lavoro e che caratterizza peraltro anche le più recenti proposte di riforma in materia [55].

---

[55] Al contratto di soggiorno bisogna infatti aggiungere l'eliminazione della possibilità – in caso di mancata pubblicazione dei decreti di programmazione annuale dei flussi – di individuazione *automatica* delle quote di ingressi annuali mediante rinvio ai decreti degli anni precedenti, attribuendo invece al Presidente del Consiglio la possibilità di provvedere (ma anche di non provvedere) transitoriamente con proprio decreto. La l. n. 189 del 2002, inoltre ha eliminato la «prestazione di garanzia per l'accesso al lavoro» (il c.d. *sponsor*) dell'art. 23 t.u., – sostituendolo con una disposizione che favorisce gli stranieri formatisi nei paesi di origine sulla base di programmi di formazione professionale approvati da enti ed amministrazioni italiane; ha reintrodotto la verifica preventiva della indisponibilità di lavoratori italiani o comunitari (già previsto dalla l. n. 943 del 1986 e in seguito abbandonato data la sua sostanziale inapplicabilità); ha escluso la liquidazione dei contributi previdenziali al lavoratore extracomunitario che venga rimpatriato prima di aver maturato il diritto alla prestazione previdenziale; ha dimezzato il periodo di iscrizione al collocamento concesso all'immigrato che ha perso lavoro. Inoltre a limitare le possibilità di stabilizzazione lavorativa e familiare degli immigrati concorrono una serie di modifiche introdotte in materia di titoli di soggiorno e ricongiungimenti, tra le quali: la riduzione della durata dei permessi di soggiorno rinnovati, l'anticipazione del termine per la richiesta del loro rinnovo, l'allungamento del tempo di residenza necessario ad ottenere la carta di soggiorno, le limitazioni poste ai ricongiungimenti familiari e l'esclusione dello straniero disoccupato dall'accesso ad alloggi di edilizia residenziale pubblica.

In materia di lavoro le *Note di riforma del Testo unico dell'Immigrazione*, presentate da Amato a fine settembre 2006 e che possono in certo modo considerarsi l'agenda delle politiche migratorie del governo in carica, muovono da una modifica delle previsioni introdotte nel Testo unico dalla Bossi-Fini che non si traduce in un ritorno alla normativa previgente, quanto piuttosto in una razionalizzazione della complessiva normativa in materia che punta a creare un sistema pubblico/privato di gestione dell'immigrazione per lavoro, operante tanto nei paesi di destinazione che in quelli provenienza dei migranti e che mira ad organizzare l'incontro tra l'offerta di lavoro straniera e la domanda di lavoro italiana già nei paesi di provenienza, selezionando gli immigrati sulla base della loro appetibilità nel mercato nazionale del lavoro – favorendo con permessi «veloci» e regimi particolari di visto l'ingresso di lavoratori occupabili in specifici settori particolarmente qualificati ed al contempo limitando l'ingresso di lavoratori non specializzati ed eventualmente istituendo per questi corsi di formazione *in loco* (ad es. per muratori, badanti, etc.) che inseriscono il potenziale migrante entro una sorta di collocamento estero al quale chi intende assumere nominativamente o numericamente lavoratori stranieri potrà rivolgersi, autonomamente o mediante il nuovo «sponsor» che prevede la bozza di riforma. Diversamente da quanto prevedeva il t.u., tuttavia, questa «sponsorizzazione» non potrà più essere effettuata da singoli cittadini o stranieri regolarmente residenti, ma solo da enti pubblici o privati (quali ad es. regioni, enti locali, associazioni imprenditoriali e professionali, patronati, sindacati). Pur nei limiti in cui trovò applicazione, il vecchio *sponsor* aveva potuto costituire uno strumento per consentire un regolare ingresso per ricerca di lavoro, favorendo anche lo sviluppo di reti migratorie implementate dagli stessi immigrati una volta integratisi nel tessuto socio-economico nazionale. Le modifiche proposte a riguardo nella bozza di riforma rischiano invece di rendere tale istituto una sorta di caporalato istituzionale. Il nuovo sponsor infatti dovrebbe coadiuvare i datori di lavoro nella ricerca all'estero dei lavoratori e nell'espletamento dell'iter burocratico per farli entrare. L'immigrato «sponsoriz-

Le dinamiche normative in atto in tema di lavoro degli immigrati – in Italia e più in generale nello spazio europeo – evidenziano dunque un netto spostamento, se non una vera e propria inversione, per quanto concerne il rapporto tra lavoro, cittadinanza, diritti e doveri. Sembrano in altri termini, orientate alla costruzione di una condizione giuridica del lavoratore straniero profondamente differente da quella che i testi e le giurisprudenze costituzionali [56] garantiscono al lavoratore cittadino, determinando discriminazioni tra lavoratore e lavoratore in contrasto anche con importanti filoni della giurisprudenza delle corti di Strasburgo e di Lussemburgo.

Una condizione dunque, quella del lavoratore straniero, fortemente *depurata* delle possibilità di circolazione e delle istanze inclusive e partecipative che il diritto riconosce ai lavoratori cittadini [57], ma non di quella componente fortemente disciplinare che caratterizza la declinazione costituzionale del lavoro e del *welfare*, figure dunque strutturalmente instabili e contraddittorie, dominate «dalla tensione tra la tendenza a riprodurre logiche paternalistiche e patriarcali di dominio e la tendenza a riqualificare e ad arricchire la cittadinanza democratica» [58].

---

zato» otterrebbe dunque un «permesso di soggiorno per inserimento nel mercato del lavoro» di durata annuale e lo *sponsor* affiderà il lavoratore in prova al datore di lavoro. In caso positivo il permesso «per inserimento» potrà essere convertito in permesso per lavoro subordinato; in caso negativo il lavoratore tornerà sotto la tutela dello sponsor che potrà «offrirlo» ad altri datori di lavoro, magari come partecipante a corsi di formazione o a tirocini.

[56] Oltre alla già cit. sent. n. 269 del 1986, nella giurisprudenza costituzionale in tema di lavoro basti qui ricordare i reiterati richiami alla libertà di scelta dell'attività lavorativa e delle modalità di esercitarla quale mezzo fondamentale per lo sviluppo della personalità (sent. n. 45 del 1965 ed analogamente nn. 81 del 1969 e 41 del 1971), ma si ricordino anche le affermazioni circa i limiti delle differenziazioni che possono operarsi tra lavoratori sulla base della cittadinanza (v. la già cit. sent. n. 144 del 1970) ed i nessi che legano la condizione di lavoratore (indipendentemente dalla cittadinanza) al godimento di importanti diritti sociali e previdenziali (v., ad es, proprio in tema di lavoratori immigrati, le sentt. nn. 454 del 1998 e 432 del 2005).

[57] Anche tralasciando l'esclusione del lavoratore straniero dai diritti propriamente politici, va infatti ricordato che la direttiva «relativa alle condizioni di ingresso e di soggiorno di cittadini di paesi terzi che intendono svolgere attività di lavoro subordinato o autonomo» 2001/386 (art. 8), al fine di utilizzare i lavoratori stranieri per sopperire a carenze riguardanti specifici settori occupazionali, suggerisce di limitare nei primi periodi dell'immigrazione la libertà del lavoratore straniero di cambiare attività e/o di spostarsi in altre zone del paese. La normativa italiana non prevede, ad oggi, simili limitazioni, anche se impone ai datori di lavoro l'onere di comunicare al c.d. «sportello unico dell'immigrazione» ogni variazione del rapporto di lavoro. Sulla centralità delle dinamiche migratorie entro le tensioni tra le pratiche soggettive che esprimono la mobilità del lavoro e le strategie di controllo di tale mobilità storicamente dispiegatesi nelle varie fasi di sviluppo capitalistico, si segnalano qui i lavori di S. MEZZADRA, *Diritto di fuga. Migrazioni, cittadinanza, globalizzazione*, Ombre corte, Verona, 2001 e Y.M. BOUTANG, *Dalla schiavitù al lavoro salariato*, Roma, 2002.

[58] Così S. MEZZADRA, *Introduzione. Diritti di cittadinanza e Welfare State. «citizenship and social class» di Tom Marshall cinquant'anni dopo*, in T.H. MARSHALL, *Cittadinanza e classe sociale*, a cura di S. Mezzadra, Roma-Bari, 2002, XXXI. Sui limiti e le ambiguità dello Stato sociale v. inoltre F. EWALD, *L'État providence*, Parigi, 1986.

Nel caso degli immigrati dunque il rapporto tra lavoro, cittadinanza, diritti e doveri evidenzia la forza delle pretese regolative che gli ordinamenti tentano di esercitare sul lavoro degli immigrati, con un netto depotenziamento delle istanze di liberazione e di inclusione caratterizzanti le narrazioni costituzionali in tema di lavoro e cittadinanza a favore di meccanismi capaci di garantire un efficace controllo ed irregimentazione della presenza e della circolazione della forza lavoro straniera sulla base delle esigenze dei mercati europei del lavoro. Il lavoro nel caso degli stranieri non rende liberi di circolare al pari dei cittadini; non sempre veicola dignità, rispetto e riconoscimento; il dovere di lavorare nel caso degli stranieri è disconnesso dalla sfera della partecipazione politica, la solidarietà e la collaborazione civica cui tale dovere si collega perdono di reciprocità e di valenza garantista [59] e il dovere in questione recede a precondizione della stessa possibilità di residenza, mostrando tutta la sua valenza disciplinante.

5.3. *Brevi cenni a proposito del dovere di prestazione tributaria*

Diversamente da quanto disponeva lo Statuto albertino [60], non sembra avere particolare rilievo la condizione di cittadino o di straniero per quanto concerne il dovere di contribuire alle spese pubbliche. Che l'art. 53, nell'individuare i soggetti passivi delle imposizioni tributarie si riferisca indistintamente a «tutti», può peraltro ricondursi a quella evoluzione dei rapporti economici che ha condotto a privilegiare, nell'imposizione fiscale, il criterio della territorialità – il collegamento tra il bene o l'attività economica ed il luogo in cui questo si trova o questa viene svolta –, riconducibile alla *solidarietà di gruppo* intesa come criterio distributivo dei benefici e degli oneri inerenti alla partecipazione del gruppo stesso [61]. Per

---

[59] Profili questi del dovere di lavoro su cui insiste G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 451 ss.

[60] L'art. 25 della carta albertina attribuiva infatti ai soli «regnicoli» il dovere di contribuire «nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato». Cit. da F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Firenze, 1946, 223.

[61] Sul tema della tassazione degli stranieri v., seppur datato, V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, *passim*; sul criterio della territorialità delle imposte ci si limita qui a segnalare, tra i più recenti lavori: A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 206 ss. e G. FRANZONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004. G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 351 ss. rimarca l'essere il dovere di prestazione tributaria una specificazione, per quanto concerne la sfera economica, del generale dovere di solidarietà sancito dall'art. 2 Cost. e critica la tesi, emersa in dottrina (v. ad es. A. AMORTH, *La costituzione italiana*, Milano, 1948, 70) che accentuando esclusivamente il profilo politico di tale dovere, finisce per collegarlo al dovere di fedeltà. Questa tesi infatti, che configurerebbe la prestazione tributaria «come il «prezzo» dei servizi» dello stato (353), risentirebbe dei postulati tipici dello stato-nazione liberale quando non delle concezioni patrimonialistiche, tipiche dello stato assoluto e soprattutto, per quel che qui interessa, finirebbe per escludere gli stranieri da tale dovere. Una tesi dunque superata dalla disciplina costituzionale della materia. Secondo Lom-

quanto rileva i fini del nostro discorso, può essere utile accennare a due questioni, riguardanti rispettivamente il problema di eventuali doppie imposizioni e quello della politicità del dovere in questione, su cui si tornerà tra breve. Per quanto concerne la prima questione – ossia quella dell'eventuale doppia imposizione alla quale potrebbe trovarsi sottoposto lo straniero proveniente da un paese che adottasse, in luogo del criterio della territorialità, quello della cittadinanza del soggetto passivo dell'imposta – va rilevato che l'Italia ha stipulato convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni con la maggior parte dei paesi di provenienza delle comunità di immigrati presenti in Italia [62]. Riguardo invece la politicità del dovere contributivo, se è indiscutibile che un simile sistema garantisce, almeno teoricamente [63], agli stranieri come ai cittadini, la fruizione di quei servi-

---

bardi dunque le ragioni di solidarietà politica assumono, in relazione all'imposizione tributaria, «un rilievo di carattere accessorio e … indiretto», e la cittadinanza assumerebbe dunque la «funzione di elemento differenziatore dell'intensità e della misura» del dovere di prestazione tributaria. La solidarietà politica dunque, secondo Lombardi, «assume la funzione di graduare – in estensione e in profondità – la partecipazione alle spese pubbliche postulata dalla solidarietà economica» e, quindi, momento politico e momento economico si troverebbero in relazione a tale dovere in rapporto di «reciproco condizionamento» (360 s.). Muovendo da tale impostazione, la capacità contributiva degli stranieri verrebbe in considerazione «per quegli indici che … appaiono tali da postulare l'operatività, anche nei loro confronti, del fondamentale dovere di solidarietà economica di cui all'art. 2 Cost.». Il principio politico di solidarietà giustificherebbe quindi la diversa partecipazione alle spese pubbliche dei cittadini e degli stranieri «non tanto sul piano costituzionale del dovere, quanto su quello, proprio della legislazione ordinaria, relativo agli obblighi». La capacità contributiva resterebbe invece «elemento comune di individuazione astratta dell attitudine ad essere destinatari del dovere di prestazione tributaria» e la differente articolazione degli obblighi tributari tra cittadini e stranieri risponederebbe dunque a «criteri «sociali» di solidarietà, realizzandosi in tal modo il nesso tra l'aspetto economico e quello … «sociale» postulato dall'art. 2» (364 ss.).

[62] L'elenco di tali convenzioni è consultabile sul sito del Ministero delle finanze all'URL: *http://www.finanze.it/dipartimentopolitichefiscali/osservatoriointernazionale/convenzioni/index.htm*.

[63] È diffusa l'opinione che i lavoratori extracomunitari siano tra i principali beneficiari delle prestazioni sociali e che ciò determini conseguenze negative sull'organizzazione e la tenuta dei regimi di sicurezza sociale. In realtà una tale percezione è infondata, ed anzi è vero il contrario: i lavoratori immigrati danno alla sicurezza sociale, per via fiscale e contributiva, più di quanto prendono – si veda ad es. il rapporto «*Une approche équitable pour les travailleurs migrants dans une économie mondialisée*» discusso in occasione della 92ª sessione della Conferenza OIL (Ginevra, giugno 2004). E questo vale anche per il caso italiano, e sebbene i lavoratori extracomunitari siano sottoposti agli stessi obblighi contributivi e fiscali dei lavoratori italiani, ben diverso resta invece il trattamento socio-previdenziale di cui godono. La stabilizzazione della presenza immigrata ha infatti condotto all'iscrizione presso l'Inps di un numero significativo di immigrati (intorno al milione di unità), indice questo di un certo livello inserimento entro il sistema di welfare e di garanzia di una serie di diritti legati al lavoro. Tuttavia, qualora l'immigrato non si trattenga in Italia da pensionato, quello che ostacola in molti casi il godimento effettivo dei benefici pensionistici è la limitata collaborazione con gli stati di origine in un settore chiave quale quello della previdenza, collaborazione esal-

zi che mediante le imposte vengono finanziati, è altrettanto indiscutibile che l'esclusione di questa componente della popolazione da una effettiva partecipazione politica impedisce a questi individui di incidere mediante il loro voto sulle decisioni circa la destinazione ed il riparto di tali risorse. Ammesso che il voto abbia ancora questa capacità.

6. Doveri politici e politicità dei doveri

Come già accennato, si tendono a connettere alla cittadinanza i doveri di solidarietà politica, non altrettanto i doveri di solidarietà economica e sociale. Tale distinzione sembrerebbe confermata dallo stesso testo costituzionale: mentre infatti per il dovere di prestazione tributaria l'art. 53 non opera distinzioni sulla base della cittadinanza («*tutti* sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche …»), gli artt. 52 e 54 contengono invece chiari riferimenti alla cittadinanza («la difesa della Patria è sacro dovere del *cittadino*», «tutti i *cittadini* hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica …»).

Le cose in realtà sono meno piane di quanto appaiano ad un primo sguardo. Innanzitutto, le diverse dimensioni della solidarietà non possono così agevolmente distinguersi tra politica da una parte e società ed economia dall'altra, ri-

---

tata invece quando si tratta di mettere a punto dispositivi di controllo e di fermo dell'immigrazione «clandestina», ancora oggi infatti circa l'80% dei lavoratori extracomunitari iscritti all'Inps sono cittadini di paesi con i quali non vi sono convenzioni. Per quanto concerne l'effettivo accesso da parte degli immigrati ai servizi di *welfare* ci si può qui limitare a ricordare che la gran parte delle indagini sociologiche in materia rivelano un quadro delle forme di assistenza sociale assai diversificato a livello nazionale, legandosi queste ai diversi contesti economico-produttivi locali. Un quadro questo ancora caratterizzato nel complesso da notevoli ritardi e insufficienze, da un'azione istituzionale collegata prevalentemente a situazioni di emergenza ed in molti casi incapace, per assenza di adeguati strumenti di mediazione culturale, di comprendere le modalità attraverso cui gli immigrati e le immigrate esprimono i propri bisogni sociali. Se infatti le prime politiche italiane *di* immigrazione (le c.d. *immigration policies*, quelle riguardanti l'ingresso, i controlli e gli allontanamenti) possono farsi risalere già all'adozione della c.d. legge Martelli, è solo con il Testo unico del 1998 che si abbozza una prima politica *per* l'immigrazione (*immigrant policy*) destinata ad affrontare organicamente le questioni riguardanti l'integrazione della popolazione immigrata residente ed i loro diritti sociali. Un quadro questo, peraltro, solo parzialmente riequilibrato dall'azione di supplenza svolta da attori del c.d. «terzo settore» ai quali, come è noto, prima tacitamente e poi in maniera sempre più istituzionalizzata sono state nella sostanza delegate le politiche di accoglienza e di integrazione. V. a riguardo, *ex multis*, G. Zincone (a cura di), *Secondo Rapporto sull'integrazione degli immigrati in Italia. Commissione per le politiche di integrazione degli immigrati in Italia*, Bologna, 2000; M. Accorinti, *Immigrazione e Welfare in Italia*, in P. Calza Bini-E. Pugliese, *Lo stato sociale in Italia*, Rapporto annuale IRPPS-CNR, Roma, 2002; M.I. Macioti-E. Pugliese, *L'esperienza migratoria*, Roma-Bari, 2004, 87 ss., spec. 105 ss. ci sia permesso inoltre su questo tema rinviare a G. Bascherini, *Diritti fondamentali*, cit., p. II, cap. 5, par. 3.2.

sultando molto più interferenti tra loro [64]. Il dovere di prestazione tributaria, ad es., se si ricollega evidentemente con la solidarietà economica e sociale, non può del resto dirsi sia alieno da interferenze con la solidarietà politica, basti ricordare la parola d'ordine liberale del *no taxation without representation*. In secondo luogo, la cittadinanza interagisce con tali costellazioni di doveri in maniera più complessa: non di rado, ad es., nella storia costituzionale italiana si registrano eccezioni alla esclusione dei non cittadini dagli obblighi di leva. Infine, come già accennato, non può dirsi propriamente pacifica l'interpretazione dell'art. 54, particolarmente per quanto concerne l'autonomia concettuale del dovere di fedeltà rispetto a quello di osservanza.

6.1. *Cittadinanza, servizio militare, servizio civile*

Il rapporto tra leva e cittadinanza si rivela molto più complesso e sfaccettato di quanto non appaia ad un primo sguardo. Se infatti tale relazione costituisce storicamente una componente di primo piano, seppure carsica, nell'articolazione di un pensiero e di una pratica della cittadinanza fortemente caratterizzanti le esperienze costituzionali europee, oggi questa relazione acquista nuova rilevanza alla luce delle trasformazioni che investono entrambi gli elementi di tale rapporto: la circolazione delle persone ed il farsi la guerra. Un discorso in parte simile può farsi a proposito dell'art. 52 Cost., quello che G. Lombardi ha definito «il massimo punto di incidenza del concetto di solidarietà politica» [65]. Se per il comma 1 di tale articolo la «difesa della Patria è sacro dovere del *cittadino*», il comma seguente passando a trattare del servizio militare afferma, con formulazione impersonale, che questo servizio «è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge». Lo scarto tra i due commi se da una parte aiuta a comprendere le previsioni legislative circa la sottoposizione di non cittadini agli obblighi di leva [66], dall'altra ha costituito la base di partenza della giurisprudenza costituzionale che è intervenuta nel tempo su tali questioni, reinterpretando il dettato costituzionale alla luce delle dinamiche sociali prodottesi su questi terreni [67].

---

[64] Sulle interferenze tra i differenti «momenti» della solidarietà e sulla particolare funzione attribuita all'elemento *politico* insiste nel corso del suo lavoro G. Lombardi, *Contributo*, cit., *passim*.

[65] G. Lombardi, *Contributo*, cit., 244.

[66] Le discipline italiane della cittadinanza – ll. nn. 555 del 1912 e 91 del 1992 – hanno previsto la sottoposizione agli obblighi di leva per l'apolide legalmente residente nel territorio italiano (rispettivamente agli artt. 14 e 16, comma 1). La legge del 1912 inoltre prevedeva analogo obbligo anche per coloro i quali perdevano la cittadinanza italiana, indipendentemente dall'acquisizione o meno di una nuova cittadinanza (art. 8).

[67] Parte della dottrina mette peraltro in luce a questo riguardo la contraddittoria utilizzazione e la diversa impostazione del concetto di cittadinanza nei due commi dell'art. 52. Men-

L'imposizione di un simile obbligo ai «non cittadini» – ispirata da una parte «ad un anacronistico atteggiamento di sfavore verso l'acquisto spontaneo di una cittadinanza straniera» [68] e, dall'altra, come riconosciuto dalla stessa Consulta, dalla necessità di garantire una base adeguata per il reclutamento dei contingenti di leva anche mediante la coscrizione degli emigrati non più cittadini [69] – ha sollevato varie critiche in dottrina ed ha finito per dar corpo ad una interessante giurisprudenza costituzionale.

La sent. n. 53 del 1967 ritenne costituzionalmente legittima, alla luce dell'art. 52 Cost., la normativa riguardante il reclutamento obbligatorio di soggetti non in possesso della cittadinanza italiana [70] rimarcando l'«autonomia concettuale ed istituzionale» dell'obbligo di leva *ex* comma 2 dell'art. 52 Cost. rispetto al dovere di difesa della Patria di cui al comma 1 e dunque respingendo la tesi della assoluta esclusione del non cittadino dagli obblighi di leva mediante una sorta di neutralizzazione della dimensione *politica* della leva operata attraverso una lettura scissa dei primi due commi del (solo) parametro costituzionale invocato dai remittenti [71].

La Corte costituzionale è tornata sulla questione tra gli anni Ottanta e Novanta (sentt. nn. 974 del 1988 e 278 del 1992): in un contesto che registra profonde mutazioni sociali e culturali riconducili alle dinamiche intervenute entro il

---

tre infatti dal primo comma verrebbe in risalto una concezione della cittadinanza quale rapporto di *appartenenza* che legherebbe il singolo ad entità quali la *Patria* e/o la *Nazione*, dal secondo comma invece emergerebbe una visione della cittadinanza quale status, corredo di diritti e doveri, condizione che l'adempimento degli obblighi di leva non deve in alcun modo pregiudicare. V. ad es. S. GRASSI, *Il servizio civile per un nuovo modello di cittadinanza*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 690.

[68] Così M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 440.

[69] «La conservazione dell'obbligo del servizio militare a carico di coloro che hanno perduto la cittadinanza italiana, sancita dalla l. n. 555 del 1912, sembra ispirata alla ratio prevalente di garantire una platea per la formazione dei contingenti di leva anche con la coscrizione degli emigrati non più cittadini» – sent. n. 278 del 1992, *cons.* 2.

[70] Art. 8, comma 2, l. n. 555 del 1912 e art. 1, lett. *b)* del d.p.r. n. 237 del 1964.

[71] La corte, sottolineato l'«altissimo significato morale e giuridico» del dovere di difendere la Patria – spettante a «tutti i cittadini, senza esclusioni» e «condizione prima della conservazione della comunità nazionale» e che, «proprio perché «sacro» (e quindi di ordine eminentemente morale), si collega intimamente e indissolubilmente alla appartenenza alla comunità nazionale identificata nella Repubblica italiana (e perciò alla cittadinanza)» – specificava che tale dovere «così inteso … trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare» e che dunque l'attribuzione di un simile dovere ai cittadini non esclude la «possibilità che una legge ordinaria imponga anche a soggetti non cittadini, o addirittura stranieri, in particolari condizioni … la prestazione del servizio militare». Tra le voci critiche che si sollevarono nella dottrina del tempo su tale decisione, anche per gli allusivi riferimenti in essa contenuti alla applicabilità del diritto internazionale generale per la decisione della controversia, v. G. LOMBARDI, *Dovere di difesa, servizio militare e status di cittadino (profili critici)*, in *Giur. cost.*, 1968, 343 ss. e J. LUTHER, *Profili internazionalistici in due recenti sentenze della Corte costituzionale*, in *Riv. it. dir. int. priv. proc.*, 1968, 351 ss.

quadro migratorio italiano [72]. La Corte torna infatti a discutere di leva e cittadinanza tematizzate, stavolta, a partire dall'eguaglianza: le disposizioni legislative denunciate sono le stesse, a mutare è il parametro costituzionale. Nel motivare tali decisioni, la Corte evidenzia gli anacronismi della normativa italiana in materia di leva cittadinanza, e le ingiustificate disparità di trattamento che questi comportano, alla luce delle modificazioni intervenute nel diritto internazionale, tra individui titolari di doppia cittadinanza e individui che nell'acquisire una cittadinanza straniera perdono quella italiana. E in questi casi la corte perviene ad una declaratoria di incostituzionalità, ma senza aderire comunque alla tesi della assoluta esclusione del non cittadino dagli obblighi di leva [73]. Che neppure in tali sen-

---

[72] L'Italia da qualche lustro non è più paese di emigrazione – e chi è partito difficilmente ritorna – e d'improvviso si scopre terra di immigrazione e confine meridionale di uno spazio europeo che inizia a pensare l'immigrazione come oggetto di una disciplina quanto più possibile condivisa, quantomeno sul terreno della «polizia degli stranieri». Tali dinamiche evidenzieranno le arretratezze e le lacune delle discipline italiane in materia di cittadinanza e di immigrazione. La c.d. legge Martelli fornì la prima disciplina italiana dell'immigrazione tendenzialmente organica e il carattere permanente della emigrazione favorirà il superamento di quel risalente atteggiamento di ostilità dell'ordinamento italiano dinanzi ai tentativi dei propri *soggetti* di acquistare una cittadinanza straniera ed alle ipotesi di doppia cittadinanza. Si riscriverà una disciplina della cittadinanza oramai ottuagenaria, che anziché allentare rafforzerà il criterio della discendenza: si elimineranno infatti le componenti che penalizzavano l'emigrazione, favorendo al contempo il mantenimento della cittadinanza per gli «italiani all'estero», mentre si rende più impervio l'accesso alla cittadinanza degli stranieri, specie extracomunitari.

[73] La sent. n. 974 del 1988 – richiamando la Convenzione di Strasburgo del 6 maggio 1963 sui casi di cittadinanza plurima e sugli obblighi militari in caso di cittadinanza plurima (ratificata dall'Italia con l. n. 876 del 1966) – dichiarò l'incostituzionalità dell'art. 8 ultimo comma della l. n. 555 del 1912 e dell'art. 1, lett. *b*) del d.p.r. n. 237 del 1964, nella parte in cui non prevedevano l'esenzione dagli obblighi di leva per coloro i quali perdessero la cittadinanza italiana a seguito di acquisto di quella di un altro stato nel quale abbiano già svolto il servizio militare. La successiva sent. n. 278 del 1992 – ribadendo l'anacronismo delle finalità caratterizzanti la disposizione censurata (garantire una platea per la formazione dei contingenti di leva anche con la coscrizione degli emigrati non più cittadini) e le evoluzioni intervenute nel diritto internazionale, a partire dal riconoscimento operato dall'art. 13 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 del diritto di ogni individuo a «lasciare qualsiasi paese, incluso il proprio» ed entrato a far parte dei «diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Costituzione della Repubblica» – ha dichiarato incostituzionali le stesse disposizioni di legge nella parte in cui non prevedevano una tale esenzione per coloro i quali, perduta la cittadinanza italiana per acquisto di quella di un altro stato nel quale sono comunque tenuti a svolgere servizio militare. Riguardo le evoluzioni intervenute nel diritto internazionale la Corte aggiunge in quest'ultima sentenza che è «inoltre da tener presente che la prassi internazionale dominante induce a ritenere esistente una norma generale, che vincola gli Stati a non assoggettare ad obblighi militari cittadini stranieri» e dunque in base all'art. 10, comma 1, Cost. «una normativa che continuasse a richiedere il servizio militare ai non cittadini contrasterebbe la norma generale internazionale, violando la Costituzione». Sull'importanza della pronuncia dell'88, oltre che per le sue conseguenze nella materia che si sta trattando, in quanto

tenze la Consulta aderisca alla tesi della assoluta esclusione dei non cittadini dagli obblighi militari, sembra dunque confermato dal fatto che la costruzione di queste declaratorie di incostituzionalità non parte dall'esclusione del non cittadino dall'ambito di operatività dell'art. 52 Cost. (e dunque dall'ambito dei «rapporti politici»), quanto piuttosto, da una parte, da quella logica interordinamentale che mira ad evitare il sorgere in capo ad un individuo di conflitti di fedeltà derivanti dal dover prestare servizio militare per due diversi Stati, ma soprattutto – dall'altra – da quell'esigenza di eguaglianza per la quale un individuo non può essere tenuto ad adempiere a tali obblighi nei confronti di più paesi.

Sul quadro normativo precedente la riforma della cittadinanza del 1992 è intervenuta infine la sent. n. 131 del 2001 [74], che ha dichiarato incostituzionale, *ex* art. 10, comma 1, Cost., l'imposizione degli obblighi militari a chi, già cittadino italiano, abbia perso questo *status* divenendo cittadino di uno Stato in cui non esiste il servizio militare obbligatorio [75]. Nel dichiarare l'incostituzionalità di tale ipotesi la Corte ricorda che nelle sue precedenti decisioni dell'88 e del 92 l'incostituzionalità delle disposizioni denunciate era stata affermata «in base al doppio argomento, variamente intrecciato, dell'irragionevolezza della legge e dell'esistenza di norme di diritto internazionale che … escludono la doppia imposizione dell'obbligo militare». La sentenza del 2001 ribadisce dunque l'esistenza di una tale consuetudine e ne amplia l'ambito di applicazione a chiunque perda la cittadinanza italiana e ne acquisti una di un altro Stato, costituendo peraltro uno dei non frequenti casi in cui la Corte, seppur ellitticamente, utilizza un norma proveniente dal diritto internazionale generale per dichiarare l'incostituzionalità di una previsione legislativa [76].

---

esempio di estensione del sindacato di ragionevolezza alle differenze di trattamento derivanti dal possesso o meno della cittadinanza insiste M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 444 s. Su tale giurisprudenza v. inoltre C. CORSI, *Lo stato*, cit., 312 s.

[74] Quando sono tornati all'attenzione della Corte gli ormai più volte citati artt. 8, ultimo comma della l. n. 555 del 1912 e 1, lett. *b*), d.p.r. n. 237 del 1964.

[75] La vicenda che dette origine alla sentenza aveva avuto inizio prima della riforma della cittadinanza intervenuta nel 1992: questa infatti, pur prevedendo (art. 22) la cessazione di ogni obbligo militare per chi avesse perduto la cittadinanza italiana al momento dell'entrata in vigore di tale riforma, non aveva previsto a questo riguardo alcun effetto retroattivo.

[76] I giudici infatti hanno ritenuto sufficiente a riguardo un richiamo alla sent. n. 178 del 1992 che sul punto non può dirsi particolarmente esaustiva, dal momento che, pur richiamando la «prassi internazionale dominante», non cita alcun caso concreto. Sui riflessi che una tale norma consuetudinaria potrebbe avere, alla luce di tale giurisprudenza, nell'ordinamento italiano v. E. ZANIBONI, *Recenti sviluppi della giurisprudenza costituzionale in tema di prestazione del servizio militare da parte dello straniero e dell'apolide. Profili di diritto internazionale*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2002, spec. 39 ss., il quale evidenzia il paradosso che circonda la norma consuetudinaria in questione: concordemente riconosciuta in dottrina, ma il cui fondamento giuridico è difficilmente individuabile. Ciò, sarebbe da ricondursi in primo luogo ad una prassi risalente e non univoca, ma soprattutto dai diversi atteggiamenti che mostrano a questo riguardo i paesi dell'Europa occidentale rispetto a quelli anglosassoni, decisa-

La giurisprudenza fin qui esaminata, tuttavia, avendo ad oggetto situazioni riguardanti individui che sono *anche* o sono *stati* cittadini italiani, potrebbe sembrare interessi gli *stranieri* (i *non* cittadini e i *non solo* cittadini), ma non gli *immigrati*, coloro i quali, cioè, provenienti da altri paesi *scelgono* (meglio sarebbe dire: *tentano*) di stabilire in Italia la propria residenza. Ciò tuttavia è vero solo in parte, dal momento che tale giurisprudenza non solo testimonia dei mutamenti culturali e giuridici intervenuti in materia nel quadro interno ed internazionale, ma al contempo, come già accennato e come riconosciuto da ampia dottrina che si è occupata del tema, esclude che lo *status* attuale di cittadino costituisca presupposto indefettibile per la sottoponibilità agli obblighi militari, affermando un principio di indubbio rilievo anche per quanto concerne gli individui immigrati.

Questo principio verrà più compiutamente articolato nella sent. n. 172 del 1999, particolarmente rilevante per le prospettive che apre ai fini del nostro discorso. Questa decisione infatti ha riconosciuto l'assoggettabilità agli obblighi di leva degli apolidi regolarmente residenti, ridisegnando il proprio *iter* argomentativo e tentando, per questa via, di legare i fili sparsi nelle precedenti decisioni.

La Corte torna in questa sentenza sull'art. 52 Cost. e sull'estensione del suo ambito soggettivo: «l'autonomia concettuale e istituzionale» tra il primo e il comma 2 dell'art. 52, sostenuta nella più risalente giurisprudenza, lascia qui spazio ad un più stretto legame tra le diverse parti della previsione costituzionale [77]. Il comune riferimento alla cittadinanza non esclude peraltro, come già riconosciuto nel 1967, che la legge, in certi casi, stabilisca l'estensione «dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestazione del servizio militare»: «[l]a portata normativa della disposizione costituzionale è infatti … quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere costituzionale … il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto. Perciò deve ritenersi esistere uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del servizio militare». Peraltro il tentativo, operato in questo passaggio, di legare questa decisione al più risalente precedente giurisprudenziale cela in realtà «un deciso

---

mente più disponibili dei primi ad utilizzare stranieri nelle proprie forze armate; a questo riguardo Zaniboni ricorda due casi che hanno riguardato l'Italia ad un secolo di distanza l'uno dall'altro. Il primo concerne un parere reso dal Consiglio del contenzioso diplomatico nel 1863 che riconobbe legittima la pretesa di un proclama con cui il presidente statunitense Lincoln stabiliva che gli stranieri interessati a divenire cittadini USA avrebbero dovuto prestare servizio militare oppure abbandonare il Paese. Il secondo caso invece, conclusosi con esiti opposti ebbe origine da una decisione del governo australiano del 1965 di chiamare alle armi gli italiani residenti in Australia per inviarli a combattere in Vietnam, ipotesi che sollevò la ferma opposizione del governo italiano.

[77] Per i giudici della Consulta infatti tanto il primo quanto il secondo comma si riferiscono ai cittadini, esplicitamente in un caso ed implicitamente nell'altro, e l'obbligo del servizio militare costituisce «un modo di rendere attuale il dovere di difesa».

stacco nell'argomentazione, se non nelle conseguenze concrete». Se infatti allora la chiamata alle armi del non cittadino venne ammessa alla luce della «autonomia concettuale ed istituzionale» dell'obbligo di leva rispetto alla difesa della patria, ora invece la Corte riconosce l'identità soggettiva delle due situazioni giuridiche ed ammette una simile estensione legislativa dell'obbligo di leva qualora ricorrano particolari interessi ritenuti dal legislatore «meritevoli di tutela» [78].

Per gli spunti che offre, è dunque quest'ultima sentenza a costituire il punto di riferimento per una riflessione complessiva su tale percorso giurisprudenziale, in primo luogo dal momento che tale decisione è rivelatrice di una profonda riflessione della Corte attorno ai grandi nodi concettuali della materia. La sentenza in esame infatti, per quanto non manchi di distinguere chiaramente tra la situazione in cui versano gli apolidi e quella in cui versano gli stranieri a proposito di obblighi di leva nel paese di residenza, contiene affermazioni di indubbio rilievo anche per quanto concerne la popolazione degli immigrati regolarmente residenti.

Se questa decisione, nell'argomentare sulla ragionevolezza della estensione legislativa degli obblighi di leva agli apolidi, evidenzia che nel caso degli apolidi, diversamente da quello degli stranieri, non sussistono conflitti di fedeltà che comporterebbero violazione della ricordata norma di diritto internazionale generale, è anche vero che ben più ampio risalto acquisisce nella costruzione della decisione l'altro argomento utilizzato dalla Corte per dire ragionevoli le disposizioni legislative in questione: ossia quello per cui tali individui fanno parte di una comunità più ampia di quella dei cittadini, la quale – lo si ripete – «accoglie e ac-

---

[78] Così E. GROSSO, *Sull'obbligo di prestazione del servizio di leva da parte degli apolidi. Spunti di riflessione verso possibili nuove concezioni della cittadinanza*, in *Giur. cost.*, 1999, 1708. La Corte peraltro non manca di riconoscere l'eccezionalità – e dunque la presenza di limiti e condizioni – a questa estensione dell'ambito soggettivo dell'art. 52 Cost., ma in tal caso non vi sarebbe violazione di quella norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta che escluderebbe i non-cittadini dal prestare servizio militare. Richiamando le sentenze del 1988 e del 1992 la Corte dichiara infatti che le convenzioni internazionali in materia mostrano che tale norma risponde all'esigenza «di impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale tra opposte lealtà». Ma una tale ipotesi, nel caso degli apolidi «non è ipotizzabile per definizione». Che obbligare gli apolidi alla leva non possa dirsi irragionevole discende, nel ragionamento della Corte, anche dal fatto che questi individui «godono di un'ampia tutela, in tutti i campi diversi da quello della partecipazione politica» e che per questa ragione possono considerarsi «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa»: dunque di una «comunità di diritti e di doveri» che l'art. 2 Cost. disegna come «più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto»; una comunità che «accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri». Del resto, conclude la Corte, una simile apertura ermeneutica è possibile solo a partire da una rilettura che combini l'art. 52 all'art. 11 Cost. e che rimandi ad «una visione degli apparati militari dell'Italia e del servizio militare stesso non più finalizzata all'idea della potenza dello Stato o … dello «Stato di potenza», ma legata invece all'idea della garanzia della libertà dei popoli e dell'integrità dell'ordinamento nazionale».

comuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri». E altrettanto importante è il fatto che di tale comunità questi individui fanno parte per una scelta *libera*, «non giuridicamente imposta circa lo stabilimento della propria residenza» ed al contempo che l'emergere di questa comunità si colleghi ad un nuovo modo di intendere la difesa della patria (e dunque anche la fedeltà alla repubblica, data la correlazione messa in luce dai giudici tra i due commi dell'art. 52 Cost.), che non rimanda più all'idea dello «Stato di potenza», ma che muove invece dalla «idea della garanzia della libertà dei popoli e dell'integrità dell'ordinamento nazionale».

La sentenza in questione, dunque, sembra testimoniare di un seppur lento processo di ripensamento di molte delle tradizionali categorie irrelate alla cittadinanza dinanzi alla inedita complessità caratterizzante il pluralismo sociale contemporaneo, anche in ragione dei fenomeni migratori. Questa decisione sembra dunque parlarci di una *Bürgershaft* eccedente la *Staatsangehörigkeit*; di una solidarietà che viene dalla integrazione ed identificazione entro una concreta comunità territoriale, politica e culturale; di una difesa della patria che si fa difesa dell'ordinamento costituzionale, *Verfassungspatriotismus*, e di una «patria» che si legherebbe ad una idea di nazione «elettiva» e non «etnica» [79]. Il rilievo della decisione da ultimo ricordata sembra dunque risiedere nell'interpretazione da questa offerta in tema di diritti e doveri e del concetto di comunità sotteso a queste disposizioni.

Questa decisione potrebbe quindi offrire una sponda a quella recente interpretazione emersa in dottrina sull'estensione ai non-cittadini dell'imputabilità di diritti e doveri costituzionalmente previsti, costruita attorno all'idea di una *comunità di residenza* nella quale possono rientrare tutti coloro che – integrandosi attraverso il lavoro, la formazione di una famiglia, il godimento dei diritti sociali a tali situazioni connessi e l'adempimento degli obblighi costituzionalmente imposti – decidono di venirne a fare parte e che per questo si vedono riconosciuti diritti e doveri. Ed un tale processo di integrazione e costruzione di una comunità più ampia di quella meramente nazionale non può che risultare monco se a tale processo non si collega anche un percorso di acquisizione dei diritti in senso lato politici. Difficile non concordare con chi rimarca che la politica dell'appartenenza, in una era di frammentazione della cittadinanza, ha dunque a che fare con la negoziazione di rapporti complessi tra diritti di piena appartenenza, espressione democratica e residenza sul territorio [80].

Sono tuttavia le ellissi della decisione, riguardanti i soggetti partecipanti a questa più ampia comunità e lo statuto giuridico che a questi viene riconosciuto,

---

[79] V. E. GROSSO, *Sull'obbligo*, cit., 1712 ss. Più critico verso la decisione e le possibili aperture ad essa riconducibili è invece il commento di G. MOSCHELLA, *Sul mantenimento dell'obbligo del servizio militare di leva per gli apolidi: un'interpretazione discutibile della Corte*, in *Giur. cost.*, 1999, 1728 ss.

[80] Così S. BENHABIB, *I diritti degli altri*, cit., 38.

quelle che danno a riflettere. Se, da una parte, una tale comunità di diritti e doveri si costruisce – secondo la visione della Corte – su base volontaria e sulla base della effettività ed intensità del legame tra il non-cittadino e lo stato di residenza, difficilmente da questa potranno essere esclusi quegli stranieri immigrati che fanno già sostanzialmente parte di tale comunità; d'altra parte, non è coerentemente pensabile che entro una tale comunità *costituzionale* l'obbligo di difendere le istituzioni, ma anche quello, ad es., di concorrere alle spese pubbliche siano, soltanto per alcuni dei suoi membri, sganciati dal diritto di partecipare alla formazione di quelle istituzioni e alle scelte in ordine alla destinazione delle risorse. Che dunque, in altri e più letterari termini, tutti gli animali della fattoria siano eguali, ma che alcuni animali siano più eguali degli altri. La dottrina che s'è occupata di questa sentenza, infatti, finisce nella sostanza per concordare nel riconoscere le importanti prospettive che questa decisione apre in ordine alla questione del riconoscimento dei diritti politici ai non cittadini [81], questione che oggi costituisce il nodo principale di una riflessione sui diritti e sui doveri dei non cittadini residenti in Italia, e nell'evidenziare la necessità di ripensare una disciplina della cittadinanza palesemente in ritardo rispetto alle dinamiche sociali – un ripensamento peraltro del quale oggi, come accennato, cominciano a registrarsi le prime avvisaglie.

C'è tuttavia un altro profilo della questione che merita qualche cenno. Viene infatti da chiedersi se tutta questa riflessione su una comunità che si costruisce anche partecipando alla sua difesa oggi non sia irrimediabilmente datata, dinanzi ai processi di ristrutturazione degli eserciti su base volontaria [82], e dunque quale spazio vi possa essere per gli stranieri in un esercito ed in un servizio civile riorganizzati su base volontaria e quale significato possa avere una tale partecipazione [83].

---

[81] V. ancora E. GROSSO, *Sull'obbligo*, cit., 1722 ss., ma evidenziano i legami tra leva e partecipazione politica, e dunque le antinomie a tutt'oggi caratterizzanti il quadro italiano in materia, anche, ad es., i lavori di M. CUNIBERTI, *La cittadinanza*, cit., 448 e ID., *Immigrazione e Costituzione*, *Forum* in *Riv. dir. cost.*, 2001, 238; C. CORSI, *Lo stato*, cit., 313 s.; P. BONETTI, *I principi*, *i diritti e i doveri*, cit., 100.

[82] Che la scelta dei costituenti a favore di una coscrizione obbligatoria e non volontaria – a prescindere dalla sottovalutazione del problema dell'obiezione di coscienza, nonostante la «inequivocabile … «vocazione» pacifista del Paese» solennemente dichiarata all'art. 11 – si collegasse anche ad una visione del servizio militare quale momento di «*integrazione nazionale e sociale* e di *educazione* (in senso lato) dei giovani», «mezzo di educazione civile e politica del cittadino» complementare alla insufficiente istruzione scolastica e funzionale alla promozione dell'eguaglianza tra cittadini dei diversi ceti e provenienze e dunque all'affermazione di valori ed istanze civili e civici prima che militari (come peraltro confermerebbe il riferimento allo «spirito democratico» contenuto nell'ultimo comma dell'art. 52), è messo in rilievo da E. BETTINELLI, *Art. 52, comma 1 e 2*, in G. BRANCA-A. PIZZORUSSO (a cura di), *Commentario*, cit., per le cit. v. 71 s. e 78 s.

[83] Non sembrano sussistere peraltro ostacoli di diritto internazionale a che norme nazionali prevedano il volontario arruolamento degli stranieri – v. a riguardo E. ZANIBONI, *Recenti*

In sede legislativa, i più o meno nobili tentativi compiuti dalle recenti riforme intervenute in materia di servizio militare e civile di ammettere stranieri a prestare tali servizi non hanno avuto esito positivo [84], prevalendo in queste sedi una interpretazione della cittadinanza quale condizione necessaria per tali prestazioni e del servizio civile quale mera alternativa al servizio militare nella difesa della patria [85]. Altro invece è stato l'atteggiamento della Corte attorno tali questioni, le tematizzazioni che questa ha costruito dei rapporti tra cittadinanza e la prestazione di tali servizi. Gli interventi della giurisprudenza costituzionale su tali questioni paiono infatti declinare nuove possibili letture della fedeltà e della solidarietà (e correlativamente di difesa e di *welfare*) innestandole entro concezioni dinamiche della cittadinanza ed al contempo mettendo in rilievo la volontarietà e dunque la libertà delle relative scelte.

A quanto già osservato a questo proposito ragionando della sent. n. 172 del 1999, può essere utile a questo punto aggiungere qualcosa a proposito di quel percorso giurisprudenziale che ha accompagnato le riforme in materia di servizio civile e che ha interpretato tali riforme sullo sfondo di una concezione dinamica del modello di stato sociale, della cittadinanza e dei doveri ad essa collegati, dei legami che tengono assieme la comunità che in essa si riconosce. Un percorso che insiste sulla volontarietà e la libertà delle scelte in materia e che perviene ad una rielaborazione più adeguata a questi nostri tempi del «sacro» dovere di difesa. Una rielaborazione che connette più strettamente dimensione sociale e dimensione militare di tale «difesa» [86], segnando uno scarto anche rispetto al tradizio-

---

sviluppi, cit., 43 s. Altro, ovviamente, è il discorso per ciò che concerne il rapporto tra lo straniero e il proprio stato di appartenenza – essendo presenti in molti ordinamenti disposizioni che mirano a dissuadere i propri cittadini, spesso con la prospettiva della perdita della cittadinanza, dal prestare servizio militare in stati esteri, come è il caso ad es. dell'art. 12 della vigente legge italiana sulla cittadinanza.

[84] Si ricordi a riguardo il d.d.l. A.S. (XIV Legislatura) n. 907, del 29 novembre 2001, *Arruolamento volontario dei giovani immigrati nelle forze armate*, originato nella sostanza dalla insufficienza dei volontari cittadini per la copertura degli organici delle forze armate, il quale prevedeva potessero arruolarsi gli immigrati tra i 18 ed i 30 anni regolarmente residenti in Italia da almeno due anni, secondo quote fissate dal ministero della difesa ma comunque non oltre il 10% dell'organico. L'art. 5 del d.d.l., infine, prevedeva che «il militare, che non ha demeritato, al termine di una ferma complessiva non inferiore a quattro anni, può acquisire la cittadinanza italiana». Analoga possibilità, peraltro, è riconosciuta dalla vigente disciplina della cittadinanza ai discendenti di ex cittadini che preventivamente dichiarino di voler acquistare la cittadinanza (art. 4, comma 1). Anche la recente riforma del servizio civile (l. n. 64 del 2001), anche essa articolata attorno al carattere volontario della prestazione, non ha inserito gli stranieri tra i soggetti ammessi a tale prestazione (v. art. 3, d.lgs. n. 77 del 2002), laddove invece lo schema originario del decreto riconosceva questa possibilità ai cittadini dell'Unione europea ed agli stranieri regolarmente residenti da almeno tre anni, escludendo comunque che, per questi ultimi, una tale scelta possa «costituire una scorciatoia utile al fine dell'acquisto della cittadinanza italiana»

[85] V. a riguardo E. ZANIBONI, *Recenti sviluppi*, cit., 45 s.

[86] Peraltro che questa commistione non fosse completamente estranea al quadro costitu-

nale modo di intendere la natura fondante del principio di solidarietà: non più (solo) in quanto base di legittimazione dei doveri dei singoli [87], al più strumento di integrazione sociale che contribuisce a garantire un minimo di omogeneità negli ordinamenti caratterizzati da netti antagonismi [88], quanto piuttosto «coscienza di partecipazione ai vincoli di una comunità statuale in formazione» [89], che non si fonda su una filantropia ingenua ma su di un'analisi della complessità sociale, dei costi delle disuguaglianze indotte da sistemi (ecologici, economici, sociali) squilibrati. In questo modo la solidarietà si slega almeno in parte da una univoca connessione con la disciplina dei doveri aprendosi a pratiche che si caratterizzano proprio per la loro volontarietà, ma che non per questo smarriscono il senso di testimonianza di una integrazione sincera: di una compartecipazione alle vicende, anche alle più critiche e dolorose, di una collettività. Solidarietà dunque quale espressione di una socialità umana che genera sentimenti di relazione e stabilizzazione di legami a partire dai quali prendono corpo diritti e doveri reciproci e dunque processi di integrazione ed assunzioni di corresponsabilità attorno ai valori condivisi da una collettività organizzata.

La giurisprudenza in tema di servizio civile ha infatti progressivamente interpretato il servizio civile non solo in termini di alternativa alla leva, riconosciuta a garanzia del rispetto della libertà di coscienza di ognuno e quale strumento di pluralismo, ma anche in quanto pratica di solidarietà. Per questa via il servizio civile, in quanto cioè strumento di una composizione non compromissoria delle differenti sensibilità e credenze e dei conflitti tra queste, ma anzi capace di pro-

---

zionale è confermato ad es. da quella funzione di integrazione attribuita già in sede costituente alla coscrizione obbligatoria ed alla quale s'è già fatto cenno *supra*.

[87] Su tale connessione solidarietà-doveri converge la gran parte delle più risalenti elaborazioni dottrinali in materia, che tornano poi a dividersi riguardo la ricavabilità o meno dal passaggio dell'art. 2 Cost. dedicato ai doveri di altri doveri oltre a quelli elencati nel testo costituzionale. Tra coloro che ritengono chiuso il catalogo dei doveri *ex* art. 2 Cost. possiamo qui ricordare G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 40 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68. A. BARBERA, *Art. 2*, cit., 97 ss.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 781. A. PACE, *Problematica*, cit., 55 ss. esclude che si possa ritenere chiuso il catalogo dei doveri ed aperto quello dei diritti. Sostengono, al contrario, l'individuabilità a partire dal principio di solidarietà di doveri ulteriori rispetti a quelli costituzionalmente previsti, ad es. C. CARBONE, *I doveri pubblici*, cit., 91 ss. e, in una differente prospettiva T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, VIII ed., Milano, 1994, 646 s., il quale sottolinea che «i doveri sociali menzionati nella Costituzione non esauriscono la sfera della solidarietà politica, economica e sociale … e che tale sfera, in uno Stato in cui sono ancora presenti spinte corporative ed egoismi individuali e di classe, dovrebbe … in una prospettiva forse utopistica, essere posta in atto spontaneamente, in tutti quei campi (anche extragiuridici) in cui si svolgono i rapporti umani».

[88] V. per una simile interpretazione della solidarietà G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 48.

[89] Così N. LIPARI, *La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana*, in *Parlamento*, 12/1989, 19. Anche G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 79, sembra allargare il campo d'azione della solidarietà al di là dei doveri legislativamente disciplinati in direzione dei rapporti riconducibili alla «Costituzione sociale».

muovere attività socialmente significative, si lega a un ripensamento della stessa cittadinanza che si articola attorno alla capacità ed alla disponibilità dei suoi membri a riconoscersi ed a riconoscere i valori di ciascuno sulla base di un rapporto di convivenza, di compatibilità piuttosto che di dominio/soggezione. Un ripensamento della cittadinanza che innanzitutto attraverso il servizio civile ha condotto ad un allargamento della «cittadinanza dei doveri» alle donne e che a questo punto difficilmente può continuare ad escludere la componente immigrata della popolazione residente.

Senza pretendere in questa sede di compiere una ricognizione sistematica ed approfondita attorno alle riforme in tema di obiezione di coscienza e volontariato ed alla giurisprudenza costituzionale che ha accompagnato questo processo [90], ma limitandoci piuttosto ad un rapido sguardo ai passaggi, più o meno direttamente riguardanti la cittadinanza, di alcune delle decisioni intervenute in tali materie, merita di essere ricordata innanzitutto la sent. n. 164 del 1985, che ha costituito un passaggio di indiscusso rilievo entro il processo di riforma del servizio civile. Tale decisione infatti, nel sindacare per la prima volta la legittimità della disciplina in tema di obiezione di coscienza (l. n. 772 del 1972) non ha mancato di ricollegare le sue conclusioni in tema di obiezione di coscienza alla leva ad una serie di riflessioni riguardanti le mutazioni in atto entro i modelli costituzionali di cittadinanza e di Stato sociale alle quali quel processo di riforma si lega [91].

La Corte ha dunque scelto di relazionarsi al tema dell'obiezione di coscienza al servizio militare non su un piano esclusivamente individualistico – a partire cioè dalla tutela della libertà di coscienza del singolo, la quale imporrebbe una deroga alla generale disciplina della leva –, ma, ben più organicamente, sceglie di innestare le convinzioni e le pratiche di tale obiezione entro la componente *solidaristica* del dovere di difesa, individuando diritti e doveri di un servizio, quello civile, funzionale comunque all'interesse della collettività e calando la prestazione di tale servizio entro una visione della cittadinanza aperta verso prospettive di

---

[90] Sul tema, qui ci si limita a ricordare i lavori di S. PRISCO, *Fedeltà alla repubblica e obiezione di coscienza*, Napoli, 1986; per una complessiva ricostruzione della giurisprudenza costituzionale intervenuta sul tema si veda A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 240 ss. Tra le più recenti riflessioni in materia v. F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 307 ss. e 316 ss., ed il già cit. lavoro di G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., spec. 1146 ss. ed ivi l'ampia bibliografia.

[91] In questa decisione i giudici hanno infatti negato che «l'obbligo di prestare servizio militare armato sia un dovere di solidarietà politica inderogabile per tutti i cittadini» e – richiamando la già ricordata sent. n. 53 del 1967 – hanno invece affermato che «[i]nderogabile dovere di solidarietà politica per tutti i cittadini è, invece, la difesa della Patria, cui il servizio militare obbligatorio si ricollega, pur differenziandosene concettualmente ed istituzionalmente» e che dunque il «servizio sostitutivo civile, non si traduce assolutamente in una deroga al dovere di difesa della Patria, ben suscettibile di adempimento attraverso la prestazione di adeguati comportamenti di impegno sociale non armato».

partecipazione attiva dei cittadini alla realizzazione di pratiche di solidarietà collettiva e (collegando l'istituzione di un tale servizio al complesso delle funzioni statali caratterizzanti lo stato sociale) verso un nuovo modello di *welfare* [92]. In questo modo peraltro il servizio civile potrebbe costituire, oltre che un terreno ed una forma di ripensamento della tradizionale distinzione pubblico/privato, secondo la già accennata lettura che in sede costituente si dette della coscrizione obbligatoria, una nuova occasione di integrazione sociale, di educazione civica e politica e di promozione dell'eguaglianza tra individui appartenenti ad una data collettività a partire dalle ragioni di quella solidarietà che tiene assieme gli individui partecipanti ad una determinata comunità [93]. La giurisprudenza in tema di

---

[92] Questo *iter* giurisprudenziale, in altri termini, contribuisce a fondare l'obiezione di coscienza non solo nella libertà di coscienza di ogni individuo, ma anche nei valori che mediante questa obiezione, questa contestazione di obblighi di legge, si tendono ad affermare; valori che a loro volta aprono delicati problemi di bilanciamento tra libertà e tra queste e le esigenze di solidarietà caratterizzanti l'ordinamento. Al contempo questo percorso giurisprudenziale viene articolando una immagine di cittadino titolare – in quanto *persona* – di diritti riguardanti la sfera della coscienza e per questo in grado di incidere, di influenzare sui modi di adempimento dei doveri di solidarietà che l'ordinamento imputa allo stesso cittadino. Ha rimarcato tali profili della decisione in esame S. GRASSI, *Il servizio civile*, cit., spec. 685 s. e 695 s. Da questo punto di vista la serie delle decisioni in materia pone un problema più ampio, che riguarda le trasformazioni in atto tanto sul versante della cittadinanza quanto su quello dello stato sociale, alla luce di esigenze e convivenze sempre nuove e sempre più caratterizzate da elementi di complessità. Una cittadinanza che, per superare una certa concezione statalista di welfare oramai in crisi sempre più evidente, faccia perno sulla attiva partecipazione del più ampio numero possibile di individui e faccia tesoro di esperienze e soluzioni provenienti dalla società (una simile prospettiva emerge ad es. dai lavori di G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in ID., *Forme e soggetti della democrazia pluralista*, Torino, 2000, 159 ss. e di N. LIPARI, *Diritto e volontariato*, in ID., *Diritto e valori sociali*, cit., spec. 201 ss.) e che al contempo riconosca una diversa qualità dei diritti di cittadinanza, non solo in quanto pretese alla soddisfazione di una serie di bisogni sociali da parte dello Stato, ma piuttosto espressione di una cittadinanza attiva, partecipata, in grado ad es. di incidere sulla distribuzione e sull'utilizzazione delle risorse.

[93] Allargando lo sguardo alla giurisprudenza in tema di volontariato, viene alla mente a questo riguardo la sent. n. 75 del 1992, che nega la riconducibilità del volontariato tra le competenze statali o regionali (da cui muovevano invece i ricorsi che avevano originato la sentenza) evidenziando piuttosto il valore generale di tali attività alla luce dei principi costituzionali, l'essere queste attività «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale». Secondo i giudici infatti il volontariato non costituisce «una materia, seppure formata dalla confluenza di segmenti o di profili riconducibili a più settori di attività», quanto piuttosto «un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali o, detto altrimenti, un paradigma dell'azione sociale riferibile a singoli individui o ad associazioni di più individui. In quanto tale, esso sfugge a qualsiasi rigida classificazione di competenza», e proseguendo: «[q]uale modello fondamentale dell'azione positiva e responsabile dell'individuo che effettua spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore di altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità, il volontariato rappresenta l'espressione più immediata della primigenia vocazione sociale dell'uomo, derivante dall'originaria identificazione [*sic*!] del singolo con le formazioni sociali in cui si svolge la

servizio civile, dunque, se da una parte sembra dunque riconoscere la «necessità» dell'obiezione di coscienza in una società pluralista in quanto strumento di garanzia di un «diritto alla diversità», permettendo questa la compresenza di valori altrimenti in perenne conflitto, dall'altra sembra rimarcare che l'obiezione di coscienza, lungi dal disgregare i vincoli di solidarietà caratterizzanti la cittadinanza, può contribuire alla costituzione di un «patto di cittadinanza» rispettoso delle differenti ragioni e sensibilità [94].

Per quanto più direttamente concerne il tema della cittadinanza, c'è, come già

---

sua personalità e dal conseguente *vincolo di appartenenza attiva che lega l'individuo alla comunità degli uomini* [corsivo mio]». Il volontariato dunque costituirebbe «la più diretta realizzazione del principio di solidarietà sociale, per il quale la persona è chiamata ad agire non per calcolo utilitaristico o per imposizione di un'autorità, ma per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa». Al contempo questa gamma di attività «partecipa della natura dei diritti fondamentali» «e vi partecipa come istanza dialettica volta al superamento del limite atomistico della libertà individuale, nel senso che di tale libertà è una manifestazione che conduce il singolo sulla via della costruzione dei rapporti sociali e dei legami tra gli uomini, *al di là di vincoli derivanti da doveri pubblici o da comandi dell'autorità* [corsivo mio]» (*cons.* 2). Si vedano, tra i molti commenti a tale sentenza: E. Rossi, *Principio di solidarietà e legge-quadro sul volontariato*, in *Giur. cost.* 1992, 2348 ss. e E. Palici Di Suni Prat, *Il volontariato tra valori costituzionali ed autonomia regionale*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1205 ss. Sul tema del riparto di competenze tra Stato e Regioni, stavolta per quanto più direttamente concerne la prestazione del servizio civile v. inoltre le più recenti sentt. nn. 228 e 229 del 2004 e 431 del 2005. Su tali sentenze ci si può qui limitare a dire che queste da una parte hanno rigettato le eccezioni sollevate (dalla provincia bolzanina) avverso la costituzionalità della normativa statale in materia di servizio civile nazionale (l. n. 64 del 2001 e d.lgs. n. 77 del 2002, cit.) alla luce della recenti riforme costituzionali intervenute in tema di rapporti tra stato ed enti locali ribadendo – per quel che qui interessa – le argomentazioni già sostenute circa i collegamenti tra servizio civile e difesa della patria (sent. n. 228 del 2004); d'altra parte in queste decisioni ha articolato un riparto di competenze tra stato e regioni in materia di servizio civile alla luce del nuovo quadro costituzionale, riconoscendo che allo Stato spetta la disciplina «dei profili organizzativi e procedurali del servizio» (civile *nazionale*) ed alla regione «lo svolgimento di attività che toccano i più diversi ambiti materiali» ed al contempo che le regioni possono sì dar vita a forme di servizio civile *regionale* distinte da quello nazionale, ma laddove il servizio nazionale è finalizzato alla difesa della patria, quello regionale mira piuttosto al «perseguimento dell'ampia finalità di realizzazione del principio di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione» (sent. n. 431 del 2005, *cons.* 4). Su tali decisioni v. ad es. i commenti, per la sent. n. 228 del 2004, di P. Veronesi, *Le riforme avanzano, le «etichette» restano. La materia «difesa» dopo la l. cost. n. 1 del 2003*, in *Le Regioni*, 2004, 1385 ss. e, per la l. n. 431 del 2005, di E. Rossi, *Il servizio civile tra Stato e Regioni: un difficile equilibrio da provare a prendere sul serio nella logica della leale collaborazione*, in corso di pubblicazione in *Le Regioni*, 2006 e reperibile nel Forum di *Quaderni Costituzionali*.

[94] Sulle connessioni tra obiezione di coscienza e pluralismo si sofferma ampiamente S. Prisco, *Fedeltà alla Repubblica*, cit., spec. 40 ss. Sull'essere l'obiezione di coscienza un valore da ponderare con gli altri valori, oltre che un importante «investimento sociale», che libererebbe energie disponibili, tanto sul piano interno che su quello internazionale, ad un *fare* collettivo potenzialmente fecondo. cfr. S. Rodotà, *Problemi dell'obiezione di coscienza*, in *quaderni di diritto e politica ecclesiastica* 1993, 59 ss.

accennato, un ulteriore aspetto che lega questa giurisprudenza alla decisione n. 172 del 1999 e per questa via al tema oggetto di queste pagine. Entrambi i percorsi giurisprudenziali paiono infatti alludere a comunità *artificiali* di cittadini, in quanto comunità non naturalisticamente definite dal sangue e dal suolo ma elettive, alle quali si sceglie liberamente di appartenere partecipando ai diritti ed ai doveri che le caratterizzano. Le sentenze in materia di servizio militare e servizio civile ora esaminate paiono dunque accomunate da una più o meno esplicitata tendenza a legare le trasformazioni progressivamente intervenute in materia di servizio militare e di servizio civile ad un ripensamento della comunità di cittadini e delle sue dinamiche di formazione a partire dalle libere scelte che possono operarsi a questo riguardo, e dalla consapevolezza che ogni partecipazione ad una collettività comporta diritti e doveri. E non si può a questo proposito che ribadire quanto già in precedenza sostenuto riguardo l'impossibilità di lasciare fuori a lungo da un tale discorso la componente immigrata della popolazione interessata a stabilire definitivamente qui la propria residenza, il centro principale dei loro affari ed interessi.

Le recenti dinamiche legislative e giurisprudenziali in materia di servizio militare e di servizio civile sollevano peraltro ulteriori interrogativi. Sia in sede di riforma legislativa che nella giurisprudenza costituzionale in materia di leva, infatti, è venuto al pettine il nodo di una eventuale apertura di tali servizi agli immigrati. La Corte nella sent. n. 172 del 1999 ha escluso la sottoponibilità degli stranieri agli obblighi di leva per «impedire il sorgere di situazioni di conflitto potenziale fra opposte lealtà». L'ipotesi di ammettere gli immigrati a prestare tali servizi è stata sollevata in seguito, come si è visto, anche nel corso delle riforme legislative intervenute su questi temi, ipotesi tuttavia viziate da discutibili visioni dei rapporti tra la prestazione di tali servizi e l'eventuale accesso alla cittadinanza [95].

Per quanto riguarda la prestazione del servizio militare è da augurarsi che questa rimanga connessa alla cittadinanza e che un immigrato possa essere ammesso a prestare il servizio militare soltanto *dopo* aver acquisito tale *status* e solo qualora non abbia già svolto analogo servizio in altri paesi. Questo non solo o non tanto per evitare – come sostiene la Corte – il sorgere di conflitti tra fedeltà, quanto piuttosto perché, come scrisse Brecht, «sventurata la terra che ha bisogno di eroi» [96]. Perché, in altri termini, non è né proponibile né tanto meno auspicabile una prospettiva di integrazione degli immigrati che passi attraverso un invio

---

[95] Come già accennato *supra*, infatti, mentre il d.d.l. A.S. 907 del 29 novembre 2001, prevedeva all'art. 5 che «il militare, che non ha demeritato, al termine di una ferma complessiva non inferiore a quattro anni, può acquisire la cittadinanza italiana», l'originaria formulazione del testo di riforma del servizio civile riconosceva gli immigrati con residenza almeno triennale la possibilità di prestare tale servizio, ma curandosi bene di escludere che una simile scelta potesse «costituire una scorciatoia utile al fine dell'acquisto della cittadinanza italiana».

[96] B. BRECHT, *Vita di Galileo*, scena XIII.

di questi in prima linea in una delle tante neo-guerre, come avviene ad es. negli Stati Uniti, dove di frequente, in caso di gravosi impegni bellici, si è proposto agli immigrati residenti di arruolarsi in cambio, qualora tornassero vivi, della concessione della cittadinanza o della *green card* [97]. Perché simili ipotesi rischiano facilmente di scivolare verso una sorta di ricatto che finisce inevitabilmente per colpire i soggetti economicamente e socialmente più deboli, quelli che non hanno alternative. Per quanto concerne invece il servizio civile, e in particolare quello regionale ritenuto dalla Consulta modalità di realizzazione del principio di solidarietà (v. la sent. n. 431 del 2005), non sembrano sussistere ostacoli insormontabili ad un'ammissione degli immigrati alla sua prestazione [98] ed anzi si potrebbe ipotizzare un collegamento tra questa e l'accesso alla cittadinanza, non ovviamente in termini di condizione necessaria ma ad es. quale fattore che potrebbe ridurre i tempi ordinariamente necessari ad acquisire la cittadinanza.

Naturalmente anche gli interrogativi che solleva una tale ipotesi sono molteplici e di non semplice soluzione. Interrogativi che riguardano ad es. l'apertura di un tale servizio agli immigrati (ed ai loro discendenti) a livello nazionale o anche regionale e riguardo i legami tra la prestazione di tali servizi e l'accesso alla cittadinanza. Ancora, dinanzi ad ipotesi di apertura ai non cittadini del servizio civile regionale, bisogna chiedersi se queste possano avere un effetto trainante per le altre regioni e costituire l'occasione per una successiva «nazionalizzazione» di tali pratiche, o se piuttosto non si finisca in tal modo per dar vita ad ulteriori differenze di trattamento tra straniero e straniero fondate sulla residenza in una piuttosto che in altra porzione di territorio nazionale. *Last but not least*, è da chiedersi se il facilitare l'accesso alla cittadinanza per l'immigrato che sceglie di prestare servizio civile non si risolva in una versione *soft* di quel discutibile baratto cui s'è fatto cenno a proposito del servizio militare – uno scambio al ribasso tra una prestazione sottopagata, un surrogato di diritto sociale, ed uno sconto sul prezzo di ingresso alla cittadinanza – o se invece una simile scelta da parte dell'immigrato

---

[97] V. a riguardo. S. BENHABIB, *I diritti degli altri*, cit., 189.

[98] Ad es. delle normative in tema di servizio civile regionale venute all'esame della Consulta nelle sentt. nn. 229 del 2004 e 431 del 2005 *supra*, cit. solo la normativa della provincia autonoma di Bolzano esclude una simile eventualità (l. prov. aut. Bolzano, 19 ottobre 2004, n. 7 «Disposizioni per la valorizzazione del servizio civile volontario in Provincia autonoma di Bolzano», art. 1, comma 2, lett. *a*), mentre sia la disciplina marchigiana (l. reg. Marche, 23 febbraio 2005, n. 15 «Istituzione del sistema regionale del servizio civile», art. 7, comma 2 e 3) che quella emiliano-romagnola (l. reg. Emilia-Romagna, 20 ottobre 2003, n. 20 «Nuove norme per la valorizzazione del servizio civile. Istituzione del servizio civile regionale. Abrogazione della l. reg. 28 dicembre 1999, n. 38», art. 3, comma 1, lett. *b*), ammettono gli immigrati a prestare il servizio civile regionale; quest'ultima, in particolare, fissando fra i propri obbiettivi un principio generale di non discriminazione in base al quale l'accesso al servizio civile regionale è garantito «a tutte le persone senza distinzione di sesso o di appartenenza culturale o religiosa, di ceto, di residenza o di cittadinanza» (art. 3, comma 1, lett. *b*)). si ricordi peraltro che le previsioni in materia non hanno costituito oggetto delle impugnative che hanno poi condotto alle due decisioni ora ricordate.

non possa leggersi come una pratica di «patriottismo costituzionale»: come testimonianza di una volontà di integrazione entro una comunità insediata su di un dato territorio ed alla quale si è *scelto* di fare parte che potrà poi concorrere ad aprire almeno un poco le ad oggi troppo anguste porte della cittadinanza, offrendo al contempo l'occasione di trasformare gli uomini e le donne immigrati da soggetti passivi a soggetti attivi della solidarietà, moltiplicatori di quelle pratiche di mediazione culturale che possono, se non risolvere, quanto meno depotenziare sensibilmente i più aspri conflitti riconducibili all'incontro di identità e di pratiche culturali differenti.

Sono abbastanza evidenti – e non casuali – le analogie e i collegamenti fra simili problematiche e quelle riguardanti il riconoscimento dei diritti politici agli immigrati residenti, costituendo le due questioni altrettante componenti del tema *appartenenza politica*, come iscrizione volontaria ad una comunità, modalità che le immigrazione oggi vengono prospettando ai *nostri* ordinamenti e che stentano a trovare adeguata formalizzazione.

7. Conclusioni

Il terreno dei doveri degli stranieri, forse anche con maggior evidenza rispetto a quello dei diritti, rivela la necessità di un approccio più comunicativo, capace di indurre in Italia ed in Europa un mutamento culturale dei modi di intendere e di gestire le migrazioni, che vada oltre la coppia fobia/utilitarismo caratterizzante le vigenti politiche europee, nazionali e comunitarie, dell'immigrazione. Che non vada alla ricerca di soluzione univoche le quali, quand'anche animate dai più nobili intenti non possono che esprimere un solo punto di vista, e che sarà necessariamente quello degli ordinamenti di destinazione, ma che piuttosto riesca a proporre soluzioni flessibili, adeguate ai diversi progetti migratori dei vari soggetti, alla loro natura temporanea o permanente e alla loro differente durata. Il diritto europeo (nazionale e sovranazionale) infatti traguarda l'immigrazione soprattutto a partire dalle esigenze e dai codici normativi delle società di insediamento, quasi completamente trascurando ragioni ed esigenze dei reali soggetti migranti. Non solo infatti ingresso e allontanamento sono calibrati essenzialmente sulle contingenti esigenze dei paesi di destinazione, trascurando totalmente l'esigenza e l'attitudine dei singoli individui alla circolazione, ma anche le misure e le discipline in tema di integrazione – quella che potrebbe dirsi la faccia buona delle politiche migratorie europee – esprime in fondo una schema implicitamente teleologico, ove quel che conta davvero è la *conclusione* dell'esperienza migratoria, l'assimilazione nei nostri codici di quella *eccezione* che è il migrante.

Il tema dei doveri induce dunque a riflettere sui limiti delle dinamiche di integrazione che coinvolgono oggi gli immigrati: nel caso di questi ultimi infatti la sottoposizione ad una costellazione di doveri sempre più prossimi a quelli del cittadino non rimanda ad alcuna solidarietà, non si lega ad una dinamica di inte-

grazione effettiva; la valenza inclusiva e liberatoria che storicamente lega i doveri al discorso costituzionale della cittadinanza si trova fortemente neutralizzata: alla sottoposizione ad una serie di doveri nei confronti della comunità non fa riscontro il riconoscimento dei diritti a prendere parte alle decisioni circa la vita di quella stessa comunità; la stessa integrazione perde in reciprocità: non processo che coinvolge ambe le parti, ma dovere dello straniero di *adeguarsi* al quale non corrisponde un dovere dell'ordinamento di allestire percorsi di integrazione coerenti con i principi di apertura e pluralismo su cui si fondano le democrazie costituzionali. Si fa del migrante una figura ad una dimensione, portatore di una cultura compatta, presa entro dualismi che impediscono ogni reale interazione: «regolare» o «irregolare»; soggetto debole (ma proprio per questo potenzialmente criminale) al quale offrire in qualche caso accoglienza e solidarietà (ma pretendendo riconoscenza ed accettazione delle regole), oppure risorsa per le nostre società ed economie per la quale si costruiscono spazi di inclusione subordinata. Si disconosce in questo modo la singolarità di questi individui, la possibilità di esercitare critica e di costruire dinamicamente la propria identità e soggettività. Non si fanno i conti in altri termini con la dimensione *politica* delle migrazioni e con gli elementi di trasformazione che queste introducono sul terreno dei concetti e dei dispositivi giuridici della cittadinanza, della libertà della rappresentanza.

Questo approccio giuridico alle questioni dell'immigrazione trascura che la cittadinanza è terreno al contempo di integrazione e di conflitto, storicamente perimetrato e riempito dalle lotte per il riconoscimento e per i diritti portate avanti da soggettività via via differenti. Che l'affermazione e il rispetto di una serie di principi e di libertà s'è affermato più che con i test d'accesso, grazie ai processi culturali, politici e sociali di mobilitazione e di critica. Si tenta in questo modo di tenere *fuori dai confini* (non solo territoriali, ma anche sociali e culturali) le dinamiche ed i conflitti che le migrazioni (assieme ad altri processi spesso eterogenei tra loro e che agiscono sui diritti costitutivi dell'idea consolidata di cittadinanza – ad es. la libertà personale, in tutte le sue molteplici componenti, ed i diritti sociali) portano sul terreno della cittadinanza e dei diritti, ma in tal modo evitando di affrontare le dinamiche e i conflitti che già sono in atto dentro i confini. La logica binaria caratterizzante le politiche migratorie europee, che cerca di combinare repressione dell'irregolarità e una parziale integrazione per coloro i quali riescono a raggiungere e a mantenere una condizione di regolarità, si rivela infatti non solo scarsamente rispettosa in molti casi dei diritti fondamentali degli individui interessati, ma anche inadeguata alle dinamiche sociali effettivamente in atto e dunque sostanzialmente inefficace [99]. Una possibile e ragionevole alter-

[99] Uno sguardo storico alle diverse esperienze nazionali in tema di immigrazione rivela infatti che le politiche di chiusura degli ingressi, lungi dal ridurne effettivamente il numero totale hanno invece contribuito ad accrescere le percentuali degli ingressi clandestini e delle presenze irregolari inducendo al contempo una stabilizzazione di presenze in molti casi ini-

nativa potrebbe passare attraverso meccanismi che – a partire da una libertà di circolazione che non si traduca in una richiesta di ingresso universale nel mondo sviluppato, quanto piuttosto nelle facoltà di andare, stare e tornare – riconoscano diritti e doveri sulla base dei diversi progetti migratori: che comprendano dunque il riconoscimento di un diritto effettivo al «primo ingresso» per i richiedenti asilo e per i rifugiati ed un regime di confini porosi per i migranti inserendo chi è intenzionato a stabilirsi definitivamente nello spazio europeo in percorsi che, magari a partire da meccanismi di regolarizzazione permanente, conducano ad una progressiva ma piena acquisizione dei diritti e dei doveri di cittadinanza.

---

zialmente concepite come temporanee, ed analoga conferma viene dalle statistiche riguardo le espulsioni, gli ingressi clandestini e dalla periodica necessità di ricorrere a sanatorie che riducano la percentuale di irregolarità tra gli immigrati residenti. Sul fatto che le migrazioni non costituiscano fenomeni autonomi, ma si inseriscano come una delle tante varianti dei processi di integrazione e riorganizzazione economica e sul fatto che la sottovalutazione di tale complessità aiuti a comprendere almeno in parte l'inadeguatezza rispetto agli obbiettivi delle politiche adottate, v. S. SASSEN, *Migranti*, *coloni*, *rifugiati*, Milano, 1999, 128 ss.

IL DOVERE DI FEDELTÀ ALLA REPUBBLICA *

ALESSANDRO MORELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. «Somiglianze di famiglia» negli usi linguistici del termine «fedeltà», rapporti di fedeltà in ambito giuridico e specificità del dovere di «fedeltà alla Repubblica». – 3. Il dibattito in Assemblea costituente: il giuramento di fedeltà dei parlamentari e la configurazione di un limite assoluto alla revisione della forma repubblicana. – 4. La *ricorsività* dell'art. 54, comma 1, nelle ricostruzioni della dottrina: orientamenti metodologici e insufficienza del paradigma riduzionistico. – 5. La necessità di scindere la questione interpretativa dell'art. 54 dalla ricerca del fondamento e dal problema della legittimazione metagiuridica del sistema costituzionale e i caratteri del dovere di fedeltà desumibili dall'esame delle ricostruzioni dottrinali. – 6. La «Repubblica» come *insieme dei beni indisponibili da parte degli organi di governo*. – 7. La giurisprudenza costituzionale in materia di doveri di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi: l'impiego della formula di cui all'art. 54, comma 1, come enunciato rafforzativo di altri doveri costituzionali. – 8. I doveri di fedeltà e di osservanza nella dialettica tra Costituzione-atto e Costituzione-processo: la fedeltà alla Repubblica come dovere di contribuire alla salvaguardia della *continuità* della democrazia pluralista nell'*identità* dei suoi principi fondamentali e il dovere di osservanza come obbedienza alla Costituzione intesa come *atto normativo puntuale nel tempo*. – 9. Il dovere di adempiere le funzioni pubbliche con «disciplina ed onore», la «fedeltà qualificata», l'istituto del giuramento (rinvio). – 10. Il paradosso del «doppio vincolo costituzionale» e la natura *pluridimensionale* del dovere di fedeltà, come *dovere di conoscenza* e *presunzione di sentimento* nei confronti dei valori repubblicani. – 11. Fedeltà alla Repubblica e reati di vilipendio. – 11.1. *Segue*. Il dovere di fedeltà come divieto di comportamenti materiali volti a sovvertire il sistema costituzionale repubblicano. – 12. La fedeltà alla Repubblica tra «religione civile» e «patriottismo costituzionale». – 13. Conflitti di fedeltà e obiezione di coscienza. – 14. La fedeltà alla Repubblica quale limite estremo alla qualificazione legislativa di convincimenti interiori contrari alla dignità umana come cause di giustificazione dell'obiezione di coscienza. – 15. I conflitti di fedeltà dei pubblici funzionari: prime conclusioni. – 16. Il giuramento come atto di prevenzione dei conflitti di fedeltà nella dimensione dello Stato-apparato e come strumento d'integrazione simbolico-culturale. – 17. L'art. 54, comma 2, come fondamento positivo di un principio generale di correttezza costituzionale e come espressivo *in nuce* della «leale cooperazione» tra poteri dello Stato. – 18. Il dovere di fedeltà come criterio-guida nell'attività degli organi di garanzia e nella definizione delle norme di correttezza costituzionale regolatrici dei rapporti tra organi politici, nonché come indirizzo per i comportamenti istituzionali di questi ultimi. – 19. *La fedeltà in crisi*: il conflitto permanente tra potere politico e potere giudiziario, lo svuotamento degli istituti costituzionali di garanzia e l'uso «congiunturale» della Costituzione. – 20. Conclusioni.

1. Premessa

Tra le categorie che, nello studio del dovere di fedeltà, rivelano una particolare utilità sul piano euristico si distingue certamente quella del paradosso.

Una disposizione normativa che impone al cittadino una condizione di adesione ai valori, alle istituzioni e ai simboli dell'ordinamento vigente non può che apparire paradossale, poiché sembra contraddire i convincimenti comuni relativi all'insondabilità ed all'ingovernabilità degli stati emotivi [1]. Ed, infatti, la qualificazione della fedeltà come un mero «fatto di sentimento» ha condotto alcuni costituenti e qualche giurista che si è occupato del tema a qualificare la prescrizione contenuta nell'art. 54, comma 1, Cost. come una norma velleitaria o inapplicabile: la fedeltà sarebbe qualcosa che non potrebbe imporsi per legge, in quanto registrabile solo come un dato di fatto, un sentimento spontaneo che nessun ordinamento (ed a maggior ragione uno Stato democratico) potrebbe mai pretendere dai propri cittadini [2]. Tale idea sembra ispirare anche le opinioni di coloro che hanno inteso il suddetto dovere come un imperativo di natura squisitamente morale, privo di una portata precettiva autenticamente giuridica. In tal senso, il legame di fedeltà alla Repubblica ricorderebbe il paradosso del «doppio vincolo» di G. Bateson, costituendo il contenuto di un'ingiunzione contraddittoria, prescrittiva di un atteggiamento del quale si presupporrebbe, nel contempo, la necessaria spontaneità [3].

---

[*] Si anticipano in questa sede alcune prime e provvisorie conclusioni di una più ampia ricerca, in corso di svolgimento, sui contenuti e sulla portata normativa dei doveri enunciati dall'art. 54 Cost.

[1] Il termine «paradosso» deriva dal greco *παράδοξος*, composto da *παρά* («al di là», «oltre», «contro») e *δὸξα* («opinione», «avviso», «credenza»), ed indica letteralmente ciò che è contrario all'opinione comune: S. Battaglia, *Grande dizionario della lingua italiana*, V, Torino, 1968, 539 s. Le definizioni (anche metaforiche e suggestive) del concetto di «paradosso» sono tante: si ricordano qui soltanto quella per cui il termine denoterebbe «*an apparently unacceptable conclusion derived by apparently acceptable reasoning from apparently acceptable premises*» (R.M. Sainsbury, *Paradoxes*, Cambridge, 1995, 1); quella secondo cui i paradossi si tradurrebbero in «*argomenti sorprendenti, perché poco probabili ma molto credibili, o molto probabili ma poco credibili*» (P. Odifreddi, *C'era una volta un paradosso. Storie di illusioni e verità rovesciate*, Torino, 2001, XI) o ancora la definizione proposta da M. van de Kerchove-F. Ost, *Il diritto ovvero i paradossi del gioco*, trad. it., Milano, 1995, 74, secondo cui i paradossi costituirebbero «dialettica senza mediazione».

[2] Sui «fatti di sentimento» cfr., soprattutto, A. Falzea, *Fatto di sentimento*, in Id., *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1985, 541 ss.

[3] Il concetto di «doppio vincolo», com'è noto, costituisce il nucleo centrale della teoria di G. Bateson sulle condizioni che possono dar luogo a patologie schizofreniche. Le «caratteristiche generali» dello stato di «doppio vincolo» sono date dal coinvolgimento dell'individuo in un «rapporto intenso, cioè un rapporto in cui egli sente che è d'importanza vitale saper distinguere con precisione il genere del messaggio che gli viene comunicato, in modo da poter rispondere in maniera appropriata»; dall'emissione da parte dell'altra persona che partecipi al

Se poi, passando all'esegesi dell'art. 54, si tenta di tracciare una linea di demarcazione fra i doveri da questo previsti e, in particolare, tra la fedeltà alla Repubblica e l'osservanza della Costituzione e delle leggi, si finisce con l'incorrere in un'ulteriore situazione di *paradossale autoreferenzialità*: difatti, lo stesso articolo che impone la fedeltà, in quanto disposizione della legge fondamentale, rientra nel contenuto del dovere di osservanza della Costituzione, vincolo il cui rispetto, a sua volta, presuppone circolarmente la fedeltà alla Repubblica.

Il riconoscimento della categoria del paradosso come la più adeguata alla ricostruzione del dovere di fedeltà non comporta necessariamente la negazione della natura giuridica dell'art. 54, né tanto meno deve condurre a qualificare tale prescrizione come scorretta o assurda; piuttosto, la piena accettazione della dimensione paradossale del precetto impone, per un verso, una riflessione sul *metodo* di definizione del dovere di fedeltà (che, a sua volta, inevitabilmente conduce ad un esame complessivo dei tradizionali approcci metodologici allo studio del fenomeno giuridico *tout court*) e, per altro verso, un'attenta analisi – che ovviamente non sarà possibile condurre qui in modo compiuto – sulla natura propria delle dinamiche istituzionali e ordinamentali interne alla democrazia pluralista [4].

Tentare di ricostruire il significato e la portata del dovere di fedeltà significa, in definitiva, interrogarsi sulla natura, sui meccanismi di funzionamento e sulle

---

rapporto di «due ordini, uno dei quali nega l'altro»; dall'incapacità dell'individuo che si trovi in tale condizione di analizzare «i messaggi che vengono emessi, allo scopo di migliorare la sua capacità di discriminare a quale ordine di messaggio debba rispondere; cioè egli non è in grado di produrre un enunciato metacomunicativo». L'Autore ipotizza che, ogni volta che un individuo si trovi in una situazione del genere, «la sua capacità di discriminazione fra tipi logici subisca un collasso» (*Verso un'ecologia della mente*, trad. it., Milano, 2005, 250).

[4] La distinzione tra «dinamica ordinamentale» e «dinamica istituzionale» è stata proposta da A. RUGGERI, *Stato di diritto e dinamica istituzionale (Spunti per una riflessione)*, in *Pol. dir.*, 3/1990, 387 ss.; ID., *Presentazione* ad AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura dello stesso A. Ruggeri, Napoli 2006, IX (ove però l'Autore discorre di «forma ordinamentale» e «forma istituzionale»). Con tali espressioni si indicano rispettivamente l'insieme dei rapporti tra apparato governante e comunità governata e l'assetto dei rapporti interni allo stesso apparato governante. La distinzione, a differenza di quella tradizionale tra «forme di Stato» e «forme di governo», non risulta strettamente ancorata alla dimensione propria dell'ordinamento statale e, pertanto, può impiegarsi più agevolmente nell'esame dei rapporti interni a modelli istituzionali eterogenei (si pensi, ad esempio, al sistema comunitario europeo), o anche in riferimento ai rapporti tra organi appartenenti ad ordinamenti diversi (come la Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia europea). In dottrina, tra l'altro, l'espressione «forma di Stato» è stata criticata per la sua ambiguità e per gli «impegnativi assunti» che il termine «Stato» porta con sé: cfr. G.U. RESCIGNO, *Forme di Stato e forme di governo*, I) *Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XIV (1989), 10; ma per una diversa prospettiva teorica si veda M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2004, 4 ss. Sul punto cfr. inoltre le osservazioni di C. PINELLI, *Forme di Stato e forme di governo: la distinzione è ancora utile?*, in *Riv. dir. cost.*, 2004, 101 ss. ed ora, più ampiamente, ID., *Forme di Stato e forme di governo. Corso di diritto costituzionale comparato*, Napoli, 2006.

dinamiche di sviluppo dell'ordinamento repubblicano; ma anche sulla tenuta dei fondamenti assiologici della Costituzione democratica, sui difficili rapporti tra la sfera istituzionale e la dimensione socio-culturale entro cui la prima trova affermazione e sulla crisi dell'*idem sentire de re publica*, che oggi sembrerebbe coinvolgere l'intera comunità politica, attentando ai presupposti fondamentali della convivenza civile. Nello studio del dovere di fedeltà non sembra potersi prescindere, quindi, dall'esame del *principio di effettività*, formula anch'essa in sé paradossale o, come si è detto con espressione felice, «quasi-ossimoro» [5], che esprime la necessità, quanto mai primaria nelle democrazie costituzionali contemporanee, di ancorare saldamente il diritto positivo alla dimensione dei *fatti* e degli interessi sociali, cui è necessario attribuire – pure in una prospettiva critica – una qualche «attitudine normativa» [6]; e ciò per la stessa naturale ed irresistibile vocazione dei valori alla loro compiuta attuazione [7].

In tale dimensione, la funzione euristica propria della categoria del paradosso rivela tutta la sua portata allorché si riconosca che la *complessità* è la cifra qualificante delle democrazie pluraliste contemporanee [8]. Tale assunto impone di met-

---

[5] A. CATANIA, *Effettività e modelli del diritto*, in *Soc. dir.*, 2003, 18.

[6] L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 234, il quale rileva l'impossibilità, per le democrazie costituzionali contemporanee, di mantenere un «rigido dualismo tra essere e dover-essere» (235); dello stesso Autore si veda anche la voce *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2118 ss. Nel medesimo senso, cfr. anche, tra gli altri, V. VILLA, *I giudizi di valore nella conoscenza giuridica*, in AA.VV., *Alla ricerca del* diritto ragionevole*. Esperienze giuridiche a confronto*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Torino, 2004, 287 ss. e A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2006, 20 ss. Sulla c.d. «legge di Hume» e sulla problematica deduzione dei giudizi di valore dai giudizi di fatto cfr., per tutti, G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica: la derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969. Contro la dicotomia fatto/valore si rinvia, infine, alle riflessioni di H. PUTNAM, *Fatto/valore. Fine di una dicotomia*, trad. it., Roma, 2004.

[7] Nel senso di ritenere ogni valore costituzionale inattuato come un valore «contraddetto» e, dunque, violato cfr. A. RUGGERI, *Stato di diritto e dinamica istituzionale*, cit., 409. Se si accoglie tale premessa sembra porsi già un primo interessante paradosso, dato dalla circostanza che, non potendosi mai riscontrare in concreto l'attuazione compiuta di un valore, per ciò solo si dovrebbe concludere che *tutti* i valori costituzionali risultano perennemente violati. Si può notare, tuttavia, che il grado di attuazione di un valore deve sempre misurarsi in base alle condizioni storicamente date e, dunque, alle effettive possibilità di attuazione del valore medesimo.

[8] Si è suggerito di adottare, nell'ambito della scienza costituzionalistica, un «metodo della complessità» (nel senso in cui ne discorre E. Morin), che prescrive di «tener conto della singolarità, della località, della temporalità, ma allo stesso tempo di non dimenticare mai le totalità integratrici»: così P. CIARLO, *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo nella scienza del diritto costituzionale*, Padova, 1997, 118 s. (corsivi aggiunti). Nell'ormai sconfinata letteratura sul pensiero della complessità, cfr., tra gli altri, E. MORIN, *Introduzione al pensiero complesso*, trad. it., Milano, 1993; ID., *Il metodo*. 1. *La natura della natura*, trad. it., Milano, 2001; ID., *Il metodo*, 2, *La vita della vita*, trad. it., Milano, 2004; ID., *Il metodo,* 5, *L'identità umana*, trad. it., Mila-

tere in discussione alcuni tra i più tradizionali paradigmi della cultura giuridica [9], come la certezza del diritto, la definizione in termini puramente gerarchici dei processi giuridici e l'impiego di una logica semplice e binaria [10].

Benché l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, intesa come prevedibilità e come controllabilità *ex post* degli esiti dei procedimenti decisionali dei pubblici poteri, costituisca un valore primario anche nelle odierne democrazie costituzionali [11], essa va, tuttavia, in qualche modo ridefinita e inquadrata in una prospettiva ricostruttiva complessa. Il che val quanto dire che occorre prendere atto delle «causalità multiple» dei fenomeni giuridici e della «ricorsività» dei processi di produzione del diritto, nei quali sovente è possibile registrare la retroazione degli effetti sulle cause e il ribaltamento delle gerarchie formali [12]: si pensi soltanto alle dinamiche circolari che animano il sistema delle fonti normative e ai processi interpretativi del diritto, nei quali spesso l'ermeneutica di una fonte è orientata dai contenuti di atti normativi di grado inferiore (tanto che si è efficacemente discorso, riguardo alla lettura del testo costituzionale, di una «interpretazione conforme alla legge») [13]. Ed ancora un approccio complesso allo studio del fenomeno giuridico comporta l'inclusione dello stesso soggetto osservatore, con i suoi *preorientamenti* culturali, nel quadro ricostruttivo del sistema giuridico [14];

---

no, 2002; M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*; V. DE ANGELIS, *La logica della complessità. Introduzione alle teorie dei sistemi*, Milano, 1996; B. TRONCARELLI, *Complessità e diritto. Oltre la ragione sistemica*, Milano, 2002; L. LOMBARDI VALLAURI, *Riduzionismo ed oltre. Dispense di filosofia per il diritto*, Padova, 2002.

[9] Cfr. T. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it., Torino, 1999, 10, che impiega il termine «paradigma» (anche) per indicare «conquiste scientifiche universalmente riconosciute, le quali, per un certo periodo, forniscono un modello di problemi e soluzioni accettabili a coloro che praticano un certo campo di ricerca». Questa, tuttavia, non è l'unica definizione che l'Autore dà del termine; in un suo celebre saggio, M. Masterman individua ben ventuno significati in cui Kuhn impiega il vocabolo: *La natura di un paradigma*, in AA.VV., *Critica e crescita della conoscenza*, a cura di I. Lakatos e A. Musgrave, trad. it., Milano, 1976, 129 ss.

[10] Cfr. M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 7 ss.

[11] Cfr., sul punto, per tutti C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, 1999, spec. 239 ss. e 271 ss.

[12] M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 7.

[13] Cfr. A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, VI, 1, *Studi dell'anno 2002*, Torino, 2003, 309, il quale fa riferimento alle riflessioni sviluppate, in tal senso, da G.N. PINAKIDIS, *L'"interpretazione conforme a Costituzione". Tecnica del controllo giurisdizionale della costituzionalità delle leggi o metodo d'interpretazione della legge attraverso la Costituzione*, in *To Syntagma*, 3/2001, 461 ss.

[14] Un paradigma comune a diversi orientamenti di pensiero post-moderni consiste nella «riscoperta» del ruolo del «soggetto» nell'ambito della ricerca scientifica; tale orientamento è proprio anche dell'ermeneutica. Sono fenomeni noti la struttura dialogica dell'esperienza ermeneutica (e il ruolo decisivo della domanda del soggetto), nonché l'importanza dei «pre-giu-

quest'ultimo, d'altro canto, perde i suoi tradizionali attributi di coerenza, omogeneità e completezza e tende a presentarsi sempre più come «una configurazione fragile ed instabile, integrata solo in parte e non interamente differenziata dai sistemi che lo circondano» [15]. Congeniale ad un tale quadro è un metodo costruito su di una «dialettica senza sintesi», che ammetta la contraddizione come elemento permanente della realtà, mai superabile integralmente e in modo definitivo [16]; un approccio dialettico, non dogmatico, che non indietreggi di fronte «all'ambiguità dei rapporti multipli» e che si traduca in un «pensiero incessantemente rilanciato, che respingerà insieme sia il 'negativo puro' che la pretesa di giungere finalmente ad un 'nuovo positivo'» [17]. Il paradosso è uno strumento privilegiato del metodo anzidetto, in quanto consente di svelare i limiti e le contraddizioni nascoste in ogni ricostruzione fondata sul paradigma della semplicità. Il riconoscimento della natura intimamente paradossale del dovere di fedeltà non implica, pertanto, l'accettazione di letture riduttive della prescrizione, ma impone, piuttosto, di confrontarsi con la complessità dell'ordinamento costituzionale, che vive in una dimensione di polarità dialettiche irrisolte ed irresolubili.

In tale prospettiva, si tenterà di ricostruire un contenuto del dovere di fedeltà in qualche modo autonomo rispetto alle altre situazioni giuridiche previste dall'art. 54 Cost.; riconosciuta la *natura pluridimensionale* del dovere e posta una definizione ampia, comprensiva dei contenuti specifici ad esso ascrivibili, si procederà quindi ad approfondire le questioni suscitate dal riconoscimento del vincolo di fedeltà nella dimensione propria dei governati e in quella degli organi dello Stato-apparato. Sul primo versante si affronterà soprattutto il rapporto tra il dovere di fedeltà e il riconoscimento della libertà di coscienza come diritto costituzionalmente garantito; sul secondo, invece, si tenterà di ricavare dalle prescrizioni contenute nell'art. 54 direttive utili alla risoluzione dei conflitti politici e all'integrazione delle lacune costituzionali.

---

dizi» (o «preorientamenti») dell'interprete ai fini della comprensione del testo: inevitabile è, al riguardo, il riferimento alle opere di G. GADAMER, *Verità e metodo*, trad. it., Milano, 2000 e di J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, trad. it., Napoli, 1983. In tema cfr., di recente, anche F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003, spec. 211 ss. e M. CAVINO, *Interpretazione discorsiva del diritto. Saggio di diritto costituzionale*, Milano, 2004, 99 ss.

Ha insistito, in particolare, sull'importanza dei preorientamenti del soggetto nell'ambito della scienza costituzionalistica A. RUGGERI, *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., 264 ss.; ID., *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, cit., spec. 16 ss.

[15] M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 78.

[16] Sull'idea di una «dialettica senza sintesi» cfr. M. MERLEAU-PONTY, *Interrogazione e dialettica*, in ID., *Il visibile e l'invisibile*, trad. it., Milano, 2003, 75 ss. (e spec. 110 ss.).

[17] M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 70.

2. «Somiglianze di famiglia» negli usi linguistici del termine «fedeltà», rapporti di fedeltà in ambito giuridico e specificità del dovere di «fedeltà alla Repubblica»

Appare necessario prendere le mosse dalla ricostruzione del significato del termine «fedeltà», del quale occorre analizzare, innanzitutto, le definizioni lessicali correnti, allo scopo d'individuare eventuali «somiglianze di famiglia» nei diversi contesti d'uso [18].

È possibile ricondurre, innanzitutto, due significati fondamentali al vocabolo «fedeltà»: quello che denota una «costante rispondenza alla fiducia accordata da altri o a un impegno liberamente assunto, spec. sul piano affettivo», e quello che, invece, designa una «corrispondenza alla verità, alla realtà» o una sostanziale «conformità all'originale» [19]. Nell'ambito qui specificamente rilevante (vale a dire il settore dei rapporti sociali e giuridici) il significato prevalente è il primo, il quale sembra implicare l'esistenza di un *rapporto duraturo nel tempo*, fondato su di una condizione di *adesione e di dedizione ad una persona o ad una causa*. In tal senso, è stato osservato che la fedeltà si traduce in una «costanza di dovere», relativa «ad una persona, ad un'idea, ad una religione» [20].

La fedeltà denota, inoltre, un *concetto di natura relazionale*, che presuppone l'esistenza di una *situazione* (quella propria del «fedele») e di un *rapporto* con una persona o con un'entità astratta (ultraterrena o mondana). Il rapporto di fedeltà si lascia apprezzare soprattutto in una *prospettiva diacronica*, traducendosi in un'ampia gamma di comportamenti e di atteggiamenti, dai quali è possibile inferire, nel corso del tempo, la condizione complessiva del fedele.

In ambito giuridico si registrano diversi rapporti di fedeltà (si pensi soltanto alla fedeltà coniugale, a quella del prestatore di lavoro o al dovere di fedeltà all'amministrazione), ma invero non sembra possibile definire uno statuto unitario, un unico modello di riferimento, tante e tali sono le differenze che separano un tipo di legame dall'altro. Ciò nondimeno, appare individuabile almeno un dato comune alle diverse ipotesi in cui assuma rilevanza per il diritto una determinata condizione di *fidelitas*: si tratta della circostanza per cui il rispetto degli obblighi imposti dall'esistenza del rapporto si può misurare soltanto sul piano dei comportamenti oggettivamente riscontrabili e non può mai giustificare un'indagine invasiva sui reali convincimenti interiori del soggetto. La fedeltà, pertanto, è per-

---

[18] L'espressione «somiglianza di famiglia», com'è noto, è impiegata da L. Wittgenstein, *Ricerche filosofiche*, trad. it., Torino, 1967, 46 ss., per indicare le affinità che si registrano nei diversi modi d'uso di un termine.

[19] G. Devoto-G.C. Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2002, 798.

[20] C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 231. Sul significato del termine «fedeltà» cfr. anche G. Zuccalà, *L'infedeltà nel diritto penale*, Padova, 1961, 8 ss.

cepibile sempre e soltanto nelle sue manifestazioni esteriori; e ciò, prima ancora che per il riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, per la naturale imperscrutabilità della sfera emotiva e per la stessa esteriorità del diritto [21].

Neanche limitando l'indagine al solo ambito del diritto pubblico sembra possibile dare seguito ad un tentativo di ricostruzione unitaria dei rapporti di fedeltà, essendo questi ultimi inevitabilmente condizionati dalla natura e dalle caratteristiche specifiche dell'ordinamento di volta in volta considerato; com'è stato rilevato in dottrina, il confronto tra rapporti di fedeltà riconosciuti da diversi sistemi politico-istituzionali rivela significative divergenze anche qualora a costituire oggetto del raffronto siano proprio sistemi omogenei [22]. Di qui la necessità di storicizzare il concetto di «fedeltà alla Repubblica», inquadrandolo entro la cornice di uno specifico ordinamento [23].

3. Il dibattito in Assemblea costituente: il giuramento di fedeltà dei parlamentari e la configurazione di un limite assoluto alla revisione della forma repubblicana

La lettura dei lavori preparatori in Assemblea costituente, sui cui contenuti si svilupperanno qui di seguito soltanto alcune sintetiche osservazioni (rinviando, per un esame più approfondito, alle analisi già svolte in dottrina [24]), si rivela particolarmente proficua per una ricostruzione del dovere di fedeltà che ne intenda salvaguardare l'autonomia concettuale rispetto al vincolo di osservanza della Costituzione e delle leggi. Dal dibattito dei padri costituenti è, infatti, possibile trarre alcune importanti indicazioni sulle tante questioni teoriche poste dall'art. 54 (essendo già chiara allora, come si vedrà, la stessa natura paradossale di tale prescrizione) ed anche una conferma dell'adeguatezza dell'approccio metodologico qui prescelto.

L'ipotesi di partenza dalla quale s'intende muovere è che la contestuale previsione dei doveri di fedeltà e di osservanza, lungi dal costituire soltanto una ridondante enunciazione di retorica patriottica, sia invece apparsa necessaria *per far fronte alla molteplicità ed alla straordinaria varietà di esigenze e di interessi di*

---

[21] Sull'esteriorità del diritto cfr., per tutti, H. Kantorowicz, *La definizione del diritto*, trad. it., Torino, 1962, 93 ss. Sui caratteri della norma giuridica si rinvia, tra gli altri, a C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1991, 7 ss.; F. Modugno, *Norma (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII (1978), 328 ss.; M. Mazziotti, *Norma giuridica*, in *Enc. giur.*, XXXI (1990); G.U. Rescigno, *L'atto normativo*, Bologna, 1998.

[22] Cfr., in tal senso, G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 147; L. Ventura, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 1.

[23] Cfr. L. Ventura, *La fedeltà*, cit., 39.

[24] Cfr., per tutti, L. Ventura, *La fedeltà*, cit., 19 ss.

cui le forze politiche costituenti erano portatrici. Le condizioni socio-politiche che si vennero a determinare, successivamente al referendum istituzionale del '46, fornirono, infatti, le premesse per l'elaborazione di un testo costituzionale adeguato ad una realtà altamente complessa come quella della società italiana del secondo dopoguerra. L'eterogeneità dei partiti e dei movimenti rappresentati in Assemblea e l'impossibilità, per questi ultimi, di prevedere l'esito delle prime elezioni repubblicane finirono con il dissuadere i costituenti stessi dal definire un sistema di principi e di regole improntato alle sole esigenze di una specifica maggioranza e li spinsero, piuttosto, a configurare un ordinamento autenticamente pluralista, nel quale potessero ottenere piena protezione i diritti delle minoranze politiche e sociali [25]. In tal senso, è emblematico il dibattito che condusse all'approvazione di quello che poi, nella versione finale, sarebbe diventato l'art. 54.

La trattazione in Assemblea del tema della fedeltà fu anticipata dalle conclusioni cui pervenne la Commissione per studi attinenti alla riorganizzazione dello Stato (c.d. «Commissione Forti»), che, com'è noto, svolse un fondamentale lavoro propedeutico all'attività dei costituenti. Dalla relazione che sintetizzò le conclusioni della Commissione è possibile trarre, innanzitutto, alcune prime indicazioni riguardo alla questione definitoria: in primo luogo, infatti, si escluse una concezione del dovere di fedeltà come «impegno di ordine politico», volto ad imporre non soltanto «partecipazione spirituale agli interessi della cosa pubblica, ma altresì e in primo luogo aderenza intima e insopprimibile, in ogni manifestazione pubblica e privata e nel proprio sentire, alle direttive e ai programmi politici del partito al governo» [26]; in secondo luogo, si prospettarono altre definizioni, che sembrano tracciare ancora adesso le due opzioni ricostruttive estreme (e, come si vedrà, parimenti inaccettabili) del dovere in esame. In base alla prima, il vincolo di fedeltà avrebbe potuto rappresentare la «somma dei concreti obblighi al cui adempimento il pubblico impiegato è tenuto nei suoi rapporti con l'ente alle dipendenze del quale presta la propria opera» (vale a dire «dignità di condotta, diligenza nella trattazione degli affari affidatigli, obbedienza, obbligo del segreto, osservanza dell'orario di ufficio, obbligo della residenza e così via»); in ba-

---

[25] La condizione nella quale si vennero a trovare i membri dell'Assemblea costituente è stata felicemente configurata come una irripetibile situazione di «velo d'ignoranza», impiegando la nota espressione di J. RAWLS (*Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1999, spec. 125 ss.), in quanto, essendo state scritte le regole del gioco «prima che il gioco iniziasse (…), la paura di soccombere ha prevalso sul desiderio di imporsi: da qui l'attenzione assoluta per i diritti delle minoranze, quali esse siano; da qui la scelta per il sistema parlamentare, delle garanzie costituzionali e, sia pure non 'irrigidita' nella costituzione, l'opzione per il sistema proporzionale. Ma soprattutto, da qui prende senso la costituzione stessa»: così R. BIN, *Capire la Costituzione*, Roma-Bari, 2002, 18 s.

[26] Cfr. *Relazione all'Assemblea Costituente*, I, *Problemi costituzionali-Organizzazione dello Stato*, Roma, 1946, 348. Una simile conformazione del dovere, infatti, sarebbe risultata congeniale ad un regime autoritario, o più precisamente ai dettami di una «religione politica» di carattere totalitario.

se alla seconda soluzione, invece, esso avrebbe potuto esprimere un «dovere di sentimento» – dal «valore etico più che giuridico» – inteso come «espressione di attaccamento alle istituzioni» [27]. Quest'ultimo significato, diversamente dal primo, avrebbe garantito al dovere di fedeltà una certa autonomia di contenuto rispetto al dovere di osservanza delle leggi dello Stato, ma, di contro, gli avrebbe attribuito una connotazione prevalentemente etica ed una scarsa portata precettiva sul piano giuridico.

In Assemblea costituente il tema della fedeltà fu affrontato con particolare riguardo all'opportunità d'introdurre una forma di giuramento anche per i membri del Parlamento nazionale [28]. Come ebbe modo di rilevare, tra gli altri, soprattutto C. Mortati, nel dibattito che si sviluppò in seno alla seconda Sottocommissione, la questione era strettamente connessa a quella, pure di fondamentale importanza, relativa all'opportunità d'inserire nella Carta un limite assoluto alla revisione della forma repubblicana [29]. La previsione di un vincolo di fedeltà alla Repubblica, rafforzato dalla prestazione del giuramento, era mal vista da quanti, fautori del regime monarchico, speravano di ribaltare nelle aule parlamentari l'esito del referendum istituzionale, ma anche da chi, coerente con una certa idea repubblicana, vedeva nel giuramento stesso una forma di coercizione inammissibile per la coscienza dei rappresentanti politici nazionali [30]. Tra gli stessi sostenitori del nuovo assetto istituzionale non si registrava, infatti, una convergenza di vedute in merito al significato del termine «Repubblica» [31], il quale, in diversi interventi, tendeva ad assumere una valenza simbolica ed oppositiva nei confronti del regime monarchico, mentre, in altri, acquisiva una connotazione più ampia. In base ad un'analisi completa dei lavori sembrerebbe, infatti, che nei riferimenti all'idea o alla forma repubblicana abbia prevalso un impiego «emotivo» dei termini, mancando una concezione univoca di quale fosse esattamente l'oggetto denotato dall'espressione (intesa di volta in volta come sinonimo di «ordinamento giuridico» o di «Stato» o come indicativa di una specifica «forma di governo», o, più ampiamente, di una «forma di Stato», o ancora dell'insieme dei valori fon-

---

[27] *Relazione all'Assemblea Costituente*, I, cit., 347 s.

[28] Anche secondo la relazione della «Commissione Forti» il vincolo di fedeltà, inteso come dovere morale di adesione alle istituzioni, avrebbe dovuto trovare «riconoscimento e formale consacrazione» nell'atto del giuramento, che ne avrebbe costituito «solenne impegno d'onore»: *Relazione*, I, cit., 350.

[29] *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, a cura del Segretariato generale della Camera dei deputati, Roma, 1976, VII, 1040.

[30] Cfr. *La Costituzione della Repubblica*, VII, cit., 1039.

[31] Indicativo, in tal senso, fu lo scambio di opinioni che si ebbe tra l'on. Perassi, che proprio per la sua fedeltà all'idea repubblicana contestava l'introduzione del giuramento per i parlamentari, e l'on. Nobile, il quale, a sua volta, ribatteva che, se un tempo la Repubblica era stata soltanto «una aspirazione al progresso», ora essa era una realtà istituzionale concreta, alla quale sarebbe stato giusto giurare fedeltà (*ibid.*).

danti l'ordinamento costituzionale). In alcuni interventi che già, in qualche modo, preannunziavano un'interpretazione estensiva delle prescrizioni costituzionali riguardanti il dovere di fedeltà e il limite alla revisione della forma repubblicana, non mancarono, inoltre, asserzioni dalle quali si poteva evincere il riconoscimento di una stretta correlazione tra la forma repubblicana ed il principio democratico [32].

Tornando alla questione definitoria, le precisazioni contenute nella Relazione conclusiva dei lavori della Commissione Forti rivelavano già in modo esplicito, nella forma di una «dialettica senza mediazione», gli esiti, in eguale misura inaccettabili, di ogni ricerca di un significato della fedeltà che muova da una netta e rigida separazione tra livelli della realtà (sfera del giuridico e dimensione extragiuridica o metagiuridica) [33].

---

[32] Si pensi, ad esempio, a quanto affermato dall'on. Caristia, il quale, nel contesto di un lungo ed appassionato intervento svolto nella seduta del 19 maggio 1947, sostenne innanzitutto che la democrazia non era soltanto un insieme di principi che richiedevano attuazione, ma una vera e propria *fede*: «fede nella bontà intrinseca dell'autogoverno, fede nelle sorti progressive del genere umano, che oggi vuol dire delle classi più numerose e meno abbienti» (*La Costituzione della Repubblica*, II, cit., 1780). Ciò detto, si evidenziava lo stretto legame tra democrazia e istituzioni repubblicane, reputando la nuova Costituzione «democratica perché repubblicana» e «repubblicana perché democratica» (*ivi*, 1781). La consapevolezza del legame esistente tra democrazia e Repubblica parrebbe percepirsi anche da altri passaggi dei lavori: così, ad esempio, allorché si trattò di spiegare il significato della prescrizione che prevedeva la non rivedibilità della forma repubblicana, com'è stato rilevato (da A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 51 ss.), l'on. Rossi lasciò intendere che la portata dell'art. 139 era ben più ampia di quella che gli si sarebbe potuto riconoscere muovendo dalla sola lettura dei risultati del referendum istituzionale, in quanto tale disposizione era stata scritta traendo ispirazione da altre carte costituzionali (e, in particolare, dall'art. 95 Cost. francese del 1946), che escludevano la possibilità di revisionare la «forma di governo» repubblicana (*La Costituzione della Repubblica*, V, cit., 4338 ss.). In sostanza, non sarebbe stato sottratto al potere di revisione soltanto il carattere eleggibile del Capo dello Stato, ma tutti i principi fondamentali che informavano l'assetto dei rapporti tra gli organi di governo. In altri momenti si discorse di una «forma di Stato» repubblicana, anche se, invero, con dubbia consapevolezza del significato tecnico della formula: cfr. ancora A. BALDASSARRE, *op. ult. cit.*, 52.

La proposta d'introdurre in Costituzione la previsione del giuramento dei parlamentari fu infine respinta dal *plenum* dell'Assemblea, ma nella formulazione finale dell'art. 54 rimasero, quali contenuti specifici dei doveri imposti al cittadino, proprio quei vincoli che erano stati previsti nelle formule discusse nella seconda Sottocommissione.

[33] Nel dibattito in Assemblea, poi, non mancò chi mise in dubbio lo stesso carattere normativo del dovere in esame, che velleitariamente avrebbe inteso imporre ai cittadini un sentimento di intima adesione alle istituzioni repubblicane (così, ad esempio, l'on. Azzi nella seduta del 20 maggio 1947, in *La Costituzione della Repubblica*, III, cit., 1800); chi, con entusiasmo, ravvisò una linea di coerenza tra la previsione del giuramento di fedeltà e tutto il titolo del quale tale prescrizione faceva parte, in quanto quest'ultima riponeva proprio nella coscienza del cittadino la base e la garanzia ultima del regime democratico (cfr., in tal senso, l'intervento dell'on. Giolitti nella seduta del 20 marzo 1947, in *La Costituzione della Repubblica*,

Di grande interesse al riguardo è il dibattito che si sviluppò intorno alla proposta di introdurre, nel medesimo articolo che prescriveva il dovere di fedeltà e quello di osservanza, il riconoscimento del *diritto/dovere di resistenza*, con una disposizione che avrebbe rivelato una natura altrettanto singolare di quella del comma 1 [34]. Risultava difficilmente accettabile, infatti, la previsione giuridica di un diritto azionabile, non già in riferimento ad atti specifici del potere esecutivo (dal momento che strumenti di tal sorta erano già stati inseriti nel sistema delle garanzie costituzionali), bensì nell'ipotesi estrema in cui l'oppressione delle libertà da parte dei poteri dello Stato non fosse stata più arginabile con i mezzi di protezione previsti dal diritto. Anche immaginando forme di resistenza riconducibili a parametri giuridici, infatti, sarebbe potuto sopraggiungere sempre un momento in cui, esaurite le forme legali di garanzia, si sarebbe rivelata tutta l'insufficienza del sistema normativo ad assicurare la propria sopravvivenza.

Fedeltà alla Repubblica e resistenza all'oppressione apparivano, in definitiva, come due situazioni speculari: il riconoscimento costituzionale della seconda dava fondamento positivo all'adempimento del dovere di fedeltà nelle fasi critiche. Si trattava, ad ogni modo, di previsioni che svelavano la natura intimamente paradossale dell'ordinamento che si andava definendo e della sua pretesa di positivizzare quanto – com'è stato efficacemente affermato –, essendo «davvero fondamentale, per ciò stesso non può mai essere posto ma deve essere sempre presupposto» [35], vale a dire i fattori ultimi di legittimazione del sistema, con un'evidente commistione di livelli della realtà tradizionalmente intesi come distinti [36].

4. La *ricorsività* dell'art. 54, comma 1, nelle ricostruzioni della dottrina: orientamenti metodologici e insufficienza del paradigma riduzionistico

Tutte le ricostruzioni teoriche in tema hanno dovuto fare i conti, in un modo o nell'altro, con la ricorsività del comma 1 dell'art. 54: allorché si sia tenta-

---

III, cit., 1823); ed ancora, come si è ricordato, vi fu chi, in senso opposto, vide nel giuramento di fedeltà un'indebita invasione dello Stato nella sfera privata del cittadino.

[34] Sul dibattito svoltosi in Assemblea costituente riguardo all'opportunità di costituzionalizzare il diritto/dovere di resistenza cfr., per tutti, L. Ventura, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981, 185 ss.

[35] G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 3.

[36] L'enunciazione del diritto/dovere di resistenza fu espulsa dalla versione finale della Carta, a differenza del dovere di fedeltà, in quanto evidentemente sembrò prestarsi, più facilmente di quest'ultimo, ad usi distorti, eversivi. Indicativa, in tal senso, è la confusione registrabile nel dibattito in Assemblea tra i concetti di resistenza e di rivoluzione: cfr. L. Ventura, *op. ult. cit.*, 191 ss.

to di attribuire al dovere di fedeltà un contenuto normativo autonomo rispetto al vincolo di osservanza ci si è imbattuti in una sorta di circolo vizioso. La fedeltà alla Repubblica rappresenta, infatti, il contenuto di uno specifico *dovere costituzionale*, il cui rispetto può essere ricondotto al dovere di osservanza della Costituzione; a ciò si aggiunga che quasi tutte le teorie proposte in tema hanno finito con il tradurre, sul piano positivo, il dovere di fedeltà nelle varie prescrizioni legislative (penali e non) che ne assicurano l'attuazione normativa, esponendosi alla critica (che pure, come si vedrà, sembra dover essere in qualche modo ridimensionata) di identificare di fatto tale situazione con il dovere di osservanza delle leggi [37]. Sembrerebbe doversi concludere, pertanto, affermando la dipendenza della fedeltà dall'osservanza della Costituzione – alla quale sarebbe possibile poi collegare, in forza del principio di gerarchia delle fonti, lo stesso dovere di osservanza delle leggi – se non fosse che, a ben vedere, anche l'applicazione della Carta repubblicana *presuppone*, a sua volta, la fedeltà alla Repubblica: in mancanza di quest'ultima non potrebbe aver luogo, infatti, nemmeno il rispetto (anche solo formale) del dato normativo costituzionale [38].

Dinanzi a tale paradosso la dottrina si è mossa prevalentemente in due sensi di marcia: o ha «rifiutato» la ricorsività dell'art. 54, riconducendo, in modo più o meno esplicito, il dovere di fedeltà a quello di osservanza della Costituzione, oppure ha cercato di «risolvere» il paradosso operando una divaricazione tra livelli diversi della realtà e collocando la fedeltà alla Repubblica in una dimensione extragiuridica, di volta in volta fatta coincidere con il mondo dei «fatti», della politica, degli obblighi morali, ecc.

Sulle diverse soluzioni teoriche proposte in materia, i preorientamenti culturali dei giuristi, più che in altri casi, hanno fatto sentire il loro peso.

Al riguardo può risultare ancora utile – soprattutto per l'analisi delle ricostruzioni più risalenti del dovere di fedeltà – la ben nota tripartizione schmittiana dei diversi tipi di pensiero giuridico [39]. Com'è stato notato, nella prospettiva di un'identificazione integrale tra dottrina e metodo, le concezioni del diritto evocate da C. Schmitt – «normativismo», «istituzionalismo» e «decisionismo» – tendevano ad assolutizzare e ad ipostatizzare, di volta in volta, uno degli elementi costitutivi del complesso fenomeno giuridico (il dato normativo, il gruppo sociale o l'autorità). L'ordinamento vive, invece, proprio nell'indissolubile unità della

---

[37] Cfr., in tal senso, G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in AA.VV., *I diritti costituzionali*, III, a cura di R. Nania-P. Ridola, Torino, 2006, 1139.

[38] E, del resto, la stessa formulazione letterale dell'art. 54, comma 1, che pone in successione i tre vincoli anzidetti – alla Repubblica, alla Costituzione, alla legge –, potrebbe avallare letture intese a rinvenire nell'osservanza del comando normativo soltanto un corollario del dovere di fedeltà.

[39] Cfr. C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 247 ss.

sua struttura ed ogni approccio riduzionistico alla ricostruzione del dato giuridico finisce con il produrre mutilazioni concettuali inaccettabili [40].

Al di là dell'evidente semplificazione operata da Schmitt nella descrizione di orientamenti ben più complessi ed articolati [41], la tripartizione anzidetta e la critica di riduzionismo mossa a tali concezioni mostrano la parzialità di tutte quelle prospettive d'inquadramento teorico degli istituti che esaltino un solo aspetto della realtà giuridica. Il che risulta evidente anche nella trattazione del tema in discorso: la concezione «normativistica» e quella «istituzionalistica», in modo speculare, non consentono di distinguere la fedeltà dall'osservanza giacché, in tali prospettive, i due doveri finiscono con l'«assorbirsi» vicendevolmente [42]; di contro, le concezioni di ispirazione «decisionistica» tendono ad individuare al di fuori del diritto positivo i contenuti propri e specifici del dovere di fedeltà. A prescindere da quale sia il dato giuridico di volta in volta assolutizzato, *è comunque lo stesso paradigma riduzionistico che non consente di accogliere e di sfruttare al meglio le potenzialità della dialettica tra fedeltà alla Repubblica e osservanza della Costituzione*. E l'esame delle interpretazioni proposte dalla dottrina dell'art. 54 sembra confermare tale ipotesi di partenza, pur nella varietà di soluzioni e di sfumature che contraddistinguono ciascuna soluzione teorica [43].

La definizione accolta da H. Kelsen (corrispondente a quella riportata nel *Law Dictionary* di J. Bouvier) [44], com'è noto, traduce il vincolo di fedeltà nel «dovere che il suddito ha nei confronti del sovrano, correlativo alla protezione ricevuta» [45]; tale accezione porta ad escludere la natura giuridica del dovere stesso,

---

[40] Cfr., in tal senso, A. BALDASSARRE, *Il problema del metodo nel diritto costituzionale*, in AA.VV., *Il metodo*, cit., 92 s. e F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 16, nt. 43.

[41] Cfr. in tal senso, L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 66, il quale rileva come «appaia riduttivo ricondurre il normativismo al quadro disegnato dallo SCHMITT, così come può essere fuorviante ricondurvi il principio di legalità, quale va ad esempio inteso nel nostro ordinamento».

[42] Cfr., in tal senso, ancora L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 82, il quale rileva come ad esiti del tutto analoghi a quelli cui giunge H. Kelsen in merito al dovere di fedeltà approdino anche altri autori che non si muovono in una prospettiva normativistica.

[43] È stato rilevato che il dibattito dottrinale intorno al dovere di fedeltà alla Repubblica ha seguito un andamento carsico: molto accesso nel periodo successivo all'entrata in vigore della Carta costituzionale, esso si è successivamente sopito, quando ha avuto inizio una fase di stabilità politica, per poi riprendere, verso la fine degli anni sessanta, in concomitanza con l'emersione di un vasto movimento orientato alla critica delle istituzioni rappresentative: cfr. S. PRISCO, *Fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza. Una riflessione sullo Stato "laico"*, Napoli, 1986, 108 s.

[44] *Law Dictionary*, I, Philadelphia, 1882, 179.

[45] Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. it., Milano, 2000, 240. Si è rilevato come tale definizione richiami «concezioni proprie dello Stato precostituzionale assoluto»: G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 135, nt. 95, il quale nota l'affinità tra tale significato e la nozione di *allegiance* proposta da W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of En-*

che in siffatta prospettiva si tradurrebbe nell'«obbligo generale di obbedire all'ordinamento giuridico» [46]. Privo di una rilevanza autonoma nella dimensione propria del diritto, il vincolo di fedeltà verrebbe così relegato nell'ambito della sfera morale o di quella politica.

Si è rilevata la stretta dipendenza di tale ricostruzione dalla concezione normativistica della dottrina pura del diritto, nella quale «un dovere di fedeltà, concettualmente e normativamente distinto da quello di osservanza delle leggi, appare come un corpo estraneo» [47]. E, del resto, lo stesso *carattere personale* del vincolo di fedeltà, intercorrente in origine tra il signore feudale (poi il sovrano assoluto) ed il suddito, mal si adatterebbe ad un ordinamento che riconosca il principio di legalità e che si fondi, pertanto, sull'«autorità impersonale della legge» [48].

Una prima critica mossa a tale impostazione è quella che sostiene l'inadeguatezza dell'approccio normativistico allo studio dei tratti qualificanti delle democrazie costituzionali contemporanee, nelle quali mancherebbe quell'omogeneità sociale che consentirebbe di esaurire nella mera legalità tutte le istanze di giustificazione del potere. Diversamente da quanto sarebbe stato possibile riscontrare nel c.d. «Stato di legislazione», in tali ordinamenti si assisterebbe, infatti, ad una progressiva divaricazione tra legalità e legittimità, che impedirebbe di tradurre esclusivamente nell'obbedienza al diritto positivo l'intera dinamica dei rapporti tra governanti e governati [49]. La critica mossa all'interno di tale ricostruzione coinvolge l'opzione metodologica di fondo della concezione normativistica, sostenendo che quest'ultima non riuscirebbe a cogliere alcuni profili essenziali della dinamica ordinamentale delle democrazie pluraliste.

In definitiva, la riduzione normativistica del dovere di fedeltà all'obbedienza alla Costituzione ed alle leggi, per un verso, non consentirebbe di rinvenire un contenuto autonomo alla prima parte dell'art. 54, comma 1, Cost.; per altro verso non sarebbe in grado di cogliere appieno i caratteri peculiari della democrazia costituzionale. E, tuttavia, tale ricostruzione ha esercitato una notevole influenza su diverse letture del dovere di fedeltà, soprattutto in una prima fase del dibattito dottrinale, nella quale si è posta attenzione principalmente alla questione relativa alla natura (giuridica o meno) di tale vincolo [50].

---

gland, I, London, 1966, 354: «*The tie, or* ligamen*, which binds the subject to the king, in return for that protection which the king affords the subject*».

[46] H. KELSEN, *op. et loc. ult. cit.*

[47] G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 135.

[48] *Ivi*, 136.

[49] *Ivi*, 141 ss.; come si vedrà meglio allorché si tratterà specificamente il pensiero di tale Autore, la dialettica che ispira la critica alla ricostruzione kelseniana è quella tra legalità e legittimità, nei termini in cui viene proposta da C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 211, al quale si rinvia anche per la tradizionale distinzione tra «Stato legislativo», «Stato giurisdizionale», «Stato governativo» e «Stato amministrativo».

[50] Così, ad esempio, si è detto che la fedeltà alla Repubblica costituirebbe il contenuto di

Una lettura originale e capace di conferire un contenuto autonomo alla previsione del dovere di fedeltà è poi quella proposta da C. Esposito, il quale, nel quadro di una ricostruzione volta a negare la natura funzionale della libertà di manifestazione del pensiero, esclude altresì che possano dedursi limiti a quest'ultima

---

un dovere morale, che si tradurrebbe sostanzialmente in un «legame sentimentale» tra cittadini e Stato, il quale a sua volta darebbe luogo ad un dovere giuridico per tutti i cittadini (anche quelli dissenzienti nei confronti della forma repubblicana); e ciò in quanto la stessa fedeltà si esplicherebbe nell'ambito del rapporto di subordinazione del cittadino allo Stato e tutti i legami sociali rilevanti per l'ordinamento giuridico riceverebbero comunque una qualche disciplina normativa: cfr. S. CARBONARO, *I rapporti civili e i rapporti politici*, in *Commentario sistematico alla Costituzione italiana*, I, diretto da P. Calamandrei e A. Levi, Firenze, 1950, 166 s. Non distante da tale posizione è la lettura proposta da chi, come P. Barile, riguardo all'art. 54, discorre di un dovere di «fedeltà al regime costituzionale», da cui trarrebbero fondamento tutti gli altri doveri previsti dalla Costituzione, e che si tradurrebbe, pertanto, in una «cerniera che racchiude la personalità e tutti i doveri del soggetto nello Stato»: *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 156 ss. Analogamente si è anche sostenuto che il dovere di osservanza sarebbe funzionale a quello di fedeltà, inteso quest'ultimo come «proiezione giuridica del doveroso amor patrio», che sanzionerebbe «non solo il legame di appartenenza alla comunità statale, ma anche il legame che nasce dalla attiva partecipazione alla vita della comunità»: A. AMORTH, *La Costituzione italiana - Commento sistematico*, Milano, 1948, 69, il quale rileva, poi, come il legame in questione si intensificherebbe per i cittadini chiamati a ricoprire cariche pubbliche e che quindi assumerebbero un ruolo attivo all'interno della stessa comunità. Ad una sostanziale identificazione tra i due doveri giunge anche chi, pur enunciando, in linea di principio, la distinzione, afferma poi che il rapporto tra cittadino e Stato può essere caratterizzato, di fatto, soltanto dall'obbligo di osservanza della Costituzione e delle leggi. In particolare, in base alla tesi in questione, almeno sul piano teorico potrebbe rinvenirsi la specificità del dovere di fedeltà nel fatto che esso richiederebbe la «cura dell'interesse altrui e in conseguenza l'omissione di qualsiasi atto nocivo o di determinati atti nocivi per l'interesse medesimo»; il vincolo all'osservanza, invece, imporrebbe «puramente e semplicemente l'attuazione della volontà altrui, nella specie, dello Stato»: G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, 124 s. Tale interpretazione, oltre che per l'inadeguatezza a definire una criterio distintivo tra i doveri enunciati dall'art. 54 impiegabile sul piano del diritto costituzionale, è stata criticata anche per l'ispirazione volontaristica della definizione accolta del dovere di osservanza (cfr., in tal senso, G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 131 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 76 ss.). Anche l'interpretazione proposta successivamente da C. Mortati non giunge a definire una chiara distinzione tra i doveri previsti dal comma 1 dell'art. 54, il quale, nella sua integrità, darebbe «espressione sintetica alla complessiva situazione sorgente dal rapporto di cittadinanza»: la stessa fedeltà, infatti, si riempirebbe dei significati provenienti da tutte le norme intese a disciplinare concretamente i comportamenti dei cittadini e, per questa via, si risolverebbe ancora una volta nel dovere di osservanza delle leggi: C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 1138 s. Non manca, poi, chi, in modo più deciso, afferma la «scorrettezza» del comma 1 dell'art. 54, poiché l'obbligo di osservare le leggi non avrebbe bisogno, «per sussistere, di un esplicito articolo costituzionale» e riguarderebbe, oltretutto, «non solo i cittadini, ma anche, in molte ipotesi, gli stranieri»; il dovere di fedeltà troverebbe così una propria «rilevante importanza costituzionale» nel fatto di offrire il fondamento a tutte le norme penali che puniscono i cittadini i quali abbiano compiuto atti di infedeltà allo Stato, consentendo altresì, nei casi necessari, la limitazione dei loro diritti di libertà: G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, XI ed., Milano, 1976, 467.

dal vincolo di fedeltà alla Repubblica. Una diversa conclusione potrebbe scaturire, secondo l'Autore, soltanto dalla «arbitraria identificazione della Repubblica con un complesso di dottrine», tesi invero contraddetta dalla stessa solenne enunciazione della libertà di cui all'art. 21 Cost.[51]. Intendere il dovere di fedeltà come «realtà pratica» implicherebbe, invece, riconoscere alla previsione contenuta nel comma 1 dell'art. 54 il significato di un obbligo per il cittadino di agire «come membro e parte della Repubblica pur quando leggi, e giudici ed esecutori non siano in grado di farne valere coercitivamente la volontà»[52]. Tale ricostruzione, tuttavia, è stata criticata in quanto essa non riconoscerebbe alcuna funzione al dovere di fedeltà nella fisiologia della dimensione politico-sociale, nella quale il vincolo si ridurrebbe soltanto ad una situazione di «quiescienza»[53]; critica che resiste anche qualora si dia una lettura estensiva della tesi, secondo cui essa collegherebbe l'«evidenza giuridica» del dovere di fedeltà non alle sole ipotesi di rivoluzioni o colpi di stato, ma ad ogni caso in cui fosse dato registrare un impedimento alla piena effettività dell'ordinamento[54].

Una tesi avanzata da altra autorevole dottrina tende a fondare, invece, la distinzione tra i doveri di fedeltà e di osservanza sulla dialettica tra legittimità e legalità, nei termini propri della riflessione schmittiana[55]. Muovendo dalla critica

---

[51] *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958, 52. Va rilevato, ad ogni modo, che, com'è stato ricordato (in particolare, da P. GROSSI, *I diritti di libertà*, in AA.VV., *Il pensiero costituzionalistico di Carlo Esposito*, Milano, 1993, 163 s.), l'esclusione di ogni funzionalizzazione dei diritti di libertà si accompagna, nel pensiero di Esposito, al riconoscimento dello stretto legame intercorrente tra le libertà stesse e la forma democratica dell'ordinamento: cfr., in tal senso, C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 Cost.*, in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 9 s.: «Le dichiarazioni che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, il riconoscimento dei singoli diritti dell'uomo hanno senza dubbio la più grande importanza formale e sostanziale, e non vi è dubbio che era opportuno che fossero esplicitamente sancite, anzi che era necessario che esse trovassero formulazione separata in un testo costituzionale. Tuttavia quelle dichiarazioni, se pure nel testo della Costituzione si aggiungono alla dichiarazione che l'Italia è una democrazia, costituiscono variazioni dello stessa tema, esplicazioni del medesimo principio che l'Italia è (e vuole essere) una democrazia». Sulla distinzione tra «diritti individuali» e «diritti funzionali» si rinvia, per tutti, ad A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Parte generale, Padova, 2003, 83 ss.

[52] C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 52.

[53] Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 153, nt. 136, e, in senso analogo, L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 62.

[54] G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 520. Aderendo, in linea di massima, alla ricostruzione di Esposito, si è precisato che il vincolo di fedeltà implicherebbe «l'obbligo del cittadino di operare a tutela dei fondamentali interessi della nazione, anche quando Costituzione e leggi non gliene impongano il dovere con specifiche norme»: così M. MAZZIOTTI DI CELSO-G.M. SALERNO, *Manuale di diritto costituzionale*, Padova, 2003, 251.

[55] Si tratta della tesi di G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 136 ss.

alla teoria di Kelsen, di cui si è sopra dato conto, G.M. Lombardi rileva come la crisi della omogeneità sociale comporti l'interruzione del nesso tra legislazione e volontà popolare, che, nello «Stato di legislazione», consentiva di esaurire le istanze di legittimità del potere pressoché integralmente nella stessa legalità. Venuta meno la fiducia nel legislatore ordinario, si cercano pertanto «nuove forme di giustificazione del potere, e accanto – talvolta, *contro* – la legalità, la legittimità viene a delinearsi con caratteri differenziali propri sempre più definiti» [56]. In sostanza, spezzatosi il legame tra legalità e legittimità, il rischio è che maggioranze politiche mutevoli, proiettate al soddisfacimento di interessi eterogenei rispetto a quelli delle minoranze, impieghino lo strumento della legge, pur nel rispetto delle regole formali, per imporre una volontà di parte, non più corrispondente alle esigenze della totalità dei governati [57]. Per evitare che ciò accada, osserva ancora l'Autore, le democrazie contemporanee ricorrono a due rimedi: la creazione di una «*superlegalità* di tipo costituzionale» e l'abbandono del «relativismo contenutistico della costituzione» [58]. In tali contesti, pertanto, la legittimità si mostrerebbe istituzionalmente separata rispetto alla legalità e dotata di un contenuto proprio, specifico di ogni ordinamento e desumibile dalle disposizioni di principio di ciascuna Costituzione, le quali porrebbero determinati valori come «fini permanenti per lo Stato» e fattori di legittimazione del sistema [59]. Il dovere di fedeltà alla Repubblica troverebbe un contenuto autonomo in tale ambito: inutile in un ordinamento che rinvenisse il proprio esclusivo fondamento nella mera legalità, il vincolo in questione risulterebbe indispensabile in un sistema assiologicamente connotato, il cui titolo di giustificazione risiedesse nella sua «stabile accettazione da parte della comunità sociale» [60]. Il «fondamento della legittimità» in tale contesto sarebbe dato, pertanto, da quei principi che rappresentano un limite assoluto alla revisione costituzionale, i quali nel sistema italiano vigente derivano dall'art. 139 Cost. (in collegamento con gli artt. 1 e 2 della Carta) [61].

Riconosciuto un «concetto *materiale*, contenutisticamente orientato, di legittimità», sarebbe così possibile dare una definizione alla fedeltà alla Repubblica tale da consentire di distinguerne la portata normativa rispetto quella del dovere di osservanza della Costituzione. Il dovere di fedeltà, infatti, si riferirebbe al concetto di legittimità e precederebbe logicamente il dovere di osservanza (il quale, a sua volta, si collegherebbe al concetto di legalità), costituendone altresì il «presupposto normativo»; in tale prospettiva, pertanto, la fedeltà alla Repubblica si tradurrebbe nell'adesione ai «valori istituzionalmente desumibili dalla costituzio-

---

[56] G.M. Lombardi, *Contributo*, cit., 141.

[57] *Ivi*, 142.

[58] *Ivi*, 143 s.

[59] *Ivi*, 145.

[60] *Ibid.*

[61] *Ivi*, 146.

ne, ma da essa distinti nella misura in cui risulta intesa nel suo profilo formale» [62]. Si tratterebbe, in definitiva, di uno «strumento normativo volto a mediare in modo permanente la solidarietà politica intorno ai valori, derivanti dagli artt. 139, 1, 2, Cost.» dai quali discenderebbe la stessa legittimità del potere dello Stato. La previsione del dovere in questione, pertanto, mirerebbe a ridurre il distacco tra i principi repubblicani e le concezioni ideologiche delle diverse forze politiche, nella presupposta eterogeneità di queste ultime [63]. Ed è proprio per questo che la fedeltà si conformerebbe come un concetto dal contenuto «*minimale*» e «*negativo*», in quanto non implicherebbe né la funzionalizzazione dei diritti dei cittadini né alcun vincolo di positiva attivazione a favore dei valori costituzionali [64].

La scelta di risolvere la dialettica tra fedeltà ed osservanza collegando la prima a concetti di natura squisitamente metagiuridica è stata criticata però da chi ne ha messo in evidenza la pericolosità, soprattutto in contesti politico-sociali non omogenei, nei quali, in definitiva, il contenuto del dovere di fedeltà rischierebbe di essere determinato, di volta in volta, dalle mutevoli maggioranze politiche [65]. La dottrina che manifesta tali perplessità ritiene piuttosto che il vincolo di cui discorre la prima parte dell'art. 54, comma 1, dovrebbe tradursi, non già in una «generica fedeltà allo Stato *tout court*» e nemmeno in una «specifica fedeltà alla forma di Stato repubblicana», bensì nella «fedeltà alla Costituzione ed all'ordinamento da essa introdotto sul quale si regge lo Stato» [66]; nella necessità di storicizzare il contenuto del dovere di fedeltà, occorrerebbe fare riferimento, pertanto, all'ordinamento italiano vigente, con i caratteri specificamente attribuitigli dalla Costituzione, che ne farebbero uno Stato «repubblicano, democratico, fondato sul lavoro, interventista, parlamentare, decentrato, non confessionale» [67]. In

---

[62] *Ivi*, 147.

[63] *Ivi*, 148 s.

[64] *Ivi*, 148 ss. Sotto diversi profili vicina alla ricostruzione appena richiamata è poi la tesi di chi, asserendo che il rispetto dell'art. 139 Cost. rappresenta un contenuto del dovere di osservanza della Costituzione, ricollega il vincolo di fedeltà a «quell'insieme di principi metagiuridici dai quali ha preso avvio la Repubblica italiana», traducendo sostanzialmente tale situazione nella «costanza di volere quei principi»: C. CARBONE, *op. cit.*, 231. Il dovere di fedeltà risulterebbe funzionale alla tutela di alcuni «valori fondamentali» sui quali si reggerebbe il sistema costituzionale, difesa per la quale il mero dovere di osservanza potrebbe risultare insufficiente (*ivi*, 232 s.)

[65] Così L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 97. Ed, invero, anche Carbone ammette che spetterebbe al legislatore ordinario (salva, in qualche caso, l'operatività di norme consuetudinarie) la definizione dei comportamenti specifici che danno contenuto al dovere di fedeltà (*op. cit.*, 234); ma proprio per questo motivo, si è detto, sarebbe necessario porre al legislatore parametri di riferimento certi e definiti, che difficilmente potrebbero individuarsi in concetti metagiuridici dalla fisionomia indeterminata: cfr. L. VENTURA, *op. et loc. ult. cit.*

[66] L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 42.

[67] Cfr. L. VENTURA, *op. ult. cit.*, 39 s.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed. curata da G. Silvestri, Milano, 2005, 192 ss.

tale prospettiva, si sollevano dubbi, pertanto, sulla possibilità di fondare il concetto di fedeltà su valori «desumibili» dalla Costituzione formale, ma da questa distinti, in quanto integranti il suo «contenuto materiale»; e ciò perché, a meno che non s'intenda affermare *sic et simpliciter* che il dovere in questione vada collegato alla «costituzione materiale», con tutte le difficoltà definitorie che tale concetto comporta, la distinzione anzidetta tende a «poggiare su soluzioni verbalistiche o quantomeno concettualmente astratte» [68]. Si propone, piuttosto, di ancorare il dovere di fedeltà all'ordinamento statale così come definito dalla Costituzione e, dunque, in definitiva, a quest'ultima, ma intesa «nel suo insieme, con il suo complesso di principi e di valori, con le strutture istituzionali da essa poste in essere e legittimate»; mentre invece l'oggetto del dovere di osservanza sarebbe dato dalle singole norme costituzionali. Le due situazioni si distinguerebbero anche per i diversi destinatari: mentre il vincolo di fedeltà incomberebbe su tutti i cittadini, il dovere di osservanza vincolerebbe gli organi dello Stato-apparato, i quali soltanto si troverebbero nelle condizioni di poter applicare o meno le norme costituzionali [69].

L'impossibilità di collocare l'ordinamento italiano all'interno della categoria delle c.d. «democrazie che si difendono» impedirebbe, invece, secondo altra dottrina, di attribuire al dovere di fedeltà il significato di un vincolo di adesione ai valori fondamentali del sistema costituzionale [70]. In tali ordinamenti, infatti, pur prevedendosi strumenti di garanzia nei confronti delle *azioni* illegali compiute con violenza, non si darebbe luogo alla repressione delle forme di manifestazione del pensiero contrarie ai valori istituzionali [71]. La Repubblica italiana apparterrebbe proprio a siffatta categoria, come si potrebbe evincere, «in via storica», dai contenuti che, nella sua versione più evoluta, finì con l'assumere lo Statuto albertino e, «in via sistematica», dall'assenza, nell'ordinamento vigente, di prescrizioni volte a sopprimere i diritti politici o a prevedere l'eventuale espulsione dai pubblici impieghi per quei cittadini che divulghino idee «sovversive», nonché

---

[68] L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 85.

[69] Cfr. L. VENTURA, *Art. 54*, in *Commentario della Costituzione*, II, *Rapporti politici*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna, 1994, 58. Prossima a quest'ultima ricostruzione è poi la tesi di quella dottrina che, ancora di recente, ha proposto di collegare il vincolo di fedeltà alle «condizioni necessarie ed agli elementi essenziali della nostra comunità politica così come quelle e questi sono costituzionalmente definiti e prefigurati»: G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà*, cit., 526.

[70] Cfr. A. CERRI, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1178 ss.; ID., *Sul principio di fedeltà (a proposito di una recente decisione della Sezione disciplinare del C.S.M.)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 751 ss.; ID., *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur.*, XIV, Roma, 1989.

[71] Cfr. A. CERRI, *Sul principio di fedeltà*, cit., 763, il quale rileva ancora come proprio nelle democrazie che non si difendono si concretizzerebbe il «modello classico delle liberaldemocrazie», rinvenibile, ad esempio, nell'ordinamento inglese, in quello francese e negli Stati del Nordeuropea.

dalla mancata introduzione in Costituzione del giuramento di fedeltà dei parlamentari che presupporrebbe la possibilità di espressione di un dissenso radicale nei confronti delle istituzioni all'interno degli organi rappresentativi e, ancora prima, in ambito sociale [72].

5. La necessità di scindere la questione interpretativa dell'art. 54 dalla ricerca del fondamento e dal problema della legittimazione metagiuridica del sistema costituzionale e i caratteri del dovere di fedeltà desumibili dall'esame delle ricostruzioni dottrinali

A conclusione dell'esame delle soluzioni interpretative proposte dalla dottrina sembrerebbe trovare conferma l'ipotesi per cui dall'assunzione di una prospettiva riduzionistica non è possibile cogliere appieno la portata della disposizione di cui all'art. 54, comma 1. D'altro canto, benché il rischio di cadere nella tautologia sia sempre incombente [73], alcune delle ricostruzioni richiamate colgono appieno la natura paradossale del dovere di fedeltà e gli riconoscono una certa autonomia concettuale, evidenziandone, ad esempio, la rilevanza nelle fasi cri-

---

[72] A. Cerri, *Sul principio di fedeltà*, cit., 764; Id., *Fedeltà*, cit., 2. Occorre richiamare, infine, un'altra interessante proposta ricostruttiva formulata di recente, secondo cui l'art. 54, comma 1, fornirebbe il fondamento positivo del canone di ragionevolezza, inteso come «principio architettonico» dell'intero ordinamento democratico pluralista. Tale principio troverebbe le proprie «manifestazioni positive», per un verso, nella «congruità del rapporto tra fatto e diritto» e, per altro verso, nel «bilanciamento equilibrato tra opzioni assiologiche contrastanti»: L. D'Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 390. Tutti gli atti dei pubblici poteri dovrebbero rispondere proprio ad un'istanza di ragionevolezza, mostrandosi, nel contempo, adeguati alle situazioni fattuali di riferimento ed espressivi di sintesi di valori soddisfacenti per le esigenze di armonia del sistema costituzionale. La distinzione tra i doveri previsti dal comma 1 dell'art. 54 sembrerebbe esprimere, secondo tale dottrina, la sostanziale consapevolezza della «insufficienza» – quantomeno dal peculiare punto di vista dell'ordinamento costituzionale – della mera osservanza della Costituzione e delle leggi, vale a dire di un rispetto delle disposizioni costituzionali e legislative che *privilegi il dato testuale e la formulazione letterale dei testi normativi*: cfr. L. D'Andrea, *op. ult cit*., 392. Rinviene nel dovere di osservanza una predilezione per il dato letterale delle disposizioni normative M. Ainis, *La Costituzione e i suoi destinatari: i concetti di "applicazione", "attuazione", "esecuzione" ed "osservanza" delle norme costituzionali*, in *Cinquantenario della Repubblica Italiana*, Quaderni della *Rass. parlam.* (Giornate di studio sulla Costituzione, Roma, 10-11 ottobre 1996), ISLE, Milano, 1997, 170 ss. L'art. 54, comma 1, sancirebbe una sorta di «autoreferenzialità aperta» ed esprimerebbe «l'autentica norma di sintesi e di chiusura del sistema», codificando «il valore che l'ordinamento sia unitario e legittimato, cioè che i valori (*tutti i valori*) costituzionalmente enunciati, che di quella unità e legittimità sono i fattori, vivano effettivamente, e nella loro articolazione pluralistica, nel sistema»: L. D'Andrea, *op. ult. cit.*, 395.

[73] Cfr., in tal senso, G. Galante, *op. cit.*, 1139.

tiche del sistema costituzionale o connettendone il portato normativo al diritto/dovere di resistenza.

In breve, se per un verso alcuni attributi sono riconosciuti come indefettibili da tutte le ricostruzioni proposte in dottrina, altri si ricavano, in negativo, dai rilievi critici che ciascun autore ha sollevato nei confronti delle tesi altrui.

È dato concludere, innanzitutto, che la ricerca di un contenuto positivo del dovere di fedeltà alla Repubblica, al fine di approdare ad esiti ricostruttivi soddisfacenti, riconoscendo al vincolo in esame, nel contempo, una qualche autonomia concettuale rispetto alle altre situazioni giuridiche previste dal medesimo articolo e un contenuto normativo cui sia possibile assicurare un'effettiva applicazione, deve essere scissa da ogni questione inerente al fondamento o alle forme di legittimazione metagiuridica del sistema costituzionale [74]. Del resto, il tentativo di porre un titolo di giustificazione, ultimo e definitivo, del diritto è già di per sé discutibile, se nessuna delle soluzioni tradizionalmente date al problema si è mostrata del tutto immune da critiche radicali.

La risposta giusnaturalistica consiste, infatti, com'è noto, nel porre il fondamento *al di fuori* del diritto positivo, al fine di sfuggire ai paradossi dell'autoriferimento; le soluzioni che, di contro, si sono discostate da tale impostazione hanno finito con il riconoscere l'*autofondazione* del comando giuridico. Ma, mentre la prima concezione, tendendo ad identificare il «garante meta-giuridico» di volta in volta nella «volontà divina», nell'«ordine naturale», nella «ragione» o negli «interessi del popolo», conduce ad un *regressus ad infinitum*, spostando solo il livello entro cui si ripropone identico il problema del fondamento, le seconde incorrono in obiezioni non meno gravi, data la difficoltà di spiegare la fondazione del diritto su se stesso [75]. Benché irresolubile in modo definitivo, la questione del fondamento conserva certo un rilevante interesse, nella misura in cui «spinge a trasgredire le incoerenze dell'empirico»; e ciò, com'è stato notato, poiché «l'approccio regressivo (…) permette di sfuggire alla pura dispersione del dato, all'assenza di significato della fatalità; in questo senso la ricerca di una trascendenza apre il gioco» [76]. Il

---

[74] Così può sintetizzarsi, in definitiva, la critica mossa da L. Ventura all'assunzione della dialettica tra legalità e legittimità come base teorica per la ricostruzione del contenuto positivo del dovere di fedeltà.

[75] M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 142. Sulle difficoltà di concepire, da parte del diritto, l'idea di «fondamento» cfr. A. SPADARO, *Il problema del «fondamento» dei «diritti fondamentali»*, in *Dir. soc.*, 1991, 456 s.; ID., *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni «geometriche» dell'«albero» della Costituzione e un'unica, identica «clausola d'Ulisse»*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, 2003, 169 ss.

[76] M. VAN DE KERCHOVE-F. OST, *op. cit.*, 143. Di estremo interesse, al riguardo, sono le riflessioni sviluppate da N. Bobbio in riferimento alla ricerca del «fondamento assoluto» dei diritti dell'uomo, dall'Autore giudicata come infondata sia per la vaghezza della stessa espressione «diritti dell'uomo», sia per la variabilità e l'eterogeneità delle situazioni giuridiche comprese nella categoria con essa denotata, sia ancora per la condizione di conflittualità nella qua-

«progetto fondativo», tuttavia, non può essere radicalizzato, a pena di esaurire l'incessante processo dialettico nel quale soltanto trova sviluppo il diritto. Ancorare la fedeltà ad un'entità esterna al diritto, oltre ad incontrare le difficoltà anzidette sul piano teorico-generale, come pure è stato notato, rischia di legittimare un'eccessiva libertà in capo al legislatore chiamato a dare attuazione normativa all'art. 54 nella determinazione dei contenuti specifici di tale disposizione. Inoltre, la ricerca sul dovere di fedeltà andrebbe disancorata da ogni questione relativa alla giustificazione del potere anche perché la democrazia costituzionale ha *introiettato* i fattori di legittimazione del sistema, facendone parametri giuridici, sicché, in un siffatto contesto, ogni dubbio sulla legittimità (o sulla legittimazione) dell'ordinamento si convertirebbe, semmai, in un problema di *effettività*[77].

Quanto, poi, ai caratteri che sarebbe possibile riconoscere al dovere di fedeltà in base all'esame delle ricostruzioni dottrinali in tema, si può, in primo luogo, affermare che, benché si possa presupporre che tale vincolo acquisti una particolare rilevanza nei momenti di crisi, la sua efficacia non è relegabile alla sola dimensione della eccezionalità[78]; il che dovrebbe escludersi, oltre che per le chiare in-

---

le tali diritti possono venirsi a trovare: cfr. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Torino, 1992, 7 ss. Oltre a risultare infondata, tale indagine si rivelerebbe anche insufficiente a garantire l'attuazione e la tutela degli stessi diritti umani; ciò, tra l'altro, perché, «nonostante la crisi dei fondamenti, per la prima volta in questi decenni la maggior parte dei governi esistenti hanno proclamato di comune accordo una Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo. Di conseguenza – continua l'Autore –, dopo questa dichiarazione il problema dei fondamenti ha perduto gran parte del suo interesse. Se la maggior parte dei governi esistenti si sono accordati in una dichiarazione comune, è segno che hanno trovato buone ragioni per farlo. Perciò, ora non si tratta tanto di cercare altre ragioni, o addirittura, come vorrebbero i giusnaturalisti redivivi, la ragione delle ragioni, ma di porre le condizioni per una più ampia e scrupolosa attuazione dei diritti proclamati. (…) Il problema di fondo relativo ai diritti dell'uomo è oggi non tanto quello di *giustificarli*, quanto quello di *proteggerli*. È un problema non filosofico ma politico» (*ivi*, 15 s.).

Insiste particolarmente sull'insufficienza della mera «declamazione» dei diritti, in assenza di una espressa previsione dei destinatari dei correlati doveri, A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali". La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli (CZ) 2005, 33 s. e 87 ss.; ID., *"Nucleo duro" costituzionale e "teoria dei doveri": prime considerazioni*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Torino, 2006, 779 ss., il quale rileva altresì la necessità di integrare la teoria dei diritti fondamentali con un'adeguata teoria dei doveri.

[77] Cfr. P. PIOVANI, *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, XIV (1965), 421. Si è affermato, in tal senso, che «ciò che caratterizza la costituzione (…) non può essere la sua immediata derivazione dal potere costituente – perché (…) questo è il *posterius* – bensì (per le concezioni descrittive) la sua giuridicità e la sua effettiva vigenza, ovvero (per quelle prescrittive) la sua corrispondenza al modello tramandatoci dai fondatori del costituzionalismo, e dal costituzionalismo di oggi costantemente aggiornato. Solo in questo modo, mi sembra, si può sfuggire alla trappola del *regressus ad infinitum* che è tesa sotto la posizione del problema del fondamento (qual è, infatti, il fondamento del fondamento?)»: M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 154 s.

[78] Cfr., in tal senso, da ultimo e per tutti, G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà*, cit., 523 s.

tenzioni desumibili dai lavori in Costituente, soprattutto per l'assenza, nella prescrizione, di alcun dato letterale cui ancorare tale interpretazione.

Deve riconoscersi, in secondo luogo, uno stretto legame tra fedeltà alla Repubblica e solidarietà politica, in quanto la coesione che può instaurarsi, per il benessere comune, tra i cittadini e tra le forze politiche non può che trovare quale polo attrattivo l'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano; il che, peraltro, non esclude affatto (anzi presuppone) la valorizzazione del più ampio pluralismo sociale ed istituzionale.

Dalle ricostruzioni teoriche esaminate traspare, in terzo luogo, una diffusa (e condivisibile) ostilità verso la possibilità di ricavare dall'art. 54 il titolo giustificativo di eventuali restrizioni dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti, tra cui, soprattutto, le situazioni previste dall'art. 21 Cost.[79]; in linea con tale orientamento, si tenterà di dimostrare, più avanti, che proprio la libera manifestazione del pensiero intrattiene con la fedeltà alla Repubblica un legame estremamente proficuo e non necessariamente conflittuale, in quanto la massima espressione del diritto di cui all'art. 21 garantisce il pieno rispetto del vincolo ai valori repubblicani.

Se la disposizione costituzionale si rivolge a tutti i cittadini imponendo loro il rispetto sia del dovere di fedeltà che di quello di osservanza ed entrambe le situazioni giuridiche integrano il contenuto della cittadinanza, si deve riconoscere, infine, la diversità delle posizioni in cui si vengono a trovare il cittadino semplice e colui che sia stato incaricato di ricoprire uffici pubblici. Per quest'ultimo il dovere di fedeltà acquista una connotazione peculiare, anche se i contenuti ulteriori di cui esso si arricchisce riguardano, com'è stato rilevato, soltanto le modalità di svolgimento delle funzioni e non i diritti civili e politici del cittadino[80].

6. La «Repubblica» come *insieme dei beni indisponibili da parte degli organi di governo*

La ricostruzione del contenuto del dovere di fedeltà non può prescindere, poi, da un'indagine sul concetto stesso di «Repubblica»[81].

Nel linguaggio della Costituzione il termine è impiegato in accezioni diverse,

---

[79] «Se (…) nell'obbligo di fedeltà alla Repubblica si vuole indicare il fondamento di un limite per la libera azione politica del singolo, tale limite non può consistere che nel rispetto *materiale* della forma democratica del nostro ordinamento, e nella fedeltà *materiale* allo Stato; l'obbligo e il relativo limite riguarda esclusivamente l'*azione* e l'*incitamento all'azione*, non la manifestazione del pensiero in quanto tale: attribuire un diverso e più ampio significato all'obbligo di fedeltà ci sembra infondato e pericoloso»: S. Fois, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957, 168.

[80] Così A. Cerri, *Fedeltà*, cit., 4.

[81] Cfr., in tal senso, L. Ventura, *La fedeltà*, cit., 10.

per denotare, ad esempio, lo «Stato-istituzione» o l'insieme dei pubblici poteri che compongono l'ordinamento giuridico nel suo complesso (senza contare i casi in cui, per indicare i medesimi concetti, si fa uso del termine «Stato») [82]. La «promiscuità» terminologica che si è registrata al riguardo [83] non costituisce però un'anomalia, data la prossimità del linguaggio costituzionale a quello comune [84]. Tale vicinanza è stata spiegata facendo riferimento alla funzione che il linguaggio dei principi costituzionali eserciterebbe nel processo di legittimazione dell'ordinamento democratico [85]. Processo i cui presupposti, come si è detto, sono stati positivizzati nel testo della legge fondamentale, ma che trova il proprio fisiologico svolgimento soprattutto nella dimensione socio-culturale nella quale si sono affermate e vivono le istituzioni repubblicane.

Ad ogni modo, nel tentativo di rinvenire il significato che il termine «Repubblica» acquista nell'espressione contenuta nel comma 1 dell'art. 54, occorre muovere innanzitutto dal collegamento, posto già in Assemblea costituente, tra il dovere di fedeltà ed il limite alla revisione della «forma repubblicana» di cui all'art. 139 Cost., disposizione che spesso è stata interpretata, in modo restrittivo, come prescrivente la sottrazione al potere di modifica del testo costituzionale dei soli principi di elettività e di temporaneità della carica di Capo dello Stato [86]. In tal senso, il suddetto limite impedirebbe esclusivamente la reintroduzione in forme legali del regime monarchico e finirebbe oggi con l'assumere la fisionomia di «una 'norma-fantasma': senza materia, senza sostanza, pronta a svanire travolta dalla realtà, come se non esistesse»; e, tuttavia, «non senza funzione», poiché, proprio «come i fantasmi», essa servirebbe «a suscitare paure, rimorsi, ricordi», facendo riemergere il passato e potendo, perciò, «ammonire per il futuro, ritrovando in tal modo, una parvenza di vita» [87].

A prescindere dagli interventi in Assemblea costituente cui si è poc'anzi fatto cenno, nei quali si mostrò di conferire al termine «Repubblica» anche significati più ampi di quello meramente indicativo di un regime istituzionale caratterizzato dall'eleggibilità e dalla temporaneità della carica di Capo dello Stato, l'ampiezza del portato semantico e la varietà delle suggestioni suscitate dal termine in questione, nonché l'esigenza di dare comunque una lettura *sistematica* alla norma espressa dall'art. 139 inducono a seguire l'indirizzo di quelle ricostruzioni che

---

[82] Cfr. M.S. GIANNINI, *Repubblica*, in *Enc. dir.*, XXXIX (1988), 893 s.

[83] Cfr. ancora M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 893.

[84] Cfr., in tal senso, G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico: un rapporto complesso*, in *Quad. cost.*, 1989, 229 ss.; ID., *Intervento*, in AA.VV., *Il metodo*, cit., 127 ss.

[85] G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico*, cit., 247.

[86] Cfr., in tal senso, tra gli altri, A. AMORTH, *La Costituzione italiana*, cit., 91 ss.; C. ESPOSITO, *Commento*, cit., 2 ss.; S. CICCONETTI, *La revisione della Costituzione*, Padova, 1972, 275 ss.

[87] G. VOLPE, sub *Art. 139*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, *Garanzie costituzionali, Art. 134-139*, Bologna-Roma, 1981, 748.

hanno inteso conferire una più ampia portata al divieto posto dal suddetto articolo.

Preliminarmente occorre rilevare che, in base ad un'opzione ormai ampiamente accolta in dottrina, qualunque sia il contenuto concretamente riconosciuto alla disposizione di cui all'art. 139, il limite da essa imposto non è superabile con una mera revisione costituzionale: in definitiva, l'articolo in questione pone – ma sarebbe meglio dire *riconosce* – l'*indisponibile* costituzionale, vale a dire il bene (o i beni) su cui non potrebbero incidere (se non, secondo qualcuno, in senso migliorativo) le determinazioni delle contingenti maggioranze di governo [88].

Ciò posto, l'accezione sette-ottocentesca del termine «Repubblica», corrispondente al contenuto minimo che si è attribuito all'espressione impiegata nell'art. 139, non è certamente la sola: così talora si è inteso recuperare la nozione più antica [89], in base alla quale il termine denoterebbe appunto la «cosa pubblica, la cosa del popolo, il bene comune, la comunità» [90], in un'accezione corrispondente grosso modo al concetto greco di *πολιτεία* [91]; oppure si è individuato un altro significato, comunque riscontrabile nel pensiero politico moderno (anche se messo tra parentesi, ma non cancellato dalle lotte scatenate in Europa – dalla Restaurazione fino alla Seconda guerra mondiale – per difendere o, al contrario, per abbattere le dinastie monarchiche del tempo), che rinvierebbe al concetto di democrazia pluralista [92]. In ogni caso, l'accoglimento dell'una o dell'altra delle citate definizioni comporta un conseguente ampliamento dei beni sottratti alla revisione costituzionale. Una siffatta estensione è imposta proprio dall'esigenza di un'interpretazione sistematica del limite di revisionabilità della «forma repubblicana».

---

[88] Per la tesi secondo cui l'art. 139 espliciterebbe soltanto il limite assoluto e invalicabile alla competenza del potere (costituito) di revisione costituzionale, limite posto dalla decisione presa dal corpo elettorale nel referendum istituzionale del 2 giugno 1946, cfr., tra gli altri, P. CALAMANDREI, *La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile*, Padova, 1950, 32 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, cit., 245 ss.; G. LUCATELLO, *Sull'immutabilità della forma repubblicana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 745 ss. Sulla revisionabilità *in melius* dei principi costituzionali cfr., per tutti, G. SILVESTRI, *Spunti di riflessione sulla tipologia e sui limiti della revisione costituzionale*, in *Studi in onore di P. Biscaretti di Ruffia*, II, Milano, 1987, spec. 1206 ss. Nel medesimo senso, dopo aver qualificato la giustizia costituzionale come «funzione della repubblica» e la legislazione come «funzione della democrazia», vale a dire «di ciò su cui 'si vota'» (mentre la prima sarebbe «funzione su cui 'non si vota', perché è *res publica*»), G. Zagrebelsky rileva il paradosso per cui gli stessi giudici costituzionali, «per difendere ciò su cui non si vota, decidono votando» (Relazione tenuta in occasione dell'incontro del 21 aprile 2006 al Campidoglio per i cinquant'anni di attività della Corte costituzionale, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*).

[89] Cfr., ad esempio, G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*

[90] N. MATTEUCCI, *Repubblica*, in N. BOBBIO-N. MATTEUCCI-G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Torino, 2004, 837.

[91] Cfr. N. MATTEUCCI, *op. et loc. ult. cit.*; G. ZAGREBELSKY, *op. ult. cit.*

[92] Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti inviolabili*, cit., 52.

In tale prospettiva, appare condivisibile la ricostruzione, che pure ha trovato rispondenza negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, secondo cui il principio repubblicano includerebbe «quell'insieme minimo di valori e di norme in mancanza dei quali un ordinamento non potrebbe essere definito come democratico, quali ad esempio la sovranità popolare, un governo responsabile, la tendenziale divisione dei poteri, il principio di legalità e delle garanzie giurisdizionali, l'indipendenza della magistratura, il riconoscimento della libera formazione e attività dei partiti, le libertà individuali, il pluralismo sociale e istituzionale, il principio di eguaglianza»; rispetto a tale sistema di valori indisponibili, il riconoscimento e la tutela dei diritti inviolabili costituiscono «il principio primo o il fondamento interno» [93]. Tali diritti hanno quale centro di imputazione la persona umana, intesa non come individuo isolato, ma come «unità interattiva, centro di riferimento di relazioni sociali» [94]. La protezione del soggetto in quanto singolo e, nel contempo, come parte di formazioni sociali, desumibile dalla formula impiegata dall'art. 2 Cost., segna il superamento tanto delle concezioni esasperatamente individualistiche quanto di quelle totalitarie volte a funzionalizzare i diritti di libertà a valori supremi o all'interesse generale dello Stato. Il riconoscimento del principio personalistico si collocherebbe, in definitiva, in un rapporto di stretta correlazione e di necessario condizionamento rispetto al principio democratico, inteso come espressivo della «più generale garanzia dell'autodeterminazione collettiva» [95].

7. La giurisprudenza costituzionale in materia di doveri di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi: l'impiego della formula di cui all'art. 54, comma 1, come enunciato rafforzativo di altri doveri costituzionali

Se si volge lo sguardo all'impiego delle formule in esame da parte del giudice delle leggi, si può notare come in poche pronunce si sia fatto espresso richiamo all'art. 54; ed, inoltre, i doveri di fedeltà e di osservanza della Costituzione e delle leggi sono stati indicati congiuntamente, come se costituissero diversi profili di un'unica situazione giuridica gravante sul cittadino [96].

La Corte non ha fornito alcuna definizione al riguardo, ma si è limitata sol-

---

[93] *Ivi*, 53.

[94] *Ivi*, 47.

[95] *Ibid*.

[96] Cfr., ad esempio, sentt. nn. 100 del 1966, 16 del 1973, 1 del 1974 e 31 del 1982. Per un esame degli orientamenti giurisprudenziali relativi all'art. 54 Cost. cfr. adesso G.M. Salerno, *Art. 54*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 1085 ss.

tanto a precisare, in qualche caso, che il «generico dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi» trova specificazione nel dovere di difesa della Patria, di cui all'art. 52 Cost. [97]. La formula impiegata nel comma 1 dell'art. 54 è stata interpretata, pertanto, come una sorta di endiadi (sintetizzabile nelle espressioni «fedele osservanza della Costituzione e delle leggi» o «fedeltà alla Repubblica osservante della Costituzione e delle leggi») [98], priva di una efficacia normativa diretta e necessitante di specificazioni ulteriori sul piano della normazione costituzionale o legislativa.

In realtà, se per un verso la necessità di trovare in molti casi un'ulteriore traduzione normativa non priva il dovere di fedeltà di autonomia, in quanto quest'ultimo conserva sempre la *capacità normogenetica* propria dei principi, per altro verso la valorizzazione della stessa forma endiadica dell'espressione consentirebbe d'individuare contenuti diversi ed ulteriori rispetto a quelli ricavabili dalle sole previsioni del dovere di fedeltà o di quello di osservanza. In altri termini, se, in base alla ricostruzione che si tenterà qui di argomentare, sia il vincolo di fedeltà che quello di osservanza autonomamente possono fornire, oltre che parametri di legittimità costituzionale, anche criteri d'interpretazione e d'integrazione del diritto, dalla loro combinazione sono ricavabili contenuti ulteriori. In particolare, nel principio di *osservanza della Costituzione fedele alla Repubblica* (vale a dire ai *valori repubblicani*) si potrebbe riconoscere il fondamento positivo di quella gerarchia assiologica tra norme costituzionali affermata ormai da tempo anche dalla stessa giurisprudenza della Corte [99]; e, d'altro canto, nel principio, anch'esso desumibile dalla formula di cui all'art. 54, comma 1, di *osservanza delle leggi fedele alla Repubblica* si potrebbe rinvenire il riconoscimento costituzionale dell'*interpretazione adeguatrice*.

Ad ogni modo, in giurisprudenza non è dato registrare un impiego diretto ed

---

[97] Cfr. sent. n. 16 del 1973, punto 2 del cons. in dir., e, nello stesso senso, sent. n. 31 del 1982, punto 3 del cons. in dir.

[98] La Corte impiega, ad esempio, l'espressione «fedele osservanza della Costituzione» nella sent. n. 133 del 1973, punto 8 del cons. in dir.

[99] Cfr., soprattutto, sentt. nn. 1146 del 1988 e 366 del 1991. Contro l'individuazione di gerarchie assiologiche espresse dagli enunciati del testo costituzionale e, più in generale, contro la c.d. «interpretazione per valori» cfr. le critiche di A. PACE, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, 2001, 35 ss.; ID., *Problematica*, cit., 37 ss. ed ora ID., *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in *www.costituzionalismo.it*, 2/2006. Si confronti al suo il diverso punto di vista di F. MODUGNO, *Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*, in www.*costituzionalismo.it*, 3/2005. Pone particolarmente l'accento sull'importanza di rivalutare il vincolo testuale a fronte dell'ampiezza dello spazio di cui dispone l'interprete nell'ermeneutica del testo costituzionale G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori: tornare alla Costituzione*, in AA.VV., *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. Palazzo, Napoli, 2001, 240. Sulle diverse opzioni teoriche in tema di interpretazione costituzionale cfr. C. PINELLI, *Il dibattito sull'interpretazione costituzionale fra teoria e giurisprudenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, III, Napoli, 2004, 1663 ss.

immediato del dovere di fedeltà come parametro costituzionale: esso, infatti, è stato richiamato o come precetto in qualche modo rafforzativo di altri vincoli (e, soprattutto, del «sacro» dovere di difesa della Patria) o come causa di giustificazione di discriminazioni perpetrate da parte del legislatore penale, sul piano sanzionatorio, a svantaggio degli appartenenti alla forze armate [100].

Più frequenti, come si vedrà, sono, poi, i riferimenti al dovere, sancito dal comma 2 dell'art. 54, di svolgere le funzioni pubbliche «con disciplina ed onore».

La scarsa applicazione della disposizione può forse essere stata motivata dalla diffidenza manifestata dalla stessa dottrina e dai dubbi, prospettati già nel dibattito in Assemblea costituente, sull'idoneità dei doveri in essa previsti a costituire matrici pressoché inesauribili di limitazioni ai diritti di libertà dei cittadini. Ed, infatti, benché solo nei confronti dei militari, in tale significato ha trovato impiego soprattutto il dovere di fedeltà alla Repubblica, con specifico riguardo alle prescrizioni penali poste a tutela della dignità dei simboli e delle istituzioni repubblicane.

8. I doveri di fedeltà e di osservanza nella dialettica tra Costituzione-atto e Costituzione-processo: la fedeltà alla Repubblica come dovere di contribuire alla salvaguardia della *continuità* della democrazia pluralista nell'*identità* dei suoi principi fondamentali e il dovere di osservanza come obbedienza alla Costituzione intesa come *atto normativo puntuale nel tempo*

In base alle considerazioni fin qui svolte, il dovere di fedeltà alla Repubblica può, dunque, definirsi come *l'imperativo, gravante su ogni cittadino, di contribuire alla salvaguardia della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi fondamentali*.

Si è già rilevato come il rapporto di fedeltà, in quanto «costanza di dovere», si percepisca soprattutto in una *dimensione diacronica*, processuale; in tal senso, il vincolo in questione esprime la pretesa dell'ordinamento costituzionale di conservarsi nell'identità dei suoi contenuti assiologici. Così concepito, tuttavia, il dovere di fedeltà potrebbe finire con l'assorbire le altre situazioni giuridiche previste dal comma 1 dell'art. 54, dal momento che la sopravvivenza del sistema giuridico implica anche, e soprattutto, il rispetto degli atti normativi vigenti nell'ordinamento stesso e, in primo luogo, della legge fondamentale. D'altro canto,

[100] In particolare, il giudice delle leggi ha affermato che il dovere di fedeltà eserciterebbe una forza vincolante più intensa nei confronti degli appartenenti alle forze armate, giustificando la maggiore severità delle previsioni sanzionatorie stabilite dall'ordinamento nei confronti di questi ultimi, in riferimento ai reati di vilipendio politico: si veda, ad esempio, la sent. n. 531 del 2000, punto 3 del cons. in dir.

l'espressa previsione del dovere di osservanza della Costituzione assolve una funzione ulteriore, orientando e subordinando al rigoroso rispetto delle forme costituzionalmente prescritte l'evoluzione del diritto positivo, sicché, ad esempio, non sarebbe possibile concepire, al di fuori degli strumenti di garanzia espressamente previsti dall'ordinamento, diverse ed ulteriori forme di resistenza legittimate dal vincolo di fedeltà.

La previsione del dovere di osservanza della Costituzione si traduce, in definitiva, nella prescrizione dell'obbedienza all'atto normativo fondamentale, nei contenuti che gli si possono ascrivere nella *dimensione sincronica* propria dell'ordinamento vigente. L'impiego del termine «osservanza» sembra esprimere, inoltre, un rapporto di soggezione del cittadino al dato normativo testuale, nel quale, anche nel caso in cui non vi si riconosca – come pure si è proposto di fare – un'indicazione interpretativa di preferenza per la formulazione letterale della disposizione, è sempre possibile rinvenire il riconoscimento dello stesso significato letterale quale limite estremo alle opzioni dell'interprete [101].

Abbandonata la ricerca di un'entità fondante cui ancorare il vincolo di fedeltà, e accettata, pertanto, la ricorsività dei doveri previsti dal comma 1 dell'art. 54, è forse possibile cogliere le straordinarie potenzialità della contestuale previsione dei suddetti imperativi, se si riconosce che il testo è solo *una parte della Costituzione*, la quale si arricchisce continuamente degli apporti provenienti dalla *pratica istituzionale* [102]. In sostanza, come da tempo è stato rilevato in dottrina, la Costituzione non si esaurisce in un mero atto puntuale nel tempo, ma si traduce anche in un *processo* inesauribile, al quale devono concorrere tutti i soggetti della democrazia pluralista; non solo, dunque, quelli istituzionali, ma – impiegando una nota espressione di P. Häberle – l'intera *società aperta degli interpreti costituzionali* [103].

Il riferimento alla dialettica tra Costituzione-atto e Costituzione-processo consente di riconoscere nei doveri di fedeltà alla Repubblica e di osservanza del

---

[101] Sul «significato letterale» degli enunciati normativi cfr., per tutti, P. CHIASSONI, *Significato letterale: giuristi e linguisti a confronto (Another view of the Cathedral)* e T. MAZZARESE, *Interpretazione letterale: giuristi e linguisti a confronto*, entrambi in AA.VV., *Significato letterale e interpretazione del diritto*, a cura di V. Velluzzi, Torino, 2000, 1 ss. e 95 ss.

[102] Cfr. G. SILVESTRI, *Linguaggio della Costituzione e linguaggio giuridico*, cit., 254.

[103] *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, trad. it., Roma, 1993, 187; ID., *I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo*, n AA.VV., *La democrazia alla fine del secolo*, a cura di M. Luciani, Roma-Bari, 1994, 99; ID., *Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*, trad. it., Roma, 2001, spec. 32 ss. È stato sostenuto, al riguardo, che la validità del testo costituzionale non dipenderebbe esclusivamente dalla sua effettiva osservanza, ma anche, e soprattutto, da quel peculiare contenuto costituzionale rappresentato dalle libertà fondamentali; in tal senso, la dottrina «pluralistico-integrativa» di Häberle presupporrebbe una «idea "contenutistica" o "sostanziale" della Costituzione»: O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 310 ss.

testo costituzionale i termini entro cui trova sviluppo l'intera dinamica della democrazia pluralista [104]. In tal senso, il rispetto delle disposizioni costituzionali e legislative rinviene un'indicazione interpretativa primaria nello stesso vincolo di fedeltà ai principi fondamentali del sistema repubblicano, che, a loro volta, possono trovare sviluppo nel mondo del diritto solo in quanto riconosciuti in specifiche disposizioni normative, che i cittadini sono tenuti ad osservare. In breve, il dovere di fedeltà non può fare a meno dell'osservanza della Costituzione (e delle leggi) e viceversa.

Certo si può rilevare che anche la contrapposizione tra atto e processo, come tutte le ricostruzioni teoriche volte ad analizzare separatamente aspetti e profili di fenomeni che in realtà si presentano come inestricabilmente correlati, può apparire in qualche modo artificiosa. Anche il concetto di osservanza, infatti, può essere declinato in una prospettiva diacronica, nella misura in cui si presupponga che l'obbedienza al dato normativo sia imposta senza limiti temporali di sorta e funzionalmente a quella stessa esigenza di garanzia della continuità dell'ordinamento nella quale si è qui riconosciuta la *ratio* del dovere di fedeltà; e, tuttavia, è proprio la ricchezza del linguaggio comune – cui, come si è detto, hanno proficuamente attinto i costituenti nella redazione della Carta repubblicana – che può fornire una preziosa chiave di lettura dell'art. 54: soltanto se si prende atto che *la fedeltà è, nel contempo, qualcosa di più e di meno dell'osservanza si può riconoscere l'utilità della contestuale previsione dei relativi doveri*. Il termine fedeltà, infatti, evoca l'esigenza di tener conto, per quanto possibile, delle conseguenze che i singoli, specifici atti applicativi del diritto costituzionale e legislativo potrebbero avere all'interno del sistema costituzionale, effetti misurabili soltanto in una prospettiva processuale, diacronica; l'osservanza, invece, potrebbe vivere anche nella sola, asfittica dimensione del presente. E, difatti, un'*osservanza non fedele alla Repubblica* potrebbe condurre a disconoscere la presenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale (o, diversamente, potrebbe suggerire d'individuare limiti di tal sorta in personalissime gerarchie assiologiche dell'interprete). Di contro, una *fedeltà inosservante della Costituzione e delle leggi* potrebbe legittimare forme di resistenza disancorate dagli strumenti di garanzia espressamente previsti dall'ordinamento; ed in ciò la fedeltà è qualcosa di meno dell'osservanza.

---

[104] Sulla dialettica atto/processo in riferimento alla realtà del costituzionalismo moderno, cfr. part. J.A. ESTÉVEZ ARAUJO, *La Constituciòn como proceso y la disobediencia civil*, Madrid, 1994; P. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozess. Materialen zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Berlin 1996; G. SILVESTRI, *Intervento* alla tavola rotonda su *Costituzione e prassi*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni dalla istituzione della prima cattedra in Europa*, a cura di L. Carlassare, Padova, 1998, 259 ss.; A. SPADARO, *Dalla Costituzione come "atto" (puntuale nel tempo) alla Costituzione come "processo" (storico). Ovvero della continua* evoluzione *del parametro costituzionale attraverso i giudizi di costituzionalità*, in AA.VV., *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di G. Pitruzzella-F. Teresi-G. Verde, Torino, 2000, 1 ss.; L. D'ANDREA, *Il progetto di riforma tra Costituzione-atto e Costituzione-processo*, in AA.VV., *La riforma costituzionale*, Padova, 1999, 93 ss.

In sostanza, *la pretesa del dovere di fedeltà è proprio quella di incidere sui preorientamenti del cittadino*, in tutti i suoi ambiti d'azione, allo scopo di assicurare la permanenza nel tempo dell'indisponibile costituzionale. In tale prospettiva, è condivisibile, pertanto, l'opinione secondo cui il dovere di fedeltà si qualificherebbe come una sorta di «*veicolo di positivizzazione dell'etica e di moralizzazione del diritto costituzionale e dell'esperienza che sulla sua base viene a formazione*» [105].

Quanto, poi, al criterio dell'interpretazione conforme a Costituzione, si è dimostrato come non sia dato riscontrare una diffusa ed omogenea applicazione di una «regola interpretativa generale» (ispirata dalla pretesa affermazione del principio di coerenza del diritto), valida in tutti i settori del sistema giuridico, secondo la quale le disposizioni normative dovrebbero essere lette, ove possibile, in modo da evitare antinomie. Tale regola potrebbe riscontrarsi, invece, soltanto nell'ambito dei rapporti tra leggi (o atti aventi forza di legge) e Costituzione [106]. Si è, pertanto, ipotizzato che essa trovi il proprio specifico fondamento esclusivamente in tale dimensione [107]. Tuttavia, anche qualora si volesse riconoscere a tale criterio una maggiore ampiezza, qualificandolo come un principio ermeneutico operante nell'interpretazione di ogni testo normativo (non soltanto di rango legislativo), egualmente potrebbe individuarsi il suo fondamento positivo nell'art. 54, comma 1, assumendo il termine «leggi» ivi impiegato, non in senso tecnico, ma nel più generico significato indicativo di tutte le fonti normative subcostituzionali.

Il dovere di «osservanza della legge *fedele* alla Repubblica» troverebbe comunque un limite estremo nel dato letterale delle disposizioni normative, limite da cui dipenderebbe il principio di tipizzazione dei ruoli istituzionali (e, più specificamente, l'attribuzione della funzione legislativa agli appositi organi politici) e che costituirebbe un contenuto proprio dello stesso dovere di osservanza della Costituzione [108]. In definitiva, per un verso, il sinergico rapporto tra i doveri previsti dal comma 1 dell'art. 54 impone un bilanciamento equilibrato tra l'impiego delle tecniche ermeneutiche di prevenzione delle antinomie attraverso letture conformi a Costituzione (e, segnatamente, ai principi supremi cui tutte le altre

---

[105] A. RUGGERI, *Rigore costituzionale ed etica repubblicana, nel pensiero e nell'opera di Temistocle Martines*, in *www.associazionedeicostituzionalisti*, § 5.

[106] Cfr., in tal senso, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, 2, Milano, 1980, 146; G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 53. In tema cfr., tra gli altri, anche P. PERLINGIERI, *Giustizia secondo Costituzione ed ermeneutica. L'interpretazione c.d. adeguatrice* e M. PALOMBI, *La Corte costituzionale fra interpretazione correttiva e interpretazione adeguatrice*, entrambi in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi e legittimità costituzionale*, a cura di P. Femia, Napoli, 2006, rispettivamente 1 ss. e 73 ss.

[107] Cfr. G. SORRENTI, *op. cit.*, 53 s.

[108] Sull'importanza della distinzione tra disposizione e norma per la garanzia del principio di tipizzazione dei ruoli istituzionali cfr., per tutti, A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino, 2005, 36 s.

prescrizioni costituzionali sono subordinate) e l'esercizio delle funzioni di giustizia costituzionale, che sole possono garantire una tutela generale dei beni costituzionalmente protetti; per altro verso, l'individuazione, in tale disposizione, del fondamento positivo dell'interpretazione conforme a Costituzione può mettere al riparo tale tecnica da eventuali tentativi di cancellazione per mezzo di revisioni legislative o costituzionali, in spregio all'indefettibile componente di creatività di ogni attività giurisprudenziale [109].

Al di là di tali contenuti, che potrebbero ricavarsi dalla lettura complessiva della disposizione, certamente i doveri di fedeltà alla Repubblica e di osservanza della Costituzione e delle leggi conservano, come si è detto, la propria autonomia di *principi* dotati di una propria *capacità normogenetica* [110]. Attitudine che trova valorizzazione sia nella loro funzione *programmatoria* che in quella *integratrice*, ed anche, seppure in misura minore, in quella *interpretativa* [111]. La prima si esplica in tutte le disposizioni legislative collegabili, quali specificazioni e traduzioni normative ulteriori, ai doveri di cui all'art. 54, comma 1; la seconda e la terza, invece, si risolvono in potenzialità, come si è visto, ancora in gran parte inespresse. Così come ancora inespressa appare un'ulteriore, essenziale forma di concretizzazione delle potenzialità applicative di tali doveri: l'idoneità a costituire parametri di legittimità costituzionale.

Tralasciando, per il momento, i più specifici contenuti ricavabili dal dovere di fedeltà, sui quali si avrà modo di tornare più avanti, si può concludere, per il momento, che il dovere di osservanza della Costituzione, per un verso, impone il riconoscimento di una reale efficacia giuridica ad ogni disposizione di rango costituzionale (pur tenendo conto delle caratteristiche strutturali dei diversi enunciati normativi), escludendo così tutte le concezioni svalutative del dettato costituzionale, che vengono periodicamente riproposte in dottrina e in giurisprudenza [112]; per altro verso, trova specificazione e sviluppi ulteriori in tutte le disposizioni costituzionali e legislative che definiscono un sistema di giustizia costituzionale idoneo a garantire efficacemente il rispetto della legalità costituzionale.

La definizione del dovere di fedeltà che si è sopra accolta conduce, infine, ad

---

[109] Cfr. sul punto M. CAVINO, *Attenzione a quel che chiedete! Potreste ottenerlo. Riflessioni sul posto dell'interpretazione giuridica nel progetto di riforma dell'ordinamento giudiziario*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2003.

[110] Ricava, ad esempio, dalla previsione del dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi (intendendo per «leggi» tutte le norme prodotte da fonti del diritto oggettivo) il *principio di obbligatorietà delle norme* F. MODUGNO, *Principi generali dell'ordinamento*, ora in L. MENGONI-F. MODUGNO-F. RIMOLI, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2003, 61.

[111] Cfr. S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXXV (1986), 516.

[112] Cfr., in tema, M. DOGLIANI, *Interpretazioni della Costituzione*, Milano, 1982, 7 ss.; S. BARTOLE, *Interpretazioni e trasformazioni della Costituzione repubblicana*, Bologna, 2004, 41 ss.

un'ulteriore considerazione in merito alla natura *pluridimensionale* del vincolo in questione: se, infatti, compito del cittadino è di cooperare alla tutela ed allo sviluppo dell'ordinamento costituzionale, nell'identità dei suoi principi indefettibili, il suddetto dovere dovrà trovare attuazione nei più vari ambiti d'intervento del soggetto e assumerà una incisività variabile anche in relazione al ruolo ed ai compiti di volta in volta affidati al cittadino. Pertanto, si ritiene opportuno approfondire separatamente le questioni poste dalla previsione del dovere di fedeltà nella dimensione del semplice cittadino e quelle suscitate, invece, nell'ambito delle attività dei pubblici funzionari e nella sfera dei rapporti tra gli organi dello Stato-apparato.

9. Il dovere di adempiere le funzioni pubbliche con «disciplina ed onore», la «fedeltà qualificata», l'istituto del giuramento (rinvio)

Il comma 2 dell'art. 54, com'è noto, prevede, quale ulteriore dovere a carico dei cittadini cui siano «affidate» funzioni pubbliche, quello di adempiere queste ultime «con disciplina ed onore, prestando giuramento nei casi stabiliti dalla legge». In dottrina si è sostenuto che tale prescrizione configurerebbe una situazione soggettiva autonoma, denominabile «fedeltà qualificata», che scaturirebbe dall'integrazione dei due ordini concettuali della fedeltà e dell'osservanza della legge. In tale prospettiva, la prescrizione sancirebbe il carattere doveroso delle funzioni pubbliche [113]; nella dimensione propria del dovere di fedeltà, invece, l'impiego dell'espressione «affidate» evidenzierebbe il particolare vincolo di «*devozione*» nei confronti dello Stato che legherebbe gli stessi funzionari pubblici [114]. Tale vincolo non mostrerebbe un contenuto minimo e negativo, come il generale dovere di fedeltà gravante su tutti i cittadini, dal momento che il «duplice ordine concettuale (…) della *disciplina* e dell'*onore*», per un verso, ne circoscriverebbe il contenuto, ma, per altro verso, gli imprimerebbe «una più marcata forza vincolante ad ogni livello di esercizio delle pubbliche funzioni» [115]. Più specificamente, il termine «onore» rinvierebbe all'ambito concettuale della *buona fede*, la cui regola troverebbe applicazione anche nei rapporti tra amministrazione e privati; e ciò perché, definendo tale concetto la complessiva posizione del cittadino cui siano affidate funzioni pubbliche, esso informerebbe anche le relazioni di quest'ultimo con soggetti privati. D'altro canto, la «disciplina» connoterebbe esclusivamente il rapporto tra il funzionario e lo Stato ed, inoltre, verrebbe in evidenza soltanto in riferimento alle attività amministrative vincolate, giustificando

---

[113] Cfr. G.M. Lombardi, *Contributo*, cit., 176 s.

[114] *Ivi*, 179.

[115] *Ivi*, 180.

sia la struttura gerarchica dell'amministrazione sia l'esercizio del potere disciplinare [116].

Nella differenziazione dei suddetti contenuti sarebbe possibile rinvenire, pertanto, una certa autonomia dei concetti di «disciplina» ed «onore», anche se poi entrambi concorrerebbero a specificare, unitamente al dovere di adempimento delle pubbliche funzioni, la situazione soggettiva connessa al principio del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, di cui all'art. 97 Cost. [117]. Escludendo la possibilità di recuperare un'impostazione patrimonialistica nella configurazione della «fedeltà qualificata», tale dottrina asserisce, inoltre, che il solo presupposto della situazione configurata dal comma 2 dell'art. 54 sarebbe dato dall'«onore» e non dalla corresponsione di un emolumento; si trae così un criterio utile per vagliare la portata della «fedeltà qualificata» in relazione ad eventuali limitazioni che si intendessero imporre, nel suo presunto interesse, ai diritti costituzionali del funzionario pubblico. In particolare, si rileva come dal combinato disposto degli artt. 3 e 51 Cost. sia dato dedurre un divieto di qualificare l'adesione a (o l'astensione da) determinati orientamenti politici come un requisito per l'accesso agli uffici pubblici o alle cariche elettive (salva l'eccezione di cui all'art. 98, comma 3, Cost.). Nello stesso senso, non è possibile rinvenire in tali condizioni cause di limitazioni dei diritti dei funzionari, in base alla previsione della situazione di «fedeltà qualificata»; ciò, tuttavia, *solo nel momento dell'instaurazione del rapporto*, vale a dire, in una fase *preventiva*, giacché nel periodo successivo si porrebbero semmai problemi di *compatibilità*, e non di *capacità* [118].

«Disciplina» e «onore», pur concettualmente distinti, opererebbero normalmente in concomitanza, salvo nei casi in cui l'affidamento delle funzioni pubbliche non avesse luogo con l'instaurazione di un rapporto d'impiego e di un legame di subordinazione gerarchica. In tale circostanza, infatti, il principio di «disciplina» tenderebbe a perdere tutta, o quasi, la propria portata ed acquisterebbe maggiore ampiezza il complementare principio dell'«onore», così come, nei casi in cui fosse previsto per legge, l'istituto del giuramento, che proprio in quest'ultimo principio troverebbe il proprio presupposto fondamentale [119].

Tralasciando per il momento il tema del giuramento, sul quale si avrà modo di tornare più avanti, si può qui ricordare come tale ricostruzione sia stata criticata, per un verso, in quanto il comma 2 dell'art. 54 atterrebbe esclusivamente alla «maniera» in cui devono essere svolte le funzioni pubbliche e non avrebbe nulla a che vedere con il vincolo di fedeltà o con l'obbligo di esercitare le funzioni medesime per il perseguimento dei fini cui esse siano dirette [120]; e, per altro verso,

---

[116] *Ivi*, 180 ss.

[117] *Ivi*, 183 ss.

[118] *Ivi*, 189 s.

[119] *Ivi*, 195 s.

[120] C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali*, cit., 178; L. VENTURA, *Art. 54*, cit., 83.

perché la ricostruzione della situazione di «fedeltà qualificata», nel collegare il dovere di fedeltà al principio del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione, finirebbe con il legittimare indebite limitazioni dei diritti di libertà del funzionario (anche se soltanto nella costanza del rapporto di pubblico impiego) [121].

Nella sua giurisprudenza, la Corte costituzionale, tuttavia, sembra riconoscere una situazione unitaria di «fedeltà dei funzionari», desumibile dall'art. 54, comma 2, in forza della quale risulterebbero giustificati trattamenti sanzionatori più severi a carico di tali soggetti, nelle ipotesi di reati inerenti alle funzioni da essi esercitate. Così, ad esempio, il giudice delle leggi ha fatto salva la normativa che prevedeva un trattamento punitivo più rigoroso per i militari della guardia di finanza rispetto ai dipendenti civili dell'Amministrazione finanziaria dello Stato e agli altri organi di polizia giudiziaria in riferimento ad ipotesi di violazione di leggi finanziarie, giustificando la disparità in base al «vincolo di fedeltà che incombe su tutti coloro che esercitano pubbliche funzioni (v. art. 54, comma 2, Cost.)» e ai «particolari doveri inerenti alla tutela degli interessi finanziari dello Stato, la cui cura (…) è istituzionalmente affidata al Corpo della guardia di finanza» [122].

La Corte ha pronunciato poi l'infondatezza delle questioni sollevate in riferimento a una disposizione di legge che prevedeva la sospensione immediata dalla funzione o dall'ufficio nei confronti dei dipendenti pubblici che avessero riportato condanne, anche non definitive, per determinati delitti di criminalità organizzata, tra l'altro, in considerazione del fatto che l'esigenza cautelare che ispirava la previsione normativa si connetteva ad un «interesse della collettività meritevole di protezione dal punto di vista costituzionale» quale la «'credibilità' dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall''ombra' gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera». Il giudice costituzionale ha precisato, in tale occasione, che l'interesse in questione sarebbe riconducibile al principio di buon andamento della pubblica amministrazione «e in definitiva al rapporto 'politico' che lega gli utenti e i destinatari dell'attività amministrativa a coloro che, occupando pubblici uffici, hanno il dovere di adempiere le funzioni pubbliche loro affidate 'con disciplina ed onore' (art. 54, comma 2, Cost.), ponendosi 'al servizio esclusivo della Nazione' (art. 98, comma 1, Cost.)» [123]. In riferimento ad una questione sollevata successivamente riguardo ad una disposizione analoga, la Corte ha ribadito che «sia l'interesse generale al buon andamento della pubblica amministrazione che il rapporto di fiducia dei cittadini verso quest'ultima possono risultare gravemente

---

[121] Cfr., in tal senso, ancora L. VENTURA, *op. ult. cit.*, 85 ss.

[122] Sent. n. 70 del 1976, punto 5 del cons. in dir.; ma si veda anche, nello stesso senso, la sent. n. 539 del 1988.

[123] Sent. n. 206 del 1999, punto 4 del cons. in dir.

compromessi dalla permanenza in servizio di un dipendente condannato – sia pure in via non definitiva – per taluno dei delitti riguardati dalla norma impugnata. E ciò in considerazione della particolare gravità dei delitti stessi, comportanti la violazione dei fondamentali obblighi di fedeltà del pubblico dipendente»[124].

Nelle pronunce richiamate si opera una sovrapposizione tra situazioni giuridiche che, invero, andrebbero in qualche modo distinte, come, del resto, ha da tempo rilevato la dottrina: il dovere di adempiere le funzioni pubbliche «con disciplina ed onore» e il dovere di fedeltà all'amministrazione. Ed, infatti, com'è stato rilevato, se pure si volesse ricondurre l'insieme dei doveri di fedeltà all'amministrazione all'unico dovere di adempiere le funzioni con disciplina ed onore, quest'ultimo non si identificherebbe *tout court* con quello, dal momento che vincolerebbe anche quei cittadini che svolgano pubbliche funzioni, ma che non siano legati da un rapporto di fedeltà con la pubblicazione amministrazione, in quanto da essa non dipendenti. Inoltre, lo stesso dovere previsto dall'art. 54, comma 2, non si esaurirebbe nel legame di fedeltà alla Repubblica, potendosi dare «casi di indisciplina e di comportamento disonorevole» non qualificabili come condotte infedeli ai principi repubblicani[125].

Ad ogni modo, se pure il vincolo di fedeltà può atteggiarsi in modo differente a seconda del ruolo nel quale si venga a trovare di volta in volta il cittadino e delle funzioni che gli siano state eventualmente affidate, potendo in tal modo giustificare eventuali disparità di trattamento in merito a comportamenti comunque ritenuti illeciti dall'ordinamento, d'altro canto non sembra potersi accettare l'idea che tale diversa configurazione del dovere si traduca nella possibilità di esercitare restrizioni nei confronti delle libertà costituzionali. Ciò perché la fedeltà alla Repubblica si risolve nel necessario rispetto dei beni costituzionalmente riconosciuti e tutelati, tra cui rientrano innanzitutto gli stessi diritti di libertà[126]; ed anzi, come si tenterà di argomentare di qui a breve, sembra ravvisabile un rapporto di muta alimentazione tra la fedeltà e l'esercizio delle stesse libertà individuali.

10. Il paradosso del «doppio vincolo costituzionale» e la natura *pluridimensionale* del dovere di fedeltà, come *dovere di conoscenza e presunzione di sentimento* nei confronti dei valori repubblicani

Rimane da affrontare quello che potrebbe denominarsi il paradosso del «doppio vincolo costituzionale», esprimibile, in prima approssimazione, nei seguenti termini: il dovere di fedeltà alla Repubblica impone un sentimento di adesione ai

---

[124] Sent. n. 145 del 2002, punto 2.2 del cons. in dir.

[125] L. Ventura, *op. ult. cit.*, 100.

[126] Cfr. ancora L. Ventura, *op. ult. cit.*, 60 ss.

valori costituzionali, per definizione ingovernabile, ponendo il cittadino in una situazione di paradossale conflittualità interiore.

Così formulato, tuttavia, l'argomento risulta scorretto, in quanto muove dalla semplicistica identificazione della fedeltà con uno stato emotivo. In realtà, proprio perché il dovere imposto dal comma 1 dell'art. 54 si rivolge al cittadino inteso come persona, nella sua indissolubile unitarietà, esso non può che coinvolgere tutte le sfere della coscienza individuale, vale a dire – impiegando una tripartizione ormai classica dei fenomeni psichici – la conoscenza, la volontà e il sentimento del soggetto [127].

In tale prospettiva, lungi dall'imporre un mero stato emotivo (il che sarebbe ovviamente assurdo), l'art. 54 esprimerà, semmai, una *presunzione fiduciosa* che dalla conoscenza dei valori espressi nella legge fondamentale (o, più precisamente, dall'apprendimento delle circostanze storiche nelle quali hanno trovato affermazione quei valori e dallo studio dell'attuale realtà socio-politica) possa scaturire un moto di intima adesione del cittadino per l'etica repubblicana, che di per sé nessuna prescrizione giuridica potrebbe mai pretendere d'imporre [128].

---

[127] Si tratta della nota distinzione kantiana sulla quale cfr. *Critica del giudizio*, trad. it., Bari, 1967, 16 e F. BRENTANO, *Psychologie vom empirischen Standpunkte*, Wien, 1874.

[128] Se l'oggettività è una «qualità della conoscenza», la conoscenza dei valori presuppone l'oggettività di questi ultimi: sul punto cfr. F. VIOLA, *Oggettività e verità dei valori morali*, in AA.VV., *Essere giusti con l'altro*, a cura di C. Vigna, Torino, 2000, 25 ss. Suggestivo ed estremamente interessante ai nostri fini è un passo dell'enciclica *Deus caritas est* di Papa Benedetto XVI, ove si risponde a due domande di fondamentale importanza per il cattolico: «*è veramente possibile amare Dio pur non vedendolo?* E: *l'amore si può comandare?* Contro il duplice comandamento dell'amore – spiega il Pontefice – esiste la duplice obiezione, che risuona in queste domande. Nessuno ha mai visto Dio – come potremmo amarlo? E inoltre: l'amore non si può comandare; *è in definitiva un sentimento che può esserci o non esserci, ma che non può essere creato dalla volontà*» (n. 16; corsivi aggiunti). Posto l'indissolubile legame tra l'amore verso Dio e l'amore per il prossimo, si afferma che «*di fatto esiste una molteplice visibilità di Dio*. Nella storia d'amore che la Bibbia ci racconta, Egli ci viene incontro, cerca di conquistarci – fino all'Ultima Cena, fino al Cuore trafitto sulla croce, fino alle apparizioni del Risorto e alle grandi opere mediante le quali Egli, attraverso l'azione degli Apostoli, ha guidato il cammino della Chiesa nascente. Anche nella successiva storia della Chiesa il Signore non è rimasto assente: sempre di nuovo ci viene incontro – attraverso uomini nei quali Egli traspare; attraverso la sua Parola, nei sacramenti, specialmente nell'Eucaristia. Nella liturgia della Chiesa, nella sua preghiera, nella comunità viva dei credenti, noi sperimentiamo l'amore di Dio, percepiamo la sua presenza e impariamo in questo modo anche a riconoscerla nel nostro quotidiano» (n. 17; corsivi aggiunti). Quanto, poi, alla questione relativa alla possibilità di «comandare un sentimento», il Pontefice chiarisce che: «*l'amore non è soltanto un sentimento*. I sentimenti vanno e vengono. *Il sentimento può essere una meravigliosa scintilla iniziale, ma non è la totalità dell'amore*. (…) *È proprio della maturità dell'amore coinvolgere tutte le potenzialità dell'uomo ed includere, per così dire, l'uomo nella sua interezza*. L'incontro con le manifestazioni visibili dell'amore di Dio può suscitare in noi il sentimento della gioia, che nasce dall'esperienza dell'essere amati. *Ma tale incontro chiama in causa anche la nostra volontà e il nostro intelletto*. Il riconoscimento del Dio vivente è una via verso l'amore, e il sì della nostra volontà alla sua unisce intelletto, volontà e sentimento nell'atto totalizzante dell'amore. Que-

Emerge così l'importanza della dimensione culturale per l'affermazione e lo sviluppo dello Stato costituzionale, la cui struttura «aperta» presuppone un inesauribile scambio osmotico tra sistema giuridico e ambiente socio-culturale [129]. Non si potrà discorrere, pertanto, di un vincolo di sentimento, bensì di un *dovere di conoscenza*, che troverà attuazione nelle disposizioni costituzionali che prevedono quale compito della Repubblica quello di promuovere lo sviluppo della cultura (art. 9) e l'istruzione dei cittadini (art. 33) e in tutte le prescrizioni legislative che, all'interno di quest'ultima ed altrove, tendono ad agevolare la formazione di una diffusa educazione ad una convivenza civile [130]. D'altro canto, non si può trascurare che, per un verso, il suddetto dovere di conoscenza potrebbe non trovare piena e proficua attuazione e che, per altro verso, dalla cultura potrebbe anche non scaturire nel cittadino alcun trasporto per i valori repubblicani.

In ogni caso, negare che la fedeltà si esaurisca in un mero «fatto di sentimento» consente, se non proprio di risolvere, quanto meno di riformulare in altri termini il paradosso del «doppio vincolo». Se, infatti, occorre escludere ogni pretesa dell'ordinamento di prescrivere comandi alla sfera emotiva del soggetto, non si può trascurare l'ipotesi di conflitto tra i convincimenti interiori (di natura religiosa, morale o filosofica), più o meno liberamente formati e coltivati dal cittadino [131], con i valori espressi dai principi fondamentali della Repubblica. Si può forse sostenere che l'inaccessibilità della sfera interiore renda irrilevante (in quanto appunto imperscrutabile), dal punto di vista del diritto, l'ipotesi di conflitto tra convincimenti interiori e valori costituzionali che non si traduca in comportamenti materiali contrari a prescrizioni giuridiche; e, tuttavia, si deve ricono-

---

sto però è un processo che rimane continuamente in cammino: l'amore non è mai "concluso" e completato; si trasforma nel corso della vita, matura e proprio per questo rimane fedele a se stesso» (n. 17; corsivi aggiunti). Il passo offre diversi spunti, come si vedrà subito, per la risoluzione del paradosso del «doppio vincolo».

[129] Cfr. P. HÄBERLE, *Per una dottrina della Costituzione*, cit., spec. 31 ss. e L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 282 ss.

[130] L'educazione ai principi fondamentali della convivenza civile è ora tra gli obiettivi generali del processo formativo promosso dalla scuola primaria, ai sensi dell'art. 2, lett. *f*), l. n. 53 del 2003 (Delega al Governo per la definizione delle norme generali sull'istruzione e dei livelli essenziali delle prestazioni in materia di istruzione e formazione professionale); cfr. anche le *Indicazioni nazionali per i piani di studio personalizzati nella scuola primaria*, consultabili in *www.pubblica.istruzione.it*.

[131] Cfr., al riguardo, T. MARTINES, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, ora in ID., *Opere*, IV, *Libertà e altri temi*, Milano, 2000, 137, secondo il quale «una coscienza che si è formata in seguito a false o distorte rappresentazioni non è una coscienza ed, in ogni caso, non è una coscienza libera (e, dunque, non appartiene al soggetto, all'"io pensante", ma è un prodotto a lui, in tutto o in parte, estraneo)». Non è affatto agevole, tuttavia, rinvenire criteri sufficientemente certi per distinguere i convincimenti *liberamente* formati dal soggetto da quelli inficiati da "cattivi" condizionamenti. Sulla necessità di tutelare il processo formativo della coscienza cfr. anche J. LUTHER, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 1996, 681 ss. e spec. 689.

scere, per un verso, che l'estraneità delle *Weltanschauungen* dei membri della comunità politica rispetto al patrimonio assiologico dell'ordinamento può riverberarsi sulle dinamiche intepretative ed applicative del diritto, allorché quei cittadini siano chiamati a confrontarsi con (e a dare attuazione ed esecuzione al)le disposizioni espressive dei valori costituzionali medesimi, e, per altro verso, che tale scollamento tra coscienza civile e principi repubblicani pone, su vasta scala, un problema di effettività del sistema costituzionale nel suo complesso. In altri termini, non può affatto escludersi la possibilità di un conflitto irresolubile tra libertà di coscienza e fedeltà alla Repubblica.

La Corte costituzionale, com'è noto, ha definito la coscienza come quella «relazione intima e privilegiata dell'uomo con se stesso», che costituisce la «base spirituale-culturale e il fondamento di valore etico-giuridico» delle libertà fondamentali e dei diritti inviolabili riconosciuti dall'art. 2 Cost.; si tratterebbe, in sostanza, del «principio creativo che rende possibile la realtà delle libertà fondamentali dell'uomo» e che, ponendosi quale «regno delle virtualità di espressione dei diritti inviolabili del singolo nella vita di relazione», godrebbe di «una protezione costituzionale commisurata alla necessità che quelle libertà e quei diritti non risultino irragionevolmente compressi nelle loro possibilità di manifestazione e di svolgimento a causa di preclusioni o di impedimenti ingiustificatamente posti alle potenzialità di determinazione della coscienza medesima». In tal senso, la sfera della coscienza, tutte le volte in cui risultasse «ragionevolmente necessaria» allo scopo di garantire il «nucleo essenziale di uno o più diritti inviolabili dell'uomo, quale, ad esempio, la libertà di manifestazione dei propri convincimenti morali o filosofici (art. 21 Cost.) o della propria fede religiosa (art. 19 Cost.)», si configurerebbe come «il riflesso giuridico più profondo dell'idea universale della dignità della persona umana che circonda quei diritti» [132].

La Corte ha, quindi, riconosciuto alla libertà di coscienza la natura di diritto inviolabile, che troverebbe fondamento nel combinato disposto degli artt. 2, 19 e 21 Cost. [133].

---

[132] Sent. n. 467 del 1991, punto 4 del cons. in dir.; sulla base di tale presupposto la Corte afferma, pertanto, che, «se pure a seguito di una delicata opera del legislatore diretta a bilanciarla con contrastanti doveri o beni di rilievo costituzionale e a graduarne la possibilità di realizzazione in modo da non arrecar pregiudizio al buon funzionamento delle strutture organizzative e dei servizi d'interesse generale, la sfera di potenzialità giuridiche della coscienza individuale rappresenta, in relazione a precisi contenuti espressivi del suo nucleo essenziale, un valore costituzionale così elevato da giustificare la previsione di esenzioni privilegiate dall'assolvimento di doveri pubblici qualificati dalla Costituzione come inderogabili (cd. obiezione di coscienza)». Sul ruolo della coscienza nell'ambito dell'ordinamento democratico-costituzionale cfr., per tutti, anche per ulteriori riferimenti, G. Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione. I limiti del diritto di fronte ai convincimenti interiori della persona*, Milano, 2000.

[133] Cfr., soprattutto, sentt. nn. 467 del 1991, 422 del 1993 e 149 del 1995. Sulle ricostruzioni dottrinali relative al fondamento costituzionale della libertà di coscienza cfr. G. Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione*, cit., 91 ss.

Posto che la libertà di coscienza (intesa anche come diritto alla *libera formazione* della coscienza stessa) trova un riconoscimento costituzionale, pur indiretto, si può ragionevolmente argomentare, in definitiva, che sia la rispondenza dei comportamenti del cittadino ai suoi convincimenti interiori sia la libera manifestazione (e, ancora prima, formazione) di questi ultimi corrispondano ad esigenze dell'ordinamento repubblicano, dovendo ricevere da parte di quest'ultimo la più ampia tutela. Se così è, tuttavia, può sempre riproporsi la situazione di doppio vincolo cui si è accennato sopra, allorché gli stessi convincimenti interiori del soggetto non coincidano o addirittura si pongano in contrasto con alcuni (o tutti i) valori repubblicani.

Al di là dell'impegno che le istituzioni dovrebbero profondere per assicurare le condizioni necessarie a consentire una formazione delle coscienze quanto più possibile libera da condizionamenti in senso lato «patologici», il migliore rimedio di cui disponga l'ordinamento per liberare il cittadino da siffatta condizione è proprio quello di *collocarlo nell'altrettanto paradossale posizione di chi esprime, nel modo più libero, il proprio dissenso*.

Il più ampio riconoscimento e la promozione delle condizioni di effettività del diritto alla libera manifestazione del pensiero, anche qualora quest'ultimo si traduca in una critica radicale alle istituzioni o ai principi fondanti dell'ordinamento repubblicano, forniscono la *cura democratica* al «doppio vincolo costituzionale», ponendo il cittadino dissidente in una condizione di «doppio vincolo terapeutico», nella quale *ogni critica al regime repubblicano si traduce nell'esercizio di un diritto repubblicano*. Il che, se per un verso potrà anche suscitare in chi non crede nei valori repubblicani almeno qualche dubbio sulla bontà di un regime che consente la critica estrema ai suoi stessi principi ispiratori, per altro verso *costituirà paradossalmente una forma di adempimento del dovere di fedeltà alla Repubblica*; quest'ultima, infatti, non potrà che trovare giovamento dal confronto serrato tra opinioni e idee contrastanti, utile ad assicurarne la sopravvivenza e l'evoluzione nell'identità dei suoi principi fondamentali.

Occorre rilevare, infine, come una siffatta impostazione dei rapporti tra fedeltà e libertà non comporti necessariamente la funzionalizzazione della seconda alla prima: la libertà di manifestazione del pensiero costituisce, infatti, al di là della capacità «terapeutica» che le si è qui voluto riconoscere, un valore da tutelare autonomamente, in quanto condizione essenziale di affermazione e di sviluppo della persona umana.

11. Fedeltà alla Repubblica e reati di vilipendio

La fedeltà alla Repubblica, pertanto, *implica* la libera manifestazione del pensiero e non può costituire una fonte di limitazione del relativo diritto, in quanto, come già rilevava C. Esposito, «il costituente (…) *ha espresso la propria fede nel diritto proclamato*, ha ritenuto che fuori dai casi direttamente vietati, l'esercizio di

questo diritto non costituisca un pericolo generale per la saldezza degli istituti, per la conservazione della pace sociale e per la vita della Repubblica, perché le affermazioni pericolose sarebbero state contraddette da altre che ne avrebbero posto in luce la pericolosità eliminandola, e la propaganda delle idee sovversive sarebbe stata vinta da quella delle idee costruttive e la verità avrebbe illuminato se stessa e l'errore» [134].

In tale prospettiva, non risulta agevole giustificare la previsione, da parte della vigente legislazione penalistica, di una serie di reati di vilipendio contro le istituzioni e i simboli repubblicani e nazionali. Tale disciplina, com'è noto, è stata recentemente coinvolta da una complessiva revisione che ha inteso recepire istanze garantiste da tempo manifestate in dottrina [135].

Si è affermato, in particolare, che nessuna delle argomentazioni addotte, in sede di dibattito teorico e in ambito giurisprudenziale, a giustificazione di siffatte norme resisterebbe ad un'attenta valutazione critica [136]: non quella secondo cui non godrebbe di tutela costituzionale ogni manifestazione del pensiero futile, inidonea ad esprimere un giudizio e quindi inutile per lo sviluppo delle istituzioni [137]; né, tanto meno, quella in base alla quale i reati di vilipendio politico tutelerebbero un bene di rilevanza costituzionale (il prestigio delle istituzioni), bilanciabile con la libertà di manifestazione del pensiero [138]. La prima ricostruzione

---

[134] *La libertà di manifestazione del pensiero*, cit., 53 (corsivi aggiunti). È questa, del resto, la classica posizione dell'ottimismo liberale: cfr., per tutti, J.S. MILL, *Sulla libertà*, trad. it., Milano, 2000, spec. 69 ss.

[135] La l. n. 85 del 2006, recante «Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione», riguardo agli articoli qui specificamente rilevanti, ha convertito le sanzioni detentive in pene pecuniarie, sicché il vilipendio della Repubblica, delle istituzioni costituzionali e delle forze armate è ora sanzionato con una multa da euro 1.000 a 5.000 (e non più con la reclusione da sei mesi a tre anni), così come quello alla nazione (che, invece, precedentemente era punito con la reclusione da uno a tre anni). Il vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato, infine, incontra adesso la sanzione di una multa da euro 1.000 a 5.000, aumentabile da euro 5.000 a 10.000 «nel caso in cui il medesimo fatto sia commesso in occasione di una pubblica ricorrenza o di una cerimonia ufficiale» (in tale ipotesi, in precedenza la sanzione consisteva, invece, nella reclusione da uno a tre anni), o ancora quella della reclusione fino a due anni quando la condotta consiste nel distruggere, disperdere, deteriorare, rendere inservibile o imbrattare la bandiera nazionale o un altro emblema dello Stato «pubblicamente e intenzionalmente». In tema cfr., adesso, L. ALESANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

[136] Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale*, *Parte speciale*, I, Bologna, 2002, 93.

[137] Cfr., per questa tesi, tra gli altri, P. ROSSI, *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, 104 ss.; G. DELITALA, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Iustitia*, 1959, 392; G. BETTIOL, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, 648.

[138] Cfr., in tal senso, tra gli altri, G. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in AA.VV., *Legge penale e libertà di pensiero*, Milano, 1966, 100. Ma proprio in questa direzione si muove da tempo la stessa giurisprudenza costituzionale: cfr.

non coglierebbe, infatti, il «nucleo essenziale e fondamentale della libertà di pensiero», vale a dire la sua natura «politica e pratica», in forza della quale tale libertà dovrebbe includere «ogni forma espressiva sia dell'intelletto come dell'emozione, non importa se mediata culturalmente o resa con linguaggio popolare» [139]; ed, invero, sembra condivisibile in sé l'osservazione per cui la tutela delle espressioni di pensiero non possa essere condizionata dalle forme comunicative impiegate, che ovviamente variano a seconda della condizione socio-culturale del soggetto [140]. La seconda tesi, invece, risulterebbe criticabile in quanto proporrebbe un rapporto inaccettabile, nella cornice di un ordinamento democratico, tra prestigio delle istituzioni pubbliche e libertà di espressione del pensiero dei cittadini: sostiene tale dottrina, infatti, che «il prestigio è solo il risultato del buon funzionamento delle varie istituzioni, per cui la sua aprioristica e assoluta difesa si tradurrebbe in uno strumento destinato a privilegiare ulteriormente i detentori del potere» [141].

Il giudice delle leggi ha ritenuto compatibile le figure criminose di vilipendio politico con il riconoscimento costituzionale del diritto alla libera manifestazione del pensiero, *integrando* il concetto di «vilipendio» con l'elemento del *pericolo di disobbedienza* alle istituzioni e all'autorità pubblica, che scaturirebbe dal disprezzo manifestato dal soggetto agente [142]. Tale pronuncia è stata criticata sia perché l'addizione dell'elemento anzidetto trasformerebbe il vilipendio in una «forma di istigazione dai contorni sempre più indefiniti», sia perché il richiamo al rischio della disobbedienza trascurerebbe il fatto che proprio le manifestazioni di pensiero «serie, meditate e critiche» avrebbero una maggiore «capacità disgregativa» di quelle rozze e grossolane, generalmente punite con la previsione dei reati di vilipendio. In definitiva, dietro i vilipendi sarebbe dato scorgere un

---

soprattutto sent. n. 20 del 1974. Sui limiti della libertà di manifestazione del pensiero cfr. ora, per tutti, A. PACE-M. MANETTI, *Art. 21: La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna-Roma, 2006, 97 ss.

[139] G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 93 s.

[140] Cfr., in tal senso, D. PULITANO, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, 192.

[141] G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 94.

[142] «Secondo la comune accezione del termine, il vilipendio consiste nel tenere a vile, nel ricusare qualsiasi valore etico o sociale o politico all'entità contro cui la manifestazione è diretta sì da negarle ogni prestigio, rispetto, fiducia, in modo idoneo a indurre i destinatari della manifestazione (si consideri che per il delitto di cui all'art. 290 è richiesto l'elemento della pubblicità quale definito nell'art. 266, comma 4) al disprezzo delle istituzioni o addirittura ad ingiustificate disobbedienze. Ciò con evidente e inaccettabile turbativa dell'ordinamento politico-sociale, quale è previsto e disciplinato dalla Costituzione vigente. Il che, per le ragioni sopraccennate, non esclude che si possa, ma con ben diverse manifestazioni di pensiero, propugnarne i mutamenti che si ritengano necessari»: sent. n. 20 del 1974, punto 5 del cons. in dir.

«residuo tabuistico di sacralità», la quale dovrebbe intendersi come estranea alle istituzioni liberal-democratiche, non potendo incidere in alcun modo sul bilanciamento tra beni costituzionali confliggenti [143].

Tralasciando qui gli aspetti più strettamente penalistici della questione e, segnatamente, il problema della distinzione tra vilipendio ed istigazione, si può rilevare, tuttavia, come la ricostruzione appena richiamata non appaia condivisibile per diversi motivi.

Innanzitutto, l'asserzione secondo cui gli ordinamenti democratici contemporanei rifiuterebbero ogni esperienza di sacralità, oltre a non trovare riscontro nella realtà dei sistemi istituzionali vigenti, nei quali invece si ravvisano forme evidenti di sacralizzazione delle istituzioni politiche, non pare corrispondere nemmeno – il che è ovviamente più importante – al modello di democrazia costituzionale, che lungi dal fondarsi in modo esclusivo su di una pretesa istanza razionalistica, persegue quale suo scopo ultimo la piena tutela della dignità della persona. Ed, in tal senso, è difficile negare che proprio quella del sacro costituisce un'esperienza ricorrente (e forse indefettibile) della stessa condizione umana. Se si condividono le premesse da cui ha preso avvio la ricerca si può forse sostenere che la presenza di una sfera sacrale anche nella dimensione del diritto dipende dall'impossibilità di concepire compiutamente ogni ambito dell'agire umano e, dunque, anche quello giuridico. L'esperienza del sacro, infatti, apre al trascendente, ad una realtà altra e diversa rispetto a quella delle regole e delle istituzioni giuridiche, una dimensione che deve essere data per presupposta, anche se non può assumersi, per i motivi che si sono ricordati, come sede in cui rinvenire il fondamento ultimo del diritto.

Diversamente, sottovalutando tale aspetto della dinamica istituzionale, per un verso, si rischia di svalutare la funzione che le disposizioni costituzionali dotate di una particolare valenza simbolico-politica svolgono nel processo d'integrazione comunitaria (si pensi soltanto al riconoscimento del tricolore come *esclusiva* bandiera repubblicana o alle previsioni che impongono il giuramento di fedeltà alle più alte cariche dello Stato) [144]; per altro verso, si può finire col disconoscere quanto di sacrale ed in qualche modo irrazionale vi sia nelle *forme* e nei *limiti* entro cui, a norma dell'art. 1 Cost., può esercitarsi la sovranità popolare (espressione metaforica anche questa, suscettibile delle più varie interpretazioni).

Nella dimensione del sacro i simboli (come i riti) svolgono una funzione essenziale di mediazione con il trascendente. Le configurazioni simboliche di cui si discorre qui non consistono in segni arbitrari e convenzionali, ma in rappresentazioni caratterizzate da una permanente vaghezza e da una forte capacità evocativa all'interno del contesto culturale dato. Com'è stato rilevato da più parti, in tale accezione il simbolo esprime sempre *la presenza di qualcosa di assente o che è*

---

[143] G. FIANDACA-E. MUSCO, *op. cit.*, 95.

[144] Cfr., in tema, soprattutto M.G. PELAYO, *Miti e simboli politici*, trad. it., Torino, 1970, spec. 142 ss. e R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, trad. it., Milano, 1988, 177 ss.

impossibile percepire diversamente, qualcosa la cui stessa conoscibilità dipende dal simbolo [145]; quest'ultimo rivela, pertanto, un «valore costitutivo» essenziale [146].

L'osservazione della dinamica propria della democrazia indiretta mostra come una funzione analoga sia svolta dal rappresentante politico, chiamato a rendere presente un'entità astratta (nel caso dei parlamentari, ad esempio, la «nazione», *ex* art. 67 Cost.). Del resto, la definizione più ampia e generica del verbo «rappresentare» – che, invero, com'è stato notato, tende a ridurre la stessa «rappresentanza» ad un modo di essere, alla mera «situazione» del rappresentante, trascurando la natura relazione del concetto e, dunque, il «rapporto» che il rappresentante stesso intrattiene sempre con il rappresentato [147] – fa proprio riferimento all'idoneità di rendere presente un'entità che per qualche motivo è materialmente assente [148]. Ancora illuminante, al riguardo, è il passo del *Leviatano* in cui T. Hobbes parla del modo in cui «una moltitudine di uomini diventa una persona» e rileva che «è l'*unità* del rappresentante e non l'*unità* del rappresentato che fa *una* la persona, ed è il rappresentante che sostiene quella persona ed essa soltanto, non potendo altrimenti l'*unità* essere compresa nella moltitudine» [149].

Configurazioni simboliche e comportamenti rituali non costituiscono, pertanto, ingombranti orpelli ereditati dal passato, ma, per un verso, necessari strumenti di sviluppo delle dinamiche interne alla democrazia costituzionale e, per altro verso, forme di espressione di quel sentimento di adesione ai valori repubblicani che, come si è detto, l'ordinamento può solo auspicare fiduciosamente, ma non imporre; ed, in tal senso, si può forse affermare che i simboli repubblicani costituiscano *ierofanie* dei valori costituzionali, in quanto tali meritevoli di tutela giuridica [150].

Se così è, pur riconoscendo la massima estensione alla libera manifestazione del pensiero, può forse individuarsi uno spazio residuo per i reati di vilipendio.

In particolare, qualificando il vilipendio come una condotta di «aggressione

---

[145] «Il simbolo (…) presuppone sempre che l'espressione scelta sia la migliore indicazione o formulazione possibile di un dato di fatto relativamente sconosciuto, ma la cui esistenza è riconosciuta o considerata necessaria»: C.G. JUNG, *Tipi psicologici*, in *Opere*, VI, trad. it., Torino, 1969, 483. Sul punto cfr. anche U. GALIMBERTI, *La terra senza il male. Jung: dall'inconscio al simbolo*, Milano, 2001, 71 ss.

[146] Così G.M. CHIODI, *Sul simbolico nelle scienze politico-sociali. Nota introduttiva*, in AA.VV., *L'immaginario e il potere*, a cura dello stesso G.M. Chiodi, Torino, 1992, 12.

[147] Cfr., in tal senso, D. NOCILLA-L. CIAURRO, *Rappresentanza politica*, in *Enc. dir.*, XXXVIII (1987), 544 ss.

[148] Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, trad. it., Milano, 1984, 277: «La rappresentanza non è né un fatto normativo né un processo né una procedura, ma qualcosa di esistenziale. Rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente».

[149] *Leviatano* (1651), cap. XVI, trad. it., Milano, 2001, 271.

[150] Sui simboli come *ierofanie* (o manifestazioni del sacro) cfr. M. ELIADE, *Trattato di storia delle religioni*, trad. it., Torino, 1999.

simbolica»[151] ed auspicando altresì, *de iure condendo*, un'ulteriore riduzione delle ipotesi criminose, si potrebbero includere tra le forme di vilipendio soltanto gli *atti volti a svilire pubblicamente e, dunque, a desacralizzare i simboli repubblicani*. Identificando la fattispecie criminosa tipica in un *gesto materiale* compiuto in un luogo pubblico (il cui modello paradigmatico potrebbe essere rinvenuto nell'atto di dare fuoco alla bandiera nazionale, anche se proprio relativamente a tale ipotesi si registrano celebri precedenti giurisprudenziali di diverso indirizzo)[152] sarebbe possibile tracciare una chiara linea di confine tra pur eccessive manifestazioni del pensiero e condotte vilipendiose; a ben vedere, potrebbero qualificarsi con sufficiente sicurezza come tali soltanto gli *atti di aggressione fisica (cui si potrebbero accostare le gravi e violente espressioni ingiuriose rivolte) ad impersonali simboli della Repubblica*. Al di fuori di tali ipotesi, resta il dubbio di legittimità costituzionale relativamente ad ogni altra incriminazione che identifichi come forme di vilipendio mere espressioni di dissenso, che, anche se rese in forme grossolane, non dovrebbero intendersi illegittime. Del resto, le offese mosse contro persone fisiche, che rivestissero cariche di rango costituzionale, potrebbero ricadere in molti casi entro l'ambito applicativo delle norme che sanzionano i delitti contro l'onore. La specificità del vilipendio contro i simboli impersonali della Repubblica deriverebbe dalla circostanza che siffatte configurazioni simboliche (non altrimenti tutelabili se non con specifiche previsioni normative) esprimono il diffuso sentimento di adesione ai valori repubblicani e, nel contempo, costituiscono entità in grado di polarizzare il dissenso nei confronti delle istituzioni politiche[153]. Pertanto, aggressioni rivolte pubblicamente nei loro confronti acquisterebbero anch'esse una forte connotazione simbolica, in grado di inne-

---

[151] Cfr. R. PALMIERI, *Vilipendio politico*, in *Enc. dir.*, XLVI (1993), 754 ss.

[152] Si allude ovviamente alla giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, che in più occasioni ha affermato l'incostituzionalità della normativa che sanzionava l'oltraggio alla bandiera (*flag desecration*), in quanto l'atto di bruciare il simbolo in questione costituirebbe una forma di libera espressione del cittadino, riconosciuta dal primo emendamento: *Texas v. Johnson* 491 U.S. 397 (1989); *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990). In molti Stati, tuttavia, sono ancora vigenti previsioni legislative volte a sanzionare l'oltraggio alla bandiera e, al livello federale, sono state avanzate numerose proposte intese ad introdurre misure punitive nei confronti degli atti di vilipendio al simbolo nazionale. Gli atteggiamenti delle istituzioni pubbliche nei confronti delle forme di oltraggio ai simboli nazionali variano, tuttavia, da paese e paese: si pensi, ad esempio, alla legge francese del 13 febbraio 2003, che ha introdotto nel codice penale un nuovo articolo 433-1, che prevede la sanzione del vilipendio alla bandiera secondo modalità giudicate dal Consiglio costituzionale conformi ai principi della Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789 e della Costituzione del 1958.

[153] Cfr. U. ECO, *Semiotica e filosofia del linguaggio*, Torino, 1997, 240 s., il quale rileva che «il modo simbolico risponde a esigenze di controllo sociale: una autorità carismatica polarizza, sull'ossequenza al simbolo, i dissensi e le contraddizioni, perché nel contenuto nebuloso del simbolo le contraddizioni (potendo tutte convivere) in qualche modo si compongono. È come se, nel modo simbolico, si verificasse un consenso *fatico*: non si è d'accordo su ciò che il simbolo vuole dire ma si è d'accordo nel riconoscergli un potere semiotico».

scare dinamiche sociali incontrollabili. Al di là di esigenze di pubblica sicurezza, tuttavia, la tutela dei simboli repubblicani si dovrebbe giustificare per il fatto che tali configurazioni rendono visibile quel sentimento di sacralità laica che costituisce una condizione fondamentale del processo d'integrazione socio-politica, proprio perché riflette un'insopprimibile esigenza della persona umana.

11.1. Segue. *Il dovere di fedeltà come divieto di comportamenti materiali volti a sovvertire il sistema costituzionale repubblicano*

Da quanto si è fin qui detto possono trarsi ulteriori conclusioni riguardo ai contenuti specifici del dovere di fedeltà.

In particolare, si può sostenere la possibilità di collegare una funzione normogenetica, non soltanto al dovere di conoscenza dei valori repubblicani (che, come si è detto, sarebbe possibile desumere da tale situazione), ma anche alla fiduciosa presunzione di sentimento che l'art. 54, comma 1, esprimerebbe. In tal senso, si può sostenere che la disposizione in esame (in combinato disposto con l'art. 12 Cost.) fornisca una copertura costituzionale alle prescrizioni penali che sanzionano condotte vilipendiose nei confronti dei simboli repubblicani. Ma, invero, qualora si intendesse – come si è scelto qui di fare – il vilipendio come una forma di «aggressione simbolica», volta a svilire e a desacralizzare i simboli repubblicani, si potrebbe anche affermare che le disposizioni penali volte a sanzionare tale condotta costituiscano specificazione di un *generale divieto, desumibile anch'esso dall'art. 54, comma 1, di adottare comportamenti materiali e violenti, volti a sovvertire il sistema costituzionale repubblicano*; ulteriori specificazioni di siffatto divieto si rinverrebbero, secondo la dottrina, nelle disposizioni che incriminano i delitti contro la personalità dello Stato [154]. Si è detto, tuttavia, che tali prescrizioni tutelano l'ordinamento nella sua configurazione più astratta e non risultano idonee, pertanto, ad apprestare una garanzia sufficiente ad assicurare la continuità del sistema costituzionale nell'identità dei suoi principi fondamentali. Anzi, disposizioni di tal sorta potrebbero anche essere impiegate, data la loro strutturale neutralità, per sovvertire l'assetto istituzionale della Repubblica, da parte di forze politiche eversive che, per ipotesi, fossero giunte al potere anche attraverso i canali democratici [155].

Una funzione difensiva ben più significativa, in riferimento al patrimonio assiologico dell'ordinamento repubblicano, potrebbe attribuirsi, invece, al comma 1 dell'art. 54, qualora gli si riconoscesse, nei termini che si tenterà di chiarire di qui a breve, l'attitudine a costituire un limite assoluto al riconoscimento legislativo di alcune ipotesi di obiezione di coscienza.

---

[154] Cfr. L. VENTURA, *Art. 54*, cit., 75 ss.

[155] *Ivi*, 77.

12. La fedeltà alla Repubblica tra «religione civile» e «patriottismo costituzionale»

Prima di affrontare il tema dei rapporti tra fedeltà alla Repubblica e obiezione di coscienza, appare utile sviluppare ancora qualche osservazione sul ruolo che il dovere di cui alla prima parte dell'art. 54, comma 1, svolge (e su quelli che, in modo più proficuo, potrebbe svolgere) all'interno delle dinamiche d'integrazione dell'ordinamento democratico.

In particolare, occorre chiedersi se il suddetto vincolo, data la varietà e pervasività delle sue manifestazioni, fondi o meno una sorta di «religione civile» [156].

Al riguardo, è possibile notare come, nonostante siano riscontrabili, come si è detto, in tutti i sistemi giuridici moderni e contemporanei (compreso ovviamente quello italiano) evidenti espressioni di sacralizzazione delle istituzioni politiche [157], la formula «religione civile» non risulti spendibile in modo proficuo nell'ambito di una ricerca giuridica sui connotati strutturali della democrazia costituzionale; e ciò sia per la vaghezza stessa dell'espressione, impiegata per denotare modelli politico-istituzionali nei quali i rapporti tra pubblici poteri e confessioni religiose sono stati definiti secondo criteri profondamente diversi, sia per le stesse peculiari caratteristiche del sistema italiano, che ne fanno un caso del tutto specifico, al quale difficilmente potrebbe adattarsi lo schema di una religione del *civis*.

Sul primo versante, è noto che l'espressione roussoiana è stata recuperata solo recentemente nell'ambito delle scienze sociali, soprattutto grazie agli studi di R.N. Bellah, il quale, pur senza sostenere una diretta influenza del *Contratto sociale* sulla concreta esperienza statunitense, impiegò la formula «religione civile» per indicare proprio il modello nordamericano dei rapporti tra istituzioni e comunità, ricostruito come un sistema in grado di coniugare istanze patriottiche a valori tendenzialmente universalistici e trascendenti, idoneo a rafforzare il vincolo dei cittadini alle istituzioni medesime e, nel contempo, ad evitare eventuali degenerazioni assolutistiche o totalitarie [158]. L'espressione venne poi estesa anche al

---

[156] Sulla nozione di «religione civile», formula che viene fatta risalire ordinariamente a J.-J. Rousseau, *Contratto sociale*, a cura di A. Illuminati, Scandicci (FI) 1980, 77 ss., cfr., tra gli altri, D. Farias, *Idealità e indeterminatezza dei principi costituzionali*, Milano, 1981, 247 ss.; G.E. Rusconi, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Roma-Bari, 1999, spec. 39 ss.; E. Gentile, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Roma-Bari, 2001, spec. 25 ss.; A. Ferrari, *Laicità e religione civile: qualche osservazione su un «matrimonio dispari»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2003, 139 ss.; AA.VV., *Pluralismo e religione civile. Una prospettiva storica e filosofica*, Atti del Convegno di Vercelli (Università del Piemonte Orientale), 24-25 giugno 2001, a cura di G. Paganini e E. Tortarolo, Milano, 2004.

[157] Cfr. per tutti, in argomento, E. Gentile, *op. cit.*, *passim*.

[158] Cfr. *Al di là delle fedi. Le religioni in un mondo post-tradizionale*, trad. it., Brescia, 1975, spec. 185 ss.

modello francese, connotandosi di caratteri diversi ed, in particolare, di tendenze anticlericali e anticristiane, e successivamente ha trovato applicazione a contesti sempre più eterogenei, perdendo «in nitore e perspicuità» [159].

Al di là della molteplicità degli usi riscontrabili, certo è che la formula in questione mal si presta ad operazioni di ridefinizione, risultando tutt'altro che agevole la ricerca sia di un significato condivisibile del termine «religione», che possa adattarsi in modo non problematico a contesti socio-politici, sia del contenuto ascrivibile allo *status* ed al rapporto di cittadinanza in ordinamenti che mirino ad assicurare la propria unità nel rispetto del pluralismo sociale ed istituzionale. Ed, infatti, il tema della «religione civile» rimanda, in definitiva, al problema della coesione sociale e alla ricerca di modelli di aggregazione adeguati alle esigenze delle odierne comunità politiche complesse.

In modo forse meno impegnativo, si potrebbe affermare, dunque, che il dovere di fedeltà fornisce un fondamento positivo alle manifestazioni simboliche e rituali di un «patriottismo costituzionale» necessario alle esigenze di coesione della democrazia pluralista [160]; e ciò pure nella consapevolezza che i valori intorno ai quali si sollecita lo sviluppo del processo d'integrazione sono comunque soltanto i prodotti di una cultura storicamente data. Di tale cultura, tuttavia, essi costituiscono la cifra più qualificante.

Dinanzi all'aggressività dei fondamentalismi religiosi, infatti, il rischio maggiore per la democrazia costituzionale è proprio quello di smarrire la sua peculiare e caratterizzante connotazione assiologica, nella ricerca di paradigmi identitari dotati forse di maggiore fascino, ma già sperimentati nella storia dell'Occidente con risultati fallimentari e finanche tragici.

In tale prospettiva, può apparire emblematica la vicenda italiana dei simboli *lato sensu* identitari. Se, infatti, per un verso si può guardare con favore all'ispirazione liberale che sembrerebbe aver animato la recente revisione dei reati di vilipendio al tricolore ed agli altri emblemi repubblicani, per altro verso tale modifica potrebbe acquistare tutt'altro significato se letta alla luce della più recente giurisprudenza relativa all'esposizione dell'icona del crocifisso nelle aule degli istituti scolastici e in altri uffici pubblici ed, ancora, di alcuni progetti di legge, presentati nel corso della legislatura appena trascorsa, volti ad imporre l'esposizione del simbolo in tutti i locali pubblici, prevedendo altresì sanzioni penali nel caso di sua rimozione [161].

---

[159] G. SILVESTRINI, *Religione civile e repubblicanesimo: una rilettura del modello roussoiano*, in AA.VV., *Pluralismo e religione civile*, cit., 140.

[160] Cfr., in tema, soprattutto J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it., Milano, 1999, 41 ss.

[161] La questione relativa alla presenza del crocifisso nelle scuole ed in altri edifici pubblici, com'è noto, ha suscitato un acceso dibattito nella sfera pubblica ed in ambito scientifico ed ha offerto un'ulteriore occasione di approfondimento dei temi inerenti alla laicità ed alla libertà di religione: nell'ampia letteratura in tema si rinvia soltanto, anche per ulteriori riferimenti bi-

Sorge il sospetto che il diverso atteggiamento manifestato dagli organi politici e dalla magistratura riguardo ai simboli repubblicani e cristiani riveli un processo di ridefinizione dei presupposti di appartenenza alla comunità politica.

La laicizzazione di simboli religiosi e la loro sostanziale conversione in segni del potere, da un lato, e la presupposta, contestuale svalutazione nel sentire sociale delle raffigurazioni repubblicane tradizionali, dall'altro, potrebbero costituire sintomi di un tendenziale smarrimento di quell'ispirazione pluralistica e tollerante che caratterizza l'attuale democrazia costituzionale. In tal senso, si può rilevare come il contributo che il cristianesimo ha fornito a tale patrimonio sia certo fondamentale; e, tuttavia, il suo riconoscimento deve trovare luogo nelle sedi in cui si svolge il dialogo culturale (e inter-culturale) che consente la sopravvivenza e lo sviluppo delle stesse istituzioni repubblicane, non certo in disposizioni giuridiche dalla forte carica simbolica ed evocativa.

13. Conflitti di fedeltà e obiezione di coscienza

Il quadro dei rapporti tra il dovere di fedeltà e il diritto alla libera manifestazione del pensiero, nei termini in cui si è tentato qui di ricostruire, potrebbe forse risultare irenico, ma, invero, è proprio un'*antropologia ottimistica* quella che giustifica la struttura «aperta» di una democrazia «che non si difende» dalle critiche anche più forti e violente che le vengano rivolte, nella convinzione che la migliore difesa contro simili attacchi consista proprio nel consentirne l'espressione e nel recepirne, per quanto possibile, il contenuto di verità.

Si deve completare il quadro ricostruttivo affrontando, tuttavia, i casi più drammatici di «doppio vincolo» nei quali si può venire a trovare il cittadino, vale a dire quelle ipotesi in cui egli sia sottoposto ad obblighi giuridici di *fare* qualcosa che contrasti con i suoi più profondi convincimenti interiori: in tali circostanze il mero riconoscimento del diritto di critica non può bastare e viene in rilievo la complessa questione dell'obiezione di coscienza. Si tratta, com'è noto, di una tematica dalle forti implicazioni teoriche e filosofiche, profili sui quali non è qui possibile soffermarsi [162].

Muovendo dallo statuto giuridico dell'obiezione di coscienza, così come definito dalla giurisprudenza costituzionale, si svilupperanno solo alcune brevi considerazioni sui possibili rapporti che il rifiuto di osservare un obbligo giuridico può intrattenere con il dovere di fedeltà alla Repubblica.

---

bliografici, ai contributi pubblicati in AA.VV., *La laicità crocifissa? Il nodo costituzionale dei simboli religiosi nei luoghi pubblici*, a cura di R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, Torino, 2004; nonché a quelli apparsi in AA.VV., *Symbolon/diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni-A. Ferrari-V. Pacillo, Bologna, 2005 e in AA.VV., *I simboli religiosi tra diritto e culture*, a cura di E. Dieni-A. Ferrari-V. Pacillo, Milano, 2006.

[162] Per indicazioni bibliografiche in tema si rinvia a G. Galante, *op. cit.*, 1167 ss.

Sembra condivisibile, in premessa, l'accettazione della stessa possibilità di configurare un concetto unitario di obiezione di coscienza, intendendosi quale comportamento idoneo ad integrarne gli estremi un qualsiasi *rifiuto pubblico, individuale e personale rivolto nei confronti di un obbligo giuridico di fare* [163]. Si è ravvisato, infatti, nelle diverse, specifiche tipologie previste dalla legge (e in quelle prospettate dalla dottrina) soltanto «*parti di una trama giuridica unitaria*» [164]; ciò, in definitiva, perché tutte le suddette ipotesi, seppure in modi e forme differenti, porrebbero il medesimo nodo teorico, sintetizzabile nei termini del seguente quesito: «è possibile o meno risolvere l'antinomia tra il dovere di obbedire alla legge e la libertà di obiettare ad essa in nome della coscienza, cercando di far coesistere, da un lato, la valenza democratica e garantista della legge e, dall'altro, il rispetto della coscienza individuale?» [165].

Al riguardo, occorre premettere che, realisticamente, i conflitti di fedeltà non costituiscono ipotesi remote, ed ancor meno lo sono in una società pluralista ed aperta all'integrazione interculturale, ma, com'è evidente, essi non acquistano rilevanza giuridica fintantoché rimangano ad un mero stato di latenza [166]. In tale dimensione, pertanto, si può cogliere solo l'estrema difficoltà del compito, che pure occorre riconoscere ai pubblici poteri, di promuovere un processo di libera formazione delle coscienze individuali [167]. È condivisibile, infatti, l'asserzione secondo cui le limitazioni alla coscienza sono concepibili in quanto si discorra di una coscienza non del tutto «formata e conclusa»: se, infatti, la coscienza presentasse tali caratteri, essa sarebbe inevitabilmente incoercibile, e non perché libera, ma in quanto, «proprio per essersi già formata», non potrebbe più, «*per sua stessa natura, essere coartata*» [168].

Ad ogni modo, posto il (pur indiretto) riconoscimento costituzionale della libertà di coscienza, la Corte ha inteso qualificare il diritto all'obiezione di coscienza come un'estrinsecazione di quest'ultima, identificandone, pertanto, il fondamento nelle stesse prescrizioni costituzionali cui si è ancorata la più ampia

---

[163] Cfr. A. PUGIOTTO, *Obiezione di coscienza nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubbl.*, X (1995), 250 ss.

[164] *Ivi*, 243.

[165] *Ivi*, 242.

[166] Cfr., in tema, per tutti P. RESCIGNO, *Gruppi sociali e lealtà*, in ID., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1987, 68 ss.

[167] «Compito dei pubblici poteri dovrebbe allora essere non solo, in primo luogo, di ridurre, sino ad eliminarli, tutti i condizionamenti che, in varie guise, si oppongono alla libera formazione della coscienza, di modo che la rappresentazione del mondo esterno e la conseguente percezione dei contenuti possa essere il più possibile oggettiva, ma anche di porre in essere tutte le condizioni necessarie affinché ciascuno, con piena consapevolezza ed autonomia, possa maturare ed acquisire la propria coscienza»: T. MARTINES, *Libertà religiosa e libertà di formazione della coscienza*, cit., 148.

[168] T. MARTINES, *op. et loc. ult. cit.*, 147.

situazione di libertà [169]. Dalla giurisprudenza, tuttavia, non è dato desumere che il mero riconoscimento comporti la qualificazione dell'obiezione di coscienza come un diritto azionabile da parte del singolo in via diretta ed immediata; piuttosto, si evidenzia in più occasioni la necessità di un intervento legislativo per consentire l'effettivo esercizio del diritto nei casi in cui ne ricorrano i presupposti [170]. In tal senso, si è osservato come la Corte abbia sostanzialmente ricostruito i rapporti tra obiezione di coscienza e obbedienza alla legge nei termini di un «processo ascendente», in base al quale la prima, nascendo dall'individuo, potrebbe affermarsi nell'ordinamento come «eccezione riconosciuta o, in ultima analisi, come nuova regola generale» [171].

Anche in questo caso, tuttavia, l'obiezione di coscienza trova riconoscimento non in forza di esigenze proprie e specifiche dell'ordinamento, ma in quanto diritto inviolabile dell'individuo. Si può forse presupporre, tuttavia, che la previsione legislativa di casi di rifiuto di obblighi giuridici si regga anche, in qualche modo, sulla parziale consonanza tra le motivazioni che *possono* aver legittimato il rifiuto stesso e il patrimonio assiologico dell'ordinamento.

Più precisamente, il riconoscimento dell'obiezione di coscienza non può fondarsi sulla sola asserita rispondenza del rifiuto del comando ai convincimenti interiori del soggetto, data l'inaccessibilità della sfera interiore di quest'ultimo. Si è rilevato, al riguardo, che il riconoscimento da parte del legislatore dipende da tre varabili fondamentali: il «*danno*» che il rigetto dell'obbligo potrebbe arrecare all'ordinamento; la «*connessione*, immediata o indiretta, *fra azione prescritta dall'ordinamento e azione vietata dal codice morale* dell'agente che chiede l'esenzione» ed, infine, l'«*argomentazione* almeno parzialmente *riferita a ragioni pubbliche*» [172]. Ponendo attenzione, in particolare, a quest'ultima variabile, per la quale la richiesta di obiezione di coscienza risulterebbe tanto più meritevole di considerazione quanto più risultasse sostenuta da «ragioni morali che includano qualche riferimento a ragioni pubbliche» [173], si può notare come tutte le odierne ipotesi di obiezione *secundum legem* (attinenti rispettivamente all'interruzione volontaria della gravidanza, alla sperimentazione animale e alla fecondazione medicalmente assistita) esprimano *il rigetto di un qualche problematico bilanciamento, codificato dal legislatore, tra confliggenti valori costituzionali (o tra beni che aspirino, in qualche modo, ad assurgere al rango di valori costituzionali)*. In tal senso, si può ragionevolmente concludere che, lungi dal collocarsi al di là dei confini tracciati dal dovere di fedeltà alla Repubblica, le suddette previsioni suggeriscono

---

[169] Cfr., ad esempio, sent. n. 409 del 1989, punto 3 del cons. in dir.

[170] Cfr., soprattutto, sentt. nn. 164 del 1985 e 422 del 1993.

[171] A. PUGIOTTO, *op. ult. cit.*, 244 e 249.

[172] A.E. GALEOTTI, *Tolleranza, neutralità e obiezione di coscienza*, in AA.VV., *Pluralismo e religione civile*, cit., 237.

[173] A.E. GALEOTTI, *op. cit.*, 238.

semmai, nella veste di ipotesi eccezionali, *soluzioni alternative a quelle prospettate dal legislatore in merito alle antinomie coinvolgenti i valori apicali dell'ordinamento e, pertanto, possono anche convertirsi, in momenti successivi, in discipline di carattere generale, allorché il legislatore stesso, mutando indirizzo, accolga le sintesi assiologiche da esse delineate*. L'obiezione di coscienza, da diritto inviolabile dell'individuo può così tradursi in un fattore promozionale dello stesso processo evolutivo dell'ordinamento repubblicano [174].

14. La fedeltà alla Repubblica quale limite estremo alla qualificazione legislativa di convincimenti interiori contrari alla dignità umana come cause di giustificazione dell'obiezione di coscienza

Nel contesto della democrazia costituzionale i rapporti tra diritto e coscienza non sono più improntati ad una logica di «tendenziale separazione», come accadeva nello Stato liberale di diritto, ma tendono piuttosto ad una «prudente presa di contatto». Si è detto, più precisamente, che la sfera giudica e quella del foro interiore del soggetto comunicherebbero attraverso alcuni «valichi di frontiera», costituiti, in particolare, dai comportamenti connotati dal riferimento alle convinzioni più intime e profonde del soggetto e «dalla qualificazione giuridica della sfera della coscienza» [175]. Tale regime troverebbe giustificazione nella necessità di assicurare una maggiore protezione alla stessa dimensione della coscienza [176]. E, tuttavia, per un verso il principio di insondabilità del foro interiore dell'individuo rende arduo l'accertamento della consistenza e della natura dei convincimenti che potrebbero giustificare interventi promozionali da parte del legislatore [177]; per altro verso, ogni misura di garanzia o anche di promozione della coscienza rischia di introdurre discriminazioni ingiustificate o di legittimare soltanto le credenze e le opinioni conformi al sistema dei valori costituzionali (o, ancora peggio, all'indirizzo politico della maggioranza di turno).

In definitiva, al di là del grado di consonanza al patrimonio assiologico repubblicano delle ipotesi di obiezione legalmente previste e fermo restando che il diritto in questione non può essere invocato allorché la previsione legislativa generale risulti di per sé illegittima (perché, ad esempio, irragionevole), in quanto, in questo caso dovrebbero soccorrere gli ordinari strumenti di ripristino della legalità costituzionale e l'eventuale rifiuto di applicazione potrebbe costituire og-

---

[174] Cfr., in tal senso, R. Bertolino, *L'*obiezione *di coscienza* moderna. *Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, spec. 28 ss.

[175] G. Di Cosimo, *Coscienza e Costituzione*, cit., 18.

[176] È questa la condivisibile tesi sostenuta da G. Di Cosimo, *op. ult. cit.*, 23 ss.

[177] Sulla questione cfr. ancora G. Di Cosimo, *op. ult. cit.*, 207 ss.

getto semmai di forme di disobbedienza civile [178], sembra potersi riconoscere, in conclusione, uno spazio specifico anche al dovere di fedeltà alla Repubblica. Quest'ultimo, infatti, potrebbe fungere da *limite estremo alla qualificazione di convincimenti interiori contrari alla dignità umana come cause di giustificazione dell'obiezione di coscienza*.

In particolare, potrebbero intendersi come contrarie al dovere di cui alla prima parte dell'art. 54, comma 1, forme di obiezione che risultassero *espressamente* giustificate da presupposti motivazionali non soltanto estranei alla tavola dei valori repubblicani, ma per di più *in palese e diametrale contrasto con i principi fondamentali o con la necessità di garanzia dei diritti della persona* [179]. In questi casi sarebbe lo stesso principio di dignità umana, del quale la libertà di coscienza è una declinazione essenziale, ad impedire il riconoscimento giuridico delle motivazioni dell'obiettore.

Se si condividono tali osservazioni è possibile giungere ad alcune conclusioni di carattere generale sulla portata del principio di tolleranza nell'ambito della democrazia pluralista.

In coerenza con la tradizione liberale e con la stessa logica che sottende la conformazione «aperta» della democrazia costituzionale, è possibile affermare, infatti, che, sul piano della manifestazione delle opinioni e delle idee, appare necessario riconoscere al suddetto principio la massima estensione; diversamente, la tolleranza non può non incontrare dei limiti (logici prima ancora che giuridici) in riferimento ai comportamenti concretamente tenuti dai consociati. Contro la pretesa di ancorare tale principio al più estremo relativismo etico, si deve riconoscere, invece, che la *tolleranza presuppone l'assunzione di premesse cognitiviste* [180]. Un ordinamento che *tollerasse tutto, in via di principio e di fatto*, oltre a non poter riconoscere nemmeno la stessa validità del principio di tolleranza (incorrendo in un ulteriore, irresolubile paradosso), *finirebbe con il negare se stesso*, vale a dire la propria natura di organizzazione politico-sociale funzionale al perseguimento di determinati interessi comuni ai suoi componenti.

---

[178] Cfr. A.E. GALEOTTI, *op. cit.*, 238. Secondo J. Rawls, la disobbedienza civile differirebbe dall'obiezione di coscienza soprattutto perché essa costituirebbe, a differenza di quest'ultima, una «forma di appello che si richiama al senso di giustizia della maggioranza» ed, inoltre, perché l'obiezione di coscienza non si baserebbe esclusivamente su principi politici, come la disobbedienza civile, ma anche su principi religiosi o di altro genere: *Una teoria della giustizia*, trad. it., Milano, 1999, 306 ss.

[179] Cfr., in tal senso, G. DI COSIMO, *op. ult. cit.*, 239 e A. SPADARO, *Valore* costituzionale *e primato* etico *della libertà di coscienza per il cittadino cattolico (di fronte allo Stato e di fronte alla Chiesa)*, Testo provvisorio della relazione al 55° convegno dell'U.G.C.I. su *I vincoli etici nell'esperienza giuridica contemporanea*, Reggio Calabria, 9-11 dicembre 2005, § 15 del *paper*.

[180] Cfr., in tal senso, per tutti, A. SPADARO, *Contributo per una teoria della Costituzione*, I, *Fra democrazia relativista e assolutismo etico*, Milano, 1994, 261 ss.; M. LA TORRE-G. ZANETTI, *Seminari di Filosofia del diritto*, Soveria Mannelli (CZ) 2000, 170 ss.

15. I CONFLITTI DI FEDELTÀ DEI PUBBLICI FUNZIONARI: PRIME CONCLUSIONI

Se anche un ordinamento democratico non può tollerare tutto, è inevitabile che alcuni cittadini si facciano carico del gravoso compito di ricoprire incarichi e di svolgere funzioni, che difficilmente sopporterebbero rifiuti motivati da ragioni di coscienza, richiedendo piuttosto un adempimento rigoroso, «onorevole» e reso nel rispetto del principio di «disciplina» (art. 54, comma 2).

In riferimento ai pubblici funzionari e, ancor più, riguardo ai cittadini che facciano parte di organi costituzionali (per i quali, tra l'altro, il legame disciplinare tende a svanire del tutto) il dilemma del «doppio vincolo» si fa ancor più drammatico. In questa logica si possono spiegare, ad esempio, i rifiuti opposti dalla giurisprudenza costituzionale a richieste di riconoscimento di forme di obiezione di coscienza, sostanzialmente motivati dal particolare *status* del soggetto obiettore o dal carattere inderogabile dei doveri in gioco [181].

Si può rilevare, al riguardo, come il non riconoscimento del diritto di obiettare possa giustificarsi solo in riferimento all'esercizio delle funzioni specificamente attribuite («affidate», secondo l'evocativo linguaggio del Costituente) al cittadino. D'altro canto, al di là dei casi costituzionalmente previsti, non possono tollerarsi restrizioni dei diritti di libertà dei pubblici funzionari che non attengano alle loro competenze istituzionali; una siffatta precisazione, tuttavia, non serve a scongiurare i possibili impedimenti che un dissidio interiore del funzionario potrebbe porre al corretto e proficuo svolgimento della sua attività.

Con specifico riguardo all'interpretazione e all'esecuzione di un comando o di una disposizione normativa, può risultare suggestiva la ricostruzione di Bateson sulle possibili risposte difensive ad una situazione di «doppio vincolo», atteggiamenti ai quali si potrebbero utilmente accostare le reazioni (scorrette) del funzionario che vivesse una situazione di profondo dissenso nei confronti di un determinato compito: egli, infatti, potrebbe rifugiarsi in un atteggiamento *paranoico*, ricavando dal comando o dalla disposizione normativa significati reconditi, attraverso un'interpretazione irragionevolmente distante dalla formulazione letterale del precetto; oppure potrebbe adottare una risposta *ebefrenica*, frutto di una lettura asfittica in quanto eccessivamente appiattita sul dato letterale e del tutto disancorata dal *contesto* di riferimento; o, ancora, potrebbe semplicemente decidere di non dare esecuzione al comando stesso, ignorandolo e scegliendo così un atteggiamento *catatonico* (che, tuttavia, potrebbe comportare la comminazione delle previste sanzioni) [182]. Lungi dal voler suggerire ricostruzioni psicolo-

---

[181] Cfr., ad esempio, la sent. n. 196 del 1987, nella quale si esclude il diritto all'obiezione di coscienza del giudice tutelare, chiamato ad autorizzare l'interruzione volontaria di gravidanza richiesta da una minorenne; o le sentt. nn. 85 del 1963, 164 del 1985 e 409 del 1989, nelle quali si afferma l'impossibilità di esentare determinati soggetti, in forza del richiamo alla coscienza, dall'adempimento di doveri «inderogabili» costituzionalmente prescritti.

[182] Cfr. G. BATESON, *Verso un'ecologia della mente*, cit., 253.

giche dell'attività interpretativa e applicativa del diritto, l'accostamento consente soltanto di rilevare intuitivamente i rischi cui può condurre la disaffezione del funzionario pubblico ai principi repubblicani: accanto all'ipotesi di mancata esecuzione, le alternative sono date da letture ipercreative o iperletterali delle prescrizioni giuridiche.

È evidente, pertanto, come i conflitti di fedeltà più problematici siano proprio quelli che rimangono latenti, inespressi e che, tuttavia, si ripercuotono tacitamente sulle dinamiche istituzionali dell'ordinamento. Ed in tale prospettiva si può cogliere forse l'odierna funzione dell'istituto del giuramento politico quale strumento di prevenzione di tali contrasti.

16. Il giuramento come atto di prevenzione dei conflitti di fedeltà nella dimensione dello Stato-apparato e come strumento d'integrazione simbolico-culturale

È *communis opinio* in dottrina l'idea che il giuramento svolga oggi un ruolo meramente «rafforzativo» di obblighi giuridici che troverebbero il proprio fondamento in altri titoli [183]. Più specificamente, si è detto che l'istituto trarrebbe giustificazione, negli attuali contesti politico-istituzionali, dall'esistenza di organi e situazioni in riferimento ai quali si avverte l'insufficienza del diritto positivo. In altri termini, esisterebbe sempre «un certo limite oltre il quale non può che soccorrere la morale», sicché il giuramento consentirebbe l'instaurazione del vincolo morale, che dispiegherebbe «tutta intera la sua efficacia surrogatoria, laddove non possano operare sanzioni, reazioni e, in genere, criteri per l'operare umano predeterminati ed imposti dall'ordinamento giuridico» [184]. Se questa è, dunque, la *ratio* che viene riconosciuta all'istituto, in una prospettiva formale il giuramento è stato qualificato come una «*condicio iuris*» della stessa assunzione dell'ufficio per il quale sia previsto [185], o come un «fatto di legittimazione» dell'investitura [186]. Al di là di tale funzione, tuttavia, non sarebbe possibile collegare alla mera

---

[183] Cfr., in tal senso, per tutti U. Allegretti, *Il giuramento come problema costituzionale*, in AA.VV., *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, a cura di N. Pirillo, Bologna, 1997, 22. In tema v., tra gli altri, G.L. Lombardi, *Giuramento (diritto pubblico)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Torino, 1968, 964 ss.; P. Grossi, *Giuramento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XIX (1970), 144 ss.; G. Ferrari, *Giuramento,* I) *Diritto pubblico*, in *Enc. giur.*, XV (1989); L. Ventura, *Giuramento nel diritto costituzionale*, in *Dig. pubbl.*, VII (1991), 303 ss.; sull'evoluzione del giuramento politico si veda P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, 1992.

[184] P. Grossi, *Giuramento (dir. cost.)*, cit., 147.

[185] Cfr. sent. n. 117 del 1979, punto 1 del cons. in dir.

[186] G. Ferrari, *op. ult. cit.*, 11.

violazione del giuramento sanzioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle già espressamente previste per i casi d'inadempimento dei doveri riassunti nella formula dell'atto in questione [187].

Il venire meno al giuramento non costituirebbe, pertanto, un comportamento da cui potrebbero farsi derivare sanzioni giuridiche autonome.

Si può rilevare, tuttavia, che rispetto alla configurazione che l'istituto tende ad assumere nel contesto della democrazia costituzionale, risulta comunque superfluo il collegamento con specifiche misure sanzionatorie; e ciò, da un lato, per la sua naturale portata afflittiva e, dall'altro, per la specifica azione preventiva che esso svolge nei confronti di eventuali conflitti di fedeltà.

Il giuramento di fedeltà implica sempre una dichiarazione di adesione ai valori fondanti della Repubblica e tende a coinvolgere, nel contempo, la sfera della coscienza del soggetto giurante e il suo «onore» [188] o, più precisamente, quest'ultimo inteso sia come «integrità morale» del soggetto in quanto persona, sia come rappresentazione soggettiva che il giurante ha della propria personalità (onore «in senso soggettivo»), sia ancora come considerazione di cui egli goda presso i terzi (onore «in senso oggettivo» o «reputazione») [189]. In tal senso, il giuramento svolge una funzione deterrente, giacché tende a dissuadere l'aspirante alla carica dall'assumersi responsabilità cui non sia adatto per la dissonanza delle proprie idee religiose, morali o filosofiche con i principi cui egli sarebbe tenuto ad assicurare piena fedeltà e, in ogni caso, costringe il giurante stesso a rifugiarsi in eventuali riserve mentali. Proprio in forza di tale caratteristica, l'istituto assolve anche, e soprattutto, la funzione di prevenire, per quanto possibile, il sorgere di conflitti di fedeltà nell'ambito della pubblica amministrazione e, in genere, nei vari organi dello Stato-apparato.

L'atto del giuramento, inoltre, in quanto reso in forma solenne in un procedimento rituale, svolge un ruolo significativo all'interno del processo d'integrazione simbolico-culturale dell'ordinamento. Sia in questa che nella funzione «rafforzativa» dei doveri giuridici e «preventiva» dei conflitti di fedeltà, il giuramento rivela ancora una volta l'*incompiutezza* del sistema giuridico e, nel contempo, l'inaccettabilità di ogni pretesa di autofondazione del diritto [190].

---

[187] Cfr., in tal senso, L. VENTURA, *La fedeltà*, cit., 203.

[188] Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 196.

[189] Cfr. M. LIOTTA, *Onore (diritto all')*, in *Enc. dir.*, XXX (1980), 204.

[190] In tal senso, com'è stato detto, il giuramento si pone come «spia della non autoreferenzialità del diritto e dei suoi obblighi, spia forse limitata ed episodica, però non secondaria perché relativa alle cariche che possono dare con il loro potere una maggiore possibilità di violare la costituzione, le leggi ed i valori fondanti dell'ordinamento democratico attuale»: U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 24.

17. L'art. 54, comma 2, come fondamento positivo di un principio generale di correttezza costituzionale e come espressivo *in nuce* della «leale cooperazione» tra poteri dello Stato

Il richiamo al concetto di «onore», contenuto nella seconda parte dell'art. 54, comma 2, oltre a fornire il presupposto essenziale dell'istituto del giuramento, esprime una connotazione riferibile al *modo di esercizio di tutte le pubbliche funzioni*: nel dovere di adempiere queste ultime «con disciplina ed onore» è, infatti, possibile riconoscere un *principio generale di correttezza* nell'espletamento delle attività dei pubblici poteri.

Tralasciando le questioni concernenti la natura giuridica e la classificazione delle norme di correttezza costituzionale, nonché il problema della loro distinzione rispetto alle regole convenzionali [191], s'intende qui sostenere che le norme *non scritte* che integrino la scarna disciplina inerente ai rapporti tra organi costituzionali (o a rilevanza costituzionale) trovano un riconoscimento sul piano del diritto positivo nel comma 2 dell'art. 54 [192]. A tale previsione, in dottrina, non è stata attribuita una vera efficacia giuridica, ma solo l'idoneità ad esercitare una «pressione emotiva», in virtù dell'enunciazione del principio di correttezza in un «testo autorevole» come quello costituzionale [193]. Invero, si può ragionevolmente asserire che proprio dall'art. 54, comma 2, possono ricavarsi quantomeno due ulteriori principi di metodo meritevoli di rispetto nella definizione e nell'applicazione delle regole non scritte (e forse anche delle stesse *regolarità* politiche), esprimibili nei termini dei classici brocardi *pacta sunt servanda* e *consuetudo est servanda*. Per la caratteristica tendenza della democrazia costituzionale alla positivizzazione di principi, criteri e metodi di azione tradizionalmente intesi come estranei alla dimensione propria del diritto, anche il principio di correttezza nell'esercizio delle pubbliche funzioni (implicante innanzitutto i due doveri di cui si è appena detto) può trovare formalizzazione in ulteriori ed espresse enunciazioni di diritto (anche solo giurisprudenziali), idonee a vincolare il comportamento degli operatori istituzionali. Si pensi soltanto al princi-

---

[191] Nell'ampia letteratura in tema cfr., tra gli altri, G.U. Rescigno, *Le convenzioni costituzionali*, Padova, 1972; S. Bartole, *Le convenzioni della Costituzione tra storia e scienza politica*, in *Il Politico*, 2/1983, 251 ss.; L. Ventura, *La fedeltà*, cit., 209 ss.; R. Bifulco, *Le riflessioni della cultura giuspubblicistica sulle convenzioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1992, 31 ss.; R. Bin, *L'ultima fortezza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano, 1996, spec. 37 ss.; G. Demuro, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003; A. Ruggeri, *Scrittura costituzionale e diritto costituzionale non scritto*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, VIII, *Studi dell'anno 2004*, Torino, 2005, 75 ss.

[192] Si tralascia qui la controversa questione inerente all'ammissibilità delle consuetudini *contra Constitutionem*, che ovviamente non potrebbero trovare alcun fondamento positivo in disposizioni del testo costituzionale: cfr. adesso, in argomento, A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 114 ss.

[193] Cfr. G. Treves, *Correttezza costituzionale*, in *Enc. dir.*, X (1962), 717.

pio di «leale cooperazione», la cui definizione giurisprudenziale, pur non facendo espresso riferimento al comma 2 dell'art. 54, mostra, tuttavia, una significativa affinità con il contenuto che si è qui inteso attribuire alla prescrizione: «Sotto il profilo della leale cooperazione e, in particolare, sotto quello della correttezza nei rapporti reciproci – ha chiarito, infatti, la Corte costituzionale –, l'attività di concertazione deve svolgersi secondo comportamenti coerenti e non contraddittori (…) Le parti, inoltre, non possono dar luogo ad atteggiamenti dilatori, pretestuosi, ambigui, incongrui o insufficientemente motivati, di modo che il confronto possa avvenire su basi di correttezza e di apertura alle altrui posizioni» [194].

In altre occasioni, il giudice delle leggi ha precisato che tale principio prescrive che i rapporti tra poteri siano ispirati da «correttezza e lealtà, nel senso dell'effettivo rispetto delle attribuzioni a ciascuno spettanti» [195].

In dottrina si è detto che la «leale cooperazione» non si risolverebbe in altro che in una previsione di carattere generalissimo, che riassumerebbe «le *rationes* di un esteso numero di disposizioni costituzionali e di leggi ordinarie» (dalla fiducia parlamentare – che tuttavia, costituendo un dato qualificante dell'intera forma di governo, non potrebbe esaurirsi del tutto nel principio in questione – alla controfirma ministeriale e ai poteri presidenziali di emanazione degli atti governativi e di promulgazione delle leggi, e così via) [196]. Si tratterebbe, in definitiva, di un modo di conformarsi della stessa separazione dei poteri, traducendosi nella necessaria esigenza che i meccanismi di governo funzionino in modo efficiente [197]. Se ciò è vero, occorre pure riconoscere che la Corte costituzionale svolge ormai, nei diversi ambiti della sua *pluridimensionale* attività di controllo, una funzione di «stimolo» della leale cooperazione tra i poteri [198]. Soprattutto nel sindacato sui conflitti interorganici per interferenza – ma, invero, il principio manifesta una tendenza pervasiva, come si è detto, in tutti i giudizi costituzionali [199] – la leale cooperazione, piuttosto che costituire un peculiare parametro o una guida al controllo eser-

---

[194] Cfr. sent. n. 379 del 1992, punto 7 del cons. in dir.; in tema si rinvia adesso alle osservazioni di S. PARISI, *Parametro e oggetto nei conflitti di attribuzione*, Relazione al Seminario del «Gruppo di Pisa» su «*Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del* referendum *abrogativo*», svoltosi il 13 ottobre 2006 presso la Fondazione Collegio San Carlo di Modena, in in *www.economia.unimore.it*.

[195] Cfr. sent. n. 110 del 1998, punto 7 del cons. in dir.; ma v. anche le sentt. nn. 410 del 1998 e 487 del 2000.

[196] Cfr. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 4.

[197] *Ivi*, 5.

[198] Cfr., in tal senso, M. RUOTOLO, *Corte, giustizia e politica*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, a cura di V. Tondi della Mura-M. Carducci-R.G. Rodio, Torino, 2005, spec. 377 ss.

[199] Cfr., sul punto, ancora M. RUOTOLO, *op. ult. cit.*, 289 ss.

citato dalla Corte, introduce *un nuovo tipo di giudizio*, che si atteggia diversamente in base alle caratteristiche particolari del caso in esame e agli effettivi comportamenti tenuti dagli attori istituzionali in conflitto [200]. In tal senso, si è guardato al controllo di leale cooperazione come al «giudizio di bilanciamento degli interessi applicato ai conflitti di attribuzione 'per interferenza'» e si è detto, altresì, che le regole desunte dal principio in discorso si collocherebbero nella categoria di quei precetti di natura non strettamente giuridica, ma piuttosto di carattere etico, che però svolgono una fondamentale funzione integrativa del diritto [201]. Per questa via, dunque, le regole di correttezza costituzionale acquisterebbero quella coercibilità in stesso stretto, nella quale pure ricostruzioni ormai superate del fenomeno giuridico riconoscevano un carattere indefettibile della norma giuridica.

18. Il dovere di fedeltà come criterio-guida nell'attività degli organi di garanzia e nella definizione delle norme di correttezza costituzionale regolatrici dei rapporti tra organi politici, nonché come indirizzo per i comportamenti istituzionali di questi ultimi

Se il comma 2 dell'art. 54 definisce il *metodo* di esercizio delle pubbliche funzioni, il comma 1 traccia, invece, l'*orizzonte teleologico* delle attività degli operatori istituzionali.

Non si vuole qui prendere partito in merito alla *vexata quaestio* relativa al carattere funzionale o meno all'attuazione del dettato costituzionale che sarebbe dato riconoscere all'attività legislativa nel suo complesso, all'interno dell'ordinamento repubblicano [202]; tema che si lega strettamente all'altro, relativo all'am-

---

[200] Cfr., in tal senso, P. Veronesi, *I poteri davanti alla Corte*, Milano, 1999, 230 ss.; R. Bin, *op. ult. cit.*, 8.

[201] R. Bin, *op. ult. cit.*, 12.

[202] Cfr., in tema, soprattutto F. Modugno, *L'invalidità della legge*, I, Milano, 1970, 323 ss.; Id., *Legge (vizi della)*, in *Enc. dir.*, XXIII (1973), 1036 ss.; A. Pizzorusso, *Il controllo sull'uso della discrezionalità legislativa*, in AA.VV., *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale*, Milano, 1988, 84. Appaiono condivisibili, al riguardo, le osservazioni di A. Ruggeri, *Revisioni formali, modifiche tacite della Costituzione e garanzie dei valori fondamentali dell'ordinamento*, in Id., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, *Studi dell'anno 2005*, Torino, 2006, 182 ss., il quale rileva come la Costituzione non abbia sempre la stessa «forza», intesa «*sostanzialmente* (…), avuto cioè riguardo non già all'*astratta* posizione dell'atto nel sistema normativo dallo stesso fondato (innegabilmente superiore, in punto di diritto, rispetto a quella di ogni atto) bensì alla capacità della Costituzione (o, meglio, delle sue singoli statuizioni) di generare vincoli tali da costringere alla loro osservanza le manifestazioni della pratica giuridica in genere». Tale forza sarebbe «'misurabile' ed apprezzabile sul piano della *teoria dell'interpretazione* ed in occasione dell'osservazione delle esperienze che ad essa specificamente si rifanno, più ancora che su quello della *teoria delle fonti*». In definitiva, «l'*intensità*

piezza della stessa materia costituzionale [203]. Si può semplicemente affermare, al riguardo, che, anche per la dottrina che riconosce l'esistenza di uno «spazio costituzionale neutro» [204], i principi fondamentali rappresentano pur sempre un «nucleo duro» intangibile e, dunque, delimitano in qualche modo gli ambiti di sviluppo dell'ordinamento. Le diverse soluzioni prospettate in merito possono condurre, semmai (anche se non necessariamente), ad esiti distanti in ordine alla ricostruzione del ruolo attribuibile agli organi politici e a quelli di garanzia nel processo di attuazione della Costituzione, conferendo una funzione più o meno attiva ai primi.

Quanto, poi, al problema relativo alla pervasività della normativa costituzionale, si può notare forse che, come le più recenti esperienze in ambito di riforme tendono a confermare, il rischio maggiore di un eccesso di normazione di rango costituzionale non è tanto quello di una perdita di spazi di libertà, quale diretta ed immediata conseguenza della saturazione del sistema normativo, quanto piuttosto quello di una tendenziale e progressiva *decostituzionalizzazione di fatto* degli ambiti materiali solo *simbolicamente costituzionalizzati* [205].

Ad ogni modo, in riferimento sia alle attività degli attori politico-istituzionali che a quelle degli organi di garanzia, il dovere di fedeltà alla Repubblica dovrebbe agire come *criterio-guida*, *atto ad orientare l'esercizio delle funzioni verso la massima implementazione, alle condizioni storicamente date, dei principi fondamentali*.

Quanto agli organi di garanzia, un ruolo strategico deve essere riconosciuto ovviamente alla Corte costituzionale, che nel corso di un cinquantennio di attività ha finito con lo svolgere, con alterne vicende, ma con risultati generalmente apprezzati, non solo una funzione di controllo, ma, nella perdurante latitanza del legislatore, anche un'autentica opera di attuazione del dettato costituzionale [206]. Da più parti si è registrata la progressiva affermazione di una *giurisdizione costituzionale dei diritti*, che avrebbe trovato le sue principali occasioni di concretizzazione nell'impiego sempre più generalizzato del criterio di ragionevolezza e

---

prescrittiva degli enunciati costituzionali» sarebbe «variabile, in ragione della loro struttura nomologica e della 'funzione' – se così può dirsi – che è a ciascuno di essi assegnata».

[203] Cfr., per tutti, nell'ampia letteratura sull'argomento, V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, Padova, 1995, 21 ss. e A. RUGGERI, *Dottrine della Costituzione e metodi dei costituzionalisti (prime osservazioni)*, in AA.VV., *Il metodo*, cit., 65 ss.

[204] Cfr., in tal senso, A. SPADARO, *Limiti del giudizio costituzionale in via incidentale e ruolo dei giudici*, Napoli, 1990, 13 ss. e 199 ss.

[205] In tema cfr. soprattutto M. NEVES, *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto*, trad. it., Lecce, 2004 e A. RUGGERI, *La Corte e le sirene della politica (frammenti di uno studio su esperienze e tendenze della normazione e politicità dei giudizi di costituzionalità)*, in AA.VV., *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 695 ss.

[206] Cfr. G. SILVESTRI, *La Corte costituzionale nella svolta di fine secolo*, in AA.VV., *Storia d'Italia*, Ann. 14, *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante in coll. con L. Minervini, Torino, 1998, 979 ss.

nell'uso di tecniche decisorie via via più sofisticate [207]. L'incremento dei conflitti legislativi tra Stato e Regioni, che ha fatto seguito all'entrata in vigore della l. cost. n. 3 del 2001, ha condotto qualche studioso ad individuare una tendenziale trasformazione delle funzioni dell'organo di giustizia costituzionale, che oggi svolgerebbe sempre più spesso il ruolo di *giudice dei conflitti* e sempre meno quello di *giudice dei diritti* [208]; ma, forse si tratta solo di una tendenza congiunturale. In ogni caso, si deve rilevare come, successivamente alla riforma organica del Titolo V, la funzione attuativa del dettato costituzionale si sia probabilmente accentuata nel sindacato esercitato dalla Corte, se si pensa che quest'ultima ha dovuto sopperire al mancato (o insufficiente) seguito legislativo.

Il rispetto e la promozione del dovere di fedeltà sono profili consustanziali alla funzione di giustizia costituzionale. Si è già detto che da una certa lettura dell'art. 54, comma 1, volta ad integrare il dovere di fedeltà e il vincolo all'osservanza delle leggi, è possibile ricavare il fondamento positivo dell'interpretazione adeguatrice ed è noto come tale tecnica ermeneutica abbia trovato larga diffusione nella giurisprudenza costituzionale, dapprima nell'ambito delle pronunce interpretative, poi anche nei moniti rivolti ai giudici *a quibus*, per i quali il tentativo di esperire un'interpretazione conforme a Costituzione è assurto ad ulteriore condizione per la corretta instaurazione del giudizio incidentale [209]. Ed è, altresì, significativo che tale tecnica richieda inevitabilmente, per risultare davvero efficace, il dispiegarsi di un proficuo rapporto cooperativo tra Corte costituzionale e magistratura.

Invero, molte delle tecniche decisorie, definite dall'organo di giustizia costituzionale soprattutto nell'ambito dei giudizi sulle leggi potrebbero trovare giu-

---

[207] Cfr., per tutti, E. CHELI, *Intervento conclusivo*, in AA.VV., *Il diritto costituzionale a duecento anni*, cit., 211 s.

[208] Cfr. V. ONIDA, *Introduzione* alla Conferenza stampa su «*La giustizia costituzionale nel 2004*», Palazzo della Consulta, 20 gennaio 2005, in *www.cortecostituzionale.it*, 19; F. DAL CANTO-E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi in via principale*, in AA.VV., *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, a cura di R. Romboli, Torino, 2005, 161. Sul punto si vedano ore le osservazioni di A. RUGGERI, *Riforma del titolo V ed esperienze di normazione, attraverso il prisma della giurisprudenza costituzionale: profili processuali e sostanziali, tra continuo e discontinuo*, in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, IX, cit., 308 ss.

[209] Cfr., tra gli altri, A. RAUTI, *L'interpretazione adeguatrice come criterio logico tra rilevanza e non manifesta infondatezza (in margine alla sent. cost. n. 207 del 2001)*, in *Giur. it.*, 2/2002, 383 ss.; ID., *L'interpretazione adeguatrice come metacriterio ermeneutico e l'inversione logica dei criteri di rilevanza e non manifesta infondatezza*, in AA.VV., *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione". Verso un controllo di costituzionalità di tipo diffuso?*, a cura di E. Malfatti-R. Romboli-E. Rossi, Torino, 2002, 496 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 175 s.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Il giudice e la Costituzione tra «non manifesta infondatezza» e interpretazione adeguatrice*, in AA.VV., *Interpretazione a fini applicativi*, cit., 479 ss.

stificazione in un generale dovere di assicurare l'effettività, nella dinamica ordinamentale, ai principi repubblicani; in tal senso, tutta l'attività della Corte potrebbe acquisire una connotazione positiva. Ciò nondimeno, un atteggiamento restrittivo talora tenuto dalla Corte stessa in merito alle esigenze di garanzia di taluni importanti principi (si pensi soltanto alle vicissitudini dell'autonomia regionale o alla difficile affermazione dei diritti sociali o del principio di laicità), da un lato, e la stessa funzione di attuazione costituzionale esercitata dall'organo in via suppletiva, dall'altro, inducono a ridimensionare (anche se non a capovolgere integralmente) tale giudizio. In particolare, proprio riguardo a quest'ultimo aspetto, non sembra possibile rinvenire nella mera esigenza di garanzia del dettato costituzionale (e ancor meno in quella di attuazione, che non spetta istituzionalmente alla Corte) la causa di giustificazione di interventi che travalichino i confini delle competenze dell'organo, se anche il rispetto di tali confini integra un preciso dovere costituzionale [210].

Proprio da tale considerazione si potrebbe trarre qualche spunto utile per attribuire al dovere di fedeltà una portata specifica in riferimento ai comportamenti degli attori politici. A fronte dell'endemica instabilità delle regolarità politiche e considerata altresì la straordinaria complessità della trama di rapporti che queste ultime intrattengono con le regole giuridiche, si può tuttavia ragionevolmente sostenere che il vincolo di fedeltà ai principi repubblicani imporrebbe quantomeno di conformare le norme di condotta politica in base alle fondamentali esigenze dell'intera dinamica ordinamentale [211].

19. La *fedeltà in crisi*: il conflitto permanente tra potere politico e potere giudiziario, lo svuotamento degli istituti costituzionali di garanzia e l'uso «congiunturale» della Costituzione

L'osservazione dell'esperienza politico-istituzionale, tuttavia, mostra come la ridefinizione delle vecchie regolarità o la conformazione di nuovi modelli di condotta nei rapporti tra gli attori politici abbiano luogo attraverso procedimenti che si svolgono nella chiusa dimensione della dinamica istituzionale. In tale logica di asfittica autoreferenzialità, la politica manifesta un'irresistibile vocazione a stravolgere e sopraffare il dato normativo [212].

---

[210] Sulla tendenza della Corte a «bilanciare» anche le regole inerenti ai suoi stessi processi sia consentito rinviare, anche per ulteriori riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, ad A. Morelli, *Il ruolo e le funzioni della Corte costituzionale nelle dinamiche dell'ordinamento democratico*, in AA.VV., *La ridefinizione della forma di governo attraverso la giurisprudenza costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Napoli, 2006, 401 ss.

[211] Cfr., in tal senso, A. Ruggeri, *La Corte e le sirene della politica*, cit., 665 ss.

[212] Cfr., al riguardo, le osservazioni di L. Ventura, *Ordinamento e organizzazione del Go-*

Sono tanti gli esempi che potrebbero farsi, ma per limitare l'attenzione alle vicende più preoccupanti, si pensi alla conflittualità permanente tra potere giudiziario e potere politico (solo in parte espressa nell'ambito dei conflitti interorganici), che mostra la crescente intolleranza degli attori politici per ogni forma di controllo giuridico; o si guardi al mancato adeguamento del sistema di garanzie costituzionali alle nuove formule elettorali o al depotenziamento della funzione di istituti fondamentali dello Stato di diritto, come la riserva di legge. In tale prospettiva, il fenomeno più inquietante è dato probabilmente da quella che è stata definita come la tendenza ad un uso «congiunturale» della stessa Costituzione, soggetta a continue revisioni o più ampie riforme di dubbia organicità, che sembrerebbero esprimere la convinzione di poter impiegare anche la legge fondamentale come strumento di lotta politica.

Se davvero dovesse trovare stabile affermazione, accanto ad un consolidato bipolarismo politico, questa sorta di patologico «bipolarismo costituzionale»[213], risulterebbero irrimediabilmente compromesse la natura stessa e la funzione più profonda della Costituzione, atto espressivo dei principi repubblicani (vale a dire dei beni comuni all'intera comunità) e fonte contenente le regole fondamentali del gioco politico. L'infedeltà, pur non giustiziabile, di tale orientamento si manifesterebbe in tutta la sua dirompente portata.

20. Conclusioni

Al termine dell'indagine, ben si comprende l'importanza della conformazione paradossale degli enunciati contenuti nell'art. 54 Cost., che insieme tracciano le *coordinate normative fondamentali dell'intero sistema costituzionale*. Le norme ricavabili da tale articolo sono, infatti, le uniche *che probabilmente sappiano dire qualcosa quando tutte le altre tacciono*, poiché, nella molteplicità degli ambiti dell'agire sociale e in riferimento all'intera gamma dei ruoli e delle funzioni che il cittadino può assumere, delineano un *metodo* e definiscono l'*orizzonte teleologico* verso il quale deve orientarsi ogni dinamica di sviluppo dell'ordinamento. Per far ciò, esse esprimono un'inesauribile tensione verso una dimensione *esterna* al sistema delle forme giuridiche e, tuttavia, mai da questo integralmente disancorata. Proprio in siffatta paradossale «autoreferenzialità aperta» si può forse riscontrare, come si è detto, la migliore risorsa della democrazia pluralista.

I doveri di osservanza della Costituzione e delle leggi impongono di non cercare al di fuori della cornice del diritto positivo (salvo i casi in cui sia la stessa legge fondamentale a prevederlo, come nell'ipotesi del principio di correttezza san-

---

verno, in AA.VV., *Il Governo*, Padova, 2002, 57 ss. e G. Azzariti, *La* superiore *legalità costituzionale è in crisi? (editoriale)*, in *Costituzionalismo.it*, 3/2003.

[213] Cfr. A. Ruggeri, *op. ult. cit.*, 696.

cito dall'art. 54, comma 2) parametri normativi direttamente ed immediatamente applicabili o strumenti di garanzia non legalmente previsti, contro le disfunzioni del sistema o gli abusi degli organi di governo; d'altro canto, il dovere di fedeltà positivizza la linea di continuità dello sviluppo dell'ordinamento, che è data dalla *coerenza con l'etica repubblicana* consacrata nella Carta costituzionale.

Il vincolo alla piena attuazione dei principi fondamentali implica un orientamento costante dei pubblici poteri alla *fedele* percezione dei *fatti*, degli interessi sociali in gioco e dei paradigmi scientifici e culturali vigenti. In tale prospettiva, acquista un particolare significato il processo di tendenziale *giurisdizionalizzazione* delle pubbliche funzioni cui oggi si assiste: le forme e i metodi della giurisdizione consentono, infatti, una migliore percezione degli elementi fattuali; e ciò a garanzia dell'adeguatezza degli atti dei pubblici poteri ai contesti sociali di volta in volta interessati. D'altro canto, gli stessi atti (e i relativi procedimenti) dei poteri pubblici non possono (e non devono) appiattirsi eccessivamente sui dati di fatto, rischiando in tal modo, nella composizione degli specifici ed opposti interessi in gioco, di risultare sbilanciati o parziali, giacché le decisioni pubbliche devono sempre risultare ben saldamente ancorate ai supremi bilanciamenti positivizzati dal Costituente o a quelli, più transeunti, ma egualmente meritevoli di rispetto (purché conformi ai canoni della ragionevolezza), posti dagli organi istituzionali di produzione normativa. La contrapposizione tra fedeltà e osservanza racchiude, pertanto, entro le coordinate assiologiche della democrazia costituzionale, l'inesauribile dialettica tra *fatto* e *diritto*; non nel senso che l'una si riferisce alla mera dimensione fattuale e l'altra alla sfera del dato giuridico, ma piuttosto nel significato per cui l'una e l'altra insieme concorrono a definire i confini e le modalità attraverso cui i fatti divengono diritto, in coerenza con le esigenze di attuazione dei valori costituzionali.

I due doveri esprimono anche altre fondamentali polarità, il cui continuo dispiegarsi consente lo sviluppo della dinamica ordinamentale e di quella istituzionale: si pensi, soprattutto, al binomio atto/processo. Al di là della dimensione temporale, tale dialettica mette in gioco anche, e soprattutto, il rapporto tra *testo* e *interpretazione* e contrappone la connaturale *creatività* dell'atto ermeneutico alla presupposta oggettività della disposizione normativa. La fedeltà pretende di orientare la suddetta creatività nella direzione di un processo di continua implementazione dei valori repubblicani; l'osservanza ne disciplina le dinamiche, vincolandole al rispetto del dato letterale delle formule normative, assunto come limite estremo alle opzioni dell'interprete.

Nel tentativo di configurare definizioni che riescano ad esprimere le suddette contrapposizioni dialettiche, completando quelle già proposte, si potrebbe così intendere il vincolo di fedeltà di cui all'art. 54 come il *dovere di contribuire in modo solidale, nei contesti normativi e fattuali storicamente dati, alla salvaguardia dell'ordinamento nell'identità dei suoi principi fondamentali*; in relazione ad ogni attività d'interpretazione ed integrazione del diritto, tale dovere esprimerebbe un *criterio assiologico* volto ad indirizzare il cittadino verso la piena attuazione dell'etica repubblicana. I doveri di osservanza della Costituzione e delle leggi im-

porrebbero, invece, il *rispetto dei limiti testuali imposti dall'atto costituzionale e dalle fonti legislative vigenti*.

Invero, sia il concetto di fedeltà che quello di osservanza, estensivamente intesi, potrebbero esprimere autonomamente tutti i contenuti anzidetti. E, tuttavia, l'esplicita costituzionalizzazione di entrambi i vincoli serve a prescrivere, quale primario obiettivo dell'ordinamento, il mantenimento di un difficile equilibrio tra le istanze ideali ispirate dai valori e il rispetto dei limiti imposti dalle formule linguistiche attraverso cui i primi trovano concretizzazione.

Il dovere di fedeltà, così definito, non può che declinarsi diversamente a seconda del ruolo e delle funzioni svolte dal cittadino, caricandosi di contenuti di volta in volta diversi. Si è concluso, pertanto, che tale situazione non potrebbe comportare, neanche per il funzionario pubblico e per il soggetto incaricato di espletare competenze di rango costituzionale, restrizioni dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti (salvo i casi espressamente previsti dalla stessa Costituzione); né, tanto meno, potrebbe imporre l'adesione ad un qualche sistema di credenze, di riti e di simboli nazionali o, anche più modestamente, ad una sorta di «religione civile». Se, infatti, all'art. 54, comma 1, sono comunque riconducibili, sul piano del fondamento positivo, le manifestazioni di un patriottismo costituzionale «mite», coerente con i caratteri di una democrazia «aperta», d'altro canto non sembra possibile dedurre dalla stessa disposizione specifici obblighi di *fare* per il semplice cittadino. In riferimento a quest'ultimo, dal vincolo di fedeltà sarà possibile ricavare semmai un *dovere generale di conoscenza dei valori repubblicani*, nella *presunzione fiduciosa* che dall'istruzione e dalla cultura possa scaturire un *sentimento di adesione per l'etica repubblicana*, fermo restando il *divieto di porre in essere comportamenti materiali diretti al sovvertimento del sistema costituzionale*. Per i soggetti incaricati di ricoprire uffici pubblici il dovere di fedeltà non potrà che acquisire una connotazione più incisiva, conformando in modo specifico le modalità di esercizio delle funzioni istituzionali.

Si può osservare, infine, come appaia davvero affascinante la sfida di un ordinamento che rinvii, per l'integrazione della (mai completa) disciplina attinente ai suoi essenziali meccanismi di funzionamento, a spazi estranei ai suoi stessi confini, senza nel contempo rinunciare al rigoroso rispetto delle norme positive. Distante dall'autoreferenzialità dei sistemi totalitari e dai richiami metafisici degli ordinamenti confessionali, la soluzione cui tende lo Stato costituzionale si traduce, pertanto, in una *terza via* di non agevole percorribilità, che consiste nel tentativo di coniugare l'anelito dell'etica repubblicana con l'oggettività del rigore costituzionale, in una dialettica senza sintesi all'interno della quale può continuare a svolgersi il gioco democratico.

I DOVERI DI LEALE COLLABORAZIONE

ANDREA GRATTERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La crescente domanda di leale collaborazione nei rapporti politici fra istituzioni. – 3. Il principio nel rapporto tra Stato e Regioni e nel rapporto fra organi di rilievo costituzionale: distinzioni (frammentazione della rappresentanza politica territoriale ed unitarietà dell'indirizzo politico statale). – 4. La leale collaborazione interorganica nella giurisprudenza costituzionale: la lealtà come correttezza e la collaborazione come concertazione. – 5. La leale collaborazione intersoggettiva nella giurisprudenza: Stato e Regioni. La prevalenza degli aspetti legati alla concertazione. – 6. Il recente caso del potere di concedere la grazia: poteri sostanzialmente presidenziali e leale collaborazione.

1. PREMESSA

L'oggetto di questa relazione riguarda il fondamento e la portata del dovere costituzionale di leale collaborazione sia nei rapporti interorganici, sia nei rapporti intersoggettivi. L'interrogativo di fondo concerne la dimensione della sovrapposizione che si riscontra fra i due ambiti dell'indagine; e la declinazione al plurale dei *doveri*, come si legge nel titolo, vuole suggerire che il principio di leale collaborazione tende ad assumere forme diverse ed a portare conseguenze almeno parzialmente differenti nei rapporti intersoggettivi, quindi fra lo Stato e le Regioni, e nei rapporti interorganici, ovvero genericamente fra gli organi di rilievo costituzionale. Senza insistere troppo su questioni nominalistiche, sembra allora corretto fare riferimento ai *doveri*, al plurale, di leale collaborazione.

Ad un tempo, il principio presenta una matrice di carattere unitario che non merita di essere lasciata in secondo piano. I destinatari dei doveri costituzionali di leale collaborazione sono quei soggetti e quegli organi che definiscono e sostengono l'ossatura dell'impianto costituzionale della Repubblica. Dalla giurisprudenza della Corte costituzionale si ricava facilmente l'elenco di tali destinatari: le Regioni e lo Stato nei loro rapporti reciproci; le Regioni nel rapporto con altre Regioni; gli organi rappresentativi dei poteri dello Stato nei rapporti fra loro (il Parlamento, il Governo, il Ministro della giustizia, il Csm, i singoli giudici, ed ora indirettamente anche il Presidente della Repubblica). Non è un caso che si tratti dei soggetti legittimati dalla Costituzione, e dalla Corte costituzionale, ad

essere parte di un conflitto d'attribuzione. Ma ciò non esclude che il principio possa trovare applicazione anche al di fuori di questo ambito, ad un livello di confronto inferiore a quello costituzionale [1].

2. La crescente domanda di leale collaborazione nei rapporti politici fra istituzioni.

Il principio di leale collaborazione è stato affrontato secondo una matrice unitaria per la prima volta dalla Corte costituzionale nella nota sent. n. 379 del 1992 (conflitto fra Consiglio superiore della magistratura e Guardasigilli in relazione al concerto per la nomina dei titolari di incarichi direttivi). Con questa decisione la Corte ha, di fatto, aperto le porte all'applicazione anche nel rapporto fra organi (di rilievo costituzionale) di un principio precedentemente elaborato con riferimento ai meccanismi cooperativi che regolano le relazioni fra lo Stato e le Regioni. In questa occasione, in realtà, la Corte non sembra particolarmente attenta ed interessata alla pregressa giurisprudenza sul rapporto fra Stato e Regioni ed il punto di contatto fra la leale collaborazione intersoggettiva e quella interorganica è semplicemente rappresentato dai precedenti richiamati nella motivazione della sent. n. 379 del 1992 [2]. Precedenti che, si deve sottolineare, non rappresentano con fedeltà il distillato delle elaborazioni giurisprudenziali che hanno segnato l'affermazione del principio collaborativo nel rapporto fra lo Stato e le Regioni [3].

All'indomani di tale importante decisione anche la dottrina ha ricondotto la trattazione del principio di leale collaborazione ad un filone unitario, tanto da parlare indistintamente di «una collaborazione "con pari dignità" fra organi e/o enti» [4].

---

[1] Per un recente e generico riferimento alla collaborazione fra Comuni e Regioni nella pianificazione urbanistica v. la sent. n. 343 del 2005 (che, sulla base dei principi fondamentali ricavabili dalla legislazione statale, impone alla legislazione regionale di stabilire che copia dei piani attuativi, anche se non è prevista l'approvazione regionale, sia trasmessa dai Comuni alla Regione (o alla Provincia delegata).

[2] V. la sent. n. 80 del 1989 sul rinvio governativo di una legge regionale «nuova»; e le sentt. nn. 21 e 482 del 1991 sul procedimento di intesa fra Stato e Regioni (la Corte sottolinea la disomogeneità rispetto al concerto e specifica che le sentenze richiamate si riferiscono alla «applicazione di tale modulo in altro ambito»).

[3] In proposito v. F. Rimoli, *Il principio di cooperazione tra Stato e Regioni nella giurisprudenza della Corte costituzionale: riflessioni su una prospettiva*, in *Dir. e società*, 1988, 363 ss; P. Carrozza, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, 473 ss.

[4] A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 1041 ss., spec. 1072.

Prima di quel momento era già stato individuato il carattere collaborativo dei rapporti che intercorrono fra gli organi costituzionali (fra Parlamento e Corte costituzionale da parte di Esposito [5] e di Ruggeri [6]) e fra questi e gli organi giurisdizionali (da parte di Modugno [7]). Mentre Arcidiacono leggeva nella «stretta collaborazione» l'asse portante dell'organizzazione pluralistica sia nei rapporti intersoggettivi sia in quelli interorganici all'interno dell'amministrazione dello Stato [8]. Tuttavia il principio tendeva ad essere assimilato a generici doveri di correttezza fra le istituzioni e, nella dottrina, non mancava la tentazione – stigmatizzata da Ruggeri – di «sposare dogmaticamente» la tesi che nega «l'esistenza di obblighi che la Carta fondamentale ha invece inteso stabilire, nel quadro della *collaborazione necessaria* tra gli organi costituzionali, al fine di soddisfare pienamente gli interessi primari ed irrinunziabili dell'ordinamento» [9].

---

[5] In proposito v. C. ESPOSITO, *«Inesistenza» o «illegittima esistenza» di uffici ed atti amministrativi per effetto delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale di norme organizzatorie?*, in *Giur. cost.*, 1962, 331, che – non senza qualche ironia – legge nei rapporti fra Parlamento e Corte costituzionale una forma di duplice collaborazione. Sarebbe così una «amichevole collaborazione» quella della Corte verso il Parlamento ma anche quella che si realizzerebbe, in direzione contraria, quando la Corte dovrebbe «considerare come atti di collaborazione ed invito amichevole a meglio meditare sui principi cui si siano ispirate sentenze dichiarative della illegittimità di disposizioni di legge la riapprovazione delle medesime disposizioni da parte del Parlamento». V. anche C. ESPOSITO, *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, vol. X, 1962, 286, dove si sottolinea il carattere collaborativo del rapporto fra Presidente della Repubblica e Ministri.

[6] V. A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, Milano, 1988, spec. 89 dove il seguito parlamentare delle sentenze della Corte costituzionale è ricondotto ad un dovere di collaborazione: «se è vero – e lo è – che il fondamento di siffatta attività giuridicamente obbligata riposa nel *principium cooperationis* (che, per l'appunto, chiama il Parlamento ad eleggere il Capo dello Stato, un terzo dei membri della Corte costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura), non si vede perché non si dovrebbe invocare siffatto principio anche con riferimento all'esercizio della funzione legislativa». V. anche A. RUGGERI, *Le crisi di governo tra ridefinizione delle regole e rifondazione della politica*, Milano, 1990, 52 s., dove si sottolinea che il *principium cooperationis* «costituisce (o, meglio, dovrebbe costantemente costituire) il collante delle azioni (e delle stesse reazioni) degli organi costituzionali, permeando di sé tutte le manifestazioni prime e più salienti dell'ordinamento». Sul punto v. ora G. SORRENTI, *Il seguito «rovesciato»: le decisioni interpretative di rigetto e l'attività del legislatore*, in A. RUGGERI-G. SILVESTRI (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento - Profili problematici e ricostruttivi*, Milano, 2000, 311 ss., che peraltro ritiene «indifferibile l'esigenza di più efficaci mezzi di raccordo» tra Corte e Parlamento.

[7] V. F. MODUGNO, *La giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1978, 1239, secondo cui «la creazione e l'uso delle sentenze interpretative o adeguatrici ricevono il significato di un mezzo di sollecitazione e di collaborazione, di un 'ponte', per così dire, con la funzione giurisdizionale e con quella legislativa».

[8] L. ARCIDIACONO, *Organizzazione pluralistica e strumenti di collegamento*, Milano, 1974, *passim*.

[9] A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 89 s.

La stessa Corte costituzionale aveva letto gli articoli 105 e 110 della Costituzione in termini tali da non escludere «un rapporto di collaborazione» fra Consiglio superiore della magistratura e Ministro guardasigilli (sent. n. 168 del 1963) [10]; ed aveva affermato la necessità di agire «in uno spirito di doverosa collaborazione» per gli organi appartenenti a poteri distinti per fini di giustizia (sent. n. 231 del 1975) [11].

Dopo il 1992 il principio in questione ha iniziato ad essere invocato con crescente entusiasmo nei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato e, seppure con la dovuta prudenza, è stato parallelamente utilizzato dalla Corte costituzionale.

Sembra testimoniarlo la costante crescita dei conflitti di attribuzione fra poteri dello Stato[12] che – oltre ad evidenziare la debolezza del sistema politico – rende palesi le tensioni fra potere politico e magistratura [13], anche a causa della revisione costituzionale dell'art. 68 della Costituzione e del venir meno dell'autorizzazione a procedere.

Si potrebbe allora essere tentati di leggere il principio di leale collaborazione fra organi come una creatura cresciuta sotto l'egida della c.d. Seconda Repubblica, o della «democrazia maggioritaria» [14], secondo quello schema interpretativo per cui il sistema istituzionale tende a far leva sul ruolo di mediazione di soggetti estranei al circuito Parlamento-Governo, Corte costituzionale e potere giurisdizionale in testa [15]. Questo ruolo della Corte costituzionale è rimarcato, ad esem-

---

[10] In proposito v. G. VERDE, *L'amministrazione della giustizia fra Ministro e Consiglio superiore*, Padova, 1990, 22 ss. e S. BARTOLE, *Autonomia e indipendenza dell'ordine giudiziario*, Padova, 1964, 126 ss., che riporta le diverse posizioni dottrinali che hanno preceduto la sent. n. 168 del 1963.

[11] Sul punto v. M. RUOTOLO, *Corte*, *giustizia*, *politica*, in TONDI DELLA MURA-CARDUCCI-RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, Torino, 2005, 340.

[12] Tale tendenza è costantemente rilevata negli *Aggiornamenti* curati da Roberto Romboli. V. in particolare E. MALFATTI-R. TARCHI, *Il conflitto di attribuzioni fra poteri dello* Stato, in R. ROMBOLI (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (1993-1995)*, Torino, 1996, 333 dove si sottolinea che «il *trend* di crescita del contenzioso non ha riguardato solo il dato numerico, ma anche il piano qualitativo». Nell'edizione del 1999 per il triennio 1996-1998, Elena Malfatti parla esplicitamente di esplosione dei conflitti (p. 340).

[13] In questo senso v. L. FERRAJOLI, *Democrazia plebiscitaria ad uso privato*, relazione al Congresso di Magistratura democratica, 24 gennaio 2003 (in *www.magistraturademocratica.it*).

[14] Usa questa espressione G. AZZARITI, *Politica e processi*, in *Giur. cost.*, 2004, 845 che vede nel passaggio dal sistema proporzionale a quello prevalentemente maggioritario un mutamento traumatico, capace di incedere sull'essenza stessa della nostra democrazia. Sul rapporto fra democrazia maggioritaria e forma di governo v. S. BARTOLE, *Democrazia maggioritaria*, in *Enc. dir.*, *Agg.*, V, 246 ss. e O. CHESSA, *La democrazia maggioritaria nell'interpretazione costituzionale della forma di governo*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 19 ss.

[15] La «timidezza» con cui la Corte costituzionale risolve questo genere di conflitti è sotto-

pio, da Ernesto Bettinelli che ricorda che la Corte è chiamata «a "mediare" tra i vari soggetti istituzionali quando si chiudono a riccio nel rivendicare l'esercizio esclusivo delle rispettive competenze» [16].

Tale lettura è confermata dalle inedite tensioni createsi fra Parlamento e Presidente della Repubblica al termine della X legislatura quando questi minacciava di ricorrere alla Corte costituzionale per impedire al disciolto Parlamento di riunirsi per riapprovare la legge sull'obiezione di coscienza in seguito al rinvio presidenziale [17]; mentre, in Parlamento il maggior partito di opposizione aveva avviato un'iniziativa di messa in Stato d'accusa del Presidente della Repubblica senza precedenti [18].

Una analoga evoluzione sembra essersi verificata anche sul versante dei rapporti fra lo Stato e le Regioni, tanto nei conflitti di attribuzione quanto nei giudizi di costituzionalità (in via principale ma anche, saltuariamente, in via incidentale). Le fortune del principio di leale collaborazione sembrano essere dovute proprio alla Corte costituzionale che ne ha gradualmente riconosciuto il fondamento costituzionale [19] e ne ha tratto conseguenze tali da caratterizzare sempre più marcatamente il riparto delle competenze fra lo Stato e le Regioni.

Ne ha preso atto anche il legislatore costituzionale che con la novella del 2001 ha espressamente richiamato il principio di leale collaborazione quale parametro nell'esercizio dei poteri sostitutivi dello Stato (art. 120, comma 2, Cost.) di fatto riconoscendogli esplicitamente quella portata di principio costituzionale che già si poteva riscontrare nella giurisprudenza [20]. Il legislatore costituzionale sembra

---

lineata da G. AZZARITI, *Giurisdizione e politica nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 93 ss., spec. 119-120.

[16] E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana - Un classico giuridico*, Milano, 2006, 104. In questo senso v. anche M. RUOTOLO, *Corte*, *giustizia*, *politica*, cit., 377 ss.

[17] In proposito v. F. SORRENTINO, *L'equilibrio istituzionale fra poteri e la sua garanzia giurisdizionale*, in L. LUATTI, *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, Torino, 1994, 70 secondo cui si sarebbe trattato di un conflitto gravissimo che «avrebbe consentito alla Corte di delimitare i poteri delle Camere sciolte e quelli di rinvio del Presidente della Repubblica e probabilmente lo stesso potere di scioglimento del Presidente della Repubblica».

[18] Sul legame tra tale vicenda e la crisi politico-istituzionale del momento v. T. GIUPPONI, *Le immunità della politica*, Torino, 2005, 224.

[19] In questo senso M. LUCIANI, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni*, 1994, 1321 ss., che individua nella Corte costituzionale «il protagonista della fortuna del cooperativismo» in seguito al frequente ricorso al principio della leale cooperazione. In proposito v. anche A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. BETTINELLI-F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza* costituzionale, Torino, 2004, 416 ss.

[20] Nonostante la presenza di alcune voci contrarie (in questo senso v. A. ANZON, *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, 210 s.), la dottrina sembra ormai prevalentemente indirizzata a riconoscere al principio di leale collaborazione una «rilevanza generale» in virtù non solo del suo inserimento nell'art. 120 Cost. ma anche della con-

quasi inseguire su questo punto la Corte costituzionale, come se la positivizzazione di nuovi principi generali rappresentasse un valore aggiunto delle riforme costituzionali e ne potesse testimoniare, a un tempo, l'attualità e la necessità. In questa prospettiva è interessante notare che il disegno di legge costituzionale approvato dalle Camere sul finire della XIV legislatura (e poi respinto dal corpo elettorale con il referendum del 25-26 giugno 2006) inseriva per ben tre volte il principio di leale collaborazione nel testo della Costituzione senza nulla innovare, sul punto specifico, rispetto allo *status quo*, e sempre in relazione ai rapporti fra Stato, Regioni ed enti locali [21].

L'affermazione del principio di leale collaborazione nei rapporti interorganici e in quelli intersoggettivi, non solo nella giurisprudenza ma – come si è visto – anche sul piano normativo-costituzionale, accentua l'esigenza di mitigare alcuni degli effetti del sistema politico maggioritario, tanto a livello statale quanto a livello regionale. Ad una crescente contrapposizione politica fra maggioranza ed opposizione e fra i diversi livelli di governo sembra corrispondere il tentativo di incentivare il dialogo, per mezzo di strumenti di carattere procedimentale, fra le istituzioni.

Anche il Presidente della Repubblica Ciampi ha più volte richiamato, negli ultimi mesi del suo mandato in particolare, il compito delle istituzioni – e con esse dei diversi soggetti politici e degli stessi cittadini – di agire, genericamente, con lealtà o, più specificamente, nella leale collaborazione. Gli spunti che si ricavano dai concisi interventi del Presidente della Repubblica permettono di distinguere fra una lealtà che equivale a correttezza nei rapporti politici («ho costantemente rivolto a tutti l'esortazione al dialogo, al confronto leale, aperto, reciprocamente rispettoso» dice il Presidente [22]) ed una leale collabo-

---

tinuità che caratterizza la giurisprudenza della Corte costituzionale a cavallo della riforma costituzionale del 2001 (è questa la tesi di S. BARTOLE, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Le Regioni*, 2-3/2004, 578 ss. Sul punto v. anche L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 5/2003, 691 ss.).

[21] Ai sensi del comma 1 dell'art. 114 del testo approvato dalle Camere gli enti costitutivi della Repubblica: «esercitano le loro funzioni secondo i principi di leale collaborazione e di sussidiarietà»; l'art. 118, comma 3, rinvia alla legge l'istituzione della «Conferenza Stato-Regioni per realizzare la leale collaborazione e per promuovere accordi ed intese»; l'art. 120, comma 2, ribadisce, pur con una diversa formulazione, la sottoposizione dei poteri sostitutivi esercitati dallo Stato al rispetto del principio di leale collaborazione.

Il principio emerge anche al comma 2 dell'art. 127-ter dove si stabilisce che il regolamento del Senato federale della Repubblica garantisce rapporti di reciproca informazione e collaborazione tra i senatori e i rappresentanti di Comuni, Province e Regioni.

[22] Messaggio di fine anno del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi agli italiani, Palazzo del Quirinale, 31 dicembre 2005. Un riferimento simile e più specifico agli attori politici è contenuto nell'intervento del 20 dicembre 2005 in occasione della cerimonia per lo scambio degli auguri di Natale e Capodanno con le magistrature della Repubblica: «ho co-

razione fra istituzioni, finalizzata alla correttezza nei rapporti fra poteri.

A questo proposito il Presidente Ciampi ricorda che «il bene del consorzio civile cui apparteniamo ha come presupposto il rispetto, sostanziale e formale, dell'ordinamento che ci siamo dati e la leale collaborazione fra le istituzioni»[23]; ed il carattere sostanziale oltre che formale del rispetto dei doveri di leale collaborazione merita di essere sottolineato. La continua sovrapposizione del confronto politico e dei rapporti di carattere istituzionale è riemersa nelle parole del Capo dello Stato in occasione della celebrazione del 50° anniversario della Corte costituzionale, in uno dei momenti di massima tensione politica della recente storia repubblicana, all'indomani delle elezioni del 9-10 aprile 2006. Dal discorso del Presidente sembra ricavarsi l'auspicio che lo scontro politico possa trovare la sua giusta composizione proprio grazie al corretto funzionamento delle istituzioni: «come ho avuto modo più volte di ricordare, gli stessi conflitti politici possono e debbono essere regolati dai principi di leale collaborazione, di coesione, di rispetto reciproco tra le istituzioni, che sono propri di ogni democrazia»[24]. Inoltre, l'accostamento del principio in esame a quelli di *coesione* e di *rispetto* tra le istituzioni sembra integrare la portata della leale collaborazione proprio nel senso della valorizzazione della correttezza[25].

Quanto al rapporto fra i diversi livelli di governo il riferimento alla concertazione è esplicito nei discorsi del Presidente della Repubblica Ciampi quale strumento idoneo a contemperare le inevitabili differenze di orientamento politico[26].

Nonostante il clima di scontro politico che ha caratterizzato la sua elezione ed i passaggi istituzionali ad essa contigui, si deve segnalare che il Presidente della Repubblica Napolitano non ha – inizialmente – utilizzato il principio della leale collaborazione nella accezione più estensiva, tanto cara al suo predecessore. Infatti, nel messaggio pronunciato dal neo Presidente in occasione del giuramento davanti alle Camere, la leale collaborazione è richiamata solo con riferimento ai rapporti fra lo Stato e le autonomie locali[27]. Ma già il 2 giugno il Presidente Na-

---

stantemente rivolto alle forze politiche l'esortazione al dialogo, soprattutto nelle materie che direttamente riguardano l'operare delle istituzioni e i rapporti fra esse».

[23] V. il citato intervento del 20 dicembre 2005. Il Presidente della Repubblica ha espresso il medesimo pensiero anche in altre occasioni, cfr. il Messaggio del Presidente Ciampi per il seminario «*Lo Stato Costituzionale*, *i fondamenti e la tutela*» del 27 ottobre 2005; il discorso tenuto in occasione dell'incontro con i prefetti della Repubblica il 15 dicembre 2005.

[24] Intervento del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi durante l'incontro con i Presidenti delle Corti Costituzionali estere in occasione del 50° anniversario della Corte costituzionale, 21 aprile 2006.

[25] Sulla «coesione della Repubblica» si rinvia a E. BETTINELLI, *La Costituzione della Repubblica italiana - Un classico giuridico*, cit., 98, che legge nel ruolo del Presidente della Repubblica uno degli elementi chiave di tale coesione «soprattutto nei momenti di grave incertezza e disorientamento».

[26] Cfr. il discorso istituzionale tenuto a Pavia il 19 gennaio 2006.

[27] Messaggio e Giuramento davanti alle Camere del Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano nel giorno del suo insediamento, 15 maggio 2006.

politano ha espressamente ribadito che la sua Presidenza avrebbe avuto come costante punto di riferimento l'instaurazione di «un clima di operosità e di responsabile *collaborazione*» [28], con ciò lasciando trasparire l'intenzione di non abbandonare il percorso intrapreso dal Presidente Ciampi.

Non si può poi trascurare che nel ricorso per conflitto di attribuzione fra poteri sollevato nel giugno del 2005 dal Presidente Ciampi nei confronti del Ministro della giustizia sulla titolarità del potere di grazia è lo stesso Presidente della Repubblica ad invocare il rapporto di collaborazione fra Presidente e Ministro per escludere che esso possa determinare un potere di interdizione in capo al Ministro; il potere di grazia – secondo i termini del ricorso presidenziale – sarebbe infatti di esclusiva competenza del Presidente della Repubblica (v. § 6).

3. Il principio nel rapporto tra Stato e Regioni e nel rapporto fra organi di rilievo costituzionale: distinzioni (frammentazione della rappresentanza politica territoriale ed unitarietà dell'indirizzo politico statale)

L'affermazione del principio di leale collaborazione nella giurisprudenza costituzionale è avvenuta, come si è accennato, secondo un costante intreccio delle elaborazioni compiute con riferimento al rapporto fra lo Stato e le Regioni con le decisioni inerenti la collaborazione interorganica.

Ne è derivato, in particolare, un "travaso" che ha arricchito la più giovane giurisprudenza originata dai conflitti interorganici, cui si potrebbe avere la tentazione di applicare, senza troppi distinguo, le regole della leale collaborazione intersoggettiva.

È però opportuno separare i due settori dell'indagine che, per quanto legati fra loro, presentano significative peculiarità, probabilmente «note» anche al legislatore costituzionale che ha provveduto a costituzionalizzare il principio con esclusivo riferimento ai rapporti intersoggettivi, così disattendendo, almeno in parte, gli auspici della dottrina: «quando il legislatore italiano sapeva ancora come vanno scritte le disposizioni costituzionali, non c'era il rischio che cedesse alla tentazione di immettervi riferimenti ai grandi principi elaborati dalla dottrina» [29].

In realtà il legislatore è caduto in tentazione ed ha, per così dire, «peccato» più volte; ma sempre e soltanto con riferimento al rapporto fra lo Stato e le Regioni. E forse il «peccato» è meno grave in questo contesto di quanto non sarebbe nel quadro dei rapporti fra i poteri dello Stato.

---

[28] Testo diffuso dall'ufficio stampa della Presidenza della Repubblica il 1° giugno 2006.

[29] R. Bin, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.

Roberto Bin sottolinea che sarebbe vano ricercare il fondamento costituzionale di un principio che dà «un nome ed un volto normativo ad esigenze che stanno nello strato più profondo delle fondamenta su cui si eleva l'edificio costituzionale» [30]. Ed in quello strato profondo probabilmente si colloca il *meta-valore* – cui Gustavo Zagrebelsky attribuisce un carattere assoluto (ed è l'unico nella sua prospettiva ad essere tale) – che «si esprime nel duplice imperativo del mantenimento del pluralismo dei valori (per quanto riguarda l'aspetto sostanziale) e del loro confronto leale (per quanto riguarda l'aspetto procedurale)» [31].

L'ordinamento costituzionale non può essere visto come l'insieme di più monadi, ciascuna espressiva di un potere o titolare di una funzione, che agiscono separatamente l'una dall'altra. È evidente che la collaborazione istituzionale rappresenta un dovere imprescindibile per il funzionamento dell'ordinamento. Cosa accadrebbe se le Camere non volessero collaborare fra loro? O se il Presidente della Repubblica ed il Governo non avessero intenzione di confrontarsi nell'esercizio delle loro funzioni?

La soluzione fornita dalla Costituzione è, teoricamente, quella del conflitto di attribuzione ma, in assenza di una sostanziale volontà di collaborare, la Corte costituzionale non potrebbe da sola supplire a tali carenze. Così come nessuna soluzione è, in sostanza, prevista per la mancata collaborazione degli organi costituzionali chiamati a formare la stessa Corte [32].

L'ordinamento costituzionale si regge inevitabilmente sulla collaborazione o sul (corretto) esercizio della propria funzione, se si preferisce, di tutti gli organi costituzionali. Di fronte ad una totale assenza di partecipazione alle funzioni da parte degli organi che ne sono titolari, non vi sarebbe alcun principio di leale collaborazione da invocare. Semplicemente verrebbe meno il funzionamento dello stesso ordinamento costituzionale.

Si tratta di un'ipotesi estrema, ad un tempo suggestiva ed inquietante, ma possiamo chiederci che cosa accadrebbe se il corpo elettorale si «rifiutasse» di svolgere la sua funzione, come nel *Saggio sulla lucidità* del premio Nobel portoghese José Saramago [33], dove in occasione di ripetute tornate elettorali i cittadini di una capitale senza nome decidono inspiegabilmente di votare in modo massiccio scheda bianca.

---

[30] R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, cit., 12.

[31] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 11.

[32] In dottrina sono stati fatti, tuttavia, alcuni tentativi per rinvenire una soluzione alla mancata elezione, v. E. ROSSI, *Il Presidente della Repubblica e la mancata elezione parlamentare dei giudici costituzionali*, 2001, in *www.forumcostituzionale.it*, che vede nel potere presidenziale di messaggio (formale o informale) il possibile strumento per sollecitare il Parlamento e, allo stesso tempo, «minacciare» lo scioglimento delle Camere; per una articolata ricostruzione delle soluzioni astrattamente possibili v. R. PINARDI, *Il problema dei ritardi parlamentari nell'elezione dei giudici costituzionali tra regole convenzionali e rimedi* de iure condendo, in *Giur. cost.*, 2003, 1819 ss.

[33] J. SARAMAGO, *Saggio sulla lucidità*, Torino, 2004.

L'esito non potrebbe che essere una situazione in bilico fra anarchia e «commissariamento» dei poteri dello Stato. Come effettivamente accade nel romanzo di Saramago.

L'ordinamento costituzionale si fonda su un assunto tanto banale quanto essenziale: ciascun organo deve adempiere correttamente alle sue funzioni per consentire il complessivo funzionamento delle istituzioni. In assenza della dovuta collaborazione la macchina rischia di muoversi faticosamente o di bloccarsi, come se le mancasse il grasso necessario a far girare gli ingranaggi, secondo la celebre immagine evocata, ancora una volta, da Bin [34].

E quegli ingranaggi sono messi in movimento da un motore che ha bisogno del carburante dell'adesione ai valori della Costituzione per poter funzionare. Lo si legge nelle belle parole pronunciate più di cinquanta anni fa da Piero Calamandrei: «la Costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé. La Costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove. Perché si muova bisogna ogni giorno rimetterci dentro il combustibile. Bisogna metterci dentro l'impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità» [35].

Ecco allora che alla base dell'ordinamento costituzionale si coglie l'esigenza della collaborazione fra i detentori delle funzioni costituzionali, in modo che si realizzi il giusto equilibrio fra i poteri dello Stato, in un rapporto dinamico fra gli organi che partecipano (e collaborano) ad un medesimo ciclo funzionale [36].

Nel rapporto fra i poteri dello Stato il principio di leale collaborazione assume quindi un contenuto amplissimo [37]: in esso confluiscono, da un lato, generici doveri di correttezza, dall'altro, più puntuali regole di carattere procedimentale.

Come emerge dall'analisi della giurisprudenza, la Corte è più restia ad imporre meccanismi procedurali di cooperazione nei conflitti interorganici rispetto a quanto è disposta a fare nei conflitti fra Stato e Regioni.

---

[34] V. R. Bin, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, cit., 6.

[35] Intervento di Piero Calamandrei all'Umanitaria di Milano del 26 gennaio 1955, ora in *www.anpi.it*.

[36] F. Sorrentino, *L'equilibrio istituzionale fra i poteri e la sua garanzia giurisdizionale*, in L. Luatti (a cura di), *l'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali*, cit., 62.

[37] Sull'ampliamento dei confini del principio di cooperazione v. A. Ruggeri, *Corte costituzionale e Parlamento tra aperture del 'modello' e fluidità dell'esperienza*, in A. Ruggeri-G. Silvestri (a cura di), *Corte costituzionale e Parlamento - Aspetti problematici e ricostruttivi*, cit., 23-24, secondo cui «le vicende istituzionali sono permeate ed attraversate di continuo da fasci di attività poste in essere da attori chiamati a compiti astrattamente distinti ma nella pratica indistinguibili, se si conviene – come si deve – sulla circostanza per cui le relative manifestazioni si integrano e compenetrano l'una (con e) nell'altra, in forza della necessità ineludibile, congeniale all'idea stessa di sistema e di ordinamento, che ciascuna attività espressione di pubblica funzione sia chiamata ad un'opera che non è di mera 'cooperazione' - come pure usa dire – ma, di più, di costante riconformazione giuridico-concettuale nei confronti delle altre attività componenti la dinamica istituzionale».

Quali sono le ragioni di tale differenza?

Una prima spiegazione è fornita da Roberto Bin, nel saggio che forse più di ogni altro ha tentato di ricostruire la portata del principio di leale collaborazione fra poteri: «il fatto è che il giudizio di leale collaborazione ha forti analogie con il giudizio di ragionevolezza, di cui forse non è che una sottospecie: ed è probabile che gli stilemi elaborati dalla massiccia giurisprudenza che si è formata sul primo esercitino una forte suggestione nella ricerca degli argomenti con cui strutturare il secondo. Ma non mi sembra affatto sbagliato che la Corte si attenga con particolare rigore ad un atteggiamento di *self restraint* nel creare regole nuove, coprendo spazi normativi del tutto vuoti su cui si affacciano i 'poteri dello Stato' senza poter giustificare il suo operato con la rassicurante metafora delle 'rime obbligate'»[38].

A ciò si deve poi aggiungere che la giurisprudenza sulla leale collaborazione fra poteri deriva, essenzialmente, da giudizi in sede di conflitto di attribuzioni mentre la collaborazione fra Stato e Regioni è, in larga misura, plasmata da decisioni rese in occasione del sindacato di costituzionalità che trovano, poi, una significativa eco nei giudizi sui conflitti. È quindi comprensibile che nei conflitti tra poteri la Corte sia poco propensa ad introdurre nuove regole di carattere procedurale.

Un secondo ordine di ragioni può essere ricavato dal diverso carattere che il pluralismo istituzionale assume nel riparto verticale ed orizzontale dei poteri.

Nel modello del regionalismo cooperativo Stato e Regioni, pur legati da doveri di collaborazione, sono portatori di interessi differenziati, definiti ed influenzati non solo dalla Costituzione ma anche dall'indirizzo politico perseguito. Le Regioni sono inevitabilmente legate agli interessi del territorio e della comunità che rappresentano; mentre lo Stato è portatore delle più generali esigenze di unità dell'ordinamento. Si possono anche ipotizzare divergenze, e quindi conflitti, fra l'indirizzo politico delle regioni e quello dello Stato, come già ebbe modo di sostenere Temistocle Martines ancor prima dell'istituzione delle Regioni a Statuto ordinario[39].

I poteri dello Stato invece presentano una diversa coesione: è vero che le loro funzioni possono essere interferenti e che gli organi in conflitto possono essere portatori di esigenze diverse, se non di veri e propri interessi[40]. Questi diversi interessi, sottostanti a valori o a funzioni costituzionali, non possono però essere valutati senza tenere conto delle esigenze di unitarietà dell'indirizzo politico del-

---

[38] R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, cit., 10.

[39] Cfr. T. MARTINES, *Studio sull'autonomia politica delle Regioni in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1956, 132 ss.

[40] La stessa Corte costituzionale fa espresso riferimento agli interessi dei poteri dello Stato, oltre che alle loro esigenze, ad esempio, nella sent. n. 225 del 2001. In dottrina v., in proposito, alcuni cenni in B. PEZZINI, *Leale collaborazione tra ministro della giustizia e C.S.M. alla prova: chi controlla il* concerto*?*, in *Giur. cost.*, 2003, 3911 ss., che riconnette la partecipazione del ministro al procedimento agli *interessi* che è chiamato a tutelare.

lo Stato. Non hanno, insomma, nel confronto fra loro quella disomogeneità che caratterizza gli interessi regionali di fronte allo Stato.

Ne deriva che l'opera di bilanciamento della Corte deve tenere conto di tale differenza [41]. In particolare il bilanciamento effettuato fra gli interessi dello Stato e delle Regioni può portare, come sovente accade, alla prevalenza di un soggetto sull'altro, di un interesse sull'altro; mentre nel rapporto fra poteri dello Stato il «corretto bilanciamento fra le opposte esigenze» [42] tende ad accentuare quella che – da un punto di vista non giuridico – potrebbe essere interpretata come un intervento di mediazione del giudice costituzionale che, inevitabilmente, conduce ancora una volta ad un giudizio assimilabile a quello di ragionevolezza [43]. Anche se gli interventi additivi della Corte costituzionale non hanno – come detto – la stessa portata di quelli legati al rapporto fra lo Stato e le Regioni.

La leale collaborazione, tanto nei rapporti intersoggettivi quanto in quelli interorganici, risulta quindi costantemente compressa fra l'esigenza di assicurare la *correttezza* fra le istituzioni e quella di tradursi in regole procedimentali di *concertazione* o anche solo in strumenti di *condivisione* (come, ad. esempio, nel caso dello scambio di informazioni). Giocando con le parole si può allora pensare di scindere il principio in due elementi: *lealtà*, da intendersi quale correttezza nelle relazioni istituzionali, e *collaborazione*, come forma di confronto nel procedimento decisionale. La Corte costituzionale sembra confermare questa interpretazione quando, ad esempio, utilizza in forma di endiadi l'espressione «correttezza e lealtà» nelle sentenze sul segreto di Stato [44]. La necessità di questa differenziazione deriva dall'ampia portata del principio e dalle sue rilevanti conseguenze: «la Corte assegna generalmente al principio un valore paradigmatico, valido non solo nei rapporti tra Stato e Regioni, ma assunto come criterio unitario valido per ogni tipo di articolazione dello Stato (poteri o enti che siano)» [45].

La correttezza degli attori istituzionali, inevitabilmente riferita a parametri di carattere etico oltre che giuridico [46], si rivela essenziale per evitare lo stallo del-

---

[41] In proposito è interessante richiamare O. CHESSA, *Corte costituzionale e trasformazioni della democrazia pluralistica*, in TONDI DELLA MURA-CARDUCCI-RODIO (a cura di), *Corte costituzionale e processi di decisione politica*, cit., 73 ss., che distingue fra un «pluralismo discorsivo», che riguarda le funzioni caratterizzate da esigenze unitarie e che, quindi, seguiranno un confronto di tipo procedimentale, e un «pluralismo competitivo», tipico delle autonomie isolatamente considerate.

[42] Sent. n. 225 del 2001.

[43] In questo senso v. R. BIN, *L'ultima fortezza*, Milano, 1996, 124 s.

[44] Sentt. nn. 110 del 1998 e 410 del 1998. Sul punto v. T. GIUPPONI, *La Corte costituzionale giudice e «parte» in tema di segreto di Stato? Le sentt. nn. 110 e 410 del 1998*, in *Giur. cost.*, 1999, 1226 ss.

[45] G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 865.

[46] In questo senso v. Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, 179 ss.

l'ordinamento costituzionale di vertice. Essa potrebbe, quindi, essere letta come una sorta di presupposto necessario della leale collaborazione [47], così come – a certe condizioni – poteva rappresentare il presupposto del fenomeno giuridico nella prospettiva di Santi Romano [48].

I generici doveri di correttezza fra organi costituzionali – che come si è già ricordato non possono essere ignorati anche se non (facilmente) giustiziabili [49] – restano, in larga misura, rimessi alla (buona) volontà dei loro titolari o, meglio, alla loro responsabilità [50]. Tuttavia, la Corte costituzionale ha acquisito, almeno in parte, una funzione di controllo sul rispetto di tali doveri di correttezza nel momento in cui è chiamata a verificare in concreto se gli strumenti procedimentali del confronto fra le parti coinvolte sono stati utilizzati nel rispetto dello spirito collaborativo richiesto, ovvero se vi è stata vera lealtà da parte dei soggetti/organi chiamati a collaborare. Ciò accade, in particolare, nei conflitti da menomazione cui la leale collaborazione appare essere connaturata [51].

---

[47] Cfr. Q. CAMERLENGO, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, cit., 190, che fa risalire tale intuizione a V. MICELI, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, 1913.

[48] Per Santi Romano «la correttezza costituzionale si presenta come un complesso di regole che può avere natura diversa e servire a svariati uffici. Essa è morale politica (…); è misura media di equità, di buona fede, di diligenza e valore nella vita pubblica; è buon uso di poteri discrezionali; è intesa, impegno d'onore fra i partiti; educazione politica per i singoli; mutua deferenza, rispetto, cortesia fra i pubblici poteri; è cerimoniale, etichetta, prassi, routine, convenzionalismo. Ma non è diritto». Tuttavia, Santi Romano riconosce che frequentemente «la correttezza serve di presupposto al diritto. Manca qualsiasi disposizione che ne imponga l'osservanza in modo diretto ma (…) l'interprete deduce che in tanto un istituto giuridico è stato introdotto o determinato in una data maniera, in quanto ciò era reso possibile da una o più norme di correttezza» (S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 498 ss.).

[49] Sul punto v. A. RUGGERI, *Le attività «conseguenziali» nei rapporti fra la Corte costituzionale e il legislatore*, cit., 89 s. Per una ipotesi particolare di regole di correttezza e sulla loro giustiziabilità v. F. RIGANO, *La clausola «di cortesia» nella motivazione delle dimissioni del governo*, in L. VENTURA (a cura di), *Le crisi di governo nell'ordinamento e nell'esperienza costituzionale*, Torino, 2001, 281 ss. e la bibliografia *ivi* citata.

[50] Come si evince anche dalla definizione di Santi Romano, secondo cui la correttezza «segna e precisa, nel modo relativo che le è consentito, quella parte della morale politica, che è giuridicamente rilevante, nel senso che il diritto ad essa si riferisce. La correttezza non è siffatta morale, ma il comportamento esterno che le corrisponde» (S. ROMANO, *Diritto e correttezza costituzionale*, cit., 489).

[51] Cfr., P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. BINDI-M. PIERINI (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri*, Milano, 2003, 42-43.

4. La leale collaborazione interorganica nella giurisprudenza costituzionale: la lealtà come correttezza e la collaborazione come concertazione

La distinzione fra le due accezioni del principio di leale collaborazione (*concertazione/condivisione* e *correttezza*) è essenziale per descriverne la portata nei conflitti fra poteri dello Stato.

Innanzitutto, occorre evidenziare che la Corte costituzionale ha utilizzato esplicitamente il principio in rarissime occasioni. Le uniche sentenze in cui la Corte ricorre espressamente alla leale collaborazione fra poteri sono la n. 379 del 1992, la n. 403 del 1994 e la n. 380 del 2003 [52].

In tutte queste occasioni la leale collaborazione è utilizzata in funzione della concertazione fra il Csm ed il Ministro della giustizia o, pur se in modo meno intenso, fra il Collegio inquirente presso il Tribunale dei ministri e il Parlamento.

Si tratta di un numero molto limitato di conflitti, quasi a smentire l'esplosione di cui si è parlato. In realtà si deve considerare che, indipendentemente dal ricorso alla leale collaborazione, nella motivazione delle decisioni della Corte, è il numero complessivo dei conflitti ad essere cresciuto esponenzialmente. In proposito Andrea Pugiotto ha osservato che «l'infittirsi dei ricorsi al giudice dei conflitti è l'"indice empirico" dell'assenza di leale collaborazione tra poteri» [53].

Viene allora in rilievo la leale collaborazione nella accezione di *correttezza*. Tanto che si potrebbe essere tentati di sostenere che se i poteri dello Stato agissero sempre nella leale collaborazione non vi potrebbero essere conflitti. E la Corte tenta di coltivare questo filone, per cui ad un minor numero di conflitti corrisponderebbe una più diffusa leale collaborazione. Si legge nella sent. n. 116 del 2003 (in materia di insindacabilità) che l'assenza di un termine per la proposizione del ricorso è idonea a favorire «la ricerca e la conclusione di intese extragiudiziarie tra gli organi interessati al conflitto» [54].

La *ratio* della norma è poi ribadita in altre decisioni (sent. n. 58 del 2004) e trova applicazione anche nella sent. n. 284 del 2004 che trae origine da un ricorso della Camera dei deputati successivo alla sentenza definitiva di condanna. For-

---

[52] A queste si possono affiancare, pur se distinte, le citate sentt. nn. 168 del 1963 e 231 del 1975 che contengono i primi richiami alla collaborazione interorganica.

[53] A. Pugiotto, *Potere di grazia tra «legge Boato» e inerzia presidenziale*, in *Diritto & Giustizia*, 2004, n. 8, 10 ss. ed in *www.forumcostituzionale.it*, che riprende uno spunto di F. Lanchester, *L'istituto della grazia ed il ruolo del Capo dello Stato nell'ordinamento costituzionale italiano*, paper.

[54] In proposito v. R. Bin, *"Ultima fortezza" e "regole d'ingaggio" nei conflitti interorganici*, in *www.forumcostituzionale.it* ed E. Malfatti, *Il conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato*, in R. Romboli (a cura di), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2002-2004)*, Torino, 2005, 344 s.

se a dimostrazione del carattere estremo del rimedio rappresentato dal conflitto di attribuzione.

Il principio di leale collaborazione è tanto frequentemente invocato nei ricorsi per conflitto d'attribuzione quanto è ignorato dalla Corte nella motivazione in diritto. Non sembra poi essere un caso che quasi manchino conflitti risolti dalla Corte con l'accertamento di un concreto comportamento «sleale» da parte di un organo nell'esercizio di un proprio potere se si eccettuano i rilievi mossi alla commissione del Consiglio superiore della magistratura nella sent. n. 379 del 1992. Nella stessa sent. n. 403 del 1994 è forse possibile rintracciare un riscontro di tal genere, anche se si deve probabilmente ritenere prevalente l'elemento del mero rispetto del principio di legalità [55].

Sono quindi i protagonisti istituzionali dei conflitti ad invocare, anche in sedi estranee al processo, il rispetto del dovere di leale collaborazione. Ciò accade, in particolare, nelle vicende che vedono fronteggiarsi autorità giudiziaria e Parlamento nel «bilanciamento» delle esigenze del processo ordinario con quelle dell'autonomia degli organi parlamentari. Si tratta di un piccolo gruppo di sentenze successive al 2001: nn. 225 del 2001, 263 del 2003, 284 del 2004 e, da ultimo, la n. 451 del 2005.

Con la prima decisione della serie la Corte getta le basi per una giurisprudenza che, ormai, si potrebbe dire, a suo modo, consolidata. Si tratta di una giurisprudenza «caso per caso» [56] che negli anni successivi seguirà, però, il percorso logico della sent. n. 225 del 2001 [57].

Di fronte al legittimo impedimento a partecipare ai processi che lo riguardavano lamentato dall'imputato Previti, e motivato con la necessità di presenziare ai lavori della Camera dei deputati, il Tribunale di Milano – come è noto – disconosceva «in senso assoluto la rilevanza dell'impedimento in questione, per invocare esclusivamente l'interesse del procedimento giudiziario» [58]. La Corte costituzionale ha ritenuto che «così facendo il giudice ha leso le attribuzioni dell'istituzione parlamentare», in quanto queste ultime esigono «che ogni altro potere, allorquando agisce nel campo suo proprio e nell'esercizio delle sue competenze, tenga conto non solo delle esigenze della attività di propria pertinenza, ma anche degli interessi, costituzionalmente tutelati, di altri poteri» [59] e «suggerisce» al Tribunale di discutere i calendari delle udienze con le parti e di adattarli, almeno di norma, ai calendari parlamentari in modo da evitare la concomitanza con i lavori della Camera.

---

[55] Nel quadro dell'applicazione dei canoni di correttezza si può poi rinvenire, nella sent. n. 110 del 1998, la sanzione di un comportamento «non conforme al dovere di lealtà e di correttezza» da parte del Procuratore di Bologna.

[56] Così G. BRUNELLI, *«Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto)*, in *Giur. cost.*, 2001, 2012.

[57] In proposito v. G. AZZARITI, *Politica e processi*, cit., 864.

[58] Sent. n. 225 del 2001.

[59] Sent. n. 225 del 2001.

Nella motivazione della sent. n. 225 la Corte non ricorre esplicitamente al principio di leale collaborazione anche se, come è stato fatto notare, il fulcro su cui ruotano le argomentazioni della decisione è proprio l'enunciazione del principio applicato agli organi costituzionali [60]. Ma la Corte non ha la necessità di richiamare il principio: da un lato, si limita a verificare che il giudice non ha operato il «necessario bilanciamento» [61] tra le esigenze del processo e gli interessi, costituzionalmente tutelati, del Parlamento; dall'altro, lascia che siano i soggetti coinvolti a collaborare lealmente nella definizione delle date d'udienza. Meglio, chiede al Tribunale di Milano di tenere nella dovuta considerazione gli interessi della Camera.

Ecco allora che l'elemento della leale collaborazione ha fatto la sua comparsa nella vicenda, una prima volta, nelle memorie degli avvocati, per poi inabissarsi e riaffiorare, in un secondo momento, nei commenti alla sentenza [62] e nelle iniziative del Presidente della IV sezione del Tribunale di Milano (ed in risposta a questi del Presidente della Camera) [63].

In seguito alla decisione della Corte, il Presidente della IV sezione del Tribunale di Milano scrive al Presidente della Camera allo scopo di «cercare di coordinare la programmazione delle udienze con l'attività parlamentare» [64], come già parte della dottrina aveva auspicato [65]. Così si fa sempre più insistente la ricerca di quella leale collaborazione non direttamente evocata dalla Corte.

Il Tribunale, gravato dall'onere di bilanciare gli interessi in gioco, tenta di trovare una mediazione grazie al dialogo con il Presidente della Camera dei deputati, che però – consapevole della sua posizione di forza in virtù della decisione della Corte – di fatto sembra, in un primo tempo, chiudere ogni spira-

---

[60] In questo senso v. G. BRUNELLI, *«Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto)*, cit., 2013.

[61] G. BRUNELLI, *La sentenza Previti: una decisione «ritagliata» sul caso*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[62] V. fra i primi commenti T. GIUPPONI, *I 'legittimi impedimenti' del parlamentare imputato, tra leale collaborazione e deroghe allo stato di diritto*, in *www.forumcostituzionale.it*; G. BRUNELLI, *«Caso Previti»: ultimo atto (del conflitto)*, cit., 2013 che riconosce nel passaggio sopra citato («ogni altro potere, allorquando …» della sentenza una enunciazione del principio di leale collaborazione.

[63] In questo senso v. A. BARBERA, *Ancora sul caso Previti*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[64] V. uno stralcio della lettera del giudice Carfì in L. FERRARELLA, *Previti, il giudice a Casini: quando posso processarlo?*, in *Corriere della Sera*, 31 ottobre 2001.

[65] In questo senso v. F. DONATI, *Tre brevi osservazioni sul «caso Previti»*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI, *Il «caso Previti»*, Torino, 2000, 83 s., secondo cui potrebbero «rivelarsi preferibili soluzioni flessibili, come ad esempio l'adozione di appropriate forme di coordinamento fra giudice e Presidente della Camera, i quali potrebbero (anche mediante incontri informali ed eventualmente d'intesa con il parlamentare) mettersi d'accordo su un calendario che possa contemperare le esigenze della Camera con le esigenze processuali».

glio di possibile confronto: la pubblicazione di ampi stralci della lettera del dottor Carfì «e lo stesso tenore complessivo della lettera non mi sembrano in linea con il criterio della leale collaborazione fra poteri dello Stato». Prosegue il Presidente della Camera: le informazioni richieste sono «consultabili, per chiunque abbia interesse a conoscerle, sul sito Internet della Camera» e gli uffici sono stati incaricati di «trasmettere al magistrato interessato gli atti recanti le decisioni relative all'organizzazione dei lavori che saranno adottate a seguito della prossima riunione della Conferenza dei presidenti dei gruppi parlamentari» [66].

Come dire: la Camera non è disponibile a nessun confronto con il Tribunale che, se vorrà, potrà fissare le udienze in conseguenza del calendario dei lavori parlamentari [67]. Non sembra quindi esserci molto da *bilanciare*, semmai si tratta di *tenere conto* delle esigenze della Camera.

La leale collaborazione sembra, peraltro, essere cara al Presidente della Camera, tanto da essere invocata in ogni occasione connessa alla vicenda. Si tratta tuttavia di una leale collaborazione intesa nella sola accezione di correttezza (il Tribunale domanda, la Camera risponde) senza che se ne possano ricavare spunti di mediazione o concertazione. Questo atteggiamento appare peraltro in linea con la sent. n. 225 del 2001, che rimette al Tribunale un "bilanciamento» già effettuato e sembra giustificare l'atteggiamento attendista della Camera che, a condizione di non cadere in comportamenti sleali, potrà così più facilmente soddisfare i propri doveri di leale collaborazione/correttezza.

5. La leale collaborazione intersoggettiva nella giurisprudenza: Stato e Regioni. La prevalenza degli aspetti legati alla concertazione

Il diverso modo in cui il pluralismo istituzionale opera nei rapporti fra Stato e Regioni (in particolare a causa dell'emersione di istanze politiche eventualmente divergenti) determina un diverso peso dell'opera di bilanciamento svolta dalla Corte costituzionale che, frequentemente, interviene per imporre agli enti in conflitto il rispetto dei meccanismi collaborativi previsti o per sanzionare atti legislativi che quei meccanismi non prevedono.

---

[66] V. la lettera inviata dal Presidente Casini al Presidente del Tribunale di Milano il 31 ottobre 2001.

[67] M. Manetti, *Conflitti tra poteri e galateo costituzionale*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi, *Il «caso Previti»*, cit., 117 ss., sottolinea che il dovere di leale collaborazione grava tanto sul giudice (che «preferirà tenere conto, per quanto gli è possibile, del calendario parlamentare, attenendosi al rispetto del galateo costituzionale»), quanto sulle Camere, che non possono sottrarsi al confronto in nome della posizione costituzionale del Parlamento.

Questa maggiore invasività potrebbe, in parte, spiegarsi anche con la positivizzazione del principio in esame da parte dell'art. 120, comma 2, Cost.; anche se in realtà l'argomento appare scarsamente convincente se solo si considera che il principio di leale collaborazione riceve una pacifica legittimazione costituzionale tanto da parte della giurisprudenza quanto da parte della dottrina [68].

Gli strumenti che danno puntuale applicazione al principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni sono ormai oggetto di una giurisprudenza corposa e gli studi in materia si vanno sempre più ampliando [69]. Può essere interessante, a questo proposito, verificare quali sono questi strumenti, in modo da riscontrarne il grado di incisività sui rapporti fra lo Stato e le Regioni e sull'esercizio delle rispettive competenze.

Lo strumentario a disposizione della Corte costituzionale è assai variegato ed include istituti giuridici che attuano il principio di leale collaborazione con un grado di intensità fortemente diversificato [70]. Procedendo in ordine di intensità tendenzialmente crescente si possono riscontrare:

a) *Una forma (apparentemente) blanda di leale collaborazione: l'intervento discrezionale del legislatore.*

In presenza di una «concorrenza di competenze» legislative statali e regionali, per le quali la Costituzione non prevede espressamente un criterio di composizione delle interferenze, la Corte costituzionale – nel caso in cui non possa ravvisarsi un criterio di prevalenza che renda dominante la relativa competenza legislativa – ricorre al canone della leale collaborazione, che impone alla legge statale di predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni, a salvaguardia delle loro competenze. Tale intervento è però rimesso alla discrezionalità

---

[68] V. in proposito giurisprudenza e dottrina citate ai §§ 3 e 4.

[69] A partire dal primo studio di carattere sistematico: S. BARTOLE, *Supremazia e collaborazione nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 84 ss. Fra gli studi più recenti v. O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 4/2004, 941 ss.; Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, in *Le Regioni*, 2006 ed in *www.forumcostituzionale.it*; S. AGOSTA, *La Corte ed i «fili sospesi» del nuovo Titolo V (considerazioni a margine della giurisprudenza costituzionale del triennio sulle intese tra Regioni e Stato*, 2004, in *www.giustamm.it.*; D. GALLIANI, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 1/2005, 89 ss.; I. RUGGIU, *trasporti a Bologna: metro pesante … per una metro leggera*, in *Le Regioni*, 1392 ss.; P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 2003, 1007 ss.

[70] In proposito v. I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, in *Le Regioni*, 2000, 853 ss., spec. 878-882, che – con particolare riguardo alla Conferenza Stato-Regioni – compie una ricognizione complessiva dei diversi strumenti collaborativi.

del legislatore, cui compete l'individuazione dello strumento più congruo (sent. n. 219 del 2005) [71].

Il rinvio alla discrezionalità del legislatore suggerisce di evidenziare la scarsa intensità della leale collaborazione; anche se si tratta, in realtà, di una considerazione che può essere riferita alla operatività del principio costituzionale e non alla «forza» dello strumento che ad esso dà applicazione (v. oltre *lett. e*)).

b) *La raccolta, lo scambio e la condivisione di informazioni all'interno ed all'esterno del procedimento decisionale.*

Lo scambio di informazioni fra apparati amministrativi appartenenti ad enti diversi costituisce il «livello minimo» della leale collaborazione (es. sent. n. 42 del 2006): tanto se inserito in un contesto di concertazione, ovvero in presenza di procedimento decisionale che coinvolge più soggetti, quanto se le informazioni sono acquisite da amministrazioni estranee alla determinazione concreta della decisione.

Il carattere *minimo* di questa forma di collaborazione ne consente un uso «estensivo» capace di scavalcare il riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni, nella prospettiva «di garantire il più efficiente esercizio delle attribuzioni tanto statali, quanto regionali» (sent. n. 42 del 2006), poiché «la mera acquisizione di elementi informativi non determina di per sé lesione di attribuzioni [ed] appare conforme al principio di leale collaborazione che lo Stato fornisca alla struttura regionale i dati, attinenti alla materia della protezione civile, di cui sia in possesso» (sent. n. 327 del 2003, e prima sent. n. 412 del 1994).

In questo contesto anche le attività di rilevazione, di studio e di ricerca applicata che possono essere svolte in sede locale da amministrazioni non statali possono essere annoverate fra le forme di attuazione della leale collaborazione, a maggior ragione quando si è in presenza di una attività di coordinamento da parte dello Stato (come ad es. in materia di ordine e sicurezza pubblica, sentt. nn. 55 del 2001, 105 del 2006).

c) *Il parere: strumento classico del confronto procedimentale?*

Il parere può essere visto, con ogni probabilità, come il prototipo degli strumenti attraverso cui si realizza il confronto procedimentale richiesto dal principio di leale collaborazione. In sintesi, è opportuno sottolineare che, nelle sue diverse varianti, il parere – pur se scarsamente incisivo – tende a garantire la tra-

---

[71] Si legge nella motivazione della sent. n. 219 del 2005: «premesso che il principio di leale collaborazione può essere diversamente modulato poiché nella materia in oggetto non si riscontra l'esigenza di specifici strumenti costituzionalmente vincolati di concretizzazione del principio stesso, deve essere rimessa alla discrezionalità del legislatore la predisposizione di regole che comportino il coinvolgimento regionale». Sulla sentenza richiamata v. M. BELLETTI, *I criteri seguiti dalla Consulta nella definizione delle competenze di Stato e Regioni ed il superamento del riparto per materie*, in *www.forumcostituzionale.it*.

sparenza nel confronto fra le posizioni dei soggetti chiamati a concorrere ad una decisione grazie alla valorizzazione della *motivazione*, quale mezzo per superare gli argomenti contrari.

Merita poi di essere sottolineata la capacità dell'atto in questione di coinvolgere più soggetti nel procedimento senza però creare «confusione» di ruoli fra soggetti consultati e soggetti decisori, così consentendo una immediata imputazione della responsabilità politica e giuridica.

Sullo schema del parere si sono, via via, innestate altre forme di collaborazione più intense, capaci di garantire un maggior coinvolgimento dei soggetti titolari di attribuzioni interferenti, ma che – inevitabilmente – accentuano una certo non auspicabile sovrapposizione di ruoli a detrimento di una chiara e netta *accountability* dei decisori amministrativi e politici.

Fra gli strumenti capaci di realizzare una più intensa leale collaborazione figurano: gli accordi intercorsi presso la Conferenza Stato-Regioni (che pure è frequentemente chiamata a rilasciare pareri), le c.d. intese deboli e le c.d. intese forti [72].

d) La Conferenza Stato-Regioni, sede privilegiata della leale collaborazione.

La *visione* della Corte costituzionale sulla posizione della Conferenza Stato-Regioni può essere ricavata dalla sent. n. 31 del 2006, che contiene una sorta di «manifesto programmatico»: «una delle sedi più qualificate per l'elaborazione di regole destinate ad integrare il parametro della leale collaborazione è attualmente il sistema delle Conferenze Stato-Regioni e autonomie locali. *Al suo interno si sviluppa il confronto tra i due grandi sistemi ordinamentali della Repubblica, in esito al quale si individuano soluzioni concordate di questioni controverse*» [73]. Del resto anche la dottrina ha ormai da tempo accolto la «rilevanza costituzionale» della Conferenza e la sua capacità di determinare «una significativa mutazione della forma di governo italiana» [74].

Nella stessa sent. n. 31 la Corte – quasi a sottolineare il rifiuto o comunque uno sfavore nei confronti della contrattazione bilaterale – aggiunge che «la via di concretizzazione del parametro della leale collaborazione che passa attraverso gli accordi in sede di Conferenza Stato-Regioni appare anche la più coerente con la sistematica delle autonomie costituzionali, giacché obbedisce ad una concezione

---

[72] Sulla attuale vitalità e forza dei pareri v. I. RUGGIU, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *Le Regioni*, 1/2003, 195 ss. che parla anche di pareri «fortissimi» per rimarcare l'uso che ne fa la Conferenza Stato-Regioni.

[73] Il corsivo è aggiunto.

[74] Così F. PIZZETTI, *Il sistema delle Conferenze e la forma di governo italiana*, in *Le Regioni*, 2000, 473 ss. Più prudentemente P. CARETTI, *Il sistema delle Conferenze e i suoi riflessi sulla forma di governo nazionale e regionale*, in *Le Regioni*, 547 ss., rinviene nelle forme di esercizio del potere legislativo fra Parlamento e Governo il tratto più significativo del sistema delle Conferenze.

orizzontale-collegiale dei reciproci rapporti più che ad una visione verticale-gerarchica degli stessi»[75].

e) *Le intese deboli e le intese forti. Il caso della mancata intesa.*

La necessità di contemperare le esigenze di un procedimento decisionale efficiente con la corretta applicazione delle forme di concertazione[76] ha indotto la Corte costituzionale ad elaborare, nel corso degli anni, modelli giurisprudenziali di fatto nuovi[77].

Di particolare rilievo è la distinzione introdotta dalla Corte sulla funzione dell'intesa, che può assumere differente intensità, sulla base di diversi presupposti inerenti al riparto delle competenze statali e regionali e degli interessi ad esse connessi[78].

In sintesi, l'intesa debole è rivolta alla conclusione di un accordo sostanziale che risulta, comunque, soddisfatto anche solo in presenza di un leale confronto fra le parti nel corso di un procedimento dove a ciascuna di esse è data la possibilità di rappresentare le proprie posizioni; ad uno dei soggetti coinvolti è riconosciuto poi il potere di concludere il procedimento anche in assenza di un vero e proprio accordo, a condizione dell'effettivo rispetto della collaborazione leale nel corso del procedimento medesimo.

Per l'intesa forte, invece, sono richiesti tanto la collaborazione nel procedimento decisionale, garantita attraverso il confronto fra le parti, quanto un effettivo accordo finale.

---

[75] Sul ruolo costituzionale della Conferenza v., in particolare, I. RUGGIU, *Conferenza Stato-Regioni: un istituto del federalismo «sommerso»*, cit.

[76] G. MANFREDI, *«Intese in senso debole» e leale collaborazione a senso unico*, in *Le Regioni*, 1993, 1429, parla di contemperamento tra l'esigenza di buon andamento dell'azione pubblica statale (riconducibile all'esigenza di efficienza) e quelle delle autonomie.

[77] Sulla varietà di atti che rientrano in tale categoria v. L. VIOLINI, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, cit., 695 ss. Per una complessiva ricostruzione dell'intesa nella recente giurisprudenza costituzionale v. S. AGOSTA, *La Corte ed i «fili sospesi» del nuovo Titolo V (considerazioni a margine della giurisprudenza costituzionale del triennio sulle intese tra Regioni e Stato*, cit.

[78] Il riferimento agli interessi è chiaro nella sent. n. 378 del 2005: «se la scelta, operata dal legislatore statale nel 1994, di coinvolgere la Regione nel procedimento di nomina del Presidente costituisce riconoscimento del ruolo del porto nell'economia regionale e, prima ancora, locale (donde il potere di proposta riconosciuto alla Provincia, al Comune ed alla Camera di commercio), la scelta del legislatore costituente del 2001 – di inserire la materia «porti e aeroporti civili» nel comma 3 dell'art. 117 Cost. – non può essere intesa quale «declassamento» degli interessi dell'intera comunità nazionale connessi all'attività dei più importanti porti: interessi, anche questi, la cui cura è, con la vastità dei compiti assegnatigli ed il ruolo riconosciutogli, affidata in primo luogo al Presidente, e pertanto la sua nomina, come era attribuita al Ministro dalla legge generale del 1994, così resta a lui attribuita dalla medesima legge-quadro che ancora oggi governa la materia».

La Corte ha recentemente ribadito la differenza fra i due tipi di intese. Le intese "in senso forte" sono «atti a struttura necessariamente bilaterale, come tali non superabili con decisione unilaterale di una delle parti. In questi casi, pertanto, deve escludersi che, ai fini del perfezionamento dell'intesa, la volontà della Regione interessata possa essere sostituita da una determinazione dello Stato, il quale diverrebbe in tal modo l'unico attore di una fattispecie che, viceversa, non può strutturalmente ridursi all'esercizio di un potere unilaterale» (sent. n. 383 del 2005) [79].

Tuttavia, la Corte, consapevole delle difficoltà che possono sorgere nella conclusione di un vero accordo, tenta di offrire soluzioni procedimentali nuove: «L'esigenza che il conseguimento di queste intese sia non solo ricercato in termini effettivamente ispirati alla reciproca leale collaborazione, ma anche agevolato per evitare situazioni di stallo, potrà certamente ispirare l'opportuna individuazione, sul piano legislativo, di procedure parzialmente innovative volte a favorire l'adozione dell'atto finale nei casi in cui siano insorte difficoltà a conseguire l'intesa, ma tali procedure non potranno in ogni caso prescindere dalla permanente garanzia della posizione paritaria delle parti coinvolte» [80]. Procedure che, nei casi limite, non saranno comunque idonee ad evitare il ricorso alla Corte in sede di conflitto di attribuzione. In sostanza, per quanto innovative, le soluzioni prospettate dalla Corte non potranno che condurre all'attribuzione del potere decisionale ad uno dei soggetti in causa, a meno di ammettere la possibilità di uno stallo, che per sua natura è però incompatibile con l'adozione di atti necessari [81].

Infatti per la Corte «l'esigenza di leale cooperazione, insita nell'intesa, non esclude *a priori* la possibilità di meccanismi idonei a superare l'ostacolo che, alla conclusione del procedimento, oppone il mancato raggiungimento di un accordo sul contenuto del provvedimento da adottare; anzi, la vastità delle materie oggi di competenza legislativa concorrente comporta comunque, specie quando la rilevanza degli interessi pubblici è tale da rendere imperiosa l'esigenza di provvedere, l'opportunità di prevedere siffatti meccanismi, fermo il loro carattere sussidiario rispetto all'impegno leale delle parti nella ricerca di una soluzione condivisa» (sent. n. 378 del 2005).

La soluzione, quindi, è la «dequalificazione di un'intesa da forte in debole» [82], a condizione però che nel procedimento le parti rispettino sostanzialmente il dovere di collaborare lealmente: «l'adozione del provvedimento presuppone l'avvio e lo sviluppo – in termini di leale cooperazione – di reiterate trattative volte a rag-

---

[79] Sul punto v. Q. CAMERLENGO, *Autonomia regionale e uniformità sostenibile: principi fondamentali, sussidiarietà e intese forti*, cit.

[80] Sent. n. 383 del 2005.

[81] In proposito v. M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, in *Le Regioni*, 4/2004, 1044 ss.

[82] Così M. CECCHETTI, *Le intese tra Stato e Regioni su atti necessari. Come preservare il valore della «codecisione paritaria» evitandone gli effetti perversi*, cit., 1051.

giungere l'intesa; e che questa non sia stata conseguita, malgrado la più ampia disponibilità che tutti gli enti od organismi coinvolti sono chiamati non soltanto a manifestare, ma anche a perseguire in concreto», e che tale dovere sia perseguito «anche dopo l'adozione del provvedimento di nomina» (sent. n. 339 del 2005) [83].

f) La lealtà delle parti nel rispetto degli accordi intercorsi. La sua incidenza sull'interpretazione.

La Corte costituzionale ha costantemente affermato che il principio di leale collaborazione deve presiedere a tutti i rapporti che intercorrono tra Stato e Regioni: la sua elasticità e la sua adattabilità lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti (sent. n. 31 del 2006).

Il principio però non può essere ridotto alla imposizione dei meccanismi più o meno intensi ed efficaci che sono stati rapidamente descritti. Il profilo della lealtà, precedentemente sottolineato con riferimento ai rapporti interorganici, emerge anche in questo diverso contesto. Si legge nella sent. n. 31 del 2006: «Il principio di leale collaborazione, anche in una accezione minimale, impone alle parti che sottoscrivono un accordo ufficiale in una sede istituzionale di tener fede ad un impegno assunto» e tale accezione del principio porta la Corte ad interpretare una norma legislativa (l'art. 5-*bis* del d.l. n. 143 del 2003) [84] nel senso di valorizzare un precedente accordo fra lo Stato e la Conferenza Stato-Regioni e di impedirne la modificazione unilaterale da parte dello Stato (cosa che una diversa interpretazione della norma legislativa avrebbe consentito) [85].

Prosegue la Corte: «solo in estrema ipotesi si potrebbe concludere per una deliberata ed unilaterale deroga all'accordo da parte dello Stato».

g) La leale collaborazione come criterio procedimentale idoneo ad attenuare una rigida ripartizione delle competenze

Sulla scia delle nota sent. n. 303 del 2003 la leale collaborazione ha assunto un ruolo essenziale nel definire il carattere procedimentale degli accordi fra lo Stato e le Regioni relativi alla 'chiamata in sussidiarietà' di funzioni legislative da parte dello Stato; secondo la Corte, infatti, le intese rappresentano lo strumento più adatto per realizzare le necessarie «attività concertative e di coordinamento orizzontale (…) in base al principio di lealtà».

---

[83] Sull'esigenza di ricondurre alla leale collaborazione la condotta dei soggetti che partecipano al procedimento v. O. CHESSA, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali a confronto*, in *Le Regioni*, 4/2004, 951.

[84] Il caso riguarda l'alienazione di aree situate nel territorio della Regione e appartenenti al demanio idrico dello Stato.

[85] In proposito v. C. FRATICELLI, *Stato, Regioni e sdemanializzazione: la Corte "rafforza" il principio di leale collaborazione*, in *www.forumcostituzionale.it* ed in *Le Regioni*, 3/2006, secondo cui è risolutiva l'interpretazione costituzionalmente orientata fatta propria dalla Corte.

Mi limito ad osservare che se, da un lato, ciò consente di attenuare un rigido criterio di ripartizione (che peraltro nel testo del novellato Titolo V rigido non appare [86]), dall'altro sembra implicare una esasperazione del modello cooperativo attraverso una eccessiva «confusione» delle competenze e, quindi, delle responsabilità in seguito ad un procedimento fortemente caratterizzato dalla negoziazione fra le parti più che dal confronto fra esse [87].

6. Il recente caso del potere di concedere la grazia: poteri sostanzialmente presidenziali e leale collaborazione

Il conflitto di attribuzioni fra il Presidente della Repubblica Ciampi ed il Ministro della Giustizia Castelli in merito al potere di grazia, definito dalla Corte costituzionale con la recente sent. n. 200 depositata lo scorso 18 maggio, rappresenta uno dei più aspri scontri di carattere istituzionale mai palesatisi nell'ordinamento repubblicano, forse il più aspro di sempre, appena temperato dalla decisione del Ministro della Giustizia di non costituirsi in giudizio [88].

È interessante rilevare che la motivazione della sent. n. 200 non contiene alcun riferimento al principio di leale collaborazione che, peraltro, era stato evocato sia dal ricorso presidenziale sia dalla dottrina [89]. La qualificazione della grazia come potere sostanzialmente presidenziale estraneo al «'circuito' dell'indirizzo politico-governativo» ha invece impedito che si avverasse la 'profezia' di una decisione incentrata sull'«ennesimo richiamo al principio di leale cooperazione tra gli organi costituzionali» [90].

---

[86] Come testimonia il ruolo centrale assunto dalla Corte costituzionale nel definire le materie di competenza legislativa di Stato e Regioni, in proposito v. R. Bin, *I criteri di individuazione delle materie*, relazione presentata al convegno *Le prospettive della legislazione regionale*, Milano, 26-27 gennaio 2006, in *www.forumcostituzionale.it*.

[87] Cfr. S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, cit., 583 s. In proposito L. Violini, *I confini della sussidiarietà: potestà legislativa «concorrente», leale collaborazione e* strict scrutiny, in *Le Regioni*, 2003, 587 ss., che evidenzia il carattere «complesso e macchinoso» del meccanismo di intesa imposto dalla Corte costituzionale.

[88] Fra i primi commenti v. A. Pugiotto, *castelli di carta sul potere di grazia*, in *Diritto & Giustizia*, 2006, n. 22, 12 ss. ed in *www.forumcostituzionale.it.*

[89] Cfr. A. Morrone, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia*, in *Il mulino*, 2005, 894 ss.; sul punto v. anche numerosi fra gli interventi pubblicati in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, Torino 2006.

[90] Così, prima della sent. n. 200 del 2006, E. Bettinelli, *Potere di grazia e coesione costituzionale. Cioè: una grazia «fuori contesa»*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, cit., che respinge la prospettiva della leale collaborazione per valorizzare l'esclusiva attribuzione al Presidente della Repubblica del potere di grazia.

Anche l'argomento, sostenuto inizialmente da Onida [91], secondo cui la leale collaborazione è strettamente connessa alla obbligatorietà di un atto, può essere utilizzato proficuamente nel caso in cui ci si trovi di fronte a competenze condivise che – in quanto tali – richiedono una qualche forma di intesa fra i due organi. Mentre, in presenza di atti discrezionali, le volontà contrastanti dei due organi sfocerebbero inevitabilmente in una non-decisione pienamente compatibile con la discrezionalità.

In presenza di competenze non condivise, come il potere di grazia alla luce della sent. n. 200, il carattere della discrezionalità dell'atto perde di significato con riferimento alla leale collaborazione: secondo la Corte non si può affermare che il Ministro «disponga di … una sorta di potere di veto» e, al limite, sarà doverosamente vincolato a collaborare lealmente nella fase preparatoria di una decisione rimessa alla sola determinazione del Presidente della Repubblica ed ora rimarcata dalla istituzione dell'Ufficio per la concessione delle grazie e la commutazione delle pene da parte del Presidente Napolitano.

La Corte non ha però bisogno di fare ricorso al principio di leale collaborazione per definire il ruolo strumentale del Ministro, servente rispetto alla funzione del Presidente della Repubblica si potrebbe dire. Sono piuttosto le regole procedimentali a fissare i doveri di collaborazione del Ministro secondo l'originaria impostazione del ricorso presentato dal Presidente della Repubblica: «il Ministro della Giustizia … è soltanto il ministro 'competente' che collabora con il Capo dello Stato nelle varie fasi del procedimento, contribuendo alla formazione della volontà presidenziale nell'ambito delle sue specifiche attribuzioni (contributi istruttori, *valutativi* ed esecutivi)».

L'attività del Ministro assume un carattere essenzialmente istruttorio e servente alla decisione del Presidente della Repubblica sia in presenza di un'iniziativa del condannato, di un congiunto, ecc. … sia, a maggior ragione, in presenza di una iniziativa presidenziale.

Nulla quaestio se il Ministro avanza al Presidente la *proposta* di grazia.

Viceversa, se il Ministro ha motivo di ritenere che «ragioni di legittimità o di merito … si oppongono alla concessione del provvedimento» il procedimento può assumere forme diverse a seconda dell'origine dell'iniziativa. Nel primo caso (iniziativa del condannato, ecc. …), il Ministro può disporre l'archiviazione, ma senza avere «il potere di impedire la prosecuzione del procedimento»; nel secondo caso (iniziativa presidenziale), la Consulta sancisce l'*obbligo* del Ministro di formulare, comunque, la proposta.

Il procedimento appare, allora, volto a cercare la leale collaborazione fra i due organi che – pur senza dover giungere ad una decisione condivisa – sono tenuti a confrontarsi nella corretta valutazione dei presupposti della concessione della grazia.

---

[91] *Il vero conflitto è con il Governo - La Consulta lo chiami in causa*, in *Il Sole-24 Ore*, 16 giugno 2005, questa tesi è stata poi ripresa da T. Giupponi, *Il potere di grazia e la sua (ir)responsabilità: le possibili ragioni di inammissibilità del conflitto, tra leale collaborazione e controfirma ministeriale*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, cit.

Si deve quindi ritenere che l'archiviazione o meno del procedimento dovrà essere, presumibilmente, disposta dal Ministro in seguito a contatti anche informali con il Presidente. Mentre, la concessione della grazia potrà derivare da una proposta del Ministro che predispone lo schema del decreto da lui in seguito controfirmato, oppure da un decreto direttamente predisposto dal Presidente della Repubblica chiamato, in questo caso, ad «esternare nell'atto le ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia, malgrado il dissenso espresso dal Ministro».

Proprio la motivazione dell'atto presidenziale sembra idonea a garantire quel minimo di leale collaborazione fra i due organi che impedisce di vanificare il contributo istruttorio e, soprattutto, *valutativo* del Ministro della Giustizia nel procedimento [92]. Il percorso decisionale che conduce all'esercizio di un potere esclusivo da parte del Presidente della Repubblica si arricchirebbe così degli argomenti *contrari* presentati dal Ministro, che pure potranno essere – motivatamente – accantonati, ma non ignorati, al momento della determinazione del contenuto dell'atto [93].

In conclusione, i tempi della decisione di un conflitto tanto controverso non possono passare inosservati. Le prime «schermaglie» fra il Presidente Ciampi ed il Ministro Castelli risalgono alla primavera del 2004 (richieste di documentazione da parte del Presidente); nel novembre del 2004 il Presidente Ciampi rende nota la sua intenzione di concedere la grazia ad Ovidio Bompressi, mentre il 24 novembre dello stesso anno il Ministro si dichiara contrario, con la nota ora annullata. Il ricorso per conflitto di attribuzione è presentato dal Presidente «soltanto» il 10 giugno 2005.

La decisione della Corte costituzionale risale al 3 maggio del 2006, poche settimane dopo le elezioni politiche del 9-10 aprile ed il giorno successivo alle dimissioni del Governo Berlusconi III (tanto che il Ministro Castelli ha pubblicamente dichiarato che si sarebbe dimesso se fosse stato ancora in carica [94]), mentre la sentenza è depositata il 18 maggio, a pochi giorni di distanza dal giuramento del nuovo Presidente della Repubblica Napolitano (15 maggio) e del Governo Prodi II (17 maggio).

I tempi della decisione hanno determinato in questo modo un significativo raffreddamento delle tensioni istituzionali e, pur sacrificando le esigenze delle persone interessate ad una più rapida definizione del conflitto, consentono ora un più sereno intervento da parte degli organi coinvolti nel procedimento [95]. Nel rispetto doveroso della leale collaborazione fra istituzioni.

---

[92] Nel senso della motivazione dell'atto quale strumento idoneo a garantire la leale collaborazione v. F. RIGANO, *Motivare la grazia?*, in R. BIN-G. BRUNELLI-A. PUGIOTTO-P. VERONESI (a cura di), *La grazia contesa. Titolarità ed esercizio del potere di clemenza individuale*, cit.

[93] In questo senso v. A. PUGIOTTO, *castelli di carta sul potere di grazia*, cit. che vede nella motivazione un limite all'esercizio della prerogativa presidenziale.

[94] V. L. MILELLA, *«Se avessero deciso prima avrei lasciato il dicastero»*, in *La Repubblica*, 4 maggio 2006.

[95] In questo senso v. A. MORRONE, *Potere e responsabilità nella concessione della grazia*, cit.

SANZIONABILITÀ E GIUSTIZIABILITÀ DEI DOVERI COSTITUZIONALI

BRUNO DE MARIA

SOMMARIO: *Sezione I*. IL RUOLO DELLA SANZIONE NELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL DOVERE. – 1. Dovere giuridico. – 2. Dovere e sanzione. – 3. Scopo della sanzione e natura del dovere. – *Sezione II*. I DOVERI COSTITUZIONALI. – 1. L'equilibrio tra diritti (inviolabili) e doveri (inderogabili) nell'art. 2 Cost. – 2. Doveri costituzionali individuali e funzionali. – 3. La garanzia della riserva di legge nei doveri individuali. – 4. Sanzionabilità ed effettività dei doveri individuali: il caso del dovere tributario. – *Sezione III*. SANZIONABILITÀ E GIUSTIZIABILITÀ DEI DOVERI COSTITUZIONALI FUNZIONALI. – 1. Doveri costituzionali funzionali: configurazione e sanzionabilità. – 2. La giustiziabilità del dovere di leale collaborazione. – 3. Sanzioni giuridiche e sanzioni politiche. – 4. Coercibilità dei doveri funzionali: responsabilità e sanzionabilità.

SEZIONE I

IL RUOLO DELLA SANZIONE NELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL DOVERE

1. DOVERE GIURIDICO

Il ruolo svolto dalla Costituzione rispetto alla individuazione dei doveri giuridici [1] è soprattutto quello di definire un sistema di valori [2] alla cui realizzazione sono tesi i doveri espressamente o implicitamente posti dal testo costituzionale, o

[1] Sul dovere giuridico v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 91 ss.

[2] Quei valori che per A. PASSERIN D'ENTREVES, *A chi obbedire?*, in *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Milano, 1970, e ora in ID., *Potere e libertà politica in una società aperta*, Bologna, 2005, 71, «se non sono necessariamente relativi, sono però sempre gerarchici».

da altre fonti del diritto [3]. L'assetto assiologico della Carta costituisce la vera fonte di ogni dovere giuridico [4] e non solo dei 'doveri costituzionali', poiché anche quelli imposti da fonti di rango inferiore, se non trovassero in qualche modo nella Costituzione il loro fondamento, si tradurrebbero in un comando restrittivo di

---

[3] La nozione di dovere presuppone la definizione di una scala di valori, ossia di ciò che è giusto e ciò che non lo è, e nell'ambito del giusto, di ciò che è più giusto di altro. La definizione di un imperativo che impone una determinata condotta, infatti, non può che essere funzionale al perseguimento di uno scopo, il quale – attesa la costrizione che il dovere può determinare nella sfera soggettiva delle libertà – deve corrispondere ad un valore, alla tutela di una regola superiore cui si conformano le altre regole che ne derivano e che da quella sono ispirate. Ciò in quanto, come appariva chiaro già a CICERONE, *De officiis*, 20 (trad. di A. RESTA BARRILE, *I doveri*, Milano, X ed., 2004, 99) «determinati dunque i due generi dell'ingiustizia, le cause dell'uno e dell'altro, e fissati i fondamenti dell'ingiustizia, facilmente potremo giudicare quali siano i doveri di ciascuna circostanza, se non saremo troppo egoisti: poiché l'egoismo rende difficile occuparsi delle cose altrui».

Non si vuole, tuttavia, in alcun modo ricondurre la nozione di dovere nell'alveo esclusivo della sfera morale, perché, se così si facesse, si negherebbe la giuridicità delle regole deontiche se non corrispondenti ad un preciso imperativo etico. D'altra parte, la riflessione filosofica attorno al legame tra morale e dovere dimostra come il diritto è cosa diversa dalla morale e come il patto di civile convivenza è l'unica vera fonte della forza giuridica delle regole normative, ossia della loro capacità di imporsi al punto da renderne sanzionabili le violazioni, finanche attraverso restrizioni delle libertà individuali. Il dibattito filosofico sul rapporto tra diritto e morale e, soprattutto, sulla individuazione, tra questi, della fonte dei doveri, è ricco e complesso ed è efficacemente ricostruito da F. MERCADANTE, voce *Dovere giuridico (filosofia)*, in *Enc. dir.,* XIV, Milano, 1965, 59 ss.; C. BONVECCHIO, *Apologia dei doveri dell'uomo*, Milano, 2002, 39 ss.; J.C. COLEMAN, *La pratica dei principi (The Practice of Principle*, Oxford, 2001), Bologna, 2006, 131 ss.

Non si può omettere il 'doveroso' riferimento al pensiero di I. KANT, che in suoi molti lavori, ma soprattutto in *La metafisica dei costumi* (*Die Metaphysik der Sitten*, Königsberg 1797), Roma-Bari, 2004, 36 ss., spec. 240, indaga le connessioni e le differenze tra i doveri giuridici e i doveri morali, affermando che solo i doveri che trovano la loro fonte nel diritto positivo hanno la capacità di imporsi, di essere eseguiti, anche contro la volontà di chi vi è tenuto, ossia in modo coattivo, attraverso l'esercizio del potere sanzionatorio; l'adempimento o la violazione dei doveri etici, viceversa, produce, per Kant, conseguenze solo nella sfera personale dell'obbligato e non è in grado di costituire il presupposto per l'attivazione di meccanismi sanzionatori eteronomi. L'A., come è a tutti noto, compie una classificazione dei doveri giuridici e una dei doveri etici, esaltandone la diversa struttura («i doveri etici sono di obbligazione larga, mentre quelli giuridici sono di stretta obbligazione»).

[4] Soffermarsi sull'affermazione riportata nel testo in ordine alla fonte ultima di ogni dovere giuridico è superfluo, siccome è noto che le fonti primarie dell'ordinamento, e quindi anche il sistema di regole che esse configurano, sono fondate proprio sulla Costituzione, da cui scaturiscono. Sicché qualunque regola normativa o finanche contrattuale impositiva di doveri è legittima e assume rilievo giuridico proprio perché si innesta in un ordinamento la cui giuridicità deriva dalla carta fondamentale. A ciò può aggiungersi che persino quei doveri imposti da fonti esterne, quali quelle comunitarie o internazionali, assumono rilievo giuridico nel nostro ordinamento in ragione della legittimazione che a tali fonti è data dalle norme costituzionali.

una sfera soggettiva di libertà, di autodeterminazione [5], e apparirebbero per questo illegittimi o, comunque, giuridicamente irrilevanti [6].

Tale notazione, poi, consente di porre in evidenza la differenza principale che intercorre tra dovere giuridico e dovere morale [7], atteso che può essere qualificato 'giuridico' solo un dovere definito da una norma validamente posta e vigente nell'ordinamento [8]. Se per la configurazione di un dovere morale non occorre necessariamente una fonte eteronoma [9], potendo questo trovare fondamento anche nella coscienza personale [10], il dovere giuridico è tale solo se imposto dal sistema normativo.

---

[5] H. KELSEN, *Vom Wessen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1929, ora in ID., *La democrazia*, Bologna, 1995, 49 ss., sottolinea l'insolubile conflitto che oppone l'idea della libertà individuale a quella di un ordine sociale il quale, per la sua più intima essenza, deve valere obiettivamente, cioè, in ultima analisi, indipendentemente dalla volontà di coloro che sono ad esso sottomessi. Questa validità obiettiva dell'ordine sociale rimane intatta, per le scienze sociali, anche quando il contenuto di quest'ordine è determinato, in qualsiasi maniera, da coloro che a tale ordine sono sottomessi. Ma l'obiettività formale ne esige anche una materiale. Nel caso-limite in cui il 'tu devi' dell'imperativo sociale vien condizionato da un 'se e ciò che tu vuoi' di colui a cui è rivolto, l'ordine perde ogni senso sociale. Perciò l'esistenza della società o dello Stato presuppone possa esservi discordanza fra l'ordine sociale e la volontà di coloro che sono ad esso sottomessi. Se fra dovere ed essere esistesse sempre una coincidenza, vale a dire se infinito fosse il valore della libertà, non si potrebbe più parlare di sottomessi. La democrazia rinuncia, per l'elaborazione di un ulteriore ordine sociale, all'unanimità che, ipoteticamente, si sarebbe applicata alla sua fondazione per contratto e si accontenta delle decisioni prese dalla maggioranza, limitandosi ad avvicinarsi al suo ideale originario. Che si continui a parlare di autonomia e a considerare ognuno come sottomesso alla sua propria volontà, mentre quella che vale è la legge della maggioranza, è un nuovo progresso della metamorfosi dell'idea di libertà.

[6] N. BOBBIO, voce *Diritto*, in *Noviss. Dig. it.,* V, Torino, 1960, ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 59 ss.

[7] Su cui v. U. SCARPELLI, *Dovere morale*, *obbligo giuridico*, *impegno politico*, in *Riv. filosofia*, 1972, 291 ss.

[8] R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio (Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977), Bologna, 1982, 83-84, critica questa impostazione che rappresenterebbe uno degli elementi che compongono lo «scheletro del positivismo».

[9] T. HOBBES, *De Corpore politico*, 1640, ora in *Elementi di legge naturale e politica (Elements of Law Natural and Politic*, 1889), Milano, 2004, 169: «poiché la coscienza non è altro che un giudizio e un'opinione permanente di un uomo, una volta che colui abbia trasferito a un altro il proprio diritto di giudicare, ciò che verrà comandato non è meno suo giudizio, di quanto sia giudizio di quell'altro; così che in obbedienza alle leggi, un uomo agisce ancora secondo la propria coscienza, anche se non la sua coscienza privata»; p. 170 «se un uomo non può assicurare a se stesso di adempiere a un giusto dovere, quando per questo egli abbia la sicurezza della morte presente, tanto meno ci si può attendere che un uomo adempia a quel dovere, per cui crede nel suo cuore che sarà dannato in eterno. Questo basti circa lo scrupolo di coscienza che può sorgere circa l'obbedienza alle leggi umane, in coloro che interpretano da sé la legge divina».

[10] A. ROSS, *Diritto e giustizia (On Law and Justice*, London, 1958), Torino, 1990, 347.

Siffatta affermazione non è smentita neanche quando il dovere trova la sua fonte in un atto di autonomia negoziale [11]; invero, affinché l'obbligazione con esso assunta assuma valore giuridico e, dunque, acquisti la forza di imporsi anche a discapito dell'adempimento spontaneo dell'obbligato, è necessario che l'atto negoziale sia validamente adottato nelle forme e con i contenuti ammessi dall'ordinamento giuridico. Sicché, anche se formatosi con il concorso del soggetto obbligato, o per esclusiva volontà di questo, il negozio diventa fonte di un dovere giuridico solo se è riconosciuto dal sistema normativo come atto valido ed efficace, ossia come l'atto da cui discende la disciplina giuridica di un rapporto intersoggettivo. La capacità dei contenuti deontici del negozio di imporsi anche contro la volontà del suo autore, sposta all'esterno della volontà di quest'ultimo il momento dell'esecuzione del dovere, perché in caso di infrazione il creditore può richiederne l'adempimento coatto. L'atto di autonomia negoziale ha, dunque, rilievo esterno rispetto all'intima volontà delle parti di adempiere agli obblighi in esso contenuti e ciò dimostra che, in fase di esecuzione del dovere, lo strumento negoziale è, rispetto a tale volontà, fonte esterna ed eteronoma, non più unilateralmente disponibile dal soggetto passivo del dovere [12].

Il dovere giuridico, insomma, è un «vincolo della volontà» [13], che si traduce in una situazione giuridica soggettiva di svantaggio, configurata da un atto normativo o negoziale.

Si può, così, comprendere che i doveri giuridici si articolano in più 'tipi', e che la fonte che li configura influisce in modo significativo su questa classificazione, poiché – come si è detto – la forza del vincolo (*oggettivo*) che si impone alla volontà (*soggettiva*) è direttamente derivata da quella di cui è dotata la sua fonte.

Il dovere è sempre un'eccezione alla regola del *favor libertatis* che costituisce, come è a tutti noto, la stella polare del costituzionalismo contemporaneo e, dunque, degli ordinamenti giuridici che attingono a quest'ideologia e alla correlativa scienza. Sicché, in assenza della prescrizione positiva di un dovere [14], prevale la «libertà di coscienza individuale», governata da una personale scala dei valori costruita secondo il sentimento morale ed etico di ciascuno [15].

---

[11] Sui doveri giuridici di fonte negoziale v. F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IX ed., vol. I, Milano, 1957, 198 ss.; N. Irti, *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli 1973; V. Frosini, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.,* 1961, 115 ss.

[12] T. Hobbes, *Elementi di legge naturale e politica*, cit., 196.

[13] S. Romano, *op. ult. cit.*, 104; Id., *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 160 «il diritto è signoria della volontà; il dovere è vincolo della volontà».

[14] Per C. Schmitt, *Dottrina della costituzione (Verfassungslehre*, Berlin, 1928), Milano, 1984, 234, «possono essere doveri in senso giuridico-positivo solo se sono limitati. In linea di principio dei doveri illimitati sarebbero in contraddizione con l'idea dello Stato borghese di diritto. Ogni dovere esiste perciò solo "in ragione delle leggi", che delimitano presupposto e contenuto del dovere».

[15] V. Onida, *L'obiezione dei giudici e dei pubblici funzionari*, in B. Perrone (a cura di),

Soltanto i doveri che corrispondono a diritti altrui potrebbero, forse, trovare un loro riconoscimento in natura, se si aderisse alla dottrina che ravvisa un fondamento non solo normativo delle situazioni giuridiche di vantaggio: il dovere di non uccidere è strumento di tutela del diritto altrui alla vita e, se quest'ultimo fosse un diritto non solo giuridico ma anche naturale, il correlativo dovere potrebbe anche accedere alla medesima natura. Il dovere di difesa della patria, viceversa, non è altro che uno strumento per realizzare un fine razionale, e dunque sorge non con l'uomo né con la sua natura di essere politico o sociale, ma solo in conseguenza della razionalizzazione di queste sue inclinazioni, ovvero con l'adesione del singolo ad una comunità statale [16].

Si vuole, in altri termini, segnalare la forte linea di demarcazione che separa i doveri giuridici correlativi ai diritti, da quelli cui non corrisponde affatto un diritto soggettivo altrui: mentre i primi rappresentano l'ineludibile risvolto della tutela delle situazioni giuridiche di vantaggio, gli altri hanno una loro autonomia concettuale perché orientati da fini diversi. Questa diversa connotazione si può riflettere sulla disciplina del dovere, che se in un caso si configura giuridicamente nelle forme in cui l'ordinamento riconosce e garantisce il correlativo diritto di cui è esso è mero strumento di tutela, nell'altra ipotesi il fine razionale del dovere giuridico è la realizzazione del patto democratico, anche nei suoi risvolti organizzativi [17].

Realtà e prospettive dell'obiezione di coscienza, Milano, 1992, 365, inferisce dal «riconoscimento del valore della coscienza individuale e della sua incoercibilità, in quanto rappresenta la stessa essenza dell'uomo», il «riconoscimento della libertà di coscienza individuale», alla cui stregua «nessun ordinamento, né civile, né religioso, può pretendere di sovrapporre le proprie valutazioni a quelle della coscienza dell'individuo, per ciò che concerne la libera formazione di questa, e la libera manifestazione del convincimento».

[16] In questo senso si aderisce alla prospettiva di C. SCHMITT, *loc. ult. cit.*, secondo cui «i doveri fondamentali non sono doveri dell'umanità in generale, ma soltanto doveri dei cittadini o dei sudditi dello Stato, cioè di quegli uomini che si trovano nell'ambito della sfera statale di potere». È noto che la riflessione sui doveri condotta dall'A. si snoda sulla rilevazione della loro estraneità al modello 'puro' di Stato borghese di diritto, e segnala che la presenza di disposizioni costituzionali, come quelle contenute nella costituzione di Weimar all'art. 163 (dovere etico di ogni tedesco di impegnarsi per il benessere della collettività), disvela il carattere anche «sociale» dello Stato, il «carattere misto» di questo (p. 235).

[17] Un primo aspetto che segna la differenza di approccio risiede nella natura necessariamente relazionale del dovere correlativo a diritti: se ad un dovere corrisponde un diritto, vuol dire che tra chi ha il dovere e chi ha il diritto si configura un rapporto giuridico. Diverso è, invece, il caso in cui il dovere non ha come fine quello di assicurare il godimento di un diritto altrui, perché in tal caso non si potrà ravvisare un creditore della prestazione dovuta, ma al più un organo abilitato a irrogare la sanzione all'inadempiente.

Un esempio potrebbe essere quello dei doveri che l'ordinamento prescrive per tutelare l'ambiente, il valore costituzionale cui tutto l'ordinamento è teso, e che non potrebbe essere qualificato in termini di situazione giuridica di vantaggio per non essere ascrivibile nella sfera giuridica soggettiva di alcuno. Si ha diritto all'ambiente come si ha diritto alla sicurezza o alla pulizia delle città, ma nessuno può esercitare nei confronti di alcuno tali diritti.

Tale distinzione, rilevante ai fini dell'analisi delle figure soggettive di svantaggio, è d'altra parte stata segnalata a più riprese dalla dottrina che, tuttavia, non è giunta ad univoche soluzioni [18].

2. Dovere e sanzione

Il profilo della categoria del dovere giuridico che viene delineandosi sarebbe incompleto se non si facesse emergere il ruolo determinante svolto dalla sanzione. Invero, non tutti i comportamenti normativamente fissati possono essere annoverati tra i 'doveri giuridici', poiché quando manca una sanzione la condotta imposta non è coercibile [19]. Insomma, non è sufficiente che una norma giuridica, validamente posta, prescriva una data condotta ai suoi destinatari, per ritenere che essa abbia configurato un 'dovere giuridico'. Se così fosse, invero, bisognerebbe ritenere che da qualunque norma giuridica discendono innanzitutto 'doveri', ma in tal modo la categoria dei doveri si dilaterebbe fino al punto da confondersi con quella della forza attiva delle fonti del diritto. Un conto è dire che una norma, se è valida, va osservata e applicata; altro è ritenere che i suoi contenuti siano tutti ascrivibili alla categoria dei doveri giuridici [20].

Tale ragionamento conduce all'identificazione del nesso tra dovere e diritto oggettivo. È ben noto che sul piano della teoria generale la nozione di diritto oggettivo è intrecciata, da una parte della dottrina, con quella di dovere, laddove

---

Ciò non di meno, non pochi doveri giuridici sono configurati dalla normativa ambientale comunitaria e nazionale, molti dei quali sono addirittura sanzionati penalmente.

Sulla distinzione tra doveri imposti a tutela dell'ambiente e doveri, di contenuto analogo, imposti a tutela di situazioni giuridiche soggettive particolari, anche con riferimento agli strumenti di sanzionabilità e alle conseguenze dell'inadempimento v. C. cost., sent. n. 247 del 1974 (punto 5 del considerato in diritto).

[18] Non va sottaciuto che una parte autorevole della dottrina distingue tra 'obbligo' e 'dovere', e riconduce nel primo le situazioni giuridiche di svantaggio che si strutturano all'interno di un rapporto giuridico, mentre nella nozione di dovere giuridico vi fa afferire le situazioni esterne a rapporti giuridici, ossia i doveri non correlativi a diritti, In tal senso G. Falzone, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, 1960, 29 e ss.; W. Cesarini Sforza, *Dovere e obbligo*, in *Studi in onore di Antonio Segni*, Milano, 1967, 465 ss.; V. Frosini, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, in *Riv. dir. civ.,* 1961, I, 127.

[19] V. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, 110 e 115; A.V. Dicey, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale* (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London 1885), Bologna, 2003, 373 ss.

[20] Non si indaga, in questa sede, l'ulteriore prospettiva cui conduce la semplice considerazione che l'obbedienza alla legge è un dovere in sé, non solo perché espressamente qualificata come tale dal vigente ordinamento costituzionale, ma perché essa costituisce una precondizione alla definizione di un ordinamento giuridico. Il tema dell'obbedienza alla legge, invero, sarà oggetto di specifica analisi in altra parte del testo, cui si rinvia.

questo è identificato come sottoposizione soggettiva al diritto [21]; l'intreccio per alcuni è talmente stretto da far loro affermare che «il diritto, in quanto *prescrive doveri*, *è ordinamento* e dunque è organizzazione», mentre la norma giuridica è un imperativo, un comando, che si sostanzia in un precetto o un divieto che prescrive comportamenti e, quindi, doveri [22]. Significative, al riguardo, sono le parole di Kelsen, per il quale «il concetto di dovere giuridico non è che un'altra faccia del concetto di norma giuridica» e «il dovere giuridico non è nulla di diverso dalla norma giuridica» [23].

A fronte di ricostruzioni che sembrano sostanzialmente porre al centro della fenomenologia giuridica il dovere, quasi come se i doveri rappresentassero la trama sostanziale dell'ordinamento, si ravvisano posizioni di segno affatto diverso che configurano tutt'altro rapporto tra le categorie in esame [24].

---

[21] «un po' tutto il pensiero giuridico moderno (sia giuspositivistico, sia giusnaturalistico) colloca la nozione di dovere al centro del suo universo concettuale. Il concetto di dovere è pensato come nozione primitiva, attraverso la quale ogni altro concetto giuridico può essere definito», così R. GUASTINI, voce *Dovere giuridico*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, 5.

[22] F. MESSINEO, *op. ult. cit.*, 11, considera la norma «un imperativo (un comando), non tanto perché vi è un potere che la pone e che ne esige l'osservanza; è un imperativo, perché ha *valore oggettivo* e sta, come si dice, "al di sopra" dei soggetti che sono tenuti ad uniformarvisi». Sembra, dunque, che l'A. intenda distinguere la forza normativa, che deriva dalla natura oggettiva della norma, dalla sanzionabilità dell'infrazione alle regole che essa pone. Ciò, invero, dimostra che anche in questa prospettiva è alla fine riconosciuta autonomia concettuale al dovere giuridico, che si distingue dai concetti di forza normativa e di ordinamento.

[23] H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato (General Theory of Law and State*, Cambridge, 1945), Milano, 2000, 59 e 61 il quale subito dopo precisa «il dovere giuridico è semplicemente la norma giuridica nel suo rapporto con l'individuo, al cui comportamento la norma collega la sanzione. Contenuto del dovere giuridico è il comportamento opposto (contrario) al comportamento che, in quanto illecito, è la condizione della sanzione. Il dovere giuridico è il dovere di astenersi dall'illecito. È il dovere del soggetto di 'obbedire' alla norma giuridica»; «il dovere giuridico non è il comportamento che la norma 'richiede', che 'deve' essere osservato. Il dovere giuridico, è, invece, il comportamento con l'osservanza del quale si evita l'illecito, cioè l'opposto del comportamento che costituisce una condizione per la sanzione. Soltanto la sanzione 'deve' essere applicata». Nonostante il modo categorico con cui sono affermati alcuni concetti, dalle precisazioni dell'A. potrebbe esser ravvisato lo spunto per ritenere che Kelsen non intendesse equiparare dovere e norma al punto da confondere il primo nella seconda. La necessità di una sanzione per la individuazione del dovere, invero, fa pensare che non tutte le norme prescrivono doveri ma solo quelle assistite da una sanzione, e quindi che il dovere trova la sua fonte nella norma che prescrive la sanzione. È a tutti noto, tuttavia, che la consolidata lettura del pensiero di Kelsen è di segno affatto diverso.

[24] Per la ricostruzione delle diverse posizioni cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di obbligo*, in *Riv. filosofia*, 1966, 125 ss.; N. BOBBIO, *Considerazioni in margine*, *ivi*, 235 ss.; ID., voce *Diritto*, in *Noviss. Dig. it.*, V, Torino, 1960, ora in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, 59 ss,. spec. 72 ss.; G. BALLADORE PALLIERI, *Dottrina dello Stato*, Padova, 1964, 184 ss.; R. GUASTINI, *Problemi di teoria del diritto*, Bologna, 1980; ID., voce *Dovere giuridico*, cit.,

Considerata la complessità dei temi oggetto di analisi, la traccia e le finalità della presente indagine non consentono di approfondirli; si è per questo preferito muovere dal presupposto, attesa la scelta tematica del convegno, secondo cui è ormai acquisita dalla cultura giuridica la consapevolezza dell'autonomia concettuale del dovere giuridico, che è quindi una categoria a sé, diversa da quella della forza delle fonti del diritto e delle norme da queste poste.

Una norma che prescrive comportamenti cui non è applicabile alcuna sanzione [25] introduce una regola che non necessariamente opera come vincolo esterno della volontà dei suoi destinatari; tale norma sembra, più che altro, proclamare un principio volto ad orientare quella volontà, sollecitando il sentimento etico e la coscienza sociale e politica delle persone [26]. In tal caso, quindi, la previsione normativa più che 'costringere' la volontà soggettiva, sembra orientarla, lasciandola però libera di esprimersi anche in modo diverso [27].

---

2 ss.; F. MODUGNO, *Appunti per una teoria generale del diritto. La teoria del diritto oggettivo*, Torino, 2000, 25 ss.

[25] Sulle norme senza sanzione v. N. BOBBIO, *loc. ult. cit.*, 75, il quale rileva che «là dove ci si trova di fronte a norme non sanzionate, si tratta generalmente di questi due casi: *a*) norme per la cui efficacia si fa assegnazione sull'adesione spontanea; *b*) norme che si trovano tanto in altro nella gerarchia delle fonti che non esiste potere coercitivo per esse efficiente (ad es., le norme sull'organizzazione dei poteri dello Stato)»; «è naturale che via via che ci si avvicina alle norme fondamentali del sistema, cioè alle fonti del potere, l'apparato della coazione, che sul potere si fonda, perda la sua efficacia. Si può dire che passando dalle norme inferiori di un ordinamento a quelle superiori, si passa dalla fase in cui la forza è rivolta ad applicare il diritto a quella in cui è rivolta a produrlo o, in altri termini, dal piano in cui la forza è al servizio del diritto a quello in cui il diritto è a servizio della forza».

H.L.A. HART, *Il concetto di diritto (The concept of Law*, Oxford, 1961), Torino, 1991, 33 e ss., critica fortemente la teoria che, utilizzando il modello della legge penale, considera il diritto come un insieme di comandi sostenuti da minacce. Su questi temi v. ancora N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 533-534, il quale rileva che alla base della ormai superata concezione penalistica del diritto «vi è sempre stata una concezione ben precisa dello stato, la concezione negativa dello stato custode o guardia notturna, che era a sua volta l'espressione dell'ideologia politica del liberalismo classico, che passa da Hobbes a Kant, da Kant a Spencer», sicché «il passaggio dalla concezione negativa alla concezione positiva dello stato, dallo stato liberale allo stato-benessere» ha come conseguenza l'aumento delle «norme positive», che richiedono un intervento attivo dal cittadino, cui spesso si accompagnano «misure positive», formulate attraverso «la tecnica dell'incoraggiamento», come ad esempio le leggi di incentivazione. In tal modo la garanzia dell'adempimento della legge è affidata alla capacità persuasiva dell'incentivo piuttosto che alla minaccia della sanzione. Tali autorevoli argomentazioni sembrano dimostrare non solo il superamento dell'idea che l'ordinamento giuridico si compone esclusivamente di un sistema di doveri, ma anche che in assenza di sanzione giuridica è davvero difficile riconoscere il comportamento prescritto come dovuto. La tecnica dell'incentivo sembra piuttosto configurare una categoria diversa, quella dell'onere.

[26] G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 147 ss., sottolinea che alle regole «si ubbidisce», ai principi, invece, «si aderisce», e mentre le prime «ci dànno il criterio delle nostre azioni», i principi «ci dànno criteri per prendere posizione».

[27] Valga, come esempio specifico, il disposto dell'art. 48 Cost. secondo cui l'esercizio del

Su questi profili si tornerà in modo più specifico nel corso del presente lavoro, ma sin d'ora sembra utile evidenziare che il ruolo della sanzione è determinante nella individuazione dei doveri giuridici, i quali ultimi si distinguono da tutti gli altri comportamenti prescritti dalle norme giuridiche proprio perché sanzionati [28].

A questo punto è chiaro il legame tra dovere giuridico e sanzione, ed è interessante vedere come anche la norma sanzionatoria possa essere annoverata tra quelle che configurano doveri, traducendosi la sanzione stessa in un dovere giuridico.

Guardando al contenuto della sanzione - sotto il profilo dei vincoli che si producono nella sfera soggettiva del sanzionato - si può dire che la sanzione rappresenta una costrizione della volontà di chi si è sottratto all'adempimento del dovere. Se il dovere limita la volontà di chi vi è tenuto, residuando per questo un margine di scelta sulla spontaneità dell'adempimento, la sanzione annulla questa residua sfera di libertà producendo un risultato *contro* o *nonostante* la volontà di non adempiere del sanzionato. La sanzione, quindi, può essere ricostruita come un dovere di secondo grado, meramente eventuale, che si impone nel momento in cui il primo comando normativo è stato violato [29].

---

diritto di voto "è dovere civico", sicché «il non partecipare alla votazione costituisce una forma di esercizio del diritto di voto significante solo sul piano socio-politico» (C. cost., sent. n. 173 del 2005), ma non anche sul piano giuridico, benché tale dovere abbia «una fondamentale funzione di interesse pubblico, in quanto attiene all'esercizio della sovranità che l'art. 1 della nostra Costituzione dichiara appartenere al popolo» (C. cost., sent. n. 39 del 1973).

[28] C. Esposito, *Irretroattività e «legalità» delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Carnelutti*, Padova, 1950, e ora in Id., *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 94, nt. 14, non ritiene affatto essenziale all'esistenza e all'efficacia di ogni specifica norma giuridica la previsione di una sanzione penale per il suo inadempimento. L'A. svolge questa rapida affermazione nell'affrontare il tema delle competenze penali della Regioni, escludendo che il legislatore regionale, nel disciplinare le materie di sua competenza, possa introdurre sanzioni penali per assicurare efficacia alle norme sostanziali contenute nella stessa legge. La condivisibile conclusione non esclude, tuttavia, che la predeterminazione di una sanzione, non necessariamente penale, per la violazione di un comando da cui deriva un dovere giuridico non costituisca l'unico strumento per imporre giuridicamente l'esecuzione del dovere. In assenza di una disciplina delle conseguenze dell'inadempimento del dovere, invero, il dovere medesimo non può essere 'escusso', né può essere ottenuta riparazione per le ingiuste conseguenze prodotte dal comportamento inadempiente. La riflessione di Esposito sembra piuttosto dimostrare che la natura della sanzione in qualche modo si riflette sulla possibile classificazione dei doveri giuridici, proprio perché il sacrificio imposto a chi si è sottratto dall'adempimento di un dovere e lo scopo che si persegue nella imposizione di tale sacrificio si intrecciano con la natura del dovere e con lo scopo di quest'ultimo.

[29] O. Beaud, *La potenza dello Stato* (*La puissance de l'État*, Paris, 1994), Napoli, 2002, 243 osserva che «la violazione o inosservanza della norma è dunque soltanto virtuale o potenziale, ma l'essenza della norma risiede nel fatto che può non essere rispettata da coloro che devono obbedirle. Da questa sola 'possibilità' o eventualità della violazione della norma nasce la necessità della sanzione. La norma diviene giuridica quando è sanzionata da organi previsti dal diritto secondo una procedura specifica».

La differenza tra dovere e sanzione, allora, risiede innanzi tutto nell'essere il primo sprovvisto di una forza autoesecutiva che, invece, sembra connotare la sanzione. Il precetto contenente il dovere, infatti, per essere adempiuto richiede l'adesione della volontà dell'obbligato, il quale può anche decidere di non adempiere [30]; quello contenente la sanzione viene, invece, portato ad esecuzione anche contro la volontà del suo destinatario [31].

Questa prima, ovvia, distinzione ne fa scorgere un'altra, apparentemente in contrasto con la prima, consistente nella impossibilità per la sanzione di operare ed essere efficace in assenza di un atto che la commini o di un potere che la esegua: siccome la norma che configura la sanzione acquista efficacia, produce i suoi effetti concreti, solo a condizione che sia stato violato un dovere, prima di applicare la sanzione è indispensabile che sia accertata, in qualche modo, l'intervenuta violazione del dovere.

Il dovere è una regola di comportamento imposta da una norma giuridica e si impone immediatamente, ma non è in grado di resistere alla volontà inadempiente degli obbligati; la sanzione è una regola di comportamento accessoria, di secondo grado, contenuta in una norma giuridica la cui efficacia è condizionata al verificarsi di un evento – l'inadempimento del dovere cui la sanzione accede –, e pur essendo attrezzata della capacità di imporsi anche contro la volontà del soggetto che vi è tenuto, essa sanzione non spiega effetti se non attraverso un atto che la commina.

Sicché, diversamente da quanto accade per l'efficacia delle disposizioni normative che configurano i doveri, l'efficacia delle norme sanzionatorie è condizionata al verificarsi di fatti, per così dire, *soggettivi* (la violazione del dovere) e *oggettivi* (atti di accertamento e irrogazione della sanzione). La sanzione, inoltre, viene posta in esecuzione da un soggetto diverso da quello che avrebbe dovuto adempiere al dovere – che è per questo tenuto ad adempiere alla sanzione – ossia dall'organo cui è attribuito il potere di assicurare che la sanzione sia adempiuta [32].

3. Scopo della sanzione e natura del dovere

Ritornando ai contenuti, pur potendosi in astratto immaginare sanzioni il cui scopo è esclusivamente quello di ottenere il forzato adempimento del dovere vio-

---

[30] N. Bobbio, *op. ult. cit.*, 71.

[31] Si accoglie, dunque, qui l'idea della sanzione come mezzo attraverso cui il diritto dispone della sua forza, senza tuttavia per questo accedere alla più ampia e diversa idea che identifica il diritto nella mera organizzazione della forza. Su questi temi, oltre quanto si è già detto in precedenza, riassuntivamente, v. R. Guastini, voce *Dovere giuridico*, cit., 3.

[32] H. Kelsen, *op. ult. cit.*, 59.

lato [33], è pur vero che, 'normalmente', la sanzione comporta un sacrificio maggiore della sfera soggettiva di chi vi è tenuto rispetto a quanto non faccia il dovere [34].

Si è già rilevato che in linea di principio la sanzione, a differenza del dovere, non lascia alcun margine alla volontà di adempimento del soggetto contro cui viene irrogata; peculiarità, questa, che va notata non solo per spiegare la diversa e maggior forza della sanzione rispetto al dovere, ma anche per comprendere che sotto il profilo quantitativo i vincoli che la sanzione produce sono più ampi di quelli che derivano da un dovere normativamente prescritto.

Le differenze tra contenuti della sanzione e contenuti del dovere possono dilatarsi anche in modo molto ampio: si immaginino le sanzioni penali detentive, che comportano una limitazione della libertà fisica del reo, di per sé non paragonabile al sacrificio imposto alla libertà personale del medesimo soggetto dai doveri cui accedono. È evidente che il tipo di sanzione, e dunque anche il suo contenuto, dipendono dallo *scopo* che attraverso la loro previsione si persegue: scopo che è strettamente collegato agli obiettivi cui tende la norma che impone il dovere, atteso che la sanzione presidia il suo adempimento e, pertanto, non può che avere la medesima direzione del dovere giuridico cui essa accede.

A ben vedere, si può scorgere uno scopo specifico della disciplina sanzionatoria, del tutto estraneo alle norme che configurano i doveri, e che consiste nell'assicurare effettività proprio ai doveri giuridici. Nella norma sanzionatoria, insomma, si coglie non solo la finalità di tutelare l'interesse a fronte del quale il dovere è prescritto, ma anche quello di assicurare la realizzazione di tale interesse nel modo in cui l'ordinamento ha stabilito, e dunque di garantire che le norme che prescrivono i doveri, cui le sanzioni accedono, siano attuate [35].

Tale eccedenza di obiettivi può riflettersi sui contenuti della sanzione, nella quale si possono rinvenire doveri più ampi di quelli che, se violati, ne determinano l'applicazione. La maggiore ampiezza del contenuto deontico della sanzione rispetto alla norma che definisce il dovere trova, dunque, spiegazione innanzitutto nel fine cui la sanzione tende, che può non limitarsi al mero ripristino dell'ordine violato ma andare oltre, fino a neutralizzare le possibilità della reiterazione dei comportamenti inadempimenti. In effetti, con la configurazione di un sistema sanzionatorio l'ordinamento giuridico mette in campo la sua forza coercitiva, la sua capacità di imporsi indipendentemente dalla spontanea adesione dei sin-

---

[33] Ad esempio, le sanzioni previste dal codice civile a fronte di inadempimenti ai doveri di fonte negoziale.

[34] H.L.A. HART, *Il concetto di obbligo*, cit., 138, rileva che la sanzione «può in riferimento alle regole di un ordinamento giuridico essere giustificata sia come una pena per l'azione compiuta sia come un risarcimento coattivo per il danno causato da essa».

[35] Rispetto a questo scopo specifico della sanzione riemerge l'attualità della riflessione riguardante la forza dell'ordinamento giuridico, poiché la sanzione ne è in qualche modo strumento.

goli, definendo lo strumentario attraverso cui il sistema normativo assicura la propria conservazione [36].

La stretta connessione tra sanzione e scopo cui essa è tesa fa emergere un elemento di assoluto rilievo nell'analisi delle figure sanzionatorie, consistente nella indispensabile ragionevolezza della loro previsione [37]. La sanzione, infatti, non può che essere adeguata al fine cui tende, e solo in questa prospettiva è giustificata e, dunque, legittima.

SEZIONE II

I DOVERI COSTITUZIONALI

1. L'EQUILIBRIO TRA DIRITTI (INVIOLABILI) E DOVERI (INDEROGABILI) NELL'ART. 2 COST.

L'art. 2 Cost. include nel modello dei rapporti tra autorità e libertà posto a fondamento dell'ordine repubblicano, ossia nella forma di stato configurata dai principi fondamentali della Costituzione, il valore della persona che, tra l'altro, è definita come soggetto 'titolare' di diritti inviolabili e di doveri inderogabili [38], questi ultimi finalizzati alla costruzione di un contesto sociale, politico ed economico improntato al valore della solidarietà [39]. L'inderogabilità dei doveri solidari-

---

[36] Cfr. N. BOBBIO, voce *Sanzione*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, 533; A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale*, cit., 373 ss.

[37] CICERONE, *De officiis*, 31-32 (p. 101) «*Referti enim decet ad ea, quae posui principio fundamenta iustitiae, primum ut ne cui noceatur, deinde ut communi utilitari serviatur. [Ea cum tempore commutantur commutatur officium et non sempre est idem.] Potest enim accidere promissum aliquod et conventum, ut id effici sit inutile vel ei, cui promissum sit, vel ei, qui promiserit. Nam si, ut in fabulis est, Neptunus, quod Theseo promiserat, non fecisset, Theseus Hippolyto filio non esset orbatus: ex tribus enim optatis, ut scribitur, hoc erat tertium, quod de Hippolyti interitu iratus optavit; quo impetrato in maximos luctus incidit. Nec promissa igitur servanda sunt ea, quae sint iis, quibus promiseris, inutilia, nec si plus tibi ea noceant, quam illi prosint cui promiseris, contra officium est maius anteponi minori, ut, si constitueris cuipiam te advocatum in rem praesentem esse venturum atque interim graviter aegrotare filius coeperit, non sit contra officium non facere quod dixeris, magisque ille, cui promissum sit, ab officio discedat, si se destitutum queratur*».

[38] Sulla 'titolarità' delle situazioni giuridiche soggettive v. N. IRTI, *Due saggi sul dovere giuridico*, cit., 3 ss.

[39] Sui doveri di solidarietà in generale v. B. PEZZINI E C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Mila-

stici proclamata da questo articolo si traduce, dunque, in uno strumento per la creazione di un certo tipo di 'contesto' [40] per la persona [41] e ispira la configurazione delle regole che disciplinano le relazioni tra singoli; tra questi e le formazioni sociali intermedie; tra formazioni sociali; nonché tra singoli, formazioni sociali e pubblici poteri [42].

A ben vedere, l'imputabilità, oltre che alle persone singole, alle formazioni sociali e ai gruppi delle situazioni giuridiche di svantaggio prefigurate dall'art. 2 Cost., è stata ampiamente dimostrata da autorevole dottrina [43] e da tempo riconosciuta dalla giurisprudenza costituzionale [44]; ci si trova, insomma, dinanzi

---

no, 2002; S. PRISCO, *Solidarietà. Profili evolutivi di un valore costituzionale (I. Premesse storico-sistematiche)*, Napoli, 2000; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in AA.VV., *Liber amicorum. In onore di Vittorio Frosini*, II, Milano, 1999, 107 ss.; L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Jus*, 1998, 45 ss.; N. LIPARI, *Il senso della costituzione. La cultura della solidarietà nella Costituzione italiana*, in *Parlamento*, 1989 (12), 16 ss.

[40] La C. cost., con la sent. n. 43 del 1997 (in *Giur. cost.*, 1997, 383 ss.) ha colto negli «inderogabili doveri di solidarietà politica, economica e sociale che la Costituzione (art. 2) impone» lo scopo di garantire che «l'ordinato vivere comune sia salvaguardato e i pesi conseguenti siano equamente ripartiti tra tutti, senza privilegi» (così punto 5 del considerato in diritto).

[41] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 156, nel legame tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà ravvisabile nell'art. 2 Cost. ravvisa la funzionalizzazione di diritti (e, forse, si potrebbe aggiungere dei doveri) «in corrispondenza al fondamento etico sul quale debbono poggiare affinché, attraverso il loro esercizio, si realizzi quell'intima solidarietà sociale, presupposto e risultato nello stesso tempo, di un genuino regime democratico».

[42] Si tratta, insomma, di una parte rilevante della definizione costituzionale del «*pactum societatis*», ossia «delle condizioni dello stare insieme, in quel reciproco rispetto che protegge dal conflitto estremo, cioè della guerra civile», presupposto del «*pactum subiectionis*, con il quale ci si promette reciprocamente di ubbidire, di assoggettarsi, alle decisioni del governo legittimo, cioè, in un democrazia, al potere della maggioranza che agisce secondo le regole e nel rispetto dei principî contenuti nel *pactum societatis*» (così G. ZAGREBELSKY, *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 25).

In un senso culturalmente analogo v. il passaggio della sent. n. 364 del 1988 (in *Giur. cost.*, 1988, I, 1504 ss.), in cui la Corte pone in rilievo che «discende dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire».

[43] Per tutti v. M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, 1980, 48-49, il quale rileva che i doveri di solidarietà enunciati nell'art. 2 Cost. sono «situazioni giuridiche i cui soggetti, attivi e passivi, sono entità collettive», «metaindividuali», sicché tali doveri sono «strumenti che si collocano nel confronto tra parti sociali, e tra queste e la collettività nel suo insieme, finalizzati all'equilibrata realizzazione degli interessi di cui ciascuna è portatrice».

[44] Come ricorda A. BARBERA, *Art. 2. Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, 97, nt. 2, la C. cost., con sent. n. 208 del 1971 (in *Giur. cost.*, 1971, 2318 ss.), ha riconosciuto che i doveri di solidarietà valgo-

ad un dato ormai acquisito, su cui sarebbe superfluo soffermarsi.

Più recente è l'approdo giurisprudenziale secondo il quale è riconosciuto che il dovere di solidarietà incombe anche sugli enti esponenziali [45], non solo nel-

---

no anche per i gruppi e le formazioni sociali. Può essere qui utile riportare il passaggio del punto 3 del 'considerato in diritto' di quella sentenza, nella quale si afferma che «in presenza di calamità che abbiano malauguratamente ad assumere più vaste proporzioni, direttamente o indirettamente coinvolgendo la collettività nazionale, l'esigenza di assicurare – nel corso della fase operativa, successivamente, cioé, al verificarsi dell'evento – effettiva unità di indirizzo e di azione non può non prevalere – legittimamente – su ogni altra considerazione, pur se rispettabile. In presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre, non vi è più luogo a sottili dosaggi di poteri e a complicazioni di procedure, che potrebbero ritardare, se non addirittura compromettere, la tempestività e l'efficacia del soccorso, cui tutti devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei "doveri inderogabili di solidarietà … sociale" che l'art. 2 Cost. ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie».

Più di recente la Corte ha ribadito che il dovere di solidarietà svolge una funzione bilaterale, nel senso che «il dovere di solidarietà … lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo» (C. cost., sent. n. 118 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 1006 ss.)

[45] Cfr. C. cost., sent. n. 92 del 1981, in *Giur. cost.*, 1981, I, 758 ss., dove si accerta al punto 5 del 'considerato in diritto' la competenza della legge statale ad imputare alle Regioni il dovere di erogare benefici premiali, la cui corresponsione è qualificata come dovere di solidarietà sociale, connessi al dovere della difesa della Patria. In senso analogo v. le sentt. nn. 189 del 1981 (in *Giur. cost.*, 1981, I, 1887 ss.), 726 del 1988 (in *Giur. cost.*, 1988, I, 3278 ss.) e 829 del 1988 (in *Regioni*, 1989, 1533 e ss., con nota di G. PASTORI, *Sistema autonomistico e finalità generali della Regione*). In quest'ultima decisione, in particolare, la Corte ha dichiarato legittima una legge regionale della Toscana che si faceva carico dell'erogazione di un contributo di solidarietà in favore di persone residenti in altra regione sottoposti a gravi difficoltà occupazionali. Il giudice costituzionale in tale occasione ha precisato che «la regione, per la Costituzione, non è una monade e l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà non può essere confinato nel ristretto ambito regionale. Sicché, soprattutto in relazione alle espressioni dell'autonomia regionale collegate alla posizione della regione come ente esponenziale e rappresentativo degli interessi generali della propria comunità, si deve ammettere che il principio di territorialità, come non ha escluso anche questa stessa Corte in una lontana sentenza (n. 58 del 1958) e come riconosce parte della dottrina, possa subire relativizzazioni o anche deroghe, purché giustificate, ovviamente, nei termini sopra detti».

Con le sentt. nn. 307 del 1990 (in *Giur. cost.*, 1990, 1874 ss.), 118 del 1996 (in *Giur. cost.*, 1996, 1006 ss.), 27 del 1998 (in *Giur. cost.*, 1998, 148 ss., con nota di O. CHESSA, *La misura minima essenziale dei diritti sociali: problemi e implicazioni di un difficile bilanciamento*, 1170 ss.), la Corte, nell'esplicare il fondamento costituzionale alla luce del quale è dovuto un equo indennizzo a chi abbia subito danni alla salute dopo essersi sottoposto a trattamenti sanitari obbligatori, ha rilevato che il dovere di solidarietà «in questi casi, incombe sull'intera collettività e, per essa, sullo Stato».

Con la sent. n. 75 del 1991 (in *Giur. cost.*, 1991, 534 ss.), al punto 5 del 'considerato in diritto', il giudice delle leggi espressamente distingue tra i doveri di solidarietà della collettività, il cui adempimento grava sullo Stato, e doveri individuali di solidarietà: «la delicata opera di bilanciamento degli interessi in gioco spetta certamente al legislatore: ma la discrezionalità

l'esercizio dei poteri normativi loro riconosciuti dall'ordinamento (nel qual caso, in verità, le previsioni costituzionali rappresenterebbero più che altro il parametro di legittimità che indica il limite sostanziale dei loro atti normativi), ma nel loro essere 'persona', guardando cioè alla loro soggettività giuridica [46].

Per quanto concerne il contenuto dei doveri di solidarietà, molta parte della dottrina collega la previsione dell'art. 2 Cost. all'elaborazione teorica dei doveri dell'uomo riconducibile alla riflessione del Mazzini, dimostrando come questa abbia influito sul dibattito svolto in Assemblea Costituente [47]. Se tale prospettiva consente di porre nel giusto risalto un dato culturale innegabile, non privo di pratiche ricadute [48], essa non ha l'ulteriore pregio di svelare compiutamente il modo

---

delle sue determinazioni incontra il limite dell'effettiva individuazione di un equo e ragionevole punto di equilibrio tra la solidarietà collettiva e quella del coniuge (o, se del caso, anche di altri familiari conviventi tenuti all'assistenza)».

[46] Sulla solidarietà, dunque, si fondano doveri giuridici imputabili alle articolazioni sia del pluralismo sociale (art. 2 Cost.) che di quello istituzionale (art. 5 Cost.); elemento, questo, che per il momento è utile sottolineare ma che si preferisce accantonare in questa parte dell'indagine: sarà ripreso quando si cercherà di dimostrare che la configurazione nell'art. 2 Cost. dei doveri di solidarietà e il collegamento tra questi e l'art. 5 Cost. hanno svolto un ruolo affatto significativo nella emersione giurisprudenziale del dovere costituzionale di leale collaborazione, almeno nella sua accezione che la Corte ha configurato come perno delle relazioni tra i soggetti dell'ordinamento costituzionale, ossia tra gli enti esponenziali dei diversi livelli di governo.

Sul collegamento esplicito tra solidarietà e collaborazione, che passa attraverso il valore della tolleranza da cui può trarsi, appunto, la necessaria 'cooperazione attiva con l'altro' o 'cooperazione fra gruppi', v. P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, Torino, 1997, 82, spec. nt. 144.

[47] In questa direzione, tra i tanti, v. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968, 21; A. PACE, *Problematica delle libertá costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 57; A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, cit., 1.

[48] Ad esempio, v. C. cost., sent. n. 172 del 1999 (in *Giur. cost.*, 1999, 1697 ss.) ove, nell'argomentare la ragionevolezza dell'estensione legislativa agli apolidi residenti in Italia dell'obbligo di leva, il giudice delle leggi ha modo di rilevare che in presenza di una disciplina che riconosce e tutela i diritti degli apolidi induce a ritenere questi «parti di una comunità di diritti la partecipazione alla quale ben può giustificare la sottoposizione a doveri funzionali alla sua difesa. Tale comunità di diritti e di doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto, accoglie e accomuna tutti coloro che, quasi come in una seconda cittadinanza, ricevono diritti e restituiscono doveri, secondo quanto risulta dall'art. 2 Cost. là dove, parlando di diritti inviolabili dell'uomo e richiedendo l'adempimento dei corrispettivi doveri di solidarietà, prescinde del tutto, per l'appunto, dal legame stretto di cittadinanza».

Si segnala all'attenzione anche la sent. n. 51 del 1992 (in *Giur. cost.*, 1992, 285 ss.), con cui la Corte ha qualificato «l'evasione fiscale» «una "ipotesi di particolare gravità", per il semplice fatto che rappresenta, in ciascuna delle sue manifestazioni, la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei "doveri inderogabili di solidarietà", sui quali, ai sensi dell'art. 2 Cost., si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale».

in cui è stato reso oggettivo il valore solidaristico nel testo costituzionale, e soprattutto non si traduce nella costruzione di un parametro adatto a delimitare con assoluta precisione la portata dei doveri che a questo si collegano. A ciò può essere aggiunto che la condivisibile prospettiva teorica da cui muove un simile approccio potrebbe essere ulteriormente ricostruita per osservarne gli sviluppi, al fine di cogliere non solo le potenzialità che sino ad ora ha già svelato, ma soprattutto prefigurarne le ulteriori prospettive nel contesto dello Stato costituzionale [49].

Invero, la formulazione dell'art. 2 Cost. nel collegare i doveri inderogabili alla solidarietà declinata nel modo in cui si è visto, richiama sicuramente valori oggetto di autonoma e specifica tutela costituzionale, ma utilizza un concetto non estraneo all'etica, che esprime in sé un sistema di valori [50]. Tutto ciò si traduce in una previsione estremamente ampia ed elastica, se non addirittura generica, sicché le interpretazioni che se ne danno sono anche di segno molto diverso [51].

Può dirsi che la solidarietà, pur rappresentando un valore che innerva l'intero ordinamento [52], si può colorare di significati diversi perché la formulazione che

---

[49] In altri termini, è senz'altro vero che la previsione di doveri inderogabili di solidarietà accanto a diritti fondamentali pone le fondamenta del carattere anche sociale dello stato di diritto (v. C. CARBONE, *loc. ult. cit.*), ma ciò non esaurisce il significato e la portata che l'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza costituzionale sono riusciti ad inferirne, né costituisce l'unico spunto.

[50] Sembra proprio questa la lettura che ne è stata data in alcuni casi dalla Corte costituzionale, come ad esempio nella sent. n. 228 del 2004 (in *Giur. cost.*, 2004, 2396 ss.), al cui punto 3 del 'considerato in diritto' si pone in evidenza che «le virtualità» del «principio di solidarietà espresso nell'art. 2 Cost.», «trascendono l'area degli "obblighi normativamente imposti", chiamando la persona ad agire non solo per imposizione di una autorità, ma anche per libera e spontanea espressione della profonda socialità che caratterizza la persona stessa».

[51] La natura anfibologica della disposizione costituzionale ha ricadute concrete giacché, come la giurisprudenza costituzionale ha potuto rilevare (v. ad es., C. cost., ord. n. 200 del 2000, in *Giur. cost.*, 2000, 1673 ss.), si registra l'esistenza nell'ordinamento di «accezioni differenti del principio di solidarietà».

In dottrina G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 85 ss., declina separatamente le qualificazioni della solidarietà contenute nell'art. 2 Cost., ma anche per questo A. «i tre momenti della solidarietà … non possono considerarsi come tre ambiti categoriali distinti e senza reciproche interferenze» (pag. 465). Impostazione, questa, apertamente criticata da M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, cit., 44, nt. 16, il quale, tra le possibili interpretazioni dell'art. 2 Cost., indica come preferibile una «lettura ermeneutica contestuale e armonica delle tre qualificazioni fondamentali – politica, economica e sociale – riferite alla solidarietà nell'art. 2 Cost.», o quanto meno «che non renda difficile o impossibile siffatta lettura, più idonea a consentire l'esplicarsi del massimo potenziale normativo del dettato costituzionale».

[52] La Corte costituzionale, in un passaggio delle argomentazioni (punto 4 del 'considerato in diritto') della sent. n. 19 del 1994 (in *Giur. cost.*, 1994, 136 ss.), analizza la parte dell'art. 2 Cost. che riguarda l'affermazione dei doveri inderogabili di solidarietà per precisare che «coinvolgendo categorie e valori di rilevanza costituzionale e trattandosi di un principio ge-

ne è data dall'art. 2 Cost. ne consente letture anche impregnate di giudizi di valore, e in ultima analisi informate all'etica [53]. Ma allora, come si vede, ritorna l'intreccio tra giudizio etico e fondamento dei doveri giuridici, e benché questi ultimi dovrebbero esprimere una razionalizzazione del primo, definendo un valore costituzionale che ad esso si ispira e che può fondare la costruzione di un dovere giuridico, l'ampiezza della formula è tale da non ostruire il passaggio a letture orientate da 'etiche diverse'.

Viene allora da chiedersi se il risultato interpretativo sia soddisfacente, ossia se consenta di riconoscere nella norma costituzionale una scelta su cui non si può più votare, indisponibile per le alterne maggioranze [54].

A ciò va aggiunto che la giurisprudenza costituzionale offre spunti anche importanti per ritenere che una razionalizzazione del concetto non intrisa di valutazioni orientate da un'etica di parte sia possibile. Significativa, al riguardo, è la pronuncia con cui il giudice delle leggi ha legato con forza alla solidarietà il dovere che ciascuno ha di riconoscere l'identità sessuale di chi, esercitando un proprio inviolabile diritto, abbia deciso di acquisirne una diversa da quella genetica [55].

In tal caso sembra senz'altro prevalere una lettura coerente con i valori costituzionali della dignità umana e della tutela dei suoi inviolabili diritti fondamen-

---

nerale concernente i rapporti obbligatori come tali, esso deve avere applicazione universale nell'ordinamento giuridico».

[53] Un esempio importante di quanto si afferma nel testo è rinvenibile nella sent. n. 158 del 1991 in cui la Corte, nella consapevolezza che la specificazione di un dovere di solidarietà e la configurazione del modo in cui questo va adempiuto dipendono dal giudizio di valore dato dalla «coscienza collettiva» al comportamento prescritto e agli scopi che con esso si intendono perseguire, ascrive all'area della discrezionalità legislativa il compimento di tale attività valutativa che implica, a sua volta, l'inevitabile bilanciamento tra sacrificio imposto e scopo perseguito. In tal modo, dunque, la Corte implicitamente rileva l'assenza nel parametro costituzionale di una rigorosa predeterminazione dei limiti di contenuto entro cui possono compiersi le scelte legislative, riservandosi di esaminarle caso per caso, in sede di scrutinio di legittimità costituzionale, sotto il profilo della ragionevolezza.

[54] Così di recente G. ZAGREBELSKY, *Principî e voti*, cit., 25; v. anche P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, I, 3 ss., spec. 114 ss.

[55] V. C. cost., sent. n. 161 del 1985: «Che se la censura fosse da ritenersi proposta in riferimento al solo art. 2 Cost., e la si volesse, in questi termini, ritenere ammissibile, certo è che tale disposto non è violato quando e per il fatto che sia assicurato a ciascuno il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità. Correlativamente gli altri membri della collettività sono tenuti a riconoscerlo, per dovere di solidarietà sociale. Quanto, infine, al turbamento dei rapporti sociali che il giudice a quo sembra adombrare in conseguenza della rettificazione dell'attribuzione di sesso del transessuale, pur essendo arduo individuare il parametro di riferimento, è certo che il far coincidere l'identificazione anagrafica del sesso alle apparenze esterne del soggetto interessato o, se si vuole, al suo orientamento psicologico e comportamentale, favorisce anche la chiarezza dei rapporti sociali e, così, la certezza dei rapporti giuridici».

tali che, intesi nella loro portata razionale, giuridicamente si impongono nella costruzione del contesto sociale, la cui 'morale collettiva' non può impedirne l'affermazione, anzi li deve inverare [56]. In questa giurisprudenza, insomma, la solidarietà è considerata uno strumento per realizzare l'unità dell'ordinamento, e costituisce per questo un valore attorno al quale va edificato il contesto sociale, politico ed economico in cui si sviluppa la persona umana.

2. Doveri costituzionali individuali e funzionali

Tra i doveri giuridici è possibile isolare quelli che hanno natura costituzionale, ossia quei doveri imposti da principi o comandi contenuti nella fonte primigenia dell'ordinamento, la cui posizione normativa costituisce un presidio del patto di convivenza civile e dei suoi presupposti, oltre che del suo 'nucleo duro', e sono funzionali alla realizzazione dei suoi contenuti essenziali.

La Costituzione non si limita a fissare doveri inderogabili per singoli o gruppi, quale corrispettivo del riconoscimento e della garanzia che essa stessa appresta ai diritti e alle libertà fondamentali [57], ma si spinge a configurare veri e propri doveri funzionali, rivolti agli organi supremi, perseguendo lo scopo di garantire, anche in tal modo, la tenuta dell'assetto democratico così come configurato nei suoi principi fondamentali.

Tuttavia, proprio rispetto a quest'ultima affermazione occorrono delle precisazioni, poiché un primo nodo problematico che si segnala, tra quelli emersi nella interpretazione della parte dell'art. 2 Cost. riferita ai doveri inderogabili, riguarda l'ampiezza del concetto di «dovere costituzionale».

Una lettura approfondita circoscrive l'ambito dei «doveri costituzionali in senso stretto» a quelle condotte costituzionalmente imposte alla persona umana: i doveri costituzionali «in senso stretto» sono solo quelli attribuiti al soggetto privato «sia esso, come nella maggior parte dei casi, il cittadino, oppure lo straniero, sia esso persona fisica o ente giuridico» [58]. Conclusione, questa, dichiaratamente condizionata dall'affermazione, nella formula dell'art. 2 Cost., dei doveri inderogabili accanto ai diritti inviolabili – manifestazione di un «concetto personalista» delle situazioni giuridiche soggettive contemplate dal fondamentale principio della Costituzione –, e fondata sulla constatazione che nell'articolazio-

---

[56] Ossia un'interpretazione conforme al «principio personalista che ispira la Carta costituzionale e che pone come fine ultimo dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana» (C. cost., sent. n. 167 del 1999, punto 6 del 'considerato in diritto').

[57] Costituisce, questo, uno dei profili comunemente considerato dalla dottrina nell'indagine sulla "giustificazione" dei doveri. Tra gli altri E. Betti, voce *Dovere giuridico (teor.gen.)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 53 ss.

[58] Così G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 10 ss.

ne materiale del testo costituzionale la specificazione delle singole fattispecie di dovere mostra una struttura normativa in cui è individuato «l'elemento soggettivo negli individui – cittadini o stranieri – con una certa simmetria rispetto alle situazioni soggettive favorevoli», «destinate a costituirsi, modificarsi ed estinguersi in capo a soggetti privati, anche qui in stretta corrispondenza con l'accostamento operato dall'art. 2 Cost.». «Opposte per contenuto, le situazioni di diritto e di dovere di cui all'art. 2 Cost. postulano la persona umana – o comunque un soggetto o una 'figura soggettiva' –, le une per garantire la sfera privata di autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività» [59].

Sulla scorta di tali premesse, la tesi in esame distingue «le figure propriamente di dovere» dalle «ulteriori situazioni di vincolo» che, in quanto «volte a circoscrivere la sfera entro cui si snodano le attività degli organi dello Stato, limitando le scelte in cui consiste l'esercizio delle funzioni a questi ultimi attribuite dall'ordinamento», si sostanziano in «*limiti* delle attività costituzionali». La fondatezza della distinzione compiuta è dimostrata anche attraverso la comparazione tra i doveri e i diritti. La disomogeneità rinvenibile tra la categoria dei diritti soggettivi, situazioni giuridiche soggettive speculari ai doveri, e quella delle *competenze* degli organi che «non si individuano certo sulla base di quel dato ineliminabile di autodeterminazione e di libertà proprio della persona umana», viene utilizzata proprio per dimostrare che non possono essere confusi i doveri costituzionali con i 'limiti' costituzionali delle competenze degli organi.

Uno degli sbocchi di questa tesi è quello di inscrivere nella responsabilità personale dei singoli preposti agli organi le eventuali violazioni dei doveri al cui assolvimento sono comunque chiamate le figure istituzionali, rilevando che «il concetto di *competenza*» resta circoscritto «a quella che è la sfera di attività attribuita al raggio di azione dell'ufficio, mentre per quanto riguarda lo svolgersi di esso acquista rilievo la posizione soggettiva del titolare dell'organo, che quindi si atteggia direttamente come titolare di doveri, obblighi, diritti», giacché «sul piano costituzionale» «protagonisti sono, più che gli organi come tali, gli individui, non solo nella misura in cui agiscono come titolari degli organi ma soprattutto allorquando vengono considerati dal diritto *in occasione* o, meglio ancora, *in ragione* di tale titolarità» [60]. Sicché viene elaborato un criterio che porta a distinguere, al-

---

[59] G. Lombardi, *op. ult. cit.*, 11-13. L'A. specifica ulteriormente la sua idea precisando che dai contenuti degli «art. 13, 14, 16, 18 e 19, etc. Cost. e, dall'altro, negli artt. 48 comma 2, 52 comma 1, 53 e 54 Cost. riferiti appunto gli uni a *figure* di diritti e gli altri a *categorie* di doveri» «l'individuo» viene «in evidenza, come destinatario di diritti e di doveri, sia come singolo sia come titolare di organi sia in quanto dotato di un particolare *status* di rilievo costituzionale» (p. 14).

[60] G. Lombardi, *loc. cit.*, 17-18. v. anche p. 14, nt. 20, dove l'A. ricostruisce il rapporto tra i doveri individuali imputabili alle persone fisiche e l'attività degli organi cui queste sono preposte rilevando che «si tratta di una costruzione analoga a quella postulata dall'art. 28 in ordine alla responsabilità civile, e particolarmente illuminante può essere la circostanza che,

l'interno del testo costituzionale, «la natura delle norme» da cui traggono origine i doveri e i limiti funzionali: rispetto ai primi si parla di «norme di *dovere*»; per i secondi, invece, di «norme *sui doveri*, complementari alle prime e dirette a disciplinarne la realizzazione dal livello della individuazione generale della categoria – operata dall'art. 2 – fino al piano delle situazioni concrete, passando attraverso l'*auctoritatis interpositio* delle situazioni direttamente individuate e delineate, sul piano degli elementi essenziali della fattispecie, dal testo costituzionale» [61].

In estrema sintesi, dunque, nella prospettata lettura si qualificano «doveri costituzionali in senso stretto» quelli che comunemente sono individuati come i «doveri dell'uomo e del cittadino» [62], e si escludono dalla categoria dei doveri costituzionali quelle condotte imposte dalle disposizioni costituzionali agli organi supremi dell'ordinamento, in quanto estranee alla nozione giuridica di dovere e rientranti, viceversa, nella definizione stessa del concetto di funzione.

La giurisprudenza costituzionale, tuttavia, ha continuato a parlare indistintamente di 'doveri costituzionali' anche in situazioni diverse da quelle circoscritte dalla riportata dottrina. Deve essere richiamata l'attenzione su quei consolidati orientamenti del giudice delle leggi, che si sono già sottolineati, e che hanno fatto emergere la nozione di doveri costituzionali imputabili direttamente ai soggetti e agli organi dell'ordinamento costituzionale, di cui il dovere di leale collaborazione, sia tra Stato e Regioni che tra organi dello Stato, rappresenta forse l'approdo più significativo [63]. L'osservanza di regole di correttezza nei rapporti reci-

---

proprio in riferimento a tale problematica, la c.d. concezione "organica" ha ceduto il terreno di fronte ad altro ordine di idee, più vicino al concetto di rappresentanza». I doveri individuali che sorgono in relazione allo «*status* di titolare di un ufficio» individuabili nell'art. 52, comma 2, Cost., «si pongono come elemento determinativo di quegli altri doveri – di carattere più marcatamente personale – che gravano sul soggetto in quanto incardinato nell'organizzazione e come tale fornito di competenze in relazione a specifiche sfere di responsabilità».

[61] *Loc. ult. cit.*, 21.

[62] L'espressione riportata nel testo è di A. PIZZORUSSO, *op. ult. cit.*, 210.

[63] Sul dovere di collaborazione intersoggettivo v., ad es., le sentenze della C. cost. nn. 359 del 1985; 747 e 924 del 1988; 86 del 1997; 135 del 2005. Significative, al riguardo, sembrano le considerazioni esplicitate dalla Corte nella sent. n. 341 del 1996, al punto 3 del 'considerato in diritto': «il dovere di lealtà, al quale devono essere improntati i rapporti tra Stato e Regione, trova la sua naturale sfera di incidenza proprio là dove l'assetto delle competenze dei due enti comporti un reciproco condizionamento delle funzioni, nel senso che il potere spettante all'un soggetto non possa essere esercitato quando l'altro non adempia ai propri compiti. Viene allora in gioco con il massimo risalto la necessità di un permanente fattore di composizione di un disegno autonomistico che è basato sì sulla distinzione e sull'articolazione delle competenze, ma anche, talvolta, sulla loro interferenza e sul loro reciproco legame. Ed è questa la funzione propria del principio di leale cooperazione, il quale opera pertanto in una dimensione che è anche, se non prevalentemente, politico-costituzionale, nel senso che qualifica, prima ancora delle rispettive posizioni giuridiche dello Stato e della Regione, il contesto entro il quale devono svolgersi le relazioni tra i due enti. Tale principio – alla cui osservanza non può certo sottrarsi il Consiglio regionale che, quale organo di rappresentanza politica della Regione, ne è, se possibile, ancor più strettamente avvinto – può risultare leso anche in pre-

proci e di rispetto dell'altrui autonomia costituisce senz'altro un 'modo di esercizio delle competenze', ma la Corte lo qualifica come un vero e proprio 'dovere' costituzionalmente imposto, e non sembra che il giudice costituzionale utilizzi in forma atecnica e casuale la nozione di dovere, considerato l'impiego per nulla isolato del concetto nella sua giurisprudenza.

Insomma, il giudice delle leggi non si ferma a rilevare che una funzione 'deve' essere esercitata nel rispetto della disciplina che l'ha allocata tra le competenze di un organo. Ciò, invero, sarebbe solo uno dei tanti modi di affermare la cogenza e la centralità nell'ordinamento del principio di legalità costituzionale, dal quale si ricava senz'altro anche la regola secondo cui le funzioni che sono attribuite direttamente dalla Costituzione e che da questa sono configurate in modo preciso e autoapplicativo, 'devono' essere esercitate nel modo ed entro i limiti stabiliti dalla norma di conferimento [64].

Occorre, allora, tentare di capire il percorso attraverso cui la Corte, nonostante la convincente lettura offerta dall'autorevole dottrina richiamata, è giunta ad inquadrare nella categoria dei doveri costituzionali anche quelli al cui adempimento sono chiamate non persone, ma organi o soggetti dell'ordinamento costituzionale.

Uno spunto potrebbe essere offerto dalle argomentazioni e dalle conclusioni cui è pervenuta la dottrina degli organi costituzionali che, in estrema sintesi, individua un apparato organizzativo indefettibile per la sopravvivenza dell'ordinamento costituzionale e per il corretto svolgimento del suo sistema democratico [65]. Orbene, l'indefettibilità degli organi sembra desumibile non solo dalla loro natura ma – come è ovvio – anche dalle funzioni che questi sono chiamati ad assolve-

---

senza di atti che, pur senza generare alcuna immediata alterazione dell'ordine delle competenze, non abbiano il valore di una semplice opinione, confinabile nella sfera del pregiuridico, ma vadano ad incidere, in quanto produttivi di un vincolo – seppure meramente politico – sul contesto di lealtà e trasparenza entro il quale devono appunto essere esercitate le rispettive competenze e adempiuti i reciproci doveri».

Sul dovere di collaborazione tra organi che si traduce nell'osservanza di «regole di correttezza nei rapporti reciproci e di rispetto dell'altrui autonomia» v., ad es., le sentt. nn. 168 del 1963; 379 del 1992; 403 del 1994; 380 del 2003.

[64] Nel senso da ultimo indicato nel testo v., di recente, C. cost., sent. n. 63 del 2006: «all'esercizio della funzione legislativa corrisponde il dovere delle pubbliche amministrazioni, statali, regionali e locali, di dare applicazione, secondo le proprie competenze, alle norme di legge validamente in vigore. Così come organi dello Stato possono essere chiamati a dare applicazione a leggi regionali, ove queste disciplinino oggetti di loro competenza (sent. n. 467 del 2005), ugualmente gli organi della Regione devono far rispettare leggi dello Stato, senza che ciò possa essere considerato illegittima interferenza».

[65] Su cui v., tra i principali lavori, A. TESAURO, *L' attività degli organi costituzionali dello Stato*, Napoli, 1959; E. CHELI, *Organi costituzionali e organi di rilievo costituzionale*, Padova, 1966; A.A. ROMANO, *La prorogatio negli organi costituzionali con premesse generali*, Milano, 1967, 57 ss., E. SPAGNA MUSSO, *Gli organi costituzionali*, Bologna, 1977; C. CHIMENTI, *Gli organi costituzionali nella forma di governo italiana*, Torino, 1989.

re. È fin troppo facile osservare che la mera presenza formale della Corte costituzionale non sarebbe idonea ad assicurare quei fini per i quali questa è considerata elemento indefettibile del sistema. Se la Corte costituzionale smettesse di svolgere le funzioni che le competono, si arriverebbe ad una stasi dell'ordinamento costituzionale, ad una sua irrimediabile e inaccettabile rottura, in modo non diverso dall'ipotesi in cui l'organo cessasse di esistere. Argomentazioni molto simili si possono addurre per sostenere che anche l'esercizio dei poteri attraverso cui si perviene alla designazione dei suoi componenti, rappresenta un dovere specifico che la Costituzione espressamente assegna, vista l'impossibilità, per la Corte, di 'autorigenerarsi', e considerato inoltre che la carenza formale dell'organo potrebbe determinarne non solo la delegittimazione, ma anche la vera e propria impossibilità di funzionamento.

A ciò potrebbe aggiungersi che è implicito nel concetto di funzione una quota di dovere o, più precisamente, che la funzione stessa è per alcuni suoi profili attratta nella categoria dei doveri. Indipendentemente dalla constatazione che l'obbligo di osservare le norme che configurano, orientano nei fini e attribuiscono la funzione, costituisce di per sé un dovere, si può facilmente osservare che il mancato – o cattivo – esercizio delle funzioni pubbliche è normalmente sanzionato. Sanzione che l'ordinamento costruisce in modo diverso e con eterogenea intensità: nella generalità dei casi investe le responsabilità degli organi (travolgendone gli atti e neutralizzando, così, la possibilità che l'infrazione produca effetti giuridicamente vincolanti) nonché, nei casi più gravi, delle persone che vi sono preposte (attraverso il rinnovo anticipato della composizione dell'organo, ovvero con le misure personali, anche di natura penale, che possono essere adottate in sede giurisdizionale nei loro confronti in applicazione di specifiche previsioni sanzionatorie).

Vi sono, poi, diversi strumenti che il sistema appronta per assicurare che le funzioni pubbliche siano effettivamente svolte e per sanzionare l'inerzia degli organi che ne sono titolari. A titolo di esempio, molto generale, può essere indicata l'organizzazione gerarchica dei pubblici poteri cui corrisponde, come è a tutti noto, una catena di controlli nella quale sono inclusi poteri di carattere sanzionatorio, tra cui possono essere considerati, in ultima istanza, anche alcuni 'tipi' di potere sostitutivo [66].

Spostando l'osservazione sul piano dell'organizzazione costituzionale, si potrebbe in tesi rilevare che non tutte le funzioni che la Costituzione direttamente configura e assegna sono sanzionate, sicché il loro esercizio non coincide necessariamente con la nozione di dovere giuridico che si è tentato in precedenza di tracciare. Tale constatazione non potrebbe, tuttavia, essere condivisa.

Sarebbe, infatti, sbagliato affermare che la Costituzione non costruisce un si-

---

[66] Tali sono senza dubbio configurabili quei poteri sostitutivi intestati ad organi gerarchicamente superiori a quelli che possono essere travolti dalla sostituzione, tratto specifico di molti poteri sostitutivi interni alla organizzazione della pubblica amministrazione.

stema di garanzie volto ad assicurare l'adempimento delle funzioni che essa stessa assegna, attesa la posizione specifica configurata per i due organi di suprema garanzia, ossia Corte costituzionale e Presidente della Repubblica [67]. E benché le forme di azione di questi organi siano tipizzate, non se ne può affatto escludere l'esercizio finalizzato proprio a garantire la tenuta dell'ordine democratico, fine ultimo cui entrambi gli organi sono preposti, facendo così sentire 'la voce' della Costituzione, nel suo ontologico aspetto di limite del potere [68].

Si potrebbe, allora, tentare di comporre la diversa prospettiva che sembra emergere dal confronto della ricordata tesi con la successiva giurisprudenza costituzionale, rilevando la diversa configurazione giuridica delle situazioni di svantaggio che si sostanziano, per un verso, nei doveri costituzionali dell'uomo e del cittadino, connotate per riflettersi negativamente sulla sfera soggettiva di libertà, e, per altro verso, nei doveri degli organi e dei soggetti dell'ordinamento (o anche 'doveri funzionali'), che comprimono la sfera di autonomia e discrezionalità dei loro destinatari.

A garanzia dell'effettività dei primi può essere configurata la sanzione personale a carico dell'inadempiente, viceversa i 'doveri funzionali' sono garantiti da strumenti che si aggiungono alla sanzione personale del singolo preposto all'ufficio e che si caratterizzano per la capacità di neutralizzare la condotta posta in essere in violazione del dovere. Tale diversità consente di distinguere, nell'ambito dei doveri costituzionali differenti classi di dovere giuridico, che tuttavia risultano accomunate dall'essere tutte fondate su una loro espressa individuazione nella carta fondamentale e dall'essere comunque complessivamente tese a garantire la realizzazione, nell'effettiva esperienza ordinamentale, dei principi di giustizia e dello specifico assetto democratico fondati dal patto costituente.

In effetti, la natura dei doveri costituzionali è molto variegata, al punto da renderne assai difficoltosa, se non impossibile, un'indagine unitaria.

La concezione dei pubblici poteri che si riscontra nella Costituzione repubblicana, contrassegnata in modo molto significativo dal fondamento nella legittimazione popolare ma anche dai limiti che la Costituzione stessa stabilisce e che configura come assoluti, permea l'esercizio delle funzioni pubbliche di un forte elemento di doverosità. Ciò induce a prendere in esame anche i 'doveri', o più esattamente i poteri-doveri, degli organi costituzionali facendo prevalere il riferimento a tale ispirazione di fondo sulla non perfetta componibilità sistematica con i temi dei doveri intesi come situazioni giuridiche soggettive delle persone.

---

[67] Su questi temi v. R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, in M. LUCIANI-M. VOLPI (a cura di), *Il Presidente della Repubblica*, Bologna, 1997, 265 ss; sul ruolo del Capo dello Stato nel mutato contesto politico-istituzionale e in prospettiva di una ridefinizione della forma di governo v. E. CHELI, *Il Presidente della Repubblica come organo di garanzia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, I, Milano, 1999, 301 ss.

[68] Cfr., di recente, P. RIDOLA, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, cit., 117-118.

La finalizzazione dei doveri rappresenta, in qualche modo, il filo rosso che lega in un'unica categoria i diversi doveri configurati dalla Costituzione. Questi ultimi, dunque, si traducono in una costrizione della libertà soggettiva o della sfera di autonomia e si giustificano per avere come fine ultimo quello di garantire la tenuta dell'ordine costituzionale e di assicurare il regolare sviluppo dei principi di giustizia e dei valori supremi su cui si regge la costruzione costituzionale dell'ordinamento democratico [69]. I doveri, insomma, fanno parte integrante di quel *pactum societatis* e ne garantiscono l'ordinata attuazione, ed è proprio per questo che nell'art. 2 Cost. è affermato il fondamentale principio della loro inderogabilità ed è affidato alla Repubblica il compito di assicurarne l'adempimento [70].

Si possono così isolare molteplici figure di doveri costituzionali [71], e tale operazione, ovviamente, si presta ad esiti diversi, essendo molteplici i criteri che potrebbero essere impiegati nella classificazione [72]. Per restare nel solco di quanto si è appena osservato, si può continuare ad assumere come prospettiva quella del destinatario del dovere, e rilevare le disposizioni costituzionali impositive di doveri che si potrebbero definire 'personali', ossia rivolti alle persone singole [73] o associate [74], e le altre che pongono doveri, per così dire, 'istituzionali', perché destinati ai soggetti dell'ordinamento [75] ovvero agli organi del sistema democrati-

---

[69] Nonostante le grandi differenze che si registrano nella loro struttura normativa, non può negarsi che ad esempio, tanto il dovere di difesa della Patria che quello di fedeltà alla Repubblica concorrano entrambi a garantire la perfetta aderenza dell'ordinamento alla tutela dei valori che la comunità si è preposta per riconoscersi nel patto costituente. Altrettanto potrebbe dirsi per tutte quelle fattispecie di dovere che di qui a poco saranno censite e che, in quanto riguardano le dinamiche del potere in cui è maggiormente esposta la tenuta dell'ordine democratico (inteso nella specifica forma repubblicana in cui esso si invera), appaiono ciò nondimeno tese a garantire proprio i valori supremi e i principi di giustizia definiti dall'ordine costituzionale.

[70] Sui doveri che derivano dall'idea della Costituzione come *pactum societatis* v. sent. n. 364 del 1988: «Come è stato rilevato, discende dall'ideologia contrattualistica l'assunzione da parte dello Stato dell'obbligo di non punire senza preventivamente informare i cittadini su che cosa è vietato o comandato ma da tale ideologia discende anche la richiesta, in contropartita, che i singoli s'informino sulle leggi, si rendano attivi per conoscerle, prima d'agire».

[71] G. LOMBARDI, *op. ult. cit.*; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, cit.

[72] V., ad es., C. CARBONE, *op. ult. cit.*, 99 ss., che per la classificazione dei doveri costituzionali individuali fa ricorso alla natura della condotta imposta.

[73] Sono configurati doveri individuali dai seguenti articoli della Costituzione: 2; 4, comma 2; 28; 30, comma 1; 32, comma 2; 34, comma 2; 37, comma 1; 38; 41, comma 3; 42, comma 2; 44, comma 1; 48, comma 2; 51, comma 3; 52; 53; 54; 65; 91; 93; 98, comma 1 e 3; 104, comma 7; 122, comma 2; 135, comma 6 e 7; XII disp. trans., comma 1; XVII disp. trans., comma 3.

[74] Sono specificamente rivolti alle formazioni sociali i doveri configuati dagli artt. 2; 17, comma 3; 18, comma 2; 29, comma 2; 39, comma 2 e 3; 49 Cost.

[75] Ai soggetti di autonomia sono riferiti i doveri imposti dagli artt. 2; 3, comma 2; 4, comma 1; 5; 6; 9; 24, comma 3; 31; 33; 34, comma 4; 35; 37, comma 3; 38; 117, comma 5; 118, comma 3; 119, comma 4 e 5; 120 Cost.

co [76]. A questi si potrebbero aggiungere i doveri del legislatore, enucleabili da quelle disposizioni costituzionali che impongono alla legge di realizzare determinati obiettivi e che, per questo, si distinguono non solo dai normali limiti costituzionali all'esercizio della funzione legislativa, ma anche dalle 'riserve rinforzate' [77].

All'interno dei 'gruppi' così enucleati si registra un dato di omogeneità ulteriore: i doveri 'personali' sono configurati dalla Costituzione in modo da richiederne necessariamente la specificazione legislativa, indispensabile per l'individuazione di tutti gli elementi che consentono di esigerne l'adempimento; viceversa, i doveri funzionali in molti casi trovano già in Costituzione un sufficiente grado di specificazione.

3. La garanzia della riserva di legge nei doveri individuali

Quanto si è da ultimo osservato consente di spostare l'attenzione sugli strumenti attraverso i quali è possibile garantire l'effettività dei doveri costituzionali della persona.

Il tema, è evidente, si trova in stretta relazione con quello della garanzia dei diritti poiché, malgrado il dovere giuridico non sia necessariamente correlativo ad un diritto, l'elisione della libertà di autodeterminazione che sul singolo produce l'esecuzione coatta di un dovere giuridico o, meglio, l'applicazione della sua sanzione, si deve in ogni caso confrontare con le garanzie costituzionali dei diritti di libertà.

Un esempio della difficoltà interpretativa che produce la formulazione dell'art. 2 Cost. traspare anche laddove la dottrina si pone, rispetto ai doveri inderogabili, la medesima domanda che investe la parte dello stesso art. 2 riferita ai diritti inviolabili: si tratta di una disposizione che apre ad ipotesi non contemplate nel testo costituzionale, o serve a precisare che solo i doveri costituzionalmente previsti sono inderogabili? [78].

Il ruolo della legge è l'elemento che divarica le categorie di ragionamento utilizzabili per dare risposta al quesito riferito alle due fattispecie contrapposte, diritti e doveri.

Se per i diritti inviolabili la legge non è – almeno in linea di principio – chia-

---

[76] Configurano doveri al cui adempimento sono tenuti gli organi gli artt. 2; 61,, comma 1; 62, comma 1; 64, comma 4; 70; 72, comma 4; 73; 74, comma 2; 75, comma 1; 76; 77, comma 2; 85, comma 2; 86, comma 2; 87, comma 3 e 6; 88, comma 2; 89; 94, comma 1, 3 e 4; 97, comma 1; 101, comma 2; 104, comma 1 e 4; 111, comma 6; 112; 135, comma 1, Cost.

[77] Si possono enucleare doveri per il legislatore dagli artt. 2; 3; 13, comma 4; 30; 33, comma 4; 117, comma 7; 119, comma 3, Cost.

[78] Cfr. A. Barbera, *Art. 2*, cit., 97; A. Pace, *op. ult. cit.*, 55 ss.

mata a precisare e fondare il diritto, ma solo a sancirne i limiti [79]; per i doveri individuali la legge è determinante per la loro concreta configurazione e per la definizione del correlativo apparato sanzionatorio [80].

Sicché, mentre il dubbio sulla possibilità di estendere legislativamente (o anche in via giurisprudenziale) il novero delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio riconducibili nell'area dei diritti inviolabili, di cui all'art. 2 Cost., muove dalla consapevolezza della sufficiente definizione della struttura giuridica dei diritti inviolabili disciplinati dal testo costituzionale, e si snoda sull'analisi dei profili dinamici della relativa tavola di valori, il ragionamento sui doveri della persona umana non può che muovere dalla consapevolezza della indeterminatezza delle relative disposizioni costituzionali, che per questo richiedono una specificazione legislativa.

Inoltre, come noto, l'art. 23 Cost. limita le situazioni soggettive di svantaggio giuridicamente rilevanti a quelle espressamente individuate dalla legge.

Si tratta di una riserva relativa di legge [81] e, per molti, dell'affermazione costituzionale più evidente del principio di legalità, inteso nella sua accezione d'ineludibile fondamento legislativo di qualunque manifestazione di (pubblico) potere.

I nodi interpretativi di questo articolo messi a fuoco dalle diverse interpretazioni che il dibattito della dottrina ha svelato, sono stati in più occasioni affrontati dalla giurisprudenza costituzionale con esiti che, pur avendo fatto chiarezza su specifiche questioni, hanno talvolta alimentato le perplessità [82].

---

[79] È evidente, e si spera non sembri eccessiva, la semplificazione che si è compiuta nel testo di un problema di teoria costituzionale di grande portata applicativa, su cui recentemente O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, *passim*, ma spec. 309 ss.

[80] V., ad es., C. cost., sent. n. 12 del 1972: «a parte ogni considerazione circa il carattere direttamente precettivo dell'art. 2 allorché richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà […] non può competere ad altri che non sia il legislatore lo stabilire i modi e i limiti dell'adempimento stesso.».

[81] Di recente sul tema A. D'ATENA, *La riserva di legge*, in B. PEZZINI-C. SACCHETTO (a cura di), *Dalle costituzioni nazionali alla costituzione europea*, Milano, 2001, 163 ss.

[82] In sede giurisprudenziale, ad esempio, si è in alcuni casi ritenuto che l'art. 23 Cost. rappresenti, da solo, un sufficiente fondamento di un dovere legislativamente imposto. Interpretazione, questa, di carattere meramente formale, piuttosto che orientata nella ricerca dei fini cui l'imposizione deontica si collega e, dunque, volta a verificare la compatibilità della imposizione con i valori cui i principi fondamentali finalizzano ogni limite alla libertà di autodeterminazione dei singoli.

In tal senso v. C. cost., sent. n. 52 del 1967, nella quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale promossa nei confronti dell'art. 15 del r.d. n. 773 del 1931 (T.U.L.P.S.), per violazione, tra l'altro, degli artt. 2 e 13 Cost., il giudice delle leggi motiva in modo secco che «il dovere del cittadino di collaborare con l'autorità di polizia per la prevenzione e la repressione dei reati, per la sicurezza e la pubblica tranquillità … trova la sua fonte, contrariamente a quanto pare ritenere l'ordinanza, nell'art. 23 Cost., che consente di imporre prestazioni personali o patrimoniali in base alla legge». V. anche le sentt. nn. 12 del 1960 e 24 del 1969.

Rispetto alla problematica possibilità di estendere in via legislativa il catalogo dei doveri inderogabili, sono decisive le costanti affermazioni, nella giurisprudenza, sia dell'indispensabile intermediazione della legge tra la previsione costituzionale e l'insorgenza del dovere giuridico per l'individuo, che dell'ampia discrezionalità del legislatore, chiamato a scolpire i contenuti dei doveri costituzionali personali e a fissare i modi attraverso cui questi diventano esigibili [83]. Invero, se la Costituzione attribuisce alla legge il compito di individuare i contenuti concreti dei doveri che essa stessa fonda con disposizioni connotate per l'estrema ampiezza dello spettro interpretativo, è evidente che la tassatività o meno del catalogo costituzionale dei doveri risulta, sul piano applicativo, un problema di ridotta portata.

Qui non si tratta, invero, di capire se i doveri non contemplati da disposizioni costituzionali possano ricevere la medesima 'tutela' delle analoghe situazioni giuridiche che la Costituzione espressamente prevede, atteso che la 'garanzia' del dovere è solo affermata in Costituzione ma è in concreto configurata dalla legge.

Il dubbio sulla tassatività del 'catalogo costituzionale dei doveri' ha, invece, assoluto rilievo se lo si considera in relazione al tema dei limiti del potere di revisione costituzionale. Si può, in altri termini, affermare che l'inderogabilità dei doveri proclamata nell'art. 2 Cost. è nozione speculare a quella della inviolabilità dei diritti, e che entrambe si riflettono allo stesso modo sul potere di revisione costituzionale?

Certo, se ci si riferisse ad una nozione ampia di doveri costituzionali della persona, includendovi tutti i doveri che la costituzione fonda e che la legge specifica e regola, risulterebbe difficile concludere con una risposta affermativa alla domanda appena formulata, se non altro perché, paradossalmente, si potrebbe per questa via arrivare a costruire un vincolo della revisione costituzionale che proviene dalla legislazione ordinaria.

Occorre, allora, capire se è possibile un'ulteriore suddivisione dei doveri costituzionali della persona e verificare se, tra questi, non ve ne sia qualcuno sottoposto ad un regime giuridico peculiare. Uno spunto significativo è offerto dalla giurisprudenza della Corte che, come è noto, ha distinto, quanto all'indefettibilità della loro previsione e del loro adempimento, tra sacri doveri inderogabili e obblighi legislativi, graduandoli e rilevando la minore cogenza di questi ultimi anche se espressamente sanciti in Costituzione: «questa Corte … ha già avuto modo di precisare (sent. n. 53 del 1967) che "per tutti i cittadini, senza esclusioni, la difesa della Patria – che è condizione prima della conservazione della comunità nazionale – rappresenta un dovere collocato al di sopra di tutti gli altri", cosicché "esso trascende e supera lo stesso dovere del servizio militare". Di con-

[83] La Corte costituzionale, come si vedrà di qui a poco, ha più volte ribadito questa lettura del raccordo tra l'art. 23 Cost. – cui la Corte ha attribuito valore di «principio fondamentale» (così, ad es., sent. n. 41 del 1990, punto 4.1 del 'considerato in diritto') – e i principi e le disposizioni costituzionali in materia di doveri.

seguenza, questo servizio – "nel quale … non si esaurisce, per i cittadini, il dovere 'sacro' di difesa della Patria" ha una sua "autonomia concettuale e istituzionale rispetto al dovere patriottico contemplato dal comma 1 dell'art. 52 Cost.", il che impone di tenere distinte le rispettive sfere di applicazione. In particolare, mentre il dovere di difesa è inderogabile, nel senso che nessuna legge potrebbe farlo venir meno, il servizio militare è obbligatorio "nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge", purché, ovviamente, "non siano violati altri precetti costituzionali"» [84].

Nel caso risolto dalla Corte con la sentenza appena riportata, la distinzione tra il *dovere* (di difesa della Patria) e l'*obbligo* (di prestare il servizio militare) è agevolata dalla formulazione letterale del parametro costituzionale. L'art. 52 Cost., infatti, distingue in modo chiaro le due prestazioni, attribuendo nel comma 2 alla legge il compito di regolare l'obbligatorietà del servizio di leva e proclamando, viceversa, al comma 1 il «sacro dovere del cittadino» consistente nella difesa della Patria. Sicché, l'obbligatorietà del servizio militare è affidata alla discrezionalità del legislatore, il sacro dovere di difesa della Patria è sottratto quanto alla sua obbligatorietà alle scelte legislative il cui compito in questo caso è limitato ad approntare gli strumenti per assicurarne l'adempimento.

Ma proprio questa differenza sembra utile ai fini che ci si è innanzi proposti. La diversa posizione che ha la legge rispetto ai singoli doveri costituzionali sembra, infatti, decisiva per discernere tra: *a*) i doveri che, come quelli di difesa della Patria, di fedeltà alla Repubblica, di contribuzione alla spesa pubblica secondo le personali capacità contributive, non consentono alla legge di disporre della loro obbligatorietà, ma solo di assicurarne l'adempimento, specificando i comportamenti dovuti e le sanzioni correlative; *b*) gli altri doveri, pure affermati in Costituzione, ma dei quali è costituzionalmente rimesso alla discrezionalità del legislatore il compito di regolarne l'obbligatorietà, come avviene per il servizio militare e per tutti i doveri a fronte dei quali vi è spazio per riconoscerne la derogabilità per motivi di coscienza.

Insomma, piuttosto che ragionare in termini di 'tassatività' del 'catalogo dei doveri', sembra più utile evidenziare che per la dottrina la previsione costituzionale dei doveri inderogabili, nella sua attuale specificazione, si pone come limite del potere di revisione [85]. La rilevazione di questo limite rafforza la garanzia dei doveri contenuta nell'art. 2 Cost.

Ma ciò vuol dire innanzitutto che le disposizioni costituzionali che affermano i

---

[84] Così la già citata sent. n. 164 del 1985.

[85] P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 68, segnala che «l'aggettivo "inderogabili" ha un significato *identico* a quello di "inviolabili" (che è l'attributo dei diritti), cioè di *non emendabilità*, altro che in via di dettaglio, neppure da parte del legislatore costituzionale». Lo stesso A., poi, subito dopo distingue tra diritti e doveri per la naturale capacità espansiva dei primi e per la doverosa interpretazione «rigorosamente *restrittiva*» dei secondi.

doveri inderogabili non possono essere intaccate in sede di formale esercizio del potere di revisione costituzionale; da altra prospettiva, ciò significa anche che non può venire mai meno il costante impegno di tutte le articolazioni della forma repubblicana teso ad assicurarne l'adempimento. Tutto questo sembra, poi, esprimere un valore etico, di un'etica repubblicana, ossia un valore della specifica forma democratica fondata dai principi supremi dell'ordinamento costituzionale.

Tuttavia, come si è visto, la discrezionalità del legislatore rappresenta la 'fabbrica' delle fattispecie concrete in cui si sostanziano i doveri costituzionali della persona, cosicché il compito di assicurarne l'adempimento costituisce un vincolo teleologico e, dunque, un criterio che consentirebbe al giudice costituzionale di apprezzare, secondo i canoni della ragionevolezza, la legittimità della scelta legislativa. Qualora, poi, la legge si ponesse in palese contrasto con il vincolo in questione, andando in una direzione opposta a quella costituzionalmente indicata, si manifesterebbe una diretta violazione dei parametri costituzionali che, combinati con l'art. 2 Cost., impongono il verso alle scelte che il legislatore è chiamato a compiere [86].

Rinviando ad altra parte del testo l'approfondimento dei limiti che circoscrivono la discrezionalità del legislatore in materia e dei modi per farla valere, in questa fase sembra importante sottolineare ancora una volta che, alla luce dei dati sin qui emersi, la legge è la fonte che *deve* configurare non solo i contenuti della prestazione dovuta ma anche il modo per assicurarne l'adempimento, e la discrezionalità legislativa in materia è tale da sottrarne le scelte e le omissioni all'articolato strumentario di decisioni interpretative che lo stesso giudice delle leggi si è nel tempo costruito [87].

---

[86] Nel primo caso, quindi, solo la Corte costituzionale sarebbe abilitata a verificare e giudicare l'opera di bilanciamento compiuta dal legislatore; nel secondo, invece, già il Presidente della Repubblica, in fase di promulgazione della legge o di emanazione dell'atto legislativo del Governo, potrebbe rilevare il contrasto con la Costituzione. Su questi aspetti si ritornerà, *infra*, Sez. III.

[87] V. Sent. n. 140 del 1993 (in *Giur. cost.*, 1993, 1105 ss.), in cui la Corte, trovandosi a risolvere una questione di legittimità della norma abilitante «l'irrogazione della pena dell'ergastolo ad imputato minorenne», impugnata anche per la violazione dell'art. 2 Cost., sotto il profilo della violazione dei «doveri inderogabili di solidarietà verso i minori» perché contrastante con il «corrente senso di umanità fatto proprio dalla attuale coscienza sociale, ben interpretata dalle numerosissime convenzioni internazionali a tutela dell'infanzia alle quali l'Italia ha prestato adesione», fa notare che le questioni «considerate nel loro complesso, … pongono un quesito di carattere legislativo cui la Corte, in ragione dei suoi poteri, non può dare adeguata risposta con una sentenza di illegittimità costituzionale delle norme denunciate. … Tuttavia, nonostante tali considerazioni, resta pur sempre l'esigenza di adeguare l'ordinamento positivo a quella linea più volte messa in evidenza da questa Corte (sentt. n. 125 del 1992; n. 128 del 1987) di un sistema punitivo che per il minore risulti sempre più diversificato, sia sul piano sostanziale che su quello processuale. Una volta che ci si ponga di fronte a tale esigenza ci si avvede come varie potrebbero essere le soluzioni adatte a soddisfarla, data la pluralità di scelte possibili che solo il legislatore è in grado di effettuare. … il risultato che si

Resta, allora, da chiedersi in che modo si atteggia il rapporto tra la legge e le fonti che le sono subordinate atteso che, come si è visto, la riserva formulata nell'art. 23 Cost. è di natura relativa [88].

Ancora prima, tuttavia, è bene ricordare, per quanto occorra, che la portata di questo articolo non va confusa con quella dell'art. 25, comma 2, Cost., da cui, come è a tutti noto, discendono ben altri vincoli per il legislatore al quale non è concesso dismettere il compito, che la Costituzione gli riserva in modo assoluto, di disciplinare direttamente [89] la sanzionabilità penale e, dunque, di apprestare quegli strumenti estremi di garanzia dei doveri, la cui infrazione è considerata – dalla legge, appunto – di tale disvalore da giustificare il ricorso al sistema sanzionatorio penale [90].

Invero, quando la disciplina legislativa dei doveri intreccia situazioni giuridiche soggettive di vantaggio, espressamente garantite dalla Costituzione a mezzo riserve assolute di legge, o anche quando l'ambito materiale in cui la disciplina del dovere interviene è coperto da riserve assolute di competenza legislativa, que-

---

intenderebbe raggiungere sul piano del diritto sostanziale rende necessario un intervento sostitutivo del legislatore, che definisca, nell'ambito di una pluralità di scelte, la portata e l'ampiezza della modifica. Un intervento questo che, per le esigenze poste in evidenza, è auspicabile che venga assicurato quanto prima per adeguare la situazione normativa a quella linea, già posta più volte in evidenza da questa Corte, di diversificare il più possibile il trattamento del minore dalla disciplina punitiva generale».

[88] Su questi temi v. A. FEDELE, *Art. 23. Rapporti civili (art. 22-23)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1978, 21 ss.

[89] Che sia questa la portata del vincolo è stato ricordato dalla Corte nella sent. n. 383 del 1998: «La "riserva di legge" assicura il monopolio del legislatore nella determinazione delle scelte qualificanti nelle materie indicate dalla Costituzione, sia escludendo la concorrenza di autorità normative "secondarie", sia imponendo all'autorità normativa "primaria" di non sottrarsi al compito che solo ad essa è affidato. Tale valenza è generale e comune a tutte le "riserve". Dipende invece dalle specifiche norme costituzionali che le prevedono, secondo la loro interpretazione testuale, sistematica e storica, il carattere di ciascuna riserva, carattere chiuso o aperto alla possibilità che la legge stessa demandi ad atti subordinati le valutazioni necessarie per la messa in atto concreta delle scelte qualificanti la materia ch'essa stessa ha operato».

[90] V. A. D'ATENA, *La riserva di legge*, cit., 166 e 172 ss., segnala che nonostante l'art. 25 Cost. ponga, in materia penale, una riserva di legge «letteralmente assoluta», la giurisprudenza costituzionale «tende a sdoppiare in due riserve, individuando una riserva assoluta per quanto riguarda le sanzioni e una riserva relativa in materia di fattispecie penale». L'A. complessivamente registra, sulla base di diversi elementi, l'attualità del «fenomeno della crisi della riserva di legge», collocandolo nel più generale quadro dello «spostamento progressivo dell'asse della funzione normativa sul versante dell'esecutivo», con un «chiaro scostamento rispetto al modello costituzionale» laddove, nonostante nella Costituzione si rinvengano forti tracce di un *favor* per la legge ordinaria, «accade invece di leggere nella giurisprudenza costituzionale il rovesciamento dello schema». Linee di tendenza giudicate dall'A. «molto preoccupanti» atteso che «la riserva di legge è uno strumento di tutela delle minoranze politiche». Una preoccupazione analoga, anche se sviluppata su versanti problematici diversi pervenendo a conclusioni più drastiche, è manifestata da L. CARLASSARE, *La 'riserva di legge' come limite alla decretazione d'urgenza*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli, 2004, I, 425 ss., spec. 429, 434, 450.

ste ultime, come è ovvio, assorbono la meno intensa riserva di legge configurata dall'art. 23 Cost.

Al di fuori dei casi appena ricordati, dunque, la legge può integrarsi con altre fonti nella definizione dei doveri e delle relative sanzioni [91].

La giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sent. n. 4 del 1957 [92], ha indicato i limiti e le garanzie sufficienti a far ritenere rispettata la riserva di legge relativa stabilita dall'art. 23 Cost., precisando che la prestazione imposta deve avere «base» in una legge che «stabilisca i criteri idonei a regolare eventuali margini di discrezionalità lasciati alla pubblica amministrazione nella determinazione in concreto della prestazione» [93] e che «determini direttamente l'oggetto della prestazione stessa e i criteri per quantificarla» [94].

Dopo aver chiarito che la fonte legislativa costituisce il presupposto formale cui l'art. 23 Cost. lega la possibilità che un dovere assuma legittimamente valore giuridico e possa, così, essere preteso anche contro la volontà di chi vi è tenuto [95],

---

[91] V. C. cost., sent. n. 24 del 1969 (in *Giur. cost.*, 1969, 163 ss.), in cui il giudice delle leggi riconosce, come è ovvio, che «l'adempimento di obblighi … implica come conseguenza la limitazione di attività che il soggetto cui sono imposti potrebbe altrimenti svolgere liberamente e a suo pieno arbitrio, poiché sempre e per definizione l'imposizione di prestazioni personali comporta – in fatto – conseguenze del genere», ma respinge la questione prospettata sulla base dell'assunto che, proprio perché il dovere si traduce in un limite della sfera di libertà, il sistema costituzionale di tutela delle libertà individuali attrarrebbe nell'ambito della riserva assoluta di legge ogni disciplina impositiva di obblighi o doveri. Rileva, infatti, la Corte che solo quando la riserva assoluta è espressamente prescritta in Costituzione a tutela di una specifica situazione soggettiva è necessario che i suoi limiti siano disciplinati da fonti di rango esclusivamente legislativo. Quando, viceversa, «tali limitazioni … non incidono direttamente nell'ambito delle fattispecie tipiche garantite … dalla Costituzione» si applica la riserva relativa di cui all'art. 23 Cost.

[92] «L'art. 23 Cost. prescrive che l'imposizione di una prestazione patrimoniale abbia "base" in una legge, ma non esige che la legge, che conferisce il potere di imporre una prestazione, debba necessariamente contenere l'indicazione del limite massimo della prestazione imponibile. Il rilievo che nella legge, in base alla quale un ente è abilitato a stabilire una prestazione, non è fissato il massimo della prestazione imponibile, non è per sé solo sufficiente per ritenere che, per tale mancanza, la legge sia costituzionalmente illegittima rispetto all'art. 23 Cost. Ma l'espressione "in base alla legge" contenuta nell'art. 23 Cost., dovendosi interpretare in relazione col fine della protezione della libertà e della proprietà individuale, a cui si ispira tale fondamentale principio costituzionale, implica che la legge, che attribuisce ad un ente il potere di imporre una prestazione, non lasci all'arbitrio dell'ente impositore la determinazione della prestazione. Il principio posto nell'art. 23 Cost. esige non soltanto che il potere di imporre una prestazione abbia base in una legge, ma anche che la legge, che attribuisce tale potere, indichi i criteri idonei a delimitare la discrezionalità dell'ente impositore nell'esercizio del potere attribuitogli» (C. cost., sent. n. 4 del 1957).

[93] Sentt. nn. 4 del 1957, cit.; 167 del 1986; 290 del 1987; 250 del 1992.

[94] Sentt. nn. 65 del 1962; 56 del 1972; 67 del 1973; 29 del 1979; 257 del 1982; 34 del 1986; 290 del 1987; 127 del 1988; ordd. nn. 250 del 1992, cit.

[95] Nella già citata sent. n. 4 del 1957 e in quella immediatamente successiva, n. 30 del

la Corte ha affrontato l'aspetto per così dire 'sostanziale', della riserva, ricostruendo le linee del rapporto di separazione di competenza tra legge e fonti subordinate desumibile dal medesimo articolo, allo scopo di offrire dei punti di riferimento utili a definire il contenuto minimo prescrittivo imposto alla legge dalla garanzia costituzionale.

È stato, così, accertato innanzitutto che lo scopo della garanzia costituzionale è quello di far circoscrivere dalla legge la discrezionalità dei poteri pubblici chiamati, in sede normativa o meramente applicativa, ad esigere la prestazione imposta, affinché le norme che integrano e attuano il precetto legislativo e definiscono, così, in modo specifico il comportamento dovuto, ovvero le autorità cui è affidato il potere di esigere la prestazione, non possano agire in modo arbitrario.

Sicché «la prestazione … è imposta "in base" alla legge, come prescrive il suddetto precetto costituzionale, ogni qualvolta sia adeguatamente delimitata la discrezionalità dell'ente impositore, che non può, né deve, mai trasmodare in arbitrio» [96].

Tuttavia, per la Corte ciò non implica che la disposizione legislativa su cui si basa l'esercizio dei poteri indicati debba essere formulata in modo da contenere esplicitamente tutti gli elementi utili a tal fine. Viceversa, nella consolidata giurisprudenza del giudice delle leggi sembra fermo l'orientamento secondo cui, pur mancando una espressa previsione del limite entro cui può muoversi la discrezionalità amministrativa, ciò non esclude che in sede interpretativa della legge possa comunque ricavarsi questo limite da utilizzare come parametro di legittimità delle scelte amministrative [97], né esclude che dall'interpretazione possa essere tratto un dovere per fattispecie ulteriori rispetto a quelle originariamente previste dalla stessa legge [98]. Ciò che conta è che dalla legge siano «in qualche mo-

---

1957, la Corte ha chiarito che «l'oggetto dell'art. 23 Cost. … è quello di determinare a quali condizioni una prestazione, personale o patrimoniale, può essere legittimamente "imposta", cioè può essere stabilita come obbligatoria a carico di una persona, senza che la volontà di questa vi abbia concorso».

[96] Così, sent. n. 159 del 1985, in *Giur. cost.*, 1985, I, 1136 ss. (con nota di A. PACE, *L'assoluzione del legislatore capriccioso*), che esprime una formula presente in modo più o meno identico in quasi tutte le decisioni della Corte che si sono occupate della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.

[97] V. da ultimo, ord. n. 148 del 2006. Tra i numerosi precedenti v. sent. n. 383 del 1998, cit., in cui la Corte rileva che «la disposizione censurata riconosce un potere senza precisarne le condizioni di esercizio. Perché essa possa ritenersi non incompatibile con la Costituzione sotto l'aspetto della riserva di legge, occorre interpretarla nel senso che il potere ch'essa afferma essere conferito all'amministrazione non sia libero e, perché esso non sia libero, occorre che la disposizione che lo riconosce sia integrata da altre determinazioni che lo circoscrivano. Tali determinazioni, infine, possono essere ricavate, e così le esigenze della riserva di legge possono essere soddisfatte, con riferimento all'ordinamento nel suo insieme e non devono necessariamente essere contenute nella disposizione specifica istitutiva del potere dell'amministrazione ch'esse valgono a limitare (così, ad esempio, sent. n. 34 del 1986)».

[98] Cfr. sent. n. 211 del 1972, in *Giur. cost.*, 1972, 2271 ss.: «non può parlarsi, a proposito dell'art. 23, di una violazione della riserva di legge in esso contenuta solo perché, utilizzando le-

do desumibili» «criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione» [99].

Che la riserva relativa di legge apra un problema di individuazione dei contenuti minimi che la fonte legislativa deve avere, e che questo suo aspetto intrecci, sul piano operativo, il diverso tema del principio di legalità inteso nella sua accezione sostanziale, è questione assai nota che deve alla sistemazione che ne ha dato Crisafulli il più sicuro punto di riferimento [100].

Va segnalata, però, la difficoltà reale che si incontra, sul piano pragmatico, se alla luce dell'indicata giurisprudenza costituzionale, si tentano di distinguere in modo davvero rigoroso i contenuti che la legge deve avere, per essere conforme alla garanzia della riserva relativa di legge posta dall'art. 23 Cost., e quelli che, in generale, la fonte legislativa deve avere per essere conforme alle esigenze espresse dal principio di legalità, inteso nella sua accezione sostanziale. Nella riportata giurisprudenza, si è visto, lo scopo della riserva relativa di legge posta dall'art. 23 Cost. viene ridotto alla mera definizione di limiti della discrezionalità amministrativa. Ma se tale è il fine della riserva di cui all'art. 23 Cost., sembra arduo tracciare un solco che distingua questa dal principio di legalità sostanziale, il cui scopo, è noto, consiste proprio nella definizione di vincoli legislativi entro cui può muoversi la discrezionalità degli altri poteri [101].

I due istituti sono stati ben distinti dalla dottrina sulla base dei loro diversi effetti; i vincoli che la riserva produce nei confronti del legislatore, impegnandolo ad introdurre con legge la disciplina che gli è in tal modo riservata, sono altra cosa rispetto ai vincoli che promanano dal principio di legalità i quali hanno come destinatari tutti i poteri pubblici diversi da quello legislativo, legandone l'azione alla regola della previa legge. Insomma, la riserva di legge opera sul piano delle garanzie costituzionali della persona; il principio di legalità, invece, su quello degli aspetti dinamici dell'organizzazione dei pubblici poteri.

La riserva di legge, dunque, impegna gli organi rappresentativi, esponendoli alla responsabilità politica per le scelte compiute nell'esercizio dei poteri legislativi, ed è evidente che l'imposizione di un dovere, che per definizione è una co-

---

gittimamente lo strumento della interpretazione, si estendono le ipotesi di cui alle norme impugnate ad altre prima non previste, in quanto non prevedibili, ma identiche nei presupposti».

[99] «il principio della riserva di legge previsto dall'art. 23 Cost., è di carattere relativo …: come tale, esso può dirsi rispettato anche in assenza di una espressa indicazione legislativa dei criteri, limiti e controlli sufficienti a delimitare l'ambito di discrezionalità dell'amministrazione, purché gli stessi siano in qualche modo desumibili (dalla composizione o funzionamento dell'autorità competente, dalla destinazione della prestazione, dal sistema procedimentale che prevede la collaborazione di più organi) al fine di evitare arbitrii dell'amministrazione» (sent. n. 236 del 1994).

[100] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale II, 1 (Le fonti normative)*, VI ed., Padova, 1993.

[101] Diversa è la prospettiva da cui sembra muovere l'approfondita indagine di S. PAJNO, *Considerazioni sul principio democratico e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 2005, 467 ss.

strizione, esige che sia possibile azionare la responsabilità di chi ha scelto di introdurlo [102]. Ma se è così, non sembra allora condivisibile l'approccio giurisprudenziale che individua nell'art. 23 Cost. lo scopo di prevenire l'arbitrio dei pubblici poteri, perché questo è scopo specifico del principio di legalità. Qui, si ribadisce, l'esigenza è quella di garantire il corretto svolgimento delle dinamiche del sistema democratico attraverso la messa in opera del circuito della responsabilità politica, che proprio dall'imposizione di doveri è particolarmente esposta (soprattutto quando il sacrificio imposto si rivela, poi, inadeguato al perseguimento del fine che lo aveva giustificato). L'interpretazione piuttosto 'formalistica', senz'altro ispirata dalla consapevolezza dei circuiti 'reali' del processo di formazione delle regole, che la Corte offre alla disposizione costituzionale in parola produce, in qualche modo, un'attenuazione della garanzia costituzionale, tanto più grave quando il centro della decisione normativa si sposta su organi privi rappresentatività elettiva o di responsabilità politica [103], che sempre più sono chiamati, dalla legge, a compiti di tipo normativo [104].

Insomma, se il fine del vincolo di cui all'art. 23 Cost. fosse individuato, dal giudice delle leggi, nella delimitazione della discrezionalità solo per ricostruire il necessario rapporto tra legge e atti del Governo [105], ovvero tra legge regionale e

---

[102] Benché condotte su un versante diverso, tornano utili le riflessioni di G. AZZARITI, *Dalla discrezionalità al potere*, Padova, 1989, 357, per il quale «l'esigenza che l'azione amministrativa sia libera può essere ammessa solo se viene garantito il rispetto dei limiti entro cui è stata prevista e solo se al conferimento del potere corrisponde una adeguata ed effettiva responsabilità per le azioni intraprese. L'esatta individuazione dei confini del potere attribuito tramite legge all'amministrazione e le misure per garantirne il rispetto favoriscono anche un recupero delle esigenze di tutela dei diritti dei cittadini».

[103] Un'apertura in tal senso si coglie nella sent. n. 167 del 1986, in *Giur. cost.*, 1986, I, 1249 ss., laddove il giudice delle leggi, dopo aver ribadito che rispetto ai vincoli derivanti dall'art. 23 Cost. «è giurisprudenza costante di questa Corte che nessuna violazione, a tal titolo, possa riscontrarsi in norme che, nel fornire la necessaria regolamentazione alla successiva complementare determinazione dell'Esecutivo, valgono per i loro enunciati ad escludere che la discrezionalità dell'autorità amministrativa abbia a trasformarsi in arbitrio», rileva che a tali fini è «sufficiente … riconsiderare, confermandolo, che il sistema rimane ancorato, per la sua corretta interpretazione, pur nell'impianto in fieri di adeguamenti sufficientemente presenti al legislatore, alla disciplina precedente. Più significativamente, poi, la procedura dettata dalla legge inserisce nel procedimento, per i fini della successiva deliberazione del Governo, le concertate proposte, a tal riguardo, dei ministri tecnici competenti (lavoro, tesoro, sanità), manifestazione questa di esercizio di un potere diverso da quello del Consiglio dei ministri, collegato ovviamente ad adeguati presupposti di natura tecnica e che della deliberazione consiliare vengono così a circoscrivere e a limitare l'ambito».

[104] Il riferimento, ovviamente, è al processo di disgregazione del sistema delle fonti, così come concepito nei modelli teorici di riferimento per la cultura costituzionalistica, cui si assiste negli ultimi anni a seguito della esplosione del policentrismo normativo, di cui una testimonianza importante viene dall'ormai consolidato potere normativo delle autorità indipendenti.

[105] Come nel caso risolto dalla sent. n. 303 del 2005, in cui è stata dichiarata infondata una

atti della Giunta, o ancora tra legge, statale o regionale, e atti degli organi rappresentativi delle autonomie territoriali o anche funzionali, gli aspetti formali potrebbero in qualche modo ritenersi sufficienti a salvaguardare le esigenze di garanzia cui la riserva è tesa [106].

---

questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 78, l. n. 662 del 1996, prospettata in relazione all'art. 23 Cost., perché, autorizzando i regolamenti di delegificazione del Governo al riordino normativo della materia dei giochi e delle scommesse, compresi gli aspetti fiscali e sanzionatori, avrebbe consentito al regolamento governativo di individuare i soggetti passivi dell'imposta e di definire l'impianto sanzionatorio. La Corte, in tal caso, ha collegato ai limiti della funzione di riordino normativo, cui era chiamato il regolamento di delegificazione, le ragioni che l'hanno portata ad escludere l'illegittimità della disposizione legislativa impugnata, pur del tutto priva di elementi idonei a definire i soggetti tenuti alla prestazione, l'entità della prestazione e le sanzioni comminabili in case di infrazione. Secondo la Corte, proprio perché si trattava di riordino normativo, il regolamento di delegificazione non poteva incidere su questi aspetti così come già definiti nella precedente legislazione. È evidente che in questo caso il giudice delle leggi compie alcuni salti logici, superando in velocità alcuni importanti questioni, quale ad esempio l'intervenuta abrogazione, all'esito del processo di delegificazione, delle norme legislative precedenti e, dunque, l'impossibilità per queste di fungere da limite per il regolamento delegificante. L'impostazione complessiva della Corte, tuttavia, sembra in linea con le esigenze che si sono esposte nel testo.

[106] V. la già citata sent. n. 159 del 1985, con cui la Corte ha dichiarato non illegittima la previsione legislativa che istituisce un tributo locale e rimette, poi, all'autonomia comunale il compito di renderne o meno obbligatorio il pagamento: «La disposizione censurata individua l'oggetto della sovraimposta, ne fissa non solo l'aliquota più elevata ma tutte le altre applicabili a scelta del Comune, regola gli adempimenti dell'autorità impositrice e del soggetto passivo. Circondata da tali cautele, la previsione della potestà impositiva non può certo risolversi, come sospetta il giudice a quo, in una delega in bianco al Comune, anche se lascia all'ente autonomo la facoltà di istituire, oppure no, la sovraimposta. Né si può obiettare che l'esercizio dei poteri di autonomia qui riconosciuti al Comune finisce in ogni caso per trascendere i corretti confini della discrezionalità, in quanto non è ancorato dalla legge alla "oggettiva" insorgenza di "fatti modificativi della realtà economica". Così ritiene la difesa di parte privata, secondo la quale la norma censurata demanda l'istituzione della sovraimposta in ogni Comune esclusivamente al soggettivo apprezzamento dell'esigenza di maggiori entrate da parte della maggioranza consiliare. Nel caso in esame, però, anche al lume della pregressa giurisprudenza di questa Corte (cfr. sent. n. 257 del 1982), l'imposizione del tributo è giustificata, non solo dal perseguimento di un'esigenza di indubbio rilievo costituzionale, qual è quella dell'autonomia locale, ma anche dall'adozione di criteri normativi che rispondono ai dettami dell'art. 23 Cost.: criteri, i quali andranno di volta in volta applicati in rapporto sia al fabbisogno del Comune, sia al contributo esigibile dai possessori di reddito da fabbricato nel relativo territorio».

V., di recente, la sent. n. 37 del 2004 con cui la Corte, nel valutare le implicazioni del nuovo art. 119 Cost., con riferimento alla configurazione normativa dei tributi locali, «stante la riserva di legge che copre tutto l'ambito delle prestazioni patrimoniali imposte (art. 23 Cost.), e che comporta la necessità di disciplinare a livello legislativo quanto meno gli aspetti fondamentali dell'imposizione», afferma che con la legge statale di coordinamento della finanza pubblica, alla cui adozione è sostanzialmente condizionata la piena attuazione della nuova autonomia finanziaria degli enti territoriali, «dovrà altresì essere definito, da un lato, l'ambito (sempre necessariamente delimitato in forza appunto della riserva di legge) in cui potrà esplicarsi la potestà regolamentare degli enti medesimi; dall'altro lato, il rapporto fra legislazione

L'orientamento giurisprudenziale solleciterebbe, invece, qualche considerazione diversa qualora le medesime categorie di ragionamento fossero applicabili a casi in cui il potere impositivo è dalla legge attribuito a organi del tutto privi di rappresentatività o di responsabilità politica, e ciò nonostante sempre più protagonisti nell'ambito dell'organizzazione policentrica del potere normativo.

Si avrebbe, in questo caso, una grave alterazione dello schema, ancor più aggravata in ipotesi – non necessariamente 'di scuola' – in cui fonti di carattere non legislativo ma idonee a soddisfare le esigenze imposte dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., quali ad esempio le fonti comunitarie [107], dovessero demandare, sempre a titolo di esempio, ad autorità indipendenti il compito di definire, sulla base di principi da essa individuati, i comportamenti dovuti e le sanzioni per le eventuali infrazioni. Si avrebbe, in questo caso, una totale estraneità della legge e dell'intero circuito rappresentativo dalla vicenda normativa su cui può essere fondata una pretesa e una sanzione.

Quella che si è ipotizzata è solo una delle possibili eventualità di assoluta alterazione dello schema costituzionale, in violazione della garanzia che essa stessa appronta quando riserva alla legge la definizione delle situazioni soggettive di svantaggio. Sicché, nella consapevolezza della complessità dei processi di produzione normativa e della complessità policentrica del sistema delle fonti – e forse proprio in ragione di questa –, sarebbe auspicabile una posizione giurisprudenziale più rigorosa, che richiamasse cioè il legislatore a compiere quelle scelte fondamentali da cui deriva il sacrificio alla sfera di libertà di autodeterminazione dei singoli, fissando in modo puntuale la misura del sacrificio imposto, i soggetti che ne sono destinatari e le sanzioni loro applicabili in caso di inadempienza [108].

4. Sanzionabilità ed effettività dei doveri individuali: il caso del dovere tributario

Viene adesso in rilievo il profilo della garanzia nell'attuazione del dovere o, meglio ancora, nell'attuazione della sua sanzione che, in base alla ricostruzione

---

statale e legislazione regionale per quanto attiene alla disciplina di grado primario dei tributi locali: potendosi in astratto concepire situazioni di disciplina normativa sia a tre livelli (legislativa statale, legislativa regionale, e regolamentare locale), sia a due soli livelli (statale e locale, ovvero regionale e locale»).

[107] In tal senso, v. le sentenze della C. cost. n. 383 del 1998 e n. 183 del 1973. V., poi, la recente decisione della C. giust. CE, 16 giugno 2005, causa C-456-03 (*Commissione/Italia*), in *Racc.*, 2005, I-5335, punto 51.

[108] A. Pace, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 58, rileva al contrario che «la giurisprudenza costituzionale è ben ferma nel ritenere che, in tale ipotesi, la legge debba comunque contenere elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell'amministrazione e – ben potrebbe aggiungersi – l'esercizio di poteri di natura privata».

che qui si è accolta sul piano della teoria generale, costituisce il vero momento in cui la forza del diritto comprime la libertà di autodeterminazione della persona su cui il dovere incombe.

Quanto alla configurazione della sanzione, si è visto che già sul piano della teoria generale è stato tracciato il rapporto di necessaria proporzionalità che deve intercorrere tra la sanzione e l'interesse tutelato attraverso la sua previsione, e questo è sostanzialmente un principio che nella sua applicazione giurisprudenziale si traduce in uno schema dello scrutinio di ragionevolezza della previsione normativa che configura la sanzione.

Si tratta, infatti, di un giudizio di congruità dei mezzi rispetto ai fini, laddove il mezzo è la sanzione, ossia la costrizione, e il fine è il bene che attraverso essa si tutela, e che si pone come il veicolo attraverso cui è possibile verificare in sede giurisprudenziale il legittimo esercizio dell'ampia discrezionalità del legislatore in materia. Soluzione costantemente utilizzata dalla Corte costituzionale sia nel sindacato di legittimità delle previsioni legislative che definiscono le misure sanzionatorie di carattere penale [109], che con riguardo a

---

[109] Sulla necessaria proporzionalità della sanzione penale v., tra le tante, le sentenze della Corte costituzionale in materia di obiezione di coscienza e obblighi militari, e in particolare le sentt. nn. 443 del 2000 e 43 del 1997. In quest'ultima è precisato, con riguardo alla possibilità che il reato di renitenza alla leva militare possa generare per l'obiettore di coscienza una catena di condanne penali fino a quando non sia stato assolto l'obbligo militare, che «quando, secondo valutazioni rientranti nell'ambito della sua discrezionalità, il legislatore ritenga che l'ordinato vivere sociale non consenta di riconoscere ai singoli il diritto di sottrarsi unilateralmente e incondizionatamente all'adempimento dei doveri di solidarietà, il rilievo ch'esso comunque dia alle determinazioni di coscienza, se è compatibile con la previsione di una sanzione nella quale l'obiettore decida di incorrere, per fedeltà e coerenza ai propri convincimenti, non è invece ragionevolmente compatibile con la pressione morale che si dispiega nel tempo, attraverso la comminazione reiterata di sanzioni per il caso di perseveranza nel medesimo atteggiamento di coscienza. … Tra la previsione di una prima e unica sanzione e la ripetuta comminazione di sanzioni corre infatti un'incolmabile distanza qualitativa. Solo la prima è compatibile con il riconoscimento della signorìa individuale sulla propria coscienza, la quale può non essere disgiunta da un onere, previsto dall'ordinamento; la seconda, invece, introducendo una pressione morale continuativa orientata a ottenere o il mutamento dei contenuti della coscienza ovvero un comportamento esteriore contrastante con essa, finisce per disconoscere tale signorìa». La decisione sviluppa un'argomentazione già contenuta nella precedente sent. n. 467 del 1991, con cui era stato precisato che la spirale di condanne penali è un effetto non «conforme alla regola della ragionevole proporzionalità e della necessarietà della limitazione di un diritto inviolabile dell'uomo in riferimento all'adempimento di un dovere costituzionale inderogabile, qual è l'obbligo di prestare il servizio militare di leva in tempo di pace. Quella regola, infatti, impone che il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali, possa restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto. e tali limiti sono indubitabilmente superati dalla possibilità concreta che, per effetto della sua fede religiosa – la cui tutela, peraltro, è stata già ritenuta meritevole in via di principio dal legislatore anche sotto il profilo della obiezione di coscienza al servizio militare armato-, colui che per propri irrinunciabili convincimenti religiosi rifiuta il

quelle che determinano sacrifici di altre sfere della libertà individuale [110].

Nell'ambito di questo bilanciamento tra fini della misura afflittiva e sacrificio della sfera soggettiva, il legislatore e l'interprete devono saper distinguere, rispetto alla sanzione, gli «effetti che ne derivano ad altri fini, diversi dalla sanzionabilità dell'illecito», e così da un lato costruire una sanzione che contenga al minimo sacrifici ulteriori non utili allo scopo, dall'altro in sede giurisprudenziale saper isolare gli effetti strettamente collegati con il fine sanzionatorio da quelli ulteriori, la cui portata va circoscritta [111].

Sempre sul piano della definizione normativa delle misure sanzionatorie, per ciò che concerne il riparto di competenza legislativa tra Stato e autonomie territoriali, a parte le pronunce del giudice costituzionale che interpretano la portata dell'esclusiva competenza statale in materia penale [112], si segnalano all'attenzione le due recenti decisioni, n. 63 [113] e n. 106 [114] del 2006, che implementano un prin-

---

servizio militare, dopo averlo assunto, sia sottoposto, per la mancata estensione ad esso dell'esonero, a una serie di condanne penali così lunga e pesante da poterne distruggere la sua intima personalità umana e la speranza di una vita normale».

In una prospettiva leggermente diversa si segnala, invece, la precedente decisione n. 409 del 1989, ove la Corte utilizza come premessa maggiore del ragionamento il disvalore dell'azione penalmente sanzionata, sembrando così guardare all'offesa morale dell'azione punita piuttosto che al fine di tutela di un dovere costituzionale della sanzione e al bilanciamento tra questo e la libertà personale «in modo che il sistema sanzionatorio adempia, nel contempo, alla funzione di difesa sociale e a quella di tutela delle posizioni individuali».

[110] V., di recente, le sentt. nn. 315 del 2003 e 144 del 2005. In quest'ultima, in particolare, la Corte ha efficacemente ribadito che «è … indubbio che rientri nella discrezionalità del legislatore sia la individuazione delle condotte punibili, sia anche la scelta e la quantificazione delle sanzioni, tanto penali che amministrative (cfr., *ex plurimis*, sentt. nn. 243, 234 e 172 del 2003), con il limite, tuttavia, della non manifesta irragionevolezza (cfr. ord. n. 297 del 1998)».

Sul necessario nesso di ragionevolezza tra sanzioni e doveri inadempiuti, tra le numerose pronunce v. le sentt. nn. 82 del 1966; 38 del 1968; 16, 22 e 32 del 1991; ord. n. 44 del 1995; sent. n. 220 del 1995 e, di recente, ord. n. 124 del 2006.

[111] C. cost., sent. n. 234 del 1989.

[112] Sul tema della competenza esclusiva dello Stato in materia penale e sull'autonomia tra sanzionabilità penale e sanzionabilità amministrativa v. le recenti sentt. nn. 183 del 2006; 70 e 384 del 2005; 196 del 2004.

[113] La già citata sent. n. 63 del 2006 ha risolto una questione di legittimità costituzionale promossa dalla Regione Toscana avverso l'art. 51, comma 7, l. 16 gennaio 2003, n. 3 (Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione), che, disciplinando il procedimento di accertamento delle infrazioni al divieto di fumo in locali chiusi aperti al pubblico, veniva considerato illegittimo dalla ricorrente per violazione dell'art. 117, commi 3 e 4, Cost., introducendo norme di dettaglio in materia di tutela della salute e interferendo con l'ordinamento e l'organizzazione amministrativa regionale.

[114] La sent. n. 106 del 2006 ha risolto una questione di legittimità costituzionale promossa in via principale dalla Provincia autonoma di Trento avverso alcuni articoli del d.lgs. 19 novembre 2004, n. 297, recante «Disposizioni sanzionatorie in applicazione del regolamento CEE n. 2081/92, relativo alla protezione delle indicazioni geografiche e delle denominazioni

cipio già interno alla giurisprudenza della Corte formatasi in applicazione del nuovo ordinamento costituzionale delle autonomie territoriali, sia con riferimento al riparto di competenze legislative e amministrative tra Stato e Regioni che al rapporto di reciproca interferenza e attrazione tra funzione legislativa e funzione amministrativa.

Con tali pronunce il giudice costituzionale ha innanzitutto ribadito che la competenza a «disciplinare le sanzioni» ha «carattere accessorio» «rispetto alla materia presidiata dalle sanzioni stesse», e che «la compresenza di una pluralità di materie, talune delle quali spettanti alla competenza (quanto meno concorrente) dello Stato» determina la legittima attrazione nella competenza legislativa statale della disciplina sanzionatoria unitamente alla disciplina sostanziale cui essa accede, il che si spiega per «l'esigenza di una disciplina uniforme che solo il legislatore statale è in grado di assicurare» [115]. Argomenta sul punto la Corte che «è di tutta evidenza, infatti, che la stessa imprescindibile esigenza di uniformità, che

---

di origine dei prodotti agricoli e alimentari», tra cui il suo art. 11, nella parte in cui riserva al Ministero delle politiche agricole e forestali la competenza ad adottare le sanzioni amministrative, accertate ai sensi della disciplina introdotta dal medesimo decreto legislativo. La ricorrente lamentava la violazione delle competenze sia legislative che amministrative, le prime per ciò che concerne la definizione normativa dell'apparato sanzionatorio e dei suoi procedimenti di accertamento e irrogazione, la seconda per quanto riguarda la loro applicazione amministrativa, riservata dall'impugnato decreto legislativo all'amministrazione statale.

[115] Le due indicate decisioni richiamano come precedenti specifici sul punto riportato nel testo le sentt. nn. 384 e 50 del 2005; n. 428 e 12 del 2004; n. 307 e 361 del 2003. In quest'ultima, con riferimento alle norme statali «che prevedono alcune fattispecie di illecito amministrativo nella materia "tutela della salute" che l'art. 32 Cost. assegna alle cure della Repubblica», la Corte ha precisato che «tali previsioni … devono essere assunte come principi fondamentali, necessariamente uniformi, a norma dell'ultima proposizione del comma 3 dell'art. 117 Cost., stante la loro finalità di protezione di un bene, quale la salute della persona, ugualmente pregiudicato … su tutto il territorio della Repubblica … bene che per sua natura non si presterebbe a essere protetto diversamente alla stregua di valutazioni differenziate, rimesse alla discrezionalità dei legislatori regionali. La natura di principi fondamentali delle norme in questione si comprende non appena si consideri l'impossibilità di concepire ragioni per le quali, una volta assunta la nocività per la salute …, la rilevanza come illecito dell'attività … possa variare da un luogo a un altro del territorio nazionale». Da queste premesse la Corte trae la conseguenza che spettando «al legislatore statale, in questo particolare campo di disciplina, il potere di prevedere le fattispecie da sanzionare, non può essergli disconosciuto nemmeno quello di determinare le sanzioni per il caso di violazione dei divieti e degli obblighi stabiliti. Ciò deriva dal parallelismo tra i due poteri – quale risultante per esempio dall'art. 9, d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, e dall'art. 17 della l. 24 novembre 1981, n. 689 – numerose volte riconosciuto da questa Corte (ad esempio, sentt. nn. 103 e 187 del 2003; 85 e 28 del 1996; 60 del 1993; 1034 del 1988): parallelismo che comporta, in linea di principio, che la determinazione delle sanzioni sia nella disponibilità del soggetto al quale è rimessa la predeterminazione delle fattispecie da sanzionare».

Successivamente, con la sent. n. 116 del 2006, la Corte ha ribadito che «la regolamentazione delle sanzioni amministrative spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia la cui inosservanza è in tal modo sanzionata».

vale a qualificare come principi fondamentali le norme individuatrici delle fattispecie di illecito e le relative sanzioni, è sottesa anche alla regolamentazione del procedimento finalizzato alla loro applicazione».

Tuttavia, mentre con la sent. n. 63 del 2006 è stato affermato che l'attrazione nella sfera statale della competenza a disciplinare con legge i procedimenti sanzionatori non implica conseguenze sul piano dell'attuazione amministrativa di tali norme da parte delle Regioni [116], con la sent. n. 106 del 2006, è stato fatto un passo ulteriore: sono state applicate le medesime categorie di ragionamento utilizzate nell'apprezzare la legittimità dell'attrazione delle competenze legislative per giungere a dichiarare conforme all'art. 118, comma 1, Cost., la previsione legislativa statale impugnata, nella parte in cui non si limita a disciplinare l'apparato sanzionatorio e i relativi procedimenti amministrativi, ma attribuisce alla competenza dell'amministrazione statale il potere di irrogare le sanzioni e il potere di esercitare la vigilanza per l'accertamento dei comportamenti da sanzionare [117].

Implicando un giudizio di ragionevolezza, la definizione giurisprudenziale dei limiti della discrezionalità legislativa non si presta a ricostruzioni unitarie [118], sicché ci si limiterà ad indicarne i principali snodi.

Innanzitutto va sottolineata la generale distinzione che la Corte traccia tra misure sanzionatorie e misure afflittive di altra natura e che, pur se ugualmente collegate alle vicende innescate dalla accertata (o presunta) violazione dei doveri, sono sottoposte a regimi giuridici differenziati, non sempre connotati dal medesimo livello di garanzia delle posizioni giuridiche soggettive esposte alla misura affittiva.

Significativo è il raffronto tra quanto la Corte ha deciso con la sent. n. 220 del 1995 e con la sent. n. 145 del 2002.

Nel primo caso, la Corte ha rilevato che la previsione normativa che rende

---

[116] «all'esercizio della funzione legislativa corrisponde il dovere delle pubbliche amministrazioni, statali, regionali e locali, di dare applicazione, secondo le proprie competenze, alle norme di legge validamente in vigore. Così come organi dello Stato possono essere chiamati a dare applicazione a leggi regionali, ove queste disciplinino oggetti di loro competenza (sent. n. 467 del 2005), ugualmente gli organi della Regione devono far rispettare leggi dello Stato, senza che ciò possa essere considerato illegittima interferenza» (punto 3 del 'considerato in diritto').

[117] «da quanto appena rilevato discende che l'attribuzione allo Stato del potere di irrogare le sanzioni previste dalla legislazione statale non contrasta con le norme costituzionali invocate dalla Provincia ricorrente, in quanto rispondente alla medesima esigenza di uniformità – contemplata dall'art. 118, comma 1, Cost. – che giustifica il potere di dettarne la disciplina» (punto 2.2 del 'considerato in diritto'). Un precedente specifico può essere indicato nella già citata sent. n. 32 del 1991, con cui la Corte ebbe già modo di respingere una censura di illegittimità costituzionale di una norma che attribuiva all'amministrazione statale il potere di irrogare sanzioni amministrative anche in fattispecie di competenza della provincia autonoma ricorrente.

[118] Sull'argomento v. R. BIN, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3 ss.

sanzionabile la condotta del prestatore di lavoro attraverso l'esercizio dei poteri disciplinari da parte del soggetto che ne è investito, anche a fronte di una sentenza irrevocabile di condanna del giudice penale, «deve rispondere al principio di proporzione e alla regola del contraddittorio». Il potere sanzionatorio risponde al principio di proporzionalità se si estrinseca «in modo coerente al fatto addebitato, che quindi deve necessariamente essere valutato e ponderato, nel contesto delle circostanze che in concreto hanno connotato il suo accadimento, per commisurare ad esso, ove ritenuto sussistente, la sanzione da irrogare parametrandola alla sua maggiore o minore gravità». Sicché «non sono possibili automatismi sanzionatori che pretermettano l'indefettibile valutazione dell'addebito al fine specifico sia di apprezzarne la sanzionabilità, o meno, sul piano disciplinare, sia di calibrare la giusta e proporzionata sanzione da irrogare» [119]. La Corte precisa che, nella specifica vicenda, il principio di proporzionalità è ispirato ai valori desumibili dagli articoli 3, 4 e 35 Cost. cui è anche riferibile «la regola del contraddittorio secondo cui la valutazione dell'addebito, necessariamente prodromica all'esercizio del potere disciplinare, non è un mero processo interiore ed interno a chi tale potere esercita, ma implica il coinvolgimento di chi versa nella situazione di soggezione, il quale – avendo conosciuto l'addebito per essergli stato previamente contestato – deve poter addurre, in tempi ragionevoli, giustificazioni a sua difesa; sicché – sotto questo secondo profilo – è necessario il previo espletamento di un procedimento disciplinare che, seppur variamente articolabile, sia rispettoso della regola "audiatur et altera pars"» [120].

Con la sent. n. 145 del 2002, invece, a fronte di una questione di legittimità con la quale si era censurata la disciplina legislativa secondo cui i dipendenti pubblici, in caso di condanna, anche non definitiva, per alcuni specifici reati, sono sospesi dal servizio e la sospensione perde efficacia se per il fatto è successivamente pronunciata sentenza di proscioglimento o di assoluzione, la risposta del giudice costituzionale è stata di segno diverso. La Corte ha rilevato che «pur dovendo essere, in via ordinaria, la stessa amministrazione a valutare l'opportunità di disporre la misura cautelare della sospensione dal servizio» non si può «negare al legislatore, nell'esercizio di una non irragionevole discrezionalità, la facoltà di identificare ipotesi circoscritte nelle quali l'esigenza cautelare che fonda la sospensione è apprezzata in via generale ed astratta dalla stessa legge (compiendosi dunque per legge quella valutazione della particolare gravità della "natura del reato" che normalmente è affidata all'amministrazione in sede di adozione del provvedimento di sospensione ai sensi dell'art. 91, comma 1, d.p.r. n. 3 del 1957)» [121], rientrando nella discrezionalità della legge «l'individuazione delle pur

[119] La stessa decisione richiama sul punto come precedenti specifici nella giurisprudenza costituzionale le sentt. nn. 197 del 1993, 16 del 1991, 158 del 1990, 40 del 1990 e 971 del 1988.

[120] La stessa decisione richiama sul punto come precedenti specifici nella giurisprudenza costituzionale le sentt. nn. 126 del 1995, 427 del 1989 e 204 del 1982.

[121] Così già C. cost., sent. n. 206 del 1999.

limitate ipotesi alle quali ricollegare la sospensione obbligatoria dal servizio». È interessante notare che la Corte argomenta la ragionevolezza della previsione legislativa in considerazione dei riflessi negativi che deriverebbero «dalla permanenza in servizio di un dipendente condannato – sia pure in via non definitiva – per taluno dei delitti riguardati dalla norma impugnata» sia sull'interesse generale al buon andamento della pubblica amministrazione che sul «rapporto di fiducia dei cittadini verso quest'ultima», «in considerazione della particolare gravità dei delitti stessi, comportanti la violazione dei fondamentali obblighi di fedeltà del pubblico dipendente» [122]. Invero, già nella precedente sent. n. 206 del 1999 la ragionevolezza di misure di sospensione cautelare automatica dal servizio era stata saldata col fine di salvaguardare il «rapporto "politico" che lega gli utenti e i destinatari dell'attività amministrativa a coloro che, occupando pubblici uffici, hanno il dovere di adempiere le funzioni pubbliche loro affidate "con disciplina ed onore" (art. 54, comma 2, Cost.), ponendosi "al servizio esclusivo della Nazione" (art. 98, comma 1, Cost.)» [123].

---

[122] La Corte, inoltre, osserva che «emerge, d'altro canto, con chiarezza, dai lavori preparatori, che l'intervento del legislatore, a tutela dei suddetti interessi, si è reso necessario per ovviare ad una situazione di diffusa inerzia della pubblica amministrazione nell'esercizio del suo potere di sospensione facoltativa dal servizio del dipendente sottoposto a procedimento penale per reati di notevole gravità e, sotto altro aspetto, per ristabilire in materia il principio di pari trattamento per tutti i pubblici dipendenti».

[123] C. cost., sent. n. 206 del 1999, cit.: «L'esigenza cautelare è qui collegata all'accusa penale solo in quanto è la pendenza dell'accusa, come tale, che mette in pericolo interessi connessi all'amministrazione, che la espone cioè ad un pregiudizio direttamente derivante dalla permanenza dell'impiegato nell'ufficio. Il pregiudizio possibile concerne in particolare la "credibilità" dell'amministrazione presso il pubblico, cioè il rapporto di fiducia dei cittadini verso l'istituzione, che può rischiare di essere incrinato dall' "ombra" gravante su di essa a causa dell'accusa da cui è colpita una persona attraverso la quale l'istituzione stessa opera. Si tratta certamente, in linea di principio, di un interesse della collettività meritevole di protezione dal punto di vista costituzionale, essendo riconducibile al principio di buon andamento dell'amministrazione (art. 97, comma 1, Cost.), e in definitiva al rapporto "politico" che lega gli utenti e i destinatari dell'attività amministrativa a coloro che, occupando pubblici uffici, hanno il dovere di adempiere le funzioni pubbliche loro affidate "con disciplina ed onore" (art. 54, comma 2, Cost.), ponendosi "al servizio esclusivo della Nazione" (art. 98, comma 1, Cost.)». «È rispetto alla presenza e alla consistenza di questa esigenza di protezione dell'interesse pubblico, e alla ragionevolezza del bilanciamento operato dal legislatore fra siffatta esigenza e quella di tutela dei diritti compressi dalla misura cautelare, che va verificata la congruenza della misura. Si comprende, allora, in primo luogo, come la misura cautelare in tanto si giustifichi, come volta a tutelare interessi "amministrativi", in quanto incide solo sui diritti del singolo che afferiscono direttamente al rapporto di servizio con la pubblica amministrazione (lo *jus ad officium* e gli *jura in officio*). Si comprende, ancora, come … venga in diretta considerazione, a questo riguardo, … solo l'esistenza o meno del *periculum in mora* derivante dalla permanenza nell'ufficio dell'impiegato accusato nonostante la pendenza dell'accusa, e nel periodo che precede la verifica di questa in sede penale. Non a caso, ai fini dell'applicazione della misura (sotto questo profilo assimilabile) della sospensione di cui all'art. 91 del d.p.r. n. 3 del 1957, rileva che "la *natura* del reato sia particolarmente grave", e non la gravità

Come si vede, benché i valori costituzionali che governano i due diversi istituti siano gli stessi, la Corte rende legittimo l'esercizio di una misura cautelare affittiva priva del carattere sanzionatorio in assenza di quelle garanzie che essa stessa ha ritenuto di dover individuare come indefettibili parametri di legittimità di una misura sanzionatoria. Non a caso, nelle argomentazioni che sostengono la ragionevolezza dell'automatismo che la legge ha prefigurato per l'applicazione della misura cautelare, connotato per la sua maggiore gravosità per la sfera personale del singolo che vi è sottoposto, la Corte sottolinea il raccordo tra la previsione legislativa ed il dovere sancito dall'art. 54, comma 2, Cost., utilizzando quest'ultimo come argomento per bilanciare il particolare sacrificio imposto dalla norma alla posizione di chi è oggetto della misura cautelare.

In effetti, la giurisprudenza costituzionale nello scrutinare la proporzionalità e l'adeguatezza delle sanzioni approntate dal legislatore a garanzia dei doveri, di frequente trova nella natura costituzionale del dovere protetto, l'argomento che bilancia l'inasprimento normativo delle sanzioni che, se riferite a condotte analoghe, ma poste in essere in assenza di specifici vincoli costituzionali, risultano meno gravose. Un significativo esempio è offerto dalle decisioni con cui la Corte ha rilevato che la maggiore gravità con cui è penalmente sanzionata la violazione delle leggi finanziarie compiuta dagli appartenenti al Corpo della guardia di finanza rispetto a quanto non lo sia per «i dipendenti civili dell'Amministrazione finanziaria o altri militari» non è irragionevole proprio perché «si viene meno non soltanto al vincolo di fedeltà che incombe su tutti coloro che esercitano pubbliche funzioni (v. art. 54, comma 2, Cost.) ma anche a quei particolari doveri inerenti alla tutela degli interessi finanziari dello Stato, la cui cura, come si è visto, è istituzionalmente affidata al Corpo della guardia di finanza» [124].

Un ulteriore aspetto che emerge dalla consolidata giurisprudenza costituzionale riguarda l'autonomia delle sanzioni di natura diversa, nel senso che la sanzionabilità penale e la sanzionabilità in altre forme della medesima infrazione di un dovere costituzionale non si sovrappongono, ma rispondono a logiche diverse. Sicché il venir meno della sanzione penale non si riflette sulla sanzionabilità amministrativa, contabile o civile della condotta posta in essere in modo diverso da quanto prescritto [125].

Un profilo che pure emerge dalla giurisprudenza costituzionale consente di mettere a fuoco le esigenze costituzionali sottese alla sanzionabilità dei doveri costituzionali individuali. Prima ancora di procedere in questa direzione occorre, tuttavia, fare una precisazione. Posto che laddove è prevista la sanzione penale, questa può essere comminata ovviamente solo all'esito di un giudizio promosso

---

degli indizi da cui l'imputato sia raggiunto. Nè, del resto, si potrebbe pensare che l'amministrazione, chiamata ad apprezzare l'esigenza di cautela, formuli prognosi di colpevolezza o meno, sostituendosi al giudice penale».

[124] V. C. cost., sent. n. 70 del 1976 e ord. n. 539 del 1988.

[125] Di recente v. sentt. nn. 183 del 2006 e 196 del 2004.

dal pubblico ministero nell'adempimento di un suo specifico dovere costituzionale, il tema della irrogazione della sanzione penale non sarà oggetto di indagine perché questa inevitabilmente sfocerebbe in una analisi degli strumenti processuali che richiederebbero altre competenze e, soprattutto, uno spazio specifico. Non si vuole con questo dire che l'argomento, se trattato sotto questi profili, non avrebbe risvolti di interesse costituzionale, anzi sarebbero evidenti le implicazioni di questo tema con il sistema delle garanzie della libertà personale approntate dalla Costituzione dagli artt. 2, 13, 25 e 27 Cost., così come degli altri diritti inviolabili in cui si specifica la libertà dell'individuo, tutelati e garantiti dalla Costituzione. Il fatto è che, se si affrontasse da questo versante la ricerca, l'attenzione si sposterebbe inevitabilmente dalla garanzia costituzionale dell'effettività dei doveri alla garanzia costituzionale dei diritti della persona. Altrettanto può dirsi per ciò che concerne l'irrogazione delle sanzioni per l'inadempimento di obblighi che afferiscono alla sfera dei rapporti intersoggettivi, atteso che anche in questo caso si ricadrebbe nelle logiche del diritto civile, di cui occorrerebbe indagare tanto i profili sostanziali che processuali.

Resta, così, da affrontare il profilo che si è indicato con riferimento alle sanzioni per l'inadempimento a doveri irrogate all'esito dell'esercizio della funzione di vigilanza esercitata da organi afferenti all'organizzazione dei pubblici poteri (o loro delegati).

Paradigmatico è il caso delle sanzioni irrogate per l'inadempimento del dovere tributario. In un sistema normativo assai confuso [126], la particolare forza che per legge normalmente assiste il sistema teso a rendere effettivo il dovere di cui all'art. 53 Cost. è stata più volte considerata ragionevole dalla Corte proprio per il suo collegamento con l'inderogabile dovere costituzionale di cui si è detto. Il sistema, come è noto, trova al suo interno presunzioni legali [127], inversione di oneri probatori, affievolimento in certi casi del principio del contraddittorio nel pro-

---

[126] Come ha potuto constatare anche la Corte costituzionale che in più occasioni ha rilevato la impossibilità di apprezzare la ragionevolezza estrinseca della normativa tributaria per la difficoltà di rintracciare un adeguato *tertium comparationis* a causa dell'asistematicità delle regole sostanziali e procedimentali che caratterizzano il sistema impositivo vigente. V., ad es., le considerazioni svolte dalla Corte nelle sentt. nn. 46 del 1983 e 121 del 1985: «nell'ambito amministrativo tributario normative diverse concernenti presentazioni di dichiarazioni, rettifiche, gravami di vario genere offrono una disarticolata prospettazione positiva tale da rifiutare – per il riequilibrio del sistema – un modello generale cui riferirsi per saggiarne la ragionevolezza, a confronto di singole disposizioni».

[127] Su cui v. C. cost., sent. n. 144 del 2005 che, rispetto alla presunzione legale su cui era prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria in materia di disciplina volta a favorire l'emersione del lavoro sommerso, afferma: «tale presunzione assoluta determina la lesione del diritto di difesa garantito dall'art. 24 Cost., dal momento che preclude all'interessato ogni possibilità di provare circostanze che attengono alla propria effettiva condotta e che pertanto sono in grado di incidere sulla entità della sanzione che dovrà essergli irrogata». V. anche ord. n. 33 del 2002 in materia tributaria.

cedimento volto all'irrogazione della sanzione. L'affievolimento delle regole tese normalmente a salvaguardare gli inviolabili diritti della persona coinvolti nei procedimenti tributari trova, ovviamente, alcuni argini nella giurisprudenza del giudice delle leggi [128].

È recente la sentenza (n. 280 del 2005) con cui la Corte, all'esito di una tormentata vicenda in cui si è assistito allo stratificarsi di discipline diverse, sulla cui legittimità costituzionale la stessa Corte era stata in precedenza più volte chiamata a pronunciarsi, ha dichiarato l'illegittimità, per violazione dell'art. 24 Cost. e per irragionevolezza, della disciplina con cui si esponeva senza limiti temporali il contribuente ad un'azione esecutiva del fisco all'esito del procedimento di liquidazione delle imposte sul reddito effettivamente dovute dal contribuente. Occorre rilevare che la decisione del giudice costituzionale interviene proprio rispetto ad un procedimento teso a escutere l'importo effettivamente dovuto a titolo di imposta sul reddito. Si segnala in primo luogo la tecnica di giudizio, che anche in questo caso è stata quella del bilanciamento tra diritto di difesa e dovere tributario, e che ha portato la Corte a svelare l'irragionevolezza della disciplina per la mancata definizione di un termine oltre il quale l'azione esecutiva non sarebbe stata più proponibile. Inoltre, a differenza di quel che in altri casi la Corte avrebbe potuto rilevare sulla scorta delle sue consolidate linee giurisprudenziali – ossia la palese illegittimità di una disciplina che espone senza limiti di tempo un individuo ad una pretesa altrui, sia pure legittima –, il giudice costituzionale ha mantenuto un atteggiamento complessivo di estrema prudenza, ed è pervenuto alla declaratoria di illegittimità solo dopo avere invano tentato, lungo un percorso segnato dalle sue precedenti decisioni, d'instaurare un rapporto dialettico con il legislatore. L'atteggiamento di prudenza, per non dire di imbarazzo, traspare in modo significativo anche dalle formule adoperate dalla Corte che spiegano le ragioni per cui la decisione si limita a dichiarare in modo secco l'illegittimità della norma impugnata, piuttosto che interpretarla in modo additivo [129].

---

[128] Cfr., tra le più recenti, le sentt. nn. 320 del 2005; 421 del 2005 e 416 del 2000, con cui è stata accertata l'irragionevolezza di disposizioni legislative tributarie che, qualificando un pagamento come non dovuto, sottraggano all'azione di ripetizione le somme già versate. Recente è anche la sent. n. 360 del 2003 con cui la Corte ha dichiarato l'illegittimità della disciplina legislativa (art. 60, ultimo comma, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, recante "disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi") che rendeva inefficaci, ai fini della notifica degli atti dell'amministrazione finanziaria, le variazioni d'indirizzo comunicate dal contribuente per un tempo pari a quello fissato come termine decadenziale dell'eventuale azione di tutela giurisdizionale. La Corte ne ha rilevato l'irragionevolezza per l'ingiustificato sacrificio del diritto di difesa del contribuente.

[129] «La descritta situazione normativa impone a questa Corte, essendo rimasto senza seguito quanto rilevato nelle richiamate ordd. nn. 107 del 2003 e 352 del 2004, di dichiarare incostituzionale … l'art. 25 del d.p.r. n. 602 del 1973, come modificato dal d.lgs. n. 193 del 2001, nella parte in cui non prevede per la notifica al contribuente della cartella di pagamento un termine, fissato a pena di decadenza, e per il quale, pertanto, sia stabilito il *dies a quo*. È del tutto ovvio, infatti, che a questa Corte è preclusa la possibilità di determinare essa tale ter-

Sullo specifico fronte dei procedimenti sanzionatori per violazione del dovere tributario si segnala la razionalizzazione normativa compiuta dal d.lgs. n. 472 del 1997 con cui sono state introdotte le regole generali cui va conformato l'esercizio del potere sanzionatorio di carattere amministrativo in materia tributaria. L'intervento legislativo si caratterizza per l'affermazione di principi in cui è manifesta l'istanza di garanzia della sfera individuale della persona [130], e che sembrano in qualche modo ricalcati sui principi costituzionali in materia penale [131].

Resta, tuttavia, una marcata tendenza all'attenuazione delle garanzie, che si manifesta con riferimento alla disciplina del procedimento per l'irrogazione della sanzione, nella cui configurazione è dato risalto all'interesse alla sua celerità e speditezza, fino a prevedere che l'atto di contestazione della violazione si consolida trasformandosi in provvedimento di irrogazione della sanzione qualora il tra-

---

mine, competendo la sua individuazione alla ragionevole discrezionalità del legislatore, così come le è precluso, dalla struttura del procedimento, di individuare in taluno di quelli già previsti dalla legge – ma per attività "interne" all'Amministrazione – un termine che possa disciplinare anche la (successiva) notifica della cartella di pagamento al contribuente. Il presente giudizio, pertanto, deve essere definito con una pronuncia di illegittimità costituzionale che rende indispensabile un sollecito intervento legislativo con il quale si colmi ragionevolmente la lacuna che si va a creare» (così C. cost., sent. n. 280 del 2005).

[130] Si segnalano le ordd. nn. 140 del 2002, 501 del 2002 e 245 del 2003 con cui, apprezzato il maggior favore per il trasgressore rispetto al trattamento a questi riservato dalla disciplina generale delle sanzioni amministrative, il giudice costituzionale ha rilevato peculiarità tali nella materia delle sanzioni tributarie da impedirle di trarne principi generali della disciplina delle altre sanzioni amministrative pecuniarie. «Non può ritenersi irragionevole che, in riferimento a particolari tipologie di illeciti amministrativi (nella specie, tributari e valutari), interessate da ampi interventi di riforma e caratterizzate da peculiarità sostanziali che ne giustificano uno specifico trattamento sanzionatorio …, il legislatore abbia optato per l'introduzione di una disciplina di maggior favore per l'autore della trasgressione, senza che, trasformando l'eccezione in regola, dette scelte debbano essere generalizzate e poste come disposizioni di principio, come invece prospettato dal giudice *a quo*».

[131] Si stabilisce, così, l'irretroattività della legge che prescrive la sanzione (per un'applicazione del principio nella giurisprudenza costituzionale v. C. cost., ord. n. 555 del 2000) ed il principio del «*favor rei*» (espressione costantemente adoperata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione; tra le più recenti, v. Cass. civ., sez. trib., 2 dicembre 2005, n. 26292; 14 ottobre 2005, n. 19955; 29 luglio 2005, n. 15996) (art. 3), si configurano la responsabilità e i limiti della sua imputabilità (artt. 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11, 14 e 15), l'istituto del ravvedimento (art. 13), il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni (artt. 16 e 16-*bis*) e le regole sulla tutela giurisdizionale e sui ricorsi amministrativi (art. 18); una nuova disciplina degli istituti dell'ipoteca e del sequestro conservativo a garanzia del credito dell'Amministrazione finanziaria (art. 22). Tra gli altri importanti contenuti del testo normativo si segnala la definizione di sanzione amministrativa principale ed accessoria in materia tributaria (rispettivamente consistenti, a norma degli artt. 2 e 21 del decreto, in una sanzione pecuniaria e nella temporanea interdizione dalla cariche amministrative di società ed enti, dalle gare per l'affidamento dei pubblici appalti e fornitue, dal conseguimento di atti di consenso amministrativi per l'esercizio di attività di impresa o di lavoro autonomo).

sgressore non eserciti il suo diritto di partecipare al procedimento contestando, a sua volta, gli addebiti che gli sono stati mossi [132].

Anche le disposizioni che consentono la diretta irrogazione della sanzione pur in assenza della previa contestazione degli addebiti sembrerebbero in qualche modo affievolire la tutela delle posizioni soggettive coinvolte [133]. La rassicurante interpretazione che la Corte ha offerto, con l'ord. n. 160 del 2002, dell'art. 16 del d.lgs. n. 472 del 1997 sembra cogliere un ragionevole punto di equilibrio tra diritti e doveri che questa norma cerca di bilanciare. In tale occasione è stato sottolineato che il «verbale con contestazione immediata (in riferimento a violazione per la quale è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria) o la notifica agli interessati (entro termini perentori a pena di estinzione della obbligazione di pagare)» costituisce «un mezzo per assegnare un termine agli stessi interessati per partecipare al procedimento con osservazioni, con scritti difensivi e presentazione di documentazione, ovvero per una sorta di composizione in via amministrativa (pagamento volontario in misura ridotta)», ed è stato precisato che tale atto « non può mai assumere il valore di titolo per il pagamento con il decorso di termini (a differenza del sistema delle sanzioni pecuniarie relative alla circolazione stradale), dovendo sempre ed in ogni caso – salvo che non intervenga una c.d. composizione con pagamento volontario ridotto – intervenire una ordinanza-ingiunzione o ordinanza di archiviazione dell'autorità competente». Tuttavia la regola così come enucleata, per il suo carattere generale, ammette eccezioni. Lo

---

[132] Contestazione che la Corte costituzionale, con l'ord. n. 160 del 2002, ha precisato che non può essere confusa con l'atto di introduzione del ricorso amministrativo avverso la contestazione («l'ordinanza di rimessione si fonda sull'erroneo presupposto che l'esercizio della facoltà di presentare scritti difensivi e documenti o chiedere di essere sentiti dall'autorità competente a ricevere il rapporto sulla contestazione di infrazione, per la quale sia prevista una sanzione amministrativa pecuniaria (salvo quanto diversamente stabilito: art. 12, l. n. 689 del 1981), equivalga a ricorso amministrativo, e che sia un presupposto dell'ordinanza-ingiunzione, contro la quale è prevista l'opposizione con ricorso al giudice»). V. anche ord. n. 53 del 2002, in cui si precisa che «l'accertamento con adesione è un procedimento, apprestato dal legislatore in base ad una scelta discrezionale, volto a consentire una più rapida definizione dei rapporti tributari e la riduzione del contenzioso, e ragionevolmente legato dunque ad adempimenti del contribuente da espletarsi entro termini perentori».

[133] Con la citata ord. n. 160 del 2002 la Corte ha ritenuto «che in realtà il verbale di contestazione-accertamento per violazioni per le quali sia prevista solo una sanzione amministrativa pecuniaria non è, di per sé … immediatamente lesivo di posizioni del soggetto cui viene attribuita la violazione, né può costituire in alcun modo titolo esecutivo o comunque atto di irrogazione di sanzione, neppure cautelare»; «che detto verbale è solo il primo atto di un procedimento amministrativo (insieme al rapporto costituisce atto di iniziativa), che deve concludersi, indipendentemente dalla presentazione di eventuali osservazioni difensive e documenti da parte dei soggetti interessati, con un provvedimento che ritenga fondato l'accertamento e determini la sanzione dovuta, ingiungendone il pagamento, insieme alle spese (ordinanza-ingiunzione: atto lesivo dell'autore della infrazione e delle persone obbligate solidalmente), ovvero con provvedimento che ritenga di archiviare gli atti (ordinanza di archiviazione)».

stesso giudice costituzionale in una recente occasione ha negato che l'esclusione dell'applicazione dell'art. 16 del citato decreto, stabilita in deroga da una successiva fonte legislativa, costituisca un'irragionevole limitazione del diritto di difesa, e che anzi la norma derogante «trova la propria giustificazione nell'esigenza di semplificazione del procedimento di irrogazione della sanzione …., nonché nella circostanza che gran parte degli elementi che di regola sono portati a conoscenza del destinatario tramite l'atto di contestazione, nel caso in esame sono da quello già conosciuti, per essere emersi nel corso dell'ispezione svolta dagli organi accertatori nei locali dell'azienda e per essere documentati nel relativo verbale», sicché la deroga «non determina alcuna violazione del diritto di difesa, tenuto anche conto del fatto che essa disciplina una fase pre-giurisdizionale e non limita in alcun modo il ricorso all'autorità giudiziaria avverso il provvedimento di irrogazione della sanzione» [134].

Un altro aspetto della disciplina legislativa del potere sanzionatorio in materia tributaria che merita attenzione riguarda la configurazione di una sorta di 'giurisdizione condizionata' [135], nel senso che la tutela giurisdizionale avverso il provvedimento di contestazione non può essere azionata se non dopo la decorrenza dei termini per l'esperimento della fase conciliativa (art. 16, comma 5) [136]. Sotto quest'ultimo profilo, va ricordato che con la sent. n. 62 del 1998 la Corte aveva dichiarato illegittime, per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., norme in materia

---

[134] C. cost., ord. n. 34 del 2006.

[135] Su cui, in materia tributaria, v. C. cost., sent. n. 125 del 1969.

[136] La già citata ordinanza n. 160 del 2002 ha chiarito «che la mancata presentazione di osservazioni, scritti difensivi e documenti non condiziona affatto le possibilità di tutela giurisdizionale, potendo questa intervenire dopo un atto dell'amministrazione lesivo della posizione del responsabile (autore e obbligato solidale), che è normalmente l'atto (ordinanza-ingiunzione) che contiene la determinazione e l'irrogazione della sanzione (per nulla vincolata nella misura, se non nel minimo o massimo previsto) e ne ingiunge il pagamento, costituendo titolo per la riscossione, come rilevato anche dalla Cassazione (sent. n. 6485 del 2000); che la composizione volontaria con pagamento di somma ridotta non comporta discriminazioni, essendo una facoltà generale accordata ad ogni interessato, collegata nell'ammontare a regole fisse precostituite (importo più favorevole), e che è del tutto indipendente dalla possibilità o meno di azione giudiziaria immediata o successiva alla determinazione della sanzione da parte dell'autorità competente a ricevere il rapporto; che nessuna compressione della facoltà di agire in giudizio e di tutela delle posizioni lese discende dalle norme denunciate, le quali non comportano nessun aggravamento o maggiorazione o raddoppio della sanzione, che resta rimessa alla motivata determinazione dell'autorità amministrativa competente nei limiti del minimo e del massimo, e fermo in ogni caso, in caso di opposizione, il sindacato pieno del giudice sia sulla entità della sanzione, sia sui presupposti e sulla esistenza della violazione e sugli elementi costitutivi indicati nel verbale di accertamento-contestazione; … che l'art. 25, comma 1, Cost. non è per nulla toccato, in quanto la possibilità di presentare argomentazioni e documenti difensivi in sede di partecipazione al procedimento amministrativo non comporta alcuna sottrazione al giudice naturale precostituito, che può essere liberamente adìto, quando sia intervenuto l'atto lesivo della posizione dell'interessato».

tributaria che condizionavano, nelle ipotesi in cui le Commissioni tributarie fossero state carenti di giurisdizione, l'esperibilità del ricorso al giudice ordinario al previo ricorso amministrativo. La sentenza, riallacciandosi ad un consolidato orientamento, ricordò che «questa Corte, investita dell'esame di costituzionalità di altre norme, sempre nel settore tributario, strutturate in maniera sostanzialmente analoga alla presente (art. 12, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 641, tassa sulle concessioni governative; art. 39, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 640, imposta sugli spettacoli; art. 33, d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 642, imposta di bollo), ha sempre ritenuto che l'assoggettamento dell'azione giudiziaria all'onere del previo esperimento di rimedi amministrativi con conseguente differimento della proponibilità dell'azione a un certo termine decorrente dalla data di presentazione del ricorso, è legittimo solo se giustificato da esigenze di ordine generale o da superiori finalità di giustizia, non ritenute esistenti nei casi considerati (sentt. nn. 233 del 1996; 56 del 1995; 360 del 1994; 406 del 1993)» [137].

Come si vede, benché nel procedimento sanzionatorio vadano implementandosi, per opera soprattutto del legislatore [138], le garanzie di partecipazione e del contraddittorio, la posizione individuale dell'individuo rispetto alla pretesa sanzionatoria è paradossalmente più garantita se la sanzione ha natura penale, perché in questo caso le rigorose regole processuali non consentono l'affievolimento delle garanzie della persona che si registrano nel procedimento amministrativo di tipo sanzionatorio e che difficilmente possono poi essere recuperate nella loro pienezza in sede di controllo giurisdizionale del provvedimento di irrogazione della sanzione.

---

[137] La sentenza precisa che «la violazione degli artt. 24 e 113 Cost. risulta ulteriormente evidenziata dalla circostanza che, in base alla norma denunciata in questa sede, il ricorso amministrativo avverso l'iscrizione a ruolo "non sospende l'esecutività del ruolo", mentre è prevista una semplice "facoltà di disporre la sospensione della riscossione, in tutto o in parte, con provvedimento motivato" dell'intendente di finanza (art. 16, comma 3, l. n. 408 del 1990). Ancorché vi sia possibilità di tutela giurisdizionale contro il mancato o il viziato (per profili di legittimità) esercizio della facoltà di sospensione dell'intendente, come nei riguardi di tutti gli atti della pubblica amministrazione, è evidente che, attraverso un simile percorso, il soggetto contribuente trova una eccessiva difficoltà per la propria tutela giurisdizionale e rischia di non avere la possibilità di adire un giudice, se non dopo avere già subito quanto meno l'inizio della procedura esecutiva di riscossione per un titolo esecutivo, nei cui confronti non ha immediata tutela giurisdizionale».

[138] Si segnala in tale direzione anche la l. 27 luglio 2000, n. 212 che reca disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente.

Sezione III

SANZIONABILITÀ E GIUSTIZIABILITÀ DEI DOVERI COSTITUZIONALI FUNZIONALI

1. Doveri costituzionali funzionali: configurazione e sanzionabilità

Si sono già rilevati i doveri che la Costituzione pone a carico degli organi e dei soggetti in cui si articola l'organizzazione della democrazia pluralista della specifica forma repubblicana accolta dai suoi principi fondamentali, e si è potuto anticipare che in questi casi molte disposizioni costituzionali sono formulate in modo da consentire di enucleare norme adeguatamente strutturate, che permettono di individuare con sufficiente grado di determinatezza il comportamento dovuto e la sanzione applicabile.

In quell'elenco, però, sono state incluse anche previsioni costituzionali caratterizzate da un maggior grado di indeterminatezza e che, ciò nondimeno, si prestano alla definizione di specifici doveri che incombono sugli organi o sui soggetti di autonomia.

Per quanto concerne il primo gruppo, si registra una sensibile differenza tra la formulazione di doveri che incombono direttamente sugli organi dello Stato e quelli che invece sono imputabili ai soggetti di autonomia, in quanto questi ultimi sono normalmente formulati in modo da richiedere una loro integrazione legislativa. Non mancano comunque casi in cui, come nell'art. 120, comma 1, Cost., la fattispecie è sufficientemente determinata e, dunque, sussistono i presupposti per l'attivazione delle relative sanzioni nel caso di inadempimento.

Diverso, invece, sembra il contenuto di molte delle disposizioni costituzionali che si sono indicate come fonte per i doveri degli organi, la cui struttura nomologica è molto più articolata e consente, così, di enuclearne le fattispecie.

Ne è un significativo esempio il combinato disposto degli artt. 87, comma 3 e 61, comma 1, Cost., dal quale si ricavano non solo i presupposti, l'organo tenuto all'adempimento e l'oggetto della prestazione, ma si può complessivamente desumere un dovere del Presidente della Repubblica di indire le elezioni delle nuove Camere e di fissarne la prima riunione. Non potrebbe sostenersi che le disposizioni in esame, al pari di tante altre disposizioni in materia di organizzazione costituzionale, si limitano ad individuare una funzione, ad attribuirla nelle competenze di un organo e a regolarne l'esercizio. Si tratta proprio di un dovere costituzionale, siccome la Costituzione non lascia alcun margine alla discrezionalità dell'organo sulla indizione o meno delle elezioni e, come si vedrà, qualora non vi fosse esatto adempimento al dovere, così come configurato, sarebbe senz'altro possibile far ricorso a misure sanzionatorie. Appare evidente, al punto da non richiedere alcuna spiegazione, il rilievo dell'interesse alla cui tutela questa disciplina è tesa, e ciò spiega in modo altrettanto evidente che l'atto di indizione delle

elezioni, così come quello di convocazione della prima seduta delle nuove Camere elette, alla scadenza dei termini fissati in Costituzione si configurano come atti dovuti, vincolati, che non possono essere omessi.

Altrettanto definiti nei loro elementi essenziali sono il dovere di promulgazione della legge (artt. 87, comma 5, 73 e 74, comma 2, Cost.), il dovere di indire il referendum popolare se legittimamente richiesto (artt. 87, comma 6, 75, comma 1 e 138, comma 2, Cost.) e quello di non sciogliere le Camere nel cosiddetto semestre bianco (art. 88, comma 2 Cost.).

Sono questi doveri che pure incombono sul Presidente della Repubblica e che la Costituzione definisce in modo autoapplicativo. Si possono, tuttavia, delineare alcune differenze rispetto a quest'ultima rilevata connotazione. Il dovere di promulgare la legge e quello di non sciogliere anticipatamente le Camere nell'ultimo semestre del mandato sono delineati dalla disciplina costituzionale al punto da non richiedere alcuna integrazione normativa e, dunque, possono essere direttamente assolti così come pretesi. Diverso, invece, è il modo in cui opera il dovere di indizione del referendum, atteso che la disciplina costituzionale condiziona l'insorgenza del dovere alla legittimità della richiesta referendaria, la cui disciplina è, tuttavia, rimessa alla legge. Sicché solo se le richieste sono formulate in modo conforme a legge – e cioè solo dopo l'esperimento dei controlli dell'ufficio centrale per il referendum istituito dalla l. n. 352 del 1970 e, per il solo referendum abrogativo, del giudizio di ammissibilità svolto dalla Corte costituzionale –, il Presidente della Repubblica è tenuto a indire il referendum.

Non va sottaciuto che autorevole dottrina ha individuato una cifra di discrezionalità nel potere presidenziale di indizione del referendum costituzionale, ritenendo che il Presidente sarebbe nelle condizioni di rifiutarla, al pari della promulgazione, qualora la legge di revisione approvata dalle Camere, e di cui si chiede la sottoposizione a referendum costituzionale, avesse contenuti costituzionalmente eversivi, rivoluzionari [139].

Ma la tesi, invero, piuttosto che negare la doverosità dell'atto di indizione del referendum costituzionale dimostra – ai fini che qui rilevano – che si potrebbe verificare un 'conflitto di doveri' incombenti sul Presidente della Repubblica chiamato, per un verso, a rendere la doverosa 'collaborazione' alla realizzazione del procedimento referendario, ma anche a garantire la Costituzione.

Per Paladin, nei casi indicati, piuttosto che imporsi come dovere giuridico, il rifiuto di indizione del referendum costituzionale, così come quello di promulgazione della legge di revisione, richiederebbero un atto di «coraggio del Capo dello Stato», ossia investirebbero la sfera volitiva personale di chi è preposto all'uf-

---

[139] V. L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 166. Sul punto, di recente, v. A. VUOLO, *Il contenuto della rigidità e le modifiche all'articolo 138 della Costituzione*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, Torino, 2006, 787 ss., nota 36.

ficio. Una prospettiva di questo genere è inevitabile, e lo si comprende bene qualora ci si prospetti la situazione che l'illustre studioso prefigura: l'ipotesi è quella della adozione di una legge di revisione 'eversiva', 'rivoluzionaria', contrastante con i principi supremi della Costituzione, volta a negare la validità del patto costituente, ma approvata con le forme e le maggioranze prescritte dall'art. 138 Cost. ed eventualmente già sottoposta, con esito positivo, anche al vaglio del corpo elettorale (per quanto concerne l'ipotizzato rifiuto di promulgazione). Benché vi sia formalmente spazio per proporre dei modelli legali di risoluzione di una simile evenienza, appare evidente che la prospettata situazione prefigura un'ipotesi in cui si manifesterebbe una forte crisi della legalità costituzionale, un problema che investirebbe la persistenza della condivisione del patto costituente e dell'identificazione collettiva nei suoi valori di fondo. In questo caso, invero, salterebbero le regole della legalità fondata su quel patto e sarebbe davvero difficile continuare a ragionare in termini di diritti e doveri degli organi (ma anche degli individui) così come specificato in Costituzione. Verrebbero piuttosto in evidenza i rapporti di forza, ci si sposterebbe, insomma, dal terreno dell'ordine a quello del caos. Certo, resterebbe possibile ancorare al dovere di fedeltà alla Repubblica la costruzione di una condotta imposta al Presidente della Repubblica, con la consapevolezza, però, che in tali casi sarebbe evidentemente in discussione il concetto stesso di Repubblica e, quindi, il significato e la forza dello stesso vincolo di fedeltà; sarebbe, cioè, la manifestazione di «un rifiuto dell'ordine giuridico preesistente» [140].

Sotto il profilo meramente formale, comunque, si può facilmente osservare che la soluzione all'immaginato conflitto di doveri è data dalla stessa Costituzione. La maggior forza viene proprio dall'art. 139 Cost., che contiene nell'alveo del doveroso rispetto della forma repubblicana il potere di revisione della Costituzione. Sicché, raffrontate le complessive attribuzioni del Capo dello Stato con questa norma che, nel chiudere l'articolato costituzionale è come se lo disponesse in cerchio delimitandone gli argini, è senz'altro preminente, tra i doveri che incombono sul Presidente della Repubblica, quello di garantire la Costituzione. Risulterebbe per questo legittimo l'esercizio di un dovere che comportasse, per come eseguito, la non conformità del relativo atto ad altro specifico parametro costituzionale, se dal suo esercizio conforme alla regola costituzionale derivasse un'irrimediabile rottura dell'ordine costituito.

Ci si dovrebbe, insomma, spostare dalla legalità formale a quella sostanziale, nel senso che si dovrebbero graduare, in questo caso non tanto le forme, quanto i contenuti, per addivenire alla sicura conclusione che è prevalente, nella complessiva definizione dei compiti del supremo organo posto al vertice delle istitu-

---

[140] Le parole riportate nel testo sono prese a prestito da H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale (Law and Revolution*, Cambridge, 1983), Bologna, 1998, 47, pur nella consapevolezza che l'A. pone all'esterno del concetto di rivoluzione da lui ricostruito l'ipotesi che si è formulata nel testo.

zioni repubblicane, la funzione di garanzia della Costituzione e dei suoi principi e valori fondativi [141].

Si potrebbe addirittura immaginare che in un simile contesto il Capo dello Stato, proprio per il vincolo di fedeltà ai valori della Repubblica, sarebbe tenuto a tentare qualunque strada capace di ridurre ad unità la frattura tra maggioranza e minoranza nel paese, perseguendo in questo modo il valore costituzionale di cui è egli stesso garante, anche se l'esito di questo sforzo potrebbe, poi, tradursi nella fondazione di un nuovo ordine costituzionale. Tutto questo, è ovvio, solo dopo aver tentato in ogni modo di opporre alla forza politica della maggioranza la rigidità della Costituzione.

Al Parlamento o alle sue interne articolazioni competono doveri di natura diversa, che attengono sia ad aspetti organizzativo-funzionali (es., art. 62, comma 1, Cost.), che procedimentale (es. art. 72, comma 4; 64, comma 4). Nell'ambito dei doveri definiti in Costituzione possono altresì essere compresi quelli imposti al Presidente della Camera dagli artt. 85, commi 2 e 3, e 86, comma 2, Cost. che riguardano la indizione delle elezioni del Presidente della Repubblica.

Diverso è, poi, il tema del dovere del Parlamento di esercitare la funzione legislativa. Invero, benché la giurisprudenza costituzionale abbia spesso fatto ricorso a tale espressione, e nonostante si possa convenire con l'idea che l'esercizio di questa funzione sia dovuto, al punto che l'inadempimento sarebbe addirittura sanzionabile attraverso lo scioglimento anticipato delle Camere [142], occorre distinguere i molteplici aspetti in cui si articola questo dovere dalla struttura complessa.

Affermare che l'esercizio della funzione legislativa è dovuto non può mai significare che anche il modo di esercizio di questa funzione sia sempre dovuto, se non nei casi in cui è predeterminato direttamente in Costituzione. Si deve, invero, riportare l'attenzione su quanto si è già constatato, circa le principali ragioni che hanno portato Lombardi ad escludere che si possa parlare di doveri costituzionali quando il destinatario dell'imposizione è un organo e non una persona.

Ebbene, che l'esercizio della funzione sia dovuto, si è visto, rappresenta un elemento che, alla luce della giurisprudenza costituzionale, va acquisito nel percorso argomentativo.

Altro è, viceversa, il modo di esercizio, perché questo è proprio quello che è stato indicato come 'limite funzionale' piuttosto che 'dovere costituzionale'. Ad esempio, la doverosa conformità a Costituzione delle leggi non è un vero e proprio dovere giuridico, ma costituisce piuttosto un limite della legge, e dunque della funzione del cui esercizio questa fonte rappresenta il prodotto. Si tratta, in-

---

[141] Le ricostruzioni della dottrina che ha nel tempo esplorato la funzione di garanzia del Presidente della Repubblica è efficacemente compiuta da R. ROMBOLI, *Presidente della Repubblica e Corte costituzionale*, cit., 265 ss.

[142] Sulla cui natura sanzionatoria v. L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, Milano, 1981, 68.

somma, di un limite della discrezionalità legislativa, altrimenti, per definizione, libera nel fine.

Lo stesso vincolo desumibile dalla riserva assoluta di legge si configura come un limite della discrezionalità politica del legislatore, piuttosto che come un dovere che ad esso si impone. Non c'è modo, in altri termini, di costringere l'organo all'adempimento del dovere e meno che mai di sostituirlo. A differenza di altre ipotesi in cui si può almeno determinare una sanzione personale a carico del preposto all'ufficio, qui la condotta tenuta non sarebbe in alcun modo punibile. Ogni tentativo di forzare si tradurrebbe in una violazione dell'autonomia costituzionale di cui gode l'organo titolare della funzione.

D'altra parte, se si volessero configurare come doveri giuridici tutti i limiti funzionali, sarebbe difficilmente superabile il rilievo di Lombardi e si dovrebbe, così, ritenere che la giurisprudenza costituzionale fa un uso improprio delle categorie giuridiche.

Ma non potrebbe, invero, esser questa la conclusione, come dimostra la stessa Corte che, laddove si è dovuta confrontare con l'eventuale sussistenza di uno specifico dovere costituzionale consistente nel doveroso esercizio della funzione legislativa, ha replicato che quand'anche si potesse giuridicamente configurare questo dovere, esso risulterebbe non sanzionabile, sicché suscettibile di ineffettività [143].

Il problema si può quindi ridurre alla constatazione che sul piano degli strumenti giuridici, solo quando la Costituzione pone rime obbligate al legislatore, si può configurare un vero e proprio dovere del legislatore, e questo si distingue dagli altri limiti proprio perché consente ad un organo di garanzia, qual è la Corte, di creare le condizioni che consentono ad una norma, teoricamente tratta in via interpretativa più che dal disposto legislativo da quello costituzionale, di sopperire all'omissione legislativa e di radicarsi comunque nell'ordinamento. Un analogo risultato non può realizzarsi nei confronti del mancato esercizio o dell'esercizio non conforme. Un esempio sono le persistenti inattuazioni della Costituzione (valga, per tutti, il classico esempio dell'art. 39 Cost.) ovvero le ben note vicende di ritardata attuazione legislativa di interi importanti blocchi della disciplina costituzionale [144].

Definiti già in Costituzione nei loro elementi essenziali appaiono anche i doveri del Governo e, in alcuni casi, dei Ministri [145], configurati dagli artt. 89, 94, commi 1 e 3, 77, comma 2, Cost., e dal combinato disposto degli artt. 95, comma 2 e 94, commi 1, 4 e 5, Cost.

---

[143] Così C. cost., sent. n. 5 del 1995.

[144] Per la cui ricostruzione v. L. PALADIN, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 73 ss.

[145] Il riferimento è alla nota giurisprudenza sulle attribuzioni del Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 110 Cost. (su cui da ultimo v. C. cost., sent. n. 200 del 2006), e ai casi compresi nella logica argomentativa della sent. n. 7 del 1996.

Sul tema del dovere ministeriale di controfirmare gli atti presidenziali si riflette la nota classificazione di quest'ultimi fondata sulla titolarità del potere con essi espresso, ed è evidente che si può parlare di un dovere nel senso che si è delineato in precedenza solo nel caso in cui la funzione sia una prerogativa presidenziale, rispetto alla quale l'intervento ministeriale va configurato come mezzo di controllo e in quanto tale di assunzione della relativa responsabilità [146]. In tutti gli altri casi, invece, si può dire che la controfirma costituisce soprattutto un requisito di validità, la cui funzione comunque si spiega sul piano della individuazione delle responsabilità, ma tuttavia si connota più come una forma di esercizio della funzione, che come un dovere costituzionale. Si ravvisa, poi, un elemento che accomuna le diverse ipotesi di controfirma ministeriale, consistente nella necessaria collaborazione che si instaura tra Presidente della Repubblica e Ministro competente. La controfirma, infatti, è il sintomo – o meglio il risultato – di una necessaria collaborazione tra organi, le cui forme, tuttavia, variano in ragione della natura del potere esercitato. E, come si vedrà di qui a poco, è la stessa collaborazione tra organi e tra poteri che si impone come dovere e, come è noto, richiede comportamenti oggettivamente informati al valore della lealtà; al punto che può agevolmente essere detto che la lealtà nei reciproci rapporti è essa stessa un dovere, oltre che un valore cui deve conformarsi l'esecuzione del dovere di collaborare.

Per completare il quadro dei doveri disciplinati compiutamente dalla Costitu-

---

[146] Sulla controfirma ministeriale si segnala inevitabilmente all'attenzione la sent. n. 200 del 2006, cit., con cui la Corte – nel risolvere il conflitto insorto tra Presidente della Repubblica e Ministro della Giustizia a seguito del rifiuto di quest'ultimo di dare corso alla richiesta presidenziale di predisporre la proposta per la concessione di un provvedimento di grazia, ha precisato che «quanto, segnatamente, alla controfirma, pur necessaria per il completamento della fattispecie, è da rilevare – in via generale – come essa assuma un diverso valore a seconda del tipo di atto di cui rappresenta il completamento o, più esattamente, un requisito di validità. È chiaro, infatti, che alla controfirma va attribuito carattere sostanziale quando l'atto sottoposto alla firma del Capo dello Stato sia di tipo governativo e, dunque, espressione delle potestà che sono proprie dell'Esecutivo, mentre ad essa deve essere riconosciuto valore soltanto formale quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica, quali – ad esempio – quelli di inviare messaggi alle Camere, di nomina di senatori a vita o dei giudici costituzionali. A tali atti deve essere equiparato quello di concessione della grazia, che solo al Capo dello Stato è riconosciuto dall'art. 87 Cost.». In tali casi, invero, rileva la Corte, «un eventuale rifiuto da parte del Ministro precluderebbe, sostanzialmente, l'esercizio del potere di grazia, con conseguente menomazione di una attribuzione che la Costituzione conferisce – quanto alla determinazione finale – al Capo dello Stato»; «ciò significa che, a fronte della determinazione presidenziale favorevole alla adozione dell'atto di clemenza, la controfirma del decreto concessorio, da parte del Ministro della giustizia, costituisce l'atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito. Da ciò consegue anche che l'assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 Cost., trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza. l'assunzione di responsabilità».

zione, si può fare riferimento all'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali affermato dall'art. 111, comma 6, Cost., al dovere di autonomia e indipendenza della magistratura che si ricava dalla combinazione degli artt. 104, comma 1 e 101, comma 2, Cost., al dovere di esercizio dei poteri di nomina dei componenti della Corte costituzionale e del Consiglio Superiore della Magistratura disciplinati, rispettivamente, dagli artt. 135, comma 1 e 104, comma 1, Cost.

Agli esempi che si sono riportati se ne potrebbero contrapporre altri in cui la formulazione del testo costituzionale è troppo ampia e non consente, per questo, di inferirne specifiche fattispecie [147] ma che, ciò nonostante, pure fondano veri e propri doveri costituzionali funzionali (v., ad esempio, gli artt. 2, 97, comma 1 [148] e 112 Cost.). In tutti questi casi, così come per gran parte dei doveri gravanti sui soggetti dell'ordinamento, sembra evidente che la individuazione delle condotte dovute è più che altro rimessa all'attuazione legislativa.

2. La giustiziabilità del dovere di leale collaborazione

Tra i doveri funzionali senz'altro spicca il dovere di leale collaborazione, nelle sue diverse accezioni, perché la Costituzione, anche nel testo novellato dalla riforma del titolo V della sua seconda parte, non offre basi solide per la ricostruzione del modo in cui il dovere va adempiuto, sicché il sillogismo necessario per sussumere il caso concreto nella previsione costituzionale ha dei binari poco stabili [149].

---

[147] È nota la sistemazione del tema della capacità precettiva o programmatica delle disposizioni costituzionali compiuta da V. Crisafulli, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

[148] P. Barile, *Il dovere di imparzialità della pubblica amministrazione*, in *Scritti giuridici in onore di Piero Calamandrei*, Padova, 1956, e ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, Padova, 1967, 195 ss., spec. 199, l'art. 97 Cost. prescrive una «regola» che «impone alla p.a. due *doveri pubblici funzionali*, di quei doveri cui non corrisponde un diritto soggettivo all'osservanza di essi, ma sulla cui natura la dottrina prevalente non ha più dubbi: sono i doveri che incombono sugli organi titolari delle funzioni pubbliche»; G. Falzone, *Il dovere di buona amministrazione*, Milano, 1953, 65 ss. e 110 ss., il quale, con riferimento al principio di buon andamento, registra l'esistenza di un vero e proprio dovere funzionale, non degradabile ad onere soprattutto per il fatto che il soggetto obbligato non è libero di scegliere se perseguire o meno il fine cui è preposto perché nell'esercizio delle pubbliche funzioni il fine cui esse istituzionalmente tendono è eteronomo rispetto al soggetto, che deve pertanto perseguirlo; «se all'obbligo corrisponde l'atto dovuto, all'onere l'atto necessitato, ai doveri funzionali corrispondono gli atti discrezionalmente dovuti» (p. 82).

[149] R. Bin, *Il principio di leale cooperazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 3-4, stigmatizza «la tentazione» di immettere nelle disposizioni costituzionali «riferimenti ai grandi princìpi elaborati dalla dottrina», quale quello di leale cooperazione che, per questo A., è «una norma generalissima che riassume le *rationes* di un esteso numero di disposizioni

Non è un caso che le modalità di adempimento di questo dovere siano per lo più definite sul piano legislativo, e che tali regole vengano spesso utilizzate dal giudice costituzionale per risolvere i giudizi in cui rileva come parametro proprio il dovere di collaborazione [150]. Ciò non ha impedito, tuttavia, alla Corte di razionalizzare il principio anche in molte ipotesi in cui non sembrava ravvisabile un sicuro fondamento normativo entro cui rinvenire la definizione dell'oggetto del dovere [151].

Prima di tentare una rapida ricostruzione della giurisprudenza costituzionale che ha applicato il dovere costituzionale di leale collaborazione, sembra il caso di esplicitare che da un punto di vista teorico, il fondamento del dovere – o meglio del principio su cui il dovere si fonda – può agevolmente essere messo in stretta connessione con le riflessioni condotte su piani diversi da Luhmann [152] e da Smend [153] che, come è noto, hanno ravvisato nella partecipazione procedimentale il veicolo per ricondurre ad unità politica e giuridica le dinamiche ordinamentali nel governo delle società complesse. La doverosa partecipazione congiunta di

costituzionali e di leggi ordinarie». L'A. esamina la giurisprudenza costituzionale e dimostra che il sillogismo compiuto dalla Corte quando utilizza il parametro della leale collaborazione tra poteri ha molte similitudini con quello utilizzato per risolvere questioni di legittimità costituzionale alla luce del parametro di ragionevolezza: «è chiaro che il conflitto viene risolto attraverso un ragionamento che ha come premessa maggiore la norma di legge ordinaria, quale astratto bilanciamento delle esigenze espresse dai due "poteri" in conflitto, e come premessa minore il comportamento del soggetto chiamato in giudizio, comportamento che deve rappresentare una "leale" applicazione della norma stessa» (p. 9).

[150] Il riferimento è ad entrambe le accezioni del principio, sia esso inteso con riferimento ai rapporti interorganici che a quelli intersoggettivi. Sull'utilizzo del principio come parametro nei giudizi tra Stato e Regioni di competenza della Corte costituzionale v., P. VERONESI, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in E. BETTINELLI-F. RIGANO (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2004, 294 ss.; A. GRATTERI, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, *ivi*, 416 ss.; D. GALLIANI, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 2005, p. 94 ss.; G. FERRAIUOLO, *Leale collaborazione: un principio costituzionale supremo?*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principî fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, cit., 691 ss.

Per un'analisi di ampio respiro v. R. BIFULCO, *La cooperazione nello Stato unitario composto*, Padova, 1995.

[151] Sul punto v. R. BIN, *op. ult. cit.*, che rileva il diverso l'atteggiamento della giurisprudenza costituzionale formatasi in applicazione del principio di leale cooperazione interorganica ovvero di quello intercorrente tra Stato e Regioni. Nel primo caso la Corte difficilmente supera la soglia della disciplina fissata per legge; nel secondo, viceversa, «la Corte ha sistematicamente fatto ricorso a sentenze additive con cui introdurre *ex novo* meccanismi procedurali di cooperazione (oltre a graduare l'intensità di quelli esistenti)».

[152] N LUHMANN, *Sociologia del diritto (Rechtssoziologie*, *Hamburg 1972)*, Roma-Bari, 1977, 263.

[153] R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale (Verfassun ud Vefassungrecht*, Munchen-Leipzig 1928), Milano, 1988, 59 ss., spec. 93 ss.

entità diverse, attraverso regole procedimentali che ne ordinano la posizione, è per entrambi il punto di approdo di teorie che muovono da angolazioni molto differenti.

Luhmann considera che «nelle società complesse che hanno concluso il processo di positivizzazione del diritto la legittimità è l'effetto non del riferimento a valori ma dell'applicazione di certe procedure, istituite per produrre decisioni vincolanti, come le elezioni politiche, il procedimento legislativo, il procedimento giudiziario. Là dove gli stessi soggetti partecipano al procedimento, se pure entro i limiti delle regole stabilite, la legittimità viene configurata come una prestazione dello stesso sistema» [154].

Per Smend, invece, «il legame dialettico tra i singoli e l'intero determina un moto circolare; lo 'spazio di tale moto, la 'dimensione' delle esperienze individuali che si intrecciano è il 'circolo chiuso'», sicché «la sovranità diviene … il *proprium* di un processo – il processo di integrazione – cioè di un farsi, non il prodotto di una volontà identificabile in un momento e in un luogo», e ciò consente «apertura al pluralismo sociale e politico come fattore non di disgregazione ma di edificazione dello Stato». Tra le forme di integrazione indicate dall'illustre studioso v'è quella che si realizza «attraverso i valori, cioè materiale», che «appare … come fondamento di legittimità dello Stato»; «l'integrazione materiale appare il punto focale dell'intera teoria dell'integrazione e il vero suo motivo dominante» [155].

Come si vede, l'uno indica un processo di integrazione che ha la medesima funzione fino a quel momento attribuita ai valori, di cui però non riconosce più la capacità unificante; l'altro pone al centro della sua riflessione l'integrazione tra valori, unificando i quali si creano i presupposti della legittimità dello Stato. Appaiono, evidentemente prospettive antitetiche, inconciliabili, che solo apparentemente offrono un risultato simile [156].

Senz'altro 'la via procedimentale' rappresenta una soluzione tesa ad aumenta-

---

[154] Questa è la lettura che del pensiero dell'illustre sociologo tedesco è data da N. BOBBIO, *Stato, potere e governo*, 1981, ora in ID., *Stato, governo, società*, Torino, 1995, 84.

[155] Così G. ZAGREBELSKY, *Introduzione*, in R. SMEND, *Costituzione e diritto costituzionale*, cit., 14 ss. L'A., poi, in conclusione del suo contributo (p. 32) rileva l'estraneità alla teoria smendiana del concetto di integrazione che «risuona oggi nelle scienze sociali, nelle scienze della politica e, sia pure in misura minore ma crescente, nelle scienze giuridiche. … L'integrazione di cui oggi parlano le scienze della società e dello Stato è proprio quell'integrazione meccanicistico-finalista che costituiva la bestia nera della fenomenologia smendiana. … Lo Stato non è più 'vissuto' come il fine di se stesso che fonda un'etica politica dei cittadini. Anzi, nell'età del pluralismo, potrebbe dirsi finita l'epoca dell'etica in politica. Esiste semmai una somma di morali particolari e di interessi settoriali che trovano nello Stato – inteso come insieme di procedure e 'luoghi' capaci di generalizzare quanto in origine è particolare – il mezzo di una comunicazione reciproca, di un loro contrasto non distruttivo».

[156] La prospettiva di Luhmann sembra avvicinarsi, così, a quella che G. ZAGREBELSKY, *loc. ult. cit.*, ha definito integrazione «meccanicistico-finalistica».

re le probabilità di una decisione finale condivisa e, come tale, evidentemente più vicina al «comune interesse» [157], favorendo, in qualche modo, la realizzazione di un processo di integrazione.

Occorre però capire se in tal modo si assicura la realizzazione di una logica 'negoziale', o si vuole piuttosto ottenere una forma di codecisione. Insomma, sembra necessario capire se la procedimentalizzazione del processo decisionale in cui, per lo più si sostanzia l'attuazione del principio, ha come scopo quello di consentire alle parti di addivenire ad un accordo che tuteli un qualunque loro interesse o se, viceversa, ha come fine quello di consentire di volta in volta la ricerca di una soluzione condivisa sul modo di esercitare quelle specifiche funzioni.

Seguendo il solco tracciato dalla riflessione di Lhumann, si potrebbe sostenere che l'importante è che ci sia un tavolo su cui negoziare; seguendo Smend, invece, si dovrebbe sostenere che la tavola di valori attorno alla quale si snoda il processo di integrazione fonda una «etica politica» [158] che impone la ricerca dell'interesse unitario nell'ambito di quello specifico processo d'integrazione.

Tutto questo si traduce nella necessità di capire se il principio impone l'osservanza di una regola meramente formale o se, viceversa, esso pone il dovere di ricercare una sintesi degli interessi in campo e, dunque, di adottare una decisione finale che bilanci in modo adeguato il (potenziale) conflitto.

Per tentare di offrire un contributo alla riflessione su questo punto, sembra utile procedere su due distinti piani.

Innanzitutto, occorre ribadire ed esplicitare l'idea che si può cogliere un rapporto di stretta connessione tra il valore solidaristico e il dovere di leale collaborazione, mediato – per gli aspetti che riguardano le relazioni tra livelli di governo – dai principi proclamati dall'art. 5 Cost. Sotto un profilo 'valoriale', infatti, la solidarietà evoca il concetto di 'fratellanza' che, come è noto, venne posto al centro degli ideali rivoluzionari francesi [159]. Sembra intuitivo che nel concetto di solidarietà, così come in quello di fratellanza, osservati sotto il profilo delle relazioni intersoggettive che esse prefigurano, sia compreso un atteggiamento verso gli altri di apertura e di condivisione, l'esatto contrario dell'esclusione. Cosicché, per la collocazione sistematica della sua affermazione costituzionale, la solidarietà tende a vincolare le articolazioni del pluralismo repubblicano alla instaurazione di legami ispirati a questo valore, e in questo è particolarmente significativa la sal-

---

[157] Sulle «risorse procedurali» delle democrazie repubblicane v. P. PETTIT, *Libertà. Libero arbitrio e libertà politica (A Theory of Freedom: From the Psychology to the Politics of Agency*, 2001), Milano, 2005, 172 ss., dove, da altra prospettiva, l'A. rileva che i vincoli procedimentali «forniscono ai comuni cittadini le risorse preventive necessarie a contestare le decisioni dei poteri pubblici» e fanno diminuire le probabilità che tali decisioni «riflettano orientamenti non realmente improntati al comune interesse».

[158] G. ZAGREBELSKY, *loc. ult. cit.*

[159] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, cit., 58; ID., *Eguagliana e libertà*, in *Pol. dir.*, 2001, 155 ss.

datura tra l'art. 2 Cost. e l'art. 5 Cost., cui si collega direttamente la nuova formulazione dell'art. 114 Cost., perché in tal modo il vincolo che si è appena tracciato si espande fino a ricomprendere tutti i rapporti che s'instaurano tra gli organi e i soggetti dell'ordinamento [160].

Poiché, come si è visto, l'applicazione del principio di leale collaborazione si traduce, per alcuni suoi aspetti, in un doveroso processo di integrazione teso all'unità, per individuare una sintesi tra posizioni distinte ma entrambe coinvolte dagli interessi sottesi alla decisione da assumere, non sembra azzardato collegare la realizzazione di questo processo con il vincolo di necessaria apertura e inclusione che dalla solidarietà si è tratto [161].

Ma se questo percorso è verosimile, occorre rilevare che il fine ultimo cui dovrebbe tendere l'applicazione del principio di collaborazione dovrebbe essere proprio quello di governare un processo il più possibile teso alla sintesi degli interessi coinvolti dalla decisione da assumere. Infatti, l'applicazione del principio consiste nella definizione di regole procedimentali attraverso le quali, in presenza di interferenze funzionali, nel rispetto delle prerogative istituzionali o dell'autonomia costituzionale degli enti territoriali, sono assunte decisioni condivise. Ciò vuol dire che la collaborazione può tendere sia alla realizzazione di una sorta di codecisione, allorquando l'intreccio degli interessi cui sono preposti enti diversi è, nella decisione da assumere, particolarmente intenso; sia ad una mera partecipazione formale, nei casi in cui l'interesse esterno alla sfera del decisore non riguarda la decisione, ma ne è coinvolto in modo solo marginale.

Ci si è in tal modo spostati sull'altro versante dell'osservazione, consistente nella verifica delle principali applicazioni giurisprudenziali del dovere di leale collaborazione. Sembra, infatti, questa la logica sottesa sia alla giurisprudenza costituzionale che, sulla scorta di una ampia elaborazione dottrinale, ha distinto e graduato i diversi moduli procedimentali che assicurano l'attuazione del principio di collaborazione tra autonomie territoriali, sia nelle decisioni dello stesso giudice che hanno risolto questioni insorte tra poteri dello Stato.

---

[160] Nell'articolato costituzionale vi sono ulteriori elementi che potrebbero essere indicati a sostegno di una simile lettura. Ne è un tangibile esempio l'art. 119 Cost., non solo nel testo attuale ma già nell'originario disposto, su cui v. C. cost., sent. n. 279 del 1992 e, in dottrina, V. COCOZZA, *Autonomia finanziaria regionale e coordinamento*, Napoli, 1979, 21 ss.

[161] P. RIDOLA, *Diritti di libertà e costituzionalismo*, cit., 82, riallacciandosi ad autorevole dottrina tedesca (E. DENNINGER, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Weinheim, 1994, 54 ss.), individua nella solidarietà il perno su cui si va articolando un nuovo modello di cooperazione fra gruppi. È evidente che il ragionamento dell'A. non si dirige nel senso della elaborazione di un modello di rapporti tra articolazioni del pluralismo istituzionale, essendo il suo discorso piuttosto orientato all'analisi dei rapporti all'interno del pluralismo sociale. Ciò che tuttavia accomuna quanto riportato nel testo all'idea dell'A. è il fatto di scorgere nella solidarietà uno dei valori fondativi del principio cooperativo come canone alla stregua del quale vanno strutturate le regole che disciplinano le relazioni tra soggetti in un contesto ordinamentale pluralistico.

Partendo da quest'ultima ipotesi, si segnala all'attenzione la già citata sent. n. 200 del 2006 con cui la Corte, nel risolvere il conflitto tra Presidente della Repubblica e Ministro della giustizia insorto a seguito della nota vicenda relativa all'esercizio del potere di grazia, ha constatato l'estraneità del Ministro alla sfera decisionale, non solo perché non vi è norma che gli attribuisca competenze in ordine alla decisione sulla concessione della grazia, ma anche e soprattutto perché questa, se vi fosse, determinerebbe un'alterazione del principio della separazione dei poteri. Da questo principio, infatti, la Corte desume la necessaria estraneità dei «componenti del Governo nella fase dell'esecuzione delle sentenze penali di condanna» [162].

La collaborazione del Ministro ha, così, funzione meramente preparatoria della decisione che il solo Presidente della Repubblica è chiamato ad assumere [163]. Né può valere, per la Corte, la considerazione che se attraverso la controfirma il Ministro assume la responsabilità dell'atto, questi è necessariamente chiamato a condividerne i contenuti: «quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica» la controfirma ha «valore soltanto formale» [164], sicché «a fronte della determinazione presidenziale favorevole alla adozione dell'atto di clemenza, la controfirma del decreto concessorio, da parte del Ministro della giustizia, costituisce l'atto con il quale il Ministro si limita ad attestare la completezza e la regolarità dell'istruttoria e del procedimento seguito» [165] e «l'as-

---

[162] «(il) principio di separazione dei poteri, esclude ogni coinvolgimento di esponenti del Governo nella fase dell'esecuzione delle sentenze penali di condanna, in ragione della sua giurisdizionalizzazione e in ossequio al principio secondo il quale solo l'autorità giudiziaria può interloquire in materia di esecuzione penale» (punto 7 del 'considerato in diritto').

[163] «Spetterà, poi, al Presidente della Repubblica valutare autonomamente la ricorrenza, sulla base dell'insieme degli elementi trasmessi dal Guardasigilli, di quelle ragioni essenzialmente umanitarie che giustificano l'esercizio del potere in esame. In caso di valutazione positiva del Capo dello Stato seguirà la controfirma del decreto di grazia da parte del Ministro, che provvederà a curare anche gli adempimenti esecutivi» (*ivi*).

[164] «Quanto, segnatamente, alla controfirma, pur necessaria per il completamento della fattispecie, è da rilevare – in via generale – come essa assuma un diverso valore a seconda del tipo di atto di cui rappresenta il completamento o, più esattamente, un requisito di validità. È chiaro, infatti, che alla controfirma va attribuito carattere sostanziale quando l'atto sottoposto alla firma del Capo dello Stato sia di tipo governativo e, dunque, espressione delle potestà che sono proprie dell'Esecutivo, mentre ad essa deve essere riconosciuto valore soltanto formale quando l'atto sia espressione di poteri propri del Presidente della Repubblica, quali – ad esempio – quelli di inviare messaggi alle Camere, di nomina di senatori a vita o dei giudici costituzionali. A tali atti deve essere equiparato quello di concessione della grazia, che solo al Capo dello Stato è riconosciuto dall'art. 87 Cost.» (*ivi*).

[165] «Ammettere che il Ministro possa o rifiutarsi di compiere la necessaria istruttoria o tenere comunque un comportamento inerte, equivarrebbe ad affermare che egli disponga di un inammissibile potere inibitorio, una sorta di potere di veto, in ordine alla conclusione del procedimento volto all'adozione del decreto di concessione della grazia voluto dal Capo dello Stato. Il Presidente della Repubblica, dal canto suo, nella delineata ipotesi in cui il Ministro

sunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 Cost., trova il suo naturale limite nel livello di partecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza».

La Corte sembra ricostruire il ruolo del Ministro nel procedimento per la concessione della grazia come 'responsabile del procedimento', atteso che gli riconosce compiti, pure qualificati di collaborazione, che nulla hanno a che fare però con l'obiettivo di arrivare ad una sintesi tra le rispettive posizioni nella decisione finale, ma esclusivamente volti a consentire al Presidente di acquisire tutti gli elementi indispensabile alla sua decisione. Il Ministro in questo caso attua la leale collaborazione adempiendo diligentemente ai doveri che Costituzione e legge gli attribuiscono, e tra tali doveri vi è anche quello di non ostacolare l'esercizio del potere presidenziale di grazia al cui cospetto i compiti del ministro sono serventi.

La stessa collaborazione che sempre il Ministro apporta adempiendo al dovere di controfirma non può in alcun modo ostacolare le prerogative presidenziali. Dunque, se la funzione giuridica di quella controfirma si risolve in un controllo sulla legittimità formale dell'atto, il Ministro che ravvisa delle irregolarità formali, proprio per il principio di collaborazione leale, le comunica al Presidente della Repubblica e se poi questi intende comunque adottare l'atto, nelle sue motivazioni dà conto delle osservazioni ministeriali. La motivazione, così, diventa il veicolo del dissenso ammantata da una sorta di funzione di garanzia del Ministro il quale, non potendo ostacolare il Presidente e non potendo così rifiutare la controfirma, può solo rendere noto il suo contrario avviso. Ovviamente, la questione posta dal Ministro deve essere circoscritta agli ambiti di sua competenza, e dunque può riguardare solo i profili formali dell'atto, dietro i quali – come nella stessa vicenda risolta dalla Corte con la sentenza in esame – si nascondono di solito ben più pregnanti questioni di sostanza. Soluzione, in verità, coerente con l'esclusiva titolarità del Presidente della Repubblica del potere di grazia e che, per quanto qui rileva, si segnala come ipotesi di modulo cooperativo esclusivamente formale, forse addirittura estraneo alla idea della cooperazione come forma di integrazione nella decisione, più vicino ad un'idea di coordinamento tra funzioni di natura diversa che si sovrappongono nella loro articolazione procedimentale.

Torna utile ai fini che ci si è proposti anche quanto si desume dalla sent. n. 379 del 1992 [166], dove la Corte ha espressamente rilevato che «il concerto … comporta un vincolo di metodo, non di risultato: un vincolo che obbliga le parti a una

---

Guardasigilli gli abbia fatto pervenire le sue motivate valutazioni contrarie all'adozione dell'atto di clemenza, ove non le condivida, adotta direttamente il decreto concessorio, esternando nell'atto le ragioni per le quali ritiene di dovere concedere ugualmente la grazia, malgrado il dissenso espresso dal Ministro» (*ivi*).

[166] In *Giur. cost.*, 1992, 2996 ss., con nota di A. CARIOLA, *A proposito della sentenza sul conflitto di attribuzione tra C.S.M. e ministro guardasigilli: questione giuridicizzata ma non politicizzata*.

leale cooperazione, finalizzata alla ricerca della maggiore convergenza possibile attraverso una discussione effettiva e costruttiva» [167]; così, una volta esperite le procedure previste per la ricerca del consenso, se è dimostrabile in modo oggettivo che il tentativo di collaborazione è stato esperito con lealtà, il mancato raggiungimento del concerto alla scadenza del termine entro cui questo deve essere trovato non impedisce l'adozione del provvedimento da parte dell'organo che ne ha la competenza [168]. In questo caso, come è evidente, il modulo cooperativo ha come obiettivo quello di realizzare, se possibile, una decisione finale che riduca ad unità posizioni diverse. L'integrazione nella decisione, in soluzioni di questo tipo, rappresenta un risultato auspicabile ma non necessario. Ciò nonostante non viene meno il dovere di collaborare in modo leale, né per l'organo che può in ultima istanza esercitare anche da solo il potere di adottare l'atto, né per quello chiamato a concertare i contenuti dell'atto. Il dovere è disciplinato non solo negli aspetti formali del suo adempimento, ossia attraverso la individuazione dei comportamenti in cui si concretizza, ma anche in quelli sostanziali, perché essi devono corrispondere ad un canone di lealtà nel senso che dal *modo* in cui sono posti in essere se ne deve poter oggettivamente cogliere lo *scopo* di addivenire ad un risultato comune.

Passaggio, questo, che non si discosta da alcune affermazioni rinvenibili sull'altro versante dell'applicazione giurisprudenziale del principio di leale collaborazione, inerente i rapporti tra soggetti di autonomia territoriale, dove tuttavia le soluzioni prospettate dalla Corte sono molto più articolate. In materia di intese tra Stato e Regioni previste dalla legge a fondamento dell'esercizio di competenze statali che invadono ambiti riservati all'autonomia regionale, la Corte ha infatti da tempo precisato che sono diverse le forme di attuazione del principio di collaborazione, e non mancano ipotesi che tendono a determinare una vera e pro-

---

[167] «Pertanto, posto che l'attività di concertazione deve essere effettuata in modo adeguato … e posto che le parti non debbono tenere comportamenti ostruzionistici e sleali, nè usare espedienti dilatori o pretestuosi, i tempi ragionevoli della concertazione sono quelli necessari a un'effettiva e leale discussione, quantomeno secondo lo schema dialogico ..: i tempi irragionevoli, infatti, sono quelli utilizzati per manovre dilatorie e per comportamenti non conferenti rispetto al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico connesso al conferimento dell'incarico direttivo al candidato professionalmente più idoneo».

[168] «In considerazione del fatto che, in caso di mancato raggiungimento di un accordo, non può, dunque, essere impedito l'ulteriore corso del procedimento (v., per l'applicazione di tale modulo in altro ambito, sentt. nn. 21 e 482 del 1991) e, in considerazione del fatto che, come pure convengono le due parti, non può essere arbitrariamente ostacolata la decisione finale di spettanza del plenum e l'autonomia del Consiglio superiore relativamente al conferimento dell'incarico direttivo, questa Corte … dichiara che non spetta al Ministro della giustizia non dar corso alle deliberazioni del Consiglio superiore della magistratura sul conferimento degli uffici direttivi, quando, nonostante che sia stata svolta un'adeguata attività di concertazione …, non si sia convenuto in tempi ragionevoli, tra la commissione e il Ministro sulla proposta da formulare» (*ivi*).

pria co-decisione tra i soggetti di autonomia coinvolti [169]. In tali casi l'esercizio di un potere è vincolato alla previa intesa tra i soggetti dell'ordinamento, qualificata per questo suo carattere necessario come intesa 'forte'. Se, viceversa, l'intesa è configurata in modo 'debole', solo dopo avere esperito in modo leale e oggettivamente dimostrabile tutti i tentativi volti ad addivenire alla co-decisione è possibile un esercizio unilaterale del potere [170].

Indipendentemente, comunque, dalla natura dell'intesa o degli altri strumenti che la legge configura per la realizzazione del dovere di collaborare in modo leale, preme evidenziare che la Corte tende ad oggettivare la lealtà dei comportamenti attraverso l'analisi dei fatti. È questo un punto importante, perché rappresenta una connotazione specifica dei giudizi costituzionali volti a giustiziare l'inadempimento del dovere di collaborazione [171]. Ne è una testimonianza una recente pronuncia con cui, rispetto al mancato perseguimento di un'intesa tra lo Stato e la Regione prima dell'esercizio di un potere di nomina dei vertici di un ente parco, è stata ribadita la regola secondo cui per dimostrare l'adempimento del dovere di leale collaborazione, consistente nella ricerca dell'intesa attraverso i moduli procedimentali di volta in volta fissati dalla leg-

---

[169] Ad es., la ormai datata sent. n. 351 del 1991, dove il giudice costituzionale, già riallacciandosi a suoi consolidati orientamenti, rileva che «come più volte affermato da questa Corte (v. da ultimo, sentt. nn. 21 del 1991 e 337 del 1989), lo strumento dell'intesa – che costituisce una delle possibili forme di attuazione del principio di leale cooperazione tra lo Stato e le Regioni – si sostanzia in una paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto sottoposto ad intesa, da realizzare e ricercare, laddove occorra, attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo. È pur vero che tale forma di partecipazione, proprio in quanto ispirata a esigenze di leale cooperazione, non deve condurre a situazioni paralizzanti ne tradursi in una lesione del principio di buon andamento dell'amministrazione, quale quella che si verrebbe a determinare ove il procedimento non dovesse concludersi entro termini ragionevoli. Ma questo giusto rilievo – se rende certamente auspicabile la previsione da parte del legislatore, nelle ipotesi di intesa, di termini certi per la conclusione del procedimento, nonché di meccanismi sostitutivi destinati a superare eventuali atteggiamenti ostruzionistici – non può, d'altro canto, giustificare, in assenza di tali termini e di tali meccanismi, un declassamento dell'attività di codeterminazione connessa all'intesa in una mera attività consultiva non vincolante (v. sent. n. 747 del 1988)».

[170] È noto che la Corte distingue da tempo tra 'intesa forte', «nel senso che il mancato raggiungimento di essa sia di ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento, e quindi al soddisfacimento degli interessi» e 'intesa debole' «che, in ogni caso, richiede che la fase attinente al contatto con le autonomie si articoli … attraverso una trattativa che superi, per la sua flessibilità e bilateralità, il rigido schema della sequenza non coordinata di atti unilaterali (invio dello schema di piano da parte del Ministro, parere o equipollente silenzioso, ovvero proposta da parte delle Province), e così si presti ad una più agevole espressione delle esigenze dell'autonomia e ad una più informata e sensibile valutazione di esse da parte del Ministro» (v. tra le tante, sentt. nn. 21 del 1991; 6 del 1993; 207 del 1996; 6 del 2004; 31 del 2005; 383 del 2005; 31 del 2006).

[171] Elemento, questo, già sottolineato in dottrina con riferimento ai giudizi della Corte che fanno uso del principio di leale collaborazione. Sul punto v. R. Bin, *op. ult. cit.*, 9.

ge, non può «considerarsi avvio e sviluppo della procedura dell'intesa per la nomina … la riproposizione dello stesso nominativo da parte del Ministro dell'ambiente (in presenza del rifiuto della controparte di aderire a tale designazione) e la mancata risposta a designazioni alternative formulate dal Presidente della Regione» [172]. La Corte giudica, dunque, i fatti, ossia il modo in cui è stata condotta la partecipazione al procedimento, ne ricerca oggettivi elementi di riscontro e per valutarli in modo obiettivo si appella, in ultima analisi, al canone della ragionevolezza [173].

---

[172] Sentenza n. 21 del 2006, con cui la Corte ha risolto un giudizio per conflitto di attribuzioni intersoggettivo promosso con due ricorsi della Regione Toscana avverso altrettanti decreti del Ministro dell'ambiente e della tutela del patrimonio di proroga del commissario straordinario dell'Ente Parco nazionale dell'arcipelago toscano, in mancanza dell'intesa con il Presidente della Regione Toscana, prevista dall'art. 9, comma 3, l. 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette).

Si segnala un ulteriore passaggio della decisione in cui, a fronte di un'eccezione d'inammissibilità dei ricorsi formulata dall'avvocatura dello Stato per essere questi tesi a neutralizzare gli atti di nomina e far permanere in uno stato di vacanza l'ufficio del commissario straordinario, la Corte rileva che «il protrarsi del dissenso dei soggetti tenuti all'intesa può danneggiare gli interessi ambientali e territoriali dell'intera comunità nazionale, ma non induce alcuna inammissibilità, non incidendo sul potere della ricorrente di denunciare la lesività dei provvedimenti impugnati».

La decisione da ultimo indicata ritorna su una questione che si era già prospettata nei medesimi termini pochi anni prima e rispetto alla quale già la sent. n. 27 del 2004, aveva sostanzialmente offerto una identica composizione: «Questa Corte, nell'applicazione del principio di leale cooperazione in tema di intese, ha affermato che occorre comunque uno sforzo delle parti per dar vita ad una trattativa. Lo strumento dell'intesa tra Stato e Regioni costituisce una delle possibili forme di attuazione del principio di leale cooperazione tra lo Stato e la Regione e si sostanzia in una paritaria codeterminazione del contenuto dell'atto; intesa, da realizzare e ricercare, laddove occorra, attraverso reiterate trattative volte a superare le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo, senza alcuna possibilità di un declassamento dell'attività di codeterminazione connessa all'intesa in una mera attività consultiva non vincolante. Nella specie, non realizza la richiesta condizione di legittimità il rifiuto d'intesa sul nominativo proposto dal Ministro, seguito dalla mera richiesta d'incontro, fra le parti, non seguita da alcuna altra attività. … L'illegittimità della condotta dello Stato … risiede … nel mancato avvio e sviluppo della procedura dell'intesa per la nomina del Presidente, che esige, laddove occorra, lo svolgimento di reiterate trattative volte a superare, nel rispetto del principio di leale cooperazione tra Stato e Regione, le divergenze che ostacolino il raggiungimento di un accordo e che sole legittimano la nomina del primo».

Sempre sulla medesima questione v. anche l'ord. n. 152 del 2006.

[173] Per quanto certamente condivisibile e apprezzabile la soluzione cui è pervenuta la Corte nella richiamata sentenza, non si può fare a meno di osservare, su un piano più generale o di sistema, la torsione del modo in cui normalmente si configura il ruolo della Corte quale garante della legalità costituzionale che un simile giudizio determina, poiché il giudice costituzionale si trova ad applicare parametri per lo più legislativi, valutando piuttosto che gli atti, i comportamenti che le parti hanno assunto nel corso del procedimento per la loro formazione. E se, per un verso, un controllo di questo tipo si caratterizza per le potenzialità eccessivamente invasive, dall'altro il parametro costituzionale tende a diventare eccessivamente evanescen-

Un altro versante su cui sempre più si vanno consolidando gli orientamenti giurisprudenziali è quello dell'utilizzo della leale collaborazione – e dei doveri che ne discendono – come strumento di compensazione delle limitazioni dell'autonomia legislativa regionale che derivano dall'assorbimento, da parte dello Stato, di ambiti di disciplina di competenza regionale se inscindibilmente intrecciati a competenze statali. Insomma, per la difficoltà che la stessa Corte incontra nel sezionare le materie di competenza dello Stato o delle regioni, quando è rilevata l'inscindibilità degli ambiti materiali e la loro irriducibilità alle etichette utilizzate nel Titolo V della II parte della Costituzione, l'invasione statale delle competenze legislative regionali non è sanzionata con la pronuncia di illegittimità e, quasi come 'indennizzo' per l'esproprio delle competenze regionali, il giudice costituzionale valuta congruo il vincolo di attuazione della legge invasiva secondo moduli collaborativi [174].

Si è però recentemente verificato un caso, le cui peculiarità fanno ben sperare che resti isolato, in cui la Corte, in nome della leale collaborazione (di cui in tale occasione ha fatto un uso affatto inusuale), ha fissato essa stessa un procedimento che avrebbe dovuto portare, entro un 'congruo' termine fissato dal legislatore statale, alla integrazione tra legislatori [175]; dichiarando successivamente l'illegitti-

---

te, al punto da apparire un'elastica costruzione logica o dialettica piuttosto che una regola costituzionale.

Sull'applicazione del parametro legislativo nei conflitti v. le osservazioni di P. VERONESI, *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri. Profili soggettivi e oggettivi*, in E. BINDI-M. PERINI (a cura di), *Recenti tendenze in materia di conflitti di attribuzione tra poteri dello Stato*, Milano, 2003, 43.

[174] Da ultimo v. sent. n. 133 del 2006: «Alla luce dei principi menzionati e delle considerazioni svolte, si deve concludere che la disposizione in esame concerne una pluralità di materie; che alcune di esse, per le loro peculiarità, e cioè per il fatto che non si esauriscono in un delimitato ambito materiale (ambiente, ricerca scientifica), non si prestano ad un giudizio di prevalenza ... Di conseguenza, mentre per risolvere la questione non può essere adottato il criterio della prevalenza, per ricondurre a legittimità costituzionale la norma occorre fare applicazione del principio di leale collaborazione nella fase di attuazione della disposizione e di erogazione delle risorse, nella forma dell'intesa con la Conferenza, come prevista dalla legge statale (l. n. 239 del 2004)».

Rispetto al tema della presente relazione si segnala all'attenzione anche la già più volte citata sent. n. 63 del 2006, con cui la Corte nell'argomentare le ragioni per le quali a suo giudizio si legittima l'attrazione nelle competenze legislative statali della disciplina dei procedimenti sanzionatori cui vanno sottoposti coloro che trasgrediscono il divieto di fumo nei locali pubblici ha indicato la necessaria «uniformità» della disciplina, «volta a dare alle sanzioni, almeno nella previsione normativa, lo stesso grado di effettività in ogni parte del territorio nazionale». La Corte subito dopo precisa che «tale uniformità si concilia con l'interesse costituzionalmente tutelato delle Regioni a far valere, nella predisposizione delle norme legislative, le proprie specifiche esigenze. In questa, come in tante altre ipotesi, giova appunto far riferimento al principio di leale collaborazione, costantemente richiamato da questa Corte, che rende preferibile l'integrazione non conflittuale delle esigenze unitarie con quelle autonomistiche, senza rigide separazioni e contrapposizioni dualistiche».

[175] Sent. n. 196 del 2004, punto 21 del 'considerato in diritto': «In considerazione della par-

mità costituzionale dell'intervento legislativo regionale perché posteriore, di qualche giorno, alla scadenza del suddetto termine [176]. In estrema sintesi la Corte ha dichiarato illegittime per violazione del riparto costituzionale delle competenze le norme legislative di dettaglio adottate dal legislatore statale in materia di potestà concorrente e ha contestualmente stabilito che le stesse norme illegittime avrebbero trovato applicazione nelle regioni in cui non fosse stata adottata per tempo la legge regionale. Si segnala innanzitutto la difficoltà di inquadrare in termini rigorosi il fenomeno della reviviscenza condizionata di norme dichiarate costituzionalmente illegittime che, in quanto tali, a tenore dell'art. 136 Cost. dovrebbero cessare di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza e non trovare più alcuna applicazione nell'ordinamento; probabilmente per il risultato che la Corte intendeva perseguire attraverso questo meccanismo si sarebbe meglio prestato l'utilizzo della 'vecchia' cedevolezza delle norme statali di dettaglio. Ciò che poi rende davvero difficile la comprensione della soluzione adottata deriva dalla peculiarità della vicenda, poiché a fronte di un parametro non sufficientemente individuato, il giudice costituzionale ha avallato un'invasione delle competenze legislative della Regione che si connota per la sua irreversibilità atteso il carattere contingente e del tutto eccezionale della norma (con le peculiari caratteristiche della singolarità e ulteriore irripetibilità) [177].

L'articolazione legislativa dei moduli procedimentali attraverso cui viene a specificarsi il modo di adempimento del dovere di leale collaborazione è estremamente variegata [178], così come lo è la giurisprudenza costituzionale che in sua

---

ticolare struttura del condono edilizio straordinario qui esaminato, che presuppone un'accentuata integrazione fra il legislatore statale e i legislatori regionali, l'adozione della legislazione da parte delle Regioni appare non solo opportuna, ma doverosa e da esercitare entro il termine determinato dal legislatore nazionale; nell'ipotesi limite che una Regione o Provincia autonoma non eserciti il proprio potere legislativo in materia nel termine massimo prescritto, a prescindere dalla considerazione se ciò costituisca, nel caso concreto, un'ipotesi di grave violazione della leale cooperazione che deve caratterizzare i rapporti fra Regioni e Stato, non potrà che trovare applicazione la disciplina dell'art. 32 e dell'Allegato 1 del d.l. n. 269 del 2003, così come convertito in legge dalla l. n. 326 del 2003 (fatti salvi i nuovi termini per gli interessati)».

[176] Sent. n. 46 del 2006.

[177] La situazione come è noto ha avuto ad oggetto la vicenda normativa dell'ultimo condono edilizio straordinario concepito dal legislatore statale. A parte le considerazioni che più avanti si faranno sulle ricadute che una legislazione che legittima a posteriori gli illeciti commessi, così penalizzando coloro i quali hanno puntualmente osservato i precetti normativi, può avere proprio in ordine al tema della effettività dei doveri, quanto si è evidenziato è una constatazione ovvia se si tiene presente il dispiegarsi degli effetti di questa normativa. I condoni, per definizione, sono rivolte al passato, tendono a sanare gli abusi commessi non già a consentirne di nuovi. Sicché rispetto alle fattispecie investite dalla normativa sul condono non è possibile alcun nuovo futuro intervento legislativo, se non riaprendo i termini di condonabilità. Insomma, la Regione non potrà più in alcun modo esercitare le sue competenze costituzionali con riferimento a ciò che è stato definitivamente sottoposto, per effetto della sentenza della Corte, alla disciplina statale.

[178] Può a tal fine essere recuperata la riflessione compiuta rispetto a tutt'altro contesto da

applicazione si è formata. Ciò che premeva in questa sede era la verifica della sussistenza di un vero e proprio dovere di leale collaborazione che, fondato sui principi costituzionali, viene poi conformato in concreto dalla legge e tentare di tracciare gli aspetti inerenti la sua sanzionabilità e giustiziabilità.

3. Sanzioni giuridiche e sanzioni politiche

Il sistema sanzionatorio volto a rendere effettivi i doveri costituzionali in parte risente dell'articolazione di questi ultimi, i cui tratti si è cercato di mettere a fuoco, ma per altro verso ne conforma la natura.

Limitando l'indagine al solo impianto costituzionale degli strumenti sanzionatori, si può innanzitutto rilevare che la natura della sanzione è in qualche modo legata al tipo di responsabilità che il mancato adempimento del dovere comporta. Non tutti i doveri cui gli organi devono adempiere, infatti, sono configurabili come doveri giuridici, atteso che in molti casi la natura del vincolo è sicuramente politica. Rispetto a questi ultimi la responsabilità è anch'essa di natura politica, ed è noto che questa forma di responsabilità – nella ricostruzione proposta dalla dottrina – non può in alcun caso essere posta in connessione con un dovere giuridico, connotandosi addirittura per essere una responsabilità priva di sanzione [179].

Emerge, così, la necessità di verificare se possano essere riconosciuti effetti sanzionatori ai meccanismi di reazione agli inadempimenti dei doveri che l'ordinamento costituzionale appronta e attraverso i quali può essere fatta valere la re-

---

P. Ridola, *La parlamentarizzazione degli assetti istituzionali dell'Unione Europea fra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, *paper* in internet al sito *www.associazionedeicostituzionalisti.it*, il quale con riferimento alla eccessiva complessità dei procedimenti decisionali dell'Unione europea rileva che «come hanno ampiamente evidenziato gli studi sul nesso fra democrazia e procedimento e sul ruolo del contraddittorio in democrazia, il "labirinto decisionale" può potenziare la funzione "discorsiva" del procedimento (J. Habermas), ma può anche operare non tanto, o non soltanto, come fattore di riduzione della complessità sociale (N. Luhmann), ma come un fattore di vischiosità, che riduce la trasparenza dei processi decisionali». Questo, in verità, è un forte rischio che si scorge dietro l'eccessiva flessibilità dei moduli procedimentali volti a realizzare il dovere di leale collaborazione.

[179] Così, per tutti, G.U. Rescigno, *La responsabilità politica*, Milano, 1967, 36 ss., spec. 45, 48, 112-113, per il quale la responsabilità politica non è collegabile alla responsabilità giuridica che consegue alla violazione di un dovere giuridico. Anzi, la responsabilità politica la si può far valere indipendentemente dal fatto che il responsabile abbia o meno adempiuto ad un dovere «nella responsabilità politica il soggetto responsabile politicamente viene fatto responsabile indipendentemente dal fatto che fosse o non fosse obbligato ad alcunché; tanto è vero che se il soggetto politicamente responsabile ha violato una norma e lo si vuole far rispondere per questa violazione, interviene la comune responsabilità civile o penale»; «la responsabilità politica non è una responsabilità giuridica» e in essa «manca … la sanzione».

sponsabilità politica degli organi che si sono resi responsabili dell'infrazione al dovere. Più precisamente, rilevato che molte delle disposizioni costituzionali da cui sono desumibili doveri funzionali non sono espressamente assistite da una specifica misura giuridica di carattere sanzionatorio, si vuole comprendere se l'assenza di sanzione costituisca una ragione per negare la natura di dovere giuridico a quei comportamenti imposti dalla Costituzione, ovvero se la sanzionabilità in sede politica, attraverso l'attivazione dei poteri volti a far valere questa specifica responsabilità, consenta di recuperare nel novero dei doveri giuridici anche queste fattispecie.

Prima ancora di proseguire in questa direzione, tuttavia, sembra opportuna una precisazione.

Si è visto che la sanzione è stata costruita, sul piano della teoria generale, o come quel mezzo attraverso il quale l'inadempiente al dovere subisce un male maggiore di quello cui sarebbe andato incontro qualora avesse correttamente adempiuto; ovvero come l'afflizione imposta dalla norma all'inadempiente per risarcire il danno da lui così cagionato.

Posta in questi termini la questione, si dovrebbe poter parlare di sanzione solo se la specifica misura di reazione configurata nell'ordinamento fosse tesa a infliggere una *punizione* per la violazione del dovere giuridico, ovvero ad azionare un dovere di prestazione, diverso da quello inadempiuto, per risarcire, in forma specifica o per equivalente, il danneggiato [180].

Risulta chiaro, tuttavia, che una simile impostazione avrebbe lo sguardo rivolto esclusivamente alla disciplina dei rapporti intersoggettivi, ossia alle conseguenze che si producono all'esito dell'irrogazione della sanzione nella sfera giuridica della persona che ha posto in essere una condotta non conforme al dovere giuridico cui sarebbe stato tenuto. Tale prospettiva, dunque, terrebbe inevitabilmente fuori dal sistema sanzionatorio tutti i meccanismi attraverso cui l'ordinamento si limita a garantire l'effettività del dovere, senza con questo nulla aggiungere in termini di afflizione a chi si è sottratto all'adempimento spontaneo.

Non si può in questa sede scendere sul piano della disciplina legislativa che appronta misure tese a garantire le molte categorie e specie di doveri giuridici, per verificare se v'è spazio per una ricostruzione diversa. Occorre, invece, verificare se sul piano costituzionale, le misure che garantiscono l'effettività dei doveri costituzionali funzionali si possano configurare o meno come sanzioni.

L'analisi condotta da Ventura nello studio specifico delle sanzioni costituzionali muove proprio da queste premesse. L'A. individua nella finalità di garantire l'ordine costituzionale il carattere delle «sanzioni costituzionali» nel cui novero

---

[180] H.L.A. HART, *Il concetto di obbligo*, cit., 138, configurata la sanzione come una pena per l'azione compiuta o come un risarcimento coattivo per il danno causato da essa, rileva che «possiamo chiamare questa connessione tra azione e sofferenza 'connessione normativa', poiché essa dipende logicamente dall'esistenza di regole che rendono punibili certe forme di condotta, o che a queste annettono certe forme di responsabilità».

vanno comprese anche le «sanzioni politiche … ogni qual volta assumono lo scopo di garantire il corretto funzionamento delle istituzioni ovvero l'integrità dell'ordine costituzionale» [181].

Malgrado le apparenze, la posizione da ultimo riportata non è poi così distante dalla ricostruzione della responsabilità politica compiuta dalla dottrina cui si è accennato in precedenza, perché la non sanzionabilità giuridica, e quindi la non configurabilità di doveri giuridici nell'ambito delle dinamiche della responsabilità politica [182], non esclude che gli strumenti volti a fare valere la responsabilità politica degli organi del sistema rappresentativo siano assistiti da veri e propri doveri giuridici, come tali giuridicamente sanzionabili o giustiziabili.

Il Governo che non gode più della fiducia delle Camere, perché colpito da una mozione di sfiducia approvata, ha il dovere di dimettersi.

La Costituzione non lo dice, limitandosi ad affermare che il Governo «deve» avere la fiducia delle due Camere, ma fa seguire a questa formula imperativa la disciplina dei procedimenti per la concessione e la revoca della fiducia, fissa l'imputabilità-responsabilità del dovere (art. 95, comma 2) [183] e regola, implicitamente, le conseguenze che si determinano in caso d'inadempimento.

Risulta, tuttavia, difficile riconoscere alla disposizione contenuta nell'art. 94, comma 1, Cost. una portata deontica in qualche modo paragonabile alla definizione di un dovere giuridico, e sembra più rigoroso rinvenirvi la specificazione di una condizione per la legittima permanenza in carica del Governo.

Il dovere di avere la fiducia delle Camere, infatti, non si può tradurre in una prestazione posta a carico del Governo sull'ottenimento della fiducia o sulla sua conservazione, poiché questi è soggetto passivo e non attivo del voto di fiducia e delle sue conseguenze; né si potrebbe in alcun modo ritenere che le Camere siano tenute a concedere la fiducia al Governo. Si può, però, logicamente dedurre da tale previsione che il Governo che non gode della fiducia deve rassegnare le dimissioni. Il fatto che la Costituzione non definisca in modo compiuto la prestazione dovuta e le forme del suo adempimento non impedisce di riconoscere la doverosità giuridica (e non solo politica) delle dimissioni che rappresentano l'atto di adempimento spontaneo al dovere.

Per Rescigno, il rapporto di fiducia ingenera una «responsabilità politica istituzionale» del Governo e dei suoi componenti nei confronti del Parlamento, che non può in alcun modo essere spiegata con le categorie giuridiche dei diritti o dei doveri [184], sicché le condizioni per farla valere hanno matrice affatto diversa dall'inadempimento di un dovere.

---

[181] L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, cit., 14.

[182] G.U. RESCIGNO, *op. ult. cit.*, 48.

[183] Sulle responsabilità configurate da questo articolo v. P. CIARLO, *Commento all'art. 95*, (estratto dal volume *Il Consiglio dei Ministri*, II (Artt. 94-96) del *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. Branca), Bologna-Roma, 1987, 68 ss.

[184] G.U. RESCIGNO, *loc. ult. cit.*, 65 ss.

Accogliendo questa impostazione, se ne deduce che la sfiducia non è una sanzione giuridica perché ne mancano i principali presupposti logici: il dovere cui essa accede e il suo accertato inadempimento.

È facile, tuttavia, osservare che la sfiducia così come la mancata fiducia iniziale producono effetti ben precisi sul piano giuridico, perché fanno insorgere il dovere costituzionale per il Governo di rendere le dimissioni. Il dovere è sanzionabile con l'atto del Presidente della Repubblica di revoca dell'incarico [185], atto che produce sicure conseguenze giuridiche ed è sottoposto ad uno specifico regime giuridico [186].

Sicché il venir meno – o il non verificarsi affatto – della condizione cui la Costituzione collega la legittimazione del Governo rappresenta una causa di illegittimità della permanenza in carica di quest'ultimo ed è, al contempo, il fatto al cui verificarsi è condizionata l'insorgenza di un dovere costituzionale.

Si potrebbe tuttavia rilevare che il dovere in questione si impone non tanto al Governo quale organo, quanto ai suoi componenti che personalmente sono chiamati a rassegnare le dimissioni, ossia ad incidere con un atto di volontà sul rapporto funzionale fondato sull'atto di nomina e che li lega personalmente alla carica.

In effetti, è senz'altro vero che le dimissioni dalla carica incidono nella sfera giuridica soggettiva di colui il quale è stato preposto all'ufficio con l'atto di nomina del Presidente della Repubblica, ma non è difficile ravvisare l'identità dei due atti appena menzionati – nomina e dimissioni – per quanto concerne l'alterazione della sfera giuridica soggettiva della persona che è stata nominata componente del Governo.

Mentre la nomina arricchisce la sfera giuridica soggettiva della persona chiamata a ricoprire l'ufficio, le dimissioni producono effetti analoghi, ma di segno opposto.

Non ha alcuna utilità soffermarsi sul residuo arricchimento della sfera giuridica soggettiva che permane pur dopo la cessazione del rapporto, perché una prospettiva di questo tipo nulla aggiungerebbe a ciò che si sta esaminando.

Inutile sarebbe anche affrontare l'indagine muovendo dalla constatazione che siccome le dimissioni producono l'elisione di posizioni di vantaggio che si erano

---

[185] Sull'ammissibilità della revoca per atto del Presidente della Repubblica v. L. CARLASSARE, *Governo Parlamento e Presidente della Repubblica. Relazione generale*, in AA.VV., *Annuario 2001. Il Governo* (atti del XVI Convegno Annuale dell'A.I.C.), Padova, 2002, 84.

[186] Non sembra sia necessario dimostrare che la revoca è al contempo sia un atto modificativo di situazioni giuridiche soggettive (se osservato sotto l'aspetto delle conseguenze che si producono nella sfera giuridica personale dei componenti del governo revocato), sia determinante per la validità – o addirittura forse l'esistenza – degli atti eventualmente adottati dai componenti del Governo successivamente alla revoca. Sotto il profilo formale la sua adozione è disciplinata dalle regole generali che si impongono agli atti presidenziali e, sotto il profilo delle garanzie, l'atto di revoca sarebbe senz'altro impugnabile – profilo che appare meramente teorico – innanzi alla Corte costituzionale quale giudice dei conflitti tra poteri.

acquisite nella suddetta sfera giuridica soggettiva, esse si differenziano dall'atto di nomina perché quest'ultimo tali situazioni le aveva fondate: la titolarità di dette situazioni giuridiche di vantaggio è strettamente collegata alla posizione funzionale, sicché se le dimissioni fossero un dovere funzionale non farebbero altro che inverare il fatto al cui verificarsi è condizionata la cessazione di dette posizioni di vantaggio.

Quel che invece interessa è capire se ad adempiere al dovere di rassegnare le dimissioni è chiamata la persona o l'organo, atteso che le dimissioni sono normalmente considerate come un atto personale, quindi non delegabile, e dunque difficilmente qualificabile come strumento di esercizio di un dovere funzionale, piuttosto che personale.

Argomento, questo, che sembra insormontabile e che condiziona non poco la qualificazione del dovere.

Si potrebbe rilevare che le dimissioni svolgono una funzione che non si limita, in questo caso, a far cessare la posizione di preposizione personale all'ufficio, poiché lo scopo della loro doverosità consiste nell'assicurare che il Governo, come organo, possa condurre un'azione politica con il consenso della maggioranza parlamentare, condizione posta a fondamento della forma di governo prescelta.

Il rinnovo della sua composizione è, quindi, un rinnovo dell'organo che pur continuando senza soluzione di continuità ad esistere, viene così posto nelle condizioni di esercitare le sue funzioni.

Sarebbe, questa, una via attraverso cui riconoscere all'atto di dimissioni una funzione che si dipana nel contesto istituzionale, garantendo il funzionamento di una regola di organizzazione che dà forma ad un principio democratico, il che farebbe emergere il preminente rilievo istituzionale che sovrasta l'interesse personale, in un contesto nel quale il dovere personale intanto c'è, in quanto la persona è preposta all'ufficio, sicché proprio in ragione di questo suo *status* insorge nella sua personale sfera giuridica il dovere di rendere l'atto di dimissioni.

Ma quanto da ultimo rilevato non avrebbe la capacità di incidere sulla natura personale o organica del dovere, che si sostanzia in una prestazione che deve rendere la persona e non già l'ufficio.

Appare, però, chiaro che nel caso in esame ci si trova innanzi ad una fattispecie deontica disciplinata direttamente dalla Costituzione e rispetto alla quale poco conta l'intermediazione legislativa, alla cui eventuale presenza non può essere certo condizionato l'adempimento dell'obbligo di dimissioni o l'esercizio dei poteri sanzionatori in caso di inadempienza [187].

Si può in altri termini rilevare che quel ruolo di 'fabbrica dei doveri' che si è in precedenza esaminato riservato alla legge dall'art. 23 Cost. non riguarda tutti i doveri personali cui i singoli sono chiamati in ragione di un determinato *status*. A

---

[187] L. VENTURA, *Le sanzioni costituzionali*, cit., 117 e ss., esclude che si possa configurare in termini sanzionatori il potere di revoca dell'incarico governativo ai componenti di un Governo colpito da mozione di sfiducia.

tanto provvede anche direttamente la Costituzione che, come nel caso che si è osservato, non solo configura la fattispecie, ma vincola i singoli preposti all'ufficio attraverso l'art. 54, ossia attraverso il dovere di fedeltà alla Repubblica, il dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi, e il dovere di svolgere gli incarichi ai pubblici uffici con disciplina e onore.

4. Coercibilità dei doveri funzionali: responsabilità e sanzionabilità

Uno dei profili che si è più volte lasciato in sospeso è quello della possibilità di configurare delle sanzioni costituzionali comminabili nei confronti degli organi piuttosto che delle persone. È, questo, un aspetto delicato perché investe il tema della responsabilità. È evidente che la possibilità che una sanzione sia comminata in una sfera giuridica diversa di quella dell'autore dell'infrazione può costituire solo il risultato di un artificio giuridico in virtù del quale, per coerenza, si sposta su altri la responsabilità di un agente. Si potrebbero portare qui molti esempi di obblighi patrimoniali di garanzia assunti volontariamente (e tra enti, talvolta, per legge), ma anche molti casi di responsabilità 'oggettiva', soprattutto di natura patrimoniale, configurati nell'ordinamento giuridico, ma non sembra rilevante ai fini di quanto si sta per dire.

Se si nega natura sanzionatoria agli atti di ripristino della legalità costituzionale violata quando questi incidono sull'attività degli organi così come si è oggettivata, piuttosto che nella sfera giuridica della persona preposta all'organo, non si tiene conto di come è effettivamente articolato il sistema sanzionatorio costituzionale nel quale, nonostante tutto, prevalgono ancora i ruoli istituzionali alle persone che li occupano.

Sembra, invero, questa l'unica lettura possibile di casi come quello della già riportata sent. n. 200 del 2006 che ha risolto il conflitto tra Presidente del Consiglio e Ministro della Giustizia accertando la violazione di un dovere del Ministro, ma non certo ravvisandone responsabilità personali. Con tale sentenza, poi, non si sono nemmeno immaginate le soluzioni cui sarebbe incorso personalmente il Ministro in caso di reiterata inadempienza, anche perché non sarebbe stato compito della Corte. La Corte accerta e dichiara che «il Ministro non ha il potere di impedire la prosecuzione del procedimento », che, se richiesto dal Presidente, «il Guardasigilli ha l'obbligo di iniziare e concludere la richiesta attività istruttoria, formulando la relativa proposta», e infine che «il Guardasigilli, non potendo rifiutarsi di dare corso all'istruttoria e di concluderla, determinando così un arresto procedimentale, può soltanto rendere note al Capo dello Stato le ragioni di legittimità o di merito che, a suo parere, si oppongono alla concessione del provvedimento».

Insomma, vincolare l'adempimento alla responsabilità personale di chi è preposto alla funzione non è operazione necessaria per la configurazione dei doveri giuridici. Sembra proprio questa la prospettiva del giudice costituzionale che ha

anche precisato che «la sanzione penale», ossia la misura sanzionatoria che per definizione chiama in campo la responsabilità giuridica della persona, «non è l'unico strumento attraverso il quale il legislatore può cercare di perseguire la effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri, come quelli inerenti allo svolgimento di funzioni amministrative. Vi può essere uno spazio nel quale tali obblighi e doveri sono operanti, ma non assistiti da sanzione penale, bensì accompagnati da controlli e da responsabilità solo amministrative o politico-amministrative. Ed è anzi rimesso alla valutazione discrezionale del legislatore, nei limiti della ragionevolezza, valutare quando ed in quali limiti debba trovare impiego lo strumento della sanzione penale, che per sua natura costituisce extrema ratio, da riservare ai casi in cui non appaiano efficaci altri strumenti per la tutela di beni ritenuti essenziali (cfr. ad es. sentt. nn. 519 del 1995 e 341 del 1994)» [188].

La possibilità di collegare l'adempimento del dovere costituzionale alla responsabilità giuridica dell'organo che vi è tenuto non esclude che sia, al contempo, possibile configurare anche sanzioni specifiche a carico della persona che vi è preposta. La saldatura tra queste due diverse responsabilità, che investono aspetti diversi dell'adempimento al dovere, è possibile alla luce dei doveri proclamati dall'art. 54 Cost.

Il dibattito della dottrina in ordine alla portata dei doveri posti dall'art. 54 Cost. si snoda su alcune direttrici che tendenzialmente portano innanzitutto a distinguere il dovere di fedeltà dal dovere di osservanza della Costituzione e delle leggi [189] e dal dovere di cui al comma 2, riferito alla disciplina e all'onore con cui vanno adempiute le funzioni pubbliche da parte di chi vi è preposto [190].

Invero, la sovrapposizione dei due distinti doveri posti dal comma 1 dell'articolo, nel senso che l'obbligo di rispettare la Costituzione e le leggi sarebbe una mera specificazione del più ampio dovere di fedeltà [191] ovvero che il dovere di fe-

---

[188] Così si esprime la sent. n. 317 del 1996 (punto 2 del 'considerato in diritto').

[189] Su questo dovere già T. HOBBES, *Elementi di legge naturale e politica*, cit., 196 rilevava che «una legge e un patto si differenziano; e benché ambedue siano obbliganti, e una legge non obblighi altrimenti che in virtù di qualche patto stretto da colui che vi è soggetto, tuttavia obbligano mediante una promessa di obbedienza in generale, in base alla quale si fa dipendere il fatto che l'azione venga compiuta, o lasciata incompiuta, dalla determinazione di colui con il quale è stretto il patto. Cosicché la differenza tra un patto e una legge è la seguente: nei semplici patti, l'azione da compiere, o da non compiere, viene prima limitata e resa nota, e poi segue la promessa di fare o non fare; ma nel caso della legge, l'obbligazione di fare o non fare vien prima, e il chiarimento circa quel che va fatto o non fatto, segue dopo». … «il comando di colui che detta legge in una cosa detta legge in ogni cosa. Infatti, poiché un uomo è obbligato all'obbedienza prima che ciò che egli deve fare sia noto, egli è obbligato a obbedire in generale, vale a dire, in ogni cosa».

[190] Dovere, quest'ultimo, che la nota sentenza "Lockheed" resa dalla Corte in data 1° marzo-2 agosto 1979, qualifica come «dovere di fedeltà alla Repubblica che compete ai pubblici ufficiali, specie se investiti dalle più elevate funzioni».

[191] Così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 427.

deltà sarebbe compreso in quello di obbedienza, è stata criticata dalla dottrina che ha invece messo a fuoco in modo convincente l'autonomia concettuale del dovere di fedeltà da quello di osservanza della Costituzione [192] e delle leggi [193]. Si tratta, dunque, di due doveri distinti che operano su piani diversi [194].

Sembra utile rilevare che le difficoltà interpretative che si scontano derivano soprattutto dall'essere, quello formulato nell'art. 54, comma 1, Cost., "un principio",

---

[192] Per O. BEAUD, *La potenza dello Stato*, cit., 242 ss., «dire che la costituzione ha un carattere obbligatorio significa più concretamente che questa norma ha l'attitudine ad obbligare i suoi destinatari; in mancanza di obbedienza i destinatari si esporrebbero a una sanzione statale, che può implicare anche l'uso della forza. L'obbedienza ad essa è dunque il correlativo del carattere giuridicamente unilaterale della Costituzione, come l'obbedienza alla legge era collegata al suo carattere di comando. Come la legge del Principe, la Costituzione richiede dunque un'obbedienza preventiva e generale alla quale nessuno, salvo il suo autore, può sottrarsi». «Dato che la Costituzione è 'un corpo di leggi obbligatorie', l'iscrizione in seno ad essa di un dovere di obbedienza nel testo appare ridondante». «In materia costituzionale la menzione di un obbligo di obbedienza mira ad aggiungere all'obbligo l'intima convinzione, cioè il sentimento di obbligatorietà che faccia appello ad una specie di lealtà costituzionale, di fedeltà costituzionale. In altre parole intende tradurre in termini morali un obbligo giuridico per renderla più degna, più elevata». «L'obbedienza preventiva alla costituzione è anche un'obbedienza generale per ciò che riguarda i destinatari. Infatti, individuare quali siano le persone obbligate ad obbedire alla costituzione equivale a individuare i veri destinatari della costituzione. La grande innovazione dell'idea costituzionale risiede nel fatto di estendere ai governanti l'obbligo d'obbedienza alla norma suprema, dato questo che può essere corroborato facendo riferimento ai teorici e ai testi costituzionali. … L'eguaglianza dei governanti e dei governati risulta dunque dalla loro comune sottomissione alla Costituzione».

[193] Per la ricostruzione delle diverse posizioni v. G. LOMBARDI, voce *Fedeltà (dir.cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 165 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 57 ss.; di recente G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, III, 1132 ss.

[194] G. ZAGREBELSKY, *Principî e voti. La Corte costituzionale e la politica*, cit., 26, nota 7, distingue in modo netto tra dovere di fedeltà e osservanza della Costituzione e delle leggi, assumendo che «è impropria» la formula imperativa utilizzata dalla disposizione costituzionale per ciò che concerne l'osservanza della Costituzione e delle leggi, poiché «essa esprime con linguaggio di un legislatore che comanda il contenuto di un impegno autonomamente, contrattualisticamente, assunto nel momento dell'adozione della Costituzione o, ancor prima, della decisione comune di convocare un'Assemblea dotata di potere costituente. Questa è la radice degli obblighi di cui si tratta, non certo la forza normativa della Costituzione stessa. Chi ragionasse diversamente, prendendo alla lettera l'art. 54, sarebbe disposto a credere alla sensatezza delle proposizioni che pretendono di fondare la propria validità su se stesse». L'A., come si è già in precedenza sottolineato, ritiene che il dovere di fedeltà alla Repubblica abbia a che fare con il *pactum societatis*, l'osservanza di Costituzione e leggi con il *pactum subjectionis*.

Sul punto v. anche O. BEAUD, *op. ult. cit.*, 243, per il quale «dato che la costituzione è 'un corpo di leggi obbligatorie', l'iscrizione in seno ad essa di un dovere di obbedienza nel testo appare ridondante. … In materia costituzionale la menzione di un obbligo di obbedienza mira ad aggiungere all'obbligo l'intima convinzione, cioè il sentimento di obbligatorietà che faccia appello ad una specie di lealtà costituzionale, di fedeltà costituzionale. In altre parole intende tradurre in termini morali un obbligo giuridico per renderla più degna, più elevata».

trattandosi, invero, una di quelle previsioni costituzionali che richiedono specificazione legislativa per essere generalmente applicabili come diretta fonte di doveri.

Se questo è vero, si può allora dire che, così come da tutti i principi costituzionali, oltre alle loro possibili specificazioni sul piano della normazione e alle ulteriori applicazioni che se ne possono dare come canone d'interpretazione delle disposizioni normative vigenti, se ne può inferire un valore costituzionale [195]. La fedeltà alla Repubblica, infatti, non è solo un dovere dei cittadini, ma è innanzitutto un valore che informa di sé l'ordinamento e che, nella disposizione dell'art. 54 Cost. si traduce, oltre che in un principio, in uno specifico dovere di cittadinanza. Sicché, la fedeltà non è un vincolo per i soli 'cittadini', ma tutte le forme in cui si articola il pluralismo, sia sociale che istituzionale, intese nella loro soggettività giuridica.

Sembra, dunque, possibile estendere la portata del vincolo di fedeltà alla Repubblica anche agli organi e ai soggetti dell'ordinamento, e non tanto per effetto di quanto previsto dal comma 2 del medesimo art. 54 Cost., quanto per il valore cui deve necessariamente essere informata qualunque manifestazione di autorità o di libertà.

In questo articolo si può individuare sia il fondamento costituzionale per la sanzionabilità personale, anche di natura penale, di chi, preposto ad una pubblica funzione, la adempia senza 'disciplina e onore', ma anche il fondamento di sanzioni riferibili all'attività degli organi contrastante con il valore di fedeltà. In altri termini, l'art. 54, comma 2, Cost. consente di rafforzare le misure sanzionatorie che l'ordinamento può predisporre a garanzia dell'effettività del dovere di fedeltà quando questo coinvolge l'azione dei pubblici poteri, poiché alle sanzioni comminabili nei confronti degli organi se ne possono aggiungere altre, di carattere personale, per chi a quegli organi è preposto.

A ciò, poi, può aggiungersi che mentre per la specificazione dei doveri dei cittadini fondati su questo articolo e delle relative sanzioni è necessaria, come per tutti gli altri doveri individuali, la previsione legislativa, per quanto concerne i doveri funzionali la fedeltà, come dovere, si impone anche in assenza di specifica previsione di legge non solo agli organi ma anche alle persone che vi sono preposte.

In altri termini, l'art. 54 Cost. funziona da valvola di congiunzione tra quelle situazioni di svantaggio che attengono giuridicamente alla sfera soggettiva dei singoli, quindi alla libertà di autodeterminazione di questi, ma che ad essi si impongono per garantire l'assetto organizzativo e funzionale dell'ordinamento repubblicano.

È direttamente la Costituzione che disciplina questi doveri, li sottrae alle scelte legislative perché regole di sistema sulle quali non si vota.

---

[195] Sulla fedeltà come valore di recente A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, relazione al convegno *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale*, Capri 18-20 aprile 2006, paper, 16 ss.; ID., *Rigore costituzionale ed etica repubblicana*, *nel pensiero e dell'opera di Temistocle Martines*, intervento alla Tavola rotonda su *Rigore costituzionale ed etica repubblicana*, Roma, 26 maggio 2006, *paper*.

Parte II

INTERVENTI E COMUNICAZIONI

LA COOPERAZIONE INTERSOGGETTIVA TRA RIFORME MANCATE E RIFORME AUSPICATE

GIANLUCA BELFIORE *

SOMMARIO: 1. I rapporti fra Enti territoriali nell'originario assetto costituzionale e nella primissima giurisprudenza della Corte costituzionale. – 2. Carenze strutturali nella riforma del 2001. – 3. Le autonomie territoriali nella riforma del Titolo V. – 4. Organismi di raccordo nella (mancata) «controriforma». – 5. Valore degli atti delle Conferenze e prospettive *de jure condendo.*

1. I RAPPORTI FRA ENTI TERRITORIALI NELL'ORIGINARIO ASSETTO COSTITUZIONALE E NELLA PRIMISSIMA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

L'assetto degli enti territoriali nell'ordinamento repubblicano è andato progressivamente modificandosi rispetto al modello originariamente concepito dai Costituenti.

Se, infatti, è vero che l'impianto costituzionale generale continua a mantenere un valore che è frutto della lungimiranza dei Padri costituenti, deve pur ammettersi che la parte concernente l'organizzazione della Repubblica mostra gli effetti del tempo, non rispondendo pienamente alle mutate esigenze del Paese [1].

Non vuol dirsi che la Costituzione preveda un ordinamento accentrato, tutt'altro, i Padri costituenti e i primi interpreti del testo costituzionale bene avevano presenti i disagi derivanti da modelli organizzatori di tal specie, sicché, in quello che è stato definito lo «stadio infantile del consolidamento delle sfere di competenze garantite» [2], s'era improntato il rapporto fra «centro» e «periferia»

---

* Questa breve riflessione trae spunto dalla brillante relazione svolta da Andrea Gratteri in occasione del Convegno annuale del Gruppo di Pisa del 2006 e dagli interventi nei lavori di atelier del pomeriggio del 9 giugno.

[1] Di questo parere era già P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1, 1989, 473 ss.

[2] G. SILVESTRI, *La modifica del Banco di Sicilia davanti alla Corte: un caso di cooperazione "bilancia" fra Stato e Regione*, in *Le Regioni*, 1988, 1410 ss.

ad una rigida separazione. È, forse, questo il limite più rilevante che segnano le disposizioni costituzionali in materia di rapporti fra Stato, Regioni ed enti territoriali «minori».

Tuttavia, la norma fondamentale che fonda e anticipa la parte dedicata all'organizzazione territoriale della Repubblica è l'art. 5 Cost., che contempera, nella sua formulazione, due istanze fondamentali: il riconoscimento di sfere costituzionalmente garantite a Regioni ed enti locali e l'individuazione di interessi unitari facenti capo allo Stato quale ente esponenziale della collettività nazionale [3].

La compresenza, in detta disposizione, del principio autonomistico e di quello unitario, importa la necessità di individuare modi concreti per garantire il perseguimento di interessi relativi ai diversi enti territoriali, evitando una gerarchizzazione dei due elementi in quanto l'autonomia è pensabile solo nella cornice dell'unità, presuppone l'unità stessa e tanto più può essere promossa e garantita, quanto più saldo ed internamente coeso è l'ordinamento [4].

Nel 1958, quando l'articolazione territoriale della Repubblica era tutt'altro che completa, la Consulta, in una sentenza pionieristica, per la prima volta, evocava espressamente la «*collaborazione*» fra lo Stato e la Regione sottolineando che tale rapporto «è *del tutto normale* nel sistema delle nostre autonomie, sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa». A ben vedere, nella richiamata pronuncia si riscontra una embrionale enunciazione del principio di leale collaborazione; le esigenze di coordinamento inducevano infatti la Corte a ritenere che determinate attività amministrative (nel caso di specie si trattava di concessioni di pesca in acque del demanio marittimo) non possono essere esercitate «senza il consenso dell'Amministrazione statale competente» In particolare «poiché le norme statutarie hanno ripartito le funzioni fra lo Stato e la Regione sarda in modo che gli usi delle acque marittime sono riservati alla disciplina dello Stato – che è l'unico titolare del demanio marittimo – mentre gli interessi della pesca sono affidati alla competenza esclusiva della Regione, *è ovvia* l'esigenza d'una *stretta collaborazione* fra lo Stato e la Regione sarda, che regola l'attività della pesca» [5].

Anche se nella richiamata pronuncia, la Consulta non imputava alla collaborazione l'attributo «leale» (evitando, peraltro, un inutile pleonasma [6]), è di tutta chiarezza che il principio è lo stesso che, a seguito della Riforma del Titolo V della Costituzione, è enunciato dall'art. 120.

---

[3] C. Esposito, *Autonomie locali e decentramento amministrativo nell'art. 5 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 67 ss.

[4] Si veda in tal senso: P. Caretti-U. De Siervo, *Istituzioni di diritto pubblico*, VII ed., Giappichelli, Torino, 2004, 329 e G. Berti, *Articolo* 5, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione - Artt. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma,1975, 275.

[5] Sent. 14 luglio 1958, n. 49, su cui v. A. Gratteri, *La faticosa emersione del principio costituzionale di leale collaborazione*, in E. Bettinelli-F. Rigano (a cura di), *La riforma del Titolo V della Costituzione e la giurisprudenza costituzionale. Atti del seminario di Pavia svoltosi il 6-7 giugno 2003*, Torino, 2004, 416 ss.

2. Carenze strutturali nella riforma del 2001

Il principio di collaborazione trova espresso recepimento in Costituzione soltanto nel 2001, e parte della dottrina ha ritenuto che esso non abbia portata generale, perché contenuto in una disposizione relativa allo specifico meccanismo della sostituzione dello Stato alle Regioni e agli enti locali [7] Tale posizione è stata ampiamente criticata [8], ma rispondeva ad una precisa carenza della l. cost. n. 3 del 2001, che rivela un difetto di metodo: il legislatore della riforma, infatti, ha concepito un «federalismo» [9] assai strano perché basato sulla sola devoluzione di competenze [10].

Il Titolo V riformato soffre, appunto, dell'eccessiva fede posta nella ripartizione delle materie, cui consegue l'assenza di meccanismi di concertazione [11], clausole di flessibilità tali da poter consentire al livello superiore di governo di attirare «verso l'alto» la competenza per le questioni di interesse unitario [12]; manca, inoltre, la riforma dell'assetto bicamerale [13], né v'è menzione delle sedi strutturali dei raccordi istituzionali [14].

---

[6] Salvo che la locuzione "leale collaborazione", non serva a distinguere la collaborazione dalla contrattazione, come teorizzato da A. Spadaro, *Sui principi di continuità dell'ordinamento, di sussidiarietà e di cooperazione fra Comunità/Unione europea, Stato e Regioni*, in *Rivista trimestrale di Dir. pubbl.*, 4/1994, 1087 ss.

[7] A. Anzon, *La nuova distribuzione delle competenze e il regionalismo «duale»*, in *I poteri delle Regioni dopo la riforma costituzionale*, Torino, 2002, 195 ss.

[8] Per tutti v. S. Bartole, *Collaborazione e sussidiarietà nel nuovo ordine regionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2003, 579 e L. Violini, *Meno supremazia e più collaborazione nei rapporti tra i diversi livelli di governo? Un primo sguardo (non privo di interesse) alla galassia degli accordi e delle intese*, in *Le Regioni*, 5, 2003, 691 ss.

[9] Utilizziamo il termine "federalismo" rifacendoci alle intenzioni manifestate dal legislatore della riforma, anche nelle relazioni ai Disegni di Legge, non ignari delle precisazioni che si renderebbero necessarie stante l'impossibilità di collocare il nostro Paese nel novero degli "Stati federali", su cui v. p. es. S. Bartole-R. Bin-G. Falcon-R. Tosi, *Diritto regionale. Dopo le riforme*, Bologna, 2003, 45-58.

[10] A. Piraino, *Strumenti di coordinamento e sedi di raccordo nella prospettiva federale*, in *Nuove Autonomie*, 4-5/2005, 833 ss. e F. Cintioli, *Il problema delle incerte materie nel Titolo V della Costituzione*, in AA.VV., *La Costituzione Promessa*, a cura di P. Calderisi, F. Cintioli, G. Pitruzzella, Soveria Mannelli, 2004, 45 ss.

[11] V. P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Regioni*, 6, 2003, 1007 ss.

[12] V. F. Giuffrè, *Principio unitario e modello cooperativo nella transizione tra vecchio e nuovo regionalismo*, in Ida Nicotra (a cura di), *Scritti di Diritto costituzionale italiano e comparato*, 1 ss. e Id., *Unità e indivisibilità nella Repubblica delle autonomie*, in Ida Nicotra (a cura di), *Il tempo delle Riforme*, Roma, 2006, 119 ss.

[13] I. Nicotra, *Il Senato federale della Repubblica*, in Ida Nicotra (a cura di), *Il tempo delle Riforme*, Roma, 2006, 22 ss.

[14] Unica eccezione consiste nella previsione dei Consigli delle Autonomie locali, ai sensi del riformato art. 123, comma 4, Cost. su cui v. *infra*.

V. anche A. Chiappetti, *Il rebus del federalismo all'italiana*, Torino, 2004, 31 ss.

Tali lacune, denunciate *in primis* dalla Consulta [15] – che si è trovata a dovere svolgere un non richiesto né gradito ruolo di supplenza [16], del quale è stata onerata con una enorme mole di ricorsi per conflitto d'attribuzione e di legittimità in via d'azione – non hanno consentito il subentro di un modello pienamente federale al precedente modello di articolazione territoriale del potere [17].

Nel 2001 non era ancora maturata, presso il legislatore, la coscienza del fatto che un processo di federalizzazione non consiste in una semplice devoluzione di poteri, quanto, piuttosto, in una rinnovata modalità di unificazione dell'ordinamento fondata non sul principio statale di sovranità ma su quello repubblicano di sussidiarietà [18].

Laddove, infatti, si parla della sussidiarietà, non può che evocarsi, contemporaneamente, la collaborazione che, come è stato sostenuto, è il metodo della sussidiarietà [19].

3. Le autonomie territoriali nella riforma del Titolo V

La riforma del Titolo V, riconoscendo talune nuove importanti competenze legislative alle Regioni ed attribuendo l'esercizio delle funzioni amministrative, in prima istanza, ai Comuni, ha mutato l'equilibrio fino ad allora esistente fra enti. Tuttavia il legislatore della revisione costituzionale non ha pensato di fare da ciò conseguire la previsione di meccanismi di collaborazione o di costituzionalizzare gli organi, già allora esistenti, che perseguono il fine istituzionale di spingere i vari enti a collaborare.

La riforma costituzionale della XIV legislatura, che non è stata ratificata dal voto popolare, poneva alcuni rimedi alle omissioni del legislatore del 2001. Per

---

[15] Si distingue fra centinaia di sentenze in materia, la n. 303 del 2003, su cui v. per tutti A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia, Nota a Corte cost. n. 303 del* 2003, in *www.forumcostituzionale.it*.

[16] Il ruolo della Consulta in relazione alle modifiche del Titolo V, è stato, di recente, ottimisticamente definito «un compito arduo e pesante di tipo interpretativo e maieutico» da E. Balboni-P.G. Rinaldi, *Livelli essenziali, standard e leale collaborazione*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[17] T. Martines-A. Ruggeri-C. Salazar, *op. cit.*, 212.

[18] A. Piraino, *op. cit.*, *passim*.

A. Ruggeri non giustifica dette carenze asserendo che: «è davvero singolare che alcuni vizi originari, commessi al momento dell'edificazione dell'ordinamento repubblicano (e, però, forse al tempo imprevedibili), siano stati ripetuti malgrado non fosse da tempo mancata la loro segnalazione» in A. Ruggeri, *Quale "sistema" delle fonti dopo la riforma del Titolo V*, in *www.federalismi.it*.

[19] A. Spadaro, *op. cit.*, 1081.

quanto qui conta, si consideri che si voleva, anzitutto, modificare l'art. 114 eleggendo i principî di leale collaborazione e sussidiarietà a parametri generali d'esercizio delle funzioni degli enti componenti la Repubblica.

Parte della dottrina ha segnalato che tale modifica non avrebbe innovato alcunché [20], tuttavia riteniamo che la menzione di quei principi all'apertura del Titolo V, avrebbe potuto comportare una serie di conseguenze di un certo rilievo, tanto sul piano dell'*attività*, quanto su quello dell'*organizzazione* della Repubblica [21].

Se si legge l'organizzazione degli enti territoriali alla luce della riforma del 2001, risulta palese che il c.d. policentrismo legislativo – sebbene abbia consentito alle Regioni di produrre leggi su materie e con modalità diverse rispetto all'originario disegno – ha il difetto di non avere considerato gli enti territoriali c.d. «minori» nel circuito legislativo. Questi ultimi rimangono, infatti, enti d'amministrazione e sono sottoposti all'indirizzo politico che i legislatori (statale e regionali) definiscono. Questa impostazione «duale» dell'assetto territoriale contrasta con l'enunciazione dell'art. 114 Cost., che parrebbe riferirsi ad enti pariordinati.

La riforma del Titolo V ha gravato le autonomie territoriali del soddisfacimento degli interessi ivi allocati, fornendo loro le necessarie potestà amministrative, ma ha mancato di prevedere un sistema per il quale queste possano partecipare alla formazione della legge (regionale e/o statale) cui sono chiamate a dare attuazione. È questa una grave anomalia della riforma che non si può dire sia emendata dalla fumosa previsione dell'art. 123, comma 4, dove, come noto, si legge che «in ogni Regione, lo statuto disciplina il Consiglio delle autonomie locali, quale organo di consultazione fra la Regione e gli enti locali».

Parte della dottrina ha mostrato perplessità in ordine alla costituzionalizzazione di un organo cui ogni Regione può attribuire diverse connotazioni; ciò, infatti, implica la doverosità di riconoscere come «ugualmente costituzionalizzati» organi anche molto diversi tra loro, con il rischio di una «sostanziale violazione del principio di uguaglianza» [22].

In effetti il problema sollevato è di non poco momento: questi organi, conce-

---

[20] A. GRATTERI, *infra*.

[21] Per collaborazione sul piano dell'attività, ci si riferisce alla circostanza per cui ogni istituzione cui è attribuita una qualche funzione volta al raggiungimento del bene comune non possa operare estraniandosi dalla trama dei rapporti fra enti, dovendosi, piuttosto, confrontare con gli altri soggetti, latori di interessi diversi per addivenire a soluzioni concertate secondo procedure proprie dell'organizzazione pluralista. Per collaborazione sul piano dell'organizzazione ci si rifà, invece, alla necessità di sedi operative, ove la leale cooperazione si concreti in atti; sedi permanenti il cui fine precipuo è indurre i diversi protagonisti dell'ordinamento a collaborare. Similmente distingue la collaborazione in «statica» e «dinamica» D. GALLIANI, *Riflessioni sul principio e sugli strumenti della collaborazione (costituzionale) tra Stato e Regioni*, in *Quaderni regionali*, 1, 2005, 89 ss.

[22] G.U. RESCIGNO, *Consiglio delle autonomie locali e Costituzione*, in *Pol. del dir.*, 2003, 248.

piti nella riflessione della dottrina [23], sono stati accolti dal legislatore della revisione costituzionale, «persuaso della loro importanza, ma non parimenti determinato nel dare ad essi una precisa e nitida identità» [24].

In tal senso sembra degna di nota l'opzione del legislatore siciliano di istituire due organismi di raccordo: il Consiglio delle Autonomie Locali [25] e la Conferenza Regione-Autonomie locali [26]. Il primo è organo di raccordo per l'esercizio della funzione legislativa, l'altro è finalizzato alla collaborazione all'attività di governo.

4. Organismi di raccordo nella (mancata) «controriforma» [27]

Ma prima ancora di creare un nuovo organo, sarebbe stato opportuno che il legislatore avesse conferito dignità costituzionale al Sistema delle Conferenze [28], magari procedendo anche alla creazione del Senato federale. Ad entrambe le esigenze tentava di fornire risposte – sebbene alquanto discutibili – la riforma della Parte II della Costituzione, che non ha superato la prova referendaria.

Riteniamo che, a prescindere dal responso delle urne, sia utile prendere ad esame il contenuto di un provvedimento che è stato oggetto di un vasto dibattito parlamentare e sul quale non potranno che essere apportarti miglioramenti in vista di una indispensabile riforma della Parte II.

In quel testo si prendeva atto dell'importante ruolo svolto, a partire dagli anni Ottanta, dal Sistema delle Conferenze [29], riconoscendo ad esso espressa men-

---

[23] Il riferimento è a R. Bin, *L'amministrazione coordinata e integrata*, in *Le Regioni*, 2002, 1009.

[24] A. Gentilini, *Sussidiarietà verticale e Consiglio delle autonomie locali*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 910.

[25] Questo era l'intento del legislatore della XIII legislatura V., in tal senso, l'art. 39 del *«Disegno di legge-voto da sottoporre al Parlamento nazionale, ai sensi dell'articolo 18 dello Statuto, recante «Modifiche all'articolo 116 della Costituzione», Approvato dall'Assemblea regionale siciliana il 30 marzo 2005* e il d.d.l. reg. n. 1085/2005.

[26] Organo da ultimo regolato nell'art. 100 della l. reg. 26 marzo 2002, n. 2.

[27] L'espressione è stata coniata da A. Ruggeri, *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovverosia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, in *www.forumcostituzionale.it*.

[28] Sul sistema delle Conferenze v. la ricostruzione di T. Martines-A. Ruggeri-C. Salazar, *Lineamenti di diritto regionale*, VI ed., Milano, 2002, 99 ss.

[29] Un organo cui la dottrina ha continuato a riconoscere un ruolo determinante per il destino del federalismo» italiano in considerazione del fatto che la l. cost. n. 3 del 2001, uno dei pochi tasselli che non ha toccato è quello istituzionale, mancando qualsiasi riferimento alla Camera delle Regioni. Così I. Ruggiu, *La Conferenza Stato-Regioni nella XIII e XIV legislatura*, in *Le Regioni*, n. 1, 2003, 196 ss.

zione in Costituzione, sicché l'art. 118, comma 3 del Testo novellato, avrebbe previsto che una «legge bicamerale» «istituisce la Conferenza Stato-Regioni per realizzare la leale collaborazione e per promuovere accordi ed intese» e nel comma successivo che «per le medesime finalità, può istituire altre Conferenze tra lo Stato e gli enti di cui all'articolo 114».

La *costituzionalizzazione diretta ed indiretta del sistema delle conferenze*, insieme all'introduzione del Senato federale, avrebbe colmato la più vistosa lacuna istituzionale contenuta nella l. cost. n. 3 del 2001 di riforma del Titolo V, che aveva mancato di prevedere le sedi strutturali dei raccordi istituzionali. La visione sottesa a tali previsioni – come già ricordato – consiste nella maturata consapevolezza del fatto che un processo di federalizzazione non è dato da una semplice devoluzione di poteri, quanto, piuttosto, da una rinnovata modalità di unificazione dell'ordinamento fondata non più sul principio statale di sovranità ma su quello repubblicano di sussidiarietà [30].

Prescindendo dai rilievi assai critici mossi da più parti al Senato federale ivi concepito [31], occorre considerare le perplessità espresse da autorevole parte della dottrina circa la *coesistenza della Camera federale e della Conferenza Stato-Regioni*. È, infatti, stato sostenuto che tale assetto avrebbe potuto comportare una sorta di «tricameralismo» (Camera dei Deputati – Senato federale – Conferenza Stato-Regioni) che avrebbe svuotato di significato la sede parlamentare [32].

Altra parte della dottrina ha, però, sottolineato come tale obiezione risponda ad una superata idea di «federalismo legislativo», in virtù del quale se è a livello di definizione della legge che avviene la concertazione fra Senato, Regioni ed Istituzioni locali, sarebbe lesiva dell'efficienza del sistema la previsione di una sede di raccordo nella fase discendente-esecutiva del processo decisionale [33].

L'impostazione sposata nella riforma si basa, invece, sull'opportunità di costituire una organizzazione federale a «doppio binario», tanto nel circuito della legislazione, quanto in quello dell'amministrazione. Se si riconosce, infatti, che il processo federale tende alla riorganizzazione su base collaborativa dell'intero pubblico potere, non si capisce perché ciò dovrebbe avvenire in relazione alla funzione legislativa e non anche a quella di governo.

È stato evidenziato come dall'introduzione della elezione diretta dei vertici delle amministrazioni locali e regionali è conseguita una loro autonoma funzione di governo che non può essere ricondotta ad un fondamento parlamentare (che, in effetti, non ha). L'inserimento della funzione di governo nella dinamica federale della concertazione avrebbe potuto rispondere alla necessità di evitare la

---

[30] A. Piraino, *La costituzionalizzazione (diretta e indiretta) del sistema delle conferenze (Art. 118.3)*, in *www.federalismi.it*.

[31] V. sul punto I. Nicotra, *Il Senato federale …*, cit., *passim*.

[32] T.E. Frosini, *Quella leale collaborazione fra lo Stato e le Regioni*, in *Ammin. civ.*, 1.2005, 46 ss.

[33] A. Piraino, *La costituzionalizzazione …*, cit.

«fuga del potere dalle sue responsabilità che la sola sede parlamentare, anche con l'esercizio di una funzione legislativa concertata, non è in grado di far valere» [34].

D'altronde il panorama internazionale degli Stati federali, e quasi federali, è connotato dalla presenza di strumenti di raccordo intergovernativo che si affiancano alle sedi istituzionali di rappresentanza territoriale, costituendo la prima espressione di un federalismo di natura cooperativa [35].

Delineato il motivo della conciliabilità di un modello che prevede una Camera territoriale e sistemi di raccordo intergovernativi, occorre precisare che nella revisione proposta dalla passata legislatura, il richiamato art. 118 della novella avrebbe reso obbligatoria l'istituzione della sola Conferenza Stato-Regioni. Sicché la Conferenza Stato-Regioni sarebbe stato organo costituzionalmente necessario («la legge, approvata ai sensi dell'art. 70, comma 3, *istituisce* la Conferenza Stato-Regioni per realizzare la leale collaborazione e per promuovere accordi ed intese»), mentre l'istituzione delle altre conferenze sarebbe stata demandata alla discrezionalità del legislatore (il quale «*può istituire* altre Conferenze tra lo Stato e gli enti di cui all'articolo 114») [36].

È stato ritenuto che una simile scelta non sarebbe stata consona rispetto ad un sistema che dovrebbe tendere a rappresentare gli interessi di tutti i livelli territoriali: un sistema di concertazione governativa, inteso come sede di definizione dell'indirizzo politico-amministrativo del Paese, presupporrebbe che in esso siano rappresentati tutti i diversi livelli territoriali. In tal senso, sarebbe stato forse più opportuno riconoscere un ruolo centrale alla Conferenza Unificata dove sono rappresentati gli enti facenti capo ai diversi ambiti territoriali [37]. D'altronde bisogna rilevare che a questa scelta avrebbe potuto portare anche la particolare composizione della Conferenza Unificata [38].

È stato segnalato che il Senato pensato nella riforma del 2006 non era propriamente federale (quanto piuttosto *regionale*) a causa della sua composizione

---

[34] A. Piraino, *op. ult. cit.*

[35] C. Bassu, *La Conferenza Stato-Regioni nella riforma costituzionale*, in *www.federalismi.it*.

[36] Per completezza occorre dar conto del fatto che nella riforma della Parte II v'era una previsionee inerente alle funzioni delle Conferenze. L'art. 118, comma 3 indirizzava teleologicamente le Conferenze «per realizzare la leale collaborazione e per promuovere accordi ed intese». Il legislatore avrebbe voluto evitare che tali sedi fossero utilizzate soltanto a fine consultivo (rendere pareri su atti predisposti dallo Stato), quanto, piuttosto, anche e prevalentemente per addivenire a politiche concertate e codeterminate (mediante intese ed accordi).

[37] A. Piraino, *Strumenti di collegamento …*, cit., *passim*.

[38] Tale organo è composto dai membri della Conferenza Stato-Regioni e dai membri della Conferenza Unificata. Va rilevato che i rappresentanti della Conferenza Stato-Città e autonomie locali, contrariamente a quelli della Conferenza Stato-Regioni, sono scelti in base a criteri non direttamente rispondenti ai requisiti che s'impongono nei sistemi di democrazia rappresentativa (i presidenti di ANCI, UPI, UNCEM, e i sei presidenti di provincia e i quattordici sindaci designati dalle rispettive associazioni non hanno, infatti, alcuna diretta legittimazione da parte del corpo elettorale per il ruolo che vanno a ricoprire in Conferenza).

che risentiva della superata visione del federalismo *duale*, ovvero di un federalismo che si basa sul rapporto fra due soli livelli territoriali: Stato e Regioni [39]. Tale configurazione della Camera alta è da ritenersi errata nella misura in cui già l'art. 114 Cost. riformato nel 2001 afferma che la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. Ciò significa che ognuno di questi soggetti dovrebbe essere considerato quale parte integrante di un ordinamento policentrico che si basa su sistemi di raccordo «multilivello».

Per quanto sopra avevamo giudicato opportuna la coesistenza del Senato federale e del sistema delle Conferenze; soluzione, questa, che incarna il suddetto «doppio binario» di organizzazione federale. In virtù di tale principio, infatti, il Senato avrebbe avuto la funzione di fare partecipare gli enti territoriali alla funzione legislativa nazionale, mentre le Conferenze avrebbero consentito di coinvolgere gli enti nella definizione dell'indirizzo politico-amministrativo della Repubblica [40].

5. Valore degli atti delle Conferenze e prospettive *de jure condendo*

Altra materia d'interesse è relativa al valore da ricondurre alle risoluzioni adottate in sede di Conferenza. È da chiedersi se esse abbiano una forza meramente politica, ovvero giuridica e quale grado di vincolatività abbiano nei confronti del soggetto che ne è destinatario [41].

Pare opportuno distinguere, in tal caso, le leggi e gli altri atti aventi forza di legge il cui *iter* è delineato in Costituzione, dalle fonti secondarie e dagli atti amministrativi il cui *iter* poggia sulla legge ordinaria.

Nel primo caso è chiaro che qualsiasi tipologia di atto delle Conferenze non può essere vincolante per il legislatore, né si può lamentare la lesione del principio collaborativo in virtù della mancata richiesta di un parere, perché, mutuando le parole della Corte costituzionale nella sent. n. 196 del 2004 «non è individuabile un fondamento costituzionale dell'obbligo di procedure legislative ispirate alla leale collaborazione tra Stato e Regioni». Per dirlo in altri termini: leggi e atti aventi forza di legge seguono un *iter* di formazione espressamente regolato in Costituzione. Pertanto, ogni aggravamento procedurale deve essere disposto dalla Costituzione.

Nel secondo caso, invece, può farsi dipendere la validità di un atto dalla pre-

---

[39] Vedi per tutti I. Nicotra, *Il Senato federale …*, cit.

[40] Ci sia consentito rinviare a G. Belfiore, *I "luoghi" della leale collaborazione e della sussidiarietà*, in I. Nicotra (a cura di), *Il tempo delle Riforme*, cit., 141 ss.

[41] Questo profilo della problematica è affrontato in maniera dettagliata da R. Carpino, Evoluzione del sistema delle Conferenze, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 1, 2006, 13 ss.

via deliberazione degli organismi di raccordo, purché la fonte sulla produzione sia di rango sovraordinato rispetto alla fonte di produzione. In queste ultime fattispecie si è distinto non solo fra pareri, accordi e intese, sibbene anche fra intese forti e deboli [42].

Qui, tuttavia, non si vuole entrare nelle specifiche distinzioni inerenti ai vari documenti con cui si esprimono le Conferenze, è nostro intento soltanto provocare chi legge su due questioni: 1) se l'art. 114 Cost. avesse recitato «la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato *che esercitano le loro funzioni secondo i principi di leale collaborazione e di sussidiarietà*», non sarebbe stato più semplice flettere i criteri competenziali, mediante meccanismi collaborativi, nell'ottica di un ordinamento compiutamente federale? 2) con l'istituzione di un Senato federale volto alla cooperazione nel circuito della legislazione e l'affidamento della cooperazione governativo-amministrativa al sistema delle Conferenze non si sarebbe potuta realizzare quella maggiore vicinanza fra amministratori e amministrati che è necessaria all'efficienza e alla funzionalità di un sistema pluralista?

De jure condendo si ritiene imprescindibile il rafforzamento del principio di collaborazione tanto sul piano dell'attività, quanto su quello dell'organizzazione istituendo un bicameralismo differenziato con una Camera rappresentativa delle autonomie, la costituzionalizzazione del sistema delle Conferenze, e l'elevazione della cooperazione a criterio generale d'esercizio delle funzioni repubblicane, unica garanzia di un contatto più stretto fra centro e periferia. Nell'attesa [43], potrebbe comunque darsi attuazione all'art. 11 della l. cost. n. 3 del 2001, costituendo, finalmente, la Commissione integrata per gli affari regionali [44].

---

[42] S. AGOSTA, *Dall'intesa in senso debole alla leale cooperazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in *www.federalismi.it*.

[43] Che, specie per l'istituzione della Camera delle autonomie, potrebbe essere assai prolungata nel tempo, anche in considerazione del c.d. "paradosso del riformatore", su cui v. G. ZAGREBELSKY, *I paradossi della riforma costituzionale*, in *Politica del diritto*, 165 ss., ora anche in G. ZAGREBELSKY-P.P. PORTINARO-J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, 293 ss.

[44] Su cui vedi l'ampia trattazione di A. RUGGERI, *La Commissione parlamentare per le questioni regionali, tra le forti delusioni del presente e la fitta nebbia del futuro*, in *www.federalismi.it*.

ESSERE «COSTITUZIONALMENTE» FEDELI NEGLI STATI UNITI

A colloquio con Bruce Ackerman

Anna Silvia Bruno

Sommario: 1. Fedeltà come dovere o come fede. – 2. Il modello della *Moral Reading* come ipotesi di fedeltà costituzionale. – 3. Fedeltà al testo e vincoli del contesto. Verso i rischi dell'originalismo. – 4. L'ombra del positivismo nella *Fidelity through history*. – 5. *Constitutional Fidelity as synthesis*. A colloquio con Bruce Ackerman.

1. Fedeltà come dovere o come fede

Solitamente, l'elemento fondante di una fedeltà costituzionale democratica è costituito dall'eterna dialettica tra *il contenuto specifico del comportamento* dei soggetti dell'ordinamento ed *i fini fondamentali* dell'ordinamento stesso, alla luce del *valore storico* della Costituzione e delle *linee evolutive* della prassi [1]. Nel contesto statunitense, questo tema si mostra in una complessità diversa, in quanto si caratterizza come parametro di una continua tensione tra la *fede degli americani nella legittimità della loro Costituzione* e la *fede nella legittimità della democrazia* in sé [2]. Il supporto principale per una ricerca di un atteggiamento costituzionalmente fedele risiede nel testo della Costituzione, simbolo dell'identità del popolo americano in qualità di "potere costituente" [3], nel contesto e nell'intento dei costituenti (*Framers*).

---

[1] In questo senso, M. Carducci, *L'«accordo di coalizione»*, Padova, 1989, 104 ss. in cui la fedeltà ai principi costituzionali è il parametro di valutazione della democraticità di un rapporto tra organi.

[2] R.A. Dahl, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, trad. it., Roma-Bari, 2003, 29.

[3] S. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, trad. it., Bologna, 2003, 38. Il Preambolo della Costituzione degli Stati Uniti d'America si propone di creare un governo eletto dal popolo, espressione diretta della sua sovranità; dichiara di voler «creare una nazione attraverso parole». Sull'origine della Costituzione degli Stati Uniti ed in particolare sui concetti di libertà e

Il dovere di fedeltà costituzionale, nel riconoscimento di valori comuni, si fa carico della democraticità tra i cittadini nei confronti della legge suprema, delle esigenze di legalità e delle istanze di legittimità [4]. Tuttavia, le questioni sottese all'attuazione della fedeltà costituzionale richiedono un confronto con aspetti storici, culturali determinati di ciascun ordinamento. È necessario valutare i rischi inerenti ad una *legalized Constitution* interpretata e applicata secondo i canoni utilizzati per la legge ordinaria [5]; nonché quelli legati ad una Costituzione che, in quanto struttura del sistema politico, è incline a piegarsi agli interessi di quest'ultimo; quelli inerenti al bisogno del popolo americano di riconoscere un'autorità definita in un sistema di *common law*; infine, quelli connessi alla distinzione tra le modifiche formali o legali (secondo la procedura prevista dall'art. V Cost. americana) e quelle informali o politiche alla base di trasformazioni costituzionali.

Al tema è stato dedicato il Symposium "Fidelity in Constitutional Theory" tenutosi nel Febbraio del 1996 presso la Fordham University di New York. Le relazioni di apertura del convegno costituiscono i fili conduttori del presente lavoro che si conclude con l'intervista a Bruce Ackerman [6], portatore di una idea di fedeltà come sintesi di periodi costituzionali. All'interno di tali periodi, avvenimenti determinati dall'azione "infedele" tanto degli interpreti costituzionali (Corte Suprema), quanto dei soggetti politici (Presidente e Congresso) hanno trasformato profondamente l'assetto giuridico-sociale del Paese. Dall'intervista emerge, infatti, la volontà dello Studioso di cogliere mutamenti radicali, determinati dalla volontà del popolo piuttosto che dalla ricerca di un atteggiamento fedele, inadeguato rispetto ai tempi ed alle esigenze dei cittadini. La teoria dei momenti costituzionali favorisce, inoltre, l'analisi comparativa attraverso le c.d. variabili dipendenti [7] (le rivoluzioni, i movimenti sociali, …) strumentali non alla individuazione della causa che ha determinato l'avvenimento, ma ad una sua più ampia comprensione fondata sulla ricognizione e sull'osservazione.

---

proprietà di derivazione inglese, F. McDONALD, *Novus ordo seclorum*, Kansas, 1985, 12 ss.; G. BOGNETTI, *Il pensiero filosofico giuridico nord-americano nel XX secolo. I fondatori Holmes*, *Pound*, *Cardozo*, Milano, 1958.

[4] Così M. CARDUCCI, *op. cit.*, 115 ss.; L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984, 43; G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, Torino, vol. III, 523 ss.; A. MORELLI nella sua relazione.

[5] Si veda M. GRIFFIN, *op. cit.*, 46, nt. 28.

[6] L'intervista si è svolta durante il soggiorno presso la Cardozo Law School di New York. In quell'occasione mi è stata offerta la possibilità di partecipare alle lezioni di B. Ackerman, Sterling Professor of Law & Political Science all'Università di Yale.

[7] B. GUY PETERS, *La politica comparata - Teorie e metodi*, trad. it., Bologna, 2001, 39 ss.

2. Il modello della *Moral Reading* come ipotesi di fedeltà costituzionale

Il percorso scelto da R. Dworkin per una teoria di fedeltà costituzionale [8] mira a realizzare quel canone di integrità secondo il quale il rapporto con il testo della Costituzione non può considerarsi fine a se stesso. L'interprete che ricerca la migliore concezione possibile di fedeltà costituzionale è chiamato ad un necessario tentativo di conciliazione delle fonti cui egli attinge: accanto al documento costituzionale nella sua struttura portante, comprensivo delle clausole in esso inserite ed alle quali rivolge una particolare attenzione, egli guarda alla tradizione determinata dalle *past constitutional practices* e dalle *past judicial decisions* [9].

In questa direzione muove quella che Dworkin definisce *Constructive Interpretation* tesa all'analisi del significato migliore che si può trarre da un avvenimento storico colto attraverso le particolarità della sua scrittura o della sua narrazione, attraverso le caratteristiche del contesto e le specificità dell'occasione. L'oggetto dell'indagine è la Costituzione, il significato delle sue parole da cui emerge l'intenzione degli Autori o, meglio, il significato delle loro intenzioni. In questo senso, già nel volume *A matter of interpretation* [10] era stata formulata una prima distinzione tra intenzione semantica (con riferimento a ciò che i Padri Fondatori intendevano dire) ed intenzione politica o di aspettativa (ossia ciò che i *Framers* si aspettavano come conseguenza delle loro parole) [11]. La compenetrazione tra diritto e politica nel contesto statunitense rende instabile e mutevole un significato che aspira ad essere originario, inducendo Dworkin ad utilizzare l'interpretazione semantica al fine di "attribuire un senso" all'intera struttura del testo, di conoscerne il contenuto analizzando ciò che i *Framers* "hanno fatto quando lo hanno fatto" [12]. L'intenzione semantica, per un verso aiuta a scoprire ciò che è in sintonia con il testo e le sue ambiguità; per altro gli consente di aprirlo a nuove opzioni interpretative in un'ottica di armonia. In questo processo, però, l'Autore mette in guardia dalle circostanze che potrebbero portare l'interprete costituzionale a dubitare dell'atteggiamento fedele come il migliore possibile: in questo senso, esigenze di giustizia che emergono dal linguaggio generale ed astratto dei principi costituzionali facilitano il riconoscimento di alcuni diritti ma allo stesso tempo concedono ai giudici un margine troppo ampio per condannare la legge che sembra ingiusta [13].

---

[8] R. Dworkin, *Arduous virtue of fidelity: Originalism*, *Scalia*, *Tribe and Nerve*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1249.

[9] R. Dworkin, *op. cit.*, 1249.

[10] A. Scalia, *A Matter of Interpretation - Federal Courts and the Law*, Princeton, 1997, 119, in particolare, la distinzione riguardava l'Originalismo.

[11] R. Dworkin, *L'impero del diritto*, trad. it., Milano, 1989, 368.

[12] R. Dworkin, *Arduous virtue of fidelity*, cit., 1260.

[13] Si pensi, a questo proposito, all'interpretazione del XIV Emendamento fornita dalla

In altre circostanze, invece, l'atteggiamento fedele alla Costituzione potrebbe essere ostacolato da esigenze di democrazia. Un atteggiamento democratico, infatti, richiede che le questioni fondamentali di moralità politica siano sottoposte alla volontà del popolo piuttosto che adottate dai giudici in ossequio alla fedeltà, per cui, d'accordo con quanto è ritenuto democratico, si potrebbe, talvolta, optare per una soluzione infedele; e, dal momento che nel sistema statunitense l'autorità ultima della interpretazione costituzionale è quella dei giudici, nella lettura di importanti clausole astratte le corti dovrebbero manifestare un atteggiamento cauto di fedeltà.

Evidentemente, molto dipende da cosa si intende per democrazia. Democratico può essere tutto ciò che è deciso dalla maggioranza, tale per cui anche lo schema della *judicial review* può risultare anti-democratico qualora non siano approvati giudizi di moralità politica sostenuti dalla maggioranza [14]. L'idea di democrazia, d'altra parte, può conciliarsi con una forma di auto-governo costituita da coloro che agiscono insieme in qualità di membri di una cooperativa *joint venture*, ciascuno ugualmente legittimato a proporre un'azione. D'accordo con questa costruzione, «*majority rule is democratic only when certain prior conditions – the democratic conditions of equal membership – are met and sustained … The majority has no title to govern unless the conditions are satisfied*» [15].

In particolare, le condizioni necessarie per costituire quella che Dworkin definisce *Constitutional Democracy* sono tre. La prima trova tutela nel I Emendamento (1791)[16] della Costituzione americana, secondo il quale non può esserci democrazia, concepita in termini di associazione *joint venture* e di autogoverno, se a tutti i cittadini non è garantita l'opportunità di avere un uguale ruolo nella vita politica, comportando ciò non solo un'uguaglianza di privilegi ma anche la stessa possibilità di esprimere le proprie opinioni nelle deliberazioni pubbliche formali e nei cambiamenti morali informali. La seconda rientra nella *Equal Protection Clause* del XIV Emendamento (1868) [17] per cui non può

Corte Warren con la sentenza *Brown vs. Board of Education* che ha avviato il processo di integrazione razziale. La decisione non fu accolta pacificamente in considerazione del fatto che la segregazione razziale non poteva essere ritenuta incostituzionale perché non era espressamente vietata in alcuna parte della Costituzione. Sul punto, R. DWORKIN, *L'impero*, cit., 34 ss.; L.H. TRIBE-M.C. DORF, *Leggere la Costituzione – una lezione americana*, trad. it., Bologna, 2005, 18 ss.

[14] L'analisi del governo della maggioranza è critica e puntuale in R.A. DAHL, *op. cit.*, 27 ss.

[15] R. DWORKIN, *Arduous virtue of fidelity*, cit., 1264-1265.

[16] «Il Congresso non potrà fare alcuna legge per il riconoscimento di qualsiasi religione, o per proibirne il libero culto; o per limitare la libertà di parola o di stampa; o il diritto che hanno i cittadini di riunirsi in forma pacifica e di inoltrare petizioni al Governo per la riparazione di torti subiti».

[17] «… Nessuno Stato rifiuterà a chicchessia nei limiti della sua giurisdizione l'eguale protezione delle leggi».

esserci democrazia se a tutti i cittadini non è riconosciuto un uguale diritto di partecipare alla vita di governo affinché siano considerati gli interessi di tutti e tutti nello stesso modo a tutela dell'interesse collettivo. La terza condizione, infine, rientra tanto nel I Emendamento quanto nella *Due Process Clause* del V (1791) e del XIV Emendamento [18], per cui, può parlarsi di democrazia solo nel caso in cui sia garantita a tutti una sfera privata all'interno della quale ciascuno è libero di prendere le migliori decisioni etiche e religiose, responsabile verso la propria coscienza ed il proprio giudizio, ma non nei confronti della maggioranza.

Possono infine verificarsi casi in cui la fedeltà ceda davanti al c.d. *Legal Pragmatism*. Assecondando tale approccio, i giudici dovrebbero prendere decisioni corte, attente e sperimentali al fine di adottare quella che è ritenuta la decisione migliore per la società, cercando di scoprire cosa funziona in concreto, piuttosto che dedurre soluzioni da grandi e astratte questioni di principio che la fedeltà al testo costituzionale richiederebbe. I giudici dovrebbero concentrarsi su circostanze attuali e limitate di casi particolari con l'obiettivo di intervenire sugli interessi emersi, mentre la legge costituzionale, come qualsiasi altra legge, dovrebbe crescere lentamente, in modo incrementale, secondo analogie piuttosto che per grandi principi, avanzando passo dopo passo, valutando poco a poco qual è il modo per funzionare meglio. Se fedeltà ad una Costituzione astratta comporta per i giudici la costruzione di interpretazioni su larga scala di grandi principi morali [19], viceversa, per esigenze di effettività e concretezza, il pragmatismo suggerisce di essere il più informati possibile e di guardare alle conseguenze prodotte dalla decisione presa. Sebbene l'idea di valutare i traguardi che una comunità politica intende perseguire attraverso il supporto della legge, compresa quella costituzionale, sia sicuramente valida, sintomo degli obiettivi che essa vuole realizzare, il problema principale riguarda i mezzi attraverso cui perseguirli ed i principi da rispettare.

La difficoltà, cioè, non risiede nella incapacità di individuare le conseguenze di una scelta ma nel fatto di non sapere se queste conseguenze siano oggettivamente dei miglioramenti o piuttosto dei "passi indietro" rispetto alla situazione di partenza in un determinato contesto [20]. In queste circostanze, il serio consiglio di un pragmatista – quale pratico, empirico avvertimento di prudenza – si manifesta privo di valore e l'ipotesi di proseguire esclusivamente secondo analogia piuttosto che in base a principi generali non risulta di nessun aiuto, dal momen-

---

[18] «… Nessuno Stato priverà alcuna persona della vita, della libertà o della proprietà se non in seguito a regolare procedimento legale».

[19] In questo senso O.W. HOLMES, *The Common Law*, 1881, in *3 The Collected Works Of Justice Holmes*, Boston, 1995: «*Life of the law is not logic but experience*».

[20] La teoria morale dei fini e dell'oggetto della Costituzione proposta da R. Dworkin, è ripresa da N. MACCORMICK-O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, trad. it., a cura di M. La Torre, Milano, 1990, 217 ss.

to che «*analogies without principles are blind*»[21]. Sebbene l'intenzione semantica rappresenti il primo sostegno della sua teoria, la ricerca di una «*right answer*» da parte della lettura morale di Dworkin, distinta da una lettura storica, considera le parole della Costituzione in senso astratto – avendo esse un significato in sé piuttosto che un senso in armonia con le intenzioni dei *Framers* o dei *Ratifiers*[22] – ed i principi generali l'unico parametro di riferimento nella valutazione del funzionamento di una determinata decisione.

3. Fedeltà al testo e vincoli del contesto. Verso i rischi dell'originalismo

Il tentativo di conciliare l'atteggiamento fedele dell'interprete con i mutamenti di significato del testo – colto in una prospettiva di sincronia in cui esso è interpretato in considerazione del contesto, delle circostanze contingenti ed in una di diacronia in cui il testo costituzionale letto in un tempo "x" assume un certo significato e in un tempo "y" ne assume uno diverso – è il punto di partenza della tesi della fedeltà costituzionale come attività di traduzione. Infatti, ciò che viene dal passato, per il fatto di essere scritto in un linguaggio e in un tempo differente, richiede di essere tradotto per essere compreso nella sua storicità.

Sebbene la traduzione di un testo costituzionale non sia in grado di spiegare tutte le ipotesi in cui si sono verificati mutamenti di interpretazione – che a volte si giustificano per l'introduzione di nuovi emendamenti o a seguito di revisioni costituzionali; altre volte per rimediare ad una precedente erronea interpretazio-

---

[21] R. Dworkin, *Arduous virtue of fidelity*, cit., 1267. L'Autore si chiede allora a quale analogia potrebbe aver fatto ricorso la Corte Suprema quando ha riconosciuto alle donne il diritto di abortire dal momento che un aborto è in alcuni casi un infanticidio, in altri un'appendicectomia e così via. Quali comparazioni siano appropriate in un caso specifico dipende da una serie di argomentazioni per cui è possibile ricorrere alle analogie per addivenire a conclusioni conseguite attraverso principi ma non come percorso differente.

[22] Sul punto, si veda M.W. Mcconnell, *The importance of humility in judicial review: a comment on Ronald Dworkin's "moral reading" of the Constitution*, in 65 *Fordham law Review*, 1996, 65. L'Autore coglie l'*impasse* in cui cade Dworkin quando ritiene "esagerata" la denuncia che la lettura morale dia ai giudici un potere assoluto di imporre le proprie convinzioni morali, dal momento che essi sono, invece, tenuti a garantire l'adeguatezza (*fit*) delle decisioni. Ma se tale canone è illusorio come rivelano gli stessi giudici, allora l'osservazione non è del tutto esagerata. Un'altra critica è mossa da F. Schauer, *Constitutional invocations*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1298-99: mentre Dworkin afferma di interpretare i principi costituzionali alla luce dell'autorevole intenzione semantica dei *Framers*, Schauer richiama l'attenzione sul fatto che i principi costituzionali sono indipendenti, non influenzati dalla loro manifestazione formale nella Costituzione.

ne; o, ancora, come risultato di scelte politiche; o per una diversa traduzione del testo – tuttavia essa consente al lettore di avere uno stretto rapporto con l'oggetto principale della sua attività. Secondo Lawrence Lessig, che ha aperto la sessione dedicata alla fedeltà come traduzione, l'interprete che interroga il testo e indaga la volontà dei suoi Autori è indotto a dire o a fare ciò che essi avrebbero voluto che dicesse o facesse.

Nel contesto costituzionale americano, l'orientamento che ricerca l'intenzione dei *Framers* è notoriamente conosciuto come *Originalism* che, a sua volta, rientra nella corrente dell'*Interpretivism*. D'accordo con questa dottrina, il significato di una disposizione costituzionale è fornito esclusivamente dal materiale prodotto nel periodo storico in cui essa è stata adottata – non dall'intenzione soggettiva dei costituenti – e lo stesso giudizio di costituzionalità è legittimo in quanto teso a fornire una interpretazione normativamente univoca. Al rifiuto della funzione evolutiva del diritto contro il rischio di una politicizzazione della funzione giurisdizionale, segue pertanto la ricerca della neutralità della regola dedotta dal principio generale. All'interno dell'*Interpretivism*, che ha visto il suo maggior sostenitore nel giudice R.H. Bork [23], si è sviluppato l'Originalismo, una ideologia conservativa che guarda al risultato e riconosce nell'interprete fedele della Costituzione colui che fa ciò che i Padri Fondatori avrebbero voluto che facesse. La possibilità di immaginare, di ipotizzare le riposte che i *Framers* avrebbero voluto dare alle domande che l'interprete pone in un contesto temporalmente differente si concretizza quando questi forniscono il significato originario di una clausola costituzionale, utilizzando dei casi modello (Originalismo storico); o quando all'interprete si richiede di tornare con la mente al periodo in cui la Costituzione è stata scritta o emendata al fine di chiedersi come gli Autori avrebbero affrontato una determinata questione (Originalismo controfattuale).

L'Originalismo è tipico della cultura statunitense per cui «*it is true that no theorist of fidelity, whether judge or academic, has ever adopted such a theory for every kind of constitutional question. But it is not true that no one is a one-step originalist, at least for a broad range of important cases*» [24]. Emerso per reazione alla Warren Court, l'Originalismo non deve essere confuso con l'esigenza degli studiosi del diritto costituzionale di rispettare la storia e di adeguarsi al materiale storico. Prima che R. Nixon e R. Bork criticassero duramente l'operato della Warren Court, l'Originalismo così come è oggi conosciuto, non esisteva. Si trattava di una interpretazione costituzionale alla luce del significato originario ma il valore di tale significato era solo una delle possibili fonti idonea a favorire la comprensione del testo e non una teoria generale di interpretazione costituzionale. Infatti, gli studiosi parlavano dell'Originalismo in termini di "usi della storia" piuttosto che di un metodo in grado di fornire un'unica concezione di fedeltà,

---

[23] R.H. Bork, *The tempting of America*, New York, 1990.

[24] L. Lessig, *Fidelity and Constraint*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1368.

anche in considerazione del fatto che il significato originario era ritenuto indeterminato ed inconcludente [25].

Successivamente alla Warren Court, secondo la teoria originalista «per comprendere il vero significato di un testo dobbiamo dimenticare cosa abbiamo imparato dagli eventi trascorsi fra la creazione del testo ed il presente» [26]. Allo stesso modo, il criterio della ragionevolezza diventa uno strumento per ricercare il giusto significato all'interno dei limiti rigidi del testo [27] ed il parametro di riferimento della fedeltà costituzionale l'*original meaning of the text* [28]. Di conseguenza, anche il contesto rileva solo in questa direzione come *trade union* tra il significato letterale ed il modo in cui si evince l'intenzione dei *Framers*, lontano da ogni tentativo di riconoscere al circolo interpretativo qualsiasi forma di bilanciamento che possa introdurre «un elemento di imprevedibilità degli esiti del giudizio e conferire una eccessiva discrezionalità ai giudici» [29]. Il contesto originario «*sets an anchor. It sets the orien-*

---

[25] In questo senso, J.E. FLEMING, *Fidelity to our imperfect Constitution* in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1347; R.A. DAHL, *op. cit.*, 7 ss.

[26] G. WILLS, *Inventing America: Jefferson's Declaration of Independence*, New York, Doubleday, 1978, XXIV ss. ripreso da L.H. TRIBE-M.C. DORF, *op. cit.*, 17.

[27] A. SCALIA, *op. cit.*, 23-24. Interessante la posizione di F. SCHAUER, *Constitutional*, cit., 1296. L'Autore ritiene che se confrontassimo i testi costituzionali di differenti Paesi noteremmo subito che le manifestazioni formali della legge, di cui il testo costituzionale è il principale esempio, riescono a spiegare solo una piccola parte delle differenze che possono derivare dalla lettura dei testi considerati. Ciò accade probabilmente perché le differenze di stile rappresentano un elemento meno importante rispetto alle differenze che emergono dall'analisi di altri fattori: si pensi, ad esempio, ai diversi *background* di cultura politica, dei processi di acculturazione giudiziale, delle preferenze politiche dei giudici. Al contrario, le somiglianze presenti all'interno di questi contesti, potrebbero produrre somiglianze sostanziali anche nel risultato, nonostante le differenze sostanziali della legge formale. Coloro che aderiscono a questa corrente di pensiero pretendono che la lettura più chiara, più completa di un testo rappresenti il più delle volte l'approccio preferibile ai fini dell'interpretazione legale, anche quando tale approccio impedisce la realizzazione giudiziale di risultati moralmente e costituzionalmente ottimali.

[28] È interessante la distinzione tra le voci *meaning*, *intention* e *understanding* proposta da J.N. RAKOVE, *Fidelity through history (or to it)*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1594 ss. *Meaning* è il significato di una disposizione costituzionale che l'interprete deve scoprire e l'*original meaning* è sostanzialmente l'obiettivo ultimo dell'Originalismo. Nel caso in cui tale significato sia poco chiaro o ambiguo, gli originalisti utilizzano un termine differente. *Intention* indica uno scopo, una previsione ed è usato solitamente per riferirsi a coloro le cui decisioni sono espresse con quel linguaggio il cui significato è oggetto di interpretazione: i *Framers* durante la Convenzione Federale del 1787, i membri che nel Primo Congresso Federale del 1789 hanno stilato i primi dieci ed il XXVII Emendamento. *Understanding* è un termine che può essere utilizzato in modo più esteso, con riguardo alle impressioni dei lettori originari della Costituzione: i cittadini, i polemisti, i delegati degli stati che parteciparono alla campagna per la ratifica del 1787-88.

[29] Così A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002, 44 ss. riprende Scalia. L'Autore sottolinea, inoltre, come secondo L. Tribe la discrezio-

tation, or the direction, or the meaning, of what they wrote. It determines the measure against which all that happens afterwards must be set. It is the baseline that should guise later readings»[30]. La certezza del diritto è, dunque, fornita dal testo nel suo significato originario, fuori dalla logica di umiltà dell'interprete colto, invece, in una prospettiva ermeneutica che si esaurisce nell'oggetto interpretato ed evita il problemi dei livelli di generalità, per cui la rivendicazione di un diritto rientrerebbe nell'analisi del «livello più specifico al quale si può identificare un'importante tradizione che protegge, o nega protezione, al diritto rivendicato»[31]. Di conseguenza, la teoria originalista della fedeltà costituzionale si scontra con quella che nel dibattito statunitense è chiamata *Living Constitution*[32] caratterizzata dalla flessibilità determinata da norme che crescono e cambiano in funzione delle esigenze del contesto sociale di riferimento e dalla indeterminatezza che un tale documento genera provocando incertezze sulla direzione della discrezionalità degli interpreti[33].

Gli originalisti «*hope that language, history, tradition, and precedent will provide important safeguards against a judge's confusing his or her personal, undemocratic notion of what is good for that which the Constitution or statute demands*»[34].

---

nalità dei giudici aumenta nell'ottica dell'Originalismo per la neutralità assiologica attribuita alle decisioni: sottratte al "circuito critico e dialettico delle *constitutional conversations*" esse si pongono nella sfera pubblica e giuridica come dati certi e indiscutibili, incapaci di alimentare il dibattito democratico.

[30] L. LESSIG, *op. cit.*, 1370.

[31] L.H. TRIBE-M.C. DORF, *op. cit.*, 100.

[32] Il primo riferimento chiaro alla *Living Constitution* lo ritroviamo nella sentenza *McCulloch vs. Maryland* (1819) in cui il giudice J. Marshall riteneva che la Costituzione dovesse essere adattata ai periodi di crisi dell'esperienza umana, riconoscendole un dinamismo ripreso, successivamente da O. Wendell Holmes. Egli riteneva infatti che la legge (tanto ordinaria quanto costituzionale) dovesse essere sperimentale, «*considered in the light of our experience and not merely in that of what was said a hundred years ago*». Con il giudice L.D. Brandeis la nozione di *Living Constitution* si faceva portatrice di un aggiornamento obbligatorio delle tutele costituzionali e nella sentenza *Olmestead vs. United States* (1928) la Costituzione «*must have a … capacity of adaptation to a changing world*». Durante il New Deal si guardava con maggiore favore alla *Living Constitution* e R. Dworkin, riprendendo la teoria costituzionale del giudice W.J. Brandeis, sottolineava come clausole specifiche della Costituzione dovevano essere portatrici di concetti generali di moralità politica, astratte da particolari concezioni. Ritornano, invece, con grande attualità i pericoli di "fedeltà costituzionale" avvertiti da giudici come G. Sutherland che nella decisione *Home building & Loan Association vs. Blaisdell* (1934) evidenziava come un cambiamento costituzionale legittimo non poteva limitarsi ad essere un aggiornamento interpretativo ma, piuttosto, trovare posto in un emendamento adottato secondo la formale procedura dell'art. V. Sul tema, H. GILLMAN, *Living Constitution*, in *Encyclopedia of the American Constitution*, 2nd Ed., New York, 2000, 1632 ss. Sul punto, A.S. MILLER, *Notes on the concept of the "Living" Constitution*, in 31 *The George Washington Law Review*, 1963, 881 ss.

[33] A. SCALIA, *op. cit.*, 45-46.

[34] S. BREYER, *Active Liberty - Interpreting Our Democratic Constitution*, Alfred A. Knopf, New York, 2005, 116 ss.

Il paradosso si riscontra quando i giudici che si considerano più originalisti di altri incontrano serie difficoltà nel supportare le loro decisioni con le intenzioni dei *Framers*. Le caratteristiche di generalità e astrattezza del testo costituzionale non consentono di rintracciare indicazioni specifiche relativamente agli strumenti da utilizzare ed agli elementi da considerare per poter individuare l'esatto significato originario. Il IX Emendamento (1791) [35] è una conferma del fatto che tanto i diritti quanto la legge non possono essere ritenuti fissi, cristallizzati perché, nel contrastare i pericoli ed i bisogni che emergono nella società, essi necessitano di nuove specificazioni per la protezione della integrità e della dignità individuale [36].

Una volta che si rigetta completamente il metodo originalista, il compito più difficile è quello di individuare i cambiamenti che all'interno del contesto interpretativo sono da ritenere fondamentali per sostenere una ipotesi di fedeltà costituzionale. Azzerare qualsiasi mutamento in nome di ciò che i *Framers* avrebbero fatto o detto, in aderenza all'*original meaning*, risulta piuttosto riduttivo se si considera che il significato delle parole dei *Framers* è determinato dal contesto all'interno del quale esse sono proferite. Da qui il corto circuito: se il significato è legato al contesto ed il contesto è soggetto a cambiamenti, allora anche il significato può mutare: il compito del traduttore, secondo Lessig, sarebbe quello di riscrivere un secondo testo in una seconda lingua, preservando il medesimo significato.

Ma il lavoro di traduzione non procede per formule attraverso cui adottare un significato piuttosto che un altro. È un processo difficile che richiede delle scelte (prima tra tutte quella attinente al tipo di fedeltà che una determinata traduzione richiede) ed è soggetto a costrizioni. Dal momento che l'attività di traduzione è, per molti aspetti, attività creativa, al traduttore si richiede un atteggiamento di umiltà affinché la sua voce sia minimizzata in un'ottica di integrità del lavoro: in un senso, egli dovrebbe fornire una conclusione adeguata al testo e, in un altro, evitare di considerare la sua traduzione come la migliore possibile. Il percorso ideale di traduzione muove, secondo Lessig, dall'analisi del testo in sé considerato, colto cioè nella sua struttura portante e da qui filtrato attraverso le maglie dell'attribuzione di senso che l'interprete vorrà conferirgli. Dallo scarto tra le due traduzioni il lettore fedele è in grado di rintracciare un "nucleo fondamentale" sottratto alla temporalità. Allo stesso modo, il giudice deve valutare il canone di fedeltà secondo il quale leggere il testo costituzionale al fine di decidere quale si-

---

[35] «L'enumerazione di certi diritti nella Costituzione non potrà essere interpretata per negarne o svilirne altri mantenuti dal popolo».

[36] Così S. BREYER riprendendo B. BAILYN, *op. cit.*, 117. Il IX Emendamento è stato oggetto di interpretazione nella sentenza *Griswold vs. Connecticut* in cui: «sostenere che un diritto così basilare, fondamentale e così profondamente radicato nella nostra società come il diritto alla *privacy* nel matrimonio, possa essere violato perché tale diritto non è garantito espressamente e con tante parole dai primi otto Emendamenti della Costituzione, significa ignorare il Nono Emendamento e non attribuirgli alcun effetto …».

gnificato scegliere, quale senso attribuire alle parole in un atteggiamento di umiltà simile a quello richiesto al traduttore linguistico. L'attività di interpretazione dovrà allora articolarsi intorno a due punti: ricerca del significato del testo nel contesto originario e sua attuazione nel contesto vigente.

A questo proposito, attraverso la *Forward Translation* e la *Backward Translation* si può individuare un percorso di traduzione in grado di colmare il *gap* che, in un'ottica di fedeltà, è determinato dai mutamenti sociali: la prima è una interpretazione che guarda, nella scelta del significato, al contesto vigente; mentre nel secondo caso, il traduttore è chiamato ad alienarsi dalla contingenza per collocarsi mentalmente nello scenario originario. Il rischio di una diacronia tra i cambiamenti percepiti dall'interprete nella sua attività e quelli effettivamente verificatisi porterebbe una traduzione a precorrere i tempi rispetto ad un contesto sociale che tarda a recepire, a riconoscere certi fatti come cambiamenti; oppure a tradire la portata del testo originario, storicamente inadeguato a percepire l'evoluzione della società.

Con maggiori probabilità una tale rottura interviene all'interno della *Forward Translation* per la presenza di due vincoli: si consideri, infatti, che l'azione giudiziale ha sempre un valore, un significato sociale che deve essere collocato nel contesto in cui la Corte agisce, dal momento che essa non è libera di modificarlo, perchè limitata, nelle sue azioni, dalla realtà circostante [37]. La seconda fonte di costrizioni, invece, è quell'aspetto del contesto interpretativo *relatively uncontested*. La *Forward Translation* è in un certo senso soggetta alla visione di un mondo dato per scontato e che si sente disturbato se qualcosa che prima si riteneva incontestato inizia ad essere riconsiderato. A questo proposito, l'interprete fedele dovrebbe preoccuparsi dei cambiamenti relativi al testo costituzionale per cui si chiederà *come riconoscerli* ed integrarli nella tradizione costituzionale (un problema, sostanzialmente, di sintesi); e di quelli attinenti al contesto della interpretazione costituzionale, per cui il problema non sarà più *come riconoscerli* ma *come neutralizzarli*, per preservare il significato costituzionalmente fedele.

A tale proposito, sono indicative le categorie della moderna dottrina della *equal protection*, descritte in modo tale da rendere evidente l'intervento del giudice nel tempo: tutte le "aggiunte" sono state fatte affinché fossero protetti de-

---

[37] Ma il problema della fedeltà costituzionale come problema istituzionale è legato al *come* ed al *se* una istituzione (le Corti) può dare efficacia alla fedeltà interpretativa, considerando che ogni attività pratica ha dei costi e che questi costi rappresentano delle costrizioni per la realizzazione della fedeltà. Lessig distingue i *legitimacy costs* che le Corti affrontano nel momento in cui resistono alle pressioni politiche, fedeli alle loro linee guida, operando in modo da determinare un significato sociale nonostante i rischi della situazione; e gli *illegitimacy costs* sopportati dalle Corti quando agiscono in modo "inappropriato", cioè con azioni che determinano un significato sociale "inappropriato" per quella Corte. In breve, quando una Corte "*does what is right*" davanti ad una forte opposizione politica sopporta *legitimacy costs*; quando, invece, "*does what is easy*" (solitamente, quando decide un caso assecondando una ragione politica) sopporta *illegitimacy costs*, così evidenziato da L. LESSIG, *op. cit.*, 1386 ss.

terminati diritti ma, nonostante si tratti di "aggiunte" che sembrano fornire la stessa protezione prevista ai tempi dei *Framers*, esse sono comunque formulate con riferimento a ciò che "ora" è valutato come una forma di discriminazione. Questo significa che le nuove forme di protezione approntate dalla clausola in questione rispondono a nuove discriminazioni, a discriminazioni, cioè, che oggi sono viste in quanto tali. Lessig considera la società americana prima dell'intervento attivista della Corte Warren: fino al 1954 il razzismo ha rappresentato per il popolo americano una scelta; una cattiva scelta, una scelta da disprezzare ma pur sempre una scelta che la società lasciava a disposizione dei cittadini, finché il razzismo non è diventato un aspetto della realtà, un elemento attraverso cui capire come il popolo americano vedeva gli altri [38]. C'era sul razzismo quello che Rawls ha definito *overlapping consensus* che si era formato non solo in termini politici ma anche ad opera delle scienze sociali, della biologia, dell'antropologia, della psicologia per cui la naturalezza ad affermare l'ineguaglianza era supportata dalla scientificità di tali discorsi. Lentamente questa visione è stata rigettata e la decisione *Brown vs. Board of Education* ha rappresentato il punto di svolta nella storia americana [39].

L'idea che una discriminazione possa essere supportata da prospettive che non consentono di qualificarla come tale dipenderebbe da un *background* che la legge non controlla direttamente e che può cambiare nel tempo, per cui ciò che prima era giustificato oggi non può esserlo se non violando la clausola del principio di uguaglianza: i significati sociali limitano la *equal protection* ed i limiti dei significati sociali sono reali. Lo stesso percorso ha seguito l'omosessualità che fino ai primi anni Settanta era considerata una patologia secondo quanto illustrato dalle scienze, per cui o si rigettava la scienza o l'omosessualità [40]. Tale approccio da parte delle scienze è stato ribaltato a seguito di una dura battaglia politica contro tali forme di discriminazione e, sia la tradizione che la morale hanno sempre rappresentato il baluardo in nome del quale giustificare il perpetuarsi della disuguaglianza (in particolare, quella basata sul sesso). Solo con il passare del tempo nuove concezioni hanno dato la possibilità all'interpretazione di considerare le discriminazioni in quanto tali.

Uguale processo per la *common law*. Dapprima considerata una *customary law,* la *common law* era ritenuta più un contratto che una legge, laddove l'obiettivo era quello di trovare un accordo tra le parti e di proteggere le loro aspettative nelle transazioni; quando nel 1870 queste aumentarono vertiginosamente non fu più possibile ricercare usi e costumi all'interno di periodi di cambiamenti. Il

---

[38] L. LESSIG, *op. cit.*, 1428.

[39] R. DWORKIN a questo proposito sottolinea come, anche nel caso della sentenza *Brown*, il giudice Warren decise cercando un compromesso con il passato e avviando il processo di integrazione razziale «con tutta la prudenza del caso», *L'impero*, cit., 34.

[40] Cfr. R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge-Massachusetts, 1978, 249 ss.

secondo passo fu quello verso il formalismo, il concettualismo dove le regole erano dedotte attraverso un esercizio di logica piuttosto che scoperte all'interno degli innumerevoli casi da considerare. Con Langdell, il teorico della dottrina dell'induzione, le corti avrebbero dovuto operare in modo empirico al fine di ottenere regole generali e formali di *common law*; mentre Holmes, dichiarò in seguito che «la legge era una parola usata con differenti significati, ma la legge nel senso in cui le Corti parlano oggi non esiste senza che dietro non vi sia un'autorità definita [41]; essa non può essere intesa in senso generale ma come legge dello Stato che esiste in virtù di un'autorità statale» [42] ed in questo senso la *common law* derivava non dai fatti ma dalle scelte compiute. Intorno al 1937 (periodo del secondo New Deal) essa entrò definitivamente in crisi a seguito dei cambiamenti che si verificarono nel linguaggio, nel modo di percepire la realtà: si trattava di cambiamenti che non erano frutto della deliberazione di qualcuno, né erano scaturiti da un processo democratico, ma erano il risultato di una profonda trasformazione. Una teoria moriva ed un'altra ne prendeva il posto [43].

Muovendo dalla proposta di una fedeltà come traduzione, *tragedie costituzionali* della Corte Suprema [44] rischiano di essere giustificate in nome della storia, dell'autorità del testo, della tradizione [45]; essa, viceversa, può rivelarsi un metodo utile per dimostrare come un risultato possa essere eccessivamente influenzato dal contesto sociale nel periodo in cui esso fu perseguito. Così, ad esempio, la minaccia della Guerra Civile e la schiavitù hanno offuscato il giudizio della Corte e l'analisi giuridica nella sentenza *Dred Scott* mentre il razzismo ha portato al disastro di *Plessy*: in entrambi i casi il *background* sociale si è imposto ed i principi costituzionali sono stati messi da parte per le passioni del momento.

---

[41] Il tema dell'autorevolezza della fonte è centrale nel dibattito sulla *non-deference* che si verifica «allorquando un funzionario non giudiziario dissente su una questione giudiziale riguardo ad una questione costituzionale e non adegui i propri atti a quella decisione, arrivando persino a contrastarla apertamente», F. SCHAUER-L. ALEXANDER, *L'interpretazione stragiudiziale della Costituzione*, trad. it., Lecce, 2006, 27.

[42] Sentenza *Black & white Taxicab vs. Brown & Yellow Taxicab*, 276 U.S. 518, 533 (1928).

[43] Sulla Costituzione che si costruisce nella considerazione delle somiglianze e delle differenze, M. ROSENFELD, *L'identità del soggetto costituzionale*, trad. it., Lecce, 2004, 58 ss.

[44] Il riferimento è a note sentenze della Corte Suprema: *Dred Scott vs. Sandford* (1857); *The Slaughter House Cases* (1873); *Lochner vs. New York* (1905); *Plessy vs. Ferguson* (1896); *Buck vs. Bell* (1927); *Korematsu vs. United States* (1944); *Humphreys Executor vs. United States* (1935); *Wickard vs. Filburn* (1942); *Roe vs. Wade* (1973) secondo le indicazioni di S.G. CALABRESI, *Tradition of the written Constitution: a comment on Professor Lessig's theory of translation*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1436.

[45] In questo senso, S.G. CALABRESI, *op. cit.*, 1436 ss.

4. L'ombra del positivismo nella *Fidelity through history*

Fedeltà costituzionale in termini di *Fidelity through history* deve intendersi come fedeltà ad un documento storico, risultato di un processo culturale e rappresentativo della identità di un popolo [46]. Il dato storico è l'anello che lega l'uomo al suo passato attraverso una rete di rapporti che creano vincoli e responsabilità con realtà supra-indiviaduali – famiglia, vicinato, nazione – alle quali ciascuno appartiene [47].

La Costituzione e la Dichiarazione di Indipendenza sono i documenti fondativi dell'identità nazionale statunitense: il Preambolo dichiara di voler «creare una nazione attraverso parole» [48], un governo eletto dal popolo, espressione diretta della sua sovranità; ed al popolo è rivolto il progetto storico che mira a concretizzare i principi costituzionali rendendoli attuali [49]. Affinché la storicità dei dati rappresenti lo specchio di una società in evoluzione, la realizzazione di tale progetto sarebbe possibile solo qualora si indagasse con metodicità – come all'interno di un rapporto dialettico – la volontà popolare. La fedeltà alla storia, dunque, richiede uno studio del passato che cerca di essere obiettivo quanto più possibile, attento agli anacronismi, rispettoso della integrità dei documenti e umile nella presentazione del risultato perseguito. Ritorna il richiamo all'Originalismo, simbolo di un conservatorismo costituzionale statunitense che trova nella storia un naturale alleato ma fallisce nelle modalità di descrizione del passato quando nega flessibilità al testo favorendo, talvolta, comode interpretazioni costituzionali.

Descrivere periodi storici connotati da avvenimenti in contrasto con i principi supremi – come lo sono stati la schiavitù, l'apartheid, le discriminazioni basa-

---

[46] A proposito delle fonti che hanno influenzato il pensiero della popolazione mondiale durante il XVIII sec., si rinvia a Hobbes, Locke, Hume e Blackstone; tra il XVII ed il XVIII, le politiche inglesi, la filosofia morale scozzese, le disquisizioni sul diritto pubblico di Grotius, Pufendorf e Delolme. Gli Stati Uniti, in particolare, furono condizionati dalla scienza newtoniana, così indicato da J.N. Rakove, *op. cit.*, 1598.

[47] Così M. Tushnet, *Constituting We the people*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1558.

[48] Precisamente, l'obiettivo è quello di «formare un'Unione più perfetta, stabilire la Giustizia, assicurare l'Ordine interno, provvedere alla difesa comune, promuovere il benessere generale e garantire le sorti ella libertà per noi stessi e per le generazioni future», L.H. Tribe-M.C. Dorf, *op. cit.*, 16.

[49] La Costituzione Americana, alla ricerca di formule democratiche, si differenzia dalle antiche democrazie che facevano leva su teorie democratiche piuttosto che su teorie di costruzione di una Costituzione con richiami fortemente populisti. La Costituzione americana – testo condiviso innanzitutto, e poi corto, scritto in modo compatto e lapidario – offre al popolo americano (comprensivo di coloro i cui genitori provengono da diverse parti del mondo) *un vocabolario ed una grammatica di argomentazioni* per cui ciascuno si riconosce in questo popolo, A.R. Amar, *Few thoughts on constitutionalism*, *textualism*, *and populism*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1657-58.

te sul sesso o sulla natività – definendoli "aberrazioni" [50] è sia un rischio che uno sbaglio. Infatti, si potrebbe pensare che tali scelte siano state fatte per un atteggiamento fedele alle intenzioni dei Padri Costituenti, al punto da credere che non sia necessario rileggere il progetto costituzionale iniziale; o, ancora, che le ingiustizie, in qualche nodo, non rientrano nell'architettura della Dichiarazione per cui si avverte la necessità di indirizzarle verso un risultato differente che onori il progetto stesso. Un resoconto costituzionale scientificamente onesto dovrebbe, invece, trattare il razzismo, il "sessimo", il "nativismo" e le altre aberrazioni, come responsabilità del popolo americano dalle quali, peraltro, molta gente ha tratto privilegi. D'accordo con questa impostazione, il linguaggio utilizzato dai giudici nelle loro decisioni più significative è oggetto di interpretazione nel tempo da parte degli operatori del diritto che mirano a rintracciare le intenzioni dei *Framers*, i loro obiettivi, la loro volontà di superare le incertezze e le irregolarità cui sarebbe andato incontro il loro progetto (si pensi alla ricerca del consenso tra "Ebrei, Turchi e infedeli" [51] affinché si riconoscessero nella Costituzione).

«*The past may be a foreign country … but if we visit it often enough, make some of its corners our regular haunts, then over time we ought to be able to understand some of its more curious customs and mores, and even a bit of the argot in which natives banter each other*» [52]. In un'ottica di fedeltà al passato, la Costituzione è lontana dall'essere un documento vivente, aperto proprio al contesto sociale ma, allo stesso tempo, non è ritenuta una "fabbrica" all'interno della quale forgiare quantità di significati vincolanti.

I teorici della fedeltà costituzionale come fedeltà alla storia [53] sottolineano la presenza di costi di transazione che ogni cambiamento comporta: le grandi riforme frustrano le aspettative e rovinano gli schemi di comportamento costruiti nel tempo; richiedono lo sviluppo di strategie di cooperazione politica contro l'opposizione dei burocrati che vogliono mantenere lo *status quo*. Durante i processi di riforma, è possibile poi che questa riforma non si verifichi a causa della incapacità di alcune parti di formare una coalizione a favore di una particolare alternativa politica. Inoltre, il sistema contingente di governo tende solitamente ad influenzare i cittadini nella considerazione dell'alternativa di governo stabilendo quali informazioni dare, quali problemi e quali valori considerare, gli interessi da privilegiare. In questi momenti di riforme radicali, coloro che intervengono sulla Costituzione per modificarla dovrebbero evitare scelte politiche tese a congestionarne la struttura vincolando ogni possibilità di scelta della successiva azione politica; dovrebbero assicurare che le istituzioni desi-

---

[50] Ancora M. TUSHNET, *op. cit.*, 1561.

[51] J.N. RAKOVE, *op. cit.*, 1602.

[52] J.N. RAKOVE, *op. cit.*, 1607.

[53] C.L. EISGRUBER, *Living hand of the past: history and constitutional justice*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1614.

gnate siano quelle migliori per gli interessi di lungo periodo, dove, il riferimento al passato è strumentale e di supporto piuttosto che di ostacolo; infine, dovrebbero facilitare la riflessione su quanto è stato stabilito in passato e su cosa si è consolidato nel presente al fine di valutare se la riforma sia effettivamente voluta. La Costituzione, infatti, «*is a pratical political institution, fraught with compromise and experimentation and human error, rather that a quasi-divine artwork or philosophical composition*» [54].

5. *Constitutional Fidelity as synthesis*. A colloquio con Bruce Ackerman

La dimensione storica rappresenta il terreno sul quale costruire una visione della fedeltà costituzionale come sintesi di periodi costituzionali in cui le modifiche intervenute sostituiscono le precedenti in un'ottica di trasformazione (e non di correzione di vecchi errori) a prescindere dal fatto che esse siano recepite o meno nel testo costituzionale (prendendo le distanze dall'Originalismo). Bruce Ackerman trova nella storia un sostegno per affermare la teoria dei momenti costituzionali [55], individuando nella fase dell'adozione della Costituzione e della Dichiarazione dei diritti; in quella della Ricostruzione [56] e nel New Deal esempi di legislazione di alto livello, periodi di intensa partecipazione e deliberazione da parte dell'intera popolazione americana che ha visto riconosciuta la sua sovranità [57]. Distinguendosi dagli originalisti, i teorici dei momenti costituzionali intendono l'interpretazione della Costituzione in termini di sintesi intergenerazionale per cui emendamenti successivi modificano clausole precedenti operando ad un livello estremamente alto di generalità e consentendo ai giudici un ampio

---

[54] C.L. Eisgruber, *op. cit.*, 1618.

[55] In questo senso, Ackerman riconosce alla storia la forza di creare un popolo attraverso differenti fasi, caratterizzando il suo approccio in senso positivista dal momento che «*a people can only be constituted historically*, *which is to say*, *positively*», così M. Tushnet, *op. cit.*, 1561. Distinguendo la storia in base a momenti costituzionali, le *democratic conversations* si sviluppano in un arco "inter-generazionale" in cui il passato tende a diventare un "paese straniero" man mano che si allontana dalla memoria delle generazioni attuali; esso fa affidamento sulle decisioni interpretative della coscienza della nuova generazione, B. Ackerman, *Generation of betrayal*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 65.

[56] Durante il periodo della Ricostruzione (1865-1877) gli stati del sud furono reintegrati nell'Unione sotto il controllo del Nord. Emblematico il ruolo di A. Lincoln che caldeggiò l'approvazione del XIII Emendamento contro l'abolizione della schiavitù e l'ammissione dell'Arkansas e della Louisiana nell'Unione, pur concedendo un limitato diritto di voto alla popolazione afroamericana.

[57] Il rapporto scomodo tra teoria e storia è evidenziato da M.W. Mcconnell, *The forgotten Constitutional moment*, in 11 *Constitutional Commentary*, 1994, 115 ss.

numero di legittime opzioni interpretative. Ne deriva che una decisione giudiziale tende verso una conclusione piuttosto che verso un'altra in virtù degli elementi che i giudici, nei tre regimi costituzionali, hanno voluto estendere, rafforzare o restringere, subordinare.

La teoria dualistica di Ackerman muove dalla fondamentale differenza tra gli emendamenti adottati nel rispetto della procedura prevista dall'art. V della Costituzione e le modificazioni costituzionali che invece seguono altri percorsi. In particolare, durante il New Deal i cambiamenti si sono verificati senza ricorrere agli strumenti istituzionalmente predisposti ma non per questo è stato loro negato il ruolo di "emendamenti" trasformativi della Costituzione. La rivoluzione costituzionale del New Deal ha visto nel Presidente F.D. Roosevelt e nel Congresso i suoi maggiori artefici: il passaggio da uno Stato liberale ad uno Stato democratico e sociale si è verificato attraverso il conferimento ad uno stato centrale di una competenza illimitata nella sfera economica; attraverso il riconoscimento di ampi poteri agli organi amministrativi; attraverso un intenso "attivismo" giurisprudenziale della Corte Suprema a partire dal 1937 (cioè nella seconda fase del New Deal) [58].

In particolare, gli elementi di infedeltà costituzionale si rinvengono nelle soluzioni che il Presidente adottò in occasione delle disfunzioni del mercato e in virtù delle quali egli nominò i vertici delle agenzie amministrative (così legate agli organi politici) e attribuì loro un ruolo determinante che molto si discostava da quello originariamente previsto di mera attuazione delle leggi [59]; le modifiche intervenute, per la loro portata, richiedevano, dunque, una legittimazione costituzionale in un'ottica di fedeltà al Progetto dei Padri Fondatori. Questo, infatti, era basato (articoli I, II e III della Costituzione) su un preciso equilibrio tra i poteri dei tre organi costituzionali e quelli dello stato amministrativo, sintomo della necessità di voler costruire un sistema di garanzie a tutela della *rule of law*.

Come emerso dall'intervista, esigenze di trasformazione, di mutamenti radicali cui non seguirono atti di formale revisione del testo (bensì una serie di pronunce giurisprudenziali [60]) hanno prevalso sulla opportunità di atteggiamenti costituzionalmente fedeli – ma socialmente, temporalmente infedeli. Ackerman, infatti, include il New Deal tra i momenti costituzionali piuttosto che rite-

---

[58] B. ACKERMAN, *We the people*, *Transformation*, Cambridge Massachusetts, 1998, 316 ss.

[59] G. D'IGNAZIO, *Politica e amministrazione negli Stati Uniti d'America*, Milano, 2004, 55 ss.

[60] B. ACKERMAN, *We the people*, cit., 369 ss. dove l'Autore prende in considerazione la celebre nota n.4 della sentenza *United States vs. Carotene Products* (1938) in cui l'intervento attivo dello Stato nella sfera economica non ledeva i principi costituzionali e che «solo se l'intervento regolatore non si fosse svolto su *rational basis* la Corte avrebbe potuto ritenerlo una *constitutional invalidation*».

nerlo una mera soluzione, denominazione riservata al periodo in cui, negli anni Settanta, il contesto sociale fu segnato dai movimenti per i diritti civili e politici, che coinvolsero solo una parte della popolazione [61]. A tale proposito, l'Autore ricorda come il movimento per il suffragio delle donne abbia rappresentato un fatto di rilevante, prioritario interesse nazionale, fino a trovare pieno riconoscimento nel IX Emendamento, restando, tuttavia una soluzione costituzionale portatrice di un innegabile cambiamento, che si è esaurito in questo, senza promuovere nuove battaglie contro altre disuguaglianze presenti nel regime costituzionale [62].

1. Domanda: *Professore Ackerman, è possibile rintracciare influenze europee sulla teoria dei momenti costituzionali?*

Risposta: La Rivoluzione americana e quella francese sono, dal mio punto di vista mutuamente integrate, connotate da eventi simili. Il pensiero del costituzionalismo moderno deriva da queste due rivoluzioni, per cui si può affermare che sicuramente ci sono molte correnti traversali. Penso che gli elementi in comune tra il pensiero costituzionale francese e quello americano nel XIX e nei primi anni del XX secolo, siano molti di più di quelli riconosciuti; naturalmente, uguale discorso vale per il periodo della Seconda Guerra Mondiale tra Germania e America [63].

2. D.: *Qual è il rapporto, nella sua visione, tra fedeltà costituzionale e momenti costituzionali? Possono esistere momenti costituzionali "infedeli"?*

R.: Iniziamo con il dire che il popolo americano ha cambiato il suo modo di vedere le cose in molti modi fondamentali. I metodi della Ricostruzione sono stati infedeli; così come il New Deal è stato infedele; ed il movimento per i diritti civili, episodi di mancata trasformazione costituzionale. Nei confronti di cosa potrebbe parlarsi di infedeltà? All'interno di una repubblica liberale in cui non sarebbe possibile accettare la legittimità di momenti costituzionali, questo sarebbe infedele. Nella teoria dei momenti costituzionali si tende a valorizzare l'idea di avere una propria coscienza politica e la dignità degli individui che modellano la Costituzione, facendone un testo idoneo a racchiudere le scelte e la riflessione collettive. Qui, allora, ci sono gli elementi sufficienti e necessari per parlare di un momento costituzionale, tale per cui, se un momento X non è stato determinato da questi elementi, semplicemente non potrebbe essere definito "momento" e, di conseguenza, non potrebbe essere infedele.

---

[61] Sulla libertà di espressione durante il New Deal, G. BOGNETTI, *La libertà d'espressione nella giurisprudenza nord-americana*, Milano, 1958.

[62] B. ACKERMAN, *Generation*, cit., 1520.

[63] Ritroviamo questo percorso in B. ACKERMAN, *The future of liberal revolution*, New Haven, 1992, 26 ss.

3. D.: *I momenti costituzionali sono fatti costituenti definitivi? Ossia possono essere a loro volta trasformati da altri successivi momenti costituzionali?*

R.: Certamente. Non c'è un qualcosa che possa definirsi una rivoluzione totale e lo sforzo di riuscire a realizzarne una è il grande male del XX secolo. Ogni momento costituzionale è parziale: esso si costruisce sul e reagisce al passato, per cui non può mai ritenersi definitivo. Si pensi all'ipotesi in cui l'attenzione si focalizzi su un avvenimento nuovo che richiede una soluzione. Gli sforzi legislativi potrebbero generare un ciclo continuo di interventi e, ciò che è peggio, ogni generazione potrebbe trovarsi in competizione con il tempo, alla ricerca di una soluzione alla problematica dominante [64]. Anche all'interno di un unico arco di tempo, la problematica che ha investito una generazione potrebbe essere messa da parte per un evento travolgente. Il risultato è un momento costituzionale fallito generatore di una irrisolutezza che può perseguitare la politica per lungo tempo; lo spirito civico può lentamente inaridirsi dopo una serie di siffatti fallimenti e la fatica di generazioni che hanno rincorso la soluzione di problemi comuni porta solo ad accumularne altri.

Viceversa, ogni momento costituzionale di successo è preceduto da un lungo periodo durante il quale il movimenti attivista lavora per criticare il sistema esistente e per organizzare le sue forze politiche. Si tratta di un momento costituzionale che non potrà mai dirsi definitivo [65].

---

[64] Uno spunto interessante di riflessioni è offerto da F.I. MICHELMAN, *Constitutional fidelity/Democratic agency*, in 65 *Fordham Law Review*, 1996, 1539 ss. quando interviene per affermare le *democratic conversations* in un arco intra-generazionale. Il diritto costituzionale dovrebbe interessarsi, più che della prospettiva diacronica tra ciò che è stato scritto in un tempo 1 e quanto è stato letto in un tempo 2, della dimensione sincronica (all'interno di una corrente generazionale) tra una determinata pratica perseguita e la sua idealizzazione imperfettamente compresa. L'esercizio di una generazione non può consistere in niente altro se non in una tensione dialettica tra pratiche politiche accettate e gli ideali corrispondenti.

[65] B. ACKERMAN, *Generation*, cit., 1521 ss.: l'Autore parla di un sistema politico a forma di ciambella. Il buco della ciambella è composto dai politici che riflettono gli interessi della maggioranza, titubanti a proposito delle questioni ideologiche che contestano, sfidano le intese costituzionali preesistenti e intanto individuano l'affare più concreto realizzando vantaggi materiali personali. Il perimetro della ciambella è dominato da una folla di gruppi che disputano sulle diverse ideologie e ciascuno di questi è composto da chi vorrebbe essere il Leader. Ogni gruppo cerca di guadagnare il controllo del centro. Il momento costituzionale si ha quando uno dei gruppi è riuscito a guadagnarsi il supporto della massa per invadere il centro. Tale momento non può verificarsi senza disgregare tanti accordi che sono stati determinati dai politici per ragioni differenti. Pertanto, il momento costituzionale sembra verificarsi come un fatto imprevisto. Il regime costituzionale, invece, riguarda cambiamenti costituzionali molto grandi circa i valori pubblici e le strutture organizzative; al contrario, una soluzione costituzionale produce cambiamenti più modesti.

4. D.: *Qual è il rapporto tra momenti costituzionali,* unwritten constitution, living constitution?

R.: I momenti costituzionali creano documenti canonizzandone i testi. La questione è se sia possibile collocarli all'interno degli stessi criteri di riconoscimento di una Costituzione scritta. Ad esempio, se pensiamo ai plebisciti che in Italia coinvolsero Vittorio Emanuele, relativi alla possibilità di governare o meno in qualità di Re, allora dobbiamo ritenere, quelli, un momento fondamentale della storia costituzionale. Reputo, a questo proposito, che si tratti di un fatto che ha trovato una sua collocazione ma anche un suo riscontro, un riflesso nel testo attuale della Costituzione allorquando si definisce Repubblica l'Italia. Il significato di questa parola è colto, è interpretato in considerazione e con specifico riferimento a quel determinato avvenimento che è stato il plebiscito. Uguale discorso per la Germania. Ci sono testi che esprimono chiaramente il significato costituzionale della riunificazione del Paese. Avere un momento costituzionale che ha successo e che non genera alcun testo è un risultato difficilmente raggiungibile, che raramente si verifica. Al contrario, avere un momento costituzionale che produce testi che non possono essere ritenuti emendamenti validi secondo la legge costituzionale, è più facile [66]. È quanto succede il più delle volte.

[66] Secondo la teoria di Ackerman, tutti i momenti di trasformazione costituzionale della storia americana hanno seguito procedure estranee alle previsioni dell'art. V. In questo senso, l'Autore utilizza il termine "emendamento" anche con riferimento a questo tipo di modificazioni costituzionali sollevando per questo polemiche e dibattiti ancora aperti. Anche A.R. Amar si è pronunciato sul punto e mentre B. Ackerman tenta di giustificare gli emendamenti costituzionali estranei alla procedura dell'articolo V indicando l'*illegalità* di una adozione costituzionale, egli sostiene che la *legalità* di una adozione costituzionale permette emendamenti che si sviluppano all'esterno delle procedure formali prestabilite, così specificato da L.H. TRIBE, *Taking text and structure seriously: reflections on free-form method in constitutional interpretation*, in 108 *Harvard Law Review*, 1995, 1288 ss.

CONTROFIRMA, RESPONSABILITÀ E DOVERI COSTITUZIONALI

EDMONDO CACACE

Un problema particolarmente avvertito dalla dottrina pubblicistica è, da sempre, l'individuazione dei limiti e delle forme di responsabilità del Presidente della Repubblica. Secondo lo schema classico del parlamentarismo, la responsabilità politica viene di regola assunta dal Ministro che controfirma i suoi atti e le forme di responsabilità giuridico-penale del Presidente sono circoscritte alle eccezionali ipotesi previste dall'art. 90 [1]. Tale modello mostra dei profili problematici in relazione alla nostra forma di governo, caratterizzata dalla peculiare figura del Presidente della Repubblica. Con la necessità, in particolare, di comprendere se qualche soggetto, e in quali forme, si assuma la responsabilità degli atti decisi nel loro contenuto in proprio dal Capo dello Stato.

Tale questione si intreccia con le valutazioni inerenti ai doveri che eventualmente incombono agli organi costituzionali, in particolare ai Ministri controfirmanti. Sul punto è interessante analizzare alcuni aspetti della recente sent. n. 200 del 2006, con cui la Corte costituzionale ha risolto il conflitto di attribuzioni in ordine alla titolarità del potere di grazia, che ben riflettono i rapporti fra responsabilità e doveri costituzionali. Difatti la decisione riguardante la titolarità presidenziale del potere di grazia e la conseguente necessaria collaborazione ministeriale solleva importanti questioni sul rapporto che si instaura fra responsabilità e doverosità. L'affermazione del ruolo subordinato che assume il Ministro in questo procedimento e la mancanza di un potere interdittivo fanno sì che, nel caso egli non volesse collaborare alla concessione di una grazia, ne potrebbe rispondere giuridicamente ed eventualmente anche in via politica. Come afferma la Corte, «l'assunzione della responsabilità politica e giuridica del Ministro controfirmante, a norma dell'art. 89 Cost. trova il suo naturale limite nel livello di par-

[1] Alcuni autori hanno in realtà ritenuto che la vera novità della figura del Capo dello Stato, rispetto allo Statuto Albertino, sia proprio l'affermazione di un margine di responsabilità e che quindi è a partire da essa che vada interpretato il ruolo complessivo del Presidente. In proposito P. BARILE, *I Poteri del Presidente della Repubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 307-311.

tecipazione del medesimo al procedimento di concessione dell'atto di clemenza», e quindi, se il Ministro manifestasse pubblicamente la propria contrarietà all'atto, ma decidesse di collaborare lealmente, non sarebbe possibile individuare in esso il soggetto neanche formalmente responsabile dell'atto. Considerata l'irresponsabilità del Presidente della Repubblica sancita dall'art. 90, ci si troverebbe di fronte ad un atto di cui nessuno è responsabile politicamente e di cui è responsabile giuridicamente il solo Capo dello Stato, ma nelle sole due ipotesi difficili da verificarsi di «alto tradimento» o «attentato alla Costituzione».

In una simile circostanza sarebbe alterata la consolidata regola del costituzionalismo moderno secondo la quale laddove vi è un potere politico, lì vi è responsabilità politica e viceversa [2]. Punto fermo delle forme di Stato consacrate nelle Carte Costituzionali contemporanee è infatti l'affermazione di una necessaria correlazione fra l'esercizio di ogni potere pubblico di natura politica, potere cioè libero nell'individuazione dei fini da perseguire, e la relativa assunzione della responsabilità politica dello stesso [3]. Probabilmente i vari soggetti istituzionali eviterebbero di giungere ad una situazione così critica: una volta accertata dalla Corte la natura presidenziale dell'atto di clemenza difficilmente un Ministro paleserebbe pubblicamente la propria contrarietà o, ancor più probabilmente, un Capo dello Stato eviterebbe di graziare un condannato prima di essersi assicurato di non incorrere in critiche di natura politica.

Dal punto di vista dommatico però, che comunque non può essere tralasciato dalla dottrina, la questione resta problematica: il rapporto che si instaura infatti, a seguito della ricostruzione operata dalla Corte, fra responsabilità politica e doverosità del comportamento ministeriale rischia di non avere soluzione. O il Ministro viene meno ai suoi doveri di leale collaborazione oppure adempie i suoi doveri e viene così a crearsi una zona esente da responsabilità politica.

Si può provare allora a comprendere se tale affermazione così radicale sia una

---

[2] Tale tradizionale postulato della dottrina è stato inoltre sancito dalla Corte costituzionale nella famosa sent. n. 7 del 1996, nella quale la Corte, risolvendo il conflitto di attribuzioni proposto dal Ministro della Giustizia contro il Senato della Repubblica, il Presidente del Consiglio e il Presidente della Repubblica, ebbe modo di pronunciarsi ampiamente sulla complessiva struttura della forma di governo vigente.

[3] Evidentemente tale principio fondante delle democrazie liberali fa riferimento al concetto di politicità intesa in senso ampio. In relazione alla questione della responsabilità devono ritenersi dunque appartenenti alla sfera politica, non solo quei poteri che rientrano strettamente nella lotta partitica e che partecipano al mero indirizzo politico; il problema d'individuazione dei soggetti responsabili si pone al contrario anche in relazione a quei soggetti pubblici che esercitano funzioni non libere nei fini, ma che comunque interagiscono con l'attività politica, come per esempio accade per la p.a. Risulta allora necessario porsi il problema della responsabilità anche dei poteri sostanzialmente del Presidente della Repubblica, soggetto sicuramente estraneo al mero indirizzo politico, ma che a causa della monocraticità del suo potere, della provenienza parlamentare della sua investitura e soprattutto della possibilità che i poteri che autonomamente esercita influenzino l'agire politico, non può essere considerato estraneo alla sfera politica ampiamente intesa.

conclusione obbligata, in quanto l'unica compatibile con l'impianto costituzionale, o se vadano ricercate altre soluzioni che risolvano il problema della responsabilità senza incidere sulla forma di governo e menomare quindi le prerogative degli organi coinvolti.

Una prima possibile risposta sembra essere suggerita dalla stessa Corte attraverso l'imposizione al Presidente dell'obbligo di motivazione del decreto di concessione della grazia. Tale dovere sembra avere una duplice rilevanza costituzionale. Da un lato, si inserisce all'interno del dovere reciproco di leale collaborazione cui Presidente e Ministro della Giustizia devono conformarsi all'interno dei reciproci rapporti. In particolare rappresenta il contraltare del dovere ministeriale di procedere all'istruttoria richiesta dal Capo dello Stato e di predisporre il decreto di concessione, anche nel caso non condivida il provvedimento: è lo strumento perché si dia conto al Ministro delle ragioni per cui ci si discosta dalla sua valutazione [4]. D'altro lato il dovere di motivare il decreto può assolvere una funzione più ampia, inerente la questione della responsabilità degli atti presidenziali: la motivazione, rendendo note le ragioni che hanno portato la Presidenza a tale decisione, assolve la funzione di rendere effettiva nel caso concreto la cd. responsabilità politica diffusa. La valutazione, cioè, da parte dell'opinione pubblica dell'operato del Capo dello Stato. Una valutazione non solo necessaria ed ineliminabile in un sistema democratico, ma vista in termini positivi dall'ordinamento, in modo tale che non esistano atti esentati da alcuna forma di responsabilità politica, considerata la notevole difficoltà che in questi casi si possa giungere ad integrare le forme di responsabilità giuridica dell'art. 90 e tenuto conto che non esiste alcuna forma di responsabilità politica istituzionale nei confronti del Capo dello Stato e che, come afferma la Corte, non può attribuirsi al Ministro una responsabilità di un atto che non ha condiviso. Inoltre, la motivazione stessa risulta essenziale ai fini di un riscontro della decisione presidenziale anche perché la Corte ha affermato l'esclusiva titolarità del Capo dello Stato in ragione della natura equitativa ed umanitaria della grazia, non contemplando minimamente la possibilità di un uso politico di questo potere, opinione pur presente in dottrina [5]. Appare quindi importante nei casi concreti che il Presidente motivi questi atti per permettere una verifica dell'assenza di valutazioni strettamente politiche dalle ragioni che lo hanno portato all'emanazione e pare possibile affermare che tale esigenza possa ritenersi presente non solo in relazione all'uso della grazia, ma, più in generale, riguardo alle varie esplicazioni di poteri sostanzialmente presidenziali.

---

[4] Nello stesso senso, sempre in questo *forum*, B. De Maria, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, 43, versione provvisoria, in *www.gruppodipisa2006.it*.

[5] A. Guazzarotti, *L'insuperabile valenza "politica" della grazia*, in *La grazia contesa*, 2006, 177 ss., afferma non solo la legittimità di un esercizio politico della grazia in alternativa ad un uso equitativo-umanitario, ma anche che, in specifici casi, è ben possibile l'intrecciarsi di queste di valenze. L'autore riporta al riguardo l'analoga opinione di G. Zagrebelsky, *Amnistia, indulto e grazia*, Milano, 1974, 49.

Nonostante abbia un'indubbia utilità ai fini sistematici, l'affermazione della responsabilità diffusa del Capo dello Stato, non appare del tutto appagante, data l'impossibilità di azionarla attraverso strumenti costituzionali. È doveroso, quindi, interrogarsi sull'esistenza di altre eventuali possibili soluzioni concernenti la responsabilità presidenziale. Si può provare a giungere a tali risposte analizzando il modo in cui la Corte impone il richiamo al principio di leale collaborazione e la *ratio* che sottende i doveri che da esso discendono.

In relazione alle varie fasi in cui può articolarsi il procedimento, la Corte richiama le parti ad una scrupolosa conformazione al principio di leale collaborazione. Questo principio, elaborato [6] dalla Corte nella sua giurisprudenza pluridecennale ed esplicitato nella famosa sent. n. 379 del 1992 che risolse un altro celebre conflitto di attribuzioni [7], deve permeare i rapporti fra gli organi costituzionali quando le competenze degli stessi vengono ad interagire. Il fine ultimo della leale collaborazione è impedire che possa verificarsi una paralisi di poteri costituzionalmente previsti, e quindi tale principio si traduce per i singoli organi nel dover conformarsi ad esso: dunque, se dall'angolazione oggettiva dell'ordinamento ci si trasferisce al punto di vista soggettivo degli organi costituzionali nei casi concreti, tale principio si traduce nel dovere reciproco di collaborare lealmente nell'esercizio delle pubbliche funzioni che li vedono coinvolti.

Come notato in un intervento all'interno di questo dibattito [8], la Corte tende ad imporre il rispetto della leale collaborazione da un duplice punto di vista: in primo luogo richiama le parti ad un dovere generico di correttezza che deve sempre conformare tutti i rapporti istituzionali, ma d'altro canto esige anche una effettiva collaborazione intesa come rapporto di scambio costante di informazioni ed opinioni all'interno di uno specifico procedimento. Di questo secondo e più pregnante aspetto del dovere di leale collaborazione la Corte si fa essa stessa ga-

---

[6] R. BIN, *Il principio di leale collaborazione nei rapporti tra poteri*, in *Riv. dir. cost.*, 2001, 6-7, afferma che la Consulta più che aver inventato il principio, ne ha inventato solo il nome. La leale collaborazione difatti non risulterebbe altro che un'applicazione dello stesso principio di separazione dei poteri nelle circostanze in cui le competenze dei diversi organi si trovino ad interagire fra di loro. Quindi, lungi dallo generare una commistione delle competenze, con la possibilità che si trasformi in un diritto di veto reciproco nei casi di atti non necessari, come giustamente paventato da V. ONIDA, *Il vero conflitto è con il Governo. La Consulta lo chiami in causa*, in *Il Sole-24 Ore*, 16 giugno 2006, ne presuppone invece una separazione.

[7] Come è noto, con la sent. n. 379 del 1992 la Corte risolse il conflitto interorganico che vide contrapposti il Consiglio Superiore della Magistratura ed il Ministro della Giustizia riguardo alla nomina del titolare di un incarico direttivo all'interno dell'Ordine Giudiziario, nella specie il Presidente della Corte d'Appello di Palermo. La Corte sancì come un dovere costituzionale reciproco la leale collaborazione nella decisione della nomina del titolare, sebbene statuì inoltre la competenza definitiva del C.S.M. nel caso non fosse possibile giungere ad una scelta condivisa.

[8] Si fa riferimento alla relazione di A. GRATTERI in questo volume.

rante, sia attraverso l'analisi in concreto – e dunque necessariamente non tipizzabile secondo schemi astratti validi in ogni circostanza – delle effettive relazioni che sono intercorse, sia eventualmente attraverso l'imposizione di singoli ed ulteriori passaggi dell'*iter* procedimentale che vengono individuati, anche in funzione di monito per le future relazioni, in sede di decisione dei conflitti. Solitamente i giudici costituzionali ritengono di dover analizzare dall'interno i singoli procedimenti, imponendo specifici atti, più frequentemente nei conflitti intersoggettivi, laddove si deve garantire funzionalità degli articolati modelli decisionali previsti nei rapporti fra Stato e Regioni, che non in quelli interorganici [9], ma la sent. n. 200 del 2006 appare interessante anche perché in essa si può invece assistere ad un duplice intervento in tal senso.

Innanzitutto un espresso invito alla conformazione al principio di leale collaborazione era stato formulato nel ricorso presidenziale che ha introdotto il conflitto e l'accoglimento *in toto* dello stesso – non solo nel merito della titolarità del potere di grazia, ma anche riguardo agli aspetti procedurali – può portare a ritenere accolto implicitamente anche il richiamo a tale principio. Inoltre, e sicuramente in modo più interessante e probante ai fini dell'affermazione del necessario rispetto della leale collaborazione, la Corte ritiene opportuno, nel punto 7 del considerato in diritto, descrivere diversi passaggi del procedimento. Ovviamente senza la pretesa di elencare ogni possibile aspetto dell'*iter* variabile che può seguire la concessione della grazia, la Corte si premura però di fissare, nei passaggi individuati, senz'altro i più rilevanti e quindi indefettibili, alcuni specifici doveri di comportamento, prevalentemente del Ministro, ma anche del Capo dello Stato. Tali doveri di comportamento sono palesemente ed inevitabilmente ispirati alla corretta e leale collaborazione, sebbene tali parole non vengano usate espressamente nella motivazione della sentenza.

I due aspetti principali nei quali sembra incardinarsi il dovere reciproco di collaborazione consistono, come detto, per il Presidente della Repubblica, nell'obbligo di motivare il decreto di grazia e per il Ministro nel dover svolgere l'istruttoria e predisporre lo schema di proposta del decreto anche nel caso in cui egli abbia palesato la propria contrarietà.

Interessante risulta analizzare allora la *ratio* di questo dovere imposto al Ministro, risultando tale obbligo una novità rispetto alle pur varie opinioni presenti in dottrina. L'affermazione di tale dovere risponde perfettamente alla richiesta espressa nel ricorso dal Presidente, ma costituisce certamente un modo peculiare di rappresentare i rapporti che intercorrono fra Capo dello Stato e Ministro, o, osservando l'atto, fra firma presidenziale e controfirma ministeriale. Difatti, da un lato la Corte avalla la ricostruzione oggi dominante, che la dottrina ha elaborato da decenni, dell'istituto della controfirma, distinguendo la sua funzione negli atti sostanzialmente presidenziali da quelli solo formalmente tali, ma sostan-

---

[9] Sempre A. GRATTERI, *I doveri di leale collaborazione*, per una segnalazione e per una spiegazione di questo fenomeno.

zialmente governativi [10], ma dall'altro si discosta dalla versione "ortodossa" di questa posizione dogmatica e dalle principali espressioni legislative di questa dottrina.

Infatti tanto la dottrina dominante che l'art. 4 della l. n. 87 del 1953 [11] – e sulla scia di essa diverse disposizioni legislative – prevedono che gli atti sostanzialmente presidenziali, in cui trovano dunque espressione poteri che spettano esclusivamente al Capo dello Stato, vengano predisposti dal Quirinale stesso e che vengano solo controfirmati dal Ministro "competente" o dal Presidente del Consiglio. In un primo passaggio della sentenza, nel punto 5 del considerato in diritto, la Corte utilizza l'espressione di Ministro «competente» – per individuare il soggetto controfirmante – dichiarandola equivalente a quella di Ministro «proponente» usata nell'art. 89 Cost., conformemente dunque alla tradizionale ricostruzione dottrinale; ma poi stabilisce, nel punto 7 dello stesso considerato in diritto, necessaria la proposta ministeriale, considerandola doverosa, non prevedendo quindi la possibilità che il Presidente predisponga autonomamente il decreto di grazia e lo trasmetta al Ministro della Giustizia per la necessaria controfirma.

L'imposizione di tale dovere costituzionale nei confronti del Ministro risulta una novità anche all'interno delle articolate opinioni dottrinarie in tema di controfirma, dove si ritiene di solito che solo gli atti sostanzialmente governativi necessitino di formale proposta e che il Presidente possa limitarsi ad un controllo – più o meno intenso in base alle diverse ricostruzioni – di legittimità. Al contrario, in relazione agli atti sostanzialmente presidenziali, l'opinione maggioritaria ritiene che essi non vadano preceduti da proposta ministeriale e la funzione della controfirma apposta sugli stessi è sempre stata discussa in dottrina e, parallelamente, oggetto di dibattito sono i conseguenti doveri che incombono ai rispettivi organi nelle diverse ricostruzioni prospettate.

Chiaramente diverse sono le opinioni minoritarie che non consentono di ricostruire né i comportamenti del Ministro né quelli del Presidente in termini di

---

[10] La Corte tralascia di nominare però la categoria degli atti complessi o duumvirali, laddove la compartecipazione dell'organo presidenziale e di quello governativo risulterebbe paritaria, secondo la ricostruzione dottrinaria. L'assenza di tale categoria dogmatica è al momento interpretabile sia come rigetto teorico di essa, come del resto affermato da alcuni autori – si veda per tutti A. RUGGERI, in *Giur. cost.*, 1991, V, 3321 – sia al contrario come voluta omissione dato che non risultava necessario menzionarla ai fini della soluzione del ricorso.

[11] L'art. 4 della l. n. 87 del 1953, come noto, sancisce la natura di atto sostanzialmente presidenziale della nomina dei cinque giudici costituzionali attraverso la scelta di far meramente controfirmare il decreto di nomina al Presidente del Consiglio dei Ministri. A tale testo si giunse solo a seguito di una modifica introdotta in Senato, dopo che la Camera dei deputati aveva approvato un emendamento dell'on. Fumagalli che prevedeva che la nomina fosse preceduta da una proposta del Ministro della Giustizia. In altre disposizioni successive e nella prassi è dunque stabilito che gli atti considerati di stretta spettanza presidenziale vengano solo controfirmati, ma non preceduti da proposta governativa.

doverosità. Alcuni autori ritengono difatti sempre necessaria una proposta ministeriale in quanto non ammettono che il Presidente possa dare autonomo impulso ai suoi atti perché ricostruito come mero garante dotato di soli poteri di freno del sistema [12]. Secondo una simile impostazione ad entrambi gli organi spetterebbe discrezionalmente la decisione sulla proposta e sulla emanazione e quindi non sarebbe possibile qualificare come doverose le rispettive condotte. Altra opinione è sostenuta da coloro che ritengono superabile con un'interpretazione sistematica il dettato dell'art. 89 Cost., considerando non solo non necessaria alcuna proposta ministeriale, ma legittima la non apposizione della controfirma sugli atti sostanzialmente presidenziali. Quest'ultima opinione, eliminando la collaborazione nel procedimento, rende quindi non configurabile una doverosità dei reciproci comportamenti e conduce ad una marcata divaricazione funzionale fra tali organi [13].

Invece, all'interno dell'opinione maggioritaria che ritiene di mutevole funzione, ma sempre necessaria la presenza della controfirma su tutti gli atti, sono presenti vari punti di vista sul ruolo di questa sugli atti propriamente del Capo dello Stato. Diffusa è la tesi che ritiene la controfirma apposta sugli atti sostanzialmente presidenziali un atto dovuto, che discende da un dovere costituzionale incombente sul ministro "competente" e avente la funzione di attestare niente più che la provenienza e la regolarità formale dell'atto [14].

Nella sent. n. 200 la Corte ritiene di dover sposare solo parzialmente tale dottrina e, precisamente, nella parte in cui sancisce la limitata funzione della controfirma come ora indicato. La sentenza si discosta invece dall'affermazione della doverosità di apporre solo tale firma ministeriale, imponendo il dovere più oneroso di predisposizione del decreto presidenziale stesso. Tale più intenso dovere risponde sicuramente ad una piena applicazione del principio di leale collaborazione nel suo significato più attivo di costante e corretto rapporto nell'intero procedimento. Al tempo stesso però impone di domandarsi perché la Corte ne abbia preferito l'affermazione rispetto al modello tradizionale individuato dall'art. 4, l. n. 87 del 1953 che garantisce forse una maggiore autonomia istituzionale alla Presidenza della Repubblica, in linea del resto con la divaricazione funzionale

---

[12] Opinione espressa da S. GALEOTTI, *La posizione costituzionale del Presidente della Repubblica*, Milano, 1949 e, in una visione più politica del ruolo del Capo dello Stato, da Sandulli, *Il Presidente della Repubblica e la funzione amministrativa*, in *Riv. amm.*, 1950.

[13] Inizialmente tale interpretazione fu espressa da M. PALMERINI, *Il soggetto attivo del potere di grazia ed il Presidente della Repubblica*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1953 e da G. MOTZO, voce *Messaggio*, in *Enc. dir.*, XVI, 146-152; a seguito delle evoluzioni istituzionali realizzate dalla presidenza Pertini, aderì a questa opinione E. CHELI, *Articolo 89*, in BRANCA-SCIALOJA (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, 1984.

[14] Per tutti si veda L. PALADIN, voce *Il Presidente della Repubblica*, in *Enc. dir.*, 1986, 210. L'autore afferma che la controfirma su di un decreto di rinvio di una legge, classico atto ritenuto sostanzialmente presidenziale, sia «un inutile ingombro, giustificabile solo alla stregua di un mero requisito formale di validità».

rispetto al Governo che la Costituzione ha sancito nel 1948 e la recente evoluzione politica bipolare e maggioritaria ha accentuato.

È probabile che con questa decisione la Corte non abbia voluto sollevare dubbi di legittimità costituzionale né dell'art. 4, l. n. 87 del 1953 né della prassi che si è consolidata in ordine ad altri atti sostanzialmente presidenziali. Verosimilmente il giudice costituzionale è giunto a questa conclusione in ragione della specificità del potere che stava considerando. La grazia si discosta infatti dagli altri atti sostanzialmente presidenziali per alcuni tratti caratteristici: i messaggi di rinvio *ex* art. 74, i messaggi liberi *ex* art. 87, nonché le esternazioni informali non producono effetti giuridici definitivi, a differenza della grazia; ed invece le nomine dei senatori a vita, o dei giudici costituzionali, permettono un controllo di regolarità formale dei requisiti previsti dalla Costituzione da parte del soggetto controfirmante che la grazia non prevede e forse questa peculiarità è uno dei motivi che ha indotto la Corte a richiedere un'attiva collaborazione ministeriale nella predisposizione di questo atto. Del resto la concessione della grazia richiede la necessaria collaborazione da parte delle strutture del ministero della Giustizia nella fase istruttoria, per i costanti rapporti che questo ha con la Magistratura esecutiva e di sorveglianza [15]. Inoltre, forse, la Corte ha voluto evitare di rendere del tutto marginale il ruolo del Ministro riguardo all'esercizio della grazia, potere oggetto da sempre di dibattiti riguardo la sua titolarità, in considerazione anche di una prassi plurisecolare che ha sempre visto il Ministro in un ruolo attivo.

Probabilmente però, oltre che per ragioni strutturali o di galateo istituzionale, la decisione di coinvolgere attivamente il Ministro, sebbene non sia il titolare del potere e non abbia quindi modo di determinarne l'esercizio, risponde ad esigenze sistematiche più profonde. L'imposizione di alcuni passaggi procedimentali indefettibili risente forse proprio della consapevolezza che tale atto non sarà soggetto ad alcuna responsabilità politica istituzionale e che quindi pare opportuno che un organo responsabile, il Ministro, "accompagni" il Presidente lungo tutto l'*iter* del procedimento, fino alla formulazione di formale proposta, e non si limiti a controfirmare. Ciò anche in ragione del fatto che, in concreto, non è poi sempre così facile distinguere i casi di grazie umanitarie ed equitative da quelli di grazie di natura politica che non sono contemplate dalla Corte e che quindi sembrerebbero precluse al Presidente. Questa formalizzazione del procedimento può allora essere un tentativo di risposta ulteriore che la Corte stessa offre al problema della responsabilità degli atti del Capo dello Stato, che si affianca alla re-

---

[15] Si può ricordare in proposito la proposta avanzata dal Sen. Terracini, nella discussione parlamentare del 1° febbraio 1971, di trasferire l'ufficio grazie dal ministero alla presidenza della repubblica.

Pochi giorni dopo la pubblicazione della sent. n. 200 del 2006, il Presidente Napolitano ha nominato il direttore dell'«istituendo ufficio per la concessione delle grazie e la commutazione delle pene». In futuro, quindi, appare probabile che la Presidenza della Repubblica disporrà degli strumenti necessari per realizzare anche autonomamente l'istruttoria che precede la concessione della grazia.

sponsabilità diffusa sottesa all'obbligo di motivazione; se è così, però, essa è anche un sintomo della consapevolezza della Corte della problematicità della questione e forse della non sufficienza di una mera responsabilità diffusa in ordine agli atti sostanzialmente presidenziali.

Un'altra eventuale soluzione all'interrogativo concernente una possibile diversa risposta all'intreccio che lega la doverosità del comportamento ministeriale al rischio di creazione di una zona esente da responsabilità in relazione agli atti sostanzialmente presidenziali sarebbe potuta discendere dal recepimento di una diversa costruzione dottrinale del rapporto fra la Presidenza della Repubblica e i singoli componenti del Governo ed in particolare del ruolo della controfirma sui relativi atti. Una tesi che però risulta solo parzialmente accettabile alla luce di questa recente sentenza della Corte. Autorevoli commentatori difatti avevano avanzato la proposta di considerare non necessariamente ascrivibili ad una medesima categoria tutti gli atti rientranti fra quelli comunemente definiti sostanzialmente presidenziali, ma al contrario di poterli al proprio interno suddividere e di ritenere differente la funzione della controfirma sugli stessi [16]. Alcuni autori hanno ritenuto che il controllo governativo effettuato dal ministro competente non riguardasse la legittimità dell'atto, bensì concernesse una valutazione di non ingerenza del Presidente all'interno dell'indirizzo politico riservato al binomio Parlamento-Governo e lo hanno definito «controllo interessato» [17].

Combinando queste due impostazioni si sarebbe potuta fornire un'ulteriore risposta al problema della responsabilità sostenendo che spetta al Ministro competente valutare che non ci sia alcuna strumentalizzazione politica di poteri attribuiti al Presidente in funzione di garanzia costituzionale. Di conseguenza ad una responsabilità di tipo diffuso che grava direttamente sul Capo dello Stato, per alcuni atti sostanzialmente presidenziali peculiarmente problematici – come la grazia –, si accompagnerebbe una responsabilità politica istituzionale del Ministro che potrebbe essere fatta valere dal Parlamento per non avere egli difeso l'indirizzo politico in base al quale le Camere hanno accordato la fiducia al Governo. In questo modo si preserverebbe la titolarità di alcuni poteri in capo direttamente al Capo dello Stato e si eviterebbe di costruire zone esenti da responsabilità politica [18].

---

[16] Tale opinione, sebbene non pacifica, è stata autorevolmente sostenuta da P. BARILE, *I Poteri*, 1958, 319, che suddivide i casi ordinari nei quali il controllo governativo sugli atti sostanzialmente presidenziali è considerato di legittimità, da alcuni atti espressione di poteri "di controllo e di freno" attribuiti al Presidente laddove la controfirma «si riduce veramente al rango di autenticazione». Alla stessa conclusione giunge PALADIN, *Il Presidente*, 1986, 234 che afferma: «…occorre una separata considerazione dei vari tipi di atti sostanzialmente presidenziali, che consenta di fissare per ognuno di essi la *ratio* che preside al rapporto fra la firma del Presidente e la controfirma del competente ministro».

[17] Si fa riferimento all'impostazione seguita da V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia*, in *Jus*, 1958, 151-190 e a A. TESAURO, *Diritto Costituzionale*, 1960, 313.

[18] Tale soluzione viene infatti proposta da C. ROSSANO, *Il Presidente della Repubblica*, in

Tale soluzione interpretativa però risulta ancora adesso recepibile solo nella parte in cui propone la distinzione degli atti sostanzialmente presidenziali, ritenendo che rispetto ad alcuni di essi si imponga una formalizzazione del procedimento e una attiva collaborazione ministeriale, mentre in altri casi il ministro competente non potrebbe oggettivamente fare nulla di più che apporre la controfirma, attestando la mera regolarità formale e la provenienza dell'atto. In questi altri casi, infatti, la controfirma sembra essere davvero «un inutile ingombro» [19], perché alcuni poteri presidenziali sono previsti proprio in funzione di freno e controllo o di bilanciamento nei confronti degli organi che partecipano all'indirizzo politico e sarebbe strano prevedere un sostegno nell'*iter* del procedimento o una formale proposta ministeriale. In sede normativa è stato anche proposto *de jure condendo* di eliminare la controfirma in simili ipotesi [20].

È possibile quindi, a seguito di questa sentenza, ritenere che i rapporti che intercorrono fra il Capo dello Stato ed i singoli Ministri in relazione ad ogni singolo atto, quantomeno per quelli definiti sostanzialmente presidenziali, si possano ricostruire in base ad un tessuto di rapporti, di limiti, di prerogative e di doveri reciproci e che quindi determinati poteri possano porsi al confine fra le categorie della tripartizione classica e che questa vada accettata in una versione più elastica di quanto sia stata consegnata dall'impostazione tradizionale. Proprio la constatazione che la Corte ammette che l'*iter* di formazione di alcuni atti sostanzialmente presidenziali possa essere diverso da altri della stessa tipologia invita alla riflessione esposta; la Corte però nega la conseguenza, che gli autori di tale dottrina facevano discendere, che la funzione della controfirma sui medesimi atti possa subire delle oscillazioni funzionali anche all'interno di una stessa categoria.

La tesi sopra esposta non risulta allora recepibile nella parte in cui afferma una responsabilità politica ministeriale che si affianca a quella diffusa del Capo

---

Enc. giur., 1991, 6-7, Roma. L'autore ritiene difatti che, pur accettando la classica partizione dottrinale degli atti del Capo dello Stato, all'atto giuridico formalmente del Presidente partecipino entrambi i sottoscrittori, apportando contributi di natura diversa e che esso abbia quindi sempre una natura complessa. Tale ricostruzione si basa però sul potere, riconosciuto ad entrambi gli organi, di negare la propria firma in presenza di palesi forzature dell'altro organo: per cui al potere del Presidente di negare l'assenso in caso di atti sostanzialmente governativi che possano violare la Costituzione, corrisponderebbe il potere del Ministro di negare la controfirma agli atti sostanzialmente presidenziali che esorbitino dal ruolo del Capo dello Stato o che configurino una fattispecie penale o di violazione della Costituzione. Ne consegue che sarebbe dunque sempre possibile rintracciare una forma di responsabilità giuridica in capo al Ministro, in ogni tipo di atto presidenziale.

[19] Vedi *supra*, nota 11.

[20] Il Progetto di revisione costituzionale, classificato nei lavori parlamentari come disegno di legge n. 2544-B, poi approvato e respinto dal corpo elettorale con referendum costituzionale il 25-26 giugno 2006, prevedeva in un'originaria versione poi modificata in parlamento una revisione anche dell'art. 89 Cost. L'art 21 del Progetto difatti aggiungeva un comma 3 all'art 89 prevedendo una serie atti presidenziali «né proposti né controfirmati» da alcun esponente del Governo.

dello Stato, dal momento che la Corte nega incondizionatamente al Ministro la possibilità di rifiutare di avanzare la formale proposta del decreto in caso di disaccordo. Il Ministro sarà allora pienamente responsabile in sede politica solo se risulta aver condiviso nella sostanza la concessione della grazia, ma non se ha palesato la propria contrarietà.

Se quindi al Ministro resta precluso ogni potere d'interdizione anche per quegli atti strettamente presidenziali che presentano effetti giuridici definitivi, l'unica forma di responsabilità politica resta quella diffusa, accompagnata però dalla garanzia di una formalizzazione del procedimento.

Tale conclusione non è reputata però pienamente soddisfacente da tutta la dottrina: alcuni autori, infatti, avevano preventivamente invitato [21] la Corte a non giungere a tale decisione, affermando la natura sostanzialmente duale della titolarità dei poteri formalmente presidenziali quando in essi è presente, oltre ad istanza di garanzia, una potenziale componente politica, proprio per le ragioni connesse alla necessità di un'assunzione di responsabilità. Tale dottrina afferma difatti che non risulta necessario forzare la lettera dell'art. 89 e trasformare il controfirmante degli atti sostanzialmente presidenziali da «proponente» in «competente». Questa opinione definisce «intollerabile» l'idea che nel nostro sistema costituzionale, sancita l'irresponsabilità politica del Capo dello Stato, possa non esserci alcun responsabile di fronte all'esercizio di alcuni poteri e ne desume che il Ministro ne risponde in ogni caso politicamente come se fosse il proponente. Gli atti sostanzialmente presidenziali vanno allora individuati in base alla loro assenza di politicità e laddove vi sia una componente politica, la corrispondente responsabilità graverà sul ministro parimenti al suo potere di influenzare la decisione definitiva. Ne consegue, per tale opinione, la necessaria essenza "duale" dell'atto di grazia, data la possiblità di prestarsi tanto a fini equitativi ed umanitari che politici [22].

---

[21] Fra gli altri, R. BIN, *Le ragioni esoteriche di un match nullo*, in *La Grazia Contesa*, Torino, 2006, 46-49.

[22] L'opinione appena esposta sembra in qualche modo rappresentare un'evoluzione moderna della celebre tesi di C. Esposito sul ruolo monofunzionale della controfirma, in particolare sulla funzione "certificativa" dell'avvenuta collaborazione ministeriale all'atto del Capo dello Stato, cfr. voce *Capo dello Stato*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960 e voce *Controfirma ministeriale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962. Tale tesi non è stata ritenuta corrispondente alla nostra forma di governo e abbandonata dall'opinione dominante, ma è stata poi aggiornata da G. ZAGREBELSKY, *Amnistia, Indulto e Grazia*, Milano, 1974, il quale ammetteva sì l'esistenza di atti presidenziali appartenenti a diverse categorie e rispetto alle quali la controfirma assumeva una funzione mutevole, ma soltanto nelle ipotesi residuali i cui specifici dati di diritto positivo suffragassero tale ricostruzione, mentre invece, nelle altre ordinarie ipotesi, dovesse ritenersi valida la tesi elaborata da Esposito. L'opinione riportata di Bin sembra evocare la ricostruzione di Esposito, soprattutto nella parte in cui lascia intendere che molto spesso dall'esterno non è possibile comprendere per ogni singolo atto concreto quale apporto sia stato dato dal Ministro e quale dal Presidente, anche perché nei casi specifici il contributo di entrambi può variare anche in relazione all'esercizio dello stesso potere.

Per le stesse ragioni, le conclusioni cui è giunta la Corte sono state dunque criticate [23] da chi ritiene che di fronte ad ipotesi così delicate e rilevanti nei meccanismi della forma di governo, pur nel caso si voglia sancire la piena titolarità presidenziale di un determinato potere, risulti necessario elaborare delle soluzioni più attente ed articolate nel prevedere forme istituzionali di responsabilità per gli atti sostanzialmente presidenziali.

[23] Sottolinea i problemi che discendono dalla sent. n. 200 del 2006, T. GIUPPONI, *Potere di grazia e controfirma ministeriale: là dove (non c'è responsabilità, la c'è il potere*, in *www.forumcostituzionale.it*, 20 luglio 2007.

DOVERI COSTITUZIONALI «INFEDELI» PER *NICHTAUSÜBUNG*

SPUNTI TEDESCHI PER LE TENTAZIONI ITALIANE

MICHELE CARDUCCI

SOMMARIO: 1. Omissione e *Nichtausübung*. – 2. Fedeltà contenitore e contenuto. – 3. Omissione come «impossibilità di esercizio». – 4. Dalla tipizzazione della «impossibilità di esercizio» alla empiricità della fedeltà costituzionale. – 5. Dalla fiducia alla *Gefolgschaft*.

1. OMISSIONE E *NICHTAUSÜBUNG*

Fu Silvano Tosi a cogliere la rilevanza della dinamica fiduciaria tra parlamento e governo come insieme di espressioni di fedeltà verso il testo costituzionale e la sua normatività [1]. Infatti, il tema delle modificazioni tacite alla Costituzione venne da Lui inquadrato sia sul fronte delle specifiche azioni di intervento politico, mirate sulla effettività delle funzioni abilitate dal testo, che su quello delle omissioni e degli inadempimenti.

Da questo angolo di visuale, la prospettiva di Tosi si è mostrata originale e importante perché, rispetto alle classiche qualificazioni dei mutamenti costituzionali fattuali acquisite alla dottrina di esperienza prerepubblicana [2], non si è limitata a constatare le *condoned obscurities* della forma di governo [3], ossia le condizioni fattuali formalmente inespresse, ma per questo utili a garantire la coesistenza e l'avvicendamento di interpretazioni costituzionali, tendenze politiche e con-

---

[1] S. TOSI, *Modificazioni tacite della Costituzione attraverso il diritto parlamentare*, Milano, 1959, 43 ss.

[2] Penso, per tutti, al tema delle cosiddette «zone grigie» del diritto costituzionale, ben sintetizzato da A. FERRACCIU, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, in *Annali Fac. Giur. Univ. Perugia*. vol. III, 1905, 218 ss., di cui mi pare si intravedano i nessi anche nella definizione di Leopoldo Elia della forma di governo come insieme di «*norme a fattispecie aperta*»: *Governo (forme di)*, in *Enc. dir.*, XIX, Milano, 1970, 640.

[3] Su tale concetto, M. FOLEY, *The Silence of Constitution*, London, 1990.

cezioni istituzionali diverse ed eterogenee. Essa, infatti, si è cimentata anche sulla normatività dell'omissione costituzionale, come pretesa di validità di un comportamento *diverso dal* testo: come vera e propria fonte del diritto.

Un tale problema non rappresenta oggetto ricorrente di riflessione critica della dogmatica giuridico-costituzionale sulle fonti, ancorché, nel panorama comparativo, siano riscontrabili analisi specifiche dedicate al tema [4], e la sua risalente più autorevole presa in considerazione si debba a Georg Jellinek, con la teoria della *Nichtausübung*.

Nel saggio del 1906 [5], frutto di confronti comparativi interni ed esterni alla Germania, l'intuizione di Jellinek è consistita nel prendere atto che la costituzionalizzazione di una forma di governo transita su binari diversi da quelli della semplice osservanza del testo: essa è *Verfassungswandlung* (trasformazione costituzionale), frutto di un vero e proprio «diritto dispositivo» (*Dispositives Recht*) [6] tra soggetti e attività parlamentari, comunque abilitato dal testo costituzionale. È la *Verfassungswandlung* a consentire agli organi di apprendere, di fatto, le ragioni di «fedeltà» reciproca nella comune (ma non esclusiva) disponibilità del testo costituzionale. Con queste premesse, il suo metodo giuridico scopriva, anche per la Germania, la soggettività del testo come condizione di effettività.

La *Nichtausübung* descrive la rinuncia (volontaria) a funzioni formalmente attribuite: è *Dispositives Recht*. Così colta, essa assurge comunque ad elemento di *costituzionalizzazione*, anche se non si manifesta nella *positivizzazione testuale della scrittura*. Insomma, non è solo il testo a conferire validità al diritto costituzionale, ma anche il mancato esercizio di quello che il testo prevede sviluppa diritto non scritto «fedele», dato che esso non riflette, per il solo elemento dell' omissione di attenersi al documento scritto, una negazione di validità o addirittura una incostituzionalità.

Questa idea di *Nichtausübung* si rivelò carica di implicazioni: riferita alla forma di governo e soprattutto alla dinamica tra parlamento e governo, essa si emancipa dalle riduzioni dogmatiche che identificano il livello di validità con una forma specifica – testuale – di fondazione della selezione stessa delle validità, come si tentò invece di perseguire con le razionalizzazioni del parlamentarismo. Di ri-

---

[4] Ampiamente, ad esempio, A. Candida da Cunha Ferraz, *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, S. Paulo, 1986, 217 ss.

[5] Di cui v. la trad. it. parziale G. Jellinek, *Mutamento e riforma costituzionale* (1906), trad. it., Lecce, 2004, 17 ss.

[6] Il tema della disponibilità del diritto costituzionale aveva conosciuto una contemporanea elaborazione nel famoso scritto di E. Radnitzky, *Dispositives und mittelbar geltendes Recht*, in *Archiv für öffentliches Recht*, 1907, 380 ss., particolarmente influente nel dibattito europeo sul fondamento e la legittimità della forma di governo parlamentare, proprio per il suo approccio deformalizzante nella interpretazione costituzionale dei poteri e dunque della forma di governo: per l'influenza in Italia, rinvio a M. Carducci (a cura di), *Idee sul fondamento di una forma di governo. Scritti di P. Chimienti, G. Arcoleo, L. Raggi, A. Criscuoli,* Lecce, 1997.

flesso, con essa si ridimensionano ipotesi tanto diffuse quanto postulate. Da un lato, il riferimento alla *opinio necessitatis*, che sorregge le formazioni del diritto consuetudinario e i corrispondenti esiti di *desuetudine*, appare insufficiente se non addirittura paradossale, nella misura in cui fa valere come necessari fatti che esistono nella contingenza storica [7], oppure assume come logici dati semplicemente verificati come reali (anch'essi in una inesorabile contingenza storica) [8]. Similmente, la gnoseologia del consenso e dell'accordo, così diffusa nelle teorie sulle cosiddette «convenzioni costituzionali» [9], rivela lo sforzo di dare comunque fondamento a selezioni normative contingenti per considerarle «valide» al pari di «altri» fondamenti, come appunto il testo costituzionale [10], implicitamente scongiurando possibilità ulteriori di contingenza del diritto costituzionale [11]: per esempio, nella scansione tra regolarità «*non condivise*» e «*condivise*» intorno al significato della scrittura costituzionale [12].

Insomma, il problema della fedeltà costituzionale dell'omissione, nel quadro della dogmatica delle fonti del diritto, si è prestato a moltiplicazioni in concetti di tipo causale, etico e gnoseologico, a seconda che si sia guardato alla *causa* dell'omissione, al suo fondamento di *validità*, oppure al fondamento della sua *conoscenza* [13].

2. Fedeltà contenitore e contenuto

Invero, la prospettiva di Jellinek della *Nichtausübung* come fonte del diritto poggiava comunque su una «condizione»: la reciprocità del *Dispositives Recht* rispetto al testo. I fenomeni di volontarie omissioni dovevano risultare contemporaneamente riflessivi, oltre che rappresentativi, affinché l'attivazione dello sviluppo costituzionale potesse coinvolgere pluralisticamente i soggetti titolari di

---

[7] Da tale punto di vista, si può cogliere l'originalità di indagine dello studio di G. Ferrari, *Introduzione ad uno studio del diritto pubblico consuetudinario*, Milano, 1950.

[8] Sui «doppi binari» del necessario e del possibile nella ricerca dei fondamenti, resta sempre significativo il contributo di I. Pape, *Tradition und Transformation der Modalität: Möglichkeit und Unmöglichkeit*, Hamburg, 1966.

[9] Su cui, da ultimo, si v. le schematizzazioni di G. Demuro, *Regole costituzionali non scritte tra diritto ed altre scienze*, Torino, 2003, 9-20.

[10] Al fine, ad esempio, di preservare una condizione di certezza: Q. Camerlengo, *I fatti normativi e la certezza del diritto costituzionale*, Milano, 2002, 251 ss.

[11] In tal senso, N. Luhmann, *La dottrina giuridica delle fonti del diritto nella prospettiva della sociologia*, in *La differenziazione del diritto* (1981), trad. it., Bologna, 1990, 243 ss.

[12] M. Dogliani, *Diritto costituzionale e scrittura*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, 103-136.

[13] Ripercorrendo parallelamente il problema «classico» di tutte le teorie sulle fonti, già colto sin da Alf Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, Leipzig-Wien, 1929, 291 ss.

funzioni, non solo nella configurazione dei propri comportamenti concorrenti allo sviluppo stesso, ma anche nella descrizione e nel giudizio sui comportamenti altrui allo stesso scopo mirati. Una simile proiezione traduceva la fedeltà costituzionale nella fiducia reciproca dei suoi soggetti. Del resto, Jellinek identificava nella *parlamentarizzazione*, fondata appunto sulla fiducia, il percorso comprovabile di *costituzionalizzazione* non *positivizzata* nel testo.

La «fiducia» dunque, nella sua contingente manifestazione della dinamica tra rappresentanza parlamentare e potere esecutivo, ha potuto storicamente saldare la fedeltà costituzionale al doppio binario della «*positivizzazione costituzionale*» testuale e della «*costituzionalizzazione*» fattuale. Sembra confermarlo ancora oggi la circostanza che la comparazione richiami questa acquisizione evolutiva del pensiero costituzionale classico, per confrontare contesti con contingenze diverse da quelle delle parlamentarizzazioni europee novecentesche, verificando la presenza di fenomeni di vera e propria «*costituzionalizzazione simbolica*» per assenza di concretizzazione concorrente e reciproca tra interpreti e attori costituzionali [14].

Ma nei medesimi termini si possono inquadrare le divaricazioni implicite ai discorsi generali sulla fedeltà costituzionale [15]. Il concetto è sempre duplice: o la fedeltà coincide con i criteri normativi che orientano i comportamenti; oppure corrisponde al confronto e all'accertamento della conformità tra i comportamenti e le previsioni normative. Nel primo caso, la fedeltà assume il carattere di un «*contenitore*» (ciò che guida i comportamenti); nel secondo, invece, i caratteri del «*contenuto*» (ciò che deve essere valutato nella conformità ad una norma). Se i contenuti dei comportamenti sono diffusamente condivisi e razionalmente motivati, i due sensi della fedeltà coincidono e si parla, in tal caso, di una vera e propria «cultura della legalità costituzionale», dove *positivizzazione* e *costituzionalizzazione* coincidono [16].

A ben vedere, questa differenza evoca la weberiana scissione tra *legalità* del potere e *legittimità* razionale del potere, alla base della comprensione della identità dello «Stato di diritto» come organizzazione fondata sulla «*legalità contenuto*», che non impone il consenso appunto sui contenuti ma esige solo il rispetto delle regole procedurali, lasciando liberi i soggetti di conformarsi o meno alle previsioni normative. Ma la stessa differenza è importante negli attuali dibattiti di sociologia della Costituzione, nei quali si affronta il problema della interpretazione dei comportamenti sociali che aggirano o eludono la «*legalità contenuto*»,

---

[14] In particolare si ricorda il pensiero di Marcelo NEVES, di cui è in traduzione italiana *Costituzionalizzazione simbolica e decostituzionalizzazione di fatto*, trad. it., Lecce, 2004

[15] Per una ricostruzione, si v. ora G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in on. G. Ferrara*, Torino, 2005, 516 ss.

[16] In tal senso, tra i primi e con influenza anche sul pensiero costituzionale europeo (ad es. Pensovecchio Li Bassi, in Italia, e Canotilho, in Portogallo), W. LEISNER, *Von der Verfassungsgemässigkeit der Gesetze zur Geseztmässigkeit der Verfassung*, Tübingen, 1964.

pur mantenendone invariato il suo riconoscimento formale, ma ostacolandone, simultaneamente, la corrispondenza con la «*legalità contenitore*» [17].

Analoghe divaricazioni ripercorre l'esperienza statunitense sul tema della *Deference* verso la Corte Suprema e le sue interpretazioni; e anche in questo caso colpisce la forza intuitiva della comparazione proposta da Jellinek, da quel lontano 1906 [18]. Ovviamente, nel prisma americano, *positivizzazione* e *costituzionalizzazione* non si sono evolutivamente declinati sui processi della *parlamentarizzazione*. Ma il problema della dialettica tra giudici e «funzionari non giudiziari» ricalca comunque l'esigenza reale della convergenza tra *contenitore* e *contenuto* della fedeltà nella reciprocità: quello che Larry Alexander e Frederick Schauer hanno recentemente denominato «*le virtù parallele della coerenza tra le istituzioni*» [19].

In ogni caso, nel ponte ideale che da Jellinek arriva ai giuristi americani della *Deference*, l'asse portante dell'idea di fedeltà costituzionale sembra poggiare sul suo carattere inesorabilmente «informale», in quanto contraddistinto dalla inadeguatezza delle forme impresse nel testo costituzionale – talmente inadeguate da poter essere omesse – e per ciò stesso proteso ad alimentare integrazioni sovrastrutturali, rispetto alle previsioni sia della Costituzione [20] che della legislazione formale ordinaria attuativa: integrazioni di qualsiasi contenuto, anche appunto omissivo [21].

3. Omissione come «impossibilità di esercizio»

Sempre il concetto di *Nichtausübung* offre un ulteriore spunto di riflessione sul tema della fedeltà. L'omissione potrebbe confessare una vera e propria im-

---

[17] Si v., con riguardo alle transizioni costituzionali, R. Zamorano Farías, *Civilizzazione delle aspettative e democrazia nelle periferie della società moderna*, tr. it., Lecce, 2003, nonché, con riguardo alle trasformazioni di integrazione europea, H. Brunkhorst, *A Polity without a State? European Constitutionalism between Evolution and Revolution*, in E.O. Eriksen-J.E. Fossum-A.J. Menéndez (eds.), *Developing a Constitution for Europe*, London, 2003.

[18] G. Jellinek, *op. cit.*, 31.

[19] L. Alexander-F. Schauer, *L'interpretazione stragiudiziale della Costituzione* (1997), trad. it., Lecce, 2006, 54.

[20] È il concetto di *Ungeschriebenes Verfassungsrecht* di Rudolf Smend, speculare a quello di Jellinek. Sul confronto tra le due proiezioni concettuali, si rinvia a H.A. Wolff, *Ungeschriebenes Verfassungsrecht unter dem Grundgesetz*, Tübingen, 7 ss.

[21] Su tale prospettiva, esistono tre importanti contributi dovuti all'Autore tedesco Helmuth Schulze-Fielitz, in cui si elaborano e sviluppano queste teorie: *Der informale Verfassungsstaat* (Berlin, 1984); *Theorie und Praxis der parlamentarischer Gesetzgebung* (Berlin, 1988); *Parlamentsbrauch, Gewonheitsrecht, Observanz*, in H.P. Schneider-W. Zeh (hrsg.), *Parlamentsrecht und Parlamentspraxis*, Berlin-New York, 1988, 392 ss.

possibilità dell'esercizio di un potere. In tal caso, essa evidenzierebbe una sorta di «inerzia costituzionale» (*das Verfassungsunterlassen*), tutt'altro che funzionale ad assicurare il testo della Costituzione [22].

Anche una simile implicazione connota ulteriormente i tratti della fedeltà costituzionale. Oltre a visualizzarsi nei procedimenti che sostengono e consentono la relazione tra i soggetti e la loro «condizione» di reciprocità nel *Dispositives Recht*, la fedeltà esige una comprensione materiale dei doveri costituzionali sempre e comunque in funzione ausiliare rispetto al testo, in quanto identificazione permanente di «imposizioni» costituzionali (*fortwährende Verfassungsaufträge*) [23].

Ma nel momento in cui l'esercizio di un potere che la Costituzione affida, appunto, a determinati soggetti giuridici, permane nella impossibilità dello stesso, le norme costituzionali non possono più tradursi in validità del diritto [24]: finiscono quindi con l'essere rinnegate in quanto «imposizioni». «*Per questo* – scrive Jellinek – *una delle ricerche più difficili consiste nel determinare, nel caso particolare, in che misura un potere mai esercitato di fatto abbia rilevanza giuridica o meno. Vale a dire, se è capace di compiere, in qualche caso, il suo proposito normativo per la vita statale*» [25]. C'è chi, in questo fenomeno, intravede i sintomi più gravi di crisi della teoria della Costituzione come crisi della sovranità dello Stato – si pensi al fenomeno della integrazione europea rispetto alle «imposizioni» costituzionali nazionali e ai loro apprendimenti pratici – nel momento in cui le *Nichtausübungen* teorizzate da Jellinek sfuggono ad ogni controllo, sia politico, dentro cioè la reciprocità della fiducia, sia giurisdizionale, soprattutto costituzionale, proprio perché rendono impossibile il parametro e dunque si dimostrano ineluttabilmente effettive, indipendentemente dalla loro validità [26].

Quest'ultima prospettiva spezza tutte le diramazioni riscontrate nell'accettazione della fedeltà costituzionale attraverso le omissioni. Essa, infatti, non porta a rintracciare criteri normativi di orientamento dei comportamenti né corrisponde al confronto di conformità tra comportamenti e previsioni normative. Neppure consente di interrogarsi sulla sua *causa*, sul suo fondamento di *validità*, op-

---

[22] Per un'indagine comparata con il Brasile, sul significato dell'omissione per la normatività della Costituzione, si v. ora G.F. LONGO, *Sull'omissione legislativa come ipotesi di controllo del* Politico, Lecce, 2006.

[23] «Imposizioni» e «direttive» costituzionali in P. Lerche e suo percorso in Canotilho 309.

[24] Fu HSÜ DAU-LIN, degno allievo di Rudolf Smend, a sviluppare le implicazioni di questa dissociazione interna alla *Nichtausübung*, nel suo importante studio *Die Verfassungswandlung*, Berlin-Leipzig, 1932, 21-25, di cui è in corso di stampa l'inquadramento epistemologico curato da G.F. Longo.

[25] G. JELLINEK, *Mutamento*, cit., 48.

[26] In tal senso, soprattutto il costituzionalista portoghese J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, 1348-1351, di cui è da ricordare la sua provocatoria dichiarazione di «morte» della Costituzione «dirigente». Per il dibattito su tale questione, si v. J. NELSON DE MIRANDA COUTINHO (org.), *Canotilho e a Constituição dirigente*, Rio de Janeiro, 2003.

pure sul fondamento della sua *conoscenza*. La «impossibilità di esercizio» semplicemente esiste come inevitabile condizione di «eccezione» decidente: estrema sovranità «politica», alternativa alla validità costituzionale [27]. Questa manifestazione di *Nichtausübung* rivela inesorabili difficoltà del diritto costituzionale, come dogmatica giuridica, di rispondere a tutte le sfide della sua *materializzazione.*

In effetti, nelle costruzioni che da Jellinek arrivano a Tosi, l'atto omissivo resta pur sempre il prodotto di una concezione volontaristica del *diritto* e del *soggetto*, dentro un'idea di Costituzione pretesa come statuto giuridico del *politico*. Basti pensare alle valutazioni di Tosi nei riguardi del fenomeno, costituzionalmente non previsto, della questione di fiducia e alle connesse «omissioni» verso l'art. 94 Cost. [28]. La legittimità della questione di fiducia veniva (e viene) alla fine rintracciata nella sua funzionalità alla «condizione» di reciprocità del sistema. Insomma, l'omissione si presenta pur sempre come momento stabilizzante e conformativo dei fenomeni costituzionali. Ma il suo orizzonte materiale è pur sempre dentro i poli del *Rechtlichen Sollen* e del *Politischen Sollen* [29].

Le «impossibilità di esercizio», al contrario, non sono funzionali al sistema, ma si impongono come autoreferenze refrattarie alla normativizzazione legalista: rifiutano la positivizzazione costituzionale che, prevedendo l'azione, rende plausibile la stessa omissione [30]. Esse militano a dirigere le aspettative e l'orientamento delle condotte, e delle interpretazioni [31], al di fuori di modelli prescrittivi, ricorrendo alla *positivizzazione* come «nominalismo costituzionale» [32] e deturpando i processi pratici di *costituzonalizzazione* in vere e proprie «decostituzionalizzazioni fattuali» [33] dei rapporti istituzionali.

---

[27] Emblematica, al riguardo, la c.d. «doctrina *de facto*» del diritto costituzionale latinoamericano del Novecento: cfr. A. RICARDO DALLA VIA, *Argentina: continuidad constitucional y «doctrina de facto»*, in M. CARDUCCI (a cura di), *Il costituzionalismo «parallelo» delle nuove democrazie. Africa e America Latina*, Milano, 1998, 197 ss., e V. GARCÍA TOMA, *Teoría del Estado e Derecho Constitucional*, Lima, 2005, 643-682.

[28] *Op. cit.*, 60 ss.

[29] Si pensi, del resto, a tutta la semantica tedesca del concetto della *Gewalt*, soprattutto nel pensiero di F. MÜLLER, *Recht, Spache, Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie*, I, Berlin, 1975.

[30] Del resto, accedendo all'approccio funzionale di Luhmann, si potrebbe concludere che è lo stesso sistema legale a richiedere l'omissione per rendere plausibile il suo funzionamento: cfr. N. LUHMANN, *Potere e codice politico*, trad. it., Milano, 1982, 62 ss.

[31] In tal senso, e non a caso, F. MÜLLER, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrecht*, in M. THIEL (hrsg.), *Enzyklopädie der geisteswissenschaftlichen Arbeitsmethoden*, vol. 11, München-Wien, 1972, 123 ss.

[32] Nella classica qualificazione di K. LOEWENSTEIN, *Teoria de la Constitución*, Barcelona, 1965, 151-225.

[33] M. NEVES, *A Constitucionalização simbólica*, S. Paulo, 1994.

4. Dalla tipizzazione della «impossibilità di esercizio» alla empiricità della fedeltà costituzionale

Insomma, il paradigma strutturante della *Nichtausübung* tendeva a identificare tutte le manifestazioni costituzionali *intra-* e non *praeter constitutionem*. Sempre Jellinek vedeva in questo la tipizzazione del diritto da contrapporre alla empiricità emergente della contingenza fattuale [34]. La conformazione alle «imposizioni» costituzionali non ha significato mera «esecuzione» delle stesse [35], bensì appunto reciprocità e raccordo anche politico rispetto al testo [36]. Ecco allora che, come la fiducia parlamentare ha potuto storicamente strutturare una «condizione» istituzionale di reciprocità, alle stesso modo le manifestazioni originarie di indirizzo politico, come i programmi elettorali e gli accordi di coalizione, hanno contribuito a tradurre meccanismi «di sostegno» all'applicazione costituzionale [37]. Ma questo ha segnato il paradosso di forza e debolezza delle aperture, soprattutto tedesche, ai fenomeni di *Nichtausübung*.

Infatti, è sufficiente che tali meccanismi si posizionino *extra constitutionem*, perché il quadro non sia più leggibile e giudicabile, se non trincerandosi nella qualificazione della fedeltà come fondamento di validità solo testuale: cioè negando le premesse di apertura, dogmaticamente necessarie ad abilitare i fenomeni di *Nichtausübungen*. Che questo possa avvenire pur mantenendo in vita la figura della fiducia parlamentare, nella sua formale apparenza di «condizione» di reciprocità delle azioni e omissioni, è storicamente provato dalle fragili storie pseudo-parlamentari latinoamericane, preludio di tutti gli autoritarismi del subcontinente [38]. Che tutto questo decostituzionalizzi e politicizzi i discorsi sulla fe-

---

[34] Cfr. *Allgemeine Staatslehre*, Belin-Zürich, 1966, 34.

[35] Su tale precisazione, con estrema chiarezza e studiando proprio la dogmatica costituzionale tedesca, J.J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, 289-323.

[36] Tale profilo, tra l'altro, emerge anche nelle indagini italiane sulle convenzioni costituzionali e sui loro «limiti»: si v. ora la ricognizione in merito di G. Demuro, *op. loc. cit.*

[37] Su tali intrecci, deve essere considerato il risalente dibattito tedesco sul tema delle conformazione costituzionale dei programmi elettorali e di governo (tra gli altri: T. Ellwein, *Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland*, Köln-Opladen, 1977, 168 ss.; W. Pfister, *Regierungsprogramm und Richtlinien der Politik*, Frankfrut a.M., 1974, 25-30; G. Kassimatis, *Der Bereich der Regierung*, Berlin, 1967, 34-47), nonché, in Italia, l'inquadramento di M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Napoli, 1985, mentre il contesto ispano-americano ha suggerito di assimilare tutti i raccordi dentro la categoria del «sentimento costituzionale», partendo dal cit. K. Loewenstein, per arrivare soprattutto a P. Lucas Verdú, *El sentimiento constitucional*, Madrid, 1985. Su accordi di coalizione e «fedeltà costituzionale», se si vuole si v. M. Carducci, *L' «accordo di coalizione»*, Padova, 1989, 103-137.

[38] In sintesi, si v. per tutti P.A. Díaz Arenas, *Estado e Tercer Mundo. El costituzionalismo*, Santa Fé de Bogotá, 1997, 186 ss.

deltà costituzionale [39], è l'oggetto specifico del dibattito di filosofia politica e costituzionale comparata contemporanea, soprattutto nel raccordo tra circuito elettorale del consenso e circuito decisionale delle concezioni costituzionali [40].

Tuttavia, che le manifestazioni costituzionali materialmente *extra constitutionem* siano positivizzabili paradossalmente per mezzo della scrittura di un testo e altrettanto paradossalmente addirittura attraverso formali tipizzazioni delle «impossibilità di esercizio», potrebbe rasentare il surreale. Eppure, leggendo il testo della riforma costituzionale approvata dal Governo Berlusconi nel 2005 e respinta dal Referendum popolare del giugno 2006, c'è da constatarlo con attenzione.

In questo documento di revisione si è dato sfogo, appunto in forma di previsione positiva e testuale, a tutte le preoccupazioni e i pericoli che l'ordito teorico da Jellinek a Tosi, passando per Hsü Dau Lin, intendeva scongiurare attraverso il mantenimento della differenziazione funzionale della *costituzionalizzazione*, anche attraverso omissione, rispetto alla *positivizzazione* testuale.

Il testo della riforma proposta ha militato per l'idea degenere di *Nichtausübung*. Lo preannunzia innanzitutto la previsione di un governo con «prerogative» [41], contrapposte ai «diritti» politici del parlamento, come recita la proposta di riforma dell'art. 64 della Costituzione, con una «presupposizione» di fedeltà costituzionale «innata» nell'identità politico-elettorale dell'esecutivo, quindi senza «condizioni». Contemporaneamente la eliminazione radicale di qualsiasi distinzione tra dissenso e sfiducia parlamentare [42], all'interno della dialettica della rappresentanza, storicamente fisiologica alla tenuta delle condizioni di reciprocità di azioni od omissioni dei soggetti politici della relazione fiduciaria [43], ha disvelato l'*intentio* di ingessare, nell'ossessione del tradimento alla «fedeltà» elettorale», l'identità dell'unico soggetto titolare del *Dispositives Recht*: il governo con il suo capo. E poi c'è stato l'art. 70. Da un lato, il primo ministro, una volta insediatosi con la sua maggioranza parlamentare, avrebbe potuto mettere sotto scacco ogni

---

[39] Emblematcamente, proprio in presenza del ripristino di funzioni non esercitate, S. LABRIOLA, «*Ritorno alla Costituzione» o mutamenti taciti? Il caso del potere presidenziale di nomina dei Ministri*, in *Quad. cost.*, 1994, 47 ss.

[40] Se ne coglie la rilevanza, anche solo ripercorrendo il lessico di filosofia costituzionale su consenso e disaccordo (*Disagreement*), come su fedeltà come fiducia (*Faith*) e dissenso come sfiducia (*Distrust*), all'interno di meccanismi di democrazia operativamente qualificabili come «delegativi» (G. O' Donnel) o «deliberativi» (J. Waldron, C.S. Nino), a seconda dei nessi procedurali e contenutistici tra circuito elettorale e circuito costituzionale.

[41] La cui semantica meriterebbe ancora qualche attenzione. Sul concetto, si v. comunque V. ZANGARA, *Le prerogative costituzionali*, Padova, 1972, spec. 62-67.

[42] Desumibile dal combinato disposto degli artt. 64, 70, 72 con l' art. 94 del testo approvato, che eliminava l'ipotesi di «voto contrario» della Camera.

[43] Mi permetto di rinviare alla mia ricerca *Controllo parlamentare e teorie costituzionali*, Padova, 1996.

confronto con il Senato, nelle sue competenze rivolte agli interessi e bisogni dei territori, e lo avrebbe fatto non per ragioni costituzionali, bensì esclusivamente politiche («attuazione del suo programma») o per promuovere il potere (politico) sostitutivo, previsto dal rinnovato art. 120, con un avallo del Capo dello Stato a contenuto dichiaratamente autoreferenziale (art. 70, quinto e sesto capoverso). Dall'altro, l'evocazione del principio di «leale collaborazione», come precomprensione della fedeltà costituzionale interorganica ed interistituzionale, avrebbe identificato solo nel *premier*, in virtù del suo programma politico, la «prerogativa» di disporne per sé, rinnegando la cooperazione con il Senato, quindi, anche su questo fronte, secondo uno schema di *Dispositives Recht* tutt'altro che reciproco.

Infine, ci sarebbe stato il combinato disposto «*alla sud americana*» degli 138, 72, quarto capoverso, 94, secondo capoverso, 70, capoversi 5 e 6. A seguito del nuovo 138, la Costituzione sarebbe ritornata ad essere *flessibile*, come lo fu lo Statuto Albertino, in quanto le revisioni costituzionali sarebbero state approvate sempre e solo a maggioranza, con un seguito referendario eventuale. Ma la Costituzione sarebbe tornata anche ad essere *fungibile*, per la «positivizzata» scomparsa della distinzione tra materia costituzionale e materia legislativa. In un testo che ridimensiona la riserva di legge, la maggioranza parlamentare avrebbe potuto scegliere se riempire di contenuti la Costituzione attraverso la sua integrazione formale (art. 138) oppure con semplici leggi ordinare praticamente senza vincoli, dato che l'art. 72 contempla la «materia costituzionale» della Camera e la «materia costituzionale» del Senato: sarebbe stata solo una questione di tempi differenti, anche perché i disegni di legge del governo avrebbero avuto comunque la priorità.

Ma non basta. L'iniziativa di promuovere le riforme costituzionali sarebbe diventato un vero e proprio potere del governo e del suo capo (considerato il tenore dall'art. 94 sulla esclusione della questione di fiducia per le revisioni costituzionali). Una simile novità, combinata con l'art. 72, sarebbe stata deleteria. Infatti, il *premier* non avrebbe potuto porre la questione di fiducia sulle leggi costituzionali (art. 94), ma in «materia costituzionale della Camera» sì (art. 72, quarto capoverso). Con quali differenze? Nella sostanza nessuna, sicché la scelta di come «giocare» con la Costituzione in Parlamento sarebbe stata tutta e solo del *premier*, ovviamente in nome del programma votato dagli elettori. Se si considera poi che le proposte di riforma costituzionale sono diventate giocoforza l'oggetto dei programmi del *premier* da eleggere – analogamente a quanto anche *fuori* dell' Europa, come in alcuni sistemi latinoamericani quali Venezuela, Colombia, Perù, Bolivia –, lo stesso, una volta insediatosi con la sua maggioranza parlamentare, avrebbe potuto concretizzarle attraverso gli strumenti offerti dal nuovo art. 70, mettendo sotto scacco ogni confronto con il Senato per le sue «materie costituzionali». Coma la si gira, il *premier* avrebbe potuto sempre spuntarla praticamente su tutte le questioni costituzionali: un'unica «manifestazione costituzionale» per tutti gli scenari e gli interlocutori.

Tutto l'apprendimento della dogmatica costituzionale intorno alle «imposi-

zioni» costituzionali si sarebbe così dissolto nelle sue articolate differenziazioni tra legislazione e indirizzo politico, a favore di una localizzazione personalizzata e monocratica dei «doveri» di fedeltà.

Infatti, un unico «dovere» avrebbe gravato su tutti gli altri organi costituzionali della forma di governo italiana, dal Capo dello Stato, al Senato, al Consiglio dei ministri, ai parlamentari: rispettare la Costituzione *attraverso* il capo del governo. Qualsiasi dissenso discorsivo o deliberativo si sarebbe tradotto in una «impossibilità di esercizio», una sorta di *Nichtausübung* non solo tipizzata dal testo costituzionale, come si comprende dai nessi di causalità scanditi dall'art. 70 tra Presidente della Repubblica che, «*verificati i presupposti costituzionali*», autorizza il *premier* a imporre il proprio indirizzo politico al Senato, e Senato stesso, costretto appunto alla «impossibilità di esercizio» come collegialità rappresentativa, ma anche non giustiziabile, data la esplicita previsione che qualsiasi conflitto sarebbe stato «insindacabile» (art. 70, ultimo capoverso).

5. Dalla fiducia alla *Gefolgschaft*

Dunque, doveri costituzionali «infedeli» del *premier*, ma coerenti al suo programma politico-elettorale, sarebbero diventati comunque «fedeli» alla Costituzione, grazie a «verifiche dei presupposti» da parte del Capo dello Stato (art. 70) e per contrapposizione alle *Nichtausübungen* della rappresentanza parlamentare (artt. 70 e 94): il tutto nella *positivizzazione testuale*. Una geometria da infausta *caudillaje*, più che di *premiership*, avrebbe inaugurato la nuova stagione dei doveri costituzionali in Italia, in un autoreferenziale circuito elettoral-costituzionale. La circostanza che il nuovo art. 94 avesse eliminato il formale voto iniziale di fiducia, pur contemplando l'espressione di voto sul programma, lo comprova senza dubbi. È nel circuito elettorale che risiede la «presupposizione» della «fedeltà» dei doveri costituzionali, senza bisogno di ulteriori «condizioni» – quali appunto la fiducia – da non attivare né all'inizio né in corso di mandato, se non a costo di un suicidio costituzionale dei soggetti dissenzienti. L'acquisizione evolutiva per cui, secondo la dottrina, l'indeterminatezza dell'oggetto della fiducia avrebbe sì determinato una vera e propria omissione incostituzionale[44], in ragione del collegamento della dimensione funzionale dell'oggetto di fiducia con la «vocazione maggioritaria» del governo[45], è soppiantata dalla «presupposizione» non di una «vocazione», bensì di una identità politico-elettorale indissolubile.

Anche a chiusura di queste annotazioni, giova qualche reminiscenza tedesca. Il «dovere» costituzionale dei soggetti di una forma di governo può effettiva-

---

[44] M. Galizia, *Studi sui rapporti fra parlamento e governo*, I, Milano, 1972, 342.

[45] Così F. Bassanini, *Lo scioglimento delle Camere e la formazione del Governo Andreotti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 961.

mente essere inteso diversamente dalla volontà di conformazione alle «imposizioni» costituzionali. Con orditi analoghi a quelli che la fenomenologia tedesca criticamente mosse al positivismo [46], si potrebbe anche sostenere che la soggettività costituzionale non consista in una capacità di volere (*Macht des subjektiven Willens*), bensì in una posizione pur sempre giuridica (*Rechtstellung*), i cui «doveri costituzionali» non sono da identificarsi eteronomicamente, perché promananti da un'appartenenza presupposta e verificata (*Glied-Sein*). *Glied-Sein* non significava «*avere*» una posizione, bensì «*stare in*» una posizione.

Ma chi dissente «*dal*» *Glied-Sein*, inevitabilmente provoca *Nichtausübung* «*nel*» *Glied-Sein*. Di riflesso, in un quadro del genere, non c'è (più) spazio per dinamiche fiduciarie «*tra*» membri del *Glied-Sein*, neppure quando si tratta di organi distinti ma collegati come parlamento e governo, soprattutto allorquando il *Glied-Sein* è consacrato dal consenso elettorale sul *Leader*.

Ecco dunque che alla «condizione» della fiducia come supporto di una fedeltà costituzionale testualmente *positivizzata*, ma praticamente *costituzionalizzata* nella reciprocità dei protagonisti, può ben subentrare, sempre nella *positivizzazione* testuale, un «dovere costituzionale» non reciproco, a senso unico [47], al cui interno optare tra il «seguito» (*Gefolgschaft*) nell'appartenenza al *Glied-Sein*, o la fuoriuscita per espressa e previamente disciplinata *Nichtausübung* [48].

---

[46] Cfr. G. LEIBHOLZ, *La formazione dei concetti nel diritto pubblico*, trad. it., e R. TREVES, *Il metodo teleologico nella filosofia e nella scienza del diritto*, entrambi in *Riv. int. fil. dir.*, rispettivamente anni XI e XIII.

[47] In linea con tendenze di personalizzazione individualistica della politica: cfr. T. POGUNTKE-P. WEBB, *The Presidentialization of Politics*, Oxford, 2005.

[48] Sulle matrici identitarie di simili esiti, si v. G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Roma-Bari, 2005.

DOVERI COSTITUZIONALI E GIURISPRUDENZA DELLA CORTE

GLADIO GEMMA

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Nozione di dovere assunta nell'indagine. – 3. Norme costituzionali ed imposizione di doveri. – 4. Maggior rilevanza dei diritti costituzionali sui doveri: motivi storici e tecnico-giuridici. – 5. Contesto culturale e svalutazione dei doveri costituzionali. – 6. Ragioni etico-politiche e giuridiche a favore della valorizzazione dei doveri costituzionali. – 7. Giurisprudenza costituzionale ed aree di possibile valorizzazione dei doveri costituzionali.

1. INTRODUZIONE

La nostra costituzione, come altre, contiene norme che sanciscono sia diritti che doveri. Sia l'uno che l'altro tipo di norme possono costituire un parametro del giudizio di costituzionalità, in quanto possono comportare la caducazione di leggi con esse configgenti oppure condizionare l'interpretazione degli atti legislativi [1]. Se i diritti sono inviolabili, i doveri hanno pure un predicato di grande rilevanza, sono cioè «inderogabili». Ciò premesso, è un dato incontestabile che in dottrina è stata dedicata un'attenzione assai più estesa ai diritti che ai doveri [2] e che, nella giurisprudenza della Corte, le norme costituzionali sui doveri – a differenza di quelle relative ai diritti – hanno avuto un impatto insignificante.

Lo scopo del presente scritto – il quale verte sul tema dei doveri costituzionali con riferimento all'atteggiamento della Corte costituzionale – è duplice. Da un

[1] Trattasi di una tesi pacifica non solo oggidì, ma da molti decenni, in seguito all'abbandono della tendenza – che pur ebbe qualche seguito nei primi anni di vita del regime repubblicano – a svalutare la portata giuridica delle norme programmatiche della Costituzione: per tale tesi, v., per tutti, V. CRISAFULLI, *La costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952.

[2] Basti confrontare lo scarso numero di monografie sui doveri costituzionali con la più alta cifra di opere monografiche sui diritti: v. la letteratura giuridica citata nel prosieguo.

lato, esso mira a dimostrare per quali ragioni la giurisprudenza costituzionale presenta uno *hiatus* così rilevante nell'utilizzazione delle norme sui diritti e di quelle relative ai doveri. Dall'altro lato, si cercherà di verificare se la mancata significatività della giurisprudenza costituzionale sui doveri fosse un esito scontato, o se invece le cose potevano, e potranno, andare diversamente. Più esattamente si verificherà se, pur essendo inevitabile un rilievo prevalente dei diritti nella giurisprudenza della Corte, sarebbe stato, e sarà, possibile un maggior valorizzazione dei doveri costituzionalmente sanciti.

2. Nozione di dovere assunta nell'indagine

Prima di entrare nel merito della tematica dei doveri nell'ottica della giustizia costituzionale, sembrano necessarie alcune precisazioni preliminari sulla nozione di dovere, che sarà assunta ai fini della presente indagine.

A) Relativamente alla titolarità dei doveri, riteniamo che rilevi solamente la titolarità in capo a soggetti privati, individuali o collettivi. Sul punto ci accodiamo all'orientamento – nettamente prevalente – della miglior dottrina [3].

C'è un primo e fondamentale motivo. Le norme costituzionali, le quali contemplano doveri (artt. 2, 4, comma 2, 48, comma 2, 53, comma 1, 54 Cost., per citare le più significative), fanno riferimento a soggetti privati, prendono «in considerazione immediata la persona, singolarmente presa» [4].

La configurazione poi di doveri in capo allo Stato o a soggetti pubblici non presenta alcuna utilità nell'ambito delle presenti riflessioni. Anzitutto si tratta di un'operazione concettuale criticabile, poiché determina una commistione di entità eterogenee, che è bene tenere ben distinte: situazioni giuridiche soggettive passive di individui e vincoli inerenti alle competenze dei pubblici poteri. In secondo luogo, a prescindere dai rilievi di ordine logico e concettuale, una siffatta commistione è fuorviante per un discorso attinente alla giurisprudenza costituzionale. Il senso e la *ratio* dei doveri costituzionali dei soggetti privati sono radicalmente diversi da quelli di soggetti pubblici, così come non si potrebbero assimilare diritti individuali e potestà pubbliche.

La previsione di doveri in capo ai soggetti individuali da parte delle norme costituzionali e la non assimilabilità dei doveri – ammessa la loro configurabilità –

---

[3] Cfr. G. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 10 ss.; C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella costituzioni*, Milano, 1968, 63 ss.

[4] Per riprendere le parole di G. Lombardi, *Contributo*, cit., 10 il quale rileva ulteriormente che, a livello costituzionale, sussiste «una sostanziale omogeneità dei soggetti titolari dei diritti e, per converso, destinatari del vincolo in cui si esprimono i doveri» (cfr. *Contributo*, cit., 13).

di soggetti pubblici ai primi induce perciò a delimitare il discorso solo ai doveri di cui siano titolari soggetti privati, singoli o collettivi.

B) La figura del dovere, qui assunta, ha una sua significatività giuridica e non è un mero risvolto, un mero rovescio della medaglia, di figure di situazioni giuridiche attive contrapposte.

Il dovere costituzionale non è un correlativo di diritti (costituzionali). Già da tempo la dottrina giuspubblicistica o filosofico-giuridica [5] ha mostrato che la configurazione di una corrispondenza necessitata fra diritti e doveri, è smentita dalle «indagini compiute sul terreno solido dell'esperienza giuridica», le quali hanno dimostrato l'esistenza di numerosi esempi di doveri, cui non corrispondono dei diritti» [6]. Più specificamente, come ben osservato, «sono…numerosissimi i doveri che sono sanciti a protezione di interessi del tutto oggettivi o che non si impersonano in soggetti diversi da quelli cui tali doveri sono imposti» [7].

La negazione della correlazione necessaria fra diritto e dovere trova poi ulteriore riscontro nella previsione di doveri costituzionali. Non c'è bisogno di spendere molte parole per dimostrare che doveri come quello di voto o di fedeltà alla Repubblica, per esemplificare, non sono correlati a diritti.

Per completezza vogliamo effettuare una ulteriore precisazione, la quale potrebbe sembrare superflua dato che non rappresenta una puntualizzazione critica contro un'affermazione di segno opposto (come invece nel caso della corrispondenza necessaria fra diritti e doveri poc'anzi richiamata). I doveri sanciti dalla Carta fondamentale non sono il corrispettivo nemmeno di interessi pubblici di natura costituzionale. Intendiamoci! È vero che dinanzi ad ogni situazione giuridica passiva può profilarsi una situazione giuridica attiva, sia essa diritto di singoli o gruppi, sia essa interesse pubblico. Non è pensabile un dovere che non sia giustificato da un qualche interesse giuridicamente tutelato. Ciò che si vuol sostenere è che dinanzi ai doveri costituzionali non si configurano interessi pubblici, dei quali i primi siano un automatico corrispettivo. Infatti, anzitutto, gli interessi pubblici (talora) non sono puntuali e definiti, a differenza dei diritti, sicché manca la figura della quale i doveri siano l'automatico corrispettivo. Poi, i vincoli di doverosità sono strumentali ai fini, ma i mezzi, pur funzionali ai fini, hanno un'autonoma configurabilità e non sono un derivato meccanico di esso. Per chiarire con un esempio, il dovere al lavoro risponde sì ad un interesse pubblico, ma trattasi di un interesse generico e non ben definito, ed inoltre potrebbe anche non essere configurato, se si ritenesse che la realizzazione del

---

[5] V., a titolo indicativo, S. ROMANO, voce *Doveri obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (ristampa inalterata), 92 ss.; T.E. FROSINI, voce *Dovere*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1968, 902 ss.

[6] Per riprendere le parole di T.E. FROSINI, voce *Dovere*, cit., 302.

[7] Cfr. S. ROMANO, voce *Doveri obblighi*, cit., 95.

benessere sociale non esigesse la prefigurazione di un'obbligatoria attività lavorativa dei cittadini [8].

In conclusione può essere condotto un discorso significativo sui doveri costituzionali perché la correlazione fra questi e i diritti o interessi pubblici non è una corrispondenza automatica e perciò una trattazione sui doveri non rappresenta un'appendice, una mera conseguenza, della riflessioni relative alle situazioni giuridiche attive.

C) La figura del dovere ha nel diritto costituzionale, un significato diverso da quello che può avere negli altri ambiti del diritto (ed anche in teoria generale). È un fenomeno noto questo della pluralità di significati di (termini e) nozioni nei diversi ambiti del diritto: si pensi, ad esempio, al diverso significato di domicilio secondo gli artt. 43, comma 1, c.c. e 14 Cost. Tale differenza di significati, se talvolta dipende da una diversa attribuzione degli stessi al medesimo termine da parte di diversi legislatori, altre volte può dipendere dalla funzione differente di una nozione in un diverso contesto normativo, come prova, ad esempio, il dibattito sulla variegata configurazione, in dottrina, della nozione di forza di legge ai sensi dell'art. 134 Cost. Ebbene, una doverosità prevista dalla Costituzione può ben sostanziarsi, nella traduzione legislativa ordinaria, sia in un'obbligatorietà strettamente intesa, sia nella prefigurazione di vincoli meno stringenti, cioè di oneri. Vale a dire, come la prefigurazione di diritti da parte della Carta fondamentale non impedisce che il legislatore ordinario li disciplini come interessi legittimi, senza farne venir meno la loro natura costituzionale [9], così la prefigurazione di doveri costituzionali va intesa in senso lato, perciò non preclusiva di una traduzione legislativa degli stessi anche nei termini di determinazione di oneri [10].

D) Un'ultima precisazione, la quale peraltro costituisce una esplicitazione di quanto assunto in precedenza, riguarda la normativa costituzionale sui doveri rilevante per la nostra indagine. Le norme, che interessano, sono solo quelle che menzionano espressamente e direttamente doveri. Esulano pertanto quelle norme che pongono dei vincoli all'esercizio di diritti di individui o gruppi ai fini del perseguimento di interessi costituzionali, quali gli artt. 13 e seguenti della Costituzione relativi ai diritti di libertà e loro limitazioni. In tali casi, infatti, abbiamo

---

[8] A riprova di quanto sostenuto nel testo, si può richiamare la tesi di chi ha negato la corrispondenza fra dovere tributario ed interesse fiscale: cfr. A. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 243 ss.

[9] V., sul punto e per tutti, M. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova, 2003, 80-81.

[10] Che un dovere costituzionale possa sostanziarsi nella previsione legislativa di un onere è un'operazione logico-giuridica già operata, in qualche caso, da autorevole dottrina: v., ad esempio, in tema di dovere al lavoro, MAZZIOTTI, voce *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 341-342.

limiti correlati a diritti e riflessi di specifici interessi pubblici ed il discorso su detti limiti ha tutt'altra valenza di quello che possa farsi sui diritti [11].

3. Norme costituzionali ed imposizione di doveri

Delineata la figura di dovere costituzionale quale sarà utilizzata nel prosieguo dello scritto, non sembrano superflue alcune considerazioni elementari sui termini in cui può operare la normativa costituzionale nei confronti di una legislazione ordinaria in materia. A tal fine si possono prefigurare tre ipotesi.

In base ad uno dei profili, che rilevano per la classificazione delle norme giuridiche, queste possono contenere un triplice imperativo: un divieto, un permesso, un obbligo [12]. Più esattamente le norme giuridiche possono vietare un comportamento, permettere un comportamento od obbligare a tenere un comportamento. Ebbene questa configurazione di una triplice imperatività può valere non solo per i comportamenti di singoli o di gruppi, ma anche nei confronti del legislatore e nel campo che ci riguarda. Più precisamente, le norme costituzionali possono vietare l'imposizione di doveri, oppure permetterla oppure fare obbligo di detta imposizione. Con un gioco di parole, può dirsi che, in base alla Costituzione, il legislatore può avere il dovere di non imporre doveri, la libertà di imporre doveri, il dovere di imporre doveri.

Operata questa suddivisione di norme in base alla prescrizione di doveri costituzionali, possiamo rilevare che il divieto di imposizione di doveri – di regola, correlato a sfere di libertà – non interessa le presenti riflessioni e non sembra necessario dar conto di ciò, data la sua evidenza. Ma anche la libertà del legislatore di imporre doveri non ha molta rilevanza per la trattazione in oggetto. Una norma permissiva non presenta problemi di una sua violazione da parte del destinatario del permesso, dato che questo, qualunque comportamento tenga, non commette illecito [13]. Pertanto,

---

[11] In questa prospettiva siamo allineati con la posizione di G. Lombardi, *Contributi*, cit., 10 ss., in disaccordo con la tesi più estensiva seguita da C. Carbone, *I doveri*, cit., 87 ss. (il quale tratta, nella sua monografia, anche del dovere di svolgere l'iniziativa privata nei limiti posti dall'art. 41, comma 2, Cost.).

Con questa puntualizzazione si lascia peraltro impregiudicata la questione se si possa o meno dare una configurazione estensiva alla normativa costituzionale, che contempla espressamente e direttamente doveri in capo a singoli o gruppi.

[12] A titolo meramente indicativo, per la problematica e la classificazione delle norme giuridiche, si rinvia a N. Bobbio, voce *Norma giuridica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1968, 331 ss.

[13] In verità il destinatario di una norma permissiva potrebbe violarla imponendo doveri senza rispettare certe regole procedurali: ad esempio, il legislatore potrebbe violare l'art. 23 Cost., mediante l'imposizione di doveri, operata con l'inosservanza della riserva di legge (relativa) di tale disposizione. Ma questa tematica è riconducibile sostanzialmente a quella della sfera di libertà degli individui, in quanto verte, a ben vedere, sulla violazione di un divieto di

ciò che è significativo per la nostra indagine è il dovere costituzionale (del legislatore) di imporre doveri.

4. Maggior rilevanza dei diritti costituzionali sui doveri: motivi storici e tecnico-giuridici

Ci sono due ordini di motivi, per i quali era naturale una ben maggior rilevanza costituzionale dei diritti in rapporto a quella propria dei doveri. Il primo ordine di motivi è costituito dal senso storico del costituzionalismo e dalla tecnica giuridica che è propria ad esso.

A) La prospettiva storica in cui si colloca il costituzionalismo è costituita dall'approccio al tema dei rapporti fra governanti e governati, che si è affermato nei secoli più recenti. Più esattamente, per riprendere le felici parole di un Maestro, «il problema morale è stato considerato originariamente dal punto di vista della società più che dell'individuo» [14], e, in correlazione con detta impostazione, se «il rapporto politico per eccellenza», cioè «il rapporto fra governanti e governati» può essere considerato dal punto di vista dei primi oppure dei secondi, «nel corso del pensiero politico ha prevalso per secoli il primo punto di vista» [15]. Ciò ha implicato che «l'individuo singolo [sia] essenzialmente» apparso «un oggetto del potere o tutt'al più un soggetto passivo», con la conseguenza che «più che dei suoi diritti [si è parlato], nella trattatistica politica, dei suoi doveri» [16].

Nei secoli più recenti, si è verificato un rovesciamento di approccio, che ha dato vita alla «età dei diritti» (per riprendere la formula di Bobbio). A partire da Locke si è gradualmente affermata «una concezione individualistica della società e quindi dello stato» [17] in virtù della quale «prima viene l'individuo, si badi, l'individuo singolo che ha valore per se stesso, e poi viene lo stato e non viceversa, … lo stato è fatto per l'individuo e non l'individuo per lo stato» [18]. Ne consegue che «in questa inversione del rapporto fra individuo e stato viene invertito anche il rapporto tradizionale fra diritto e dovere. Nei riguardi degli individui vengono d'ora innanzi prima i diritti e poi i doveri; nei riguardi dello stato prima i doveri e poi i diritti» [19].

Nel contesto di tale rivoluzione etico-politica relativa al rapporto fra stato ed

---

imposizione di doveri, anche se, in tal caso, tale divieto riguarda non l'imposizione in sé, quanto i limiti procedurali della medesima.

[14] Cfr. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, in Id., *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 55.

[15] Cfr. N. Bobbio, *L'età*, cit., 56.

[16] Cfr. N. Bobbio, *L'età*, cit., 57.

[17] Cfr. N. Bobbio, *L'età*, cit., 58.

[18] Cfr. N. Bobbio, *L'età*, cit., 59.

individui nonché fra doveri e diritti si inquadra il costituzionalismo e la sua conseguente portata nella protezione di interessi. Più esattamente le costituzioni sono espressione della «età dei diritti», cioè mirano a vincolare, limitare, il potere dello Stato a beneficio della sfera dei diritti degli individui. Il diritto, più che il dovere, è la situazione giuridica soggettiva, la quale è oggetto di previsione – e di tutela – costituzionale. Le costituzioni, dinanzi ad uno stato sovrano che ha imposto, e può continuare ad imporre, doveri nei confronti degli individui, mirano a delimitare la potestà statuale a garanzia di diritti. Il dilemma principale del costituzionalismo è: divieto *versus* facoltà statuale di imposizione dei doveri, e gli imperativi rilevanti sono costituiti dalla proibizione o dal permesso di una prefigurazione di vincoli nei confronti degli individui. La tematica dell'obbligo di imposizione di doveri e dei conseguenti imperativi risulta secondaria e marginale nella formulazione e nella portata dei testi costituzionali.

B) Se si considera, specificamente, il contenuto delle norme costituzionali che prefigurano doveri, si nota che esse hanno natura programmatica, cioè richiedono per la loro attuazione, l'approvazione di leggi ordinarie [20]. Ciò premesso, si possono registrare due fenomeni relativamente all'osservanza di tali norme.

Da un lato, le più importanti fra le norme prefiguranti doveri costituzionali, proprio per la imprescindibilità di questi, hanno avuto, in un modo o nell'altro, un'attuazione legislativa. Più esattamente norme costituzionali, come quelle che configurano il dovere di imposizione tributaria [21] o di difesa nazionale [22], non sono mai rimaste prive di attuazione legislativa, né è pensabile che questa venga rimossa con atti legislativi di mera abrogazione. Rimangono invece inattuate norme forse di minore importanza e comunque di minor incisività effettuale, come quelle che prevedono un dovere al lavoro, in quanto risulta una più problematica attuazione legislativa delle stesse [23]. Nel complesso le principali disposizioni

---

[19] Cfr. N. Bobbio, *L'età*, cit., 59-60.

[20] Il carattere programmatico di dette norme costituzionali con l'esigenza di una legislazione ordinaria di attuazione risulta evidente non solo nel nostro ordinamento, ma anche in altri. A titolo esemplificativo, si possono menzionare, nell'ambito di carte costituzionali dell'anteguerra, gli artt. 132, 133 e 134 della Costituzione di Weimar, e, per il periodo successivo, gli artt. 30 e 31 dell'attuale costituzione spagnola. Si precisa che abbiamo citato tali disposizioni costituzionali, le quali espressamente (facevano o) fanno rinvio a leggi attuative. Non è però contestabile, anche laddove la previsione costituzionale non sia accompagnata da un espresso rinvio a leggi attuative, la necessità di queste ultime e la non automatica operatività dei precetti costituzionali: v., ad esempio, l'art. 163 della Costituzione di Weimar o l'art. 35 dell'attuale Costituzione spagnola.

[21] V. i citati artt. 134 Cost. di Weimar, 31 Cost. spagnola, e, nel nostro ordinamento, l'art. 53.

[22] V. l'art. 133, comma 2, Cost. di Weimar, l'art. 30 Cost. spagnola, l'art. 52 della nostra Costituzione.

[23] Questo discorso vale per le disposizioni costituzionali – art. 163, comma 1, Cost. di Wei-

costituzionali relative a doveri risultano, di massima, o attuate od attuabili in via legislativa con difficoltà.

Dall'altro lato, nell'ipotesi di mancata, seppur possibile attuazione legislativa delle norme costituzionali sui doveri, gli strumenti di cui può disporre il giudice costituzionale per censurare tale inosservanza della Costituzione sono di scarsa efficacia. Infatti, la violazione delle norme costituzionali sui doveri può avvenire, tendenzialmente, per omissione legislativa. Orbene, sappiamo che la Corte costituzionale può censurare le omissioni, e lo fa da tempo, con le sentenze additive-ordinarie oppure di principio [24] – ma che tali decisioni sono, di norma, dotate di efficacia quando esse, censurando l'omissione, sono in grado di rendere operante una nuova disciplina di una materia, o di fattispecie specifiche [25]. Però, l'operatività di una nuova regolamentazione è abbastanza agevole quando si tratta di estendere diritti e benefici a soggetti prima esclusi, mentre risulta più difficile, allorché si intenda estendere delle situazioni giuridiche passive, dei doveri, a soggetti in precedenza esenti.

Per concludere il discorso sui profili tecnico-giuridici dell'attuazione delle norme che prefigurano doveri costituzionali, sia la formulazione degli imperativi della Carta fondamentale, sia i rimedi giuridici prefigurabili in caso di violazione di dette norme rendono infrequente e non agevolmente censurabile la loro inosservanza. Si precisa, peraltro che quanto detto costituisce un'affermazione di massima, l'individuazione di un fenomeno tendenziale, che non è pertanto in contraddizione con la configurazione, pur limitata, di ipotesi di violazione di norme costituzionali sui doveri e della sanzionabilità di detta incostituzionalità. Affermare che non è frequente né agevolmente sanzionabile un certo tipo di violazioni della Costituzione non significa affatto negare ipotesi, infrequenti, di tale incostituzionalità e la loro sanzionabilità.

---

mar, art. 35 Cost. spagnola, art. 4, comma 2, Cost. italiana – in quanto appare difficile, e di quanto mai dubbia convenienza, una legislazione che prefiguri l'obbligo di lavorare: sul punto, v. le osservazioni di F. RUBIO LLORENTE, *Los deberes constitucionales*, in *Revista española de derecho constitucional*, 2001, 30-31.

[24] Sul punto, senza disperderci in citazioni superflue, ci limitiamo a rinviare ai più elaborati manuali di giustizia costituzionale: v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 296 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2004, 140 ss.; E. MALFATTI-S. PANIZZA-R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2003, 135 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2001, 235 ss..

[25] La determinazione di una nuova disciplina può risultare anche, come noto, da sentenze additive di principio, se i giudici comuni riescono ad applicare la regolamentazione di una materia o di fattispecie mediante ricorso a norme, che disciplinano fattispecie analoghe; su ciò, v., a titolo indicativo, G. PARODI, *La sentenza additiva a dispositivo generico*, Torino, 1996, 166 ss.

5. Contesto culturale e svalutazione dei doveri costituzionali

Il secondo ordine di motivi è costituito dalla situazione culturale. Se la conformazione della normativa costituzionale, come s'è detto, era tale da non lasciare ampio spazio alla sanzionabilità del legislatore per una mancata imposizione di doveri, il fattore culturale, inteso in senso lato, ha contribuito a restringere ulteriormente, quasi a vanificare, tale spazio. La situazione culturale, cui accenneremo in termini sintetici, ricomprende sia la mentalità collettiva, sia l'atteggiamento di quel settore specifico della cultura, il quale è costituito dagli intellettuali, cioè dalla dottrina giuridica e non.

A) Per quanto riguarda la mentalità collettiva, riteniamo che essa sia affetta da un individualismo e da una carenza di senso dello Stato, i quali costituiscono un terreno sfavorevole all'affermazione e realizzazione dei doveri costituzionali.

È stato ben osservato che gli italiani sono stati connotati, nei secoli,da anarchismo individualistico e da familismo, e ciò perché, pur avendo essi avuto una identità nazionale abbastanza precoce (risalente al Medioevo), sono pervenuti alla unità politica solamente nel XIX secolo. L'assenza di una comunità politica nazionale nei secoli precedenti ha impedito la formazione di una coscienza civile e di un senso di lealtà verso lo Stato [26].

Detti connotati di individualismo e di familismo, che mai sono venuti meno anche dopo l'unificazione italiana, pur essendo controbilanciati dalla pressione culturale dello Stato o di qualche autorità sociale (*in primis*, per taluni ambiti, dalla Chiesa cattolica), si sono accentuati ed aggravati nella seconda metà del XX secolo. Si è verificato anche in Italia quel fenomeno – ben descritto dai sociologi – che è il processo di secolarizzazione e di modernizzazione. Trattasi di quella tendenza, che investe «tutte le zone del comportamento» e «tutte le sfere dell'organizzazione sociale» [27], che si sostanzia nell'autonomizzazione di individui e gruppi da regole sociali. Si afferma il principio della «azione elettiva, o per scelta», in virtù del quale «l'azione di 'scelta' tende a dominare, mentre la sfera di applicazione dell'azione 'prescrittiva' tende a decrescere» e viene assunto «come valore positivo, come fine approvato, lo sforzo di raggiungere … la massima espressione di individualità e ciò che si vuol fare o si è capaci di fare» [28]. Si manifesta quindi «un individualismo come ideologia» [29], il quale «tende a mettere in discussione … ed eventualmente anche ad eliminare, la sacralità o intangibilità di

---

[26] Per un'analisi approfondita delle conseguenze del ritardo storico, di cui nel testo, si rinvia ai saggi raccolti nel volume di U. Cerroni, *L'identità civile degli italiani*, Lecce, 1997.

[27] Cfr. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna*, in R. Scartezzini-G. Germani-R. Gritti, *I limiti della democrazia*, Napoli, 1985, 6.

[28] Cfr. G. Germani, *Autoritarismo*, cit., 6-7.

[29] Cfr. G. Germani, *Autoritarismo*, cit., 10.

ogni sistema di valore, di ogni istituzione, di ogni norma, atteggiamento o modello di comportamento» [30].

Questo processo, in virtù del quale «è l'individuo a diventare un valore supremo» [31], a differenza del fenomeno del «vecchio individualismo del XIX secolo … non rappresenta più un trionfo dell'individualità sulle regole costrittive, ma la realizzazione di individui estranei alle discipline, alle regole, alle diverse costrizioni» [32]. Pertanto, si comprende bene che tale tendenza gioca a favore dei diritti, cioè delle pretese individuali a comportamenti delle pubbliche istituzioni, ma a sfavore della solidarietà [33] e dei doveri degli individui verso lo Stato. Ora detto processo ha, come s'è detto, investito anche l'Italia, ove, come è stato efficacemente scritto, «nel campo dei diritti civili si è manifestata con determinante incisività una prospettiva soggettivista … sulla scia del personalismo cristiano e dell'illuminismo liberatorio», ma «la lettura del messaggio cristiano e di quello libertario è stato fatto con gli occhiali dell'antica morale particolaristica dell'Alberti e del Guicciardini, per la quale l'utile privato, individuale o familiare, occupa tutto il posto, senza lasciare spazio al sociale» [34]. Da ciò è derivata una situazione culturale ancor più sfavorevole di quanto lo fosse in passato ad una valorizzazione dei doveri anche a livello di applicazione della Costituzione.

B) Veniamo al contesto culturale costituito dall'elaborazione del pensiero istituzionale propria degli intellettuali.

Consideriamo dapprima l'indirizzo culturale della dottrina non costituzionalistica, cioè quella che non si è dedicata all'interpretazione ed applicazione delle norme costituzionali relative ai rapporti fra Stato ed individui, e verifichiamo come tale indirizzo abbia giocato a sfavore dei doveri.

Se prendiamo in considerazione i filoni più importanti del pensiero politico italiano sembra che l'individualismo non sia affatto l'ideologia dominante. Infatti l'individualismo – intendendosi in tal senso «ogni dottrina morale o politica che riconosca all'individuo umano un prevalente valore di fine rispetto alla comunità di cui fa parte» [35], fondata sul presupposto della «coincidenza dell'interesse dell'individuo con l'interesse comune o collettivo» ed avente come «carat-

---

[30] Cfr. G. GERMANI, *Autoritarismo*, cit., 5-6.

[31] Cfr. J. RUSS, *L'etica contemporanea*, Bologna, 1997, 12.

[32] Cfr. J. RUSS, *L'etica*, cit., 13.

[33] Ben ha osservato Germani che uno dei valori della Rivoluzione francese, la *fraternité*, trova una difficoltà di realizzazione «in un mondo di persone altamente … individualiste … influenzate da ciò che l'ideologia dominante considera legittimo – e addirittura sacro – l'egoismo nei propri interessi economici, la necessità di espressione piena della propria individualità» (cfr. G. GERMANI, *Autoritarismo*, cit., 21).

[34] Cfr. C. TULLIO-ALTAN, *La coscienza civile degli italiani*, Udine, 1993, 213.

[35] Per riprendere le parole di N. ABBAGNANO, voce *Individualismo*, in ID., *Dizionario di filosofia*, Torino, 1961, 466.

tere globale» sia «la lotta contro lo Stato» sia «la tendenza a stabilire limiti all'azione dello Stato» [36] può ritenersi «il fondamento teoretico che il liberalismo si è dato al suo primo affacciarsi nel mondo moderno» [37]. Ora esso è stato perdente e minoritario in quanto il liberalismo è risultato meno consono alle istanze comunitarie ed alle esigenze delle categorie sociali più sfortunate. Il pensiero sociale cattolico, il socialismo nelle diverse versioni, il liberalismo di sinistra (nettamente distinto dal suo antenato), ecc., hanno emarginato l'individualismo propugnando, in varia misura, un ruolo rilevante delle istituzioni pubbliche e della comunità politica nei rapporti fra individuo e società.

Eppure anche la cultura politica contraria, nelle sue enunciazioni e nello spirito informatore, all'individualismo ha finito per remare contro la valorizzazione dei doveri (costituzionali). Infatti l'impostazione solidarista ed antiindividualista del pensiero politico-istituzionale dominante può avere, ed ha avuto, due esiti. In una prima direzione tale indirizzo si sostanzia, e si è sostanziato, nella rivendicazione e proclamazione di diritti. Certo si tratta di un catalogo più ampio di diritti di quanto lo fosse quello dello Stato liberale, in quanto, per dirla con felici parole di un'autorevole dottrina francese, ai «*pouvoirs d'agir que constituent les libertés traditionnelles*» si giustappongono i «*pouvoirs d'exiger, qui conferent à leur titulaire une creance sur l'Etat*» [38], cioè si passa dai «*droits de l'individu aux droits de l'homme en société*» [39]. Comunque sia versiamo sempre nell'ambito della configurazione dei diritti e se doveri vengono in ballo questi ultimi si riferiscono allo Stato, non agli individui.

La tematica dei doveri individuali non è assente dal pensiero politico, come comprovano, ad esempio, certe riflessioni di ispirazione neo-mazziniana [40]. Ma si può affermare che la letteratura volta alla valorizzazione dei doveri in un ordinamento liberal-democratico è assai scarsa quantitativamente – non qualitativamente – se confrontata con gli scritti volti alla configurazione ed esaltazione dei diritti [41]. Riteniamo, se è consentita un'ipotesi esplicativa, che tale lacuna del pen-

---

[36] Cfr. N. ABBAGNANO, voce *Individualismo*, cit., 467.

[37] Cfr. N. ABBAGNANO, voce *Individualismo*, cit., 466.

[38] Cfr. J. RIVERO, *Les libertés publiques*, I, Paris, 1978, 116.

[39] Cfr. J. RIVERO, *Les libertés*, cit., 109.

[40] Proprio a titolo indicativo, si possono citare due opere, di taglio e di periodi diversi: la prima è la ripubblicazione nel 1967, a cura di Mastellone, del volume di A. LEVI, *La filosofia politica di Mazzini*, Napoli, 1967; la seconda è il libro di M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Bari, 1997.

[41] Ha osservato, come una battuta, Viroli che «i libri moderni sui doveri [come i] Doveri dell'uomo di Mazzini, sono considerati delle curiosità» e che «le ricerche e le riflessioni sui doveri hanno nel nostro tempo poco rilievo e poca incidenza» (cfr. N. BOBBIO-M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Bari, 2001, 45). Questa osservazione fa il paio con l'altra, secondo cui «nell'epoca moderna l'indagine intorno al dovere viene esaurendosi, ed assume importanza l'indagine intorno ai diritti dell'uomo» (cfr. G. MORRA, voce *Dovere*, in *Enc. filosofica*, II, Roma, 1979, 1091).

siero politico in tema di doveri sia stata provocata da quel timore, da quella ossessione, che ha investito per tanto tempo la cultura istituzionale: «la paura del tiranno». Vale a dire l'ansia di esorcizzare l'autoritarismo fascista, ulteriormente ravvivava dall'esperienza totalitaria dei paesi comunisti, ha condotto a diffidare – e spesso a contestarla – dell'autorità dello Stato e la figura del dovere, che è strettamente correlata a quella. Qualunque sia la spiegazione di tale fenomeno culturale, resta il fatto che c'è stata una disattenzione verso i doveri e, secondo chi scrive, si è verificata una conseguenza di ciò, anche se non voluta. L'insistenza sui diritti, con la enfatizzazione dei medesimi, soprattutto delle libertà, ha rafforzato una propensione antistatualistica, che ha giocato sfavorevolmente sui doveri. Vale a dire, non solo c'è stata negligenza culturale verso i doveri costituzionali, ma si è determinata, di fatto, una sollecitazione opposta alla valorizzazione dei medesimi.

C) Se diamo uno sguardo alla dottrina costituzionalistica, possiamo constatare che i fattori tecnico-giuridico e culturali dianzi richiamati hanno generato una analoga tendenza alla svalutazione non dei doveri costituzionali, bensì della portata dei medesimi, soprattutto sotto l'aspetto del vincolo che il legislatore ha di imporli e di farli valere nei confronti degli individui. Poche note possono comprovare tale fenomeno.

a) Anzitutto c'è un dato quantitativo, che è costituito dal confronto fra scritti sui diritti e quelli sui doveri.

Nel quadro della produzione di volumi e monografie, c'è uno scarto immenso fra opere relative a specifici diritti od a specifici doveri. Per richiamare qualche dato pur impreciso, mentre ricordiamo due monografie sui specifici doveri costituzionali [42], si possono enumerare almeno cinque monografie relative ad un solo, specifico, diritto costituzionale, quale la libertà personale [43]. Inoltre, mentre ci sono vari volumi sui diritti in generale [44], risultano solo due opere sui doveri costituzionali in generale [45]. Infine, nelle opere dedicate alle situazioni giuridiche

---

[42] Citiamo, oltre la più menzionata opera di Antonimi sul dovere tributario, la monografia di L. VENTURA, *La fedeltà alla Repubblica*, Milano, 1984.

[43] V. la più risalente monografia di S. GALEOTTI, *La libertà personale*, Milano, 1953, poi le monografie un po' – ma non di molto – più recenti degli anni '60 di L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962 (in edizione provvisoria, se non ci inganniamo), di G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, e di A. BARBERA, *I principî della libertà personale*, Milano, 1967, ed infine, in tempi più vicini, P. CARETTI, *La libertà personale*, in G. SANTANIELLO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, II, Padova, 1990.

[44] Trattasi di opere di varia natura, talvolta finalizzate a scopo didattico. V., a titolo indicativo, P. GROSSI, *Diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, Torino, 1988; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella Giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 1995; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale*, Padova, 2003; P. RIDOLA, *Diritti fondamentali. Un'introduzione*, Torino, 2006.

[45] V. le citate monografie di G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., e C. CARBONE, *I doveri*, cit.

soggettive di natura costituzionale, si può verificare quale spazio ridotto abbia la trattazione di doveri in rapporto a quella dei diritti [46].

Tale quadro dello spazio dedicato alla trattazione dei diritti e doveri costituzionali risulta poi confermato ed accentuato se si prendono in considerazione scritti non monografici, quali saggi, voci enciclopediche, ecc. Senza soffermarci in un'indagine improba – e non necessaria – su articoli e note a sentenze, possiamo dare uno sguardo alle voci enciclopediche. Nel Digesto delle Discipline Pubblicistiche c'è una sola voce dedicata espressamente ai doveri, peraltro unitamente ai diritti in generale [47], mentre si possono registrare almeno 17 voci dedicate ai diritti costituzionali. Nell'Enciclopedia del diritto compare una voce generale sui doveri costituzionali che manca nella prima redazione dell'opera e compare solo in un volume di aggiornamento [48]; inoltre se si vuol comparare la trattazione dei diritti con quella dei doveri, si può confrontare il richiamo nell'indice analitico delle numerose voci su diritti e libertà con il richiamo delle scarse voci sui doveri [49]. Né, ovviamente, il quadro è diverso se ci riferiamo alla Enciclopedia giuridica «Treccani», nel quale compaiono poche brevi voci sui doveri costituzionali [50], mentre ben più numerose sono quelle relative ai diritti ed alle libertà [51].

Come s'è anticipato tali dati sono imprecisi, posto che di diritti e doveri può riscontrarsi una trattazione anche nell'ambito di opere e scritti, che non contengono tali termini nell'intitolazione. Pur con tali limiti, il quadro della letteratura giuridica comprova che alla trattazione dei doveri costituzionali è stato riservato uno spazio molto ristretto se confrontato con quello dato alla figura antagonista dei diritti costituzionali.

b) Ma il dato più significativo è costituito dal contenuto degli scritti sui doveri. Se diamo uno sguardo sia alle opere monografiche che ad altri scritti, come le voci enciclopediche citate, possiamo registrare che, per lo più, l'attenzione è dedicata non tanto all'obbligatorietà dell'imposizione dei doveri costituzionali, bensì ai limiti relativi a detta imposizione. Sarebbe interessante svolge-

---

[46] V., sempre a titolo indicativo, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, ove su 458 pagine solo poco più di una trentina sono dedicate ai doveri (circa il 7%); P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005, in cui su 494 pagine meno di una ventina trattano dei doveri costituzionali (poco più del 4%).

[47] V. G. PECES-BARBA MARTINEZ, voce *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, V, Torino, 1990, 139 ss.

[48] V. G. LOMBARDI, voce *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, *Aggiornamento*, VI, Milano, 2002, 357 ss.

[49] V. *Enc. dir.. Indice analitico. Indice degli autori*, Milano, 1995, 144 ss, 158-159, 254 ss.

[50] V. A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 989 (di sole tre pagine, comprese quelle contenenti la bibliografia) e ID., voce *Fedeltà (dovere di)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989.

[51] Sono almeno 25 le voci relative ai diritti ed alla libertà costituzionali.

re un'indagine sulle ideologie dei giuristi le quali risultano nell'interpretazione delle disposizioni relative ai doveri costituzionali. Se si volessero assumere delle ipotesi – da verificare – circa gli orientamenti ideologici nell'ambito *de quo*, ci sembra che anche nell'opera interpretativa attinente a dette disposizioni i giuristi si siano ispirati all'assunto secondo cui «principio generale del sistema è la liceità e la libertà, non anche la doverosità e l'obbligo» [52]. Infatti la configurazione dei doveri costituzionali è stata molto spesso operata alla luce di un'impostazione garantista, cioè è stata mirata a ricostruire limiti al potere di imposizione degli stessi piuttosto che disegnare vincoli impositivi a carico del legislatore. La plausibilità di tale ipotesi, cioè la ragionevole previsione che risulta convalidata da uno spoglio della problematica affrontata e delle soluzioni offerte da parte della letteratura in argomento, può risultare dalla lettura di opere di sintesi sui diritti e doveri costituzionali, le quali non contengono alcuna indicazione di incostituzionalità di leggi per mancata, od insufficiente, prefigurazione di doveri [53].

Per concludere sul punto. Non mancano certo spunti in dottrina volti alla valorizzazione dei doveri costituzionali, vuoi talora configurando un catalogo aperto degli stessi [54], vuoi ricollegandoli a valori che possano determinare limiti dei diritti [55], ecc. Però sembra, nel complesso, mancata una utilizzazione delle norme sui doveri costituzionali per la prospettazione di illegittimità costituzionale di leggi difettose nell'imposizione di detti doveri.

6. Ragioni etico-politiche e giuridiche a favore della valorizzazione dei doveri costituzionali

Dopo le considerazioni svolte in precedenza, si possono trarre due ordini di valutazioni.

Il primo ordine di osservazioni è di carattere predittivo. Se rimarrà il quadro precedentemente delineato, si può prevedere che ci sarà, anche in futuro, una giurisprudenza costituzionale assai povera circa la configurazione dei doveri. Possiamo aggiungere che, in termini di previsione reale e non solo ipotetica, è assai probabile che le cose andranno così anche in futuro, posto che non si scorgono all'orizzonte mutamenti sociali e culturali di grande portata. Ma sul discorso predittivo non vogliamo insistere.

Interessa assai più avanzare qualche valutazione di ordine prescrittivo, auspi-

---

[52] Per riprendere un'espressione di A. Cerri, voce *Doveri pubblici*, cit., 1.

[53] V. P. Barile, *Diritti*, cit., 107-108, 426 ss.; P. Caretti, *I diritti*, cit., 455 ss.

[54] V., a titolo indicativo, C. Carbone, *I doveri*, cit., 87 ss.

[55] V., a titolo indicativo, L. Antonini, *Il dovere*, cit., 183 ss.

cando l'affermazione di idee che, pur oggidì minoritarie, ci sembrano valide. Si tratta di spunti, di enunciazioni, posto che l'economia del presente scritto non consente una più ampia trattazione di temi di tal consistenza.

A) Un individualismo esasperato è incompatibile con le istanze dell'etica. Per riprendere le parole di un filosofo in auge qualche decennio fa (ed oggi in via di rivalutazione), Calogero, non ci può essere morale se l'individuale non «evade» dalla egoità e solo sull'altruismo può fondarsi l'etica. Sussiste «il carattere essenzialmente altruistico, di ogni escogitabile criterio morale» [56]. Più specificamente, «moralità, da che mondo è mondo, è misura e non dismisura … giustizia e non prepotenza, carità e non odio: è insomma … reazione alla mera spinta del sé» [57]. Dal che consegue che «la moralità è una legge, alla quale si deve rispetto e obbedienza, che non la si osserva abbandonandosi a se medesimi» e che «moralità è dovere» [58].

A questa riflessione filosofica, va aggiunta una considerazione di ordine pragmatico. Se qualche sociologo ha teorizzato, in un'epoca dominata dall'individualismo, una «cultura del 'post-dovere'» ed un allontanamento dell'«imperativo etico» [59], è stato però ben replicato che, se nei fatti ci può essere un «crepuscolare del dovere», l'etica non è affatto invalidata, poiché essa «non si deduce in alcun modo dai dati storici o sociali» e «non si può apprezzare l'imperativo a partire da una constatazione storica» [60]. Inoltre, le tendenze attuali impongono un rilancio delle istanze morali. Per dirla con icastiche parole, i «mutamenti della nostra epoca, gravidi di pericoli ma anche di speranze, esigono una rinascita etica» [61] ed è quanto mai necessaria «la ricerca di un'etica valida per l'umanità nel suo insieme, compreso il genere umano futuro datoci in affidamento» [62].

---

[56] Cfr. G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, II, Etica, Torino, 1959, 117.

[57] Cfr. G. CALOGERO, *Lezioni*, cit., 118.

[58] Cfr. G. CALOGERO, *Lezioni*, cit., 118.

Si sottolinea che queste considerazioni sulla «identità di morale ed altruismo» nonché della prima con il dovere non sono proprie del solo pensiero di Calogero, ma, come appunto ha ammonito lo stesso, sono intrinseche alle diverse concezioni etiche, se è vero, come ricorda l'Autore, che «neppure i filosofi predicatori d'immoralità hanno poi, quasi mai l'aperto coraggio di confessare la loro negazione della morale, di proclamare l'assoluzione da ogni autocontrollo» (cfr. *Lezioni*, cit., 118).

[59] Trattasi della tesi di Lipovetsky, riportata da J. RUSS, *L'etica*, cit., 75-76, nel quale scritto si ritrovano anche le parole virgolettate nel testo.

[60] Cfr. J. RUSS, *L'etica*, cit., 99.

[61] Cfr. J. RUSS, *L'etica*, cit., 99.

[62] Cfr. J. RUSS, *L'etica*, cit., 100.

Si può, incidentalmente, sottolineare che proprio un'etica avente ad oggetto le generazioni future accentua il ruolo del dovere, in quanto all'obbligo dei viventi verso i nascituri non corrisponde alcun diritto dei primi verso i secondi, cioè esiste un obbligo degli uni che «non

B) Un individualismo accentuato è incompatibile con il capitale assiologico, che sorregge il funzionamento di una società. Riprendendo questo importante concetto dalle riflessioni di un grande politologo, la società si regge su un capitale di valori, che si accumula nella storia. Tale capitale assiologico è costituito da «principî morali, tradizioni religiose, abitudini sociali, norme di buona fede, regole del gioco, e simili» [63]. Si tratta certo di un capitale «invisibile» (come ben dice Sartori), ma essenziale: basti pensare, con una simulazione, quale sfacelo collettivo si verificherebbe se ci fosse un abbruttimento generale, con vandalismo generalizzato, totale assenza di solidarietà umana, oppure di osservanza (spontanea) di norme sociali di qualsiasi natura, ecc.

Ebbene, come appare evidente anche dalla configurazione delle ipotesi specifiche, il capitale sociale è dato da una propensione spontanea – anche se indotta da fattori storici – dei cittadini a realizzare interessi collettivi mediante l'osservanza di doveri. È il dovere (più del diritto) la componente fondamentale del capitale assiologico. Il che significa che la valorizzazione dell'imperativo etico, del dovere, costituisce un'istanza fondamentale per il buon funzionamento di tutte le società, ivi comprese quelle a regime liberaldemocratico.

C) Se poc'anzi si è parlato della necessità dell'imperativo etico per la preservazione dell'ordine sociale in generale, si può ora soggiungere che il (senso del) dovere è fondamentale per un efficace esercizio dell'autorità statale.

Che l'autorità statale sia compatibile con la democrazia e perciò il suo buon funzionamento sia necessario a quest'ultima è affermazione razionale ed incontestabile. Dato che «*aucune société ne peut fonctionner sans autorité*» [64] e che « *politiquement, même en démocratie il faut des chefs revêtus d'autorité pour agir*» [65], si può sostenere che « la democrazia non rinnega il principio d'autorità» [66] e che, proprio per la efficiente realizzazione delle finalità democratiche è essenziale che l'autorità statale, pur con i limiti e le garanzie necessarie per prevenire arbitrî, possa operare efficacemente.

Posto ciò, l'autorità in regime democratico è soggetta al rischio di forte erosione e di neutralizzazione. Una persistente «paura del tiranno» unita ad una disaggregazione degli interessi sociali, ad un sovraccarico di domande e ad un declino del senso civico conducono ad un indebolimento dello Stato democratico [67]. Una

è in alcun modo l'immagine capovolta del dovere» degli altri. Su ciò, v. comunque i richiami del pensiero di Jonas in RUSS, *L'etica*, cit., 61.

[63] Cfr. G. SARTORI, *La politica. Logica e metodo in scienze sociali*, Milano, 1979, 146.

[64] Cfr. CH. DELSOL, *L'autorité*, Paris, 1994, 123.

[65] Cfr. CH. DELSOL, *L'autorité*, cit., 124.

[66] Cfr. C. LAVAGNA, voce *Autorità*, II, *Diritto pubblico* in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 484.

[67] Per un'approfondita analisi di tali fenomeni, si rinvia, a titolo indicativo, a due scritti fondamentali, più esattamente al saggio di G. MIGLIO, *Le trasformazioni dell'attuale regime politico*, in *Jus*, 1965, 30 ss., ed all'opera collettanea di CROZIER-HUNTINGTON-WATANUKI, *La crisi della democrazia*, Milano, 1977.

cultura, la quale configuri indiscriminatamente diritti e legittimi una valanga di pretese individuali o corporative, costituisce un fattore di questa «consumazione» di autorità [68].

Se così è (o si ritenga sia), la valorizzazione dell'imperativo etico e del dovere, lungi dal rappresentare un ritorno alla soggezione al potere politico del passato, costituisce un fattore necessario per la ricostruzione dell'autorità dello Stato, la quale è indispensabile proprio per la realizzazione dei valori proprî di un regime liberaldemocratico.

D) Sulla base di quanto detto in precedenza, guardiamo con favore alle tendenze culturali che valorizzano i doveri [69]. Ma tale indirizzo culturale deve, per quanto c'interessa, saldarsi con una valorizzazione dei doveri sul piano dell'interpretazione e dell'applicazione della nostra costituzione. In tale prospettiva ci sono valide ragioni giuridiche per tale operazione interpretativa.

a) Sussiste, per quanto essa possa valere ai fini ermeneutici, una intenzione del legislatore storico. Con riferimento alla formula dell'art. 2 Cost., «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», è stata registrata un'influenza del pensiero mazziniano sui costituenti [70]. Un'interpretazione della Costituzione, che valorizzi i doveri da essa sanciti, risponde alla volontà del legislatore, che l'ha posta in essere.

b) Le norme di natura programmatica debbono essere interpretate e ricostruite in modo da avere un contenuto prescrittivo. Vale a dire che anche le disposizioni in esame vanno intese in termini *magis ut valeant*. Questo vale sia in generale, sia relativamente ai doveri costituzionali [71]. Ora tale operazioni inter-

---

Si precisa che lo scrivente è lontano da certe conclusioni politiche degli Autori menzionati (in particolare del primo). Nondimeno, sotto il profilo analitico (e non prescrittivo) sono molto più attendibili queste conclusioni che non le mistificanti riflessioni della cultura democratica di sinistra, spesso indotta dall'entusiasmo ideologico o della «paura del tiranno» a fallaci visioni del popolo (e della realtà), le quali poi subiscono regolarmente la dura «replica dei fatti».

[68] Per riprendere una felice formula di G. MIGLIO, *Le trasformazioni*, cit., 34.

[69] Si possono citare, senza esaustività, le teorie del repubblicanesimo che coniugano strettamente la libertà con la virtù civica ed il senso della comunità (v. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, cit.), la riscoperta di figure intellettuali, che hanno fondato la libertà sul dovere, come la valorizzazione del pensiero di Calogero (v. T. GRECO, *Dai diritti al dovere: tra Mazzini e Calogero*, in T. CASADEI (a cura di), *Repubblicanesimo democrazia socialismo delle libertà*, Milano, 2004, 137 ss.: T. CASADEI, *Un lessico filosofico-giuridico «progressivo»: socialità e cittadinanza in Calogero*, *ivi*, 151 ss.), o, infine, la riproposizione del recupero del senso del dovere degli italiani ai fini del rinnovamento della società italiana (v., in tal senso, U. CERRONI, *L'identità*, cit., 80 ss. e 104 ss.; C. TULLIO-ALTAN, *La coscienza*, cit., 10, 210 ss.).

[70] Si è parlato di «austero insegnamento mazziniano» e di «radice personalista e mazziniana» dell'art. 2: cfr. A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, cit., 1.

[71] Per le disposizioni relative ai doveri costituzionali si può rinviare, a titolo indicativo, alle pagine iniziali delle due prime monografie sull'argomento: v. G. LOMBARDI, *Contributo*, cit.,

pretativa deve concretizzarsi anche in direzione di una obbligatorietà, nei confronti del legislatore, di un'imposizione di doveri costituzionali.

c) Se si segue il canone dell'interpretazione evolutiva, si deve dare un significato alla normativa costituzionale sui doveri in rapporto alla dinamica sociale del presente.

Dissentendo dalla tendenza interpretativa, la quale è alimentata dalla «paura del tiranno», cioè dal timore di un'involuzione di tipo fascista, siamo convinti che non sussista il vero rischio di una regressione autoritaria o totalitaria, ma che il male della liberaldemocrazia (italiana) sia costituito, come detto in precedenza, dall'individualismo, dall'erosione dei vincoli comunitari, dall'impotenza dell'autorità pubblica. Ciò implica che, con una *boutade*, il pericolo sia non il «fascismo», ma lo «sfascismo», cioè che i valori costituzionali siano minacciati o lesi da una proliferazione di pretese, individuali o corporative, e di diritti, a detrimento delle istanze comunitarie. Se così si ritenga, l'interpretazione ed applicazione della Carta fondamentale dev'essere funzionale alla configurazione di doveri giuridici, che soli possono consentire la realizzazione dei valori cui si ispira. In altri termini anche l'interpretazione delle norme costituzionali sui doveri deve avere un'ispirazione mazziniana, cioè deve muovere dal presupposto che solo una significativa configurazione degli stessi garantisce la realizzazione dei diritti costituzionalmente sanciti.

A conclusione di queste considerazioni, riteniamo che meritino un rilancio certe intuizioni espresse in passato, e poi cadute nell'oblio, che hanno posto fortemente l'accento, sotto il profilo giuridico-costituzionale, sul nesso fra democrazia e codificazione dei doveri, in quanto dette intuizioni ben rappresentano un fattore rafforzativo della proposta di interpretazione della Costituzione qui avanzata [72].

7. Giurisprudenza costituzionale ed aree di possibile valorizzazione dei doveri costituzionali

Dopo aver cercato di dimostrare per quali motivi si debba dilatare la portata delle norme sui doveri costituzionali, si dovrebbero profilare delle soluzioni spe-

---

3 ss.; C. Carbone, *I doveri*, cit., 15 ss. (i quali Autori poi richiamano la dottrina, *in primis* Crisafulli, che si è occupata della tematica in generale).

[72] V., in tal senso, un significativo scritto del passato: A. Piola, *Premesse per una carta dei doveri civici*, in Id., *Per lo stato di diritto*, Milano, 1968, 59 ss. Ci corre obbligo di far presente che chi scrive non condivide lo spirito di tradizionalismo politico, che pervade lo scritto in oggetto; nondimeno ritiene che, depurate di questa cornice, le riflessioni sui doveri mantengano la loro validità e meritino attenzione anche da parte di chi si muova in altro contesto ideologico.

cifiche. L'economia del presente scritto, però, non lo consente. Tuttavia, sia consentito, a titolo indicativo, indicare due aree nelle quali la giurisprudenza costituzionale potrebbe, e dovrebbe ampliare la portata dei doveri nei confronti del legislatore.

A) C'è, in primo luogo, l'istituto dell'obiezione di coscienza. Con detto istituto il legislatore consente la inosservanza di disposizioni legislative per motivi di coscienza [73]. Che sussista un'antonomia fra dette disposizioni e l'art. 54, comma 1, Cost. che sancisce «il dovere … di osservare … le leggi» sembra difficilmente contestabile e non vale la inconsistente obiezione, secondo cui il cittadino è autorizzato dalla legge a non adempiere un dovere, in quanto ciò che è in discussione non è la liceità della condotta dell'obiettore, bensì la legittimità dell'autorizzazione del legislatore all'inadempimento dell'obbligo in oggetto.

Ciò posto non si vuole in questa sede rilanciare la tesi della illegittimità costituzionale dell'obiezione di coscienza in sé [74]. Si ritiene, però, che anche ad ammettere la conformità costituzionale dell'obiezione di coscienza, quest'ultima debba incontrare dei limiti rigorosi, posto che la tutela della «libertà di vivere secondo coscienza» può essere devastante per l'osservanza delle leggi e per la preservazione della comunità politica, data l'indefinibilità dei convincimenti intimi degli individui [75]. In questa prospettiva, per concretizzare il discorso, ci sembra auspicabile una giurisprudenza della Corte – come quella manifestatasi nel negare il diritto all'obiezione di coscienza del giudice tutelare in caso di autorizzazione all'aborto [76] – meno informata all'individualismo di quanto lo siano state le sentenze in materia di obiezione di coscienza in materia militare [77].

---

[73] In materia la dottrina e la giurisprudenza sono sterminate. Ci limitiamo a citare, a titolo puramente indicativo, qualche scritto (più recente): v. R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione di coscienza tra tutela della libertà e disgregazione dello stato democratico*, Milano, 1991; G. GALANTE, *Fedeltà alla Repubblica e libertà di coscienza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, soprattutto, 1199 (cui si rinvia per richiami dottrinali e giurisprudenziali).

[74] Questa tesi, che ha radici nelle riflessioni di una dottrina meno recente (v., per tutti, PIOLA, *Premesse*, cit., soprattutto 62 ss.), è stata riproposta anche dallo scrivente: v. G. GEMMA, *Brevi note critiche contro l'obiezione di coscienza*, in R. BOTTA (a cura di), *L'obiezione*, cit., 321 ss.

[75] In tal senso, ci sembra meritino attenzione gli orientamenti dottrinali volti a circoscrivere la portata dell'obiezione di coscienza in base a molteplici valori costituzionali (v., a titolo indicativo, V. PACILLO, *Contributo allo studio del diritto di libertà religiosa nel rapporto di lavoro subordinato*, Milano, 2003, 5505, e 194 ss.), mentre va disattesa la tendenza, pur di studiosi seri, a trascurare, pur senza disconoscerne la necessità, i limiti da opporre alla facoltà di inosservanza delle leggi in nome dei convincimenti intimi (v., in tal senso ed a titolo indicativo, G. DI COSIMO, *Coscienza e Costituzione*, Milano, 2000; G. GALANTE, *Fedeltà*, cit.).

[76] V. sent. n. 196 del 1987 della Corte costituzionale, in *Giur. cost.*, 1987, 1462 ss.

[77] Per riflessioni critiche nei confronti della giurisprudenza costituzionale relativa all'obiezione di coscienza in campo militare, v. V. GARINO, *Obiezione di coscienza nel diritto penale militare*, in *Dig. disc. pen.*, VIII, Torino, 1994, 343 ss.

B) L'altro ambito è costituito dal dovere al lavoro. Come si è ricordato in precedenza, per diversi motivi l'imperativo dell'art. 4, comma 2, Cost. è scarsamente suscettibile di sviluppo giurisprudenziale [78]. Nondimeno, a tacere delle ipotesi nelle quali il rifiuto di lavoro può comportare conseguenze sfavorevoli in termini di perdita di benefici giuridici [79], c'è una tendenza che si manifesta in contrasto con il dovere al lavoro e che dovrebbe essere contrastata anche sotto il profilo costituzionale.

Come è noto, si è verificata la tendenza alla contrazione dell'attività lavorativa, con incremento del tempo libero a disposizione degli individui. Che si tratti di un fenomeno, il quale risponde ad innegabili esigenze umane e perciò costituisce un progresso sociale, non c'è bisogno di dimostrarlo. La contrazione dell'attività lavorativa ha però una valenza negativa allorché si sostanzia in un diffuso pensionamento di individui, che pur sono ancora dotati di capacità lavorativa, poiché, in tal modo, c'è un sovraccarico di mantenimento dei pensionati da parte della popolazione occupata con tutti gli inconvenienti – *in primis* di natura finanziaria – che ne conseguono. Orbene tale fenomeno, a parte i difetti che presenta sotto il profilo politico, nonché economico-sociale (e sui quali non ci soffermiamo), appare anche contrastante con l'ordine di valori cui si ispira la Costituzione. Più esattamente, la facoltà di vivere in ozio – ed a spese di chi lavora – concessa a chi pur è pienamente in grado di svolgere un'attività lavorativa (tenendo conto poi del fatto che sono aumentate sia la quantità che la qualità della vita) contrasta con quella «concezione del lavoro inteso come valore sociale fondamentale» [80], che si tradotta nella statuizione del dovere al lavoro.

Per tali considerazioni, pur esposte (forse, troppo) concisamente, riteniamo che, senza poterci soffermare sugli aspetti tecnico-giuridici e sulle difficoltà di ordine politico, si possa configurare il compito del giudice costituzionale di censurare norme legislative, che consentano di non svolgere attività lavorativa a chi sia ancora pienamente in grado di svolgerla a beneficio della società.

Quanto detto poc'anzi relativamente al dovere di osservanza delle leggi ed al dovere al lavoro non esaurisce certo il discorso sulla valorizzazione giurisprudenziale dei doveri costituzionali [81]. Si è soltanto voluto mostrare una potenzia-

---

[78] V. *supra* nota 22.

[79] Sul punto, si rinvia, a titolo indicativo, agli scritti di due autorevoli costituzionalisti, pur di indirizzo politico-culturale divergente: v. C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in ID., *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 240 ss.; M. MAZZIOTTI, voce *Lavoro (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, 341-342.

[80] Per riprendere le parole di C. MORTATI, *Il lavoro*, cit., 24 ss.. Va poi sottolineata la correlazione fra «i doveri di solidarietà» *ex* art. 2 Cost., ed il dovere al lavoro e va ricordata la giusta osservazione, sempre di C. MORTATI, secondo cui lo «Stato … fondato sul lavoro» non può disinteressarsi «dell'effettivo contributo dei cittadini all'attività lavorativa su cui si basa» (cfr. C. MORTATI, *Il lavoro*, cit., 241).

[81] Si può solo menzionare, a titolo indicativo, la possibilità di far valere (anche) il dovere tributario, sancito dall'art. 53, per affermare l'illegittimità del fenomeno dei condoni fiscali: su ciò, v. L. ANTONINI, *Dovere*, cit., 231 ss.

lità in termini giurisprudenziali della normativa costituzionale in oggetto. Certamente, come s'è anticipato, anche con le migliori intenzioni del giudice costituzionale, e nelle più favorevoli condizioni dell'ambiente culturale ed istituzionale, la giurisprudenza della Corte in tema di doveri non potrà mai avere la consistenza di quella relativa ai diritti, e *pour cause*. Comunque, per i motivi che abbiamo cercato di esporre, ci sembra auspicabile che, in un futuro (non ravvicinato), anche la Corte costituzionale possa opporre una barriera all'individualismo dilagante, a quei processi disgregativi che stanno compromettendo gravemente il funzionamento e la realizzazione dei valori dell'ordinamento liberaldemocratico.

L'AMBIENTE COME DOVERE PUBBLICO «GLOBALE»: QUALCHE CONFERMA NELLA GIURISPRUDENZA DEL GIUDICE DELLE LEGGI?

GIORGIO GRASSO

1. Questo breve intervento prende spunto, traendone i riferimenti bibliografici essenziali, dalle due relazioni di cui si discute in questo *atelier* [1], da un recente, appassionato, libro di Antonino Spadaro [2] e da un lavoro di ricerca di chi scrive sui rapporti tra ambiente, doveri di solidarietà e sviluppo sostenibile [3].

Rompendo subito ogni indugio, la tesi che si vuole sostenere è che l'ambiente prima di essere un diritto esprima un dovere di solidarietà, che nella nostra esperienza costituzionale si desume implicitamente dall'art. 2 Cost. [4], nella parte in cui enuncia i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, e che in numerose Costituzioni europee (tra le molte il *Grundgesetz* e le Costituzioni spagnola e portoghese) [5], trova, invece, un espresso riconoscimen-

---

[1] Quelle di F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, e di I. MASSA PINTO, I *doveri del cittadino appartenente a formazioni sociali*, entrambe pubblicate in questo Volume.

[2] Cfr. A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, 2005, spec. 85 ss.

[3] Vedi G. GRASSO, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzioni nazionali, Carta dei diritti e progetto di Costituzione europea*, in *Pol. del dir.*, 2003, 581 ss.

[4] La più soddisfacente esposizione di questa tesi si deve ad un amministrativista, Fabrizio FRACCHIA, nel contributo *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Il diritto dell'economia*, 2002, 215 ss., poi ripreso dallo stesso A. in *Amministrazione, ambiente e dovere: Stati Uniti e Italia a confronto*, in D. DE CAROLIS-E. FERRARI-A. POLICE (a cura di), *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, Milano, 2006, 119 ss. Nella dottrina costituzionalistica vedi i preziosi spunti di T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, 1994 (6), 1 ss., ora in T. MARTINES, *Opere*, Tomo IV, *Libertà e altri temi*, Milano, 2000, 185 ss. e spec. 191 ss.

[5] Ma per altre indicazioni cfr. G. GRASSO, *Solidarietà ambientale*, cit., 584 ss. e 600 ss.; v. anche in F. FRACCHIA, *Amministrazione, ambiente e dovere*, cit., richiami alle Costituzioni degli Stati membri della federazione statunitense.

to attraverso disposizioni che affidano esclusivamente allo Stato o, in alternativa, a tutti i soggetti dell'ordinamento, pubblici e privati, il dovere di protezione dell'ambiente.

In particolare, nel contesto costituzionale italiano, il dovere di tutelare e di proteggere l'ambiente mostra connessioni con le varie forme di solidarietà descritte nel citato art. 2: con quelle economica e sociale, attraverso il concetto di sviluppo sostenibile, che richiede appunto, «inderogabilmente», sia il perseguimento di uno sviluppo economico che non comprometta irragionevolmente le risorse ambientali, ma che anzi ne freni ogni sfruttamento indiscriminato, sia una re-distribuzione della ricchezza che così si produce tra Paesi ricchi e Paesi poveri ed una progressiva contrazione delle disuguaglianze esistenti tra di essi; fino a quella politica, per la dimensione transnazionale delle problematiche ambientali, che dovrebbe costringere l'Italia a sostenere a livello internazionale politiche di promozione della tutela ambientale [6], da recepire poi nel diritto nazionale, e che, più modestamente, determina in tutti i cittadini il dovere (politico) di osservare le leggi che salvaguardano l'ambiente.

Ma la dimensione di eticità che, come si è segnalato anche nella relazione di Felice Giuffrè, precede e presuppone la positivizzazione, prima politica ed infine giuridica, del principio di solidarietà, conserva probabilmente in riferimento all'ambiente una sua irriducibilità: l'ambiente, infatti, palesa un inedito tipo di dovere, che richiede di «assumere la responsabilità per le generazioni future e la condizione della natura sulla terra», pena la mancata realizzazione dell'idea stessa di uomo [7].

A sua volta, poi, la questione della responsabilità (giuridica) verso le generazioni di là da venire risponde ad una precisa esigenza morale e «diventa parte essenziale di un *nuovo contenuto minimo di diritto naturale*» [8], di matrice

---

[6] Le tematiche ambientali rientrano, quindi, a pieno titolo in quella teorica dei doveri internazionali, intesi come doveri pubblici globali, cui è dedicato il menzionato volume di A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*, cit., in partic. 94 ss., 99 ss., 113 ss., e che nell'età della globalizzazione sembrano surrogare nella loro effettività il contenuto dei diritti fondamentali, altrimenti irrealizzabili o utopici (cfr. A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*, cit., 101).

[7] Il rimando d'obbligo è alla riflessione filosofica di H. JONAS, *Sull'orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, Torino, 2000, 7 e 115, ma già al precedente volume *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1990.

[8] Così R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia dalla morale e diritto naturale laico*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Diritti e Costituzione. Profili evolutivi e dimensioni inedite*, Milano, 2003, 183, 188, corsivo dell'autore, e *passim*, attraverso una rilettura della speculazione filosofica di Herbert L.A. Hart. In questa impostazione, un ambiente salubre, che riesca a garantire la sopravvivenza, ed il diritto all'integrità del patrimonio genetico, casi esemplari del tema della responsabilità nei confronti delle generazioni future, rientrano «nel contenuto minimo comune alla morale e al diritto positivo» (p. 187).

squisitamente laica [9], ma che possiede anche radici diverse [10].

Da questo insieme di constatazioni consegue anche che la forza espansiva dell'art. 2 Cost., relativamente ai doveri inderogabili, che permette di aprire ad ipotesi di solidarietà che non potevano essere normativizzate al momento dell'entrata in vigore del testo costituzionale nel 1948, «purché il loro oggetto ed il loro contenuto siano ritenuti idonei a realizzare il fine voluto dal Costituente» [11], se non determina, in linea di massima, il nascere di un immanente dovere di protezione dell'ambiente, ricavabile dalla Costituzione senza l'interposizione della legge, per via dell'art. 23 Cost., rende però meno rigoroso il rispetto del principio di legalità, in forza di un'immediata ed indifferibile concretizzazione del precetto costituzionale di dovere.

2. Lasciando ad altra sede una più approfondita dimostrazione di queste argomentazioni [12], il titolo del Convegno odierno impone di cercare nella giurisprudenza della Corte costituzionale qualche riscontro dell'esistenza di questo dovere di solidarietà ambientale.

In prima battuta, il pensiero va evidentemente a quell'insieme di pronunce che, già prima della riforma del Titolo V, in mancanza di una canonizzazione costituzionale dell'ambiente, avevano affermato la sua natura valoriale e la matrice unitaria del bene tutelato, e che, dopo la novella costituzionale, da cui è scaturita la formulazione dell'art. 117, comma 2, lett. *s*), si sono irrobustite ulteriormente, ricavandosi «una configurazione dell'ambiente come «valore» costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia «trasversale», in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale» (vedi il *leading case* della sent. n. 407 del 2002, e dietro di essa, con varie sfumature, numerose pronunce: sentt. nn. 536 del 2002, 96 del 2003, 307 del 2003, 259 del 2004, 62 del 2005, 135 del 2005, 335 del 2005, 246 del 2006 …).

Nella prospettiva che si viene qui a privilegiare, infatti, se l'ambiente è un valore che innerva tutto l'ordinamento e che taglia obliquamente il fascio di competenze tra Stato e Regioni, anche con il coinvolgimento decisivo delle autonomie locali minori, in virtù dell'operare dell'art. 118 Cost., è chiaro che si manifesta un dovere dei soggetti pubblici di tutelare il contenuto di quel valore, ma an-

---

[9] Cfr. ancora R. BIFULCO, *La responsabilità giuridica*, cit., 188 ss.

[10] Solo a considerare gli interventi del Pontefice Benedetto XVI negli ultimi mesi e la celebrazione, il 1° settembre 2006, da parte della Chiesa italiana della prima «Giornata per la salvaguardia del creato».

[11] T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, cit., 192.

[12] Vedi ancora G. GRASSO, *Solidarietà ambientale*, cit., *passim*.

che un corrispondente dovere di singoli, privati o imprese, nel difenderlo, sia sulla base di una solidarietà imposta dall'alto, sia sulla base di un adempimento spontaneo [13].

Tuttavia, più che a tale conosciuta giurisprudenza, l'attenzione deve rivolgersi ad un esiguo gruppo di decisioni del Giudice delle leggi, adottate in un arco temporale di quasi un ventennio, che, anche in virtù del *petitum*, hanno riguardato quei diritti delle generazioni future che, come si è accennato, costituiscono il contraltare naturale dell'idea di doverosità rispetto all'ambiente.

Insieme ad esse pare utile esaminare un paio di sentenze, nelle quali viene in considerazione il concetto di sviluppo sostenibile, prima ricordato proprio in quanto uno dei principi che compongono la disciplina normativa che ha per oggetto comportamenti di solidarietà ambientale.

3. Nell'ordine, una prima pronuncia è la sent. n. 1002 del 1988, avente ad oggetto alcune disposizioni della legge quadro sulla caccia (l. 27 dicembre 1977, n. 968), per le quali la Corte dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale proposta.

In un passo della pronuncia, la Corte afferma «l'affievolimento del tradizionale «diritto di caccia», attualmente subordinato all'interesse prevalente della conservazione del patrimonio faunistico e della protezione dell'ambiente agrario»; la prospettiva è quella del rapporto tra unitarietà degli interessi in gioco, disciplinati dalla legge statale, e vincolo per la legislazione regionale, concorrente ed esclusiva delle Regioni e delle Province a speciale autonomia, ma sullo sfondo sembra trasparire l'idea di un interesse superiore (prevalente, dice il Giudice costituzionale), che per essere tale (e per risultare concretamente tutelato) deve reggersi sulla predisposizione di obblighi e doveri, da parte statale e regionale.

Soprattutto, poi, entrando nel merito dell'art. 11, che elenca le specie cacciabili, come eccezioni al generale divieto di caccia per qualsiasi specie di mammiferi e uccelli appartenenti alla fauna selvatica italiana, e citando la Convenzione relativa alla conservazione della vita selvatica e dell'ambiente naturale in Europa e la Convenzione sulla conservazione delle specie migratorie appartenenti alla fauna selvatica, entrambe adottate a Berna nel 1979, la Corte sostiene che tale disposizione rappresenta «l'oggetto minimo inderogabile della protezione dello Stato, anche in adempimento di obblighi assunti in sede internazionale e comunitaria …, nella consapevolezza che flora e fauna selvatica costituiscono un patrimonio naturale di valore estetico, scientifico, culturale, ricreativo, economico e intrinseco che va preservato e trasmesso alle *generazioni future*».

Nella successiva sent. n. 259 del 1996, sul giudizio di legittimità costituziona-

---

[13] Per la distinzione v. ancora T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, cit., 193.

le dell'art. 1, comma 1, della legge Galli (l. 5 gennaio 1994, n. 36), la Corte respinge ancora la questione sottoposta al suo giudizio e si sofferma sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore italiano, sotto l'influenza del diritto comunitario, ad intervenire per proteggere l'acqua, «bene primario della vita dell'uomo», in ragione della sua limitata disponibilità. In quest'ottica, la Corte richiama la disposizione censurata, che qualifica l'acqua come «risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà», e poi, menzionando i successivi commi dell'articolo impugnato, riconnette tale finalità di salvaguardia «al diritto fondamentale dell'uomo (e delle *generazioni future*) all'integrità del patrimonio ambientale» [14], con un evidente rafforzamento del testo della legge che si limita a parlare di aspettative e di diritti delle generazioni future.

Queste conclusioni sono confermate nella sent. n. 419 del 1996, sempre riguardante il primo articolo della l. n. 36 del 1994, dove la Corte ha evidenziato che «la dichiarazione di pubblica utilità delle acque si risolve in un limite della proprietà dovuto alla intrinseca e mutata rilevanza della risorsa idrica, rispondente alla sua natura, «come scelta non irragionevole operata dal legislatore» e quale modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo (e delle *generazioni future*) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche».

In modo più sfuggente, nell'ord. n. 46 del 2001, sulla l. 28 febbraio 1985, n. 47, che detta norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia, sanzioni, recupero e sanatoria delle opere edilizie, la Corte individua, tra i motivi che la portano a pronunciare una dichiarazione di manifesta infondatezza, l'esistenza di una scelta legislativa «tutt'altro che palesemente irragionevole o arbitraria, attesa la particolare tutela dei beni paesaggistico-ambientali, considerata tra i principi fondamentali della Costituzione come forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle *generazioni future*, in relazione al valore estetico-culturale assunto dall'ordinamento quale «valore primario ed assoluto» insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro».

Due ordinanze «fotocopia» del 2006, la n. 55 e la n. 262, completano questo primo insieme di decisioni; oggetto del giudizio costituzionale è l'art. 14, comma 1, della citata l. n. 36 del 1994, che disciplina la tariffa del servizio di fognatura e di depurazione. La Corte ritiene, tra l'altro, manifestamente inammissibile in entrambi i casi la questione di legittimità costituzionale, per insufficiente descrizione delle fattispecie oggetto dei giudizi *a quibus*, e non entra così nel merito della violazione dell'art. 32 Cost., prospettata dalla Commissione tributaria provinciale di Napoli e dal Giudice di pace di Gragnano, secondo cui la

[14] In un altro punto della sentenza la Corte rileva che l'interesse che «è alla base della qualificazione di pubblicità di un'acqua, intesa come risorsa suscettibile di uso previsto e consentito …, è presupposto in linea di principio esistente in relazione alla limitatezza delle disponibilità e alle esigenze prioritarie (specie in una *proiezione verso il futuro*), di uso dell'acqua».

norma «incoraggerebbe il lassismo degli enti locali a spese della salute dei cittadini e delle *future generazioni* danneggiate dall'inquinamento che ne scaturisce» (*sic*!) [15].

4. Passando poi al profilo dello sviluppo sostenibile, è possibile estrapolare dalla giurisprudenza costituzionale qualche accenno ad esso.

Abbastanza densa pare, in primo luogo, la ricostruzione di questo principio che la Corte compie, all'interno della nota sent. n. 14 del 2004, in tema di tutela della concorrenza e nuovo Titolo V, al fine di individuare lo spazio di intervento degli aiuti di Stato; dopo aver osservato che principio ordinatore della Comunità è «quello di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza», la Corte rileva, infatti, che «la Comunità è vincolata a perseguire i fini che le sono assegnati dall'art. 2, comma 2, del Trattato: uno *sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile* delle attività economiche e dei sistemi di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una *crescita sostenibile* e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione e di miglioramento della qualità dell'ambiente, del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la *solidarietà* tra Stati membri».

Nel pensiero della Corte, quindi, «i principi comunitari del mercato e della concorrenza … non sono svincolati da un'idea di sviluppo economico-sociale e sarebbe errato affermare che siano estranei alle istituzioni pubbliche compiti di intervento sul mercato».

In una seconda decisione, la sent. n. 213 del 2006, relativa alla materia della pesca e dell'acquacoltura e originata da ricorsi «incrociati» di Stato e Regioni su disposizioni regionali e statali, la Corte riscontra, rispetto al quadro normativo che definisce l'ambito della competenza legislativa e amministrativa dello Stato e delle Regioni, dopo la riforma costituzionale del 2001, «una generale promozione della funzione di razionalizzazione del sistema della pesca in ragione dei principi di *sviluppo sostenibile* e di pesca *responsabile*, al fine di coniugare le attività economiche di settore con la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi». In questo caso, la preoccupazione essenziale della Corte è quella di definire la cornice di una materia, la pesca, «oggetto della potestà legislativa residuale delle Regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 4, Cost., sulla quale, tuttavia, per la complessità e la polivalenza delle attività in cui si estrinseca, possono interferire più interessi eterogenei, taluni statali, altri regionali, con indiscutibili riflessi sulla ripartizione delle competenze legislativa ed amministrativa».

---

[15] Dove l'Avvocatura dello Stato aveva, invece, rilevato che «il prelievo censurato è destinato a finanziare opere ed impianti di depurazione, per la salvaguardia del patrimonio idrico dell'ambiente» (ord. n. 55 del 2006) ovvero «a finanziare opere ed impianti di depurazione e … a supplire ad eventuali carenze di fondi dei Comuni» (ord. n. 262 del 2006).

5. Quali indicazioni si possono desumere dalle pronunce, sommariamente ricordate, nella logica di un discorso che cerca di legare indissolubilmente solidarietà ambientale, sviluppo sostenibile e posizioni giuridiche soggettive di chi verrà dopo di noi?

Certamente, le sottolineature da parte della Corte costituzionale dei diritti delle generazioni future e del principio dello sviluppo sostenibile nascono soprattutto come effetto di un'esplicita previsione da parte dei testi normativi oggetto di giudizio o di Convenzioni internazionali e di norme dei Trattati comunitari all'uopo richiamati o di (improbabili) censure di violazione di norme costituzionali avanzate dai giudici remittenti.

Questo è un elemento di relativa debolezza e di insoddisfazione per l'interprete, così come la scarsità delle pronunce su tale punto e la mancanza di un adeguato «collante» tra le diverse decisioni, che non sia l'impiego di espressioni che evocano (a volte anche un po' casualmente) i diritti delle generazioni future, la solidarietà, lo sviluppo sostenibile.

Ma è la combinazione di alcuni degli esiti di queste pronunce, con la più consolidata giurisprudenza della Corte sui rapporti tra Costituzione ed ambiente, cui si è fatto sopra qualche cenno, che potrebbe rappresentare un primo abbozzo per un riconoscimento giurisprudenziale dei doveri pubblici ambientali.

L'ambiente, allora, verrebbe a configurarsi come valore costituzionalmente protetto, *soltanto* coniugando *sistematicamente* la sua tutela a comportamenti doverosi del legislatore, statale e regionale, degli apparati amministrativi ai vari livelli dell'ordinamento, delle imprese, dei cittadini ….

In estrema sintesi, guardando conclusivamente al ruolo del Giudice costituzionale in questo campo, due quesiti «ideali» ed altrettante risposte dovrebbero orientare il suo percorso interpretativo.

Perché, in primo luogo, il valore ambiente deve essere difeso e protetto dall'aggressione dell'uomo, delle innovazioni tecnologiche e della scienza? Per preservare, in ultima istanza, i diritti fondamentali delle generazioni future, senza dimenticare i diritti delle generazioni del presente, che dispongono della medesima durezza e forza dei primi, ma ai quali si chiede di porsi appena un passo indietro in funzione di solidarietà per il domani.

Come deve essere difeso, in secondo luogo, il valore ambiente e con l'impiego di quali strumenti?

Portando avanti scelte legislative, normative, amministrative, aziendali e pure individuali, che favoriscano uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche e che abbiano finalità di re-distribuzione, fondate sulla rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociali, indicati nell'art. 3, comma 2, Cost., e sugli ideali di pace e di giustizia fra le Nazioni di cui al successivo art. 11.

E se i doveri ambientali, per il loro costante collegamento con un'etica della responsabilità, della sopravvivenza della specie umana e della coesistenza degli uomini nel tempo, mostrano, come si è visto, caratteri del tutto peculiari, rispet-

to alla classificazione dei doveri dell'art. 2 Cost., il sindacato della Corte costituzionale potrà diventare assai penetrante, senza che gli si possa (mai?) opporre la discrezionalità di un legislatore, in ipotesi, recalcitrante o soltanto troppo «timido» nel perseguire una politica ambientale sintonizzata fino in fondo sui canoni della solidarietà.

I DOVERI DI CHI GIUDICA IL GIUDICE DEI DOVERI

JÖRG LUTHER

1. Quando si parla di doveri è un dovere morale partire da quelli propri. In primo luogo, dobbiamo ringraziare tutti coloro che hanno contribuito. Innanzitutto le istituzioni e i colleghi che hanno contribuito risorse materiali e servizi in una esemplare collaborazione interdipartimentale, interfacoltà ed interateneo. Inoltre i relatori, i presidenti d'atelier e i partecipanti che hanno contribuito al convegno e al libro con disciplina ed onore le risorse più preziose, cioè le idee. Infine il nostro ateneo giovane e piccolo, votato non tanto alla«logistica» quanto alla circolazione delle idee, in un mondo non solo accademico che deve sempre di nuovo aprirsi alle generazioni future. Come il gruppo di Pisa, che certo è meno giovane e non più piccolo.

In secondo luogo, dobbiamo ricordare i valori della nostra comunità scientifica o, se si vuole, i doveri deontologici di chi appartiene al gruppo di Pisa. Il primo dovere è l'autenticità dello studioso: dire con spirito critico, anche verso se stesso, quello che si pensa sia vero anziché ripetere solo quello che dicono già i più. Il secondo dovere è la collegialità dei costituzionalisti: argomentare con spirito di dialogo ed ascoltando le ragioni degli altri anziché affermare con spirito partigiano solo quello che serve al proprio interesse o a quello del proprio assistito. Il terzo dovere infine potrebbe essere quello quella sinteticità dei discorsi che si addice a chi consuma il tempo altrui: dire poco e parlare chiaro.

In terzo luogo, dobbiamo invocare i buoni spiriti. Innanzitutto quello di Acqui, terra legata alla storia dei padri resistenti e costituenti, in particolare ad Umberto Terracini. Poi quello della provincia di Alessandria dove nel 1821 la guarnigione proclamò – ancor prima di Carlo Alberto – la recezione della costituzione spagnola. Inoltre lo spirito del Piemonte, regione che può vantare di aver da sempre tenuto alto il senso dei doveri verso lo Stato. Ancora quello della vicina Liguria, il cui progetto di costituzione del 1797 aveva distinto i «doveri dell'uomo in società», verso il prossimo in virtù della regola aurea e verso la società in virtù della difesa dell'eguaglianza (!), dai «doveri del corpo sociale», in particolare quello di assicurare i diritti di ciascheduno e di dare i «mezzi per sussistere agl'indigenti e l'istruzione a tutti i cittadini». Infine, lo spirito italiano dell'inno ai doveri del progresso di Mazzini che si pone nelle migliori tradizioni delle dottri-

ne sociali ottocentesche [1] e ci porta dagli albori del costituzionalismo dritto allo spirito della Repubblica Italiana, fondata da 60 anni sul lavoro, un lavoro retto dai valori di dignità, libertà, eguaglianza e solidarietà.

Traendo ispirazione da questi spiriti, dobbiamo affrontare le difficoltà evidenziate e le questioni aperte dal grande lavoro svolto nelle relazioni e negli *ateliers.* Restringendo il tema dei doveri alla «prospettiva del giudice delle leggi» ed escludendo il dovere più contestato, quello tributario, questo lavoro *d'équipe* ovviamente non poteva essere completo. Nell'ottica dell'analisi giurisprudenziale, il giudice delle leggi si è presentato complessivamente come fedele guardiano dei doveri oltre che dei diritti, anche se pare che non abbia mai dichiarato incostituzionale una legge esclusivamente per il fatto di aver violato doveri inderogabili. La dottrina, tuttavia, non va relegata ai compiti di scrittura e revisione dei bilanci della giurisprudenza costituzionale. Piuttosto deve prendere coscienza dei propri doveri di critica, doveri che impongono di partire da questi dati per tornare all'interpretazione della costituzione dei doveri nel loro insieme e nei conte-

---

[1] Bibliografia dei libri ottocenteschi sui doveri dell'uomo (biblioteche piemontesi): *Trattamento elementare dei doveri dell'uomo* con una appendice delle regole della civiltà di Francesco Soave C.R.S. - Milano: presso Ferdinando Baret stampatore-librajo corsia de' Servi al n. 582, vicino alla piazza di S. Paolo, 1816. - 78 p.; II ed., Novara, 1844, III ed. 1870; *Filosofia morale* ossia *I doveri dell'uomo di monsignor d. Agostino Olivieri vescovo di Aretusa ...* Parte prima [-seconda). - II ed., - Genova: dalla tipografia Ponthenier, 1828; *L'uomo, i suoi bisogni, i suoi doveri*: che a Firenze ottenne il premio promesso al piu bel libro di lettura morale ad uso de' fanciulli e del popolo / di L.A. Parravicini. - III ed., con aggiunte dell'autore, con avvertenze sul modo di usare questo libro e con gli accenti per la retta pronunzia delle parole. - Novara; Vercelli: Tip. e Libreria Ibertis, pref. 1841. - 176 p.; *Doveri dell'uomo in societa*, del dottore A. Borella. - (Torino): a spese della Libera propaganda, 1850. - 32 p.; *Dei doveri dell'uomo*, di Giuseppe Mazzini. - Genova: Tip. Dagnino, 1851. - 64 p.; Innocenzo FERRALASCO, *Doveri dell'uomo esposti ai giovanetti studiosi*. - Genova: [S.n.), 1857; Giovanni SCAVIA, *Dell'uomo e dei suoi doveri* coll'aggiunta di alcuni fatti piu notevoli della Storia Nazionale ad uso della quarta classe elementare - tip. scol. di Franco e f., 1861; Fortunato COSTALUNGA, *L'uomo e i suoi doveri*: parole lette in occasione di solenne dispensa di premi. - Vittorio: tip. nazionale di Gaetano Longo, 1873; *Breve trattato de' doveri e de' diritti dell'uomo nella famiglia e nella societa civile*, colla giunta dello Statuto del Regno, con note: libro per le scuole tecniche e normali. - II ed. - Torino: Roux e Favale Edit., 1886; *L'uomo e i suoi doveri : cenni di antropologia morale per le scuole del regno*, di Francesco Montini. - II ed. riveduta. - Milano: Stab. tip. G. Agnelli, 1886; Francesco ROSSI, *Doveri dell'uomo*. - Napoli : stab. tip. f.lli Ferrante, 1890; *La sapienza della vita*, ovvero I *doveri dell'uomo e del cittadino*, libro di Pietro Sbarbaro. - Roma: Perino, 1891; Carlo LESSONA, *Prime nozioni dei doveri dell'uomo e del cittadino*, compilate per le scuole elementari secondo I programmi approvati con r. Decreto 25 settembre 1888. - Torino: Stamp. Reale Della Ditta G.P. Paravia e C. Edit., 1889; Giuseppe BORGOGNO, *Prime nozioni sui doveri dell'uomo e del cittadino proposte alle scuole maschili e femminili (seconda e terza classe elementare)*, con esempi ricavati in parte dalla storia. - XII ed. riveduta e riordinata secondo le norme date dai proff. Squadrani e Marinelli. - Torino: stamp. reale della ditta G.B. Paravia e C. Edit, 1892; Pietro COSTANZE, *Doveri e diritti dell'uomo e del cittadino, per gli alunni e le alunne delle scuole tecniche*. - Torino: Libr. Ed. Internazionale, 1916.

sti sociali e politici odierni, interpretazione avviata da alcune ben note opere magistrali elaborate soprattutto in Italia, Germania e Spagna [2].

2. Innanzitutto, per ritornare alla lettera della costituzione, resta sempre da chiarire non solo il valore ma anche il senso del concetto base dei doveri, cioè la «solidarietà» intesa come principio e la distinzione dei suoi tre aggettivi, politica, economica e sociale. La parola, nel linguaggio comune usato per lo più come sinonimo di un sentimento di appartenenza sociale e fratellanza e nel linguaggio giuridico romanistica sempre riferito a un tipo di responsabilità comune (*creditores in solidum appellabant*), «traduce» un principio di etica religiosa, soprattutto ebraico e cristiana, e lo fonde con un concetto più laico del movimento operaio. Usato come principio fondamentale assume forse oltre a un significato etico anche un significato giuridico di responsabilità che, come ha dimostrato anche la giurisprudenza, sono variamente combinabili tra loro.

Per quanto riguarda i generi della solidarietà, è stata una felice intuizione riferirli innanzitutto ai doveri specificati dalla costituzione (Lombardi 1967) e quindi anche alla sistematica della prima parte della costituzione. Si potrebbe dire che i doveri politici sono doveri di cittadinanza, cioè doveri spettanti a tutti i cittadini connazionali nello svolgimento di funzioni pubbliche anche solo elettorali. Tuttavia, come espressioni di solidarietà politica potrebbero essere definiti sulla base di un concetto aristotelico di politica anche i doveri i cui beneficiari principali sono le istituzioni pubbliche nazionali ed internazionali, partendo ad es. dal dovere di pace di cui all'art. 11 Cost. Secondo quest'ultimo criterio, il dovere tributario disciplinato nei «rapporti politici» rientrerebbe innanzitutto tra i doveri politici, allo stesso modo peraltro del dovere di testimoniare, garantito solo indirettamente *ex* art. 54, comma 2, Cost.

Il dovere di solidarietà economica, viceversa, potrebbe essere definito piutto-

---

[2] Bibliografia generale:

R. DE ASIS ROIG, *Deberes y obligaciones de la Constituciòn*, Madrid, 1991; K. BAYERTZ (ed.), SOLIDARITY, Dordrecht, 1999; C. BONVECCHIO, *Apologia dei doveri dell'uomo*, Milano, 2002; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968; A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur. Treccani*, Milano, 1989; V. FROSINI, voce *Dovere*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1968, 902 ss; V. GÖTZ-H. HOFMANN, GRUNDPFLICHTEN, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 41 (1983), 7 ss; J. ISENSEE, *Freiheit ohne Pflichten? Münster: Freiherr-vom-Stein-Gesellschaft*, 1983; G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967; O. LUCHTERHANDT, *Grundpflichten als Verfassungsproblem in Deutschland*, Berlin, 1988; F. RUBIO LLORENTE, *Droits et devoirs fondamentaux* (2002), in A. WEBER, *Fundamental Rights in Europe and North America*, The Hague, Part. A, ES 111 ss.; S. ROMANO, voce *Doveri obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 92 ss.; G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in *Studi in onore di G. Ferrara*, III, Torino, 2005, 511 ss.; T. SCHMIDT, *Grundpflichten*, Baden-Baden, 1999; L. VENTURA, *La fedeltà alla repubblica*, Milano, 1984; M. WEHR, *Rechtspflichten im Verfassungsstaat*, Berlin, 2005.

sto per il suo scopo e oggetto, la giustizia nei rapporti economici che include anche forme di solidarietà asimmetrica e che può anche prescindere da legami sociali concreti. Questa categoria si applica innanzitutto ai doveri delle istituzioni *ex* art. 3, comma 2 e dei cittadini *ex* art. 4 Cost., nonché ammettendo anche qualificazioni plurime, a quello tributario. Nel terzo titolo della prima parte della costituzione, disciplinando le forme di solidarietà spontanea e coatta nei rapporti «socio-economici», si trovano altri doveri di solidarietà economica, incluso quello di tollerare espropri. Resterebbe peraltro da chiedere se questa costituzione economica (parziale) non include tra i doveri economici anche un'altra norma fondamentale del diritto civile: «pacta sunt servanda».

Il dovere di solidarietà sociale, infine, collegandosi idealmente al principio personalista e forse anche a un principio di sussidiarietà più ampio di quello codificato nella seconda parte della costituzione, dal quale si desume invece principalmente una norma promozionale e pedagogica e solo in alcuni casi in norme di *ius cogens*. In effetti, solidarietà sociale pratica certo colui che effettua «spontaneamente e gratuitamente prestazioni personali a favore degli altri individui ovvero di interessi collettivi degni di tutela da parte della comunità» (sent. n. 75 del 2002), ma non meno colui che si sottopone a vaccinazioni obbligatorie (sent. n. 27 del 1998) o frequenta anche solo malvolentieri la scuola dell'obbligo. Il dovere socio-culturale di istruzione, tuttavia, nella sua sostanza culturale resta incoercibile perché non solo al cuore, anche alla coscienza non si comanda.

Felice Giuffrè ha pertanto dimostrato come la solidarietà sociale avrà sempre, allo stesso modo di quella politica ed economica un significato verticale (lo Stato democratico sociale) ed orizzontale (la fratellanza o consociazione), immagine che forse non a caso invoca la croce. Tale solidarietà tuttavia è inconcepibile senza libertà, eguaglianza e dignità e, visto il primato dei diritti sui doveri implicato nella stessa formulazione dell'art. 2, il significato orizzontale dovrebbe prevalere su quello verticale. Il dibattito ha dimostrato che resta peraltro sempre aperta la questione dei limiti della solidarietà sociale. Si potrebbe formularla in questi termini: siamo liberi di essere solidali, ma siamo anche liberi di non esserlo troppo? O detto altrimenti, possono le nostre libertà giustificare delle deroghe ai nostri doveri?

Resta inoltre aperta la questione se esistono dei doveri di solidarietà sociale inderogabili anche quando non sono specificati dalla prima parte della costituzione. Un esempio potrebbe essere il dovere di soccorrere l'infortunato, dovere che incombe anche a una persona non responsabile dell'infortunio stesso. Escludere qualsiasi responsabilità degli esseri umani per questo caso potrebbe, al di là delle convinzioni cristiane o laiche, liberali o comunitariste, essere una scelta preclusa al legislatore proprio in virtù di un art. 2 Cost. interpretabile come fattispecie aperta. Condividere una tale interpretazione in questo caso non significa certo assegnare la rivincita del socialismo sul liberalismo o del cristianesimo sul laicismo.

La dottrina deve sempre chiedersi se i doveri di solidarietà sociale sono doveri individuali o collettivi, se cioè incombono ai singoli in quanto individui o ap-

partenenti a formazioni sociali. Il caso del soccorso all'infortunato forse rientrerebbe più nella prima categoria. Ilaria Massapinto, nell'indagare sui doveri del cittadino appartenente a formazioni sociali, riprende un termine caro a Vezio Crisafulli, quello del «civis/fidelis» inteso come individuo che viene in risalto sotto il duplice profilo di cittadino e si soggetto privato nei suoi nessi privati». Il dovere di istruzione dei figli, esempio prediletto della teoria comunitarista ad es. di Martin Walzer, forse è un dovere che serve tanto alla famiglia quanto alla società.

3. Resta peraltro questione aperta non solo quella della possibile funzione pubblica delle formazioni sociali, in particolare delle chiese e dei sindacati, ma anche quella della qualificazione della stessa Repubblica come formazione sociale. Per quanto riguarda la funzione «pubblica», l'esercizio pubblico delle libertà delle formazioni sociali potrebbe rendere necessaria anche il riconoscimento di particolari doveri di solidarietà politica ed economica, a salvaguardia della libertà di coscienza ed iniziativa individuale e del carattere aperto della democrazia italiana che trasformano l'armistizio in un vero patto costituzionale. Per quanto riguarda invece la Repubblica, l'art. 114 Cost. non può certo essere interpretato come una definizione esclusivamente istituzionale del termine, tale da escludere gli stessi cittadini e le loro formazioni dalla «forma repubblicana». Né vale obiettare che la massificazione della società escluda la produzione di quei legami sociali effettivi tra connazionali che caratterizzano le repubbliche democratiche. Le formazioni politiche insomma sono anche formazioni sociali, almeno se si considerano fenomeni culturali.

Se si è disposti a concedere che anche la Repubblica è una formazione sociale, resta da definire quanta solidarietà essa può pretendere da un lato dai propri membri e dall'altro lato dagli stranieri che ospita (ma al termine ospite si preferisce oggi quello di immigrato). Gianluca Bascherini ha messo in luce come gli stranieri siano da un lato non tenuti alla fedeltà alla Repubblica e alla difesa della Patria, dall'altro soggetti ad una «*taxation without representation*». Se si aggiunge che non solo l'osservanza delle leggi *ex* art. 54, comma 1 ma anche la solidarietà economica di cui all'art. 4 Cost. è richiesta solo alla cittadinanza, emerge con chiarezza come il problema dell'immigrazione straniera è stato sostanzialmente imprevisto e forse anche imprevedibile per i padri costituenti. La costituzione, piaccia e non piaccia, oltre all'obbligo scolastico non statuisce un dovere di assimilazione, né tanto meno di «integrazione» a carico degli immigrati. Piuttosto impone di rispettare e garantire la loro solidarietà verso le comunità sociali e politiche di provenienza, anche quando si sottraggono ad essa.

Questo non vuol dire che la costituzione non offra degli strumenti o principi per venire a capo dei problemi dell'integrazione sociale degli immigrati, dalla flessibilità delle regole sull'acquisto della cittadinanza fino ai principi fondamentali, inclusa la necessaria universalità dei diritti e dei doveri di solidarietà. Tra i i diritti e i doveri, l'art. 2 sembra pretendere un minimo di equilibrio, certo asimmetrico ma non irragionevole. Al di là dell'ammissione degli stranieri alle forme

di solidarietà volontarie come il servizio civile e quello militare volontario, proprio la pretesa di un equilibrio non irragionevole tra diritti e doveri consentirebbe di riconoscere anche dei diritti politici, sebbene «minori», a chi già adempie a doveri di solidarietà politica oltre che economica.

La fedeltà alla Repubblica, viceversa, appare come il dovere per eccellenza della cittadinanza. A questo proposito, la quasi monografica analisi di Alessandro Morelli condivide la posizione di chi ritiene che si tratterebbe di un «veicolo di positivizzazione dell'etica e di moralizzazione del diritto costituzionale» (A. Ruggeri), parlando di una «presunzione fiduciosa che dalla conoscenza dei valori espressi nella legge fondamentale (…) possa scaturire un moto di intima adesione del cittadino per l'etica repubblicana.» Interpretandolo come dovere di conoscenza e divieto di rivoluzione, ma anche come limite al riconoscimento di obiezioni di coscienza *contra dignitatem* e a una tolleranza relativista senza «premesse cognitiviste», lascia aperta la questione perché si chiede una simile fedeltà solo al cittadino e non anche allo straniero immigrato. Se dall'immigrato si pretende magari inizialmente solo lealtà (leale osservanza) e dal cittadino invece anche la difesa della patria, la fedeltà deve significare qualcosa di più, sebbene non troppo per non finire nello stato etico e confessionale ripudiato dai padri costituenti o in una «religione civile dei valori» troppo invasiva della libertà di coscienza.

Sarebbe certamente troppo pretendere in nome dell'etica repubblicana «costituzionalizzata» da tutti i cittadini una vita politica attiva permanente o un carattere «mite» che si esprima in scelte private e pubbliche, specie se elettorali, sempre non arbitrarie. Una posizione intermedia, sufficientemente realista ed individualista, sembra di pretendere come segno di fedeltà quanto meno un minimo di partecipazione alle scelte politiche e un minimo di fiducia nella sovranità di coloro che esercitano *hic et nunc* tutti i loro diritti politici. Se dallo straniero immigrato gravato dalla solidarietà con le comunità di provenienza non si può e non si deve attendere subito l'acquisizione di un'identità politica «italiana», dal cittadino della Repubblica italiana invece si può attendere che egli non solo riconosca il governo delle leggi, ma non sacrifichi neppure del tutto l'interesse pubblico nelle proprie scelte pubbliche (anziché fare trionfare l'interesse privato come osserva giustamente M. Ventura).

Tentando una risposta (anche ai paradossi), si potrebbe dire che la fedeltà ad una repubblica democratica pretende dal cittadino una fiducia iniziale in sé stesso (nella propria coscienza) e nella solidarietà degli altri cittadini, fiducia che non si può attendere immediatamente dallo straniero e che in una democrazia è necessariamente superiore a quella che meritano le istituzioni, inclusi il parlamento e la stessa corte costituzionale. Le istituzioni, infatti, necessitano di essere controllate e, forse, l'obbligo di osservare la costituzione significa proprio questo, cioè rispettare i diritti fondamentali altrui e vigilare – partecipando alla formazione e diffusione dell'opinione pubblica – sull'esercizio dei poteri da parte delle istituzioni. Proprio in questo senso, impegnativo ma non troppo, la fedeltà si presenterebbe come *species* politica del *genus* solidarietà, anche se dobbiamo

renderci conto che il concetto più arcaico della fedeltà sembra ritrarsi alle pretese di plasticità postmodernità e, a differenza della fiducia, pare più difficile (se non impossibile) da graduare, promuovere e bilanciare.

4. In base a questa intuizione sembra condivisibile anche la premessa implicita del contributo di Andrea Gratteri, secondo cui il dovere di leale collaborazione (o cooperazione) incombe soltanto alle istituzioni (uffici, organi ed enti), non anche ai cittadini. L'art. 4, infatti, parla di concorso, secondo la propria scelta (!), al progresso della società, non anche di collaborazione coercibile del cittadino allo svolgimento delle funzioni pubbliche. La società civile può, ma non deve collaborare allo Stato, per quanto sia auspicabile che i cittadini collaborino di più con le forze dell'ordine e anche la comunità scolastica contribuisca maggiormente all'educazione alla legalità. Da questo derivano tuttavia anche dei limiti ai doveri di collaborazione nelle istituzioni. Resta infatti sostanzialmente sottratto alla giurisdizione del giudice costituzionale tanto la collaborazione tra maggioranza e opposizioni disciplinata dalle fonti autonome parlamentari, quanto quella informale tra avvocati e giudice nelle aule giudiziarie. Lo stesso principio di cooperazione si estende peraltro non solo all'ambito comunitario ed internazionale, ma anche ai rapporti tra poteri privati e poteri pubblici, ad es. nel diritto ecclesiastico o nella *corporate governance*. E appena il caso di segnalare inoltre che lo stesso dovere di collaborazione, stante le frequenti esternazioni non giudiziarie della Corte costituzionale, si applica anche ai rapporti virtualmente conflittuali del giudice costituzionale con il legislatore e con gli altri giudici, nazionali ed europei, rendendolo in questo modo legittimamente anche giudice anche dei propri doveri.

Bruno de Maria introduce a questo punto una distinzione tra doveri individuali (forse rectius: personali) e funzionali (forse rectius: istituzionali), distinzione che potrebbe in effetti pregiudicare anche la qualificazione dei doveri come morali/etici (moniti, attese) o giuridici (sanzionabili secondo norme giuridiche), derogabili (da norme con eventuale riserva di legge) o inderogabili (anche da revisioni costituzionali), sanzionabili amministrativamente o penalmente, non necessariamente invece anche la loro giustiziabilità. Il dovere «civico» del voto potrebbe consentire un test della coerenza e utilità di tale distinzione: il cittadino che non vota viola un dovere individuale o funzionale? Ad ogni modo, il sistema dei doveri attende ulteriori chiarimenti, non da ultimo perché dipende anche da altre variabili analitiche quali ad es. a) l'oggetto dei doveri (prestazioni/attività vs. omissioni/passività), b) i beneficiari dei doveri (umanità, cittadinanza, formazioni sociali, istituzioni pubbliche), c) le fonti dei doveri (statali vs. autonome, costituzionali vs. primarie e secondarie, assoggettabili a referendum o meno), d) le regole di collisione particolare (ad es. quelle di conversione o estinzione in caso di obiezione di coscienza).

Per quanto riguarda poi in particolare le forme di responsabilità per violazione di doveri di solidarietà, resta da chiarire se loro garanzia costituzionale della

loro «inderogabilità» può implicare anche un mandato costituzionale di predisporre sanzioni efficaci, vietando in mancanza di esplicite norme di mitigazione, desumibili ad es. dalla caratterizzazione di civico del dovere di voto o dalla genericità dell'art. 4, comma 2, sanzioni manifestamente inidonee. Da questa considerazione potrebbero discendere anche limiti alla depenalizzazione ad es. dei reati di diserzione, di attentato alla costituzione o di genocidio.

5. Tornando al quesito generale del convegno, le brevi osservazioni precedenti possono dimostrare come i doveri di solidarietà sono stati presi sul serio dal giudice delle leggi e dalla dottrina. Tuttavia restano da chiarire non poche questioni teoriche aperte. Quella più delicata riguarda il rapporto tra «diritti e doveri» (che non è sinonimo di «doveri e diritti») che non può essere definito senza ulteriori considerazioni comparative. A questo riguardo è stato proposto di distinguere un modello liberale da un modello totalitario (Götz e Hofmann 1983). Nel modello liberale, il rapporto è asimmetrico e non sinallagmatico. I diritti precedono i doveri di natura più programmatica, la cui configurazione è rimessa pienamente alla politica e deve realizzare il bene comune rispettando un principio di proporzionalità che tende a minimizzare i sacrifici di libertà. Nel modello totalitaria, il rapporto appare invece simmetrico e quasi sinallagmatico, comunque sintetizzabile nell'unità di uno stato etico fascista o della «morale» socialista. L'esercizio dei diritti è dovere e l'adempimento dei doveri diritto, con precedenza dei doveri sui diritti come dimostra la biblica massima «chi non vuol lavorare neppure mangi» (Seconda lettera ai tessalonicesi, 3.10).

Entrambi questi modelli sono oggi superati dall'idea di un nuovo equilibrio, nel senso che quanto meno in Europa le garanzie costituzionali dei doveri non sono semplici norme solo dogmatiche e hanno anch'essi dei nuclei duri, anche laddove sono garantiti soltanto come obiettivi di educazione o nei preamboli (Carta di Nizza). Può ritenersi confutata da tempo anche la tesi di un Carl Schmitt secondo cui «in linea di principio dei doveri illimitati sarebbero in contraddizione con l'idea dello Stato borghese di diritto», basta pensare solo al dovere di nonviolenza (Hofmann).

Tuttavia sembra innegabile che i diritti prevalgono non solo numericamente sui doveri Sono anche la ragion d'esistere dei doveri. I doveri «umani» o «civili», allo stesso modo dei doveri politici, sono tutti funzionali nel senso che fungono da «garanzia sociale» dei diritti civili, sociali e politici. Perfino il dovere di difesa può essere inteso come funzionale alla garanzia dei diritti di vita, libertà, proprietà ecc. altrui. I doveri inderogabili sono «fondamentali» per quelle prestazioni dello stato che risultano indispensabili perché i cittadini possano esercitare i propri diritti fondamentali, individuano quei momenti nei quali la sovranità dello stato e la coesione della comunità internazionale non può fare a meno dei contributi dei cittadini. In questo senso, i doveri sono non semplici limiti dei diritti, ma anche contributi subordinati alla loro garanzia effettiva. Si pongono in un rapporto asimmetrico rispetto ai diritti fondamentali perché la stessa interpreta-

zione «funzionale» che risulta incompatibile con lo spirito dei diritti sembra invece doverosa e l'unica compatibile con lo spirito dei doveri.

Nulla esclude peraltro che singoli doveri siano poi legati a singoli diritti fondamentali, per lo più sociali e culturali, come ad es. quello dei trattamenti sanitari di prevenzione al diritto alla salute, l'obbligo di frequenza con il diritto allo studio o il dovere di salvaguardare l'ambiente al diritto ad un ambiente salubre. La concretizzazione dei doveri di prestazione connessi a questi ed altri diritto sociali anche non fondamentali è peraltro riservata allo stato *ex* art. 117, comma 2, lett. *m*).

Interpretati in questo modo, i doveri sociali odierni sembrano configurare un nuovo modello europeo che si potrebbe chiamare social-liberale. In questo modo anche il richiamo della Carta di Nizza a «responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future» può essere letto come rinvio non solo ai presupposti etici, ma anche al contesto dei doveri «funzionali» garantiti in costellazioni variabili dalle costituzioni o dalle legislazioni nazionali. I doveri di solidarietà politica, economica e sociale della costituzione italiana vanno oggi interpretati e assolti anche nella loro dimensione europea, ad es. come dovere di difesa della patria Europa, come dovere di contribuzione anche per le somme trasferite alla comunità, come doveri famigliari nei confronti di coniugi e figli migrati o come dovere di osservanza dei regolamenti comunitari.

In ultima analisi, riuscendo a dimostrare che nella giustizia costituzionale italiana si comincia a prendere sul serio non solo i diritti ma anche i doveri, forse potremo aiutare al costituzionalismo europeo ad avviare un dialogo – almeno virtuale – anche con quello degli altri continenti [3].

[3] Cfr. *Il mondo dei doveri costituzionali*. Documentazione (maggio 2006), scaricabile *on-line* sul sito *http://www.giappichelli.it/download.asp.*

IL DOVERE DI SOLIDARIETÀ E LE GENERAZIONI FUTURE

GIOVANNA MAJORANA

SOMMARIO: 1. La tutela delle generazioni future: una recente acquisizione giuridica. – 2. La solidarietà nei confronti della posterità alla luce della dottrina sociale della Chiesa. – 3. Le relazioni familiari come paradigma da assumere alla base dei rapporti con le future generazioni.

1. LA TUTELA DELLE GENERAZIONI FUTURE: UNA RECENTE ACQUISIZIONE GIURIDICA

La necessità di apprestare una tutela alle prossime generazioni costituisce il frutto di una recente sensibilità, emersa soprattutto in relazione al dibattito ambientale. L'incessante ed indiscriminato sfruttamento delle risorse naturali, infatti, rischia di compromettere quelle pur minime condizioni di sopravvivenza, necessarie affinché l'umana progenie possa condurre un'esistenza dignitosa.

Seppure da poco tempo, una parte della popolazione mondiale ha preso coscienza della relazione che essa deve instaurare con l'ecosistema, perché si possa assicurare la naturale prosecuzione della specie, in condizioni ambientali e climatiche non proibitive. La società odierna sta progressivamente delineando il proprio rapporto con la natura e vi sta introducendo, seppure con molte difficoltà, la prospettiva futura, non concentrandosi più, dunque, esclusivamente sul presente. L'orientamento secondo cui si è semplicemente amministratori fiduciari del globo terrestre, il quale dovrà essere consegnato ai propri figli, se non migliorato, quantomeno nelle medesime condizioni in cui ci è stato tramandato, va acquistando sempre maggiore rilievo [1]. Ciò è riscontrabile dalla maggiore consi-

[1] In tal senso E. BROWN WEISS, *Conservation and equity between generations*, Contemporary Issues in International Law. Essays in Honor of Louis B. Sohn. Edited by Thomas Buergenthal - Engel: Kehl - Strasbourg, 1984, 245, secondo la quale la relazione fiduciaria sussistente fra generazioni ci obbliga a conservare la biodiversità e a non lasciare in eredità il pianeta in condizioni peggiori rispetto alle attuali. L'A. riconduce l'esigenza di tutelare le poste-

derazione di cui godono attualmente le generazioni future, sia nelle carte costituzionali di molti Paesi, sia nelle dichiarazioni frutto di accordi internazionali.

La Legge fondamentale degli Stati Uniti d'America, promulgata nel 1787, costituisce uno dei primi atti di rilievo costituzionale in cui trova spazio il riferimento all'umana discendenza, laddove il suo Preambolo manifesta la volontà del popolo statunitense di decretare e stabilire la Costituzione al fine di formare un governo federale permanente, stabilire la giustizia, assicurare la tranquillità del Paese e garantire i benefici della libertà per se stesso e per la posterità. Parimenti, il Preambolo della Costituzione argentina, adottata nel 1853, menziona la *posteridad* in quanto destinataria dell'attività del corpo sociale a costituire l'unità nazionale, garantire la giustizia, consolidare la pace interna, provvedere alla difesa comune, promuovere il benessere generale e assicurare la libertà.

Le primissime prese di posizione in materia di tutela delle generazioni future sono, comunque, assai nebulose: si tratta, per lo più, di generici richiami (la Carta argentina, ad esempio, estende il proprio impegno anche nei confronti di tutti coloro che avessero voluto trasferirsi in quei territori), mentre manca l'assunzione di precisi obblighi nei confronti della posterità. Le generazioni future sono considerate, infatti, soltanto nella parte introduttiva del Testo costituzionale. Il

---

rità a motivazioni di ordine psicologico: l'aspirazione ad una prosecuzione della specie è connaturata all'uomo, costituisce una ineliminabile spinta primordiale. Secondo l'A. «*people show the need to transcend their personal lives by becoming part of some outside process, institution, or product that will have an impact beyond their own life times*». Quelle rare società che non si curano della discendenza (come la popolazione tribale degli Ik, stanziata nella parte nord a confine tra Kenya ed Uganda), sono considerate una «patologica eccezione» dall'Autrice. Sull'argomento vedi anche J. RAWLS, *Giustizia come equità : una riformulazione*, Milano, 2002, secondo il quale è necessario immaginare un sistema di cooperazione che possa mantenersi equo nel tempo, da una generazione alla successiva. L'A., esponente della corrente neocontrattualista, ritiene che ciascuno sia chiamato a sottoscrivere il contratto sociale ignorando le proprie condizioni economiche, il proprio sesso, la propria razza, il ceto di appartenenza, le proprie virtù ed attitudini lavorative, l'epoca di nascita. La scelta sull'apparato politico ed economico da adottare, dunque, molto probabilmente cadrebbe su quel tipo di sistema sociale che garantisce il massimo beneficio alle persone meno avvantaggiate (*principio di differenza*). Riguardo al rapporto fra generazioni, l'A. ritiene che si dovrebbe adottare il *principio del giusto risparmio*, corollario del principio di differenza (quest'ultimo vale soltanto all'interno di una generazione), secondo cui l'umanità è tenuta a conservare quel tanto che essa avrebbe voluto preservato dai progenitori.

Sulla relazione fra individuo e scienza, secondo autorevole dottrina, A. RUGGERI, *«Tutela minima» di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili (e … sananti) in tema di procreazione assistita*, dal sito *http://forumcostituzionale.it*, ci si dovrebbe ispirare a canoni di ragionevolezza e mitezza. Il legislatore, infatti, nel regolamentare e sottoporre la ricerca scientifica a molteplici limiti, posti a salvaguardia di inviolabili valori, è chiamato a prendere posizione in maniera estremamente cauta nei confronti del progresso tecnologico. In una prospettiva siffatta, sarebbe auspicabile l'emanazione di normative flessibili, idonee ad assecondare le esigenze delle innovazioni scientifiche, qualora queste ultime non si pongano in contrasto con i diritti fondamentali, ma anzi siano volte ad un miglioramento delle condizioni umane.

Preambolo, infatti, pur godendo di indubbio rilievo, poiché esplicativo sia delle matrici culturali ed ideologiche che hanno condotto alla redazione della Carta, sia delle linee programmatiche adottate per il futuro, manca di obbligatorietà. Da ciò si può dedurre che non si avvertiva, all'epoca, la necessità di considerare singolarmente o valorizzare la tematica delle garanzie da apprestare ai diritti della posterità; d'altro canto, il dato per cui già allora, nella redazione di molteplici carte costituzionali, ci si ispirasse alla tutela di individui che sarebbero nati in un futuro imprecisato, è indice del rilievo della problematica e di quanto questa abbia potuto radicarsi nella coscienza.

La questione di cui si tratta è riemersa con maggiore forza e precisione nella seconda metà del secolo appena trascorso, dopo un lungo periodo di silente, ma intensa riflessione sul tema [2]. La Carta costituzionale del Brasile, promulgata nel 1988, contiene un preciso riferimento all'obbligo del Governo e della collettività di difendere e preservare l'ambiente, considerato un diritto della comunità, la cui tutela è necessaria poiché esso costituisce elemento essenziale per la conduzione, oggi come domani, di una salubre esistenza.

La Legge fondamentale della Germania contempla un'importante previsione in materia, recentemente introdotta grazie ad un emendamento costituzionale. L'art. 20a, inserito nel 2003, sancisce l'impegno a proteggere «i fondamenti naturali della vita e gli animali», consacrando esplicitamente la responsabilità dello Stato nei confronti della posterità.

La Francia, con l. cost. 1° marzo 2005, n. 205 ha provveduto ad inserire nel Preambolo della Costituzione del 1958 un rinvio ai diritti ed ai doveri previsti dalla Carta dell'ambiente, la quale, nell'introdurre lo sviluppo sostenibile, si rifà alle esigenze della progenie, le quali non devono essere compromesse dall'egoistico soddisfacimento dei bisogni attuali [3].

---

[2] Negli anni '70 le generazioni future trovano spazio all'interno della Carta costituzionale dell'Algeria, la quale, promulgata nel 1976, sancisce la tutela dei diritti umani e delle libertà, patrimonio dell'intera popolazione algerina, tenuta a trasmettere tali beni di generazione in generazione, preservandoli e mantenendoli inviolabili (art. 32). Negli stessi anni, la Legge fondamentale di Cuba stabilisce che «El Estado protege el medio ambiente y los recursos naturales del país. Reconoce su estrecha vinculación con el desarrollo económico y social sostenible para hacer mas racional la vida humana y *asegurar la supervivencia, el bienestar y la seguridad de las generaciones actuales y futuras*» (art. 27). La Carta cubana è fra le prime a riconnettere la necessaria protezione dell'ambiente con la tutela delle generazioni presenti e future. Contrariamente all'attuale linea politica, la Costituzione dell'Iran, in vigore dal 3 dicembre 1979, prevede la tutela dell'ambiente e l'inibizione a tutte quelle attività che comportino inquinamento irreversibile o causino danni irreparabili, dato che «le presenti e le *future generazioni* hanno diritto ad una florida esistenza».

[3] Le generazioni future, negli anni più recenti, hanno goduto di uno spazio sempre maggiore all'interno delle carte fondamentali di numerosi Paesi. Esse sono menzionate, fra le altre, nella Costituzione dell'Armenia del 2005 (art. 48), nella Costituzione della Bielorussia del 1995 (Preambolo), nella Costituzione dell'Estonia del 1992 (Preambolo), nella Costituzione del Portogallo, riformata nel 2005 (art. 66), nella Costituzione della Russia del 1993 (Pream-

La Carta costituzionale dell'Italia manca di un esplicito riferimento all'umana discendenza [4], seppure il 28 ottobre 2004, la Camera dei Deputati aveva approvato in prima deliberazione, con larghissima maggioranza, un disegno di legge di riforma costituzionale dell'art. 9, il quale avrebbe esteso la tutela all'ambiente ed agli ecosistemi «anche nell'interesse delle future generazioni» [5].

---

bolo), nella Costituzione dell'Uganda del 1995 (art. XXVII), nella Costituzione di Timor Est del 2002 (art. 61), nella Costituzione della Repubblica di Georgia del 1995 (art. 37), nella Costituzione della Moldavia del 1994 (Preambolo), nella Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 1999 (Preambolo), nella Costituzione dell'Albania del 1998 (art. 59), nella Costituzione del Bahrain del 2002 (Preambolo).

[4] Pur mancando una tutela esplicita, è però possibile individuare, in molteplici norme della Costituzione italiana, la ferma volontà di proteggere le generazioni attuali e future. Si sofferma attentamente sulla problematica I. NICOTRA, *«Vita» e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, 86. Secondo l'A., l'articolo 1 della Legge fondamentale, nel momento in cui si riferisce al «popolo» detentore della sovranità, intende implicitamente tutelare la vita del corpo sociale e la sua discendenza, pena la conseguente dissoluzione dello Stato. La norma di apertura del Testo costituzionale chiarisce fin dall'inizio l'orientamento assunto in seno all'Assemblea Costituente sulla necessità di promuovere la difesa della vita umana, attuale e futura, non essendo immaginabile uno Stato totalmente privo di una moltitudine di persone fisiche. La tutela delle generazioni future, seguendo un percorso argomentativo similare, potrebbe farsi discendere anche dal dovere di fedeltà alla Repubblica, sancito all'art. 54 della Costituzione. Diffusamente sull'argomento, A. RUGGERI, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, dal sito *http://costituzionalismo.it*, secondo il quale «la fedeltà, insomma, unitamente alla dignità della persona umana (…) si pone quale anello di congiunzione di ciò che è *prima* ed a base dell'intero ordine costituzionale e di ciò che è *dentro* l'ordine stesso; rappresenta, cioè, lo sforzo posto in essere dalla Carta per aprirsi e proiettarsi fuori di sé, verso ciò che la precede e la determina». La fedeltà nei confronti della Repubblica garantisce a quest'ultima una prosecuzione nel futuro, talché anche la posterità viene, seppur indirettamente, tutelata. Il dovere di cui all'art. 54 Cost. potrebbe declinarsi, dunque, anche in senso diacronico.

L'art. 32 Cost. offre ulteriori spunti interpretativi: una lettura estensiva del diritto alla salute permetterebbe di ricomprendere il diritto ad un ambiente salubre, presupposto necessario perché possa perpetuarsi l'umana specie. In questo senso, I. NICOTRA, *op. cit.*, 207.

[5] Sul punto E. LUCCHESE, *La riforma dell'art. 9 Costituzione nel testo approvato dalla Camera*, su *http://forumcostituzionale.it*, secondo il quale la modifica costituzionale avrebbe avuto una portata dirompente, in quanto il rapporto con l'ambiente si sarebbe ricostruito in maniera estremamente diversa. Non ci si sarebbe più potuti relazionare con la natura secondo una prospettiva «a breve termine», attraverso interventi tesi a tamponare eventuali situazioni di emergenza, ma si sarebbe dovuto instaurare un approccio più maturo con la realtà circostante, volto a garantire una «tendenziale stabilità futura». La riforma costituzionale prevedeva, inoltre, la tutela della biodiversità e il rispetto degli animali. Il progetto di legge non concluse l'iter di lettura presso il Senato della Repubblica, ma è stato ripresentato nel medesimo testo il 28 aprile c.a. nella speranza di godere di una maggiore attenzione.

Una soluzione alternativa all'inclusione, direttamente in Costituzione, della tutela della posterità è stata avanzata da A. RUGGERI, *«Nuovi» diritti fondamentali e tecniche di positivizzazione*, in *Pol. del dir.*, 1993, 183 ss., secondo il quale si potrebbe dar luogo ad una normativa costituzionale, promulgata ai sensi dell'art. 138 Cost., la quale detti soltanto le linee essenziali della disciplina e provvedere con la legislazione ordinaria ad una specificazione della normativa.

È la legislazione in materia di risorse idriche, invece, a stabilire esplicitamente che «tutte le acque costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà e che qualsiasi uso delle acque deve essere effettuato assicurando le aspettative ed i diritti delle generazioni future» (l. n. 36 del 1994, art. 1) [6].

Sul versante sovranazionale, uno dei principi ispiratori dello Statuto delle Nazioni Unite si riferisce alla volontà di proteggere i cittadini di oggi e di domani «dal flagello della guerra», ma è con la *Stockholm Declaration on the human environment* del 1972 che la comunità internazionale ha preso massima coscienza della problematica ambientale e delle inferenze che essa presenta con la tutela dei posteri. I ventisei principî enunciati in occasione della Conferenza dell'Onu sull'ambiente intendono orientare il rapporto uomo-natura secondo una logica prudenziale e massimamente rispettosa delle esigenza di quest'ultima, dato che la difesa dell'ecosistema costituisce «uno scopo imperativo per tutta l'umanità». Con la Dichiarazione di Stoccolma la collettività si assume le responsabilità della propria condotta dinanzi ai figli ed alle persone che verranno al mondo, impegnandosi a preservare e migliorare il patrimonio naturale circostante.

Una decina di anni dopo la redazione della Carta di Stoccolma, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite decise di costituire una commissione indipendente (World Commission on Environment and Development) con il compito di redigere un rapporto sullo stato del pianeta e di formulare proposte che consentissero l'applicazione di uno sviluppo sostenibile entro il 2000. La Commissione ha elaborato la relazione all'interno della quale sono stati enunciati ventidue principi, con la raccomandazione che questi venissero adottati nelle legislazioni nazionali e nelle convenzioni internazionali. Gli obiettivi che il «rapporto Brundtland» intende raggiungere sono molteplici (fra questi si ha la rivitalizzazione della crescita, soprattutto nelle aree più sfortunate del pianeta; il mutamento qualitativo della crescita, attraverso una risposta più adeguata ai bisogni essenziali quali lavoro, cibo, energia, acqua e sanità; la conservazione e il miglioramento delle risorse di base) e, considerati unitariamente, sono tutti volti alla realizzazione di un progresso che soddisfi i bisogni attuali senza compromettere le esigenze che potrebbero sorgere in avvenire.

Infine, la Conferenza generale delle Nazioni Unite per l'Educazione, la Scienza e la Cultura, riunitasi a Parigi nel 1997, ha concluso i lavori con la proclamazione della *Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future*. Si tratta di un momento di importanza fondamentale nel percorso teleologicamente orientato alla protezione dell'umana posterità. In tale occasione, infatti, si esprime palesemente la massima preoccupazione per le sorti

[6] Un ulteriore provvedimento che si espone a tutela delle generazioni future è la legge quadro sulle aree protette, ai sensi della quale è richiesto l'intervento dello Stato ai fini della conservazione dei parchi nazionali perché possano goderne sia le generazioni presenti, sia le generazioni future (l. n. 394 del 1991, art. 2).

degli individui che abiteranno il pianeta e ci si rivolge alle generazioni presenti affinché queste possano prendere piena consapevolezza delle proprie responsabilità verso i cittadini del domani. Si ritiene che l'umanità oggi abbia il preciso «obbligo morale» di tenere una condotta attenta al futuro e di elaborare delle precise regole che possano indicare la strada da seguire.

Il Documento di Parigi, oltre ad illustrare, in apertura, l'obbligo di prestare attenzione alla salvaguardia dei bisogni e degli interessi delle generazioni future, indica una serie di condotte a cui attenersi per garantire la perpetuazione dell'umanità, la tutela dell'ambiente, la pace. Si tratta di comportamenti dettati dalla «necessità di stabilire nuovi, equi e globali legami di partenariato e di solidarietà fra le generazioni come pure di promuovere la solidarietà intergenerazionale per la comunità dell'umanità».

La Carta, nella parte conclusiva, indica le modalità attraverso cui si dovrà dare esecuzione agli ideali in essa enunciati. Essa si rivolge anzitutto agli Stati, i quali sono chiamati a darne la massima diffusione, attraverso le istituzioni scolastiche, la formazione dei giovani e, più in generale, l'informazione. Non soltanto i governi nazionali dovranno incoraggiare la collettività ad aderire ai principi proclamati in essa e promuovere condotte lungimiranti, ma sono coinvolte in tali attività anche le Nazioni Unite, le altre organizzazioni intergovernative e non governative, i singoli cittadini e le entità pubbliche e private [7].

Nel Preambolo della Carta sottoscritta a Parigi si esprime, dunque, l'idea fondamentale secondo la quale il principio di solidarietà gioca un ruolo fondamentale nei rapporti fra individui appartenenti ad epoche diverse.

---

[7] La Carta, pur esprimendo una forte presa di posizione, avrebbe dovuto forse mostrare maggiore incisività allorquando, nell'indicare le modalità di esecuzione (art. 12), si riferisce al rispetto di «ideali» e non di obblighi e responsabilità. Sarebbe stato più coerente con la *ratio* e gli obiettivi della Dichiarazione utilizzare la stessa terminologia adoperata lungo tutti i precedenti articoli. In questo senso, C. ZANGHI, *Per una tutela delle generazioni future*, in *Jus - Riv. scienze giur.*, Milano, 1999, n. 1, 638. L'A. manifesta perplessità non soltanto sulla parte applicativa della Dichiarazione, ma anche sulla ritrosia manifestata dalla Comunità internazionale a riconoscere nuovi diritti umani, soprattutto in capo a soggetti dai contorni indefiniti (quali possono essere le generazioni future). È per questa ragione che si è scelto il percorso dell'obbligo di comportamento, da parte dell'umanità, «a prescindere dal fatto che il risultato di tale obbligo sia poi a beneficio di generazioni future», C. ZANGHI, *op. cit.*, 630. Parimenti, F. RIMOLI, *Bioetica - Diritti del nascituro - Diritti delle generazioni future*, ne *I diritti costituzionali*, vol. II, Torino, 2006, 531, si mostra titubante sulla possibilità di configurare diritti in capo alle generazioni future, soprattutto considerando che quest'ultime non possono manifestare la volontà di esercitarli e secondo quali modalità di esercizio. L'A. ritiene che dovrebbe ipotizzarsi, piuttosto, il diritto di chi è già esistente a godere di un ambiente sano da lasciare in eredità ai propri figli.

2. La solidarietà nei confronti della posterità alla luce della dottrina sociale della Chiesa

L'elaborazione della declinazione diacronica, oltre che sincronica, del dovere di solidarietà, costituisce uno dei punti cardine della Dottrina sociale della Chiesa.

L'enciclica *Rerum Novarum* di Leone XIII può essere considerata il momento a partire dal quale si è manifestata la necessità di dare quotidiana attuazione ai principi universali di tipo solidaristico professati dalla religione cattolica [8]. L'intervento della Chiesa fu reso necessario dalla gravità dello scontro fra classi sociali, conflitto che si presentava ancor più virulento poiché incancrenito dal profondo disagio economico in cui versava il proletariato, le cui condizioni preoccupavano molto il Pontefice. Il messaggio papale valorizzava il ruolo positivo che avrebbe potuto svolgere l'associazionismo [9], attraverso cui si sarebbero naturalmente esercitate le virtù cristiane, fra le quali spiccavano la giustizia e la carità. La solidarietà esplicitata nella lettera pontificale effettivamente non si rivolgeva alle generazioni future, ma era invocata per pacificare i rapporti fra esse-

---

[8] Approfondisce l'argomento F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, 17 ss. L'A. ritiene che il dovere di solidarietà, volto alla realizzazione di un ordine sociale più giusto, si debba esercitare parallelamente al principio personale ed al principio di sussidiarietà. L'aspirazione ad un riparto più equo delle risorse non dovrebbe costituire limite alla libertà personale. Ciascun individuo è, infatti, chiamato a partecipare alla vita politica, economica e sociale del Paese, a partire dal microcosmo in cui vive, seguendo le proprie inclinazioni, senza ricevere forzature che snaturerebbero le spontanee spinte solidariste. L'intervento pubblico si giustifica soltanto in un secondo momento, quale stimolo per la collettività a collaborare, in quei casi in cui non si siano naturalmente ottenuti i risultati sperati.

[9] La creazione di associazioni professionali che avrebbero abbattuto le barriere fra categorie di lavoratori e datori di lavoro, rendendo meno aspro il conflitto sociale, venne proposta inizialmente nella Rerum novarum (paragrafo 36 ss.) e ribadita quaranta anni dopo, nel messaggio papale Quadragesimo anno di Pio XI, § 31 ss., il quale riteneva «sommamente raccomandabili» le indicazioni date da colui che lo aveva preceduto al soglio pontificio, dato il ruolo estremamente positivo che questi sodalizi avevano svolto nell'esercizio della solidarietà e nella collaborazione fra lavoratori. Sul punto, A. Merkl, *Il contenuto giuridico statale dell'enciclica «Quadragesimo anno»*, in V. Lattanzi (a cura di), *Dottrine di diritto pubblico nelle encicliche sociali*, Roma, 1999, 81. Secondo l'A., l'istituzione degli ordini professionali avrebbe non soltanto permesso di comporre pacificamente i contrasti sociali allora esistenti, ma avrebbe alleggerito il ruolo dello Stato, attraverso la devoluzione di compiti ed attività ad organismi inferiori. Attraverso una siffatta declinazione del principio di sussidiarietà, si otteneva la valorizzazione delle istanze della collettività partendo dal basso, dall'intervento in prima persona dei singoli cittadini e lavoratori, in ossequio alla «prescrizione cristiana di un'autoresponsabilità morale del soggetto». Parimenti, in questo senso, F. Giuffrè, *Libertà e solidarietà nella prospettiva del nuovo modello «federale» di Welfare*, in I. Nicotra (a cura di), *Scritti di diritto costituzionale italiano e comparato*, Torino, 2005, 124.

ri umani, i quali soltanto attraverso il suo esercizio «conosceranno e sentiranno che i beni di natura e di grazia sono patrimonio comune del genere umano» [10]. L'aiuto reciproco faceva sorgere nell'animo la spontanea adesione ad alcuni valori, fra i quali primeggiava la fraternità umana, sentimento che gode di una prospettiva indeterminata, tanto dal punto di vista spaziale, quanto temporale. È dall'amore fraterno che discende la solidarietà, nella sua duplice valenza intra ed intergenerazionale.

V'è da dire che il percorso lungo il quale si è giunti ad affermare esplicitamente l'obbligo di solidarietà nei confronti delle generazioni future attraversa varie fasi e percorre circa un secolo dal messaggio papale di Leone XIII.

In un primo momento, si è rilevato che la questione sociale esaminata nella *Rerum novarum* superava ormai i confini nazionali, fino ad assumere rilevanza mondiale. In tale frangente, si auspicava uno sviluppo solidale dell'umanità ed, in quest'ottica, si riteneva necessario apprestare massima tutela alla famiglia, considerata la cellula primordiale della società, luogo di incontro fra generazioni diverse in cui ci si assiste vicendevolmente [11].

Soltanto in un secondo tempo, si è affrontata la problematica ambientale e si è sottolineato come la continua distruzione dell'ambiente circostante fosse il frutto di un errore valutativo di tipo antropologico. L'uomo, infatti, intervenendo tirannicamente sul proprio *habitat*, dimenticava l'essenza della natura e la sua originaria destinazione, provocandone in tal modo la ribellione [12].

La relazione schizofrenica fra uomo e natura si rifletteva, poi, sul rapporto che l'uomo ha con se stesso. Dunque, non v'era solo la questione ambientale che meritava di essere affrontata, ma anche l'ambiente «umano» necessitava di particolare cura ed attenzione. Ciascun individuo doveva aver riguardo alla propria dignità e, all'interno del contesto familiare, era tenuto a trasmettere ai propri figli il rispetto della propria struttura morale [13].

Da qui all'esplicita affermazione della solidarietà verso le generazioni future il passo è stato breve. In anni recenti, alla luce della globalizzazione e degli effetti da questa esercitati sulle relazioni fra individui e fra nazioni, si è dovuto riconsiderare il ruolo della fratellanza, inglobando esplicitamente nella riflessione anche

---

[10] *Rerum Novarum*, Leone XIII, § 21.

[11] *Populorum progressio*, Paolo VI, § 36.

[12] L'atteggiamento della Chiesa cattolica nei confronti della problematica ambientale non deve però fraintendersi, ritenendo che le previsioni siano soltanto di tipo catastrofico. In questo senso, J.M. Ibañez Langlois, *La dottrina sociale della Chiesa*, Milano, 1987, 221. L'A. rileva molteplici premesse dottrinali che depongono positivamente per l'evoluzione del rapporto con l'ecosistema. Fra queste, si rileva che l'uomo ha doveri anzitutto verso se stesso e verso la propria discendenza, la natura è piuttosto indirettamente destinataria della tutela da parte del legislatore. Inoltre, una «visione provvidenziale della storia» mal si concilia con una prospettiva drammatica, ferma restando la fallibilità dell'essere umano e le possibili future avversità.

[13] *Centesimus annus*, Giovanni Paolo II, § 37 ss.

il futuro. Tutti gli individui sono chiamati a condurre un'esistenza responsabile e, se, in passato, la solidarietà fra individui nati in epoche diverse costituiva un atteggiamento spontaneo, soprattutto all'interno delle famiglia, attualmente esso è da considerarsi piuttosto un obbligo della comunità. Nella realizzazione di tale virtuosa collaborazione fra soggetti appartenenti a periodi storici contigui sono chiamati non soltanto i responsabili economici e politici, ma i singoli cittadini, i quali devono essere coinvolti, attraverso circuiti democratici, ai processi decisionali rilevanti per la posterità umana [14].

Nell'indicare la strada, la Dottrina sociale della Chiesa ha più volte individuato la famiglia quale archetipo ideale a cui ricondurre il rapporto fra persone appartenenti a generazioni diverse. Essa costituisce il modello esemplare a cui si rifà non soltanto la visione cattolica, ma anche parte di quella laica.

3. Le relazioni familiari come paradigma da assumere alla base dei rapporti con le future generazioni

Secondo una corrente di pensiero, infatti, oggi è necessario riconsiderare l'etica, data l'inadeguatezza della morale antica dinanzi alla nuova dimensione dell'agire umano [15]. La responsabilità dell'individuo, infatti, si è estesa fino ad includere ambiti ad essa precedentemente estranei. Le condotte non hanno più un'efficacia limitata al presente o al prossimo venturo, ma sempre più di frequente le conseguenze si propagano nello spazio e nel tempo, talvolta in maniera irreversibile. Il rapporto con l'ambiente ha subito un evidente stravolgimento: si è capovolta la relazione fra l'individuo ed il suo *habitat*, l'uomo tecnologico incide molto più profondamente nei delicati equilibri del cosmo e la natura si mostra assai vulnerabile ai ripetuti attacchi dell'uomo.

La filosofia tradizionale non contemplava il rispetto nei confronti dell'ecosistema, non gli riconosceva alcuna dignità assiologica, piuttosto si riteneva che l'uomo potesse liberamente disporre di esso.

La nuova dimensione etica, inglobante l'approccio con il territorio, pretende che vi sia da parte dell'uomo il massimo rispetto nei confronti del creato, date le recenti scoperte scientifiche e l'ignoranza che avvolge le loro più remote conse-

---

[14] Discorso di Giovanni Paolo II ai partecipanti alla Sessione plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze sociali, 11 aprile 2002.

[15] Si è espresso in tal senso H. Jonas, *Il principio responsabilità - Un'etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino, 1990, 3 ss. L'A. esprime l'esigenza di riallacciare la responsabilità nei confronti delle generazioni future ad un modello di relazioni fra individui già esistente. V'è un elemento paradossale nella ricerca di Jonas, il quale nell'elaborare una teoria moderna ed innovativa, si rifà allo schema più tradizionale per eccellenza, ovverosia la famiglia.

guenze. Uno degli imperativi più pressanti è infatti quello alla conoscenza, seppure tra il sapere predittivo e l'incessante avanzamento tecnologico permane uno scarto notevole. La consapevolezza della parziale ignoranza sulla materia, dunque, costituirà l'altra faccia della medaglia e soltanto un siffatto atteggiamento di umiltà e di riserbo responsabile nei confronti degli insondabili meccanismi della natura permetteranno la prosecuzione della specie.

La permanenza dell'uomo sulla terra è un «dovere incondizionato», sul quale non è più possibile scommettere o rischiare. Al fine di garantire la discendenza si è sottoposti, dunque, ad una responsabilità ancor maggiore che nei confronti dei propri contemporanei. Il tradizionale binomio diritti-doveri non trova spazio nei rapporti fra generazioni: manca la reciprocità, dato che essa può essere soddisfatta soltanto nel momento in cui entrambi i soggetti siano contemporaneamente esistenti.

Ci si chiede, a questo punto, se già non esista una relazione sì tanto sbilanciata, in cui i diritti siano concentrati esclusivamente nelle mani di una delle due parti. V'è, a ben vedere, nella morale tradizionale, un caso che non prevede l'obbligo di reciprocità: la famiglia [16]. I genitori si assumono nei confronti dei figli l'impegno alla loro crescita, sotto tutti i profili da essa implicati: materiale, educativo e morale. La genitorialità integra l'unica condotta puramente altruistica, ci si trova dinanzi all'«archetipo di ogni agire responsabile» [17]. Nella relazione familiare, come nel rapporto fra uomo di stato e cittadini, è possibile riconoscere le coordinate fondamentali in base alla quale l'umanità è tenuta a tutelare la progenie: la totalità (la responsabilità è onnicomprensiva, nulla viene tralasciato), la continuità (così come la vita procede senza soluzione di continuità, la responsabilità da parte dei genitori non può mai interrompersi nei confronti dei figli) e la prospettiva (la responsabilità non è fine a se stessa, ma è sempre rivolta al futuro).

Ecco che la famiglia, l'approccio genitori-figli, ricorre quale paradigma ideale

---

[16] G. PONTARA, *Etica e generazioni future*, Roma-Bari, 1995, 48, obietta che il rapporto genitori-figli, pur prevedendo degli obblighi speciali da parte dei primi nei confronti dei secondi, non possa per ciò solo considerarsi assoluto e prioritario. D'altro canto, non può nemmeno affermarsi con certezza che l'interesse dei posteri sia sempre meno rilevante di quello dei propri figli, per cui si potrebbe giustificare un'imposizione a carico dei diretti discendenti a favore della progenie più distante, salvata in questo modo da un'eventuale catastrofe. In argomento, M. ZANI, *Le matrici pre-morali della responsabilità verso le generazioni future*, in *Fenomenologia e Società*, 2004, 3, 77. Prendendo le mosse dalla riflessione di Jonas, l'A. ritiene che qualora la relazione fra genitori e figli si dilatasse fino a incorporare al suo interno le generazioni future, quali destinatarie delle cure genitoriali, ne discenderebbe un cambiamento sostanziale nella considerazione che i decisori politici ed economici hanno del futuro. Secondo l'A., soltanto rinviando ai sentimenti che gli adulti provano nei confronti dei discendenti, sarebbe possibile ridurre l'attenzione spasmodicamente riservata al presente e dedicare più energie alla costruzione di un domani migliore.

[17] H. JONAS, *op. cit.*, 50.

sul quale strutturare i rapporti fra generazioni [18]. Il naturale esercizio della solidarietà fra congiunti e , nello specifico, l'atteggiamento protettivo che l'adulto ha nei confronti del bambino, secondo tale orientamento, dovrebbe svilupparsi su scala mondiale, coinvolgendo anzitutto gli organi pubblici.

In conclusione, alla luce di queste brevi note, il dovere di solidarietà parrebbe declinabile non soltanto nei confronti dei propri contemporanei, ma anche di coloro che verranno, secondo la logica individuabile *in primis* nella dinamiche tipiche della società naturale ed, a partire da qui, estendibile ai rapporti fra le generazioni.

[18] Il ruolo fondamentale che la famiglia svolge nella società e che la contraddistingue, elevandola, fra le molteplici formazioni sociali, dovrebbe condurre la Corte costituzionale a riconoscerne esplicitamente la superiore dignità. In questo senso, A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, 1991, 360. Secondo gli AA., la famiglia, momento di svolgimento della personalità umana, dovrebbe costituire oggetto della «potenziale applicazione concreta e contestualizzata/razionalizzata del superiore fine-principio di *dignità umana*».

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI: UNA REALTÀ IN CONTINUA TENSIONE TRA OBBLIGO GIURIDICO ED ONERE SOCIALE

VINCENZO MARZUILLO

SOMMARIO: 1. I doveri sanciti dalla Costituzione italiana. – 2. Il fenomeno dell'immigrazione. – 3. L'accordo di Schengen. – 4. L'ottemperanza ai doveri da parte degli immigrati. – 5. Considerazioni conclusive.

1. I DOVERI SANCITI DALLA COSTITUZIONE ITALIANA

La nostra Carta costituzionale, accanto ad un nutrito ed articolato elenco di diritti riconosciuti agli individui ed ai gruppi, prevede anche alcuni doveri, che sono ritenuti necessari al fine di realizzare una stabile e proficua convivenza.

In un quadro generale, possiamo individuare nei doveri costituzionali quelle situazioni giuridiche soggettive passive in relazione alle quali il titolare è direttamente vincolato dalla Costituzione ad un determinato comportamento, in funzione della tutela di un interesse collettivo.

Nel dettaglio, si tratta dei doveri di difendere la Patria, di contribuire alle spese dello Stato secondo le proprie possibilità economiche, di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi.

A tal proposito, l'art. 52 Cost. italiana sancisce il dovere per tutti i cittadini, senza alcuna distinzione, di difendere la Patria, intesa non soltanto come la «terra dei padri», bensì anche come patrimonio comune di valori che trovano riconoscimento e rilievo nella Carta costituzionale.

La stessa disposizione, al comma 2, specifica che l'adempimento di tale obbligo si concreta nella prestazione del servizio militare [1], seppur «*nei limiti e modi stabiliti dalla legge*».

[1] Va, peraltro, ricordato che il servizio di leva oggi non è più obbligatorio e che fino all'entrata in vigore della l. 20 ottobre 1999, n. 380 esso era svolto esclusivamente dai cittadini maschi. Tale normativa ha, invece, aperto alle cittadine italiane i concorsi per il reclutamento di ufficiali e sottufficiali in servizio permanente e di militari di truppa in servizio volontario.

Il richiamo alle disposizioni della legge ordinaria riguarda inequivocabilmente gli «obiettori di coscienza», ovvero coloro che dichiarano di essere contrari in ogni circostanza all'uso delle armi per imprescindibili motivi di coscienza, attinenti ad una concezione generale della vita basata su profondi convincimenti religiosi e/o morali [2].

Per costoro è prevista la possibilità di essere ammessi ad espletare il servizio sostitutivo civile [3], che si concreta nel compimento di un'attività lavorativa non retribuita che abbia finalità sociali, per un periodo equivalente alla durata del servizio militare. La Corte costituzionale ha, peraltro, ribadito che attraverso il suo espletamento l'obiettore non si sottrae all'adempimento del dovere di difendere la Patria, in quanto quest'ultimo può essere adempiuto anche svolgendo prestazioni personali sostitutive del servizio militare obbligatorio [4].

A sua volta, il dovere di concorrere alle spese pubbliche, cioè quelle finalizzate al soddisfacimento delle necessità della comunità, cui lo Stato deve provvedere, è previsto dal successivo art. 53 della nostra Costituzione.

La disposizione si riferisce anche agli apolidi ed agli stranieri che risiedono in Italia e siano proprietari di beni o svolgano attività lavorativa; restano dunque esclusi i cittadini italiani che risiedono all'estero e non producono alcun reddito nella nostra nazione [5].

---

[2] Convincimenti che sono tutelati dalla nostra Carta costituzionale agli artt. 2, 19, 21. Da ciò consegue che, nel richiamo anche del successivo art. 52, il legislatore ordinario può realizzare in tale ambito il contemperamento di interessi sociali diversi, ma tutti costituzionalmente protetti, consentendo al cittadino non già di sottrarsi al dovere costituzionale di difesa, ma piuttosto di attuarlo in forme sostitutive del servizio militare od anche limitative dello stesso, come nel caso dell'inserimento in reparti non combattenti.

[3] L'ammissione al servizio sostitutivo civile fa perdere lo *status* di militare, per cui gli obiettori di coscienza, a differenza dei militari di leva, non possono essere sottoposti alla giurisdizione del Tribunale militare, ma sono giudicabili dai giudici ordinari (cfr. C. cost., sent. n. 113 del 1986). La materia è stata profondamente rivoluzionata dalla Legge 8 luglio 1998, n. 230 che, in ossequio alle indicazioni della Corte, ha introdotto una nuova disciplina ispirata ai principi: del riconoscimento dell'obiezione di coscienza come diritto soggettivo, con conseguente passaggio della giurisdizione dal tribunale amministrativo regionale al giudice ordinario in caso di rigetto della domanda; dell'abolizione della commissione esaminatrice istituita presso il Ministero della Difesa al fine di esprimere un parere sulla sincerità e fondatezza delle motivazioni del richiedente; della smilitarizzazione del servizio civile, la cui gestione passa dal Ministero della Difesa all'Ufficio nazionale per il servizio civile; dell'attribuzione agli obiettori di coscienza degli stessi diritti dei militari di leva ed equiparazione della durata del servizio civile a quello militare; della razionalizzazione del sistema delle sanzioni penali e disciplinari, con attribuzione della competenza a giudicare i reati commessi dagli obiettori ai giudici ordinari, anziché a quelli militari.

[4] Cfr. sul punto C. cost., sent. n. 164 del 1985.

[5] Il principio non esclude che possano essere previste esenzioni o agevolazioni per particolari soggetti, come nel caso ad esempio di percettori di redditi minimi ovvero imprese operanti in zone depresse.

Tale obbligo è stato dal legislatore costituzionale proporzionato alla capacità contributiva [6] dei soggetti passivi cui è imposto, così da tenere conto dell'idoneità di ciascuno a subire l'onere economico del tributo ed al fine di determinare la misura della partecipazione di tutti gli individui alle spese pubbliche [7].

Pertanto, la capacità contributiva presuppone necessariamente che il contribuente abbia una fonte di reddito, derivi essa da lavoro autonomo, subordinato, rendite o altro ed, altresì, costituisce un limite di carattere costituzionale per il Legislatore, al quale non è consentito andare oltre le possibilità effettive del contribuente.

Il principio della capacità contributiva costituisce un parametro utilizzabile dalla Corte costituzionale nella valutazione della legittimità costituzionale delle leggi tributarie, che dovrebbero sempre presentare un collegamento tra la forza economica del contribuente, obiettivamente valutabile, e l'onere economico impostogli [8].

Infine, con l'imposizione del dovere di fedeltà alla Repubblica, l'Assemblea Costituente intese formalmente sancire l'obbligo di essere fedeli alla forma istituzionale repubblicana, che lo Stato aveva assunto a seguito del referendum del 1946, di cui andava garantito il rispetto anche da parte dei fautori del regime monarchico, all'epoca ancora molto numerosi.

Il dovere di fedeltà, nel suo significato attuale, si traduce soprattutto nel rispetto di quella parte della Costituzione, sottratta alla possibilità di revisione, in cui sono enunciati i valori fondamentali dell'ordinamento democratico [9]. Esso grava su tutti i cittadini i quali, ancorché dissenzienti rispetto a tali valori, devono adeguarvisi nei loro comportamenti materiali.

La Corte costituzionale ha solennemente affermato che la Costituzione contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati da leggi di revisione, da ciò ricavandone quale conseguenza l'assoggettabilità di tali leggi al suo controllo [10].

---

[6] Il sistema tributario è improntato al criterio della «progressività», ovvero al principio in virtù del quale la parte di reddito che il cittadino deve versare al fisco cresce con l'aumento della capacità contributiva. Tale criterio risponde ad una ragione politico-sociale legata ai principi di eguaglianza e solidarietà: il sistema tributario viene organizzato in modo da far gravare maggiormente il carico fiscale sulle quote di reddito più elevate. Ciò non esclude che alcuni tributi siano determinati in modo fisso o proporzionale, in quanto la progressività deve informare l'intero sistema e non il singolo tributo.

[7] L'onere fiscale va suddiviso fra tutti coloro che dispongono di una capacità contributiva, vale a dire la capacità di produrre un reddito: soltanto ciò che è suscettibile di valutazione economica, infatti, può essere oggetto di un tributo.

[8] Va, peraltro, ricordato che la Corte costituzionale, in armonia con il disposto dell'art. 3 Cost., ha sempre limitato il suo sindacato alla «razionalità dell'intervento legislativo», poiché la misura dell'imposizione tributaria resta pur sempre frutto di una valutazione politica.

[9] Vedi sul punto art. 139 della Costituzione italiana.

[10] Cfr, C. cost., sent. n. 1146 del 1988, dove, tra l'altro, viene specificato che fra questi

Infatti, il dovere di fedeltà ai principi ed ai valori fondanti della Repubblica non comporta che in suo nome possano essere posti limiti all'esercizio dei diritti fondamentali del cittadino, tanto che la democrazia italiana tollera anche il dissenso ideologico più radicale, purché questo non si concretizzi in comportamenti materiali destinati a colpire le istituzioni democratiche [11].

La Costituzione italiana, dunque, accanto al riconoscimento dei diritti inviolabili, richiede l'adempimento di doveri di solidarietà politica economica e sociale, definiti come inderogabili [12].

In effetti, l'interconnessione diritti-doveri si spiega come conseguenza della concezione personalista e pluralista accolta dal Costituente e del richiamo alla solidarietà presente nello stesso art. 2 della nostra Carta costituzionale.

Affermata la socialità dell'uomo quale elemento essenziale della sua personalità, si cerca un modello di convivenza fondato sulla solidarietà, quale formula più adatta al perseguimento della completa realizzazione della persona umana: in tal modo, infatti, tutti i «consociati» sono chiamati a svolgere un ruolo per il progresso materiale non solo di sé stessi, ma dell'intera società [13].

Dignità e bene comune diventano, quindi, il fondamento della vita associata ed ogni cittadino è chiamato alla loro realizzazione, che non può né deve avvenire senza di lui e neanche limitando l'esercizio delle sue libertà. Si realizza così una comunione di responsabilità tra cittadino e Stato, che rende ognuno partecipe degli obiettivi di giustizia sociale, richiamando il cittadino ad un ruolo attivo.

Stabilita, dunque, questa interrelazione tra principio personalista e principio solidarista, la stretta interconnessione diritti inviolabili-doveri inderogabili ne risulta nient'altro che la sua concretizzazione. In tal senso, la solidarietà può svolgere un ruolo importantissimo nelle società odierne, che vanno sempre più configurandosi come multietniche e multiculturali [14].

---

principi vi sono quelli di eguaglianza (art. 3 Cost.), di solidarietà (art. 2 Cost.), della tutela del lavoro (art. 4 Cost.), dell'unità ed indivisibilità della Repubblica (art. 5 Cost.).

[11] Sulla scorta di tali considerazioni, la dottrina prevalente ritiene che il presidio penalistico del dovere di fedeltà sia l'art. 283 c.p., che punisce chiunque commetta un fatto diretto a mutare la Costituzione dello Stato o la forma del governo con mezzi non consentiti dall'ordinamento costituzionale.

[12] Vedi art. 2 Cost. italiana.

[13] C. AMIRANTE, *Diritti dell'uomo e sistema costituzionale: un futuro dal cuore antico?*, saggio introduttivo in E. DENNINGER, *Diritti dell'uomo e legge fondamentale*, a cura di C. Amirante, Torino, 1997, dove viene messo in evidenza come alla base dell'immediato collegamento dei doveri al concetto di solidarietà (e quindi al principio personalista) vi è anche un'evidente esigenza di contrapposizione all'ideologia del regime fascista, che faceva dei doveri del cittadino verso lo Stato e verso lo stesso regime il valore normativo fondamentale della sua «costituzione materiale».

[14] F. VOLLERO, *Diritti umani e diritti fondamentali fra tutela costituzionale e tutela sovranazionale: il diritto ad un ambiente salubre*, in *www.studiperlapace.it/view_news_html?news_id=20041205175248*.

Come principio supremo dell'ordinamento giuridico, la solidarietà informa non solo l'intero dispiegarsi della vita interna dello Stato, ma anche l'insieme delle relazioni esterne con la comunità internazionale e nei confronti dello straniero e dell'apolide [15].

2. Il fenomeno dell'immigrazione

La rinascita dell'idea di cittadinanza in ambito comunitario è coincisa con il momento in cui l'Europa ha cessato di essere un continente di emigranti per trasformarsi in un continente di immigrati. In altri termini, nel momento in cui gli europei hanno smesso di girare il mondo, si è riscoperto il concetto di cittadinanza, dimenticando che sono stati loro stessi che hanno fatto ricorso allo *ius communicationis* per giustificare la libertà di movimento di ogni essere umano in tutte le parti del mondo [16].

Uno degli scenari problematici che, dunque, si apre dinanzi ai nostri occhi è quello del rapporto tra cittadini ed immigrati, in relazione ai doveri che questi ultimi sono tenuti ad assolvere e che parte della dottrina ha ritenuto essere la necessaria contropartita per il riconoscimento prima ed il godimento poi di una serie di diritti collegati al riconoscimento della cittadinanza. Tutto ciò in un contesto, quello comunitario, dove il fenomeno migratorio tende ad essere inquadrato più che altro entro una visione nel migliore dei casi «economica», individuando nell'immigrato una riserva di forza-lavoro, che, a seconda del momento storico di riferimento e delle esigenze pratiche ad esso connesse, viene ritenuta indispensabile oppure eccedente e dunque allontanabile.

Peraltro, è dinanzi agli occhi di tutti come sia risultato vano ogni tentativo di chiusura delle frontiere, il cui risultato più evidente è stato l'incremento della percentuale di ingressi clandestini, ma non certo la riduzione dei flussi migratori. È bene allora prendere atto del fatto che le migrazioni costituiscono un elemento strutturale delle società moderne e che oggi la società multietnica è già una realtà concreta in gran parte d'Europa; dunque, le uniche alternative possibili riguardano le modalità attraverso cui gli ordinamenti, nazionali e sopranazionali, si dispongono a gestire questo fenomeno [17].

---

[15] Cfr. C. cost., sent. n. 75 del 1992, dove, tra l'altro, viene affermato che il principio della solidarietà è posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico.

[16] L.M. Diez-Picazo, introduzione al tema «*Il cittadino e lo straniero in Europa*», nell'ambito del seminario su «*I diritti fondamentali e le corti in Europa*», tenutosi presso l'Università Luiss Guido Carli il 3 ottobre 2003, in *Osservatorio costituzionale*, bollettino n. 8/2003, 9-10.

[17] G. Bascherini, intervento sul tema «*Il cittadino e lo straniero in Europa*», nell'ambito del seminario su «*I diritti fondamentali e le corti in Europa*», tenutosi presso l'Università Luiss Guido Carli il 3 ottobre 2003, in *Osservatorio costituzionale*, bollettino n. 8/2003, pp. 23-25.

Le cause del processo migratorio vanno ricercate nell'interdipendenza del sistema economico mondiale, caratterizzato dal differente sviluppo economico dei vari paesi. A determinare, quindi, i flussi migratori sono ragioni economiche, sociali e politiche, come, ad esempio, il drammatico impoverimento di molti paesi e la necessità di sfuggire a situazioni di guerra, a regimi oppressivi, a persecuzioni politiche e/o religiose.

Nelle spinte migratorie, inoltre, gioca un ruolo determinante l'attrazione esercitata dall'occidente, con la sua capacità di rappresentarsi come regno della ricchezza, del consumo, della libertà per tutti. A ciò va aggiunta la peculiarità della struttura economica della società europea ed ancor di più di quella italiana, che è caratterizzata sia da un doppio mercato del lavoro, uno ufficiale e garantito, l'altro sotterraneo e non protetto, sia dalla tendenza della manovalanza straniera a riempire gli spazi occupazionali rifiutati o non desiderati dalla popolazione nazionale, che non vuole svolgere attività faticose o non attraenti.

3. L'ACCORDO DI SCHENGEN

Lo studio dei fenomeni migratori richiede un accenno sull'impatto che ha avuto in tale ambito l'accordo di Schengen.

Stipulato nel 1985 tra Francia, Germania, Olanda, Belgio e Lussemburgo, tale accordo prevedeva la soppressione graduale dei controlli alle frontiere comuni sia per le persone che per le merci. Con esso si anticipava quanto sarebbe stato successivamente stabilito in ambito comunitario con l'Atto unico europeo del 1986, in materia di realizzazione del mercato interno, con la libera circolazione dal 1° gennaio 1993 delle persone, delle merci, dei servizi e dei capitali.

L'accordo di Schengen, dunque, sancisce: la libera circolazione di tutti i cittadini aderenti all'accordo e di tutti gli stranieri entrati legalmente in uno degli stati aderenti; l'armonizzazione della politica dei visti, della circolazione e del soggiorno dei cittadini extracomunitari; la cooperazione tra le polizie di frontiera e doganali per la lotta alla criminalità, alla frode fiscale, all'immigrazione clandestina, al traffico d'immigrati, di armi e di droga; la soppressione dei controlli alle frontiere comuni con conseguente trasferimento e rafforzamento dei controlli alle frontiere esterne [18].

Da ciò ne consegue che per un cittadino extracomunitario l'ingresso o il rifiuto dello stesso in un paese ha effetti per tutti i paesi aderenti all'accordo.

---

[18] L'accordo di Schengen del 1985 comprendeva, peraltro, prevalentemente norme programmatiche che impegnavano gli stati a negoziare altri accordi, necessari per l'esecuzione delle misure compensative del deficit di sicurezza derivante dall'abolizione di controlli alle frontiere. Le trattative tra i cinque stati continuarono fino alla stesura della convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen, composta da 142 articoli che precisavano tutti gli impegni presi nel 1985 e firmata il 19 giugno 1990 dai cinque paesi promotori.

Tutto il sistema dei controlli previsto dalla convenzione ruota intorno al Sistema Informativo Schengen (Sis), che ha l'obiettivo di garantire la sicurezza e l'ordine pubblico, oltre che l'applicazione delle disposizioni della convenzione nell'ambito della circolazione delle persone. Questo sistema consente di controllare in tempo reale da ogni valico di frontiera se la persona in transito è una persona gradita o meno nell'ambito di tutti i paesi aderenti all'accordo.

L'Italia sin dal 1986 ha chiesto di poter entrare a far parte dell'accordo, ma prima di essere accettata ha dovuto soddisfare alcune condizioni imposte dagli altri paesi, che temevano un afflusso illegale di immigrati dai paesi terzi, attraverso le nostre frontiere [19]; solo nel 1990 ha firmato l'adesione sia all'accordo di Schengen che alla sua convenzione di applicazione, successivamente ratificata con l. 30 settembre 1993, n. 388. Nonostante ciò, per ritardi nella realizzazione di alcuni adempimenti, in Italia l'accordo è entrato in vigore soltanto nel 1996.

A partire dall'entrata in vigore degli accordi di Schengen si nota l'adozione di una politica europea di sbarramento nei confronti dei flussi migratori. I successivi accordi di Dublino del 1997 (in ordine alla determinazione dello stato competente ad esaminare le domande di asilo ed alla creazione di strutture di collaborazione come l'Europol e l'Eurodac), il Trattato di Amsterdam del 1997 ed numerosi vertici governativi, sono state tappe di un processo che ha eroso le Carte costituzionali di tutti gli stati europei, restringendo i diritti fondamentali degli stranieri entrati clandestinamente nel territorio europeo: si è creato per loro un diritto «speciale», caratterizzato dalla negazione sostanziale del diritto di difesa, dalla crescente discrezionalità degli organi di polizia, dall'assenza o superficialità del controllo giurisdizionale [20].

4. L'ottemperanza ai doveri da parte degli immigrati

È evidente che l'integrazione degli immigrati passa anche attraverso il loro conformarsi alle regole dell'ordinamento ospitante ed, in questo quadro, dunque, anche ai doveri che quest'ultimo sancisce.

La problematica, oltre ad essere decisamente spinosa, a cause delle tensioni

---

[19] L'Italia, infatti, ha dovuto: abolire la riserva geografica che consentiva il riconoscimento dello *status* di rifugiato a persone provenienti dagli stati europei; modificare in senso restrittivo la legislazione nazionale in materia di ingresso e soggiorno di stranieri extracomunitari; introdurre l'obbligo del visto d'ingresso per le persone che provengono da alcuni stati, fra i quali quelli del Maghreb e la Turchia; concludere un accordo di riammissione dei clandestini con la Francia.

[20] F. Fratelli, *L'espulsione del minore extracomunitario in Italia. Aspetti giuridici e sociologici*, in *http://www.altrodiritto.unifi.it/migranti/pratelli/index.htm*.

sociali che dalla stessa possono scaturire, è quanto mai variegata in funzione dei soggetti coinvolti. È chiaro, peraltro, che generalmente tale discorso si riferisce allo straniero immigrato regolare.

Si deve giungere ad individuare in questo caso un vero e proprio *status* giuridico degli stranieri immigrati, che preveda il riconoscimento di una serie diritti, ma ad un tempo anche dei doveri. E tra questi c'è quello di aderire ai valori che caratterizzano l'ordinamento del paese ospitante o, in altre parole, la pretesa di assicurare la lealtà del nuovo venuto nei confronti dei principi dell'ordinamento ospitante; problema questo che risulta essere piuttosto ostico.

È importante che cittadini ed immigrati abbiano entrambi ben chiaro questo concetto, con tutte le relative implicazioni, altrimenti si rischia di generare soltanto degli equivoci. Lo straniero, dunque, deve accettare i valori propri della comunità ospitante, cioè quei valori costituzionalmente positivizzati. Si tratta di un'operazione decisamente difficile, soprattutto quando lo straniero migrante vive in comunità organizzate, che si fondano su propri valori, spesso molto sentiti e condivisi dai soggetti che vi appartengono.

Pertanto, appare opportuno distinguere, in realtà, tra il problema del singolo straniero, che in genere, di per sé stesso, non pone mai difficoltà insormontabili, dal problema delle comunità di stranieri, che spesso vivono secondo proprie regole, cioè secondo le regole della società di provenienza.

Quando si formano comunità di immigrati rette da proprie regole, raramente queste rivelano valori convergenti con quelli della comunità ospitante, ma si evidenzia di fatto una gamma molto articolata di situazioni, fino a riscontrare casi in cui i valori degli immigrati e quelli della comunità ospitante sono profondamente divergenti tra loro. Questo avviene quando le comunità sono caratterizzate da valori molto forti, che finiscono per prevalere su quelli dell'ambiente in cui le stesse vivono.

Ancor di più quando ci troviamo di fronte a comunità che posseggono un'identità culturale che è un insieme di principi giuridici, religiosi e sociali. In questi casi, infatti, non è corretto affrontare separatamente il versante dei diritti da quello della religione e ragionare come se fosse possibile tenere distinto l'ambito dello Stato e della politica da quello della religione. Non si possono, cioè, applicare ad essa le «categorie» della cultura europea e, dunque, non è facile in questi casi trovare un criterio per decodificare i rapporti fra l'insieme dei principi e dei valori della comunità ospitante e quelli della comunità dei nuovi venuti [21].

---

[21] G. DE VERGOTTINI, *Le regole per una convivenza possibile: i nodi costituzionali*, in *http://www.societalibera.org/documdi/documentodi_11.htm*.

5. Considerazioni conclusive

La seconda metà del secolo XX ha visto la realtà europea e segnatamente quella italiana profondamente trasformata in termini demografici, economici e sociali, in ragione del cambiamento registrato nella composizione della popolazione in seguito all'insediamento di lavoratori immigrati e rifugiati, provenienti da tutti i continenti del mondo.

Va sottolineato che le diversità etnico-culturali sono da sempre importanti elementi di sviluppo civile, ma non bisogna nascondersi che possono al contempo tradursi in una fonte di crisi della pacifica convivenza delle comunità interessate, qualora non vengano poste in essere, preventivamente, una serie di azioni rivolte nella direzione dei principi di uguaglianza, solidarietà, sussidiarietà e reciprocità e realizzate nella cornice della democrazia costituzionale.

Appare opportuno tener presente che la società europea del nuovo millennio, fondata sui principi della universalità dei diritti umani fondamentali, consacrati nella Carta Europea dei Diritti, nella Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, nella Convenzione sui diritti dell'infanzia, deve tenere conto della individualità di ogni essere umano, qualunque sia la sua etnia, la sua area geografica e la sua cultura di appartenenza, senza, peraltro, rinunciare ai propri tratti caratteristici e mantenendo la propria identità originaria.

Bisogna, dunque, riconoscere che ogni persona, che legittimamente vive e lavora in un determinato territorio e che si inserisce in un sistema di doveri, originati non solo dalle norme ivi vigenti, ma anche dalle regole sociali inerenti le tradizioni storico-culturali del luogo dove si insedia, diviene per ciò stesso membro di quella specifica comunità.

In questa ottica andrebbe ridefinito il concetto stesso di «dovere», abbandonando la concezione che lo intende come qualcosa che va contro l'interesse dell'individuo e che può essere compiuto solamente con un sacrificio da parte sua. Non bisognerebbe, quindi, percepire la presenza degli interessi altrui come una limitazione del proprio, bensì in funzione dei vantaggi che la civile convivenza offre.

Dunque, come già da tempo afferma la Dottrina, «è nell'interesse di ognuno essere onesto e sacrificare spontaneamente, per il bene dello Stato, una parte del proprio tempo e della propria ricchezza» [22].

Questo atteggiamento appare ancora più necessario ed auspicabile proprio nel raffronto con la realtà degli extracomunitari; infatti, solo con il rigoroso rispetto dei doveri prescritti dalla Costituzione da parte degli stranieri immigrati si potrà giungere ad una loro completa integrazione, al fine di evitare che gli stessi siano guardati ancora con ostilità da parte della popolazione degli stati interessati dal fenomeno migratorio.

---

[22] A. Tocqueville (de), *On social reform,* New York-London, 1968, 76.

Da questo punto di vista, pertanto, sarebbe più opportuno parlare di «contributo», anziché di «dovere», sottolineando così l'opportunità che il singolo, cittadino o immigrato che sia, si attivi per la realizzazione positiva dei fini della convivenza sociale, in armonia con la felice formula adottata dalla nostra Costituzione, che identifica il compimento del proprio dovere con lo svolgimento di «un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» [23].

[23] Vedi art. 4 Cost. italiana.

I DOVERI COSTITUZIONALI DEGLI IMMIGRATI EXTRACOMUNITARI

ADALBERTO WOJTEK PANKIEWICZ

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. «Nucleo duro» e «diritto degli stranieri». – 3. I doveri costituzionali. – 4. Cittadinanza, interesse nazionale, principio di tolleranza. – 5. La laicità dello Stato.

1. PREMESSA INTRODUTTIVA

L'importanza e l'attualità del tema ci ha indotto a svolgere questa breve riflessione sui doveri costituzionali degli immigrati provenienti da Paesi extracomunitari.

Siamo il Paese più multietnico d'Europa. Su 194 Stati esistenti al mondo, ben 192 sono le nazionalità degli alunni stranieri che frequentano la nostra scuola [1].

In questa situazione attuare l'integrazione dell'immigrato regolare appare più difficile. In Italia, gli stranieri regolari hanno superato nel 2005 quota tre milioni e se ne prevede il raddoppio a sei milioni, il 10 per cento della popolazione, entro il 2015 [2]. Molte migliaia sono anche gli immigrati clandestini.

L'impianto della Costituzione italiana nei confronti dei migranti appare ispirato a logiche di apertura. Anche l'immigrato clandestino in quanto essere umano e per di più in una posizione di debolezza è tutelato dalla nostra Costituzione. Dal principio personalista (art. 2 Cost.) e dal principio di uguaglianza (art. 3 Cost.) scaturisce la necessità di tutelare la dignità umana con un *favor* per le situazioni di debolezza, che deve portare alla protezione dei soggetti più deboli.

Alla base di una pacifica e costruttiva convivenza, accanto al riconoscimento e alla tutela dei diritti fondamentali, deve sussistere l'osservanza di doveri altrettanto fondamentali, proprio come previsto nella nostra Costituzione. La rifles-

---

[1] Questi i dati forniti da Peter Sutherland, nominato inviato speciale per l'immigrazione dal segretario dell'ONU Kofi Annan, e pubblicati sulla stampa italiana del 14 ottobre 2006.

[2] Così il Dossier Immigrazione della Caritas pubblicato sulla stampa italiana del 26 ottobre 2006.

sione teorica nel corso del tempo ha privilegiato solo il tema dei diritti. Anche quando si parla di cittadinanza, la riflessione si sviluppa di solito sul versante dei diritti, mentre vengono trascurati i doveri. In un momento, come quello attuale, in cui nella prospettiva *de jure condendo* si afferma di voler facilitare l'acquisto della cittadinanza italiana da parte degli stranieri, appare opportuno riequilibrare la riflessione, recuperando il versante dei doveri [3], in un assetto costituzionale in cui il principio di laicità dello Stato consente di tutelare le differenze culturali e religiose, nell'ambito di quella che è la più grande conquista del costituzionalismo moderno, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali.

2. «Nucleo duro» e «diritto degli stranieri»

Una delle emergenze che caratterizza il tempo presente è costituita dalle ondate migratorie. È un'emergenza che travalica i confini nazionali e fa venire a contatto persone diverse per credo religioso, cultura, tradizioni, concezioni della vita e condizioni socio-economiche. Ciò impone l'impegno di assicurare la tenuta dei sitemi costituzionali occidentali con particolare riferimento all'efficacacia dei principi supremi e al rispetto delle garanzie costituzionali. Il che fa scaturire la necessità di fissare il nucleo duro dell'ordinamento costituzionale, dei principi fondamentali, che ne costituiscono l'identità storica ed assiologica [4]. Così quella che una volta poteva apparire una semplice tesi dottrinale è diventata oggi una realtà di stretto diritto positivo da cui non si può prescindere [5]. In questo senso è stata fondamentale la sentenza della C. cost. n. 1146 del 1988, seguita poi da al-

---

[3] Il Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano intervenendo il 6 settembre 2006 ad Assisi alla cerimonia conclusiva del meeting inter-religioso per la pace ha affermato che gli immigrati che vengono in Italia per trovare lavoro devono rispettare i principi e le regole fissate dalla Costituzione soprattutto se vogliono acquisire la cittadinanza che dovrebbe essere concessa più facilmente e che tra interconfessionalità e regole «Non ci deve essere contraddizione, – ha affermato ancora Napolitano – noi abbiamo una Costituzione, abbiamo dei principi, vi sono riconosciuti dei diritti, sono stabilite delle regole e chi venga nel nostro Paese per trovare lavoro non può non tenere conto di questo quadro di riferimento soprattutto se si vuole acquisire, come io mi auguro che si possa più facilmente acquisire in futuro, la cittadinanza, bisogna riconoscersi in quei principi e in quelle regole». Dunque, nessuna chiusura verso l'immigrazione, anzi auspicio che l'inserimento degli stranieri possa avvenire più facilmente attraverso l'acquisizione della cittadinanza, ma con un limite molto chiaro: chi viene in Italia deve rispettare le regole fissate dalla Costituzione, non può agire al di fuori e al di sopra di queste norme.

[4] M. Scudiero, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno annuale del «Gruppo di Pisa»*, Capri, 2005, Torino, 2006, 987.

[5] A. Spadaro, *«Nucleo duro» costituzionale e «Teoria dei doveri»: prime considerazioni»*, in *Atti del Convegno annuale del «Gruppo di Pisa»*, Capri, 2005, Torino, 2006, 779-782.

tre conformi, che al di là della più o meno condivisa formula giurisprudenziale dei cosiddetti «principi supremi», ha affermato l'esistenza di limiti sostanziali, oltre che formali, alla revisione costituzionale prevista dall'art. 138 Cost., ammettendo in questo modo implicitamente l'esistenza di un «nucleo duro» costituzionale, sotto forma di «principi fondamentali e diritti inviolabili». È stata così confermata l'esistenza di una gerarchia di norme nel testo costituzionale, parti del quale sono praticamente intangibili. Potrebbero, infatti, essere modificate solo nella forma linguistica, ma non per quanto riguarda il contenuto assiologico.

Esistono due tipi di «nucleo duro» costituzionale: il primo, proprio del singolo ordinamento costituzionale di ciascun Paese; il secondo, «universale», comune a ogni ordinamento costituzionale liberaldemocratico e personalista del mondo occidentale o occidentalizzato. Cinque sono i cosiddetti «pilastri» del nucleo duro «universale»: 1) la democrazia; 2) il decentramento istituzionale; 3) i diritti fondamentali; 4) la separazione fra i poteri; 5) il controllo/garanzia di costituzionalità. Il collante e il fine di tali pilastri è il concetto di «dignità della persona umana» [6]. Essi caratterizzano lo Stato costituzionale contemporaneo e hanno molti conseguenti corollari tra i quali la laicità dello Stato.

La teoria del nucleo duro costituzionale che ha nei cosiddetti diritti fondamentali un aspetto qualificante, qualche volta quasi esclusivo e fondante, rischia di perdere di efficacia e incisività senza una contestuale ed organica teorica dei doveri. A partire dal 1948, in particolare, c'è stato un enorme squilibrio, poiché alla continua, puntigliosa attenzione per i diritti dell'uomo non ha fatto riscontro un'attenzione uguale per i doveri. Mentre è solo dalla contestuale presenza di una teoria dei diritti e di una teoria dei doveri, sia tra i cittadini dello Stato, sia nei rapporti tra gli Stati e tra i popoli, che può nascere una compiuta «teoria della giustizia». Quanto mai opportuno è, dunque, un aggiornamento della teoria del «nucleo duro» costituzionale «universale», sia sotto il profilo degli effetti costituzionali della globalizzazione, sia sotto quello di un'organica teorica dei doveri costituzionali interni ed internazionali [7].

In Italia, la condizione giuridica dello straniero è disciplinata per un verso da norme specifiche che si applicano solo alle persone che si trovano nel territorio dello Stato, ma che non sono ad esso legate da quell'essenziale legame costituito dalla cittadinanza. Il «diritto degli stranieri», sotto questo profilo, consiste nella disciplina dell'immigrazione straniera, vale a dire dall'insieme di norme che determinano le condizioni per l'ingresso e per il soggiorno nel territorio dello Stato e per l'allontanamento degli stranieri dal territorio nazionale. In tal senso il diritto degli stranieri è un «diritto derogatorio» rispetto alle norme comuni in vigore per i cittadini. Esso è caratterizzato spesso da margini di discrezionalità riservati

---

[6] A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (Prime notazioni)*, in *Pol. del dir.*, n. 3/1991, 343 ss., e anche in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino, 1992, 221 ss.

[7] A. SPADARO, *op. cit.*, 785.

alle autorità preposte all'applicazione delle norme e da più numerosi e specifici obblighi, rispetto a quelli previsti per i cittadini [8].

Per un altro verso, la condizione giuridica degli stranieri extracomunitari in Italia è determinata dalle norme costituzionali e dal rispetto delle norme e dei trattati internazionali. Da ciò scaturisce la necessità di garantire l'effettività dei diritti fondamentali della persona umana.

Come detto, l'impianto costituzionale in materia di immigrazione può essere considerato «aperturista», perciò le norme del diritto degli stranieri tendono a superare gradualmente le norme derogatorie per estendere l'efficacia del principio di eguaglianza, al fine di garantire agli stranieri regolarmente soggiornanti, oltre agli obblighi, anche diritti soggettivi, nella prospettiva di un trattamento sempre più simile a quello previsto per i cittadini.

Il d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero», non sembra individuare doveri specifici dello straniero, pur menzionati nel titolo dell'art. 2 t.u., denominato «diritti e doveri dello straniero», ma si limita ad affermare nel comma 9 dell'art. 2 che lo straniero presente nel territorio italiano è comunque tenuto all'osservanza degli obblighi previsti dalla normativa vigente. Tali obblighi, però, spettano a chiunque si trovi nel territorio italiano, indipendentemente dalla sua cittadinanza. Invece, nei successivi articoli sono previsti per gli stranieri presenti in Italia una serie di obblighi specifici, in virtù dei quali essi sono sottoposti ad un sistema di controllo di polizia.

Dal Testo Unico si evince pure che, partendo dalla confermata distinzione tra stranieri regolarmente soggiornanti e stranieri non regolari, in conformità agli orientamenti della giurisprudenza costituzionale, le posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare lo straniero in Italia si ampliano a seconda dell'appartenenza dello straniero stesso ad una delle diverse situazioni per le quali la legge prevede una posizione di regolarità di soggiorno nel territorio nazionale via via più rafforzata. I diritti inviolabili della persona umana costituiscono il limite alla discrezionalità legislativa. L'art. 2 t.u., intitolato «diritti e doveri dello straniero», riconosce espressamente i diritti fondamentali anche ai non cittadini. Il comma 1 afferma, infatti, che allo straniero, comunque presente alla frontiera o nel territorio delle Stato, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. I diritti fondamentali vengono così estesi sia agli stranieri regolari che a qualli in posizione irregolare, detti clandestini. La Corte costituzionale, nella sent. n. 199 del 1986, afferma che occorre considerare il principio di eguaglianza, non in modo isolato, ma interpretandolo in connessione con l'art. 2 Cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, senza distinguere tra cittadini e stranieri e in connessione col comma 2

---

[8] P. BONETTI, *I principi, i diritti e i doveri. Le politiche migratorie*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 82-85.

dell'art. 10, che rinvia alle norme e ai trattati internazionali che assicurano la protezione dei diritti fondamentali dello straniero. La Corte conclude, quindi, che se è vero che l'art. 3 si riferisce ai soli cittadini, è anche vero che il principio di eguaglianza vale pure per gli stranieri quando si tratta di rispettare i diritti fondamentali, garantiti allo straniero anche dall'ordinamento internazionale (così la sent. n. 104 del 1969). In virtù della riserva rinforzata di legge prevista dall'art. 10, comma 2, lo straniero comunque presente in Italia è titolare di diritti e libertà legati alla condizione umana, che hanno una dimensione universalistica che travalica il limite della territorialità [9], venendo a creare così uno spazio giuridico, costituito dai diritti dell'uomo, che possiede un'estensione assai più ampia dello Stato nazionale [10].

3. I DOVERI COSTITUZIONALI

Nella seconda parte dell'art. 2 Cost., alla garanzia dei diritti inviolabili, è strettamente collegato l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Tali doveri sono qualificati «inderogabili», cioè fondamentali come i diritti, perché nessuno può essere esentato dallo loro osservanza, in quanto essi sono alla base di una pacifica e costruttiva convivenza.

Anche per i doveri costituzionali, occorre domandarsi se all'art. 2 Cost. si debba attribuire solo una funzione introduttiva dei doveri previsti in Costituzione, o se esso si debba considerare, invece, clausola aperta all'individuazione di nuovi doveri inderogabili. Preferiamo questa seconda interpretazione, poiché al continuo ampliarsi dei diritti di libertà non può non corrispondere un ampliamento anche dei doveri di solidarietà, che, però, nel momento in cui operano in materia coperta da riserva di legge, come affermato dalle sentt. nn. 252 del 1983 e 364 del 1988, devono essere necessariamente previsti dalla legge.

Tra i doveri costituzionalmente previsti, c'è il dovere di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio (art. 30). Come per i cittadini italiani, anche gli stranieri presenti in Italia hanno il dovere di osservare quanto enunciato in questo articolo. In particolare, entrambi i genitori sono tenuti a mantenere, istruire ed educare i figli (comma 1). Ciò significa che devono provvedere ai loro bisogni materiali e alla loro formazione intellettuale e morale e questo diritto-dovere riguarda sia i figli legittimi, sia quelli naturali, nati fuori dal matrimonio, ai quali è riconosciuta tutela giuridica e sociale in relazione ai diritti di coloro che fanno parte della famiglia legittima (comma 3).

---

[9] E. BETTINELLI, *I diiritti essenziali (inviolabili ed universali) dell'uomo e le frontiere dell'ordinamento: l'apologo degli albanesi*, in V. ANGIOLINI (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1992, 43.

[10] G. BERTI, *Cittadinanza*, *cittadinanze e diiritti fondamentali*, in *Riv. dir. cost.*, 1997, 11.

La giurisprudenza costituzionale in tema di ricongiungimento familiare e dei limiti che le esigenze di tutela dell'unità familiare e di cura dei minori possono richiedere all'espellibilità di un immigrato evidenzia non solo i diritti che a tale esigenze si collegano, ma anche i doveri di solidarietà reciproca tra i diversi componenti l'ambito familiare. Doveri tra generazioni diverse come il prendersi cura dei propri figli o dei propri genitori [11].

L'art. 52 Cost., al comma 1, definisce la difesa della Patria «sacro dovere dei cittadini». Ciò significa che l'immigrato è, in linea generale esonerato dal prestare il servizio militare obbligatorio, che, peraltro, oggi è stato sostituito in virtù della l. delega 14 novembre 2000, n. 331, dal sevizio militare professionale. Tuttavia, tenendo presente anche il comma 2 dello stesso articolo, che affida alla normativa ordinaria il compito di stabilire le modalità più idonee a dare attuazione al principio contenuto nel comma precedente, la Corte costituzionale, con la sent. n. 53 del 1967, ha previsto l'assoggettamento al servizio di leva degli apolidi legalmente residenti sul territorio della Repubblica [12], respingendo una lettura scissa dei due commi. La Corte è tornata ad occuparsi della questione alla fine degli anni Ottanta ed all'inizio degli anni Novanta, in una situazione completamente diversa, che vede l'Italia trasformarsi da terra di emigrazione a Paese di immigrazione. Le sentenze sono la n. 974 del 1988 e la n. 278 del 1992. In esse la Corte si occupa di individui titolari di doppia cittadinanza e di individui che, acquistando una cittadinanza straniera, perdono quella italiana e, alla luce dei cambiamenti avvenuti nel diritto internazionale, afferma che un individuo non può essere tenuto a prestare servizio militare per due Stati diversi. La Corte costituzionale, dunque, non aderisce alla tesi dell'assoluta esclusione dei non cittadini dagli obblighi di leva. Con la sent. n. 172 del 1999 torna sull'art. 52, affermando che il comune riferimento alla cittadinanza del comma 1 e 2 non esclude che la legge in alcuni casi stabilisca l'estensione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale di prestare il servizio militare, allargando così l'assoggettabilità agli obblighi di leva degli apolidi regolarmente residenti in Italia. Con la sent. n. 131 del 2001 la Corte interviene sul quadro normativo in vigore prima della riforma della cittadinanza del 1992 e dichiara incostituzionale in riferimento all'art. 10, comma 1, Cost. l'imposizione da parte dell'ordinamento italiano degli obblighi militari ad un soggetto che, già cittadino italiano, abbia perduto questo status diventando cittadino di uno Stato nel quale non esiste il servizio militare obbligatorio [13].

Con l. 23 agosto 2004, n. 226 è stato abolito l'obbligo del servizio militare e, con successiva circolare, il Governo ha dettato agli uffici di reclutamento le disposizioni di base e le modalità attuative dell'ultima chiamata alle armi riservata

---

[11] G. BASCHERINI, *I doveri costituzionali degli immigrati*, Relazione in questo Volume.

[12] A. AZARA-E. EULA, *Novissimo digesto italiano*, Torino, 1971, vol. 18, 178.

[13] G. BASCHERINI, *op. cit.*, 26-30.

agli ausiliari, ai volontari in ferma annuale e ai rivedibili. È stata fissata poi, alla data del 1° ottobre 2004, la sospensione della chiamata alla leva ai sensi dell'art. 1 del d.m. 20 settembre 2004, n. 226. Con la medesima circolare si è precisato che non sarebbe stato più possibile acquisire la cittadinanza italiana mediante la prestazione del servizio militare, come previsto dal d.p.r. n. 572 del 1993, emanato in applicazione della l. n. 91 del 1992, in quanto la l. n. 226 del 2004, nel definire i requisiti per la partecipazione al servizio militare volontario, ha stabilito che possano partecipare al reclutamento dei volontari in ferma prefissata solo i soggetti già in possesso della cittadinanza italiana.

Il dovere di concorrere alle spese pubbliche trova il suo fondamento nel principio di solidarietà economica previsto dall'art. 2 Cost. e qualificato come «inderogabile».

Il cittadino straniero ha sicuramente il dovere di concorrere alle spese pubbliche. Infatti, l'art. 53 Cost. afferma che tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Conseguentemente la normativa in materia è rivolta a tutti e, coerentemente, il sistema tributario italiano si basa sul principio generale secondo cui la qualità di soggetto tributario si acquista, a prescindere dalla cittadinanza, in presenza di presupposti quali la produzione del reddito, la residenza, il luogo in cui si trovano i beni soggetti ad imposta patrimoniale. Quindi, anche gli stranieri e gli apolidi che vivono o lavorano in Italia, o che possiedono un reddito o un patrimonio nel territorio nazionale sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche a livello locale e a livello statale. Tutto ciò è anche coerente col principio che permette allo straniero il godimento del diritto di proprietà e delle altre libertà economiche in una posizione di sostanziale parità col cittadino italiano.

Qualcuno solleva il problema della dissociazione tra assoggettamento agli obblighi tributari e negazione dei diritti politici, che comporta l'esclusione del non cittadino dalle scelte su come utilizzare le risorse da lui stesso prodotte.

A noi pare sufficiente osservare che con l'assolvimento degli obblighi tributari si concorre a finanziare i servizi pubblici che vengono forniti alla collettività. Sia i cittadini che gli stranieri finanziano, pagando le imposte, i servizi di cui fruiscono. Ma ciò non è sufficiente perché agli stranieri si possa riconoscere il diritto di voto, che, ammesso e non concesso che votando per una parte politica anziché per un'altra si possa incidere sulle decisioni riguardanti l'utilizzo di tali risorse, può incidere, invece, in modo sensibile sulla vita e sui valori di una collettività, anche a livello comunale. Si pensi, tra le altre cose, a quali situazioni si potrebbe andare incontro, riconoscendo l'elettorato attivo e passivo per i comuni a coloro che non riconoscono la pari dignità tra uomo e donna (ad esempio, il disconoscimento di donne presenti nelle istituzioni politiche rappresentative e nei pubblici uffici, di eventuali «quote rosa», ecc.). Il ventunesimo secolo non può portare in dote la lesione di uno dei più sofferti principi conquistati nel secolo precedente, vale a dire l'emancipazione femminile.

L'art. 54 Cost. afferma al comma 1 che tutti i cittadini hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. Riteniamo che

in questo caso la parola cittadini, fatta eccezione ovviamente per il dovere di fedeltà alla Repubblica, si riferisca anche ai non cittadini in virtù della loro presenza sul territorio italiano. L'idea di fedeltà che la Costituzione impone al cittadino è un'idea talmente astratta che sarebbe davvero difficile rilevare una sua violazione. Ecco perché riteniamo superfluo cercare di estendere questo principio anche nei confronti dell'immigrato.

L'osservanza della normativa vigente in uno Stato è un dovere che compete tanto al cittadino, quanto allo straniero [14], come affermato anche nel Testo Unico. Tale dovere equivale quasi ad una prova del rispetto, da parte del soggetto, del principio di fedeltà menzionato [15]. Tuttavia, se per il cittadino italiano, a meno che non si tratti di un soggetto deviante, l'osservanza della normativa è quasi automatica, essendo la sola conosciuta, l'immigrato possiede un retroterra culturale e legislativo che potrebbe frenarlo nell'aderire completamente ai valori italiani. Ecco allora la necessità, a nostro avviso, di misure quali quelle che indicheremo più avanti, per coloro che liberamente decidono di venire a vivere nel nostro Paese.

4. Cittadinanza, interesse nazionale, principio di tolleranza

Intendiamo per popolo il complesso dei cittadini di uno Stato, cioè di coloro ai quali, in base alle leggi di quello Stato viene attribuita la cittadinanza. Inoltre, per il principio della continuità dello Stato, che sopravvive al di là delle generazioni che nel corso del tempo lo compongono, si devono considerare inclusi idealmente nel popolo, insieme ai cittadini attuali, anche quelli delle generazioni passate e future.

È questo un concetto giuridico che indica il complesso dei cittadini organizzati in uno Stato. Cioè un complesso di persone che, anche se di diverse etnie, condividendo un uguale cittadinanza, appartengono ad un unico ordinamento costituzionale. In virtù di questa appartenenza, lo Stato riconosce ai *cives* un complesso di diritti e di doveri, che costituiscono la condizione giuridica di cittadinanza. Lo *status civitatis* comprende le relazioni giuridiche tra il cittadino e la Stato, tra cittadino e cittadino, tra cittadino e organi dello Stato. Lo stato giuridico di cittadino può essere disciplinato in modo autonomo e diverso da ogni ordinamento.

Con il concetto di nazione, invece, si individuano gli aspetti etnici, linguistici, culturali e sociali, che costituiscono il patrimonio di una determinata collettività.

---

[14] V. Tozzi, *Il modello democratico costituzionale della disciplina del fenomeno religioso e gli insediamenti di cultura islamica in Italia*, in *www.olir.it*, 7.

[15] G. De Vergottini, *Le regole per una convivenza possibile: i nodi costituzionali*, in *www.sociatalibera.org*, p. 2.

La nazione è, dunque, il complesso delle persone che, avendo in comune origini, razza, lingua, religione, costumi, tradizioni, valori, ideali, aspirazioni deve ritenersi un gruppo unitario dal punto di vista etnico-sociale.

Nel suo significato moderno il concetto di cittadinanza nasce in Francia con i principi della rivoluzione francese, per i quali non è cittadino solo chi appartiene alla comunità e si contrappone allo straniero, che non vi appartiene, ma piuttosto chi è titolare di diritti civili, politici e di doveri. E per i quali ancora le convinzioni religiose, l'appartenenza ad una razza, ecc. sono aspetti privati irrilevanti per la società civile. Ciò segna la nascita del liberalismo democratico, che considera tutti gli uomini liberi ed uguali e titolari degli stessi diritti.

La preferenza accordata al criterio della discendenza (c.d. *jus sanguinis)* per determinare la cittadinanza di un individuo permette di tutelare la coesione etnico-culturale di una nazione. Riconoscere, invece, la titolarità della cittadinanza a coloro che nascono sul territorio di uno Stato (c.d. *jus soli*) significa voler fondare la coesione di una comunità su valori condivisi, per accogliere ed includere nel corpo sociale, così come avvenuto negli Stati Uniti, coloro che immigrano dall'estero.

In Italia la cittadinanza si acquista sia per *jus sanguinis*, sia per *jus soli*, sia su richiesta dell'interessato in alcuni casi particolari stabiliti dalla legge.

Quando la riflessione si sviluppa sul tema della cittadinanza emerge di solito una grande attenzione per il tema dei diritti, mentre scarsa è quella per i doveri. Si sostiene che ciò dipenda dalle esperienze autoritarie vissute da molti stati europei, per cui diritti e doveri godono di diversa fortuna a seconda delle epoche storiche e dei contesti ideologici, poiché le ideologie prevalenti nello Stato assolutista e nelle società autoritarie pongono l'accento sui doveri, mentre le ideologie liberal-democratiche insistono sui diritti [16]. Occorre tener presente, però, che i doveri hanno acquistato maggior risalto proprio nelle costituzioni, come quelle italiana, tedesca e spagnola, che segnano la conclusione di drammatiche esperienze autoritarie [17].

Il nostro impianto di valori e principi costituzionali non è ispirato a logiche di chiusura e può essere considerato aperto e di ampio respiro nei confronti dei soggetti di diversa provenienza geografica, che manifestano il desiderio di inserirsi nella nostra comunità nazionale. I nostri principi costituzionali riconoscono il carattere di liceità a comportamenti anche originali e innovativi di soggetti appartenenti a culture diverse, a condizione che tali comportamenti non siano configgenti con i valori fondanti della nostra comunità nazionale. A fronte di principi costituzionali così generosi e liberali sussiste un generale obbligo di lealtà costituzionale. È perciò sempre necessaria la verifica di compatibilità di specifici comportamenti che dovessero apparire in contrasto con i nostri valori fondanti. Mol-

---

[16] G. Peces-Barba Martinez, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Torino, 1991, 140.

[17] G. Bascherini, *op. cit.*, 4.

ti diritti la nostra Costituzione riconosce all'individuo in quanto tale, ma occorre tenere sempre presente che intervenire sulle regole per l'acquisizione dello status di cittadino significa intervenire su uno dei profili più delicati del sistema politico-costituzionale di ogni Paese democratico: quello della convivenza legata alla partecipazione politica e quindi all'esercizio della sovranità popolare. Ossia quel potere mediante il quale ogni popolo decide con indipendenza ed autonomia le regole principali della propria esistenza. A nostro avviso, pertanto, come sostenuto anche in precedenza, va difeso il nucleo proprio della cittadinanza, costituito dai diritti politici, il cui esercizio influisce sulla vita dell'intera collettività. Per questo, la concessione della cittadinanza agli stranieri ed ai loro congiunti deve avvenire sulla base del riconoscimento e dell'accettazione da parte loro del sistema di valori civili e politici che è alla base della nostra società e che trova espressione nella Carta costituzionale. Riteniamo ciò un presupposto indefettibile, essenziale per l'appartenenza ad una comunità politica, storicamente rappresentata ancora dallo Stato nazionale. Solo in questo modo possono porsi solide basi di un modello di convivenza sociale che salvaguardi il bene comune degli italiani e di chi sceglie l'Italia come patria d'adozione. L'ottica per la concessione della cittadinanza deve essere allora non solo quantitativa (10 anni, o 7, o 5), ma soprattutto qualitativa. Deve fare riferimento, cioè, ad un sistema di valori condivisi che sostanzia il nostro ordinamento. Riteniamo, quindi, che accordare automaticamente la cittadinanza a chiunque nasca in Italia o vi abbia soggiornato per un certo numero di anni sarebbe contrario all'interesse nazionale, poiché uno Stato sovrano ha il diritto di affermare il primato dei propri fondamenti costituzionali non negoziabili, delle proprie leggi, dei propri valori, e gli immigrati hanno il dovere di conformarvisi. Intendiamo tutto ciò come una cornice unitaria al cui interno possono ovviamente convivere religioni, lingue e culture diverse in un contesto aperto e flessibile, ma che al tempo stesso renda noto il limite tra legalità e illegalità, impedendo, di conseguenza, la nascita all'interno del territorio nazionale di qualsiasi «Stato nello Stato». Pertanto, le condizioni concrete dalle quali far dipendere la concessione della cittadinanza dovrebbero essere, oltre quella di un certo numero di anni di permanenza legale sul territorio della Stato, anche quella, riteniamo decisiva, della dimostrata volontà di integrazione dello straniero, pur nel rispetto della sua identità originaria. L'accertamento di questa condizione non dovrebbe essere vaga, ma dovrebbe comprendere, oltre alla già prevista conoscenza della lingua italiana e al già previsto giuramento di fedeltà alla Repubblica, anche un formale giuramento di fedeltà alla nostra Costituzione con la verificata conoscenza (spesso, sia detto per onestà, del tutto carente negli stessi indigeni) dei relativi principi [18].

---

[18] Acutamente, su *Nuovo Quotidiano di Puglia* del 10, del 20 e del 24 agosto 2006, Luigi Melica sostiene la necessità di un «Piano nazionale per l'inserimento dei non cittadini». Egli afferma che «a rendere 'maturi' i futuri cittadini italiani non sono tanto i tempi più o meno lunghi di attesa ai fini dell'acquisizione dello status di cittadino: esistono infatti persone che si

Solo in questo modo si può far comprendere bene che l'acquisto della nuova cittadinanza non è affatto un atto soltanto di natura giuridica, o peggio ancora di natura burocratica, bensì è un atto che richiede l'adesione a valori e principi, come, per esempio, l'eguaglianza e la pari dignità tra uomo e donna e, proprio perché tali valori e principi spesso possono essere molto diversi da quelli originari del nuovo cittadino, riteniamo necessario il giuramento di cui abbiamo detto. Nessuno è obbligato a prendere la cittadinanza italiana, ma se la chiede deve fornire una prova convincente della sua consapevolezza di ciò che tale richiesta implica. Da quanto abbiamo argomentato deriva pure, a nostro avviso, la necessità di stabilire una sanzione specifica, che preveda la perdita della cittadinanza italiana, quando si abbia prova che le dichiarazioni del nuovo cittadino sono state non sincere.

Il nostro non è patriottismo costituzionale.Riteniamo doveroso impegnarci

---

inseriscono quasi perfettamente dopo pochissimi anni dal loro ingresso sul territorio ed altre che, dopo decine di anni, non conoscono che poche parole della lingua italiana e non hanno la minima cognizione delle regole basilari che reggono il Paese di accoglienza … nessuno, in altre parole, si preoccupa di fornire loro un quadro minimo di riferimento circa il Paese ove sono approdati, le regole ivi vigenti e tanto meno la lingua che vi si parla. Dovrebbe invece costituire un vero e proprio 'dovere' da parte dello Stato di accoglienza predisporre le risorse ed i mezzi organizzativi per inserire gli immigrati appena giunti nelle rispettive comunità locali, non potendosi immaginare che a gestire l'inserimento, l'alfabetizzazione e la stessa comune convivenza siano unicamente gli enti locali … Attuare la riforma della legge sulla cittadinanza attraverso una vera e propria 'politica dell'inserimento' può essere l'unica via per far sì che le persone 'nuove giunte' giungano preparate all'appuntamento con il 'giuramento' da cittadini, anche perché istruirsi è un dovere civico oltre che un diritto fondamentale. E se mai ciò si realizzasse, perché non prescrivere, come sanzione, la frequenza per un certo periodo della 'scuola dell'accoglienza' anche a chi 'offende' gratuitamente le persone immigrate? …». Melica sostiene ancora che il piano d'inserimento dei «nuovi giunti», da attivarsi sin dal loro ingresso, dovrebbe comprendere «oltre a corsi di alfabetizzazione, anche specifiche lezioni di educazione civica enfatizzando, soprattutto quei profili ove la distanza tra il nostro sistema e quello di alcune comunità di immigrati risulta maggiormante accentuata (vedi i diritti delle donne e l'eguaglianza tra i coniugi)». In particolare, scrive Melica, entrando nel dettaglio «si può prevedere che ogni immigrato, giunto in Italia per risiedervi permanentemente venga immediatamente accolto nella comunità attraverso dei passaggi ben definiti: anzitutto prospettando la proiezione di un filmato che illustri le caratteristiche basilari del Paese di accoglienza, i suoi valori fondamentali, compresi i divieti più rilevanti e le regole principali in materia di immigrazione, illustrando quindi, i tratti essenziali della città di soggiorno evidenziandone i diversi servizi offerti. Per completare l'inserimento si dovrebbe prevedere uno specifico colloquio con personale specializzato capace di fornire alla persona ogni chiarimento, supportando il tutto con apposite brochure informative: ciò, ovviamente, tradotto nella lingua di appartenenza. Una volta offerto quello che i britannici chiamano il 'Welcome Package' lo stesso personale dovrebbe indirizzare gli utenti verso corsi di alfabetizzazione-educazione civica da rendersi obbligatori, prevedendosi, magari, anche un buono-partecipazione, in considerazione dell'assenza dal lavoro nel giorno di lezione. Detto personale, dovrebbe divenire un vero e proprio punto di riferimento della persona perlomeno per i primi anni di soggiorno, cui la stessa potrà rivolgersi nei momenti di maggiore difficoltà, sulla falsariga dei cosiddetti 'facilitatori all'integrazione' attualmente allo studio nel sistema francese».

per avere un giorno un mondo senza confini, senza frontiere, coltivando l'idea di un superamento della cittadinanza. È piena di fascino l'idea di abbattere quel discrimine formale tra cittadini e stranieri rappresentato dalla cittadinanza. Dovrebbe essere questo l'esito naturale della consapevolezza dell'essenziale uguaglianza tra gli uomini [19]. La cittadinanza dovrebbe diventare un diritto estendibile a tutta l'umanità, favorendo un'autentica fratellanza, ma nell'ordine internazionale così com'è oggi, cioè un ordine internazionale costruito attorno agli Stati, il modo più realistico ed efficace per perseguire questo ideale pensiamo che per i giuristi debba essere quello di partire proprio dalla salvaguardia di un nucleo fondamentale di principi che traggono ispirazione dalla dignità, libertà ed eguaglianza di ogni essere umano. La cittadinanza, in questa prospettiva, rimane il requisito base per esercitare quei diritti nei quali si sostanzia l'esercizio della sovranità.

Le esigenze di cui sono portatori i non cittadini assumono rilevanza giuridica, divenendo così meritevoli di tutela da parte del diritto oggettivo, anche in forza del dovere universale di ospitalità, che nella prospettiva kantiana del diritto cosmopolitico, contenuta nel saggio sulla «Pace perpetua», spetta a tutti gli Stati e nel nostro Paese potrebbe riposare sul combinato disposto degli artt. 10, comma 2 e 11 Cost. L'ospitalità è sacra anche nella Bibbia, ma fino a quando ogni persona ha posto, quindi ha dei limiti. È difficile definire i limiti dell'accoglienza e se, anche giuridicamente sarebbe preferibile costruire ponti, occorre tenere presente che i muri (politica delle quote) possono rispondere ad un'esigenza di difesa, non essendo ipotizzabile in nessun modo, per una semplice ragione di spazio, che centinaia di milioni di persone possano venire da varie parti del mondo a stabilirsi tutte in Italia.

Il dovere di ospitalità induce a una tendenziale uniformità di trattamento degli stranieri rispetto ai cittadini, con esclusione di quelle posizioni giuridiche inerenti al rapporto di cittadinanza, come i diritti politici, ma con piena protezione dei diritti fondamentali [20].

In questo modo alla distinzione tra cittadini e stranieri può subentrarne un'altra tra cittadini e «residenti», nozione quest'ultima che consente il mantenimento della rispettiva identità culturale e l'equiparazione dei residenti ai cittadini nel godimento di un nucleo fondamentale di diritti, oltrechè nell'osservanza di taluni doveri, facilitando la coesistenza pacifica nell'ambito di quel valore fondamentale che nelle democrazie pluraliste contemporanee rappresenta il principio di tolleranza. Non si tratta, dunque, di pretendere un'omogeneità culturale rispetto alla cultura italiana. L'unica condizione posta all'accoglienza è che si tratti di concezioni conciliabili con l'uguaglianza, che possano, cioè, conservare la na-

---

[19] E. CODINI, *Diversi ed eguali*, Milano, 2002, 159.

[20] Q. CAMERLENGO, *La vocazione cosmopolitica dei sistemi costituzionali, alla luce del comune nucleo essenziale*, in *Atti del Convegno annuale del «Gruppo di Pisa»*, Capri, 2005, Torino, 2006, 83.

tura di differenze senza tramutarsi in disuguaglianze, nel qual caso sarebbero incompatibili con l'art. 3 Cost. [21].

5. La laicità dello Stato

La laicità dello Stato è un elemento caratterizzante della democrazia moderna e trova un alto riferimento sia nei principi posti a base dell'integrazione europea, sia nei valori della Costituzione italiana.

La Costituzione italiana non fa alcun riferimento esplicito alla laicità dello Stato come carattere necessario dello Stato. Tale nozione è stata dedotta e ricostruita dalla dottrina quale principio generale dell'ordinamento [22].

In virtù delle elaborazioni giurisprudenziali della Corte Costituzionale tale principio generale dell'ordinamento giuridico assurge al rango di principio supremo dell'assetto costituzionale italiano [23]. La sentenza fondamentale per tale trasformazione è la n. 203 del 1989 [24]. In essa si afferma che i valori richiamati, di cui agli artt. 3 e 19 Cost. e cioè i valori della libertà religiosa intesa nella sua accezione di duplice divieto, sia di discriminare i cittadini per motivi religiosi, sia di limitare la libertà negativa di non professare alcuna religione in nome del pluralismo religioso, concorrono, con altri (artt. 7, 8 e 20 Cost.), «a strutturare il principio supremo della laicità dello Stato, che è uno dei profili della forma di Stato delineata nella Carta costituzionale della Repubblica». Secondo la Corte, il principio di laicità dello Stato si evince dal combinato disposto delle norme costituzionali relative alla tutela dei diritti inviolabili della persona, sia nella sua dimensione personale, sia in quella sociale, della pari dignità sociale di ogni persona, del principio di eguaglianza formale e sostanziale, del riconoscimento dell'autonomia dell'ordine temporale dello Stato e dell'ordine spirituale della Chiesa cattolica, dell'eguale libertà e dignità delle confessioni religiose, della libertà di religione e della tutela degli ordini religiosi. Il principio di laicità «implica non in-

---

[21] N. Colaianni, *Eguaglianza e diversità culturali e religiose*, Bologna, 2006, 50.

[22] F. Rimoli, *Laicità*, in *Enc. giur. Treccani*, 1995, 1.

[23] I. Loiodice, *Il principio di laicità nella Costituzione italiana ed in quella europea. Evoluzione e paradossi*, in *La nuova generazione dei problemi costituzionali*, Roma, 2006, 94 ss.

[24] Il Pretore di Firenze, con ordinanza del 30 marzo 1987, sollevava questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3 e 19 Cost., dell'art. 9, punto (*recte*: numero) 2, della l. 25 marzo 1985, n. 121 (Ratifica ed esecuzione dell'accordo, con Protocollo addizionale, firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato lateranense dell'11 febbraio 1929, tra le Repubblica italiana e la Santa Sede) e dell'art. (*recte*: punto) 5, lettera *b*), numero 2, del suddetto Protocollo addizionale, nel dubbio ch'essi avrebbero causato discriminazioni a danno degli studenti non avvalentisi dell'insegnamento di religione cattolica (ove non potessero legittimare la previsione dell'insegnamento religioso come insegnamento meramente facoltativo).

differenza dello Stato dinanzi alle religioni ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale». La Corte, secondo la quale tale connotazione giuridica dell'ordinamento concorre a delineare la forma dello Stato italiano, afferma il dovere dello Stato, in base al principio di laicità, di salvaguardare «l'autodeterminazione dei cittadini, mediante il riconoscimento di un diritto soggettivo di scelta, se avvalersi o non avvalersi del predisposto insegnamento della religione cattolica …».

L'umanesimo pluralista, alla base della nostra Costituzione, non consente di accogliere integralmente nessuna identità culturale. Ciò è dimostrato dal fatto che anche regole importanti del cattolicesimo, tanto radicato nel nostro popolo, non sono state recepite e sono contraddette dall'ordinamento italiano. Si pensi alla legislazione sul divorzio, sull'aborto, ecc. Ci sono, dunque, nella Costituzione alcuni valori unanimemente condivisi, che costituiscono i principi fondanti dell'ordinamento, che, conseguentemente, non tutela, o addirittura proibisce, i comportamenti configgenti.

Alla laicità non è essenziale il disinteresse da parte dello Stato verso le differenze in nome di un'astratta eguaglianza dei soggetti, ma, invece, è essenziale una valorizzazione giuridica delle differenze, cioè un pluralismo garantito. La laicità può rappresentare un'idea-guida con cui governare le differenze culturali e religiose, nell'ambito di quella che è la più grande costruzione del costituzionalismo moderno, vale a dire la tutela dei diritti fondamentali contro le maggioranze all'interno dello Stato costituzionale di diritto [25].

[25] N. Colaianni, *op. cit.*, 15.

UN DIRITTO *FRA* I DOVERI? LO «STRANO CASO» DEL DIRITTO ALLA SALUTE

CLAUDIO PANZERA

SOMMARIO: 1. Premessa. Lo «strano caso» del diritto alla salute: Dr. Jekyll e/o Mr. Hyde? – 2. La prospettiva storica: il «dovere» di salute nel regime pre-repubblicano. – 3. La prospettiva attuale: la salute quale «diritto» fondamentale. Eccessiva genericità della formula «dovere alla salute». – 4. Diritto alla salute e dovere di cura nell'art. 32 Cost.: i trattamenti sanitari obbligatori. – 5. *Segue*. Il contro-limite del «rispetto della persona umana». – 6. Orientamenti dottrinali a confronto: la salute come bene «per sé» e come bene «in sé». – 7. Scelte tragiche (bilanciamento) e società pluralista (l'interpretazione della dignità): una proposta. – 8. *Segue*. Alcuni esempi concreti. – 9. Conclusione.

1. PREMESSA. LO «STRANO CASO» DEL DIRITTO ALLA SALUTE: DR. JEKYLL E/O MR. HYDE?

La prosa letteraria offre spesso utili spunti per indagini di diverso tenore nel campo del diritto. Un caso emblematico si può trovare nel ricorso all'episodio omerico di Ulisse che si fa legare all'albero della sua nave per ascoltare il canto delle sirene senza al contempo subirne le disastrose conseguenze [1]: simbolo, questo, secondo molti, dell'essenza delle Costituzioni contemporanee, quali «autovincoli» posti dallo stesso potere sovrano per non deviare verso forme di abuso potenzialmente distruttive [2].

---

[1] OMERO, *Odissea*, libro XII, vv. 154 ss.

[2] Cfr., per tutti, J. ELSTER, *Ulysses unbound. Studies in Rationality*, *Precommitment and Constrains*, Cambridge, 2000, trad. it. di P. Palminiello, Bologna, 2004, 129 ss. In Italia il tema è stato affrontato spec. da A. SPADARO, *L'idea di Costituzione fra letteratura*, *botanica e geometria. Ovvero: sei diverse concezioni «geometriche» dell'«albero» della Costituzione e un'unica*, *identica «clausola d'Ulisse»*, in AA.VV., *The Spanish Constitution in the European Constitutionalism Context*, a cura di F. Fernández Segado, Madrid, 2003, spec. 186 ss. Di tali «vincoli» e «legacci» un mirabile esempio è rappresentato proprio dalla nostra Carta costituzionale, all'art. 1, comma 2: «La sovranità appartiene al popolo, che la esercita *nelle forme e nei limiti* stabiliti in Costituzione».

Anche nel descrivere la condizione particolare del diritto alla salute, oggetto di queste brevi riflessioni, nella prospettiva dei «doveri costituzionali» potremmo utilmente servirci di un'altra figura letteraria, che può apparire – in cambio di una piccola forzatura – particolarmente calzante. Ci riferiamo al noto protagonista del romanzo di Robert L. Stevenson: mite Dr. Jekyll di giorno, malvagio Mr. Hyde di notte [3]. Senza dare con ciò, naturalmente, una connotazione positiva o negativa, ma soltanto per sottolineare la complessità del diritto in questione, che potrebbe indulgere a far pensare ad una sorta di «doppia vita».

L'esistenza anche per i diritti fondamentali di una componente *deontica* ineliminabile costituisce un dato di comune acquisizione nella riflessione costituzionalistica, come è pure emerso da molte delle relazioni e degli interventi al presente convegno. Questo rovescio della moneta deriva in larga misura da un approccio «elastico» o – ad esser più precisi – «ragionevole» alla tematica dei diritti fondamentali e al posto da questi occupato negli odierni ordinamenti costituzionali. L'angolatura dei «doveri» è certo *una* delle prospettive da cui guardare e studiare i «diritti».

Sulla configurabilità di un autonomo *dovere di salute* molto si è discusso e tuttora si discute, mancando una chiara ed inequivoca indicazione in tal senso nel testo della Costituzione, mentre l'appiglio della clausola «comunitario-sociale» contenuta nell'art. 32 – «La Repubblica tutela la salute come … interesse della collettività» – non è da solo elemento sufficiente a giustificare l'affermazione dell'esistenza di un tale dovere (almeno nell'ambito dell'orientamento maggioritario, che privilegia la prima parte della disposizione: «… fondamentale diritto dell'individuo»), ma al più indizio di un dimensione che necessita di trovare *aliunde* un proprio fondamento.

Nell'indagare questa possibilità, il titolo dato alla presente comunicazione è volutamente provocatorio e, per certi versi, paradossalmente scontato: una componente di «doverosità» non è in effetti espungibile dall'essenza di alcun diritto inviolabile che tale voglia essere realmente considerato nello Stato costituzionale contemporaneo. La regola aurea di tali ordinamenti è, difatti, l'*integrazione*, la *compatibilità* e la *bilanciabilità* dei valori di un sistema sociale e giuridico intimamente pluralista; l'eccezione è la *tirannia* di un valore sull'altro. Ed eccezioni di sorta, in questo delicatissimo settore, non possono essere ammesse.

Ne deriva che la vicenda del diritto alla salute non è affatto uno «strano caso», né tanto meno un caso isolato. Essa, al contrario, riflette una condizione *comune* a tutti i diritti fondamentali e, come si vedrà meglio alla fine delle presenti riflessioni (v. § 9), una condizione normale del loro attuale sviluppo.

---

[3] R.L. Stevenson, *The Strange Case of Dr. Jekyll and Mr. Hyde*, London, 1886, trad. it., Id., *Romanzi racconti e saggi*, a cura di A. Brilli, Milano, 1982, 559 ss.

2. La prospettiva storica: il «dovere» di salute nel regime pre-repubblicano

Sotto il vigore dello Statuto albertino, come si sa, la salute rilevava per il diritto secondo un'accezione prevalentemente «collettiva» o «pubblica»: la sua tutela costituiva uno dei compiti specifici del potere esecutivo e veniva essenzialmente ricondotta al settore del mantenimento dell'ordine pubblico. Come si desume dalla prima legislazione sanitaria dello Stato italiano [4] – nella quale le attività di igiene e profilassi primeggiano sulla cura delle malattie in senso stretto [5] – obbiettivo principale era costituito dalla *prevenzione* degli stati morbosi nella società, mentre l'assistenza vera e propria era lasciata agli enti di beneficenza (le c.d. Opere Pie) sui quali solo verso la fine del XIX sec. si mirò ad instaurare un severo controllo, affiancando alle stesse una serie di istituzioni pubbliche con compiti di assistenza e beneficenza (IPAB) [6].

Il rilievo della salute «pubblica» nella quadro dei (non numerosi) compiti dello Stato liberale ottocentesco si collegava direttamente all'idea al tempo diffusa di una «società di sani», ritenuta «una delle condizioni per lo sviluppo e l'incremento della vita intellettuale e morale della società» [7], poiché «laddove difettano le malattie si ha una popolazione sana e numerosa, e la sanità e il numero della popolazione è un presupposto necessario della potenza dello Stato» [8].

Ciò, in un primo momento, non si tradusse automaticamente in un asservimento della salute del singolo al bene comune, almeno nel senso di imporre a ciascuno – in vista della realizzazione dell'interesse generale – un preciso *dovere* di mantenersi in buone condizioni fisiche. Infatti, nonostante la grande attenzione prestata ad impedire la diffusione delle epidemie, si riteneva «affare privato» la cura dello stato individuale di salute, nell'ottica di una concezione liberale che impegnava il singolo a provvedere a se stesso e legittimava l'intervento dello Stato soltanto in via sussidiaria e per lo stretto necessario [9].

---

[4] V. la nota l. n. 2248 del 1865, all. C e la successiva l. n. 5849 del 1888, con la quale giunse finalmente in porto – nel periodo del Governo Crispi – il progetto di «codice sanitario» più volte tentato negli anni immediatamente precedenti (si v., in particolare, il lavoro preparatorio di A. Bertani, commissionato dal Governo Depretis). Per approfondimenti sull'evoluzione normativa in materia nel periodo post-unitario, cfr. R. Alessi, *L'amministrazione sanitaria*, in AA.VV., *L'ordinamento sanitario*, I, a cura dello stesso A., Vicenza, 1967, 9 ss.

[5] Cfr. sul punto: C. Vitta, *Sanità pubblica*, II, in AA.VV., *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, IV, a cura di V.E. Orlando, Milano, 1905, 395 ss.

[6] V. la nota l. n. 6972 del 1890.

[7] G.B. Cereseto, *Sanità pubblica (interna, marittima, militare)*, in *Dig. it.*, XXI (1891), p.te 1, 309.

[8] F. Cammeo, *Sanità pubblica*, I, in AA.VV., *Primo trattato*, cit., 214.

[9] Si affermava infatti: «E dovere supremo dello Stato di impedire che direttamente si nuoccia alla salute dei più (…) E finalmente dovere dello Stato che si provveda, nei limiti della ne-

Fu con l'avvento del fascismo che l'ideologia liberale cedette il passo ad una concezione parzialmente diversa della salute. La legislazione sanitaria del periodo, raccolta in un testo unico [10], era fortemente ispirata al valore della *difesa dell'integrità fisica e morale della razza*, e confermava (com'era prevedibile) il ruolo centrale in materia di tutela della salute del Ministero dell'Interno e dai suoi apparati dipendenti [11].

Sul mutamento incise, fra le altre cose, anche una certa concezione «economicistica» del ruolo dell'individuo nell'ambito sociale: un soggetto produttore di ricchezza per la Nazione, il cui «valore» si misurava su quanto *fosse costato* alla collettività farlo crescere e quanto *potesse rendere* alla stessa come «capitale fruttifero». Secondo tale logica, si riteneva che la malattia dell'individuo determinasse – accanto alle conseguenze negative per la cerchia di appartenenza più ristretta, ossia la famiglia – pure un danno (soprattutto economico) per la società intera, senza contare l'aggravio finanziario per provvedere alla sua assistenza.

Così, sulla base di una preoccupazione rivolta più che altro alla «non-salute», come pericolo e minaccia per una «società dei sani» efficiente e produttiva [12], si legittimò l'intervento *anche coattivo* dello Stato nella sfera individuale dei singoli: la cura di oggi – si diceva – è la prevenzione delle malattie di domani [13].

Nel quadro considerato, non stupisce più di tanto come si potesse affermare

---

cessità, alla salute individuale di coloro che non possono provvedervi da sé» (G.B. CERESETO, *Sanità pubblica*, cit., 309). E ancora: «è evidente che ad ogni singolo spetta di vegliare da se medesimo alla conservazione della propria salute, non essendo compito dello Stato surrogarsi all'individuo e di provvedere a tutti i bisogni di lui (…) Lo Stato non ha i mezzi necessari ad occuparsi della salute di ciascuno, e se anche li avesse, non sembra che potrebbe efficacemente usarli, poiché ciò riuscirebbe una gravissima limitazione, se non talora una vera soppressione della libertà individuale (…) Ma il compito dello Stato certamente comincia laddove le forze individuali non sono sufficienti ad assicurare la difesa della salute e la repressione delle malattie» (F. CAMMEO, *Sanità pubblica*, cit., 213 s.).

[10] Cfr. il r.d. n. 1265 del 1934.

[11] Sui discordanti giudizi della dottrina in merito alla legislazione fascista (alcuni eccessivamente lusinghieri: A. Labranca; altri severamente critici: G. Petragnani), cfr. G. RABAGLIETTI, *Sanità pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI (1969), 492.

[12] Colgono bene il punto F.D. BUSNELLI-U. BRECCIA, *Premessa*, in AA.VV., *Il diritto alla salute*, a cura degli stessi AA., Bologna, 1979, X s.

[13] A. LABRANCA, *Sanità pubblica*, in *Noviss. Dig. it.*, XI (1939), 1045, ove pure si legge: «Così, il malato infettivo non è un malato indifferente, la cui cura può essere lasciata all'individuo e alla famiglia, e verso il quale devono prodigarsi le risorse della carità e della assistenza pubblica. Egli per la società costituisce un pericolo (…) La società ha, bensì, il dovere di trattarlo umanamente e prestargli le più larghe risorse della scienza, ma ha, anche, il diritto, per ragioni superiori di difesa sociale, di impedirgli di essere nocivo e di adottare particolari e rigorose misure di isolamento, di contumacia, di disinfezione e di vaccinazioni, tutte limitatrici della libertà individuale. *Anche quando la malattia non sia pericolosa per gli altri*, ma può determinare invalidità, tare ereditarie che concorrono al deperimento della razza, non può escludersi il diritto, dovere ed interesse dello Stato a diretti interventi» (c.vo aggiunto).

con assoluta sicurezza che «l'interesse generale e la necessità della difesa sanitaria della collettività non debbono trovare ostacoli nell'ideologico rispetto della libertà individuale, che spesso si risolve in una trascuranza degli individui per la propria salute e in un vero e proprio pericolo per la società», concludendo per il riconoscimento in capo allo Stato non soltanto del *dovere* di assicurare, bensì anche del *diritto* di pretendere il mantenimento dei suoi cittadini in buone condizioni di salute [14].

3. La prospettiva attuale: la salute quale «diritto» fondamentale. Eccessiva genericità della formula «dovere alla salute»

La prospettiva cambia radicalmente, come si sa, con il passaggio alla Costituzione repubblicana. Nel nuovo regime la salute è riconosciuta quale «fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» dall'art. 32, ove l'attributo «fondamentale» – se pure lo si vuol predicare con riferimento ad entrambe le dimensioni [15] – certamente fa risaltare rispetto al passato il rilievo della componente individuale su quella collettiva, ponendo sull'apparato pubblico (comprensivamente definito con il termine «Repubblica») compiti di protezione e assistenza lontani dal prototipo dello Stato liberale e caratterizzanti in modo saliente, invece, lo Stato sociale [16].

Tralasciamo adesso di ripercorrere gli aspetti salienti e più generali relativi alla salute come «diritto (fondamentale)» – dalla sua graduale emancipazione dal cono d'ombra della «programmaticità» dell'art. 32 alla piena affermazione nei rapporti interprivati, fino alla più recente evoluzione attraverso la giurisprudenza costituzionale: tutti aspetti ampiamente messi in luce da numerosa e consolidata dottrina [17] – per soffermarci invece su uno dei problemi tuttora più «spino-

---

[14] *Ibidem*.

[15] In questo senso, ad esempio, V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. soc.*, 1982, 564; di recente, v. pure D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, 168 s.

[16] Sul passaggio dall'idea di «servizio» pubblico (disponibile) a quella di «funzione» pubblica (irrinunciabile), v. limpidamente: R. Ferrara, *Salute (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII (1997), 518.

[17] Nella vasta bibliografia in merito, fra gli scritti di carattere generale v. almeno: M. Luciani, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Dir. soc.*, 1980, 769 ss. e Id., *Salute* I) *Diritto alla salute - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXVII (1991), 1 ss.; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 21 ss.; B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, *ivi*, 1984, 21 ss.; AA.VV., *Profili attuali del diritto alla salute*, a cura di C.E. Gallo e B. Pezzini, Milano, 1998; C.M. D'Arrigo, *Salute (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, Agg. V (2001), 1009 ss.; D. Morana, *La salute*, cit.; AA.VV., *Il diritto alla salute alle soglie del terzo millennio*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2003; R. Balduzzi, *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, a

si» del dibattito scientifico. Vale a dire se sia o meno configurabile, accanto alla pur variegata situazione soggettiva «attiva» del *diritto alla salute*, anche una speculare condizione «passiva» di un *dovere di salute*, tema sul quale pure si sono, fin qui, gettati veri e proprii fiumi di inchiostro.

Così formulata, tuttavia, la questione non sembra a nostro avviso condurre molto lontano, poiché la dizione «dovere di salute» appare eccessivamente generica e, per certi versi, persino oscura. Essa, infatti, potrebbe giungere ad includere una sorta di *generale* obbligo per il singolo di mantenersi nelle migliori condizioni di salute possibili, in relazione all'ambiente dato ed al posto occupato all'interno della società, similmente a quanto avveniva sotto il regime fascista. Che, in molti casi, si miri spontaneamente ad un tale stato è cosa ovvia; ma, come ben si vede, altro è farlo assurgere a contenuto di un obbligo giuridico.

Sarebbe invece preferibile verificare, nel dettaglio, se esistano obblighi *specifici* imputati al singolo in ordine al proprio stato di salute e quali eventualmente siano, quali tipi di interessi possano richiedere una tale imposizione, quali i rimedi previsti per l'inosservanza dell'obbligo, e così via.

4. Diritto alla salute e dovere di cura nell'art. 32 Cost.: i trattamenti sanitari obbligatori

Calato nella realtà del dato positivo, il discorso assume contorni più nitidi ed anche una certa consistenza giuridica. Da questo punto di vista, il generico «dovere di salute» si specifica prevalentemente – anche se non esclusivamente – nel maggiormente circoscritto «dovere di cura», assunto anche dal diritto positivo quale ambito di più immediato riferimento della dimensione in parola.

Com'è ampiamente noto, l'art. 32, comma 2, Cost. contempla espressamente l'ipotesi che al singolo sia imposto un dovere di curarsi, in forma di sottoposizione a «trattamenti sanitari obbligatori» (TSO) che la legge è autorizzata a disporre, individuandoli in modo determinato, ma sempre nel rispetto della persona umana [18].

---

cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5393 ss.; A. Simoncini-E. Longo, *Sub art. 32*, in R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 655 ss. Per la prospettiva della giurisprudenza costituzionale in materia v., poi, part.: C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000, 95 ss. e, se si vuole, C. Panzera, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute (verso un inedito «circuito» di produzione normativa?)*, in *Dir. soc.*, 2004, 309 ss.

[18] La razionalizzazione del quadro normativo di riferimento in materia di TSO – che risaliva alla vecchia legge sui manicomi e gli alienati del 1934 – è avvenuta con la l. n. 180 del 1978, subito confluita nella di poco successiva e ben più nota legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, la n. 833 del 1978 (artt. 33-35).

Al di là delle garanzia procedurali, il dato sostanziale comune a tutte è la ricorrenza dell'interesse *collettivo* alla salute (accanto a quello individuale) come giustificazione dell'imposizione legale di un «dovere» di curarsi.

Più in particolare, anche se non sarebbe sufficiente la salvaguardia della sola salute del singolo, questa non deve comunque risultare compromessa dal trattamento [19]. In tale ambito, infatti, la condotta richiesta dalla legge consiste nel sottostare alla misura disposta secondo le modalità dalla stessa individuate [20], mai nel sacrificare la propria salute a quella degli altri (come può avvenire, invece, nel diverso contesto della «difesa della Patria» *ex* art. 52 Cost., ma uscendo, così, dal quadro qui considerato). Quindi, il trattamento che impone l'obbligo di curarsi è costituzionalmente tollerabile se mira a perseguire un miglioramento – o anche ad evitare un pregiudizio, reale o potenziale – della salute del singolo *e contestualmente* di quella degli altri consociati.

In questi termini potrebbe sostenersi pacificamente che il nostro ordinamento ammette l'esistenza di un «dovere di salute».

La situazione descritta si individua, paradigmaticamente, nell'istituto delle

---

[19] «…salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario, e pertanto tollerabili»: sent. cost. n. 307 del 1990.

[20] Parrebbe, dunque, una prestazione personale riconducibile all'art. 23 Cost., se non rientrasse nella più specifica norma dell'art. 32. Discusso è poi – com'è noto – se in aggiunta alle condizioni richieste da tale ultima disposizione [sostanzialmente: riserva *rafforzata* di legge (trattamenti «determinati» e limite del «rispetto della persona umana»), mentre è dubbio se sia anche una riserva *assoluta*: in questo senso, v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1994, 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 28 s.; D. MORANA, *La salute*, cit., 192 ss.; nel senso che la riserva sia relativa, cfr. invece A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica sull'uomo (Profili costituzionali)*, in *Dir. soc.*, 1978, 516; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 901; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (A proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)*, in *Dir. soc.*, 1982, 313; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 558; M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10] debba soccorrere oppure no, per le misure coercitive, anche il disposto dell'art. 13 (riserva di legge assoluta e riserva di giurisdizione). Così, ad esempio: S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari*, cit., 888 ss.; A. CERRI, *Libertà* II) *Libertà personale - Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XIX (1990), 9; G. PELAGATTI, *I trattamenti sanitari obbligatori*, Roma, 1995, 61 ss.; D. MORANA, *La salute*, cit., 185 ss. Considerano, invece, l'art. 32 norma speciale rispetto all'art. 13 (e quindi assorbente l'intera materia) o comunque il solo applicabile ai TSO: A. BARBERA, *I princìpi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1971, spec. 49, 98 ss. e 119 ss., ma v. *passim*; G. AMATO, *Sub art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili*, Bologna-Roma, 1977, 47 e 51 (ma, per una posizione più articolata dello stesso A. – nel senso dell'auspicabilità dell'intervento del giudice – v. pure ID., *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano, 1967, 527 s.); D. VINCENZI AMATO, *Sub art. 32, comma 2*, in *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali*, cit., Bologna-Roma, 1976, 170; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione*, cit., 508; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 317; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, cit., 559 s.; B. CARAVITA, *La disciplina*, cit., 55; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 386.

vaccinazioni obbligatorie, che una prolifica giurisprudenza costituzionale ha contribuito in tempi recenti a ridefinire in modo determinante, partendo da discipline normative molto risalenti nel tempo [21].

In virtù di un primo, fondamentale intervento nel 1990 [22], la Corte ha riconosciuto e – quel che più conta – introdotto direttamente nel contesto legislativo una previsione fino a quel momento carente: le leggi vigenti non prevedevano, infatti, alcunché nell'eventualità che dalla sottoposizione al trattamento derivasse un danno in capo al soggetto, creando un grave squilibrio nell'asse dei rapporti singolo-collettività. Al sacrificio concretamente patito dal primo per tutelare l'interesse (alla salute) della seconda non corrispondeva alcuna «contropartita» che fosse espressione della sinallagmaticità del vincolo sociale, della reciprocità fra la parte (il singolo cittadino) e il tutto (l'intera società).

Così la Corte ha «inventato» il diritto della persona lesa a percepire un *equo indennizzo*, che ripaghi del danno incidentalmente subito a causa della vaccinazione, senza che questo prenda il posto di alcun risarcimento, sempre attivabile qualora ne ricorrano le condizioni. Neppure la misura prevista corrisponde ad un intervento di tipo socio-assistenziale *ex* art. 38, che resta nella piena discrezionalità del legislatore adottare. L'indennizzo gode, qui, di una sua autonomia concettuale e normativa che deriva esclusivamente dal *rapporto di reciproca solidarietà che lega l'individuo alla collettività*, unendo in una sorte comune gli interessi dell'uno e dell'altra. Insomma, è fondato direttamente sul principio di solidarietà *ex* artt. 2 e 32 [23]. In questo senso, la giurisprudenza costituzionale ha messo in moto, orientato e corretto l'opera del legislatore, pur alternando atteggiamenti di prudenza o *restraint* ad altri di accentuato attivismo [24].

Di grande importanza ai nostri fini è anche una nota pronuncia della Corte in materia di test HIV obbligatori nei luoghi di lavoro. La decisione, risalente al 1994, è stata particolarmente discussa e criticata in dottrina, a causa dell'ingresso nel bilanciamento da essa fissato – ma con una posizione non totalmente «vin-

---

[21] Sia consentito, sul punto, il rinvio a C. PANZERA, *Legislatore, giudici e Corte costituzionale di fronte al diritto alla salute*, cit., 320 ss., nonché ad un ulteriore e più ampio lavoro, dal titolo *Il diritto alla salute* (spec. Parte II, §§ 10, 10.1 e 10.2), destinato ad un volume di prossima pubblicazione del *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello.

[22] Sent. n. 307 del 1990, cit.

[23] Cfr., a più riprese, le sentt. cost. nn. 307 del 1990, 258 del 1994, 118 del 1996, 27 del 1998, 226-423-522 del 2000, 38-476 del 2002. Sul menzionato principio di solidarietà, v. per tutti: F. GIUFFRE, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002, aggiornato dalla Relazione dello stesso A. al presente convegno, dal titolo *I doveri di solidarietà sociale*.

[24] Nella previsione di un diritto all'indennizzo e nella sua quantificazione si sono succedute nel corso degli anni diverse normative: cfr. le ll. nn. 210 del 1992, 641 del 1996, 238 del 1997, 362 del 1999 e, da ultima, 229 del 2005.

cente» – del delicatissimo «diritto alla *privacy*» [25]. Di essa ci interessa riportare qui di seguito i passaggi a nostro parere più interessanti:

> «La tutela della salute comprende la generale e comune pretesa dell'individuo a condizioni di vita, di ambiente e di lavoro che non pongano a rischio questo suo bene essenziale […] La tutela della salute non si esaurisce tuttavia in queste situazioni attive di pretesa. Essa implica e comprende il *dovere* dell'individuo di non ledere né porre a rischio con il proprio comportamento la salute altrui, in osservanza del principio generale che vede il diritto di ciascuno trovare un limite nel reciproco riconoscimento e nell'eguale protezione del coesistente diritto degli altri. Le simmetriche posizioni dei singoli si contemperano ulteriormente con gli *interessi essenziali della comunità*, che possono richiedere la sottoposizione della persona a trattamenti sanitari obbligatori, posti in essere anche nell'interesse della persona stessa, o prevedere la soggezione di essa ad oneri particolari. Situazioni di questo tipo sono evidenti nel caso delle malattie infettive e contagiose, la cui diffusione sia collegata a comportamenti della persona, che è tenuta in questa evenienza ad adottare responsabilmente le condotte e le cautele necessarie per impedire la trasmissione del morbo. L'interesse comune alla salute collettiva e l'esigenza della preventiva protezione dei terzi consentono in questo caso, e talvolta rendono obbligatori, accertamenti sanitari legislativamente previsti, diretti a stabilire se chi è chiamato a svolgere determinate attività, nelle quali sussiste un serio rischio di contagio, sia affetto da una malattia trasmissibile in occasione ed in ragione dell'esercizio delle attività stesse. Salvaguardata in ogni caso la dignità della persona, che comprende anche il diritto alla riservatezza sul proprio stato di salute ed al mantenimento della vita lavorativa e di relazione compatibile con tale stato, l'art. 32 Cost. prevede un *contemperamento* del coesistente diritto alla salute di ciascun individuo; implica inoltre *il bilanciamento di tale diritto con il dovere* di tutelare il diritto dei terzi che vengono in necessario contatto con la persona per attività che comportino un serio rischio, non volontariamente assunto, di contagio. In tal caso le attività che, in ragione dello stato di salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse» [26].

---

[25] Sent. cost. n. 218 del 1994. Per i commenti in dottrina, v.: (criticamente) S. NESPOR, *Divieto di discriminazione*, *eccezione al divieto e obbligo di discriminazione: la Consulta sulla l. n. 135 del 1990*, in *Corr. giur.*, 1994, 1095 ss.; N. RECCHIA, *Libertà individuale*, *salute collettiva e test anti-Aids*, in *Giur. cost.*, 1995, 559 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia*, cit., 119 ss.; (favorevolmente) M. RUOTOLO, *L'onere del test anti-Aids per i soggetti che svolgono attività a rischio: violazione del diritto alla riservatezza o ragionevole bilanciamento degli interessi in gioco?* e F. MODUGNO, *Chiosa a chiusa: un modello di bilanciamento di valori*, entrambi in *Giur. it.*, 1995, I, rispettiv. 637 ss. e 643 ss.

[26] Punto 2 del *considerato in diritto* (c.vi aggiunti).

Questo frammento della decisione esprime chiaramente la *ratio* sottesa all'intera materia qui brevemente trattata ed assunta a figura esemplare delle articolate valutazioni che il nostro ordinamento costituzionale (realmente attento alla persona umana) compie nell'imporre un dovere in una sfera tanto delicata come quella – personalissima – concernente la salute dell'individuo.

Ma, col dire ciò, la questione non è affatto risolta.

5. *Segue*. Il contro-limite del «rispetto della persona umana»

Mentre la ricostruzione generale sopra richiamata può ritenersi abbastanza pacifica, qualche dubbio in effetti è sorto sulla «coercibilità» del trattamento sanitario in presenza di un netto rifiuto del soggetto che vi si deve sottoporre.

Al di là delle accennate problematiche in ordine alla disciplina corretta da applicare (se il solo art. 32 o anche l'art. 13), l'inconveniente nasce – si sa – dalla menzionata clausola, oggettivamente vaga, del *rispetto della persona umana*.

La scelta dell'Assemblea costituente per tale formula non fu casuale: essendo stata preferita ad altre simili pur inizialmente proposte e poi scartate, se ne può ragionevolmente inferire che si sia trattato di una scelta consapevole. Ed infatti, come annotato in quegli anni, il pensiero correva allora ai «trattamenti mostruosi come quelli che l'eugenetica nazista prescriveva per i soggetti considerati non buoni come riproduttori della razza eletta, ecc., e gli esperimenti scientifici sulle persone (cavie umane)», mirando a bandirli dal nostro ordinamento [27].

In ogni caso, l'interpretazione *attuale* è quella che, naturalmente, presenta il maggior interesse ai fini della nostra analisi. Da questo punto di vista – si noti – appare decisiva la scelta ermeneutica, compiuta a monte, per l'equiparazione o viceversa per la distinzione fra «il rispetto della *persona* umana» ed «il rispetto della *dignità* umana». Come vedremo, diversi sono gli esiti che se ne possono ricavare proprio sul fronte della risoluzione dei casi più delicati e controversi.

Secondo parte consistente della dottrina, la clausola in parola renderebbe nei fatti insuperabile la volontà cosciente e libera del soggetto, soprattutto se manifestata in obbedienza a convinzioni morali o religiose, rispetto alle quali lo Stato avrebbe il dovere di arrestarsi. In tal caso, andrebbe ricercata una misura alternativa alla coercizione, come sanzione indiretta al rifiuto di curarsi: ad esempio, inibendo o limitando alcune delle facoltà o pretese avanzate dal soggetto stesso ma, sia chiaro, solo per quanto strettamente è dipendente dalla sottoposizione al trattamento sanitario.

Tale ricostruzione ci pare, nella sua linearità, condivisibile. I problemi maggiori nascono, però, quando non sussista (almeno apparentemente) un interesse

---

[27] Così: G. Banchieri-L. Bianchi D'Espinosa-C. Giannattasio, *La Costituzione italiana. Commento analitico*, Firenze, 1949, 177.

pubblico particolarmente «forte» – *a compelling public interest*, direbbe la Corte Suprema USA – a giustificazione del dovere di preservare la propria salute, ma la sottoposizione del singolo alle cure sia richiesta *nel suo esclusivo vantaggio*. In tale circostanza, si osserva, una volta verificato che il soggetto esprima una volontà informata, cosciente e libera, non sarebbe lecito forzare la sua autodeterminazione in ordine alla gestione della propria salute. Di più: si tratterebbe di una imposizione *costituzionalmente* illegittima.

La conclusione indicata viene fatta discendere dalla stessa configurazione della salute come «diritto fondamentale» del singolo, tutelata – si dice – sia nel suo aspetto «positivo» che in quello, appunto, «negativo», inferendo così dal riconoscimento dell'art. 32, comma 1 – e da altre norme costituzionali espressive di *favor libertatis* (assunto a principio di chiusura): artt. 13, 19, 21, ecc. – l'esistenza nel nostro ordinamento di un vero e proprio *diritto di essere malato* [28].

Altra parte della dottrina, invece, ha contestato tale assunto, ancorando l'opposta tesi dell'ammissibilità di un «dovere» di salute sempre all'art. 32, letto, però, in una diversa prospettiva sistematica, di collegamento con i princìpi costituzionali che richiedono al singolo l'assolvimento di *doveri inderogabili*, sia specifici (artt. 4 e 35 ss., art. 52, ecc.) che generali (art. 2), i quali nel concreto dipendano – in tutto o in parte – dalle condizioni di salute del soggetto [29].

---

[28] È però vero, tuttavia, che se il diritto alla salute viene ricondotto – con autorevole dottrina civilistica: M. DOGLIOTTI, *Le persone fisiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, II, a cura di P. Rescigno, Torino, 1982, 53 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in *Rass. dir. civ.*, 1982, 1020; A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile e commerciale*, IV, a cura di A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1982², 110 ss.; G. ALPA, *Salute (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, *App.*, VI (1986), 1986, 913 – nell'alveo dei «diritti della personalità», se ne dovrebbe coerentemente inferire la natura di bene *indisponibile* o almeno a *disponibilità limitata*. Comunque, per la tesi indicata nel testo, cfr. variamente, e con non trascurabili differenze (ad esempio, in ordine alla qualifica di tale «potere»: se costituisca una mera libertà *di fatto*, o invece implichi anche un potere *giuridico* di disposizione): L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in AA.VV., *L'ordinamento sanitario*, cit., 109; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974, 99 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Sub art. 32*, cit., 174 ss.; G. GEMMA, *Sterilizzazione e diritti di libertà*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 254 ss.; A.M. SANDULLI, *La sperimentazione clinica*, cit., 517; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari*, cit., 903 s.; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale*, cit., 780 ss.; R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei Testimoni di Geova)*, in *Dir. soc.*, 1981, 536 ss.; F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 309 ss.; V. ONIDA, *Dignità della persona e «diritto di essere malati»*, in *Quale giust.*, 1982, 364; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 35 ss. e 62 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 59 e 387 ss.; R. ROMBOLI, *Sub art. 5*, in A. SCIALOJA-G. BRANCA (a cura di), *Commentario del codice civile. Delle persone fisiche*, Bologna-Roma, 1988, 337 ss.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, in *Giur. cost.*, 1996, 3215 ss.; L. CHIEFFI, *Trattamenti immunitari e rispetto della persona*, in *Pol. dir.*, 1997, 594 ss.; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento*, cit., 114 ss.; D. MORANA, *La salute*, cit., 169 ss.

[29] C. MORTATI, *La tutela della salute nella Costituzione italiana* (1961), in *Raccolta di scritti*, III, Milano, 1972, 435 ss.; S. LESSONA, *Salute pubblica e diritto sanitario*, in *Riv. bim. dir. sa-*

La questione, chiunque se ne può avvedere, è estremamente complessa.

Anzitutto, per l'intersecazione del piano qui considerato con altre, delicate problematiche giuridiche relative, per fare solo qualche esempio, alla protezione delle convinzioni etico-religiose o alla libera formazione del proprio pensiero (non solo in materia medico-scientifica, ma anche, più in generale, sui valori dell'esistenza umana).

Inoltre, la matassa è resa, se possibile, ancora più complicata dal fatto che, oltre una certa soglia, le scelte individuali circa il proprio stato di salute trascendono i confini della salute stessa e coinvolgono il bene (contiguo, per certi versi affine, ma non coincidente) della vita umana, oggetto di un diritto sulla cui disponibilità da parte del titolare – com'è noto – persiste un acceso e probabilmente inesauribile dibattito nella comunità scientifica e nel mondo della cultura in genere. In questi casi, come giustamente osservato, il diritto alla salute finisce per atteggiarsi a «strumento di difesa delle scelte esistenziali, sino a trasformarsi in diritto gravitante nell'orbita dei diritti della coscienza» [30].

Detta trasformazione acuisce i timori avanzati da quanti negano che esista un «dovere di salute». Uno dei principali riguarda, infatti, il rischio di una pericolosa sostituzione della libera scelta individuale con le valutazioni compiute dall'autorità pubblica circa l'idea di benessere della persona e, in generale, su ciò che è ritenuto essere il meglio per la stessa. Sorge, in altri termini, il dubbio che si possa ritornare ad un accentuato (e giustamente criticato) *paternalismo statualistico* d'altri tempi [31].

Per quanto comprensibili, le preoccupazioni manifestate dall'orientamento

---

nit., 1962, 11; P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli, 1972, 313 ss.; E. CAPIZZANO, *Vita e integrità fisica (diritto alla)*, in *Noviss. Dig. it.*, XX (1975), 1007 s.; M. SANTILLI SUSINI, *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, in *Resp. civ. prev.*, 1977, 408 ss.; P. BELLINI, *Aspetti costituzionali con più specifico riferimento alla libertà religiosa*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari fra libertà e doverosità*, Napoli, 1983, 64 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *Atti di disposizione del corpo e tutela della persona*, Napoli, 1983, 141 ss., spec. 147; C. MONTANARO, *Considerazioni in tema di trattamenti sanitari obbligatori (a proposito delle ordinanze sindacali impositive di trattamenti sanitari «non obbligatori»)*, in *Giur. cost.*, 1983, I, 1172 ss.; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 369; G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 20 ss. e 38 ss.; I. NICOTRA GUERRERA, *«Vita» e sistema dei valori nella Costituzione*, Milano, 1997, 147 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà*, cit., 247 ss.

[30] Così: C. SALAZAR, *Dal riconoscimento*, cit., 97.

[31] Il dubbio concerne, in particolare, il «modello di società» che si andrebbe per tale via a privilegiare: si avanza, infatti, il timore che la partecipazione alla vita economica, sociale e politica del Paese – che pure, si noti, richiede l'adempimento di doveri economici, sociali e politici: artt. 2, 3, comma 2 e 4, Cost. – si possa tramutare da spontanea e consapevole in imposta e obbligata. Cfr., in tal senso: G. GEMMA, *Sterilizzazione*, cit., 253; D. VINCENZI AMATO, *Sub art. 32*, cit., 175 s. e B. PEZZINI, *Il diritto alla salute*, cit., 64; ma v. pure F. MANTOVANI, *I trapianti*, cit., 210 (seguito da R. D'ALESSIO, *I limiti costituzionali*, cit., 547), che paventa l'apertura di una «pericolosa breccia con sviluppi imprevedibili».

indicato non vanno tuttavia esasperate. Se la nostra Carta costituzionale rifugge dalla tendenza (di origine totalitaria) alla riduzione/compressione dell'autonomia morale e decisionale del singolo consociato, non si può neppure affermare con certezza che il valore dominante sia quello di un liberalismo spinto all'eccesso (*libertarismo* tipico dell'iper-individualismo) [32]. La problematica va invece affrontata – a nostro sommesso parere – senza pregiudizi ideologici ed in una chiave di lettura equidistante dagli estremi, possibilmente lontana da interpretazioni parziali del testo ed ispirata, invece, ad una considerazione *integrale* della tavola dei valori costituzionali.

6. Orientamenti dottrinali a confronto: la salute come bene «per sé» e come bene «in sé»

Ora, assunta questa difficile ma necessaria indicazione di metodo, si possono certo escludere tanto la «funzionalizzazione» del singolo e della sua libertà all'interesse generale, quanto l'esaltazione ad ogni costo dell'autonomia individuale. Per la prima è intuitivo: nello Stato costituzionale contemporaneo lo sviluppo della persona umana – valore cardine dell'ordinamento [33] – non può prescindere dalla autonoma capacità decisionale del soggetto, se nei fatti esistente. La seconda è parimenti evidente, e sempre ispirata al concetto di persona umana (che è per definizione non un soggetto-monade, ma «relazionale»): in breve, i valori costituzionali, come già rilevato all'inizio, per essere fattori di coesione e non di la-

---

[32] Come parrebbe emergere, invece, dalla impostazione di G. Gemma, *Sterilizzazione*, cit., 250 ss. (ma v. pure, per un'analoga posizione, D. Morana, *La salute*, cit., 169 ss.), ancorché l'A. dichiari altrove di porsi in una prospettiva ideologica (da lui) definita di «personalismo liberale», in contrapposizione all'indirizzo dallo stesso chiamato «personalistico protettivo» o «paternalistico»: cfr. Id., *Integrità fisica*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII (1993), 454 s. e Id., *Ancora su sterilizzazione e diritti costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2002, 361 ss. (pur con qualche precisazione e correzione: v. p. 369). Sempre nell'ambito di una concezione «personalistica» – contrapposta ad una definita «utilitaristica» – F. Mantovani, *Aspetti penalistici*, cit., 157, disconosce l'esistenza nel nostro ordinamento di un diritto al suicidio, ma contemporaneamente ammette il diritto «di non curarsi, di trascurarsi, di lasciarsi morire». In realtà, a nostro parere, il rischio che da questa ricostruzione si cada facilmente in una prospettiva *individualistica* o addirittura *solipsistica* permane.

[33] Si pensi, per fare un solo esempio (ed oltre agli artt. 2 e 3, comma 2 della nostra Carta), all'importantissimo riconoscimento del c.d. «diritto al libero sviluppo della propria personalità» operato dall'art. 2, comma 1 della Costituzione tedesca (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*), sul quale – nell'abbondante letteratura tedesca – v., fra tutti, R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1996³, 309 ss. Utili indicazioni (anche bibl.) in argomento sono, da ultimo, in F. Pedrini, *Il libero sviluppo della personalità nella giurisprudenza del Tribunale costituzionale federale. Un diritto per tutte le stagioni?*, in *Quad. cost.*, 2006, 161 ss.

cerazione sociale debbono comporsi in un cornice armonica di equilibrio/bilanciamento fra di loro, sicché non è accettabile una sistematica iper-valutazione di uno soltanto a discapito degli altri [34].

---

[34] Ad esclusione, probabilmente, del ricordato principio di dignità umana, vero *Grundwert* – *interno* ed *esterno* – di fondazione costituzionale. Infatti, la risoluzione dei conflitti fra valori apicali interni all'ordinamento è possibile, a ben vedere, soltanto mediante il ricorso ad un meta-valore che è, al tempo stesso, «immanente» e «trascendente» rispetto al sistema (secondo la brillante intuizione di K. Gödel circa la c.d. «incompletezza dei sistemi»). Per quest'approccio, v. spec. A. SPADARO, *L'idea di Costituzione fra letteratura, botanica e geometria*, cit., 182 ss., cui *adde*, più in generale sul punto: A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit., 343 ss.; G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità. Ascesa, declino e trasfigurazione di un concetto*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, 55 ss. (dignità umana come «punto archimedico dell'ordinamento»); L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 397 ss.; A. RAUTI, *Bilanciamento e gerarchia dei valori tra tecniche giuridiche e fondamento costituzionale*, in AA.VV., *Alla ricerca del* diritto ragionevole*. Esperienze giuridiche a confronto*, a cura di S. Pajno e G. Verde, Torino, 2004, 245 ss.]. Per una prospettiva diversa sul tema del bilanciamento costituzionale, cfr. invece: G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 167 ss.; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; G. SCACCIA, *Gli «strumenti» della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 309 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 275 ss.; O. CHESSA, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002, 357 ss. Sintetiche indicazioni in argomento sono pure, se si vuole, in C. PANZERA, *Spunti di riflessione sul bilanciamento costituzionale*, in *Scritti dei dottorandi in onore di Alessandro Pizzorusso*, Torino, 2005, 74 ss.

Per usare termini noti ma in un significato nuovo, potrebbe dirsi che ogni diritto è in un certo senso *condizionato* [per il significato originario di questa espressione, riferita dalla giurisprudenza costituzionale per la prima volta proprio al diritto alla salute (sent. n. 455 del 1990), ma più ampiamente utilizzata per la classe dei diritti sociali, v.: A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI (1989), 30; F. MODUGNO, *I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, 71; C. PINELLI, *Diritti costituzionali condizionati, argomento delle risorse disponibili, principio di equilibrio finanziario*, in AA.VV., *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, a cura di A. Ruggeri, Torino, 1994, 548 ss.]. In ogni caso, la natura eventualmente incondizionata (nel senso tradizionale) di un diritto non comporta però la sua automatica *indisponibilità*, dal momento che esso resta sempre soggetto ad un bilanciamento in concreto, secondo «ragionevolezza»: v., al riguardo, le precisazioni di A. SPADARO, *Dalla* indisponibilità *(tirannia) alla* ragionevolezza *(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 2006, 167 ss. Per una attuale impiego della dicotomia «disponibilità/indisponibilità» con riferimento a tutti i valori costituzionali, v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza*, cit., 297 ss.

L'importanza e, di più, la necessità del bilanciamento non saranno mai sottolineate abbastanza: la radicalizzazione di un valore, per quanto esso sia largamente – ma, si badi: non *totalmente* – condiviso, corre sempre il rischio di pregiudicare la pacifica convivenza, divenendo un fattore di divisione anziché di unità, come invece dovrebbe essere. Senza riferirsi per forza al noto dibattito sulle riforme costituzionali portate avanti, come si suol dire, «a colpi di maggioranza» (peraltro, di drammatica attualità), basti pensare alla vicenda del crocifisso nei locali pubblici – scuole, aule giudiziarie, seggi elettorali, ecc. – che ha sollevato un noto e diffuso dibattito nella comunità scientifica, anche alla luce di scelte dell'autorità giurisdizionale (ordinaria, amministrativa e costituzionale) per molti versi criticate, anche se non sempre a ra-

Non si dimentichi, comunque, che vi sono casi in cui la (presunta) *sovrana* volontà del singolo non può essere tenuta in considerazione, difettando la stessa dei caratteri necessari per definirsi libera e autonoma (appunto: «sovrana»). L'incapacità naturale o la sopravvenuta perdita della volontà cosciente – si pensi a chi entra in uno stato comatoso o vegetativo – obbligano a fare i conti con l'eventualità che una decisione, anche di estrema importanza, in ordine allo condizione di salute di un soggetto vada presa rinunciando al suo consenso. In relazione anche a simili ipotesi, com'è noto, la dottrina in passato si è rifatta spesso alla scriminante dello stato di necessità (art. 54 c.p.) per giustificare l'intervento discrezionale del personale medico teso ad evitare la morte o gravissimi danni alla sua salute, oppure ha optato per la sostituzione del consenso del paziente con quello dei suoi familiari [35] o ancora – come si è recentemente disposto nel nostro ordinamento, traendo ispirazione dalla multiforme esperienza statunitense – di chi abbia a tali fini ricevuto in precedenza apposita delega da parte del soggetto stesso, nella previsione di una sua futura impossibilità ad esprimere un valido consenso [36].

In ogni caso, quand'anche il soggetto avesse manifestato per tempo la sua volontà specifica in materia (v. il caso del c.d. *testamento biologico*) [37], residuerebbe

---

gione. Per un recente dibattito sul punto, si v. AA.VV., *La laicità crocifissa? Il nodo dei simboli religiosi nello Stato laico*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto e P. Veronesi, Torino, 2004, e per una proposta di soluzione equidistante, se si vuole, C. PANZERA, «Juristen böse Christen»? *Laicità e scuola pubblica: una soluzione «mite»*, *ivi*, 250 ss.; ma v. pure O. CHESSA, *La laicità come uguale rispetto e considerazione*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*. Fra i molti contributi sull'importanza dei simboli nelle democrazie costituzionali contemporanee, cfr., da ultimo e per tutti, AA.VV., *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, a cura di E. Dieni, A. Ferrari e V. Pacillo, Bologna, 2005.

[35] Si ricorda, sinteticamente: nel primo senso, M. PESANTE, *Corpo umano (atti di disposizione)*, in *Enc. dir.*, X (1962), 659; nel secondo, C. PEDRAZZI, *Consenso dell'avente diritto*, *ivi*, IX (1961), 144. Ma, in argomento, v. le perplessità manifestate da R. RIZ, *Il consenso dell'avente diritto*, Padova 1973, 312. Più in generale, poi, cfr.: G.U. NANNINI, *Il consenso al trattamento medico*, Milano, 1989; AA.VV., *Il consenso informato. Tra giustificazione per il medico e diritto del paziente*, a cura di A. Santosuosso, Milano, 1996; AA.VV., *Consenso informato e diritto alla salute*, a cura di F. Di Pilla, Napoli, 2001.

[36] Si tratta del c.d. *durable power of attorney*, che è stato oggetto di esplicita disciplina da parte della Regione Toscana, mediante la l. reg. n. 63 del 2004, il cui art. 7, comma 1, così stabiliva: «Ciascuno ha diritto di designare la persona a cui gli operatori sanitari devono riferirsi per riceverne il consenso a un determinato trattamento terapeutico, qualora l'interessato versi in condizione di incapacità naturale e il pericolo di un grave pregiudizio alla sua salute o alla sua integrità fisica giustifichi l'urgenza e indifferibilità della decisione», mentre il successivo art. 8 dettava il procedimento per esprimere validamente le menzionate dichiarazioni di volontà. Tali disposizioni sono state dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale – sent. 4 luglio 2006, n. 253 – per violazione del limite delle materie *ex* art. 117, comma 2, lett. *l*), sotto il profilo dell'«ordinamento civile». Si rinvia, sul punto, alla bibl. citata alla nt. successiva.

[37] L'istituto è particolarmente noto all'esperienza giuridica americana: determinante, in materia, la decisione della Corte suprema statunitense sul caso *Cruzan* [*Cruzan* v. *Missouri Department of Health*, 110, S. Ct., 2841 (1990)], la quale ha suscitato nella dottrina nordameri-

sempre qualche dubbio dovuto alla sopravvenuta impossibilità di revocarlo o mutarlo nel momento in cui concretamente si debba provvedere: una sorta di definitiva e perpetua «irrevocabilità» del consenso in materia di diritti personali stride, infatti, con i presupposti medesimi della tesi che esalta l'autonomia decisionale del singolo, obbligando a procedere secondo «presunzioni» [38]. Non a caso, il margine estremo per detto orientamento è costituito dalla non alterabilità dei presupposti della scelta, ossia: dalla *preservazione della volontà «libera» e «cosciente» del soggetto che assume la decisione*, nel senso che – generalmente – non

---

cana un vivace dibattito, su cui v. R. DWORKIN, *Life's Dominion*, New York, 1993, trad. it. a cura di S. Maffettone, Milano, 1994, 247 ss. Fra i documenti internazionali, v. poi l'art. 9 della Convenzione di Oviedo su *I diritti dell'uomo e la biomedicina* del 7 aprile 1997 (ratificata in Italia con la l. n. 145 del 2001). Per il nostro Paese – a parte gli auspici di una specifica disciplina in favore dell'istituto in questione, promossi, fra gli altri, anche dalla classe forense [v. il parere del Consiglio Nazionale Forense del 28 aprile 2006 (sul sito www.consiglionazionaleforense.it) e la notizia riportata da *Italia Oggi* del 29 giugno 2006, 51] – cfr. il documento del Comitato Nazionale di Bioetica, del 18 dicembre 2003, dal titolo *Dichiarazioni anticipate di trattamento*. Per approfondimenti in argomento, nella dottrina italiana, v.: A. SANTOSUOSSO, *A proposito di* «Living Will» *e* «Advance Directives»*: note per il dibattito*, in *Pol. dir.*, 1990, 477 ss.; A.G. SPAGNOLO, *Testamenti biologici*, in *Vita pens.*, 1993, 576 ss.; M. BARNI, *I testamenti biologici: un dibattito aperto*, in *Riv. it. med. leg.*, 1994, I, 835 ss.; P. RESCIGNO, *Il testamento biologico*, in AA.VV., *La questione dei trapianti tra etica, diritto ed economia*, a cura di S. Fagiuoli, Milano, 1997, 63 ss.; L. MILONE, *I testamenti biologici (*living will*)*, in *Vita not.*, 1997, I, 106 ss. e ora ID., *Il testamento di vita*, *ivi*, 2004, I, 105 ss.; R. BAILO-P. CECCHI, *Direttive anticipate e diritto a rifiutare le cure: aspetti etici e giuridici*, in *Rass. dir. civ.*, 1998, 473 ss.; G. GEMMA, *Vita (diritto alla)*, in *Dig. pubbl.*, XV (1999), 685 ss.; A. D'ALOIA, *«Diritto» e «diritti» di fronte alla morte. Ipotesi ed interrogativi intorno alla regolazione normativa dei comportamenti eutanasici*, in AA.VV., *Bioetica e diritti dell'uomo*, a cura di L. Chieffi, Torino, 2000, 185 ss.; P. CENDON, *I malati terminali e i loro diritti*, in coll. con R. Bailo, F. Bilotta e P. Cecchi, Milano, 2003, spec. 313 ss., ma v. *passim*; M.I. FONTANELLA, *Il diritto di autodeterminazione del paziente: il consenso informato e il testamento biologico*, in *Iustitia*, 2003, 471 ss.; G. SALITO, *Il testamento biologico: ipotesi applicative*, in *Notar.*, 2004, 196 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Profili ricostruttivi delle dichiarazioni anticipate di trattamento*, in *Familia*, 2004, I, 1055 ss.; G. SPOTO, *Direttive anticipate*, *testamento biologico e tutela della vita*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, 179 ss.; S. AMATO, *I fuochi fatui del* living will, in *Jus*, 2005, 283 ss.

[38] Diversamente, invece, D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in AA.VV., *Trattamenti sanitari*, cit., 35 ss. Ma v. quanto afferma V. ONIDA, *Dignità della persona*, cit., 362: «Una volontà di suicidio non si può infatti mai presumere, nemmeno n base a ciò che l'interessato abbia detto o fatto fino a un momento prima; l'assenza di volontà attuale realizza una situazione nuova e diversa». Ora, è pur vero che chi si decide a disporre per il futuro del proprio corpo e della propria salute lo fa in quanto prevede di non essere un giorno nelle condizioni di esprimere una volontà al riguardo e, quindi, ne anticipa il contenuto già da prima, convinto che non muterà idea. Ma resta sempre, quale ostacolo attualmente insormontabile, il parallelo con il mancato riconoscimento nel nostro diritto positivo dell'eutansia *attiva*, cossicchè non si potrebbe logicamente tutelare una manifestazione di volontà preventiva in ordine ad un atto che non può essere compiuto neppure «in tempo reale». Qualche spazio potrebe forse ammettersi – ma è comunque una ipotesi discutibile – in relazione alle volontà testamentarie più vicine, nel contenuto, all'eutanasia *passiva*.

si riconosce alla sua scelta di spingersi fino a compromettere o annullare la capacità decisionale in sé (come avviene, ad esempio, per i drogati) [39].

Alla fine si ritorna, come si vede, al punto di partenza. Vale a dire, alla difficilissima interpretazione della clausola del «rispetto della persona umana», decisivo referente normativo testuale nell'esame di una siffatta e delicata problematica.

La formula, in realtà, può significare molte cose, al punto da essere meglio definibile – forse – in negativo, per ciò che sicuramente *non* è, anziché in positivo, per ciò che essa certamente rappresenta. Spesso, infatti, ciò che è maggiormente evidente è al tempo stesso più difficile da esplicitare [40]. Molto dipende, comunque, dalla prospettiva in cui ci si pone.

Così, per coloro che negano fermamente l'esistenza di un «dovere di salute», il contenuto precipuo del limite espresso nel comma 2 dell'art. 32 coincide con principio di libertà/autonomia *assoluta* dell'individuo, la quale mai può essere coartata dalla legge, che resta obbligata – appunto – al *rispetto* della persona. Diversamente, quanti invece riconoscono entro certi limiti l'operatività di tale dovere, lo fanno reputando che la clausola in parola possa avere un significato pieno *solo se rivolta anche verso l'individuo stesso*, come limite ultimo alle sue scelte, fungendo da argine ad un'eventuale degradazione (o addirittura all'annientamento mediante la morte) della propria condizione di umanità.

In estrema sintesi, si potrebbe dire: nel primo caso, la salute è vista come bene *per sé*, disponibile da parte del suo titolare; nel secondo, come bene *in sé*, quale interesse più ampio e superindividuale da proteggere in modo oggettivo [41].

Buone ragioni parrebbero, dunque, militare dall'una e dall'altra parte. Pur consapevoli di muoverci su un terreno molto delicato ed estremamente scivoloso, proviamo tuttavia ad abbozzare (più esplicitamente di quanto finora tentato) qualche personale considerazione in merito.

7. Scelte tragiche (bilanciamento) e società pluralista (l'interpretazione della dignità): una proposta

Anzitutto, come già detto, crediamo opportuno rifuggire dalle tesi estreme e radicali. In un ordinamento costituzionale ispirato ai valori del personalismo de-

---

[39] Sul vasto tema dell'autodeterminazione in materia di trattamenti sanitari, v. da ultimo e per tutti, nell'ambito di una riflessione più generale, le lucide considerazioni di P. Rescigno, *La persona. Autodeterminazione e sviluppo*, in AA.VV., *Valori e princìpi del regime repubblicano*, II, a cura di S. Labriola, Roma-Bari, 2006, spec. 23 ss.

[40] Illuminanti, al riguardo, le riflessioni di D. Farias, *L'ermeneutica dell'ovvio*, I, Milano, 1990.

[41] Riprendiamo qui l'alternativa formulata con riferimento alla dignità umana da F. Viola, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, 211 ss. Analogamente, sul punto: A. Rauti, *Bilanciamento e gerarchia dei valori*, cit., 256.

mocratico, lo Stato non può essere «etico», arrogandosi il diritto di definire *a priori* e in maniera autoritaria/totalitaria le scelte sanitarie ed esistenziali del singolo [42]. Per altro verso, in tale ordinamento, neppure si può affermare automaticamente che sia riconosciuto sempre e comunque un vero e proprio «diritto a morire», con tutti gli equivoci che una formula tanto generica porta con sé (al pari dell'opposto «dovere di salute») [43].

In secondo luogo, se la strada passa nel mezzo fra i due margini estremi, fattore chiave nella soluzione di simili problemi non può che essere il *test di bilanciamento fra i beni coinvolti*, come metodo d'azione privilegiato per una soluzione non esiziale dei conflitti.

Momento preliminare del bilanciamento è la c.d. «topografia del conflitto» [44], quindi, l'individuazione degli interessi in gioco e della loro estensione. E già in questa fase è possibile avere utili indicazioni del diverso «peso» posseduto da ciascuno di essi, a seconda di quali vengano in rilievo (la salute, i precetti di fede, la libertà morale, la vita, ecc.).

Non va però taciuto che, a un certo punto, si porrà comunque il grave problema di compiere una scelta, per quanto *tragica* essa sia. Anzi, una certa misura di «tragicità» è insita ed ineliminabile in ogni decisione che si pone per una società fondata su valori pluralistici: infatti, non si dovrebbe mai pretendere la rinuncia o la cancellazione integrale di uno dei valori fondamentali in gioco, ma ed eventualmente solo un suo *affievolimento* temporaneo [45].

A questo fine, ogni società ricerca e seleziona continuamente proprî metodi per ridurre la tragicità di alcune scelte, spesso combinandoli, ma con un risultato sempre parzialmente soddisfacente e, alla lunga, inadeguato. Ci si trova, in altri termini, di fronte ad un *paradosso*: il paradosso «di una società che è spinta a scegliere fra valori in conflitto, in un contesto generale in cui nessuno di questi può essere per lungo tempo abbandonato» [46]. La chiave di «sostenibilità» della

---

[42] Fermo restando che lo Stato costituzionale non è «assiologicamente neutrale» (*wertfrei*) e quindi può, anzi deve «indirizzare» verso un particolare modello di società. Sulla funzione necessariamente *prescrittiva*, e non solo *descrittiva*, della Costituzione – e con essa delle funzioni dello Stato costituzionale contemporaneo – cfr., per tutti, spec. A. SPADARO, *Costituzione (dottrine generali)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., II, 1630 ss.

[43] Cfr., molto chiaramente in tal senso, P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 385; più in generale, nell'immane bibliografia, v. le note pagine di H. JONAS, *Techniken des Todesaufschubs und das Recht zu Sterben* (1985), trad. it. a cura di P.P. Portinaro, Genova, 1991. Il rischio che si corre con simili riconoscimenti, a nostro sommesso parere, tuttavia, è quello di scivolare verso concezioni teorico-generali «neo-nichilistiche» e «relativistiche», i cui referenti più significativi nella dottrina costituzionalistica italiana, a ben vedere, probabilmente sono G. VOLPE, *Il costituzionalismo del Novecento*, Roma-Bari 2000, 256 ss. e F. RIMOLI, *Pluralismo e valori costituzionali. I paradossi dell'integrazione democratica*, Torino, 1999, *passim*.

[44] Cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti*, cit., 62 ss.

[45] V. sul punto, spec. A. SPADARO, *Bilanciamento*, in *Enc. filos.*, Milano, in corso di stampa.

[46] Cfr. G. CALABRESI-P. BOBBIT, *Tragic choices*, New York, 1978, trad. it. a cura di C.M.

scelta, pertanto, a nostro sommesso parere, è e non può che essere la *elasticità* del bilanciamento, ossia la sua mutevolezza secondo i casi concreti ed in rapporto alla tavola dei valori costituzionali; in una parola: (ancora una volta) la sua ragionevolezza [47].

In questa prospettiva, in terzo ed ultimo luogo, è forse possibile delineare – fra le molte – una chiave di lettura preferenziale (dichiaratamente *Wertgebundene*) nella ricerca dei criteri da impiegare nel bilanciamento in concreto. Tale proposta ruota attorno alla solita clausola del «rispetto della persona umana», vero pomo della discordia nella problematica in esame.

Nell'interpretazione che qui proponiamo, *si assume la sostanziale coincidenza del rispetto della persona con la salvaguardia della sua dignità*.

L'osservazione non suoni scontata, come, nei fatti, non è: a ben vedere, invocare il rispetto della persona ed il rispetto della sua dignità potrebbe non essere la stessa cosa [48]. Nel primo caso, è probabile che si apra uno spazio di libertà maggiore (tendenzialmente illimitato) per il singolo, la cui volontà andrebbe tutelata ad ogni costo, anche qualora andasse contro la sua dignità. Nel secondo caso, l'equiparazione suggerita potrebbe legittimare un contenimento della medesima volontà in nome del divieto di auto-degradarsi come persona, anche in rapporto alla «pari dignità» con gli altri consociati [49]: ciò sarebbe possibile riconducendo le aspirazioni e gli interessi del soggetto in ordine alla gestione della propria salute (o del bene della vita) ad una equilibrata valutazione

---

Mazzoni e V. Varano, Milano, 1986, 221 s. Al riguardo, v. pure le importanti affermazioni contenute nella citata sent. cost. n. 118 del 1996, spec. punti 4 e 5 del *considerato in diritto*.

[47] L'*adeguatezza* della scelta compiuta rispetto al «modo dei fatti», da un lato, ed alla «sfera dei valori costituzionali», dall'altro, è un concetto ricorrente nel pensiero di A. RUGGERI, del quale v., ad esempio, *Ragionevolezza e valori, attraverso il prisma della giustizia costituzionale*, in AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, a cura di M. La Torre e A. Spadaro, Torino, 2002, 97 ss. e, da ultimo, *Interpretazione costituzionale e ragionevolezza*, in *www.costituzionalismo.it*.

[48] V., infatti, M. LUCIANI, *Salute*, cit., 10, per il quale il «rispetto della persona» coincide «con il rispetto della libertà di scelta del singolo, che solo può fissare le modalità e il disegno del proprio essere «persona»», mentre il principio della «pari dignità sociale» fissato nell'art. 3 Cost. sarebbe un limite *esterno* alle scelte individuali. Analogamente, secondo F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari*, cit., 314, il canone in parola si risolverebbe «nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, *più di ogni altro valore* […] rappresentano il patrimonio più geloso ed autentico del singolo ed il contenuto della sua dignità» (c.vo nostro); nello stesso senso: A. ALGOSTINO, *I possibili confini*, cit., 3216 e D. MORANA, *La salute*, cit., 200 ss. V'è concordia, invece, sull'incidenza della formula in questione sulle modalità esecutive del trattamento, che dovrebbero naturalmente includere, ad esempio, il pieno rispetto del pudore e della riservatezza del soggetto sottoposto.

[49] Rispetto alla tesi di M. Luciani riportata alla nota precedente, identico è il risultato – impedire al singolo di autodegradarsi come persona – ma diverso è il percorso seguito: nella tesi avanzata nel testo, evidentemente, la conservazione della «pari dignità» con gli altri consociati è ritenuta un limite *interno* al «rispetto della persona». Così, pure G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 59 s.

di meritevolezza giuridica, secondo l'insieme dei valori costituzionali fondamentali.

Si badi: come già chiarito, chi scrive è ben lontano da ideologie paternalistiche, che ritengono il cittadino eternamente incapace di decidere per sé e, per questo, sostituiscono alla sua visione della vita quella che lo Stato ritiene «migliore». Non si tratta dunque di questo. Ma ciò non vuole dire che si debba automaticamente considerare rilevante dal punto di vista giuridico – addirittura, coprendola con la veste del «diritto fondamentale» – la pretesa del singolo alla degradazione ed all'annientamento della propria persona (anche in via indiretta: come *fine* cui tende l'esercizio di altri diritti, per es. di coscienza).

Crediamo, infatti, che la scelta irrevocabile degli ordinamenti di tipo costituzionale di porre al centro dei valori protetti la dignità della persona umana [50], impegni gli stessi alla protezione di tale bene (si diceva) «super-costituzionale» a prescindere da una esplicita richiesta in tal senso e, in casi estremi, anche in contrasto con i desideri del soggetto, nel senso – lo si ribadisce un'ultima volta – di non attribuire *automaticamente* a questa rilievo e tutela giuridica [51]. Se, poi, sarebbe probabilmente eccessivo considerare tale volontà illecita e vietata, parrebbe allora opportuno ridurla ad una *libertà «di fatto»* [52].

Tale lettura ci pare confortata dalla considerazione della dignità della persona come qualità intrinseca dell'essere umano, che possiede naturalmente una conformazione «bifronte»: di *diritto*, ma anche di *dovere* (si potrebbe dire: *onore* e *onere*), e nella quale le situazioni giuridiche attive e passive sono tutte unitariamente sussunte [53]. Se si ritiene, giustamente, che la dignità sia il «fine» delle li-

---

[50] Numerose sono le Costituzioni che fanno un esplicito riferimento al valore della dignità umana. Fra le molte, particolarmente significative sono: quella tedesca (art. 1, Cost. 1949), irlandese (preambolo, Cost. 1937), portoghese (art. 1, Cost. 1976), spagnola (art. 10, Cost. 1978), di varî Paesi latino-americani [Venezuela (preambolo, Cost. 1961); Bolivia (art. 6, Cost. 1967); Perù (preambolo, Cost. 1979)], oltre, naturalmente, a quella italiana (artt. 3, 36 e 41).

[51] Secondo M.C. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo*, in AA.VV., *Tutela della salute e diritto privato*, a cura di D.F. Busnelli e U. Breccia, Milano, 1978, 83, «la libertà di determinazione del soggetto in ordine al proprio corpo appare meritevole di riconoscimento fintanto che la determinazione non sia volta alla soppressione di sé od alla eliminazione di componenti essenziali della personalità».

[52] Cfr. sul punto, l'equilibrata posizione di R. ROMBOLI, *Sub art. 5*, cit., 243 ss.

[53] È la proposta ricostruttiva avanzata, in particolare, da A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit., 343 ss., i quali giungono a postulare anche l'esistenza – al fine della partecipazione del singolo alla vita sociale, contribuendo ai doveri di solidarietà – di un *«dovere» di essere libero* (cfr. p. 366 ss.). Che una responsabilizzazione dell'individuo di fronte alla propria dignità sia insita nell'idea di «libertà» accolta dalla nostra Costituzione, è sostenuto pure da G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto personale o della responsabilità individuale?*, in *Pol. dir.*, 1990, spec. 51 ss. A favore della identificazione nel super-valore della dignità umana della *summa* di diritti e doveri, si è espresso, poi, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza*, cit., 397 ss., il quale assume detto valore a perfetto simbolo del bilanciamento (la dignità «non è suscettibile

bertà costituzionali, non è logicamente scorretto aggiungere che essa ne sia anche il «con-fine»[54], impedendo che l'*uso* delle stesse libertà sia rivolto alla degradazione giuridica della persona, trasformandosi in un'esaltazione e, alla fine, in un *abuso* ai danni della stessa.

8. *Segue*. Alcuni esempi concreti

Se si adotta questo duplice criterio – rispetto della persona come rispetto della sua dignità e dignità umana come limite/confine delle libertà – diventa allora necessario differenziare le singole ipotesi in cui un atto di disposizione della propria salute (e, al limite, della vita) possa considerarsi coerente con il quadro dei valori costituzionali o con essi in più o meno profonda disarmonia. Al riguardo, infatti, nessuna scelta è identica, per motivazioni e significato, ad un'altra. Siamo consapevoli di entrare, così, in un «campo minato» – ricco di intersezioni fra certezza del diritto, scelte politiche ed implicazioni etiche – rispetto al quale ci muoviamo con estrema cautela.

In altri termini, ci pare sia possibile e, per certi versi, anche doveroso[55], distinguere fra chi deliberatamente sceglie di pregiudicare il proprio stato di salute (fino a compromettere la vita stessa), per gioco, per rifiuto di sé, per disperazione oppure a fini fraudolenti[56], e chi invece lo fa in consapevole e fedele obbedienza ad un precetto religioso[57], o per difendere la Patria (art. 52 Cost.), o ancora per salvare la vita di qualcun altro[58]. Si noti che quest'ultima considerazione non è in contrasto con quanto osservato poco prima: qui la perdita della salute o della vita

---

di bilanciamento perché *è in se stessa bilanciamento*»: p. 401, c.vo aggiunto). Ma, sul punto, v. pure le indicazioni bibliografiche fornite *retro*, in nt. 34.

[54] Per questa osservazione, v. ancora A. Ruggeri-A. Spadaro, *Dignità dell'uomo*, cit., 347. L'espressione «degradazione giuridica» della persona ritorna anche nella giurisprudenza costituzionale: cfr. la sent. n. 99 del 1980.

[55] Cfr., sul punto, P. Bellini, *Aspetti costituzionali*, cit., 58 ss.

[56] Come nel caso dell'automutilazione cui si ricorra per riscuotere, appunto con intenti fraudolenti, l'eventuale premio dalla compagnia di assicurazione (art. 642, comma 2, c.p.) o per sottrarsi, permanentemente o temporaneamente, all'obbligo del servizio militare (artt. 157, 158 e 242 cod. pen. mil. pace).

[57] Si ricordi quanto sopra osservato con riferimento all'importanza della salute «spirituale» (§ 13). Ovviamente, nel ragionamento condotto nel testo va aggiunto: *purché non si nuoccia ad altri*. Infatti, mentre rientra nel caso considerato il sacrificio di chi accetta di lasciarsi uccidere pur di non uccidere a sua volta, è fuori dal presente discorso l'ipotesi del kamikaze suicida.

[58] Vengono in mente le vicende, davvero toccanti ed esemplari, delle madri che scelgono di non curarsi da malattie che implichino il rischio, anche altissimo, di morte pur di non mettere a repentaglio il buon esito della loro gravidanza, anteponendo – con grandissimo coraggio e generosità – il bene del nascituro al proprio.

non è il fine della propria azione, ma solo la *conseguenza inevitabile* dell'esercizio di un diritto (o dell'adempimento di un dovere) costituzionalmente tutelato.

In una vera e propria zona grigia si colloca la scelta di chi, affetto da una malattia terminale, rifiuti in coscienza cure ancora utili, per affrontare *dignitosamente* il momento della «fine della vita» e non prolungare ulteriormente e artificialmente la propria esistenza e le proprie sofferenze (si pensi, ad esempio, alla nota questione dell'accanimento terapeutico). In casi del genere, riteniamo che la volontà del soggetto – al solito: informata, cosciente e libera – sia da privilegiare e vada rispettata, ma avendo ben presente due cose. La prima, che detta volontà andrebbe preferibilmente espressa, o almeno bisognerebbe verificarne la permanenza, fino all'ultimo momento utile, evitando così di basarsi soltanto su «consegne» affidate a testamenti biologici, magari troppo lontani nel tempo. La seconda, che tale ipotesi dovrebbe mantenersi distinta dai casi di intervento «attivo» del personale sanitario, appositamente richiesto dal malato, volto ad abbreviare la vita dello stesso; ossia andrebbe evitato di scivolare verso il distinto piano dell'eutanasia attiva[59].

9. Conclusione

In conclusione, ci sembra necessario uscire dalla miope e sterile alternativa «dovere di salute»/«diritto di morire». Né l'uno né l'altro trovano sicuro ed esclusivo spazio – così formulati – nel nostro ordinamento costituzionale, *il quale ha tradotto nel delicato equilibrio di diritti e doveri* (cfr., per tutti, l'art. 2) *l'immagine di uomo e di società avuta di mira dai costituenti*, alla cui costruzione un'influenza decisiva è indubbiamente da riconoscere alla corrente del personalismo cattolico[60].

Pertanto, se non è consentito al singolo di sottrarsi a suo piacere all'adempi-

---

[59] In questo senso ci sembrano equilibrate le posizioni espresse da A. D'Aloia, *Diritto di morire? La problematica dimensione costituzionale della «fine della vita»*, in *Pol. dir.*, 1998, spec. 610 ss. e C. Salazar, *Dal riconoscimento*, cit., 117, per i quali – se abbiamo bene inteso – sarebbe concepibile un limitato riconoscimento del diritto a morire come libera scelta dello stile «migliore» di vita. Più in generale, sull'argomento, v. da ultimo C. Tripodina, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004, 117 ss. e *passim*.

[60] Molto utile da questo punto di vista è, fra le altre, l'indagine condotta da F. Pizzolato, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999. Il contributo dei cattolici all'Assemblea costituente non è, naturalmente, l'unico degno di rilievo; com'è noto, soprattutto in passato, la dottrina si è soffermata sull'impronta data all'intero testo della Carta del 1947 da altre correnti ideologiche: cfr., ad esempio, le diverse ricostruzioni di G.U. Rescigno, *Costituzione italiana e Stato borghese*, Roma, 1975 e C. Lavagna, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977. Va da sé, tuttavia, che una lettura storica del substrato culturale della nostra Costituzione che non voglia essere «parziale» deve tenere adeguatamente conto di tutte le matrici politico-ideologiche presenti in Assemblea e finanche, più in generale, della cultura dei costituenti. V., sul punto, i ricchi contributi presenti in AA.VV., *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, I e II, a cura di U. De Siervo, Bologna, 1980.

mento dei doveri inderogabili posti in Costituzione a vantaggio del bene comune – quale che sia l'interpretazione da ritenere preferire circa la loro portata [61] – bisogna ammettere che anche per la salute, al pari degli altri diritti costituzionali contemplati nella nostra Carta, esistano *profili di doverosità*. Tali profili emergono più chiaramente quando le scelte individuali circa il proprio stato di salute coinvolgano diritti o interessi di terzi, ma potrebbero essere in una certa misura presenti – seppur in forme più rarefatte – quando è in gioco la sola sfera giuridica del titolare del bene in questione, se il modo in cui egli «gestisce» la propria condizione ridonda in una possibile degradazione della dignità che a lui *naturaliter* spetta in quanto persona umana, e che l'ordinamento non può certo «costituire», ma soltanto riconoscere e – appunto – proteggere.

Ribadiamo che quella qui espressa è solo *una* proposta ricostruttiva, la quale ci sembra, nel suo complesso, compatibile con il sistema dei valori costituzionali, ma non pretende di essere l'*unica* in assoluto plausibile.

Comunque, un interessante spunto nel senso indicato potrebbe forse trarsi dalla menzionata sent. n. 180 del 1994 della Corte costituzionale, in materia di libertà circolazione. Sebbene riferita ad una fattispecie diversa dal diritto alla salute e con riguardo ad un'imposizione non particolarmente gravosa (l'uso obbligatorio del casco per la guida di ciclomotori), l'affermazione di principio espressa in un passaggio centrale della motivazione ci pare fornisca ugualmente un utile punto di appoggio alla ricostruzione qui proposta [62].

Il giudice costituzionale dichiara, infatti, di non condividere la tesi avanzata dal remittente,

> «per la quale l'ingerenza statale nella sfera del cittadino sarebbe consentita solo se sia posto in pericolo il diritto alla salute di terzi individui, mentre quando 'la collettività nei confronti della salute dell'individuo vanta un mero interesse' sa-

---

[61] Infatti, è discusso in dottrina se, una volta accolta una lettura tendenzialmente estensiva del riconoscimento dei «diritti inviolabili», possa darsene una eguale della clausola dei «doveri inderogabili» o se, all'opposto, quest'ultima debba rimanere soggetta ad un'interpretazione rigorosamente restrittiva. A favore della prima tesi: C. LAVAGNA, *Basi per uno studio delle figure giuridiche soggettive contenute nella Costituzione* (1953), in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 753; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione italiana*, Milano, 1968, 91 ss. (seppur con una posizione articolata); A. BARBERA, *Sub art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Princìpi fondamentali*, cit., Bologna-Roma, 1975, 97 ss.; E. BALBONI, *Diritti sociali e doveri di solidarietà*, in *Il Mulino*, 1987, 711; A. RUGGERI-A. SPADARO, *Dignità dell'uomo*, cit., 365 ss.; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003[3], 55 ss.; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato*, cit., 209 ss.; F. GIUFFRE, *La solidarietà*, cit., 223 ss. Per la seconda: G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 39 ss.; G. GEMMA, *Sterilizzazione*, cit., 255; P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., 68 (modificando, così, l'opinione precedentemente espressa ne *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, 148: cfr., al riguardo, P.F. GROSSI, *I diritti di libertà ad uso di lezioni*, I, 1, Torino, 1991[2], 52, nt. 11).

[62] La decisione è giustamente segnalata anche da G. PELAGATTI, *I trattamenti*, cit., 58.

rebbe «illegittima ogni imposizione o limitazione» di diritti di libertà, come quello 'di circolazione ed in genere di estrinsecazione della personalità'» [63].

Al contrario, la Corte reputa non irragionevoli le limitazioni prescritte dal legislatore per tutelare la salute individuale – obbiettivo, si precisa, che *è* interesse della collettività perseguire – considerando anche che la scelta individuale in ordine alla «cura» (in senso ampio) della propria salute non si esaurisce mai nella sua sfera giuridica ma produce comunque conseguenze non indifferenti sulla collettività, almeno in termini di risorse da impiegare per sostenere le attività sanitarie e di assistenza che si rendessero eventualmente necessarie in presenza di un concreto pregiudizio per la salute del soggetto, generato dalla sua stessa condotta [64]. Il caso riportato è, evidentemente, ben più modesto di altri, assai controversi. Ma non appare del tutto inutile.

In molte ipotesi, è l'effettiva «sproporzione» fra sacrificio imposto (modesto) e vantaggio conseguito (alto) che può fare la differenza fra ammettere e rifiutare un intervento impositivo dello Stato. Come sempre, finisce con l'essere *una questione di ragionevolezza*.

Insomma, pur nella giusta prospettiva liberale e personalista che fa dell'uomo il fine e non il mezzo dell'azione sociale, è difficile eludere la constatazione che in una società – colta nella sua dimensione storico-reale – che *vuole* mantenersi coesa (e, quindi, che *deve* essere solidale), non esiste «la collettività» da un lato e «il singolo» dall'altro, poiché *tout se tient*.

Da questo punto di vista, come nel romanzo di Stevenson, anche nel mondo del diritto non esiste, alla fine, un Dr. Jekyll senza un Mr. Hyde, e non è certo fenomeno di «disturbo della personalità» o una questione di «dissociazione psicopatologica». In altri termini, in relazione ai diritti fondamentali – a nostro sommesso parere – non si dà alcuna «doppia vita»; al contrario, essi «vivono» in un'esistenza *unitaria* delle (pur articolate) dimensioni che, quasi ad esprimere una continua tensione fra contrapposte polarità, li caratterizzano.

Difatti, come si è abbondantemente visto, il super-valore della dignità umana racchiude in sé, contestualmente, esigenze di libertà e vincoli di solidarietà. In un ordinamento autenticamente «costituzionale», né alle une né agli altri è legittimo rinunciare.

---

[63] Punto 5 del *considerato in diritto*.

[64] Osserva la Corte: «Non può difatti dubitarsi che tali conseguenze si ripercuotono in termini di costi sociali sull'intera collettività, non essendo neppure ipotizzabile che un soggetto, rifiutando di osservare le modalità dettate in tale funzione preventiva, possa contemporaneamente rinunciare all'ausilio delle strutture assistenziali pubbliche ed ai presidi predisposti per i soggetti inabili». Similmente – per quanto il ragionamento possa sembrare freddo e di puro calcolo utilitaristico – può dirsi che neanche la decisione del suicida di togliersi la vita è, da questo punto di vista, una scelta che rimane nella esclusiva sfera individuale, impegnando il servizio pubblico (il personale medico-sanitario, le forze dell'ordine, la magistratura, ecc.) a destinare all'accadimento energie e risorse che vengono, conseguentemente, distratte da altre esigenze pubbliche.

SUL NECESSARIO CARATTERE «GLOBALE» (E NON SOLO INTERNO) DEI *DOVERI* NELLO STATO COSTITUZIONALE CONTEMPORANEO

ANTONINO SPADARO

SOMMARIO: 1. L'esistenza di una doverosità costituzionale verso l'esterno. – 2. Doveri globali e solidarietà costituzionale. – 3. Verso una *governance* del mondo e dunque verso un «diritto costituzionale globale». – 4. Dai *diritti* «individuali» ai *doveri* «globali». – 5. Il rischio che istituzioni globali favoriscano un'omogeneizzazione culturale globale. Necessità che comunque si prevedano forme di giustizia distributiva internazionale. – 6. L'*etero-centrismo* quale fondamento laico e interculturale di una teoria dei doveri globali e della giustizia distributiva internazionale.

1. L'ESISTENZA DI UNA DOVEROSITÀ COSTITUZIONALE VERSO L'ESTERNO

L'anno scorso, all'assemblea del Gruppo di Pisa, avevo proposto il tema dei *doveri costituzionali*, tema che poi è stato accolto: sono dunque particolarmente interessato allo svolgimento del convegno.

Tuttavia desidero sottolineare, molto brevemente, un aspetto della problematica dei *doveri costituzionali* che non mi pare sufficientemente evidenziato nel corso dei nostri lavori.

Continuare, infatti, a soffermarci sui doveri costituzionali esclusivamente nella prospettiva, tutta nazionale, del diritto «interno», rivolto per altro ai soli soggetti interni dell'ordinamento, mi sembra necessario ma appunto insufficiente; anzi, in fin dei conti, tale approccio risulta piuttosto miope, se non addirittura storicamente datato.

È vero invece che, proprio da un punto di vista giuridico, il diritto costituzionale italiano, come molti altri dell'età contemporanea, prevede (esplicitamente o implicitamente) anche una *doverosità verso l'esterno*, ossia verso popoli e Paesi diversi dall'Italia: basti solo pensare agli artt. 10, comma 3, sui doveri di ospitalità verso lo straniero («Lo straniero, al quale sia impedito nel suo Paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge»), 10, comma 4, sui limiti al potere di estradizione («Non è ammessa l'estra-

dizione dello straniero per reati politici»), o alla seconda parte dell'art. 11 della nostra Carta, in cui coraggiosamente l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo».

2. Doveri globali e solidarietà costituzionale

Purtroppo la riflessione dottrinale su tale complesso profilo, che per comodità definisco «esterno», appare al momento, con poche eccezioni, ancora carente, trattandosi di un terreno inesplorato, oggetto di escursioni/incursioni, fra gli altri, degli internazionalisti e dei costituzionalisti, senza che nessuna disciplina l'abbia mai presidiato stabilmente. Per converso, non v'è dubbio che andrebbero meglio studiate, da tutti e secondo molteplici prospettive, le forme attraverso cui si sostanzia questo particolare tipo di *doverosità costituzionale*, assolutamente fondamentale ed oggi di crescente importanza.

Non è facile l'interpretazione del generale *dovere* costituzionale di solidarietà in attuazione dei *diritti* inviolabili dell'uomo di cui parla l'art. 2, i quali richiedono, di conseguenza, l'adempimento «dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». È appena il caso di accennare, per esempio, alla profonda diversità che intercorre tra l'opera di assistenza e ricostruzione svolta da ONG (Organizzazioni non governative) italiane e quella posta in essere attraverso il meccanismo e la procedura degli AUS (Aiuti Ufficiali allo Sviluppo) governativi; oppure ancora tra un intervento civile e umanitario tradizionale richiesto dall'ONU e un intervento di polizia militare o *peace keeping* (*peace-making*, *peace-building*, *peace-enforcement*), anch'esso richiesto dalle Nazioni Unite, ma con caratteristiche giuridiche, politiche e organizzative decisamente meno consensuali e ben più assertive.

Si tratta, con ogni evidenza, di modi profondamente «diversi» di realizzare un apparentemente identico, e spesso solo intrinseco, *dovere* insieme costituzionale e internazionale di solidarietà. Soprattutto, mi sembra che tutte queste problematiche dovrebbero essere approfondite dai giuristi, non solo nella ordinaria prospettiva internazionalistica, ma secondo il particolare e diverso punto di vista della c.d. *doverosità costituzionale*.

3. Verso una *governance* del mondo e dunque verso un «diritto costituzionale globale»

La verità – la cui portata non sempre è percepita, almeno dalla dottrina italiana, sia essa costituzionalistica che internazionalistica – è che, come il *diritto pub-*

blico comunitario ormai viene oggi ragionevolmente considerato una sorta di *diritto costituzionale europeo*, così l'insieme dei diritti e degli obblighi che vincolano, anche attraverso atti costituzionali interni, gran parte degli Stati e dei popoli del mondo, può essere considerato una sorta di «embrione» di un *diritto costituzionale globale*, la determinazione dei contorni del quale è ancora incerta, ma la cui crescente influenza e rilevanza giuridica, interna ed esterna, non può più ignorarsi: si pensi solo alle decisioni prese all'interno del potente «quadrilatero» costituito da: FMI (Fondo Monetario Internazionale) – OMC (Organizzazione Mondiale per il Commercio) – BM (Banca Mondiale) – CPI (Corte Penale Internazionale).

E non è affatto vero, come forse traspare da qualche intervento, che si tratti sempre di *soft law*, visto che molte delle decisioni prese da tali enti si traducono in vincoli giuridici assai penetranti: basti pensare, per esempio, alle sanzioni applicate dall'organizzazione mondiale per il commercio, che nessuno dubita essere *hard law*. In realtà, buona parte della *governance* «giuridica» del mondo dipende dalla volontà «politica» (e dalle sottostanti esigenze «economiche» che, purtroppo, ne condizionano in modo determinante la portata).

In ogni caso esiste un campo giuridico – quello ricordato della doverosità internazionale – che non è ancora sufficientemente studiato dal punto di vista costituzionalistico.

4. Dai *diritti* «individuali» ai *doveri* «globali»

In una prospettiva più generale, il mio punto di vista è che dai costituzionalisti sia stato fin troppo approfondito il tema dei *diritti* fondamentali (in relazione al quale non mancano le Carte internazionali), ma non a sufficienza a quello dei *doveri* fondamentali (su cui le stesse Carte internazionali latitano). È evidente, invece, che un'organica teoria generale della giustizia, interna e internazionale, non può essere che il frutto «combinato» di due teorie particolari necessariamente interdipendenti: dei diritti e dei doveri. Le attuali teorie generali, infatti, tentano di reggersi solo su «una gamba» (mancando di solito l'altra gamba, quella dei *doveri*) e saltellano solo all'interno di un piccolo «cortile» (mancando di solito l'inquadramento *globale*, che per converso ormai caratterizza fortemente il diritto contemporaneo, che solo in parte è nazionale).

La teoria generale della giustizia di cui parlo è, essenzialmente ancorché non esclusivamente, una teoria della *giustizia distributiva internazionale*, che toglie ai (troppo) ricchi per dare ai (troppo) poveri e che riduce la spesa in alcuni settori (per esempio: militare) a favore di altri (per esempio: sanità). Spesso, ormai, faccio lo stesso emblematico esempio, che a qualcuno potrà sembrare demagogico, ma non vuole esser tale: poiché il *budget* per la Difesa per l'anno fiscale 2006 previsto dall'amministrazione americana (USA) ammonta all'astronomica cifra – mai prima raggiunta e persino di difficile comprensione, visto l'ordine di grandezza – di ben 419,3 miliardi di dollari (4,5% in più, ovvero 11 miliardi di dollari in più, ri-

spetto al 2005) e poiché l'OMS oggi reputa che siano sufficienti 3 miliardi di euro l'anno per estirpare l'AIDS dal mondo, equiparando per comodità il valore dell'euro a quello del dollaro, basterebbe che l'amministrazione americana cominciasse a «rinunciare» all'incremento di circa 3 miliardi di dollari (su 11) l'anno – appena allo 0,7% dell'intero bilancio della sola difesa – destinandoli allo scopo ricordato, per ottenere un risultato veramente storico e straordinario per tutta l'umanità. Gli esempi si potrebbero moltiplicare. In ogni caso portano tutti alla conclusione che non esistono veri *diritti individuali* senza concreti *doveri globali*.

In questo senso, a me sembra che addirittura tutta la classica problematica dei *diritti* fondamentali «individuali» si sia, talora impercettibilmente, evoluta/trasformata/tradotta – in un vero e proprio gioco di specchi riflessi – in quella speculare dei *doveri* fondamentali «globali». Tale graduale e spettacolare metamorfosi appare ormai inevitabile alla luce degli effetti squisitamente costituzionali dell'attuale processo di globalizzazione dell'economia, che in qualche modo ha trascinato, o tende a trascinare, con sé anche politica e diritto.

In breve ed in sintesi, nella dottrina più sensibile e avanzata, soprattutto europea, è cambiata la «prospettiva» da cui guardare al diritto costituzionale (nazionale). Non è un mutamento da poco. In tale nuovo quadro teorico-generale, i tre momenti della «globalizzazione» (*Mondialization/Globalization*), della «post-globalizzazione» e della «globalizzazione post-egemonica» sono, a ben vedere, *fasi* internazionali del diritto costituzionale contemporaneo.

Di più: la ben nota e antica labilità della distinzione fra diritto privato e diritto pubblico insieme allo stretto, e più recente, nesso esistente fra *global law* e *local law* sono fenomeni di tale rilevanza pratica e teorico-generale che le tradizionali categorie giuridiche sono quasi tutte «saltate», a vantaggio di branche di studi necessariamente interdisciplinari.

È il tempo, insomma, del diritto globale. E il tempo del diritto globale è anche il tempo dei *doveri* giuridici globali. Quindi, sia pure solo *in nuce*, è il tempo – anche se qualche giurista tradizionalista arriccerà, o storcerà, il naso – del *diritto costituzionale globale*.

5. Il rischio che istituzioni globali favoriscano un'omogeneizzazione culturale globale. Necessità che comunque si prevedano forme di giustizia distributiva internazionale

Le ragioni della povertà o lacunosità – non degli studi sui doveri (anche se non è che, poi, scorrano in merito fiumi di inchiostro), ma – degli studi sui *doveri costituzionali globali* sono molte. Rinviando l'elencazione ad altra sede monografica, dove tutti i temi qui affrontati sono meglio esaminati, accenno ad una che mi pare spesso sia sottesa implicitamente.

L'idea di doverosità – soprattutto di una *doverosità globale* – sembra, in qualche modo e certo involontariamente, richiamare teorie e concezioni del mondo

in cui si privilegia una dimensione etica forte, a tutto danno del principio di libertà individuale, che invece domina incontrastato quantomeno l'universo culturale, pur pluralistico, dei valori occidentali. In particolare, la sola idea di *dovere* – a maggior ragione di dovere *globale* (che dunque pretenda di vincolare soggetti con culture e storie diverse) – fa temere a molti il Leviatano di una dittatura mondiale, sotto forma di omogeneizzazione, o appiattimento, culturale strisciante.

I rischi ci sono e bisogna pararli. Ma continuo a credere che – di fronte alle colossali e troppo spesso ingiustificate disuguaglianze che esistono sulla terra, al disastro economico, sanitario, alimentare, ecologico, ecc. del Terzo e Quarto mondo – urge pure una coerente ed organica teoria generale della giustizia, e segnatamente della *giustizia distributiva internazionale*. Teoria, si ribadisce, che abbisogna di un forte richiamo al concetto giuridico di *dovere*.

Non si tratta, dunque, di dar vita all'orrore totalitario di uno «Stato etico globale», ma di porre le premesse affinché, gradualmente e consensualmente, anche sul piano internazionale vengano meno gli egoismi nazionalistici e si affermino concretamente doveri – si badi: *costituzionali* – di solidarietà internazionale, al pari di quanto accade all'interno degli Stati quando, alle pulsioni narcisistiche e ipersoggetivistiche individuali, si sostituisce un principio di doverosità/solidarietà collettiva (v., per esempio, in Italia il concetto di «progressività» delle imposte: art. 53 Cost.). Ciò dovrebbe avvenire, non attraverso l'istituzione statica e pericolosa di un pur democratico governo mondiale, ma attraverso un lungo e complesso processo di *governance* mondiale, che tenga conto dei diritti di *tutti* i popoli di *tutte* le generazioni, anche di quelle «future».

Serve dunque, non solo un'*economia* globale «sostenibile», ma un *diritto* costituzionale globale «sostenibile».

È una vera e propria impresa, naturalmente, che esige straordinario coraggio, anzi audacia intellettuale da parte dei giuristi, e segnatamente dei costituzionalisti, almeno di quelli che intendono il loro mestiere non solo in senso tecnico, ma *engagée*, «impegnato». E siccome il diritto costituzionale contemporaneo (come le stesse Costituzioni, del resto) non è «neutro», ma assiologicamente pregnante e orientato verso la costruzione di ordinamenti giuridici democratici, liberali, pluralisti e personalisti, penso si possa dire che, in fondo, i costituzionalisti devono solo «estendere», in collaborazioni con gli studiosi di altre discipline, il loro campo di studio e di intervento, prendendo atto dell'esistenza di una prospettiva «globale» dell'ordine giuridico (e quindi economico e politico).

6. L'*ETERO-CENTRISMO* QUALE FONDAMENTO LAICO E INTERCULTURALE DI UNA TEORIA DEI DOVERI GLOBALI E DELLA GIUSTIZIA DISTRIBUTIVA INTERNAZIONALE

Quale possa essere il «fondamento» filosofico-culturale di tale nuovo *ordine costituzionale globale* – ma meglio sarebbe dire del processo storico che gradualmente e consensualmente mira alla realizzazione di un tale ordine – non è facile dire. Certo è difficile negare che comunque sempre più avremo a che fare con *doveri globali*. Come regolarsi?

In primo luogo, eviterei di ricondurre *essenzialmente* all'Occidente qualsivoglia tipo di «fondazione», senza per questo ignorare e dimenticare il contributo assolutamente decisivo che tale universo culturale ha dato e dà al ricordato processo. Ciò comporta l'adesione convinta, non superficiale, a una prospettiva metodologica non semplicemente *multi-culturale*, ma ben più profondamente e umilmente *inter-culturale*.

In secondo luogo, eviterei di richiamare – quale decisivo fattore di fondazione – la dimensione *religiosa*, senza per questo dimenticare che la tutela di tale dimensione è fondamentale per un integrale sviluppo della persona umana e senza ignorare il contributo che il fenomeno, di crescente importanza, dell'ecumenismo può dare al costruendo ordine del mondo.

Semplicemente – riconoscendo il peso e l'influenza che hanno «altri» livelli (religiosi, culturali, ecc.) di integrazione e dialogo sul piano globale – sembra di poter dire che la fondazione del processo che può portare ad un nuovo e più giusto, o meno ingiusto, ordine giuridico-costituzionale del mondo, formalmente debba essere *laica* e *inter-culturale*.

In particolare, per quanto, sul piano personale, possa esser convinto dell'importanza del messaggio cristiano per la realizzazione del valore della giustizia nel mondo, ho molti dubbi che si possa utilizzarlo, *sic et simpliciter*, per lo scopo.

È senz'altro vero che il mero e universale principio del *neminen laedere* («non fare agli altri ciò che non vuoi sia fatto a te») risulti, da solo, insufficiente per la costruzione di una teoria della giustizia (distributiva) globale. Ed è pure vero che il più evoluto principio, risalente alla tradizione ebraica, dell'*amore del prossimo* («ama il prossimo tuo come te stesso»: Levitico 19, 18 e poi Mt. 22, 39), che pure va ben oltre il *neminen leadere*, forse nemmeno ancora basti, da solo, allo scopo, sicché sembrerebbe necessario un «di più» – che è proprio ed esclusivo della religione cristiana («amate i vostri nemici»: Lc. 6-27 e Mt. 5,43-44) – per risolvere in radice tutti i problemi di «fondazione» di un ordine globale.

Tuttavia resta sempre il «rischio» di colonizzazione/omogeneizzazione culturale che tale ipotesi di «fondazione» porta, pur involontariamente, con sé. Meglio, dunque richiamarsi, semplicemente al principio *laico*, *universale* e *inter-culturale*, di *eterocentrismo intergenerazionale*, ovviamente contrapposto all'*autocentrismo* nazionalistico e mono-generazionale.

In ogni caso – quale che sia la fondazione filosofica di una «teoria giuridico-costituzionale» dei *doveri globali* – essa costituisce la premessa necessaria per il

mondo che ci attende. Ed è un punto che, per quanto sia straordinariamente complesso, mi pare giusto venga ricordato in un convegno dedicato proprio al tema dei «doveri costituzionali».

N.B.: Per gli approfondimenti necessari, anche in senso bibliografico, di tutte le complesse problematiche accennate in questa comunicazione, sia consentito rinviare al mio *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'età della globalizzazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2005. Ma v. anche i miei: *«Nucleo duro» costituzionale e «teoria dei doveri»: prime considerazioni*, in AA.VV., *Giurisprudenza costituzionale e princìpi fondamentali: alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni*, a cura di S. Staiano, Giappichelli, Torino, 2006, 779 ss., e *Dall'*indisponibilità *(tirannia) alla* ragionevolezza *(bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di* doveri *altrettanto fondamentali*, in *Pol. del dir.*, 1, 2006, 167 ss. Al di là della bibliografia riportata nei lavori ricordati, desidero qui ricordare esplicitamente, fra tutti, R. PANIKKAR, *Pace e interculturalità. Una riflessione filosofica*, Jaca Book, Milano, 2002.

NOTE IN TEMA DI LIBERTÀ DI MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E «ESPRESSIONI INFEDELI» TRA DEMOCRAZIE PROTETTE, REATI DI OPINIONE E GARANZIA DELLA SICUREZZA

ELETTRA STRADELLA

SOMMARIO: 1. Introduzione: modelli di democrazia e modelli di fedeltà (in riferimento alle limitazioni della libertà di espressione). – 2.1. La «protezione della democrazia» in Italia. – 2.2. La fedeltà psicologica nei reati di opinione ed il ruolo della causalità. – 3. Raffronto con il sistema tedesco: differenze «metodologiche» e «qualitative» (cenni). – 4. Libertà di parola e «diritto» a non avere paura nelle circostanze straordinarie: la geometria variabile della fedeltà e il caso statunitense. – 5. Alcune considerazioni d'insieme.

1. INTRODUZIONE: MODELLI DI DEMOCRAZIA E MODELLI DI FEDELTÀ (IN RIFERIMENTO ALLE LIMITAZIONI DELLA LIBERTÀ DI ESPRESSIONE)

Non è certamente questa la sede per una trattazione esaustiva del dibattito, dalle origini risalenti e di costante attualità, teso ad individuare i punti di equilibrio e di risoluzione di quel paradosso insito nella democrazia (costituzionale), ed altrettanto nella tolleranza (nella sua accezione più «attivamente pluralista»), che, sul versante soggettivo e pubblico, implica il contenimento del potere democraticamente costituito nei limiti posti a livello costituzionale – limiti in continua potenziale espansione fino ad un ipotetico svuotamento del contenuto stesso della democrazia [1] – e, sul piano relazionale, tende ad ammettere vere e proprie deroghe alla libertà ideologica fondate sulla natura tollerante o meno delle idee introdotte nel circuito democratico dai soggetti che intendono parteciparvi [2].

---

[1] Su questo cfr. G. ZAGREBELSKY-P. PORTINARO-J. LUTHER, *Il futuro della costituzione*, Torino, 1996, ed in particolare il contributo di S. HOLMES., *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia*, 169 ss.

[2] È di straordinaria chiarezza l'illustrazione del concetto operata da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990; l'Autore, peraltro, fa riferimento al pensiero di Locke per offrire esem-

La scelta di fondo nel presente intervento è quindi quella di riprendere alcune delle numerose ed ampie sollecitazioni offerte dalla discussione che ha animato l'Atelier sul tema del «dovere di fedeltà alla patria», alla ricerca di un contenuto esistente, ma non troppo ingombrante, della fedeltà di cui all'art. 54 Cost., tentando, per quanto sommariamente, di individuare i principali snodi del rapporto tra libertà di espressione e garanzia dell'autoconservazione statuale, oltre che i possibili bilanciamenti [3] tra promozione dei valori repubblicani e tutela del dissenso.

A questi fini, sembra particolarmente utile tenere presente una tripartizione di recente autorevolmente tracciata [4], che sembra considerare la possibile presenza nel panorama degli ordinamenti statuali di tre modelli indicanti il grado di protezione dei propri metaforici confini costituzionali, e quindi, *amplius*, il li-

---

pio di quelle tesi «prudenziali» (si richiama qui la lettura di M. WALZER, *Sulla tolleranza*, Roma, 1998) che conducono ad una reciprocità della tolleranza, e quindi alla negazione della stessa nei confronti di coloro che, spesso per l'assolutezza ed il dogmatismo delle proprie posizioni ideali, non concepiscano l'ammissibilità anche teorica delle opinioni altrui.

[3] Non ci si riferisce qui, evidentemente, a bilanciamenti nella loro dimensione processuale, poiché, coerentemente con una parte della dottrina soprattutto statunitense (v., *ex multis*, le riflessioni più specifiche e puntuali di FRANTZ, *Is the first Amendment law?*, in *California Law Review*, vol. 51, 1963, 729-754, e NIMMER, *The right to speak from time to time: first amendment theory applied to libel and misapplied to privacy*, in *California Law Review*, vol. 56, n. 4/1968, 935-967, oltre che, per l'apertura del dibattito, di L.B. FRANTZ, *The First Amendment in the Balance*, *Yale Law Journal*, vol. 71, 1962, 1424 ss. In Nimmer vengono sollevate tre fondamentali obiezioni all'utilizzo dell'*ad hoc balancing*: la prima relativa al fatto che una tecnica del genere possa esistere in assenza di regole, quando si pongano in comparazione *interessi* in una situazione di incertezza normativa che risulta pericolosa quanto inapplicabile nell'ambito dello *speech*, poiché tendenzialmente disincentivante verso i soggetti «meno coraggiosi» – e quindi forse non meno razionali, anzi più moderati – ad entrare nel *marketplace of ideas*. La seconda, incentrata su valutazioni di tipo essenzialmente empirico dei casi in materia di *free speech*, da cui si constata, in presenza di un utilizzo della tecnica suddetta, la tendenziale sconfitta della libertà. La terza relativa ad un problema di legittimazione, autentica, ma ancora più «autopercepita», del potere giudiziario. Si noti d'altro canto che la critica di Nimmer, a differenza ad esempio di quella di Bickel, espressa nel noto *The least dangerous branch* del 1962, è rivolta esclusivamente all'*ad hoc balancing*, e non in generale alle tecniche di *balancing* – come sviluppatesi tra l'altro nella significativa pronuncia della Corte Suprema in *New York Times Company* v. *Sullivan* (in cui questo sia utilizzato non per comprendere chi nel caso di specie «abbia ragione» tra le parti, ma per individuare quale *speech* sia o meno coperto dalla garanzia del I emendamento). Tra gli altri infatti, Nimmer ritiene che, nel caso in cui si ponga in questione il diritto alla manifestazione del proprio pensiero, non possano essere utilizzate tecniche di bilanciamento, in particolare se *ad hoc*, che tenderebbero a privilegiare lo *status quo* ideologico espresso dalla maggioranza detentrice del potere, e quindi a determinare una sorta di posizione di debolezza di partenza per l'autore della «parola», rispetto all'altro interesse in gioco, evidentemente di dimensione pubblica.

[4] Cfr. A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia tra libertà e sicurezza*, in A. DI GIOVINE (a cura di), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, che riprende ed integra una prima distinzione precedentemente delineata in A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero. Linee di riflessione teorica e profili di diritto comparato come premesse a uno studio sui reati d'opinione*, Milano, 1988.

vello (non ingenuo ma consapevole) di apertura della società alle minacce che possano minarne le fondamenta. Il primo costituito dalle c.d. *democrazie protette*; il secondo individuabile nelle democrazie che introducono all'interno del proprio sistema repressivo fattispecie punitive di condotte di mero pensiero, sulla base di restrizioni anche contenutisticamente orientate. Terzo il modello «emergenziale» che, in via definibile come *residuale*, comprenderebbe tutti quegli ordinamenti normalmente «disarmati», che in circostanze valutate come eccezionali arrivano ad introdurre specifiche quanto radicali limitazioni alle libertà individuali.

Già dalla suddivisione operata emergono con chiarezza alcuni interrogativi che dovrebbero segnare la riflessione in merito: innanzitutto circa la comprensione delle differenze tra la prima e la seconda delle categorie individuate, e quindi la riconoscibilità, secondo indicatori quanto più possibile oggettivi e definibili, di una democrazia teleologicamente protetta, e la sua demarcazione rispetto ad altra in cui la repressione penale di certune «forme» o «contenuti» di dissenso non implichi la coessenzialità dei limiti rispetto alla sua stessa natura. D'altra parte, utile anche a guidare il tentativo di chiarificazione suddetto (poiché di soluzione non è possibile parlare trattandosi di classificazioni *ex post* in cui il margine dell'interpretazione è irriducibile al nullo), sarebbe una risposta sulla relazione tra misure di protezione e richiesta di fedeltà al cittadino nei confronti non tanto o non solo dell'entità statuale in senso materiale (verso cui la fedeltà si concreta attivamente nella difesa civile e militare del territorio *lato sensu* inteso), quanto piuttosto delle sue fondamenta valoriali. Deve ritenersi l'imposizione di un dovere di fedeltà quale effetto diretto dell'instaurazione di un tipo di regime «protetto», vale a dire che si può considerare l'esistenza di un vincolo di fedeltà quale indicatore univocamente interpretabile della suddetta caratteristica del sistema che lo contempla, ovvero esiste un valore aggiunto della fedeltà rispetto alla protezione, aggiunto ma di minore intensità, tale da consentire la configurazione di un insieme comprendente sistemi non protetti ma che si proteggono? Probabilmente una risposta positiva all'ultima questione determinerà la constatazione definitiva della presenza della distinzione indicata nel primo interrogativo, e sarà proprio la declinazione della fedeltà, tra l'altro, a fungere da termometro del livello di apertura della società esaminata, ed a sostenere l'osservatore nella verifica del «grado di protezione». Gli ordinamenti che non si autoesplicitano quali vere e proprie democrazie protette, ma che si alimentano anche attraverso la previsione di un «rapporto fiduciario» tra ogni cittadino e le basi costituzionali immodificabili del sistema, sono appunto quelli che frappongono al libero transito nei canali democratici alcuni singoli e circoscrivibili ostacoli, quali quelli rappresentati dai reati di opinione.

Una volta individuata la (possibile) presenza di un insieme autonomo di organizzazioni statuali caratterizzate da un vincolo non militante di fedeltà, viene allora da chiedersi se la fedeltà sia un elemento anche a livello minimo imprescindibile per l'esistenza medesima di un ordinamento. La risposta, se offerta «empiricamente» alla luce dell'esistenza di quegli ordinamenti che, come sopra accen-

nato, modificano il raggio della loro apertura alla differenza nel caso in cui contingenze straordinarie ne mettano in pericolo la sicurezza o la stabilità, pare risolversi in affermativa. In questo senso, come si dirà anche in seguito (v. 4), un esempio può essere rappresentato dagli Stati Uniti, ove, a parte l'assenza dalla Costituzione federale di una previsione assimilabile all'imposizione di un dovere di fedeltà, la tendenziale negazione di qualsivoglia limitazione del *free speech* (a meno di eccezioni «scontate», disegnate dalla Corte Suprema con accurata puntualità [5]), accompagnata da un controllo giurisdizionale serratissimo soprattutto su quelle restrizioni che, per la loro natura *content-based*, risultino mirate direttamente ad intervenire sul pensiero in quanto tale, si è sviluppata, secondo un andamento «a fisarmonica», attraverso fasi di militante repressione dell'opposizione politica social-comunista (si pensi alla legislazione federale e statale ed alla giurisprudenza della Corte dall'*Espionage Act* del 1917, fino ai primi anni Quaranta, ovvero ancora agli anni Cinquanta, con pronunce come *Dennis* v. *United States*) fino ai più recenti interventi da catalogare nell'ambito della guerra al terrorismo.

Ci si potrebbe chiedere se esista una sorta di clausola residuale di fedeltà che comporta l'insorgere, in presenza di situazioni particolari, di sanzioni e di condizioni restrittive delle libertà (ed in particolare, per quanto qui rileva, della libertà di espressione) in quelle democrazie che pure non contengono previsioni quali quella di cui all'art. 54 Cost. italiana, né meccanismi articolatamente preposti alla costruzione di barriere difensive.

Questo è quello che si indurrebbe dalla osservazione di come il regime politico più «programmaticamente» teso alla tutela della libertà di manifestazione del pensiero, tanto che non ha mancato di ospitare illustri studiosi che hanno individuato nel primo emendamento la norma che teleologicamente illuminerebbe l'intero assetto costituzionale [6] (esercitando una funzione paragonabile a quella che taluni hanno riconosciuto all'art. 3 della Cost. italiana), non manchi di dise-

---

[5] Si pensi in particolare a *Chaplinsky* v. *New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), in cui la Corte Suprema, formulando quella che è stata definita come la «*two-class theory*» delle eccezioni al primo emendamento (v. R.A. SMOLLA, *Free speech in an open society*, New York, 1992, 160 ss.), esclude espressamente dall'oggetto di protezione del primo emendamento quelle espressioni che non siano essenziali all'esposizione di qualsiasi tipo di idea, e che siano di un valore sociale talmente basso da risultare del tutto insignificanti rispetto all'obiettivo generale del progresso verso la verità, e quindi limitabili sulla base di un interesse sociale preminente. La pronuncia fa rientrare nella doppia categoria le espressioni oscene, oltraggiose, le *fighting words* (cioè quelle le cui caratteristiche siano tali da determinare una reazione immediatamente violenta da parte del destinatario), e «*those that by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace*».

[6] Si veda *Democracy and distrust* di Ely (1980), in cui l'Autore individua nell'aspirazione alla più ampia alla rappresentanza politica, massimamente realizzata attraverso una piena effettività della garanzia del *free speech*, il significato organicamente incarnante tutto il sistema costituzionale statunitense.

gnare e colpire i nemici, di volta in volta, seppure eccezionalmente, individuati, anche sulla base della mera enunciazione dell'opinione.

Sebbene non tutte le democrazie siano democrazie protette, sembrerebbe allora che in qualche modo tutte le democrazie si proteggano [7], per lo meno in via eccezionale [8]. Il problema riguarda quindi gli strumenti e le reali finalità con cui questo avviene e dovrebbe avvenire.

Nelle premesse fino ad ora tracciate, infatti, si è posta quale costante del ragionamento una definizione di fedeltà avente a riferimento l'instaurazione di una situazione giuridica comportante per il soggetto l'obbligo di materializzare un pensiero conforme rispetto agli indirizzi costitutivi dello Stato, ovvero di agire, nel caso in cui il pensiero da questi effettivamente diverga, come se esso non divergesse. Questo non per una scelta arbitraria, ma prendendo le mosse, *in primis*, proprio dall'implementazione legislativa che nel nostro ordinamento ha avuto (o meglio «mantenuto» [9]) il dovere costituzionale di fedeltà. È quindi sul versante ontologico che non può non porsi un contrasto (sulla cui sanabilità, a meno evidentemente di trasformare la costante in variabile, si nutrono serie perplessità) tra dovere di fedeltà e libertà di manifestazione del pensiero autentico. Mentre deontologicamente è ipotizzabile, assegnando un significato alternativo alla fedeltà, una ricostruzione della stessa in termini assolutamente compatibili con la libertà suddetta: ricostruzione che distaccherebbe nettamente le democrazie protette dalle altre *species*, perché solo nelle prime il conflitto tra libertà, e omogeneità nei valori della democrazia, si compirebbe nella limitazione aprioristica della prima.

La tensione tra l'analisi dell'effettivo dispiegarsi degli «strumenti di fedeltà» che alcune tra le moderne democrazie hanno predisposto, in via ordinaria o straordinaria, al fine della loro autotutela e della loro conflittualità con la libertà

---

[7] Cfr. G. AZZARITI, *Libertà di manifestazione del pensiero e ordinamento democratico. Appunti*, in *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Atti delle giornate italo-spagnole 2004, Milano, 2005, 245 ss.

[8] Circa l'«applicabilità», anche nel nostro ordinamento, del dovere di fedeltà in circostanze eccezionali, si rinvia alle indicazioni dell'Esposito, e, in questo volume, alle riflessioni di A. Morelli.

[9] Non si può infatti del tutto parlare di attuazione, in considerazione del fatto che i reati di opinione presenti nel codice penale risalgono tutti al momento originario di stesura del codice Rocco, e quindi ad una fase evidentemente pre-costituzionale. D'altra parte, sia la conservazione di molte delle disposizioni in questione, e lo sgretolamento soltanto molto lento e sempre parziale di alcune di esse operato dalla giurisprudenza costituzionale, e talvolta dall'interpretazione del giudice di merito (su questo, v. § 2.2.), sia l'introduzione di ulteriori fattispecie di reato, ovvero di circostanze aggravanti, aventi ad oggetto condotte espressive (v. § 2.1.), portano a considerare, in una sorta di percorso *a contrario*, che la previsione del dovere di fedeltà alla Repubblica sia ritenuta valida copertura per le medesime, e quindi che la nozione di fedeltà venga intesa nel suo profilo più prettamente «psicosomatico».

di espressione, e la critica agli stessi nel quadro di un tentativo di «riconciliazione» tra nozioni, segnerà la pur sommaria trattazione che segue. Facendo in particolare riferimento all'ordinamento italiano (quale esempio, si ritiene, del secondo modello [10]), ma ponendolo in relazione a quello tedesco e a quello statunitense (esempi degli altri due modelli), si cercherà da un lato di delineare una sorta di gradazione di intensità del legame di fedeltà che tali sistemi pretendono di creare con i propri consociati, dall'altro di comprendere se e in che modo possa esistere un «apparato» di protezione che non entra in contrasto con la previsione della libertà di parola. L'incertezza rimane, poiché si potrebbe arrivare a sostenere che l'unico sistema che non limita l'espressione, né le condotte espressive [11], è quello che non si protegge mai. Questo perché, almeno in situazioni valutate come emergenziali, la difesa della incolumità statale potrebbe essere ritenuta inscindibile dalla repressione di quelle espressioni che, eventualmente per la loro forza propagandistica e persuasiva, siano idonee ad accrescere i fattori di rischio per la sicurezza e l'integrità del sistema. La questione, ove si ritenesse di convenire con la prospettiva appena tracciata, s'incentrerebbe allora ancora una volta, ma questa volta su un piano deontico, sulla possibile esistenza o meno di ordinamenti democratici che rinunciano definitivamente a prevedere garanzie in favore della propria conservazione in quanto tali, o, più esattamente, sulla reale natura democratica degli stessi.

L'analisi dell' «essere» diviene già oggi più complessa se si considera che le discrasia individuata non si presenta esclusivamente all'interno della dimensione nazionale, in un eventuale squilibrio tra norme costituzionali, o nella dialettica tra costituzione, legislatore ed interprete, bensì sul piano internazionale, poiché sia la libertà di espressione, sia, soprattutto, limitazioni della stessa fondate sul richiamo ad un assetto valoriale prettamente democratico e, per quanto ci riguarda, *lato sensu* repubblicano, trovano collocazione in numerosi e rilevanti documenti internazionali [12].

---

[10] Si sottolinea però come non manchi (e su questo si v. anche § 3) chi include l'ordinamento italiano, insieme a quello tedesco, tra quelli costituzionalmente protetti, cfr. A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 124 ss.

[11] Sulla determinazione delle condotte espressive cfr., *ex multis*, le belle pagine di L. BOLLINGER, *La società tollerante*, ed. italiana con *Presentazione* di P. Caretti, Milano, 1992, 198 ss.

[12] Il riferimento va, in particolare, alla Convenzione internazionale sui diritti civili e politici del 1966, che all'art. 20, comma 2, stabilisce che ogni propaganda all'odio nazionale, razziale o religioso, che costituisce incitamento alla discriminazione, all'ostilità o alla violenza deve essere proibita dalla legge; alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965 (Convenzione c.d. di New York), ratificata dall'Italia nel 1976, che all'art. 4 stabilisce, tra l'altro, che gli Stati contraenti si impegnino a dichiarare crimini punibili dalla legge la mera diffusione di idee basate sulla superiorità o

Per questo sembra a tratti possibile riconoscere la delineazione di un «ordine pubblico ideale internazionale» [13], fondato su principi, quali quelli dell'eguaglianza, della pace e della dignità umana, che diverrebbe contenuto privilegiato ed essenziale della forma democratica di stato, e quindi oggetto di necessaria fe-

---

sull'odio razziale, oltre ad ogni incitamento all'odio razziale; alla raccomandazione del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa n. 20 del 1997 sull'*hate speech*, ai lavori sulla decisione quadro su razzismo e xenofobia del Consiglio dell'Unione europea (nell'ambito dei quali peraltro la discussione, poi sul punto troncata, è giunta ad introdurre l'idea di un divieto assoluto di ostentazione dei simboli politici di tutti i regimi definiti come totalitari, nazisti e comunisti), ripresi, dopo la proposta, COM(2001)664 – espressamente ispirata alla normativa tedesca (cfr. art. 4) per lo meno nella parte in cui veniva prevista l'esclusione totale dei reati c.d. razziali dal novero dei reati politici, al fine di evitare il rifiuto dell'estradizione per gli autori dei medesimi – ma non conclusi, seppure sollecitati anche recentemente dal Parlamento europeo con una risoluzione approvata il 25 giugno 2006. Si cita infine la decisione n. 621 del 29 luglio 2004 dell'OCSE, *Tolleranza e lotta contro il razzismo*, *la xenofobia e la discriminazione*, in cui è previsto che gli Stati partecipanti si impegnino a «prevedere l'approvazione o il rafforzamento, ove appropriato, di una legislazione che vieti la discriminazione o l'istigazione a crimini ispirati dall'odio basato sulla razza, sul colore, sul sesso, sulla lingua, sulla religione, sulla politica o su altre opinioni, sull'origine nazionale o sociale, sul censo, sulla nascita o altra condizione». È da precisarsi innanzitutto che gli Stati Uniti, coerentemente con il rifiuto, pure altalenante ma, almeno dichiaratamente, derogabile soltanto in particolari condizioni di emergenza costituzionale, di un controllo dell'espressione, non hanno ratificato le sopracitate previsioni di cui alla Convenzione del 1966 «*becouse of the strenght of the First Amendment's protection of freedom of speech*» che comprende il fatto che «*opinions and speech are protected categorically*, *without regard to content*», cfr. U.S. Report under the International Covenant on Civil and Political Rights, Luglio 1994. Per quanto attiene al merito degli atti internazionali citati, si nota in primo luogo come siano tesi a favorire l'introduzione negli ordinamenti degli Stati contraenti, anche quando evidentemente inidonei ad operare in senso normativamente innovativo, limitazioni della libertà di espressione definite direttamente sulla base del contenuto dei messaggi nei confronti dei quali dovrebbe essere disposto il divieto. Inoltre, circa il dettaglio dei contenuti censurati, emerge come il motivo razziale risulti predominante, ma in generale si tratteggi un'etica dell'eguaglianza e della pari dignità di ogni essere umano quale supporto e presupposto valoriale dell'ordinamento democratico: sulla conformità rispetto a quell'etica si misurerà la fedeltà del singolo, e dal contrasto anche soltanto espressivo (verbale o simbolico) nei confronti della stessa potrà insorgere la sanzione.

[13] Su tale nuovo quanto pervasivo limite generale alla manifestazione del pensiero, cfr. A. PACE-M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, Roma, 2006, 230 ss.; si noti peraltro, in relazione alla nozione stessa di *ordine pubblico ideale*, l'idea di Alessandro Pace per cui l'esistenza stessa di norme costituzionali non sottoponibili a revisione costituzionale (oltre che, in particolare, di norme come la XII Disp. finale, che comportano l'esclusione dai processi democratici di alcune idee o contenitori di idee) determinerebbe, *rectìus* sarebbe significativo della presenza di un *ordine pubblico ideale*, cfr. A. PACE, *Ordine pubblico*, *ordine pubblico costituzionale*, *ordine pubblico secondo la Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 1780, nota 16, *contra*, P. BARILE, *La salutare scomparsa del potere prefettizio di scioglimento delle associazioni*, in *Giur. cost.*, 1967, 1252 ss.; per una condivisione delle posizioni espresse dal Pace v. anche A. REPOSO, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1977, 125, nota 117.

deltà sul quale costruire un parametro di sintesi per la previsione di limitazioni alla libertà di espressione.

2.1. *La «protezione della democrazia» in Italia*

Volendo operare una lettura dello sviluppo che la domanda costituzionale di fedeltà ha manifestato a livello primario, e quindi delle tecniche di protezione della democrazia adottate, anche al fine di confermare o meno la «classificazione» dell'ordinamento italiano tra quei sistemi non protetti ma che non rinunciano al controllo della enunciazione di pensiero mediante disposizioni incriminatrici dei reati di opinione, occorre chiaramente partire dal codice penale, che, come noto, è stato redatto nel cuore dell'esperienza autoritaria fascista.

Tra le molteplici ed eterogenee fattispecie introdotte, sembra innanzitutto possibile operare un raggruppamento delle stesse in due categorie di reati di opinione, quelli di *provocazione* e quelli di *offesa* [14], in cui i primi risultano eminentemente finalizzati alla repressione dell'opinione sovversiva, e dunque ad una emarginazione non solo culturale ma fisica, ottenuta attraverso gli strumenti del diritto penale, degli avversari politici; gli altri alla preservazione, secondo un utilizzo anche simbolico della norma penale, della «sacralità» dello Stato-persona, attuata nella immunizzazione da un certo tipo, particolarmente aspro o particolarmente rozzo, di critica, di alcuni soggetti umani e materiali considerati come incarnanti l'essenza medesima del potere pubblico.

La scelta di preporre, alla menzione delle norme costituzionali ai nostri fini rilevanti, l'analisi delle disposizioni legislative in materia, deriva da un'opzione evidentemente non gerarchica, ma non soltanto cronologica, che si fonda sulla constatazione della almeno parziale continuità tra l'impianto repressivo adottato dagli estensori del codice e le scelte «astensioniste» operate dal legislatore repubblicano (che ha avviato una pur settoriale correzione di rotta soltanto nel 1999). Quest'ultimo peraltro, anche quando è intervenuto attivamente, ha dimostrato il persistere, dal punto di vista metodologico, di una logica limitativa del momento espressivo sulla base dell'oggetto del messaggio da esprimersi (si pensi sia all'intervento della l. n. 152 del 1975, di modifica della legge c.d. Scelba, sia alla legge c.d. Reale del 1975 e ai successivi interventi legislativi in materia di razzismo e xenofobia, quale la legge c.d. Mancino del 1993), ed evidentemente non rileva, per lo meno ad un primo asettico sguardo sul livello di protezione, la riflessione sulla ripugnanza delle idee concretamente combattute, né il fatto che le norme limitative introdotte per difendere un regime autoritario dai suoi *nemici* servissero alla democrazia per tutelarsi da chi avrebbe desiderato trasformarla in altro da sé.

---

[14] Cfr., da ultimo, la ricostruzione offerta da L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006, in partic. 101 ss.

Nel Titolo I del Libro secondo del codice penale sono rintracciabili diversi reati di opinione riferibili, secondo la distinzione sopra segnalata, alla intensità degli effetti del messaggio trasmesso, in particolare l'art. 266, sul disfattismo militare; l'art. 272, il cui comma 1, incriminante la propaganda e l'apologia sovversive, è stato abrogato con il più recente intervento legislativo in materia (l. n. 85 del 2006), mentre il comma 2, relativo alla propaganda volta a deprimere il sentimento nazionale, era già stato dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (sent. n. 87 del 1966); ed anche reati tipicamente di offesa, quali quelli di vilipendio politico: l'offesa all'onore e al prestigio del Presidente della Repubblica, *ex* art. 278, il vilipendio delle istituzioni costituzionali, *ex* art. 290, che nella versione vigente tutela governo, forze armate e ordine giudiziario, quello della bandiera (da ultimo depenalizzato, e contestualmente paradossalmente aggravato, come si vedrà successivamente), di cui all'art. 292 e della nazione italiana. Da evidenziare poi gli articoli 302 e 303, ed in particolare il secondo, che prevedeva il reato di istigazione e apologia dei delitti di cui al Capo I, Libro Secondo del codice (vale a dire di quelli contro la personalità interna e internazionale dello Stato), abrogato dalla l. n. 205 del 1999, recante *Delega al Governo per la depenalizzazione dei reati minori e modifiche al sistema penale e tributario*, ma la cui abrogazione pare tuttavia scarsamente coerente con la permanenza nell'ordinamento dell'ipotesi generale di cui all'art. 414 [15], relativa all'istigazione a delinquere e apologia di delitto (oltre che dell'art. 415 sull'istigazione a disobbedire alle leggi e l'incitamento all'odio di classe, quest'ultimo peraltro in parte ricondotto ad una dimensione di concreta pericolosità dalla Corte, nella sent. n. 108 del 1974 [16]). È evidente infatti che il permanere di una fattispecie incriminatrice di ordine generale quale quella di cui all'art. 414 implica la possibilità che venga punita non soltanto l'apologia (condotta espressiva *ex se*, come si sosterrà in 3.) di un reato al di fuori del Titolo I del Libro secondo, bensì quella riferibile a reati in esso conte-

---

[15] Lo stesso fenomeno, d'altra parte, sembra verificarsi in seguito alla abrogazione del comma 1 dell'art. 272 (avvenuta con l. n. 85 del 2006), per quanto riguarda l'apologia sovversiva, che finirebbe per essere ricompresa all'interno del «resistente» art. 414 c.p.

[16] Tale pronuncia infatti, inserendosi tra quelle che, come si vedrà in 2.2., contribuiscono a chiarificare il rapporto tra manifestazione del pensiero e azione lesiva dell'interesse tutelato dalle norme repressive, introduce il *pericolo* come sorta di discrimine ai fini della declaratoria di incostituzionalità della norma. La sentenza è infatti additiva ove stabilisce che l'istigazione all'odio di classe risulti punibile solo in quanto sia idonea a suscitare «violente reazioni» o «sia attuata in modo pericoloso per la pubblica tranquillità». Nonostante l'opinione contraria di voci autorevoli, tra cui G. Bognetti, *Il «pericolo» nell'istigazione all'odio di classe e nei reati contro l'ordine pubblico*, in *Giurisprudenza. Costituzionale*, 1974, e le più recenti tendenze, che si analizzeranno in seguito, ad una individuazione dell'odio in quanto tale, *rectius* della sua esternazione, come dotato di una autonoma valenza lesiva, e quindi criminalizzabile, sembra palese la matrice antidemocratica della disposizione, anche a prescindere dalla natura dell'odio vietato, un odio di classe chiaramente riconducibile, nell'intento del redattore fascista, alle ideologie politiche socialiste e comuniste.

nuti, definendo quindi un vero e proprio «metareato», in cui l'indeterminatezza della fattispecie sembra violare il principio di legalità così come avverrebbe nel voler configurare il tentativo di un delitto a consumazione anticipata quale l'istigazione o la stessa apologia.

Dal quadro frammentariamente tracciato, e mondato delle disposizioni abrogate dalla citata legge del 1999 [17] (meno enfasi sembra potersi porre sull'intervento più recente che, come si dirà, oltre a toccare disposizioni che nulla hanno a che fare con i reati di opinione, appare, anche relativamente a questi, viziato da irragionevolezza), si evince innanzitutto l'evidenza del ritardo e dell'insufficienza dell'intervento del legislatore repubblicano, ove naturalmente si ponga quale parametro di valutazione la realizzazione dell'effettività della libertà di espressione (nel frattempo divenuto diritto fondamentale e inviolabile, sancito dall'art. 21 Cost.). Forse più acriticamente si deve invece constatare la rispondenza dello strumentario a disposizione di un potere dittatoriale e liberticida alle esigenze di una Repubblica la cui effettiva stabilità è probabilmente superiore a quella percepita dai suoi governanti, e che, come si vedrà in seguito, pur non optando esplicitamente per un modello di fortezza eretta a difesa dagli oppositori e dai dissenzienti, non disdegna un'eredità che, se è vero che si rivelerà fattualmente di utilità solo modesta rispetto ai fini di limitazione dell'espressione sovversiva e anticostituzionale, resta comunque un apparato normativo palesemente in conflitto con l'anima pluralista del sistema.

Certamente una lettura completa di questa «prima tappa» di protezione della democrazia – o, più correttamente, di protezione dell'esistente, dato che non sfugge il fatto che le disposizioni in questione, proprio in quanto elaborate in assenza di democrazia, tendano a costruire uno schermo contro la differenza e l'obiezione del tutto neutrale rispetto ai valori che caratterizzeranno le fondamenta del sistema democratico costituzionale – dovrebbe tenere conto di due attori particolarmente importanti per l'effettiva realizzazione del controllo di fedeltà come costituzionalmente o legislativamente disegnato (o, al contrario, per la sua attenuazione a favore di una tutela più ampia della libertà di parola). Infatti il giudice costituzionale, ma anche il giudice di merito e di legittimità, svolgeran-

---

[17] La l. n. 205 del 1999 abroga infatti, per quanto qui rileva, gli artt. 297, *Offesa all'onore dei capi di Stato esteri*, 298, *Offese contro i rappresentanti di Stati esteri*, 303, *Pubblica istigazione e apologia*, 327, *Eccitamento al dispregio e vilipendio delle istituzioni, delle leggi o degli atti dell'Autorità*, 657, *Grida o notizie atte a turbare la tranquillità pubblica o privata*; depenalizza inoltre l'art. 654, *Grida e manifestazioni sediziose*, oltre ad altre disposizioni aventi ad oggetto reati contro il sentimento religioso ed il pubblico costume, si deve infatti sottolineare che, parallelamente all'offesa nei confronti dei pubblici poteri, il codice Rocco prevedeva strumenti di salvaguardia anche a favore della religione cattolica (che, va ricordato, era, secondo quanto previsto già nello Statuto albertino, e confermato, nell'ambito del Concordato, nei Patti lateranensi del 1929, religione di Stato) e di quelli che erano considerati come «culti ammessi» (si vedano gli art. 405 e 406 cp., peraltro modificati dalla l. n. 85 del 2006).

no un ruolo fondamentale in particolare nella definizione del *nesso di causalità*, che più degli altri sembra segnare gli equilibri della relazione tra libertà di espressione e imposizione di fedeltà al sistema.

Quella che potremmo intendere come «seconda tappa» del percorso che arriva a delineare il sistema di autoprotezione del nostro ordinamento è individuabile nell'inserimento nella Carta costituzionale della XII disposizione transitoria e finale (nel caso di specie, da considerarsi soltanto finale) [18], che vieta la «riorganizzazione, sotto qualsiasi forma, del disciolto partito fascista», e nella successiva attuazione legislativa del disposto costituzionale, avvenuta con l. n. 645 del 1952, c.d. Scelba, poi modificata con l. n. 152 del 1975.

Senza pretesa di esaustività, basti qui rapidamente richiamare gli effetti presunti, reali e mancati della disposizione.

Circa quelli «presunti», è noto come essa sia stata introdotta al fine di impedire la messa in pericolo, da parte di movimenti oggettivamente riconducibili ai programmi ed alla ideologia fascista, del neonato assetto democratico, il cui principale nemico poteva essere rappresentato proprio dalle quelle idee che, una volta «organizzate» intorno ad una forza di consistenza e natura partitica, erano state in grado di dissolvere il precedente sistema.

Definire presunti tali effetti, significa da un lato intendere come il nuovo sistema repubblicano godesse di una coscienza forse troppo debole della propria capacità di resistenza, e temesse in parte eccessivamente un rischio nei fatti esiguo della reviviscenza di un'esperienza definitivamente superata anche in quanto storicamente irriproducibile. D'altro lato significa considerare, in una mera valutazione di rispondenza mezzi-fini, l'insufficienza di una disposizione del genere, nel caso in cui l'obiettivo sia quello di estromettere irreparabilmente dal confronto politico-elettorale e sociale qualsiasi forza ideologicamente idonea a riaffermare la volontà di instaurazione di una organizzazione fascista dello Stato.

Ed infatti il momento attuativo della XII disposizione, vale a dire la legge c.d. Scelba, amplia il raggio della norma costituzionale, introducendo due fattispecie penali di carattere esclusivamente ideologico [19], a differenza di quella, che pure come tale potrebbe apparire, di cui alla XII disp.: l'apologia di fascismo [20] e le

---

[18] Sulla XII disposizione, cfr. in particolare A. Pizzorusso, Disp. XII, in *Disposizioni transitorie e finali*, Bologna, 1995, 197 ss.; sul valore soltanto finale della disposizione, v. anche, nello stesso volume, R. Tarchi, *Disp.* I - XVIII, 17 ss.

[19] Come precisato da P. Barile-U. De Siervo, *Fascismo (sanzioni contro il)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 137 ss.; v. anche, degli stessi Autori, *Sanzioni contro il fascismo ed il neo-fascismo*, in *Enc. dir.*, 970 ss.

[20] L'art. 4, comma 1, l. n. 645 del 1952, stabilisce che sia punibile «chiunque (…) pubblicamente esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo oppure le finalità antidemocratiche proprie del partito fascista».

manifestazioni fasciste [21]. Sarà la Corte costituzionale a subordinarne la costituzionalità alla strumentalità rispetto alla riorganizzazione del partito fascista (sentt. nn. 1 del 1957 e 74 del 1958), ma la stessa Corte ne salverà la validità operando una quanto meno dubbia riconduzione dell'apologia di fascismo all'istigazione indiretta alla ricostituzione del partito fascista. Tale ricostruzione appare criticabile soprattutto se si considera da un lato che nell'istigazione indiretta l'azione verso cui avviene l'incitamento concreta un reato diverso rispetto a quello effettivamente compiuto, cosa che non è nel caso di specie, in cui i due reati si pongono in identità, dall'altro che non sembra di immediata coerenza l'ipotizzare una istigazione, ontologicamente proiettata verso il futuro, che si realizza attraverso l'esaltazione di fatti e soggetti facenti parte del passato [22]. Successivamente la l. n. 152 del 1975, la cui approvazione si colloca in un contesto segnato da contrapposte tensioni a cui contribuiscono anche elementi ideologici di carattere neo-fascista, introdurrà alcune modifiche alla precedente normativa, principalmente consistenti nell'allargamento del requisito per la considerazione della possibilità di riorganizzazione del partito fascista ad ogni «movimento o gruppo di persone non inferiore a cinque [23]», nella rideterminazione delle suddette fatti-

---

[21] La contravvenzione di manifestazioni fasciste è realizzata quando «chiunque con parole, gesti o in qualunque altro modo compie pubblicamente manifestazioni usuali al disciolto partito fascista» (art. 5, comma 1, l. n. 645 del 1952). È peraltro evidente che l'attività in questione non presenta differenze significative, dal punto di vista contenutistico, da quella considerata dal precedente art. 4 della medesima legge, se non per il fatto che in questo secondo caso viene punita una condotta non verbale, ma simbolica, valutata forse come meno «psicologicamente infettiva» (per l'utilizzo dell'idea della considerazione di una certa forma di manifestazione del pensiero come *infezione psicologica*, in particolare in riferimento alla pubblica istigazione, cfr. B. OLIVERO, *Apologia e istigazione*, in *Enc. giur.*, 620 ss.).

[22] Su questi aspetti, cfr. in particolare M. BON VALSASSINA, *Profili dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, e, dello stesso autore, la nota alla citata sent. n. 1 del 1957 della Corte costituzionale.

[23] La disposizione prosegue, nel testo vigente, come modificato dalla legge c.d. Reale, indicando quale attività del gruppo necessaria a concretizzare la riorganizzazione del disciolto partito fascista il perseguimento delle «finalità antidemocratiche proprie del partito fascista», mediante l'esaltazione, la minaccia, o l'uso della violenza «quale metodo di lotta politica» o la propugnazione de «la soppressione delle libertà garantite dalla Costituzione» o «denigrando la democrazia, le sue istituzioni e i valori della Resistenza, o svolgendo propaganda razzista», ovvero il mero fatto di rivolgere l'attività «all'esaltazione di esponenti, principi, fatti e metodi propri del predetto partito» o di compiere «manifestazioni esteriori di carattere fascista». È evidente che l'intera disposizione presenta i caratteri di qualcosa che potrebbe essere definito come un *reato di opinione indiretto*, poiché nel momento in cui individua l'effettivo oggetto della condotta delinea comportamenti in gran parte consistenti nella mera enunciazione di idee, ma d'altra parte, per lo meno nella fattispecie in questione (diverso è in quelle previste dagli artt. 4 e 5), essi risultano solo mediatamente punibili, come se da qualcosa di più rispetto ad una sommatoria degli stessi derivasse la realizzazione del reato di riorganizzazione del partito fascista.

specie penali di apologia e manifestazioni fasciste (quest'ultime peraltro ampliate all'utilizzo di simboli delle «organizzazioni naziste»), nell'aggravio delle sanzioni penali e nella previsione di un autonomo delitto di «propaganda per la costruzione di una associazione, di un movimento o di un gruppo neo-fascista».

Nella constatazione degli effetti reali, il divario tra la lettera della previsione costituzionale e l'opera del legislatore è palese: la XII disp. poneva indubitabilmente una restrizione alla libertà di associazione ulteriore rispetto a quelle indicate all'art. 18 Cost.. Da un lato la dizione «sotto qualsiasi forma» imponeva di non limitare la previsione al Partito Nazionale Fascista, immortalato al momento della sua nascita, e definito sulla base del suo sviluppo fino alla sua qualificazione come partito unico del regime, limitazione che avrebbe peraltro svuotato la disposizione costituzionale di qualsivoglia contenuto normativo, rendendola paradossale. La stessa d'altra parte non comportava pacificamente l'insorgere di un limite ulteriore alla libertà di manifestazione del pensiero rispetto a quello del buon costume, l'unico espressamente inserito all'art. 21 Cost. Il livello di protezione della democrazia individuato in Costituzione non interessava specificamente la libertà di espressione; la sua implementazione legislativa introduceva invece nuovi reati di opinione, sulla scorta di quelli esistenti nel codice del 1930, rafforzando, per così dire, il modello fino a quel momento delineatosi.

Gli effetti «mancati» della XII disp., che alla luce di quanto sommariamente indicato parrebbero effettivamente sfuggire dall'analisi, possono anch'essi essere letti da diversi angoli visuali.

Certamente il fatto che, nei decenni di vigenza della disposizione, soltanto una volta nel 1974, in riferimento al movimento Ordine Nuovo, la legge Scelba abbia offerto copertura allo scioglimento di una forza politica, sta ad indicare, almeno ad una valutazione empirica e forse peccante di una certa quale superficialità, che il canale di protezione della democrazia in esame non sia stato tra i più efficaci, e se ne siano creati quindi altri, alternativi, magari meno formalizzati ma dotati di un grado superiore di effettività, oppure che la solidità della democrazia si sia dimostrata maggiore rispetto a quella immaginata dai Costituenti.

In parte entrambe le risposte risultano fondate. La presenza neo-fascista, pur costante quanto multiforme sullo scenario politico e sociale italiano a partire dall'immediato dopoguerra, spesso vuota od ondivaga nei suoi contenuti, e più forte (sia in continuità con il regime fascista che con il fascismo della Repubblica Sociale Italiana di Salò: anche su questo infatti ampi erano i margini di ambiguità) nelle manifestazioni esteriori, anche simboliche, che non nelle idee e nelle progettualità sottostanti, è stata povera numericamente ed ha dimostrato da subito assai scarse potenzialità aggregative, riuscendo a raccogliere, attraverso il suo unico partito di riferimento, il Movimento Sociale Italiano, consensi mai superiori al 5-5,8%. D'altra parte, se motivazione di tale fatto può venire in parte rintracciata nella coscienza democratica popolare, rinnovata nello spirito repubblicano, ulteriore elemento determinante ai fini della «neutralizzazione» per lo meno politica del neo-fascismo è stato certamente costituito dalla sistematica e strategica esclusione del partito dell'estrema destra dai circuiti, potremmo dire, del-

la rappresentanza ultraparlamentare e della decisionalità (con la c.d. *conventio ad excludendum*). La presenza in Parlamento di rappresentanti della forza suddetta infatti non implicava la loro effettiva partecipazione alla assunzione delle decisioni (se si esclude la parentesi brevissima, e comunque difficilmente interpretabile nel senso di una «costituzionalizzazione» del partito antisistema, costituita dal governo Tambroni del 1960), bensì una sorta di tormentata, quando non strumentalizzata, accettazione del nemico da parte del centro democristiano [24]. D'altra parte tali affermazioni conducono contemporaneamente a constatare come, per lo meno dal punto di vista giuridico-positivo, i tentativi più o meno impeccabili della Corte costituzionale di ricostruire le fattispecie di apologia e manifestazioni fasciste secondo i caratteri del pericolo concreto da un lato, ed il congelamento delle previsioni limitative dell'attività politica, e conseguentemente della possibilità di esprimersi politicamente dall'altro, i «mancati» effetti della XII disp. siano stati più significativi di quelli reali. Altra cosa sarebbe valutare come un ostracismo psicologico e culturale, ed una imposizione di fedeltà attuata mediante «teniche» di esclusioni sistematiche, possano nei fatti causare limitazioni anche gravi alla libera manifestazione del pensiero. Ma questo aspetto, oltre ad esorbitare rispetto ai confini della presente riflessione, fuoriesce anche dalla stretta considerazione della particolare posizione della ideologia fascista, ricomprendendo tutte quelle posizioni ideali che in un particolare contesto storico-politico, come quello in parte emergenziale attraversato dall'Italia negli anni Settanta e Ottanta, non vengano accettate dal sistema in quanto dichiaratamente sovversive.

Procedendo rapidamente oltre nel percorso teso a delineare le fasi del processo di protezione della democrazia in Italia, una «terza tappa» può essere individuata negli interventi normativi che, prima in seguito alla approvazione della Convenzione c.d. di New York del 1966, poi in relazione ed in reazione a vergognosi quanto miseri eventi espressivi di discriminazione razziale avvenuti soprattutto negli stadi, hanno costruito un nuovo bagaglio difensivo, questa volta ideologicamente orientato contro le manifestazioni di pensiero razzista e xenofobo [25].

---

[24] Non potendo soffermarci su questi temi, pure fondamentali nello studio e nella comprensione della protezione della democrazia nel nostro Paese, si rinvia in particolare a P. IGNAZI, *Il polo escluso*, Bologna, 1998.

[25] Oltre alle disposizioni che si diranno in tema di lotta alla discriminazione – altro lato del progetto di imposizione attiva della fedeltà verso un determinato assetto valoriale – merita di essere segnalato un ulteriore intervento normativo volto ad introdurre fattispecie criminalizzanti la mera espressione, quale l'art. 82 del testo unico in materia di stupefacenti, d.lgs. n. 309 del 1990, in base al quale è punito «chiunque pubblicamente istiga all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope». Per quanto tale ipotesi di istigazione sia stata letta dalla giurisprudenza come necessitante, al fine del suo inveramento, di un concreto pericolo della realizzazione della condotta istigata (v. Cass., sent. n. 7 del 2001), deve in ogni caso essere rilevato come tale reato comporti una restrizione particolarmente grave della libertà di espressione se analizzato nella sua effettiva portata di contrasto a quelle che possono diventare manifestazioni del pen-

Tali interventi rientrano, come già accennato, in un panorama assai vasto di prevenzione dalla discriminazione quale strumento di tutela dei valori e dei diritti irrinunciabili per qualsivoglia ordinamento democratico, che investe in particolare i Paesi occidentali determinando l'introiezione all'interno dei loro sistemi ordinari di protezione di norme repressive del discorso contrastante con il modello di valori definito [26].

Il riferimento va alla l. n. 654 del 1975, che ha dato esecuzione alla sopracitata convenzione internazionale e al d.l. n. 122 del 1993, convertito con l. n. 205 del 1993, che la modifica e la integra.

Ai sensi di tale normativa (anch'essa, come si dirà in seguito, lievemente modificata dalla l. n. 85 del 2006) risulta colpito con pena detentiva chi «diffonde in qualsiasi modo idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale e etnico, ovvero incita a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi», e «chiunque in pubbliche riunioni compia manifestazioni esteriori od ostenti emblemi e simboli propri o usuali delle organizzazioni, movimenti o gruppi» aventi tra i loro scopi di incitare all'odio o alla discriminazio-

---

siero di carattere politico-simbolico. Non sembra azzardato immaginare (anche perché di fatto si è verificato) che l'incitamento al consumo di sostanze stupefacenti, ed in particolare di cannabinoidi, possa assumere il significato della presentazione di un proprio «programma politico», di una specifica richiesta di intervento del legislatore nel senso della liberalizzazione delle stesse, o ancora, più in generale, di opposizione ad un atteggiamento dei pubblici poteri considerato invasivo dello spazio di autodeterminazione dell'individuo. È la politicità dell'espressione quindi, e la sua valenza potenzialmente simbolica (sarà quindi questo significato semmai da valutarsi caso per caso, e non tanto la concreta idoneità dell'istigazione a determinare il successivo consumo di sostanze da parte dei destinatari dell'istigazione medesima), a richiedere una forte cautela al legislatore nella disciplina di un intervento regolatorio, indipendentemente dal disvalore da questo assegnato alla condotta oggetto dell'istigazione. Caso completamente diverso è quello, ad esempio, delle restrizioni relative alle presentazioni commerciali di prodotti considerati nocivi alla salute, come le sigarette, poiché in tal caso il rilievo assunto dal messaggio nell'ambito della circolazione di idee e opinioni è minimo, ed è perciò assolutamente ragionevole che prevalga l'altro interesse in gioco, individuabile nella tutela della salute; sul *commercial speech* v. tra gli altri C. SUNSTEIN, *Democracy and the problem of free speech*, London, 1994.

[26] D'altra parte, andrebbe segnalata la pericolosità di una «esportazione» di forme di tutela di valori attraverso limitazioni della libertà, ove magari difficilmente riesce ad essere recepita la sostanza, si pensi in proposito al caso *Ibrahim Aksay* v. *Turchia*, deciso dalla CEDU il 10 ottobre 2000, in cui la Corte riscontra la violazione dell'art. 10 della Convenzione poiché il ricorrente, esponente politico curdo (la cui libertà di espressione risulta quindi, per questo stesso fatto, assoggettabile ad una protezione più intensa), non «incita la società all'odio razziale e non propaganda l'idea di una razza superiore», oggetto espressivo per cui non potrebbe eventualmente beneficiare della protezione di cui all'art. 10 (v., ad esempio, *Glimmerveen e Hagenbeek* v. *Paesi Bassi*, 1978 e *Kunen* v. *Germania*, 1986), anzi lamenta le discriminazioni a danno del suo gruppo etnico di appartenenza. Va sottolineato che proprio mediante l'applicazione di una normativa «formalmente» volta alla tutela dei singoli dagli attacchi, anche meramente espressivi, discriminatori, si realizzava qui il caso della lesione dei diritti di una minoranza discriminata.

ne razziale, come individuati dalla suddetta legge di ratifica della Convenzione di New York.

Le previsioni in esame rappresentano le fattispecie più nettamente e lucidamente interpretabili come reati di opinione, e costituiscono una inconfondibile costruzione protettiva del sistema [27]. Tra i diversi aspetti da mettere in luce risalta il fatto che la protezione in questione, qui più che in altre situazioni giuridicamente individuate, non attiene alla natura, al carattere espressivo della manifestazione di pensiero, ovvero alla innata pericolosità derivante dal fine sovversivo nella stessa distinguibile [28], bensì al mero contenuto espressivo della stessa, ritenuto di per sé stesso lesivo dell'etica democratica.

Pare insomma che le fattispecie individuate si avvicinino ancor più a quei reati di opinione introdotti, con effetti limitati, dalla legge Scelba, che non al repertorio appartenente al codice penale, oltre al fatto che, alla luce di una certa giurisprudenza di merito [29], tali ipotesi rischiano di trasformarsi, ad oggi, nell'unico ma assai invasivo limite ulteriore e sostanziale alla libertà di manifestazione del pensiero, praticamente privo di una delimitazione configurata nell'ottica della reale pericolosità delle condotte censurate [30].

I nodi critici individuabili, in riferimento a quanto qui rileva, sono più

---

[27] Per una critica alla normativa in questione nel senso della sua inutilità, anzi della sostanziale capacità controproducente, poiché la penalizzazione del pensiero, proprio quando questo risulta particolarmente riprovevole, tende a rendere vittima l'autore dello stesso, cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 99 ss.

[28] Infatti i reati indicati sono stati interpretati dalla Cassazione come di *pericolo presunto*, cfr. Cass., sez. I pen., 26 novembre 1997, circa l'incitamento a commettere violenza per motivi razziali. In essi infatti il pericolo non risulta come elemento costitutivo del fatto, ma come vera e propria *ratio* dell'incriminazione; si veda, per tale delineazione dei reati a pericolo presunto, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969. D'altra parte, sembra che nei casi di specie, a differenza di quanto è sostenibile in riferimento ad altre disposizioni incriminatrici, quali l'assai discusso, ed ormai abrogato, art. 272 c.p. (*Propaganda ed apologia sovversiva o antinazionale*), non vi sia soltanto una scissione dell'elemento del pericolo dalla costruzione della figura di illecito ai fini della considerazione della punibilità della condotta, bensì una connotazione del pericolo in termini assolutamente qualitativi.

[29] Si pensi a Cass., sez. I pen., 28 febbraio 2001, in cui la Suprema Corte accosta espressamente la legge di ratifica della Convenzione di New York e la successiva legge Mancino alla legge Scelba, indicandone quindi la comune origine ed il comune fondamento nella XII Disp., e valutando quindi la restrizione della libertà di cui all'art. 21 Cost. legittima in quanto sorretta dal limite parimenti costituzionale suddetto; ulteriore esempio della tendenza giurisprudenziale ad una definizione assai ideologicamente orientata dei contorni dei reati in oggetto, Cass., sez. III pen., n. 7421 del 2002, in cui si individua nell'art. 3 della legge Mancino la configurazione di un reato a dolo specifico, costituito dalla «coscienza e volontà di offendere l'altrui dignità umana in considerazione delle caratteristiche razziali, etniche e religiose dei soggetti nei cui confronti la condotta viene posta in essere od ai quali si riferisce».

[30] Cfr. M. Manetti, *Libertà di pensiero e negazionismo*, in M. AINIS (a cura di), *Informazione*, *potere*, *libertà*, Torino, 2005, 41 ss., e G. BRAGA, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in M. AINIS (a cura di), *op. cit.*, 101 ss.

d'uno [31]: sicuramente l'equiparazione di tipologie di condotte tra loro disomogenee, quali l'attività di diffusione di idee (oggetto precipuo della tutela di cui all'art. 21 Cost.), l'incitazione alla commissione di atti, e la commissione di atti. Evidentemente si tratta di tre momenti assai diversi tra loro, e che si collocano su gradi diversi di prossimità [32] rispetto al momento del compimento (eventuale) dell'azione criminosa. La scelta di collocare il punto di partenza della tutela a livello della mera manifestazione di pensiero, scollegandola completamente da qualsivoglia effetto sul piano dell'offesa e della lesione di un bene ordinamentale (che non sia, appunto, il bene ideale della *fedeltà* ai valori democratici), si accompagna infatti ad una irragionevole assenza di graduazione della risposta che l'ordinamento offre al comportamento umano. Per quanto riguarda l'utilizzo del termine *incitamento* (che, come si dirà, è oggi sostituito dal più «tecnico» istigazione), pur sembrando determinare soltanto una non perfetta riconducibilità della figura alla fattispecie generale di istigazione di cui all'art. 414 c.p., potrebbe forse essere letto nel senso di una esplicita dichiarazione del legislatore di autentica e consistente anticipazione della tutela del bene ritenuto preminente operata attraverso la «dequotazione» dell'istigazione a incitamento (d'altra parte la linea tracciata risulterebbe così «viziata» da un vuoto nella parte in cui non si menziona la condotta del soggetto che *istiga* a commettere atti di discriminazione).

Ulteriore profilo problematico, quello relativo all'indicazione dei motivi per i quali sia stato compiuto l'atto di discriminazione quale requisito stesso di punibilità [33]. Pare doversi riflettere sul carattere discriminatorio della norma antidiscriminatoria, ove introduce una differenziazione di trattamento fondata sull'opinione, quando non sulle condizioni personali del soggetto coinvolto. Infatti, se l'atto di discriminazione non è punito in quanto tale, ma esclusivamente per il

---

[31] Sul versante penalistico, per un commento alla disciplina, cfr. *ex aliis* G.A. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 3*, *d.l. 26 aprile 1993*, *n. 122*, *conv. con modif. dalla l. 25 giugno 1993, n. 205*, in *Legisl. pen.*, 1994, 211 ss., e L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, in *Critica del diritto*, 1994, 14 ss.

[32] È soprattutto la giurisprudenza (e la dottrina) statunitense ad individuare prima nella *proximity*, unita al *degree*, un metro di valutazione dell'incidenza dell'espressione su una successiva condotta foriera di quei «mali sostanziali che il Congresso ha il diritto di prevenire», cfr. *Schenk* v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919), poi in qualcosa di più vicino ad una analisi costi-benefici, in cui viene valutata la *probability* e il *degree* del pericolo in relazione alla «invasione compiuta della libertà di espressione in quanto necessaria ad evitare il pericolo», cfr. *Dennis* v. *United States*, 341 U.S. 494 (1951). Al di là della maggiore o minore «severità» nella scelta dei criteri di configurazione del nesso di causalità, su cui si tornerà nel paragrafo 2.2., deve essere rilevato come non sia pensabile la negazione, o la rinuncia, a priori, della presa in considerazione di un legame tra espressione del pensiero e condotta lesiva, attuata mediante una totale vanificazione del ruolo del pericolo concreto.

[33] Su questo, v. in particolare L. STORTONI, *Le nuove norme contro l'intolleranza: legge o proclama?*, cit., 17 ss.

movente che ha spinto l'autore a porlo in essere, movente che peraltro deve affondare le sue radici in elementi o di pensiero, o «congeniti» (ci si riferisce ad esempio ai motivi nazionali, di fronte ai quali ci si chiede se siano riconoscibili nella sola differenza di nazionalità dell'autore rispetto alla vittima), allora la stessa azione compiuta da individui diversi, e diversi in quegli elementi espressamente individuati dall'art. 3 Cost., determina una diversa reazione del sistema. E la differenziazione, potenzialmente legittima all'interno di un ordinamento che sull'eguaglianza sostanziale costruisce il proprio assetto costituzionale, diviene discriminazione quando l'arbitrarietà introduce segmenti di irragionevolezza, come nel caso di specie. Ci si interroga infatti sull'oggetto reale della punizione approstata se gli atti di discriminazione in questione non sono considerati autonomamente lesivi (mentre lo è la mera diffusione delle idee).

Da non confondere poi con tale questione, la previsione che all'art. 3, comma 1 del d.l. n. 122 del 1993, modificando l'art. 3, comma 1 della legge Reale, introduce una circostanza aggravante per quei reati che siano stati commessi con *finalità* (la legge del 1975 parlava di *motivi*) discriminatorie, elemento questo perfettamente coerente con la cornice generale dell'intervento normativo, ma, soprattutto alla luce della non sempre lineare giurisprudenza successiva, non del tutto pacifico [34].

Ultimo aspetto, è quello dell'espressione più prettamente simbolica, anch'essa interessata dal provvedimento. Nella analisi condotta non può aver rilievo la circostanza che il provvedimento a suo tempo adottato sorgesse anche dalla reazione ad una vera e propria forma di patologia sociale quale quella costituita dall'esistenza, seppure inconsistente sul piano numerico e di nessun peso su quello politico, dei gruppi c.d. naziskin, che attraverso forme teppistiche davano luogo a episodi di violenza xenofoba e non mancavano talvolta di infestare le manifestazioni calcistiche con la presenza di slogan e simboli incarnanti l'odio razziale. Non è l'indignazione, né un approccio prevalentemente *empatico* [35], teso a legge-

---

[34] Da menzionare la recente sent. n. 44295 del 2005 della Cassazione, che non applica la circostanza aggravante in questione ad un reato di ingiuria (avvenuta per finalità di odio religioso), nel cui *Considerato in diritto* si interpreta la normativa del 1993 nel senso che «il legislatore abbia in questo caso attribuito rilevanza all'odio non in quanto semplice movente dell'azione ma appunto in quanto costituente *finalità esterna* della medesima, posta in rapporto di equivalenza con quella della discriminazione, giacché, altrimenti, avrebbe adoperato l'espressione «motivi», indicativa non delle finalità ma delle pulsioni interne dell'agente», e si fa riferimento alla precedente Cass., sez. III pen., n. 7421 del 2002, in cui la Suprema Corte affermava che per la verifica della sussistenza del reato occorre che il giudice valuti la condotta posta in essere dall'agente «nel suo contenuto non solo oggettivo, ma anche soggettivo, cercando di *enucleare le finalità ispiratorie*» della condotta medesima (corsivi aggiunti). D'altra parte, la stessa Cassazione nella sent. n. 9381 del 2006 di poco successiva, applica l'aggravante sostenendo che essa sia intrinseca all'atto in sé, ove questo sia discriminatorio, essendo la discriminazione «lo stesso disconoscimento di uguaglianza ovvero l'affermazione di inferiorità sociale o giuridica altrui».

[35] Approccio *empatico* che ha trovato, a partire dalla fine degli anni Ottanta, significativi

re quello che dovrebbe essere valutato o meno come un attacco diretto ed immediato al sistema prevalentemente attraverso le sensazioni della vittima, lo strumento per la ricerca del punto di equilibrio tra richiesta di fedeltà al sistema in funzione esclusivamente protettiva ma non militante, e la garanzia della libertà di manifestazione del pensiero per tutti i consociati.

Pur nella sostanziale coerenza del parallelismo tra punizione della diffusione verbale di idee, e manifestazione del pensiero attraverso l'esposizione significativa di simboli univocamente interpretabili, si rileva come l'attacco ai simboli sembra porsi in contrasto con una tendenza a ricavare una sorta di *surplus* di tutela nei confronti dell'espressione simbolica che non è limitata a quegli ordinamenti tradizionalmente sensibili alle potenzialità espansive della manifestazione del pensiero, se si pensa ad esempio alle recenti vicissitudini europee della decisione-quadro sul razzismo e la xenofobia [36].

Circa tale «terza fase» di protezione, deve inoltre segnalarsi come, oltre al suo palese quanto «lineare» contenuto ideologicamente repressivo rispetto ad una affermazione di principi comunque incentrati sul rispetto e la valorizzazione dell'essere umano, non è da escludersi, è anzi opinione autorevolmente sostenuta [37], che la criminalizzazione dell'*odio* scaturente dalle diversità possa tramutarsi, senza eccessive forzature, esattamente come quelle fattispecie risalenti alla «prima fase», nell'arma più efficace a disposizione di chi detiene il po-

---

riscontri nella dottrina femminista statunitense e tra gli studiosi della scuola dei *critical legal studies*.

[36] Rinviando su questo alla nota 12, si richiama anche l'ordinanza della C. giust., sez. IV, 6 ottobre 2005, causa C-328/04, in cui veniva richiesta al giudice comunitario l'interpretazione del principio di non discriminazione in relazione ad un procedimento penale avviato in Ungheria per violazione della disposizione del codice penale ungherese che sanziona l'uso in pubblico di «simboli del totalitarismo», ed in particolare stabilisce la punibilità per chi procura, usa pubblicamente e mostra in pubblico una croce uncinata, un emblema delle SS, una croce lanceolata, una falce e martello, una stella rossa a cinque punte e qualsiasi altro simbolo che li riproduca, a meno che il simbolo non sia utilizzato in un contesto informativo o educativo. La dichiarazione di incompetenza da parte della Corte non ha peraltro consentito di ottenere chiarimenti in merito, che sarebbero invece con tutta probabilità giunti da un medesimo caso posto di fronte alla CEDU, frequentemente investita di questioni aventi ad oggetto il rapporto tra la libertà di espressione (sancita all'art. 10 della Convenzione) e l'abuso del diritto a svantaggio di altre situazioni soggettive.

Negli Stati Uniti, anche recentemente in *Virginia* v. *Black* 538 U.S. 343 (2003), la Corte Suprema ha protetto gli autori di un *cross-burning* dalla incriminazione definitiva ritenendo l'affermazione della supremazia della razza bianca sulle altre razze *core political speech*, e ha difeso il particolare strumento impiegato per la manifestazione dell'opinione politica, pur dichiarando preventivamente di non potersi trattare il *cross-burning*, certo identificabile storicamente come momento espressivo, diversamente da altre forme non ideologiche di intimidazione.

[37] Su questo, cfr. in particolare M. MANETTI, *L'incitamento all'odio razziale tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato*, in A. DI GIOVINE, *Democrazie protette e protezione della democrazia*, cit., 103 ss.

tere, per la ghettizzazione e demonizzazione dei *gruppi deboli* all'interno del sistema.

Volendo offrire qualche sintetica indicazione di quello che è il quadro più attuale della disciplina dei reati di opinione, vale soffermarsi brevemente sulla l. n. 85 del 2006, *Modifiche al codice penale in materia di reati di opinione* [38], che, ponendosi nelle relazioni di accompagnamento dei suoi promotori quale autentica svolta verso un definitivo superamento di retaggi autoritari in favore di una effettiva attuazione del disposto costituzionale in tema di libertà di manifestazione del pensiero, sembra invece limitarsi a concludere la XIV legislatura con un provvedimento di carattere spiccatamente «personalistico», conformemente a quanto realizzatosi nella sua fase iniziale. Da un lato, infatti, la legge investe norme la cui qualificazione come reati di opinione pare del tutto impropria (è il caso degli articoli 241, *Attentati contro la integrità, l'indipendenza o l'unità dello Stato*, 270, *Associazioni sovversive,* 283, *Attentato contro la costituzione dello Stato,* 289, *Attentato contro gli organi costituzionali e contro le assemblee regionali*), trattandosi di disposizioni volte alla incriminazione di condotte esclusivamente materiali (con eccezione, semmai, dell'art. 270), in cui la predisposizione «politica» dell'autore del fatto non assume rilievo ai fini della definizione del disvalore dell'evento, dall'altro solo apparentemente incide sulla pesante eredità repressiva, se si considera ad esempio il contraddittorio intervento sull'art. 292 c.p. (*Vilipendio alla bandiera o ad altro emblema dello Stato*).

Il legislatore precisa, in merito al vilipendio alla bandiera, che esso debba avvenire *con espressioni ingiuriose*, e lo trasforma da delitto in contravvenzione, sanzionabile con ammenda, ma contemporaneamente integra la disposizione con un comma relativo al vilipendio alla bandiera procurato da «chiunque pubblicamente e intenzionalmente distrugge, disperde, deteriora, rende inservibile o imbratta» la bandiera italiana o altro emblema dello Stato, che sanziona con la reclusione. La confusione del legislatore si manifesta sulla base di tre elementi: *in primis* la scelta di integrare il comma 1 con il requisito delle *espressioni ingiuriose* pare inopportuno [39], se è vero che la nozione di ingiuria si attaglia ad una tutela rivolta all'onorabilità della persona fisica, e non evidentemente né ad un oggetto materiale non vivente, né ad un oggetto materiale nel momento in cui funge da simbolo di un determinato patrimonio di valori e di idee, ed in ogni caso la

---

[38] Per un commento esaustivo della nuova normativa, cfr. in particolare T. PADOVANI, *Un intervento normativo scoordinato che investe anche i delitti contro lo Stato*, in *Guida al dir.*, n. 14/2006, 23 ss.; C. VISCONTI, *Il legislatore azzeccagarbugli: le «modifiche in materia di reati di opinione» introdotte dalla l. 24 febbraio 2006, n. 85*, in *Foro it.*, giugno 2006, 217 ss.; M. PELISSERO, *Commento alla l. n. 85 del 2006*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 8/2006, e n. 9/2006; A. GAMBERINI-G. INSOLERA, *Vilipendio alla bandiera e vecchi delitti. Mai più il carcere, ma restano le multe*, in *Diritto e giustizia*, n. 6/2006, 92 ss.

[39] Cfr. anche L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, cit., 296 ss.

condotta vilipendiosa di per sé implica una attività tesa all'espressione di disprezzo e insofferenza, per cui l'integrazione risulterebbe inesatta od ultronea.

In secondo luogo, il merito della scelta di distinguere il trattamento dell'espressione verbale da quella «superficialmente» materiale pare trascurare completamente una elaborazione cospicua che ha riguardato precisamente non solo il valore della bandiera nazionale come simbolo, ma lo stesso valore simbolico delle condotte materiali ed espressive ad essa o su di essa rivolte [40]. Non si vede infatti che cosa consenta il riconoscimento di un difetto di contenuto comunicativo nell'atto materiale volto a deteriorare o distruggere un oggetto simbolico quale la bandiera (magari posto in essere in particolari circostanze di modo o di tempo, quali la coeva partecipazione dello Stato ad un evento bellico nei confronti del quale voglia essere espressa disapprovazione), tale da comportare l'introduzione di un espresso distinguo rispetto all'ipotesi «ordinaria» di vilipendio.

Ulteriore elemento di forte perplessità deriva infine dal fatto stesso che l'unico «aggravamento» introdotto dalla legge riguardi propriamente un reato di *offesa*, secondo la distinzione sopra menzionata, e non uno di *provocazione*.

Se i reati di opinione appartenenti alla seconda categoria contribuiscono alla definizione dei meccanismi di protezione della democrazia in via immediata, contrapponendosi alle eventuali tendenze sovversive maturanti all'interno di un ordinamento, e possono forse, se mantenuti nella dimensione del concreto pericolo (v. 2.2.), disegnare forme di protezione non eccessivamente invasive della libertà di parola, per quanto attiene alle disposizioni punitive di condotte *offensive*, *id est* generalmente *vilipendiose*, la *ratio* protettiva acquisisce un significato ulteriore, trasforma le esigenze di protezione in esigenze assolute di fedeltà, generando veri e propri *reati di infedeltà* [41], in cui «vittima» della lesione non è più neppure l'effettivo assetto dei pubblici poteri, ma la singola persona-istituzione, o, a seconda dei casi, istituzione-persona, nel momento in cui un cittadino-suddito manifesta, attraverso espressioni «sconvenienti» [42], una forte disapprovazio-

---

[40] Senza poter qui chiaramente ripercorrere la vasta giurisprudenza statunitense in materia di espressione simbolica, ed in particolare quella relativa ai casi di manifestazione del pensiero attraverso atti riferiti alla bandiera nazionale (e soprattutto con i *flag-burning*, o i *flag-desecration*), giurisprudenza che ha sanzionato anche duramente gli alterni quanto costanti tentativi del legislatore statale e federale di imporre, attraverso il divieto di condotte dissacranti nei confronti della bandiera, un «religioso» rispetto del simbolo dell'identità nei valori del popolo americano, si rinvia ad uno tra i principali studiosi del tema, cfr. R.J. GOLDSTEIN, *Flag burning and free speech – The case of Texas v. Johnson*, University Press of Kansas, 2000, e dello stesso Autore, R.J. GOLDSTEIN, *Burning the flag: the great 1989-1990 American Flag Desecration Controversy*, Kent State University Press, 1996.

[41] Per l'utilizzo dell'espressione richiamata cfr. ZUCCALÀ, *Personalità dello Stato, ordine pubblico e tutela della libertà di pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, Atti del III Convegno di diritto penale, Cedam, Padova, 1966, 81 ss. come richiamata anche da Bettiol, *Sui limiti penalistici alla libertà di manifestazione del pensiero*, in *Legge penale e libertà di pensiero*, cit., 7.

[42] L'utilizzo di tale termine, dall'aura anacronistica, permane tra l'altro all'interno dei no-

ne o una critica feroce così quanto probabilmente interpretabile in chiave simbolica (come nel caso della bandiera) [43].

Infine, la legge n. 85 interviene anche su disposizioni esterne al codice penale, cioè quelle di cui alla legge c.d. Mancino, *rectius* sulla legge di ratifica della Convenzione di New York come modificata nel 1993. In particolare, l'*incitamento* viene sostituito con l'*istigazione*, la *diffusione* con la *propaganda*, e viene ridotta la pena per i soggetti la cui condotta rientri nella fattispecie relativa alla diffusione delle idee [44].

Arrivati a questo punto della trattazione, sembrerebbe mancare alla distinzione in tre fasi del processo di protezione della democrazia in Italia una quarta fase costituita dagli eventi più recenti: si fa riferimento agli effetti suggeriti dal nuovo scenario emergenziale globale successivo agli attacchi terroristici del 2001 e seguenti. In realtà non si ritiene né di poter definire una quarta fase dotata di propria autonomia, né, soprattutto, che la valutazione degli interventi formalmente e sostanzialmente collegati alla «disciplina dell'emergenza» contribuiscano a delineare con maggior precisione i caratteri «ordinari» del modello italiano di fedeltà, considerato il fatto che, come in parte anticipato, la reazione all'eccezionalità sembra pervadere anche i modelli democratici più aperti, e semmai oggetto di riflessione dovrà essere fino a che punto tale reazione non trasformi anche il sistema aperto in sistema che si protegge.

2.2. *La fedeltà psicologica nei reati di opinione ed il ruolo della causalità*

È di tutta evidenza che nella configurazione stessa della fattispecie criminosa che colpisce una condotta di pensiero o in altra forma espressiva (reato di opinione), sia per la natura della condotta, sia per quell'intersezione esistente (anche quando non si tratti di fagocitazione del secondo da parte del primo) tra reato politico (art. 8 c.p.) e reato di opinione [45], sia insita una pretesa di conformità, di adeguamento del soggetto ad un paradigma preesistente. D'altra parte, circa le

---

stri regolamenti parlamentari, in particolare, nel Reg. Camera, art. 33, comma 1, art. 59, comma 1, art. 89 e art. 139-*bis*; nel Reg. Senato, v. art. 61.

[43] Va sottolineato che il progetto di legge di modifica della disciplina dei reati di opinione inizialmente presentato alla Camera nel 2002 (C-2443) dal deputato Pisapia e altri, prevedeva l'abrogazione, oltre che degli artt. 265, 266, 269 e 272, e dell'istigazione a disubbidire alle leggi (art. 415), di tutte le ipotesi di vilipendio contenute nel codice penale. Il testo divenuto poi la l. n. 85 del 2006 è invece sostanzialmente derivato dal progetto presentato dalla deputata Lussana.

[44] Va aggiunto, per completezza, che la legge abroga gli artt. 269 (*Attività antinazionale del cittadino all'estero*), 279 (*Lesa prerogativa della irresponsabilità del Presidente della Repubblica*), 292-*bis* (*Circostanza aggravante*), 293 (*Circostanza aggravante*), oltre al già citato art. 272 circa la *propaganda e apologia sovversiva o antinazionale*.

[45] Cfr. M. PELISSERO, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, Napoli, 2000.

caratteristiche del paradigma, è possibile proprio dal suo inveramento nella concreta disciplina penalistica effettuare una constatazione della sua essenza materiale, spirituale, o più probabilmente ibrida, come già suggerito, sul piano ontologico. Ed in tal modo, come si è detto, è possibile distinguere quei casi in cui la limitazione imposta dal legislatore è semplice frutto della costruzione di una barriera protettiva nei confronti del sistema, così sostanzialmente neutrale da essere «esportabile» in qualsiasi contesto organizzativo nella sua funzione strumentale alla neutralizzazione del dissenso politico, da quelli in cui al soggetto non è richiesto soltanto di non opporsi al sistema vigente, bensì di aderire (*rectìus*, di mostrare l'adesione) ad alcuni valori considerati fondamentali dall'ordinamento, ritenuti parte della definizione medesima di un sistema in quanto democratico, mediante l'astensione dalla manifestazione di «pensieri cattivi» [46] (si pensi ad esempio alle già ricordate fattispecie introdotte al fine della criminalizzazione delle diverse forme di *hate speech*).

In entrambi i casi sembra riconoscibile un elemento che segna lo sviluppo di tali fattispecie in ordine alla loro significatività rispetto alla manifestazione del tasso di fedeltà espressiva richiesta da un ordinamento. La sua determinazione può consentire, sul versante in divenire, una selezione tra quelle ipotesi intrinsecamente incarnanti la vincolatività di un legame immateriale tra cittadino e ordinamento statuale (fonti di arbitraria restrizione della libertà di manifestazione del pensiero), e quelle riconducibili (interpretabili al fine della riconduzione) ad una garanzia della materiale autoconservazione ordinamentale (nei fatti, si dirà ancora, irrinunciabile). L'analisi di uno «speciale» nesso di *causalità*, inteso come rapporto e «bilanciamento» tra le due variabili rappresentate l'una dalla distanza temporale tra il momento dell'espressione e quello del verificarsi dei *vulnera*, alla prevenzione dei quali la norma repressiva è finalizzata, e l'altra dalla capacità insita nell'espressione di «materializzazione» del pensiero, come normativizzato (se individuato puntualmente dal legislatore ma, più probabilmente, delineato da Giudice delle leggi e giudice ordinario nelle rispettive modalità di interventi) all'interno di un sistema, può costituire il parametro sul quale osservare l'apertura del sistema medesimo [47].

Certo non sfuggono due potenziali «condizioni limitative» della ricostruzione, l'una sotto il profilo soggettivo, l'altra sotto quello oggettivo, della relazione individuata: non è infatti indifferente a chi appartenga la titolarità nella definizione dei contorni del principio di causalità: se alla forza cristallizzante del legi-

---

[46] Per questa espressione v. D. PULITANÒ, *Libertà di pensiero e pensieri cattivi*, in *Quale giustizia*, 1970, 187 ss.

[47] Deve essere segnalato come, però, dottrina particolarmente autorevole abbia ritenuto che manifestazioni del pensiero costituenti apologia, od anche propaganda della violenza o di azioni violente, non possano in ogni caso essere analizzate sulla scorta del principio di causalità, ed in tal modo ritenute fattispecie di pericolo concreto in connessione con la realizzazione effettiva di una azione violenta o sovversiva, cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972.

slatore, ovvero all'iniziativa ermeneutica del giudice. Infatti soltanto nella prima situazione (peraltro assai difficilmente immaginabile) la risposta che si potrà offrire sul tasso di fedeltà sarà univoca e rispondente ad una indicazione proveniente dallo stesso soggetto che ha il potere di imporre, e che è «comprensibile» imponga, il legame di fedeltà. Dal punto di vista oggettivo poi, la relazione tra il contemperamento libertà di espressione/fedeltà e la configurazione delle fattispecie penali nel senso della loro determinatezza risulta particolarmente forte, e per questo non può non scorgersi un nodo critico nel fatto che, mentre la fissazione dei parametri del rapporto tra espressione e realizzazione degli eventi concretamente lesivi si presenta come indispensabile, gli oggetti (di matrice ideologica) dei divieti si caratterizzano spesso per la notevole vaghezza (si pensi al *fascismo* nell'apologia di fascismo [48], o all'*odio* in quanto tale, nelle diverse connotazioni incriminate).

Per quanto attiene all'ordinamento italiano, il primo problema è da considerarsi come tale poiché il legislatore, praticamente in tutti i casi di reati di opinione segnalati (ad esclusione della categoria di quelli di vilipendio, su cui ci si soffermerà in seguito), manca di indicare con nettezza il punto di equilibrio della relazione, ragion per cui dovrà essere ricercato, come segnalato, nella giurisprudenza costituzionale e ordinaria. Il secondo problema, come accennato negli esempi, diviene in più di un caso un limite alla possibilità per lo stesso giudice di individuare una configurazione del nesso di causalità in grado di conferire autentica certezza alle fattispecie, e di liberarle dalla natura direttamente lesiva del diritto di manifestazione del pensiero.

Da una analisi dell'evoluzione nel trattamento delle figure in esame emerge comunque una struttura non lineare dell'interpretazione dell'applicazione del principio di causalità nel nostro sistema, significativo, evidentemente, di una certa fisiologica insicurezza nella applicazione stessa delle fattispecie previste, e della percepita insanabilità del conflitto tra autorità che rischia di diventare autoritarismo e libertà, intesa come capacità sovversiva in fase potenziale. Infatti si pos-

---

[48] Potrebbe forse estendersi in via interpretativa ad una manifestazione apologetica nei confronti del fondamentalismo islamico, ove si ritenesse condivisibile l'accostamento recentemente operato dal Presidente Bush, sulla scorta delle indicazioni provenienti da taluni studiosi *liberal* circa la stretta affinità ideologica tra le due esperienze? Ovvero la *ratio* medesima della legge Scelba, attuativa della XII Disp., impedirebbe un simile allargamento della fattispecie, soprattutto in considerazione del limite posto alle interpretazioni in via analogica per quanto riguarda le norme penali? Ma allora la lettura della nozione *fascismo* in senso stretto (secondo quelli che sono state anche le riflessioni circa l'interpretazione del «disciolto partito fascista») implicherebbe la sua circoscrizione al fenomeno ideologico ed istituzionale storicamente collocabile tra il novembre 1921 ed il 25 luglio 1943, con esclusione addirittura dell'esperienza collaborazionista della R.S.I., determinando concretamente la configurazione del reato medesimo quale *reato impossibile*, a meno dell'accettazione di una fattispecie che escluda a priori qualsivoglia offensività della condotta incriminata (la cui costituzionalità, peraltro, sarebbe qualcosa più che dubbia).

sono distinguere interpretazioni manifestanti un orientamento di tipo palesemente repressivo, altre di un orientamento ambivalente, in cui normalmente conclusioni caratterizzate da una lettura rigorosa (nel senso di mirata al riconoscimento di un ruolo stringente delle variabili indicate nella dinamica di verificazione di un evento concretamente lesivo) si accompagnano ad argomentazioni la cui ambiguità pare indizio di intenti limitativi da parte dell'interprete; ed infine quello teso alla identificazione del *pericolo concreto* come elemento costitutivo del fatto incriminato, in una prospettiva che peraltro, dal punto di vista costituzionale, pare, se conseguenzialmente praticata, poter svuotare le figure della componente ideologica in quanto tale e riportarle in un alveo di serena legittimità rispetto all'art. 21 Cost.

Va precisato che il discorso suddetto attiene fondamentalmente agli interventi del giudice di merito e di legittimità. La Corte costituzionale, infatti, ha seguito un percorso almeno apparentemente più lineare, sostanzialmente enunciando, per entrambe le variabili indicate, il punto di collocazione ottimale, e tracciando i contorni, pure non particolarmente netti, della libertà di manifestazione del pensiero. Così dalla giurisprudenza costituzionale è certamente ricavabile che i limiti alla libertà in questione debbono essere previsti in modo proporzionato rispetto alla reale gravità del pericolo temuto (v. in particolare le sentt. nn. 19 del 1962 e 168 del 1971) e che la natura del pericolo debba essere rintracciata nella sua concretezza e nella sua effettività (v. sentt. nn. 74 del 1958, 19 del 1962, 199 del 1972, 15 del 1973, 108 del 1974, e, da ultimo, la sent. n. 126 del 1985, che, configurandosi come una «interpretazione autentica» delle precedenti, prevede che occorra un incitamento alla violenza, o meglio all'azione violenta, vale a dire un *principio di azione* idoneo a porre l'*ordine legalmente costituito* in pericolo [49]).

Sul versante della configurazione giurisprudenziale della causalità, una manifestazione dell'approccio estensivo, e rigido nella limitazione della libertà, è, ad esempio, l'interpretazione volta a ricondurre nell'ambito della condotta apologetica di cui all'art. 414 c.p. quella che, oltre ad essere costituita, come ovvio, dall'espressione di un pensiero, è anche esclusivamente indirizzata a produrre un convincimento che operi sul mero piano mentale, senza che in essa si possa quindi rinvenire traccia di quel soprarichiamato «principio di azione» [50], ovvero quel-

---

[49] Cfr. P. BONETTI, *Prime note sulla tutela costituzionale contro il razzismo e la xenofobia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, 4 ss.

[50] V. Cass. pen., sez. un., 18 novembre 1958, in cui l'apologia è definita come «un'attività che si ripromette di incidere soltanto sull'intelletto dei destinatari», essendo quindi sufficiente al fine dell'incriminazione dell'autore «un giudizio favorevole che implichi l'approvazione convinta dell'episodio e l'adesione spirituale ad esso da parte del dichiarante», ed anche Corte di cassazione, 1 giugno 1964, in cui veniva addirittura confermata la condanna di un religioso per un suo intervento a mezzo stampa relativo alla condanna di un obiettore di coscienza. Più di recente, Corte di cassazione, 27 settembre 1991, in cui viene configurata una apologia di reato in relazione alla costruzione di un monumento in onore di Gaetano Bresci, e, sempre la Suprema Corte, 14 giugno 1994, in cui si afferma, ai fini dell'integrazione del delitto di

la che talvolta individua fattispecie di opinione come reati di pericolo presunto [51], o ancora, come reati di pura condotta [52]: in questi casi, evidentemente posti in un *climax* ascendente rispetto all'«elasticità» con cui viene individuato il punto di intersezione tra le variabili definenti il nesso di causalità, il distacco temporale risulta tendente ad un infinito positivo, così come l'intensità della potenziale materializzazione tende ad essere nulla. Sul secondo orientamento, si deve notare come talvolta ad una apparente apertura alla libertà di espressione, riscontrabile nelle parti dispositive delle pronunce, corrisponda, nelle pieghe argomentative delle stesse, l'inserimento di elementi di circospezione da parte dell'organo giudicante, indicativi di una particolare cautela nell'eventuale rafforzamento della pregnanza del rapporto di causalità, e della ricerca, nel caso in cui questo comunque avvenga, di punti di riferimento diversi e ulteriori (talvolta forieri di maggiori ambiguità) [53]. Infine, non mancano tendenze giurisprudenziali volte ad

---

apologia dei reati di strage e omicidio, l'idoneità della mera espressione di un giudizio positivo sul fatto penalmente rilevante. cfr. anche in L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, cit., 198, nota 36; 264, nota 201.

[51] In particolare, vasto è il repertorio giurisprudenziale in cui è rintracciabile una configurazione dei reati di opinione come reati di pericolo presunto, soprattutto in riferimento alla propaganda sovversiva di cui all'art. 272 c.p., che, peraltro, non manca di essere interpretato, seppure con meno frequenza, come di pericolo concreto.

[52] V., ad esempio, Cass., sez. I pen., 23 luglio 1985, n. 507, in cui l'utilizzo di espressioni antisemite contro un gruppo sportivo israeliano viene punito poiché manifesta «chiaramente l'incondizionato plauso per forme ben identificate di fatti di genocidio», essendo l'apologia dei fatti di genocidio (come prevista dall'art. 8, l. n. 962 del 1967, *Prevenzione e repressione del delitto di genocidio*) un reato di pura condotta, «sanzionato per la sua intollerabile disumanità». Nella stessa pronuncia la Corte rinuncia esplicitamente ad individuare nell'espressione qualsiasi potenzialità di materializzazione, annullando totalmente l'esistenza stessa dell'eventualità della verificazione di un fatto lesivo rispetto al quale disegnare un rapporto di causalità. Sulla decisione, cfr. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, cit., 43. Su questo aspetto, si rimanda inoltre alle riflessioni svolte in 3.; certamente, data anche la previsione normativa che fonda una giurisprudenza come quella in questione, i dubbi si moltiplicano, non trattandosi di norma «eccezionale», dal punto di vista dell'oggetto.

[53] È il caso, ad esempio, di Cass., sez. I, 22 novembre 1997, in cui il mancato riconoscimento dell'integrazione del delitto di istigazione di cui all'art. 414 c.p. viene ricondotto alla condizione per cui è dimostrabile che i destinatari del messaggio non hanno accolto favorevolmente la comunicazione, hanno anzi manifestato esplicitamente il loro dissenso (il caso era quello di una distribuzione di volantini istiganti alla diserzione). L'associazione tra valutazione della pericolosità concreta dell'espressione e risposta comunicativa dei destinatari della stessa, se nel caso di specie consente l'annullamento di una sentenza di condanna, non manca però di destare qualche perplessità se si pone mente al fatto che, *a contrario*, si potrebbe arrivare a dedurre che ove non sia effettivamente rilevabile una reazione sfavorevole dei soggetti presenti al momento dell'esercizio dell'attività espressiva, sia così significativamente riscontrabile un elemento capace di definire il pericolo concreto nel caso di specie; v. anche Trib. Milano, Uff. Gip, 25 febbraio 2003, n. 415, in cui la mancata incriminazione in relazione al reato di cui all'art. 272 c.p. viene motivata in riferimento ad una vera e propria analisi critica del documento recante le espressioni considerate passibili di incarnare quella propaganda

una definizione del nesso di causalità più prossima a quello che è l'indirizzo sostanzialmente offerto dalla giurisprudenza costituzionale sul punto, nonché, in taluni casi, a ricostruzioni ancor più favorevoli all'ampliamento del raggio della libertà di espressione. Si tratta di pronunce in cui si arriva a pretendere una relazione di identità tra il fatto o i fatti oggetto dell'espressione e la condotta della cui esecuzione sussiste il pericolo [54]; ovvero in cui l'analisi della situazione risulta così articolata da comprendere una valutazione del contesto nell'ambito del quale l'espressione trova realizzazione – non soltanto inteso in senso «contingenziale» e materiale, bensì, più estesamente, come sommatoria delle circostanze che contribuiscono a determinare il carattere di un particolare periodo storico –, unita ad una valutazione delle caratteristiche soggettive dei destinatari, studiate sulla base di considerazioni anche socio-antropologiche, e delle peculiarità dell'espressione, in riferimento alla sua proprietà ed intensità [55]. Un orientamento più aperto, infatti, può arrivare a disegnare una causalità a più variabili maggiormente in grado di delimitare le figure criminose di matrice ideologica, mediante l'introduzione di elementi quali il profilo qualitativo del soggetto agente, o il binomio ordinarietà/straordinarietà delle circostanze in cui si realizza la condotta espressiva.

Si noterà certamente come ogni tentativo di modellare l'interpretazione del nesso di causalità (non sempre valutato nella pienezza delle sue implicazioni) non possa che scontrarsi con un limite ineludibile, dato dalla natura di una particolare fattispecie di reato, quello di apologia, che sembra porre in crisi le più antitetiche costruzioni. Considerarlo un reato di pericolo concreto, come d'altra parte ha chiesto la Corte costituzionale, significa, e già lo si è detto, dar vita ad una ipotesi di istigazione indiretta che sostanzialmente lo neutralizza; leggerlo nella sua dimensione esclusivamente ideologica impone, a meno di forzature nei fatti operate, ma costituzionalmente inaccettabili, abbandonarlo alla sua intrinseca illegittimità.

---

sovversiva di cui alla norma citata; analisi che tiene in conto, tra l'altro, l'efficacia delle ragioni sostenute dagli autori del documento in questione, senza che siano chiari i parametri sulla base dei quali tale efficacia possa essere considerata; il grado notevole di aleatorietà nella valutazione di «requisiti» palesemente dotati di un alto livello di soggettività, se nel caso segnalato contribuisce alla assoluzione degli imputati, rischia ancora una volta di trasformarsi in strumento a disposizione di orientamenti maggiormente repressivi.

[54] V. Cass., sez. I, 5 giugno 1999.

[55] Cfr. C. Ass. Milano, 14 novembre 2001, cit. in L. ALESIANI, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, cit., 201, nt. 41. Da citarsi anche Cass., sez. I, 5 giugno 2001, in cui la Suprema Corte, «assecondando» in realtà il giudizio di appello di condanna in relazione alla fattispecie di cui all'art. 414 c.p., sembra individuare, con insolita tassatività, gli elementi che dovrebbero essere tenuti presenti al fine di una corretta valutazione dell'esistenza o meno del pericolo concreto nel caso del reato in questione: il *contenuto delle espressioni usate*, la *qualità dell'agente*, e la *molteplicità dei destinatari* del messaggio. A differenza di quanto segnalato in riferimento ad un esempio del secondo orientamento, qui la discrasia tra soluzione del caso specifico e teorizzazione del legame tra espressione e condotta materialmente lesiva si risolve in senso contrario.

E questo perché, se è vero quanto si scriveva a proposito della (frequentemente) mancata indicazione da parte del legislatore dell'«algoritmo» ideale per la determinazione del rapporto di causalità, il caso dei reati aventi ad oggetto una condotta apologetica è interpretabile anche nel senso di una avvenuta indicazione dell'elemento in questione, d'altra parte risolta nella affermazione dell'assenza dello stesso da tutto ciò che concorre alla configurabilità delle fattispecie. In situazioni come queste, allora, l'intervento del Giudice delle leggi, e delle applicazioni giurisprudenziali, contribuisce soprattutto a colmare il vuoto lasciato dal legislatore, proprio in considerazione dell'esigenza costituzionale dell'individuazione del rapporto di causalità.

Esigenza che peraltro non può essere trascurata neppure in relazione ai quei reati di vilipendio che, fino ad ora, sono stati ricostruiti sulla base della natura dei beni con essi giuridicamente protetti, ed attraverso un'opera di individuazione di tali beni i cui esiti hanno generalmente delineato figure di tutela di oggetti assolutamente immateriali e, se si pone mente ai reati di vilipendio politico, impropriamente sacralizzati [56]. Se è certamente vero, come di recente sostenuto, che una analisi della pericolosità concreta nella integrazione dei reati di vilipendio sarebbe poco auspicabile in quanto tenderebbe a limitare la garanzia del corretto svolgimento del dibattito democratico, è d'altra parte da valutare se sia possibile un adeguamento o predisposizione, anche per le fattispecie in questione, di parametri per la «misurazione» dell'impatto reale delle stesse sulla conservazione materiale dell'ordinamento. La valutazione in ordine al pericolo concreto non può trasformarsi in valutazione in ordine alla «efficacia politica» [57], poiché la libertà di manifestazione del pensiero impedisce di condizionare la comunicazione di un messaggio all'utilizzo di un determinato tipo di espressione, ovvero di limitarla nell'opzione simbolica, piuttosto che in quella verbale, in considerazione del fatto che tale limite «di modo» potrebbe essere idoneo ad impedire a quel messaggio di essere letto ed interpretato come invece lo sarebbe se venissero garantite le moda-

---

[56] Più frequente l'individuazione del bene leso dalla condotta vilipendiosa nel prestigio di «determinate entità ideali, impersonali – cose, idee, istituzioni, simboli», che di esso si ritiene debbano godere all'interno di una comunità quale quella statuale, cfr. G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, 87 ss., e anche, *ex multis*, P. NUVOLONE, *Reati di stampa*, Milano, 1952; E. VITALI, *Vilipendio della religione dello Stato*, Padova, 1964. Da ultimo, si veda l'idea per cui nel campo del vilipendio politico una valutazione che operasse sulla base, o anche solo in considerazione della distinzione tra pericolo astratto e pericolo concreto, ma in generale – sembra potersi dire – in riferimento ad una effettiva valutazione dell'effettività dell'espressione vilipendiosa funzionalmente all'esercizio di comportamenti lesivi, sarebbe inopportuna, in quanto «non sarebbe che un aspetto di una più concreta efficacia politica, sotto ogni altro aspetto apprezzabile, necessaria e da garantire come esercizio concreto di democrazia». Lo stesso Autore, anche in conseguenza del ragionamento effettuato, ritiene quindi che alla base delle ipotesi di vilipendio si possa porre la *tutela dell'ordinamento democratico repubblicano*, come sancito negli artt. 1 e 49 Cost., cfr. L. ALESIANI, *op. cit.*, 296 ss.

[57] *Ibidem.*

lità prescelte dall'autore. D'altra parte, ove si ritenesse irrealizzabile il tentativo di rintracciare, anche per i reati di vilipendio, almeno la possibilità del verificarsi di un successivo evento, capace di minare l'esistenza dell'ordinamento democratico, e quindi la possibilità di riconoscere nella manifestazione di pensiero rozza, volgarmente offensiva, carica di disprezzo rabbioso e accanimento prettamente emotivo [58] l'elemento costitutivo di un reato la cui integrazione necessita di un completamento nei termini della verifica del rapporto tra tale condotta ed uno o più fatti a questa conseguenti, allora anche per il vilipendio, così come per l'apologia, dovrebbe negarsi la compatibilità con il dettato costituzionale che tutela la libertà di manifestazione del pensiero. In tal caso la *ratio* parrebbe viziata da una assurdità di doppio ordine: se in riferimento ai reati di apologia il fondamento – ferma restando l'incostituzionalità alle condizioni sopra specificate – può in ogni caso rinvenirsi nella considerazione, da parte dell'ordinamento, dell'orrore di determinate idee e del loro insito potenziale obnubilante (interpretazione che può poi collocarsi sulla breve linea che intercorre tra il pericolo presunto e l'assenza di pericolo), nel caso del vilipendio neppure una «giustificazione» del genere sarebbe immaginabile, dato che l'autoreferenzialità della fattispecie si compie nella tutela che l'ordinamento appresta nei confronti del suo elemento più superficiale.

Dalle notazioni brevemente svolte si ricava quindi l'esistenza di un conflitto, in fondo percettibile con una certa immediatezza, e difficilmente dissipabile anche mediante un tentativo più consapevole di riflessione, tra reati di opinione, indipendentemente dalle generazioni a cui appartengano, e libertà di espressione, che non trova di fronte a sé altro che soluzioni insoddisfacenti. Ripercorrere, come si diceva, la via al contrario, e trarre (in parte inevitabilmente, se si pone mente proprio ai reati di vilipendio o alle disparate fattispecie di apologia) dalla normativa vigente una interpretazione della fedeltà imposta ai consociati dal nostro sistema costituzionale come vero e proprio imperativo morale di condivisione spirituale e sudditanza comportamentale è scelta che, oltre a ferire, in assoluto, l'animo pluralista dell'ordinamento, si scontra inesorabilmente con il diritto fondamentale sancito all'art. 21 Cost. Valorizzare la giurisprudenza più garantista – quella che si pone con maggiore ossequio di fronte alla tutela della libertà di parola, e con minor esitazione rimuove gli ostacoli che tentino di impedirne l'effettiva realizzazione – comporta, come si è visto, auspicare in alcuni casi la soluzione più radicale, cioè quella dell'abrogazione, come l'unica ammissibile.

---

[58] Caratteristiche queste della condotta vilipendiosa che hanno condotto alcuni a ritenerla di per sé stessa estranea alla tutela disposta dall'art. 21 Cost., in quanto non rientrante nella manifestazione del pensiero; *contra*, v. G. ZUCCALÀ, *op. cit.*, 89 ss., che ritiene che proprio il vilipendio indichi quella condotta in cui l'autore manifesta la propria opinione di offesa al *prestigio* attraverso una espressione di mero giudizio, scevra da qualsivoglia contenuto affettivo o emozionale, e per questa ragione ritiene la condotta vilipendiosa come qualcosa di assimilabile alla più *pura* delle condotte, secondo quella stessa visione di chi, sul versante opposto, afferma l'idea per cui ove si sia in presenza di un elemento espressivo di tipo emotivo allora non si sia in presenza di pensiero.

3. Raffronto con il sistema tedesco: differenze «metodologiche» e «qualitative» (cenni)

Porre a confronto il sistema italiano di protezione della democrazia con quello tedesco significa percorrere una strada sufficientemente scorrevole, per lo meno per quanto riguarda l'aspetto della lotta ai gruppi e partiti antisistema come elemento caratterizzante la richiesta di fedeltà dell'ordinamento ai suoi consociati, se si considera che ampia riflessione è stata operata sulla democrazia militante [59] in Germania e sui precedenti e le ragioni storiche della sua definizione.

Qui sommariamente si tenta di ricercare le affinità, ma soprattutto quelle differenze che consentono di rintracciare una linea distinguibile di demarcazione tra i due modelli, in relazione ai confini per la libertà di espressione da questi tracciati, e secondo l'analisi di due fondamentali elementi, l'uno relativo al contenuto dei limiti ideologici, l'altro alla collocazione «cronologica» della restrizione alla manifestazione del pensiero sull'ipotetica distanza tra istante dell'espressione e produzione dei suoi effetti. In ordine al primo elemento, sarà utile comprendere in quale misura, mentre la Costituzione italiana ha posto nel fascismo in via eccezionale l'unico limite ideologico alla libertà di associazione, ma non ha posto neppure quel limite all'espressione ideologica in sé, il *Grudgesetz* si ponga, nell'uno e nell'altro senso, rispetto al contenuto dell'idea «infedele», *rectius* sulla base di quali parametri valuti l'infedeltà della stessa. Per quanto riguarda il livello di prevenzione e di anticipazione della tutela del sistema, sono da leggersi quelle disposizioni che, soprattutto in materia di istigazione all'odio, e più nello specifico inerenti la menzogna negazionista, segnerebbero forse un discrimine tra la Germania e altri Paesi se non fossero progressivamente intervenuti atti internazionali volti, come già segnalato, ad una globalizzazione della protezione dei valori considerati immanenti rispetto alla democrazia.

In particolare, la Carta costituzionale tedesca prevede, all'art. 18 che «chiunque abusa della libertà di manifestazione del pensiero (…) per combattere l'ordine fondamentale liberaldemocratico, decade da tali diritti fondamentali», in riferimento ai diritti precedentemente enunciati, tra i quali è posto il diritto all'onore della persona quale limite espresso alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 5, comma 2), e all'art. 21, comma 2, che «i partiti che per i propri obiettivi o per il comportamento dei propri aderenti mirano a pregiudicare o rovesciare l'ordine fondamentale liberaldemocratico o a mettere in pericolo l'esistenza della Repubblica federale di Germania sono incostituzionali». A livello primario, il codice penale tedesco contiene poi una serie di disposizioni (artt. 185 ss. e art. 130) che in parte attuano la Convenzione di New York più volte menzionata,

---

[59] Sulla nozione primaria di democrazia militante, si parta da K. Loewenstein, *Militant democracy and fundamental rights*, *I e II*, in *The American Political Science Review*, vol. 31, n. 3, 1937 (ora pubblicato anche in JSTOR).

in parte, e si pensi allo stesso art. 130, comma 3, avente ad oggetto la «menzogna di Auschwitz pura e semplice», manifestano l'evidenza di una scelta che sembra andare oltre l'ormai internazionale lotta al razzismo e alla xenofobia attuata mediante una imposizione ideale che si propone di legittimare le «buone» limitazioni alle espressioni dei singoli, per «dedicarsi» ad una particolare opinione, la cui connaturata aberranza comporta *ex se* l'insorgere di un obbligo alla sua completa e generalizzata rimozione.

All'espressione che ha per oggetto l'idea negazionista è riservato un trattamento necessariamente diverso rispetto a quello riguardante altre forme di istigazione all'odio, o più correttamente, forme di istigazione ad un altro odio, che non sia quello antisemita. Lo stesso reato di negazionismo risulta articolato, differenziato nella fattispecie: la soprarichiamata «menzogna di Auschwitz pura e semplice» consiste nella affermazione che non vi sia stato alcun genocidio negli anni del Terzo Reich e che, se effettivamente gli Ebrei furono assassinati, questo non accadde secondo le dimensioni numeriche normalmente riferite né nelle modalità riportate. Tale tipologia di menzogna negazionista diviene «qualificata» nel momento in cui risulta affiancata da determinazioni di tipo, potremmo dire precettivo, o da forme di propaganda attiva al compimento di azioni, come nel caso in cui il soggetto aggiunga alla negazione dell'Olocausto l'affermazione che gli Ebrei stessi hanno, consapevolmente e in malafede, elaborato falsificazioni storiche al fine di arricchirsi rendendo la Germania ricattabile, ovvero inciti, in seguito alle dichiarazioni negazioniste, ad una condivisione e ad un sostegno dell'ideologia nazista [60].

Fondamentale è rilevare che anche a livello giurisprudenziale il negazionismo in quanto tale è ritenuto escluso dalla tutela della libertà di parola in quanto privo del valore espressivo che un messaggio deve possedere per essere oggetto di protezione. Sembra che, come in una lettura rovesciata della nota quanto anche «geograficamente» diffusa dottrina delle *preferred matters*, il discorso negazionista non sia dotato della dignità sufficiente ad ammetterne la riconduzione alla libertà di parola, eventualmente poi soggetta alle limitazioni diversamente previste [61], probabilmente in quanto mancante, nel medesimo, a meno di non volerlo

---

[60] Su questi aspetti, cfr. W. BRUGGER, *The treatment of hate speech in German Constitutional Law*, in *The constitutional treatment of hate speech*, Atti del Convegno dell'Accademia internazionale di Diritto Comparato, Brisbane, 2002; e l'introduzione ai lavori di Alessandro PIZZORUSSO, *La disciplina costituzionale dell'istigazione all'odio*; dello stesso Autore, cfr. *Limiti alla libertà di manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in *Diritti*, *nuove tecnologie*, *trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003, 651 ss.

[61] Si pensi alla nota pronuncia del *Bundesverfassungsgericht*, 13 aprile 1994, *BVerfGE* 90, in cui è stato affermato che la tutela della libertà di espressione non comprende «la negazione della verità di fatti che il soggetto che rivendica tale tutela sa essere veri, o che è provato essere veri, mentre copre eventuali espressioni valutative di fatti storicamente provati». (cfr. le richiamate relazioni, nell'ambito del Convegno di Brisbane, 2002). Ma anche al più recen-

leggere in una dimensione eminentemente simbolica, un contenuto «prescrittivo», «programmatico», e quindi autenticamente espressivo (per lo meno per quanto riguarda la «menzogna di Auschwitz pura e semplice», poiché nel caso della menzogna qualificata l'elemento tendenzialmente «istigatorio» pone la mancata tutela all'interno di un differente contenitore).

La scelta tedesca è evidentemente originale, soprattutto rispetto alla generalizzata lotta contro le differenti forme di *hate speech* instaurata a livello globale, anche perché, pur nell'accoglimento degli indirizzi provenienti da livelli superiori di produzione di diritti e di limiti agli stessi, non manca di conservare quell'approccio lucidamente oggettivista che già caratterizzava la tutela della libertà di parola, rivolta alle idee, intese come rielaborazione più o meno critica, ma personale, di fatti, circostanze, eventi o comunque destinatari di pensiero, ma non alle mere enunciazioni di fatti, quando non corrispondenti al vero [62]. Se quindi, per quanto attiene alla difesa del sistema dalle espressioni odiose ed incitanti all'odio, il modello tedesco pare in partenza «metodologicamente» affine a quello italiano, ed ugualmente «armonizzato» nella previsione delle relative fattispecie criminose, «qualitativamente» emerge una fondamentale differenza, che risiederebbe proprio nella peculiare valutazione di una, ed una sola espressione, da intendersi come la più falsa che potrebbe essere espressa. Certo, tale ultima interpretazione contrasta con l'idea che il fondamento del divieto per le espressioni di pensiero negazionista risieda nella garanzia della verità storica, poiché allora non si giustificherebbe la discriminazione così determinantesi tra fatti, e quindi tra negazione di fatti diversi. Non sarebbe neppure molto agevole riuscire a definire con univocità quali fatti sono da considerarsi come verità storica e quali invece no, *rectìus*, considerato che spesso questo avviene, quando si tratti del riconosci-

---

te caso, deciso dal *Bundesgerichtshof* (12 dicembre 2000, n. 184/2000), sulla base dell'art. 130 del codice penale, in cui l'espressione negazionista era stata pubblicata e distribuita da un sito internet australiano, ed il cui autore era di nazionalità australiana. La Corte conferma la condanna del soggetto, promotore di un istituto i cui studi erano espressamente rivolti alla diffusione di idee negazioniste, a dieci mesi di carcerazione per la pubblicazione di alcuni scritti il cui preminente oggetto era la messa in discussione dell'esistenza delle camere a gas nei campi di concentramento nazisti. L'elemento di particolare interesse nella decisione è indubitabilmente quello relativo all'analisi del mezzo di comunicazione utilizzato nella trasmissione del messaggio, considerato di per sé idoneo ad una diffusione tale da comportare la possibilità, anzi una elevata possibilità, che il messaggio in questione venisse ricevuto, letto o scaricato in Germania. La Corte quindi introduce due affermazioni di un certo rilievo nell'analisi: la prima, del tutto consonante con quanto già detto, in riferimento alla totale esclusione dell'opinione negazionista dall'ambito di tutela di cui all'art. 5 del *Grundgesetz*, vale a dire dalla «parola»; la seconda, volta a neutralizzare il ruolo dello spazio nel diritto penale quando il reato in questione riguardi l'orrore dell'Olocausto. Si vedano anche, *Bundesgerichtshof*, 15 marzo 1994, n. 179/1993 e *Bundesverfassungsgericht*, 6 settembre 2000, n. 1056/1995. Per alcune riflessioni sulla vicenda, cfr. *Federal Court of Justice (BGH) Convicts Foreigner for Internet Posted Incitement to Racial Hatred*, in *German Law Journal*, vol. 2, n. 8, 2001.

[62] Cfr. M. MANETTI, *Libertà di pensiero e negazionismo*, cit., 48 ss.

mento di eventi storici generalmente tragici che abbiano coinvolto un largo numero di individui, sulla base di una deliberazione legislativa, non sembra potersi trascurare il rischio della creazione di «verità ufficiali», che ricordano da vicino quelle ministerialmente elaborate nel «1984» di George Orwell.

Forse per queste ragioni sembra assolutamente preferibile una scelta radicale, quale quella della previsione di una significativa, autogiustificantesi eccezione alla libertà di manifestazione del pensiero, piuttosto che la ricerca di un fondamento per il limite costituito dalla «menzogna pura e semplice» in interessi, che semmai possono intervenire in via sussidiaria, quale quello alla tutela della dignità, o dell'onore [63].

In ogni caso su questo aspetto, come accennato, più che leggersi le differenze tra modelli di fedeltà e di protezione della democrazia, si individua la specificità di una scelta che, se è stata operata in Germania evidentemente per la collocazione politica e territoriale del crimine di cui si vieta la negazione, avrebbe forse potuto e potrebbe ancora trovare riscontro in altri ordinamenti per la unicità del fenomeno in questione, e la caratterizzazione dell'antisemitismo come piaga storicamente più risalente e ad un contempo più tenacemente resistente ad ogni condanna [64].

---

[63] Una certa enfasi su tale interesse sembra invece posto dalla CEDU, se si pongono, ad esempio, a confronto il caso deciso il 23 settembre 1998, relativo alla pubblicazione di un articolo sul maresciallo Pétain, ed il caso *Chauvy e altri v. Francia*, del 29 giugno 2004. Nella prima situazione, infatti, la Corte europea constata il carattere assolutamente fazioso della pubblicazione, che presentava Pétain come personaggio del tutto positivo, ma ricorda che «oltre alla sostanza delle idee e delle informazioni espresse, l'art. 10 protegge anche il modo in cui sono espresse (*De Haes e Gijsels v. Belgio*, 24 febbraio 1997)». Poi, premettendo che «come ogni altro proposito diretto contro i valori che sottostanno alla Convenzione (v. *Jersild v. Danimarca*), la giustificazione di una politica filonazista non beneficerebbe della protezione di cui all'art. 10», afferma che, nonostante «il silenzio su fatti di una certa gravità, in cui noto è il coinvolgimento di Pétain e significativo», poiché i ricorrenti «elogiano semplicemente un uomo», la garanzia di cui all'art. 10 deve essere estesa a questo tipo di espressione. Nel secondo caso, a questo analogo, la decisione della Corte è invece di segno opposto proprio perché il rapporto non si pone tra libertà di espressione e verità storica, bensì risulta triadico, e comprendente anche il diritto all'onore. Similmente, nel noto caso *Faurisson* del 1996, si afferma che la legge c.d. Gayssot (la legge francese che, all'art. 24-*bis*, configura come reato la contestazione dell'esistenza dei crimini nazisti) è legittima rispetto alle previsioni della Convenzione sui diritti civili e politici in quanto la condanna di Faurisson non contrasta con il suo diritto di esprimere e sostenere una opinione in generale, poiché fondata sull'avvenuta violazione di diritti e della reputazione di altri individui.

[64] Vale solo brevemente accennare a come, anche in tale ambito, si manifesti l'idea della tolleranza nei confronti degli intolleranti sviluppatasi negli Stati Uniti (con l'eccezione di momenti di repressione del dissenso politico in cui legislatore e giudice non hanno mancato di mostrarsi ciechi anche di fronte alla incerta intolleranza dei soggetti limitati nella propria libertà di espressione). Il caso indubitabilmente più significativo, oltre che assai noto (tra gli altri si veda l'analisi di L. BOLLINGER, *La società tollerante*, cit., 26 ss.) è quello di Skokie, sobborgo di Chicago abitato prevalentemente da Ebrei, tra i quali numerosi reduci dei campi di

Indagando invece sul modello ordinario di fedeltà, disegnato dal *Grundgesetz*, in rapporto con quello che è il sistema italiano, ed in particolare con l'assetto di protezione ricavabile dal combinato disposto tra art. 18, art. 21 Cost. e XII disp. finale, quanto emerge da subito è la differenza tra un ordinamento in cui l'estremismo è di per sé stesso interpretato come potenziale *vulnus*, e quindi come nemico da controllare, se non da abbattere, ed un altro in cui l'individuazione del pericolo è immediata quanto, per lo meno in apparenza, contingente, poiché riguarda esclusivamente una precisa ideologia, conosciuta, anzi concretamente individuabile in un passato recente rispetto al momento del suo riconoscimento come contrastante rispetto al sistema democratico.

Come già si è sostenuto, la XII disp. introduce un limite ulteriore esplicito al diritto di associazione, e non toglie nulla alla proclamazione della libertà di manifestazione del pensiero. Certo lo faranno le normative che ne daranno attuazione, così come ad essa saranno ricondotte alcune previsioni limitative della libertà di espressione in contesti solo latamente correlabili alla esclusione del fascismo dalla dialettica politico-istituzionale, ma innegabilmente il quadro complessivo che emerge è quello di un ordinamento in cui l'ideologia fascista è bandita o in quanto «organizzata» in modo tale da condurre alla formazione di un gruppo considerato idoneo a riproporre il perseguimento del modello (o dei modelli) venuti meno con l'instaurazione della Repubblica, oppure in quanto espressione di pensiero tale da determinare il pericolo concreto dell'emergere di una volontà di riorganizzazione del disciolto partito fascista.

In Germania, il quadro è invece quello che potrebbe essere definito di un modello «anti-estremista», se si considera il fatto che sia dal punto di vista meramente enunciativo, sia per quanto si è effettivamente prodotto nel concreto realizzarsi del sistema, la dichiarazione di incostituzionalità pendente sui partiti politici c.d. antisistema ha colpito forze politiche di derivazione assolutamente antitetica [65]. D'altra parte, l'evolversi del modello nel senso di una progressiva ten-

---

sterminio nazisti, in cui il gruppo neonazista guidato da Frank Collins intendeva svolgere una manifestazione (chiaramente provocatoria) in cui avrebbe naturalmente dato espressione, anche in forma simbolica, ai propri progetti politici ed ai propri ideali, peraltro utilizzando emblemi appartenenti all'apparato simbolico del Terzo Reich. Il caso giunge alla Corte Suprema in seguito a diversi passaggi, sorti con l'opposizione dell'amministrazione allo svolgimento della manifestazione suddetta. La Corte, pur non affermando che i nazisti abbiano un diritto costituzionalmente garantito di marciare a Skokie, dichiara che essi hanno però un diritto costituzionale a non essere soggetti a *prior restraints*, e teoricamente (nei fatti poi la marcia non ha luogo ed effettivamente il gruppo sembra più che altro strumentalizzare la situazione per sollecitare la polemica sul proprio diritto a manifestare) ammette lo svolgimento dell'iniziativa.

[65] Sono stati dichiarati incostituzionali, su richieste presentate dal governo federale nel 1951, il *Socialistiche Reichspartei* (SPD) e il *Kommunistische Partei Deutschlands* (KPD); mentre nel 2003 il governo tedesco, insieme al Bundestag a al Bundesrat ha chiesto lo scioglimento del *Nationaldemokratische Partei Deutschlands* (NPD), partito di evidente ispirazione nazional-socialista, che non è stato considerato incostituzionale dal *Bundesverfassungsgericht* es-

denza a «gestire» l'ideologia nazista come principale elemento di potenziale destabilizzazione del sistema, resa palese non soltanto dall'imporsi della questione delle espressioni negazioniste nel senso precedentemente tracciato, ma anche dall'utilizzo della previsione di cui all'art. 21, comma 2, *Grundgesetz*, porta alcuni interpreti ad avvicinare comunque il modello a quello italiano, nella definizione di un «repubblicanesimo negativo» in cui l'identificazione del nemico, dell'oppositore, avviene essenzialmente attraverso il riconoscimento nello stesso di una specifica identità storico-politica, o della sua psicologica e/o materiale affinità rispetto ai soggetti autori di una passata tragedia, quando non protagonisti di un sistema contro il quale, ed in distinzione dal quale, quello vigente è sorto [66].

Sembra comunque non potersi trascurare il disposto costituzionale, né l'origine più autentica del modello, che consentirebbero eventualmente una ripresa di quello che è stato l'approccio iniziale alla protezione della democrazia nel senso di una indicazione, già al livello della Carta fondamentale, del diritto da parte dei pubblici poteri ad una pretesa assoluta di fedeltà, indipendentemente da eventuali presunzioni di minore fedeltà di partenza (e conseguente «concentrazione» dei limiti pubblicamente imposti) da parte dei soggetti ideologicamente identificabili secondo determinate categorie.

---

senzialmente a causa del contemporaneo emergere di notizie relative alla composizione del partito medesimo che indicavano la sua prevalente «gestione» da parte di agenti sotto copertura dei servizi segreti tedeschi. Tale partito ha peraltro assai di recente (settembre 2006) ottenuto un significativo consenso in termini elettorali in occasione delle elezioni in Pomerania. Ancora, La Corte federale amministrativa tedesca ha, con una sentenza del 27 novembre 2002 (Urteile vom 27. November 2002 - BVerwG 6 A 1.02, 6 A 3.02, 6 A 4.02 und 6 A 9.02), confermato la decisione del 8 dicembre 2001 con cui il Ministro degli Interni aveva ordinato lo scioglimento e la messa al bando dell'associazione islamica nota come «Kalifatsstaat».

La Corte federale ha, infatti, condiviso le motivazioni contenute nella decisione del Ministro federale, ritenendo che l'organizzazione islamica in questione si ponesse contro i principi della democrazia, dello stato di diritto ed i diritti dell'uomo e fosse funzionalizzata al sovvertimento dell'ordine democratico (v. in Palomar, n. 12, 2003, all'url *http://www.unisi.it/ricerca/dip/dir_eco/palomar/012_2003.html#germania2*). La decisione, peraltro, risulta evidentemente assunta sulla base dell'interpretazione, già caldeggiata dalla dottrina, che riconosce gli strumenti antiestremistici contenuti all'interno della Carta costituzionale come assolutamente validi anche al fine di combattere una forza che tede a minare l'ordine democratico non tanto per finalità di carattere politico, quanto piuttosto religioso o culturale.

[66] Per una interessante classificazione di questo tipo, cfr. P. NIESEN, *Anti-Extremism*, *Negative Republicanism*, *Civic Society: Three Paradigms for Banning Political Parties - Part I* e *Part II*, in *German Law Journal*, vol. 3, n. 7, 2002. L'autore individua inoltre un terzo e nuovo modello di protezione della democrazia dai propri nemici, e dalle espressioni che con essa si pongano in contrasto, definito della *società civile*: con esso avverrebbe un passaggio dalla *democrazia protetta* (che combatte contro gli opposti estremismi o contro i mali derivanti dalla storia) alla *democrazia protettiva*, nei confronti delle minoranze e delle generazioni future. Una democrazia che tutelerebbe i soggetti deboli utilizzando principalmente l'arma del riconoscimento dell'altro come soggetto eguale e della intercomunicazione.

4. Libertà di parola e «diritto» a non avere paura nelle circostanze straordinarie: la geometria variabile della fedeltà e il caso statunitense

Così come gli ordinamenti che nelle circostanze ordinarie proteggono la propria esistenza, o, in una fase più «matura» della loro evoluzione, la cornice assiologica che ne definisce inequivocabilmente la natura e la missione socio-istituzionale, provvedono nelle fasi reputate come straordinarie ad un rafforzamento degli apparati protettivi che generalmente arriva a colpire anche la libertà ideologica, così quegli ordinamenti da descriversi come «aperti», dichiaratamente contrari a qualsiasi forma di limitazione della libertà di espressione, da intendersi anche nelle sue declinazioni sovversive e antisistema, sembrano non riuscire a conservare la propria «stoica» resistenza alle inevitabili tentazioni liberticide quando il presentarsi di *emergenze*, di varia natura, e non sempre univocamente interpretabili, pare legittimare un intervento repressivo.

Per queste ragioni, da un lato i suesposti modelli di democrazia tradizionalmente ed attivamente protetta (come quello tedesco) e di democrazia che si protegge (come quello italiano), già in parte ridefiniti dall'innesto nel sistema di quell'ordine ideale ultranazionale ed uniformante di cui si è detto, non sembrano particolarmente snaturati quando, nelle fasi emergenziali, vengono introdotte misure di più intensa chiusura del sistema nei confronti della differenza, dall'altro, come già anticipato, tale condizione «residuale» di protezione pare comportare l'impossibilità di ipotizzare l'esistenza di una forma ordinamentale che rinuncia definitivamente a proteggersi. Certamente non stupisce, ad esempio, che nell'ambito della reazione sviluppatasi, anche sul piano giuridico, nei confronti della minaccia del terrorismo islamico manifestatasi con inaspettata gravità con gli attentati dell'11 settembre 2001, l'Italia abbia provveduto ad introdurre nell'ordinamento ulteriori fattispecie caratterizzate dalla penalizzazione della mera manifestazione di pensiero. Infatti, all'interno del c.d. «pacchetto Pisanu», contenente varie misure varate contro il terrorismo internazionale (d.l. n. 144 del 2005, convertito con l. n. 155 del 2005, *Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*), oltre a previsioni che non hanno mancato di suscitare un dibattito profondo (al quale anche esponenti della magistratura hanno di fatto partecipato) quale quella che introduce all'interno del codice penale una particolare definizione del terrorismo internazionale, è rintracciabile una integrazione del già richiamato art. 414 cp. nel senso della introduzione di una circostanza aggravante dei delitti di istigazione e apologia che si verifica nel caso in cui il reato oggetto della condotta istigatoria o apologetica sia un *delitto di terrorismo* o *crimini contro l'umanità*[67].

[67] In particolare, viene aggiunto all'art. 414 c.p. il seguente comma: «Fuori dei casi di cui all'art. 302, se l'istigazione o l'apologia di cui ai commi precedenti riguarda delitti di terrorismo e crimini contro l'umanità la pena è aumentata della metà».

La disposizione si colloca d'altra parte sulla scia delle norme già esaminate che puniscono il discorso in quanto razzista, o lo sfoggio del simbolo in quanto sinonimico di un messaggio xenofobo, con la differenza, forse in parte extragiuridica ma culturalmente significativa, che queste sorgono e si impongono in una fase dichiaratamente ordinaria della vita dell'ordinamento, le più recenti, invece, in una fase dichiaratamente eccezionale. Il collegamento tra la produzione della norma e la sua contestualizzazione, soprattutto in casi come questo, implica il riconoscimento alla stessa di un valore emblematico differente, per un verso limitato in un auspicio di transitorietà, per altro rafforzato dalla sua espressamente affermata necessità.

Ed è anche l'indeterminatezza la caratteristica che un po' distingue la norma approvata nell'eccezionalità, da quella ordinariamente protettiva, poiché la prima tende, paradossalmente, ad allargare il suo raggio di intervento nella percezione della propria maggiore legittimazione, e quindi a definire oggetti evanescenti, proprio come nel caso di specie. L'istigazione o l'apologia del *delitto di terrorismo*, infatti, risultano inevitabilmente travolte dalla indeterminatezza della nozione di terrorismo su cui, come casi anche recenti sembrano aver dimostrato, la riflessione giurisprudenziale e dottrinale può molto di più che qualsivoglia tentativo di cristallizzazione concettuale eterodiretta.

Non è certamente questa la prima fase emergenziale attraversata in Italia, e non è la prima volta in cui l'ordinamento reagisce con l'irrigidimento delle misure volte a reprimere l' «espressione infedele», basti pensare ai provvedimenti del 1975 prima, e poi alla legge sull'ordine pubblico del 1977, che si collocano nel cuore degli anni degli omicidi politici, dopo il rogo di Primavalle e lo scioglimento di Ordine Nuovo, e nel momento in cui il procuratore di Milano Luigi Bianchi d'Espinosa avviava il più importante tra i procedimenti giudiziari volti alla condanna di Giorgio Almirante, segretario del MSI, per il reato di riorganizzazione del disciolto partito fascista. Non è però nel modello «emergenziale» che si sono inseriti i provvedimenti suddetti, poiché la loro natura e le loro finalità si ponevano in stretto ed inscindibile legame con il quadro di protezione della democrazia disegnato *in primis* dalla Carta costituzionale (che pure, va ricordato, non pone limiti espressi alla libertà di espressione politica), oltre che ricostruito attraverso la conservazione di un apparato sanzionatorio predemocratico rinnovato sulla base dell'avvenuta individuazione di nuovi avversari del sistema. Quello che differenzia l'«oggi» da tutto quello che è stato precedentemente realizzato è l'emersione di un nemico la cui individuazione avviene sul piano internazionale. Forse più similmente a quella «emergenza attiva» che gli atti internazionali invocanti la promozione di misure di lotta al razzismo e alla xenofobia hanno a sfondo, ed in cui l'obiettivo è sostanzialmente quello di garantire una adesione cosmopolitica ai valori essenzialmente democratici, qui la dimensione della protezione si sposta drasticamente ad un livello superiore, tanto che la stessa legittimazione delle misure volte a fronteggiare l'emergenza pare rincorrersi da ordinamento ad ordinamento, alla ricerca di radici intimamente connesse alla natura umana, alla sua sopravvivenza, a quanto di più universale sembra potersi rintracciare.

Il problema che si pone con forza non è quindi soltanto quello del rapporto tra autotutela e garanzia della libertà, e da qui anche della libertà di espressione quando questa è utilizzata al fine di dare sostegno ai nemici del sistema, a chi è artefice degli squilibri che determinano l'emergenza medesima, poiché questo non è che l'esponenziale ripresentazione del conflitto sotteso ad ogni organizzazione democratica, semmai risolto, nella circostanza eccezionale, intervenendo sui margini spazio-temporali nella definizione dei nessi di causalità. La questione è relativa ad un istante precedente e ad un profilo metodologico: riguarda la qualificazione stessa dell'emergenza e la definizione del riparto dei poteri tra istituzioni nel momento in cui essa deve essere affrontata, affinché alle limitazioni di libertà da questa (in parte) necessariamente derivanti non si accompagnino ulteriori ed «indirette» limitazioni traenti origine da una gestione «internamente» poco democratica della contingenza [68].

Non è però questa la sede per riflettere sulle interrelazioni indicate, bensì piuttosto, seguendo lo schema delineato, deve farsi riferimento a quegli ordinamenti che effettivamente rientrano in un modello nettamente emergenziale, e per i quali valgono quindi massimamente i problemi posti in considerazione del fatto che, per questi, proprio dalla enucleazione dell'emergenza dipende l'insorgere o meno di fenomeni di restrizione delle libertà normalmente ritenuti incompatibili con il sistema.

Come è ovvio il modello è incarnato dagli Stati Uniti.

E pare trovare il suo esordio, inteso nel senso del tentativo di operare una ricostruzione organica della questione, in epoca assai risalente, ed in particolare in occasione della guerra di secessione. La Corte Suprema si trova infatti a dover giudicare di un provvedimento del Presidente, del 1862, particolarmente lesivo dei diritti di libertà, tra l'altro in relazione all'estensione della legge marziale a tutto il territorio degli Stati Uniti, ed in quella occasione, richiamandosi alla disciplina costituzionale della sospensione dell'*habeas corpus*, opera una interpretazione della stessa effettivamente restrittiva, ritenendo necessaria una minaccia concreta ed attuale alla sicurezza pubblica al fine della legittimità di una restrizione talmente invasiva delle libertà soggettive [69]. D'altra parte, all'atteggiamento della Corte non corrisponderà in seguito un atteggiamento parimenti liberale del legislatore, secondo un ritmo che non è da escludersi possa ripetersi, considerato che, nell'occasione del successivo verificarsi di circostanze straordinarie di

---

[68] Sul tema della gestione delle circostanze straordinarie, anche in relazione con la (scarna) cornice costituzionale in merito, cfr., *ex aliis*, G. De Vergottini, *Guerra e Costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, Bologna, 2005. Dello stesso autore, peraltro, v. una rassegna delle legislazioni antiterroristiche in Id., *La difficile convivenza tra libertà e sicurezza. La risposta della democrazie al terrorismo*, in *Rass. parlam.*, 2004, 427 ss.

[69] Sul punto cfr. A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, cit., 88 ss., per il quale la sentenza Milligan citata costituisce il vero e proprio precedente del noto *clear and present danger test* formulato dal giudice Holmes in relazione all'*Espionage Act* approvato nel 1917.

emergenza (il primo conflitto mondiale), l'approvazione dell'*Espionage Act* prima (1917), e del più aspro *Sedition Act* immediatamente dopo (1918), comporterà l'introduzione di misure chiaramente volte a reprimere le opinioni politiche antisistema, rappresentate essenzialmente da quelle espresse dal Partito socialista, arrivando fino alla penalizzazione dell'espressione «sleale, profana, scurrile o abusiva riguardo alla forma di governo e alla costituzione statunitense» e del «discorso inteso a disprezzare, schernire, vilipendere o screditare la forma di governo degli Stati Uniti», e progressivamente contagiando le legislazioni statali che, negli anni dal 1917 al 1920, a partire dallo Stato di New York e della California, fino a riguardare la straordinaria maggioranza delle Assemblee statali, puniranno il *criminal syndacalism* ed introdurranno le *red flag laws*[70].

Il salto ad oggi è notevole, e passa attraverso decenni di giurisprudenza in cui il *free speech*, inteso in una dimensione totalizzante e di per sé stessa simbolica, nel senso di una antonomasia delle libertà – pure in un percorso non sempre lineare – ha certamente in media ottenuto il livello più alto di protezione al mondo; ma nuovamente l'emergenza pare scuotere il *marketplace of ideas*, «imponendo» una selezione non più naturale ma «guidata» tra espressioni, al fine del congelamento (o peggio della rimozione) di quelle ritenute «infedeli», e quindi, c'è da vedere a quante e quali condizioni, pericolose.

In questo caso però la differenza rispetto agli apparati protettivi allestiti nelle fasi belliche del passato risiede, tra l'altro, nella creazione, o meglio in un riconoscimento rinforzato, specularmente alla figura del diritto di libertà in quanto tale, di un nuovo diritto, legittimante l'intervento repressivo e soppressivo di altri diritti in una sorta di bilanciamento che vuole porre il conflitto tra libertà e sicurezza su una dimensione soggettivistica maggiormente interiorizzabile.

Il diritto a non avere paura, immaginato come diritto a non sentirsi potenzialmente minacciati nella propria integrità fisica, ma anche, si potrebbe dire, a non dovere mutare le proprie condizioni di vita sulla base del rischio, non è invenzione dell'emergenza se è vero che la *freedom from fear* risulta tracciata già dalla Convenzione sui diritti civili e politici del 1966 così come dalla risoluzione adottata nel 2000 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite su diritti umani e terrorismo; viene però ripreso con vigore in seguito agli attentati del 2001.

Dal *report* del Segretariato generale delle Nazioni Unite del 2005 (*In lager freedom: towards development, security and human rights for all*) emerge con chiarezza il delinearsi di un vero e proprio diritto, individuale e collettivo insieme, ma dotato di una propria dignità autonoma non soltanto sul piano etico-politico, bensì anche sul piano giuridico, tanto che sembrerebbe quasi supporsi una legittimazione ad agire dei singoli così come dei gruppi qualificati in relazione a presunte violazioni di un diritto che, alla prova dei fatti, non può che scontrarsi con una evidente evanescenza, se ci si pone di fronte alla questione delle forme in cui si potrebbe concretizzare la lesione di un diritto a non avere paura, posto che

---

[70] Cfr. *Ibidem*, 91 ss.

l'oggetto stesso della protezione si configura come privo di contorni definiti, contenitore potenziale di percezioni soggettive del tutto eterogenee tra loro.

E se da tale diritto sorge una posizione di dovere in capo ai poteri pubblici, che sembra dover concretizzare qualcosa di ulteriore e di diverso rispetto ad una mera tutela della sicurezza dei cittadini – essa pure, peraltro, venuta ad assumere connotazioni quasi ultra-legali (si pensi alla legge francese in materia del 2002) – allora in quel binomio diritto/dovere si instaura una sorta di «legittima difesa preventiva» continuata da parte dei pubblici poteri. In questa attività l'eventuale restrizione delle libertà fondamentali risulta giustificata dal dovere del perseguimento della garanzia di un diritto che (quasi sostituendosi proprio alla libertà di parola) viene letto come presupposto irrinunciabile per la successiva tutela di tutti gli altri, come vero e proprio diritto alla sopravvivenza.

Così il *Patriot Act*, approvato il 24 ottobre 2001 «arriva ad espandere l'esclusione ideologica, autorizzando il potere governativo a negare l'ingresso [nel Paese] per ragioni relative soltanto alle opinioni. Espelle gli stranieri che «approvano o idealmente sposano le attività terroristiche» o che «convincono altri a sostenere attività terroristiche o una organizzazione terroristica», e questo se il Segretario di Stato stabilisce che il genere di espressione prodotta metta in crisi gli sforzi degli Stati Uniti nella lotta al terrorismo»[71].

Evidentemente la discrasia tra la reazione all'emergenza di un sistema, quale quello italiano, già appesantito da norme residuo formale o sostanziale di un approccio repressivo al dissenso, e gli effetti della eccezionalità su un sistema come lo statunitense, non riguarda tanto il merito delle scelte, quanto il proporsi medesimo di tali scelte, fino all'elevarsi dell'interrogativo di fondo sulla loro inevitabilità. Anche la giurisprudenza recentissima sembra d'altra parte porre in evidenza sia il problema della conservazione, nell'emergenza, di un equilibrio qualitativo nella garanzia dei diritti, sia quello, suaccennato, della distribuzione del potere nella gestione dell'emergenza, e quindi del rapporto inscindibile tra bilanciamento tra organi dello Stato e tutela delle libertà individuali, e non soltanto in riferimento alle limitazioni della libertà personale in senso stretto (non è questa la sede per riferire del discusso caso Guantanamo), ma anche in relazione all'oggetto precipuo dell'analisi. Si pensi alla decisione del 18 agosto scorso, in cui un giudice federale, del distretto di Detroit, ha ritenuto incostituzionale il programma di intercettazioni effettuato, in assenza delle autorizzazioni da parte dei tribunali speciali appositamente istituiti secondo quanto previsto dallo stesso *Patriot Act*, dalla NSA, finalizzato al controllo delle comunicazioni elettroniche in funzione antiterroristica, la cui applicazione era stata decisa dall'amministrazione Bush in via del tutto autonoma. L'incostituzionalità sembra derivare proprio dai due elementi sopracitati: da un lato l'arbitrio delle decisioni assunte, pe-

---

[71] Cfr. D. COLE-J.X. DEMPSEY, *Terrorism and the Constitution*, New York, 2002, 158, cit. in A. DI GIOVINE, *La protezione della democrazia tra libertà e sicurezza*, cit., 4. Traduzione di chi scrive.

raltro in via continuativa e quindi non d'urgenza, dall'altro un'invasione della *privacy* e della *libertà di manifestazione del proprio pensiero* (IV e I emendamento) il cui preteso fondamento nella tutela della sicurezza nazionale pare insufficiente a controbilanciare la restrizione delle libertà, soprattutto (si potrebbe dire) in considerazione del fatto che, per lo meno nel caso della *freedom of speech*, si tratta di un diritto non bilanciabile, ma semmai eccezionalmente circoscrivibile.

Il più autentico pericolo, d'altra parte, sembra avere ad oggetto la cronicizzazione dell'emergenza, la subdola trasmutazione dell'eccezionalità in ordinarietà, e le fondamenta del pericolo risiedono nella dimensione stessa dell'emergenza, nell'assenza di indicatori oggettivi del suo presentarsi, nella titolarità in capo ai detentori stessi del potere politico del potere di individuarne l'esistenza. È un circolo vizioso quindi quello che può trasformare il desiderio del potere costituito di repressione dell'opposizione, anche attraverso una imposizione di fedeltà che arrivi ad orientare la manifestazione del pensiero dei singoli, in (apparentemente) legittima proclamazione di emergenza tale da consentire la repressione nel consenso derivante dalla domanda di sicurezza. Le ineliminabili asimmetrie informative tra detentori del potere e consociati possono coprire qualsiasi tentativo del genere, ed introdurre silenziosi meccanismi di sistematica rimozione delle «espressioni infedeli», magari anche attraverso l'emarginazione o l'allontanamento di soggetti immaginati come «infedeli» sulla base di presunzioni assolute, difficilmente incontrovertibili, di diversità ideologica, derivanti da constatazioni di diversità etnico-culturale.

Se poi l'emergenza reale porti necessariamente con sé il dovere, pubblico e diffusamente privato, di una imposizione e di un rispetto della fedeltà, anche psicosomatica, al sistema, è problema da subito posto, da più parti analizzato, ma probabilmente irrisolvibile, se non in una valutazione caso per caso che abbia coscienza delle caratteristiche reali dell'emergenza in quel particolare tempo e spazio.

Il dilemma di chiusura, quindi, sembrerebbe porsi a livello soggettivo, e riguardare la ricerca di chi debba possedere il potere, l'autorità e la sapienza per decidere delle eventuali limitazioni della espressione: strumento generalmente immateriale, ma potenzialmente assai invasivo, e ad un contempo elemento a tal punto connaturato alla stessa essenza umana da risultare oggetto di una protezione necessariamente ed unicamente serrata.

5. Alcune considerazioni d'insieme

Se obiettivo dell'Atelier coordinato dal Professor Ventura e, nella sua limitatezza, del presente scritto, era quello di individuare i passaggi salienti del rapporto tra libertà di espressione e dovere di fedeltà, alla ricerca di una ricostruzione «laica» del dovere di fedeltà alla Repubblica, dalle riflessioni qui svolte sembra emergere che il modello italiano di articolata penalizzazione della libertà

ideologica attraverso la configurazione di quelli che sono definiti come reati di opinione, ove considerato attuativo del dovere di cui all'art. 54 Cost., implichi il riconoscimento di una connotazione trascendentale della fedeltà costituzionalmente prevista, e quindi inevitabilmente in contrasto con il diritto sancito dall'art. 21 Cost. Tra l'altro, a volersi ricercare il fondamento di una eventuale prevalenza della norma di cui all'art. 54 Cost. rispetto a quella che tutela la libera manifestazione del proprio pensiero, questo non può rintracciarsi nella XII disp. finale, poiché non si ritiene che in alcun modo questa offra copertura a limitazioni della sfera comunicativa dei soggetti, sia essa verbale o simbolica, a meno dell'esistenza di un nesso oggettivo, seppure probabilisticamente riscontrabile, tra la manifestazione del pensiero e l'insorgere dell'evento espressamente vietato. Ove poi si ritenesse il dovere in questione come vero e proprio limite espresso alla libertà di cui all'art. 21 Cost., e ad un contempo si confermasse, da quell'analisi a ritroso della normativa vigente, una nozione di *Repubblica* – peraltro effettivamente sgorgante dalla interpretazione dell'art. 139 Cost. – che ben supera la connotazione descrittiva nella quale il termine potrebbe venire recluso, si solleverebbero a quel punto ancor più complessi e tracimanti interrogativi circa la generale ammissibilità di una simile prevalenza, all'interno di un sistema costituzionale che è complessivamente improntato alla tutela dei diritti soggettivi e delle libertà individuali e collettive, soprattutto quando queste si pongano in relazione ad interessi che non riguardano il benessere della comunità intesa come sommatoria di personalità ed istanze bensì quello di una entità superiore ed immateriale che tenda ad uniformare ai propri precetti.

Il problema, evidentemente allora, è come si possa delineare il dovere di fedeltà alla Repubblica compatibilmente con la libertà di espressione, anzi in riferimento a questa, considerando gli interventi normativi in più fasi realizzatisi non tanto una «attivazione» del dovere, quanto piuttosto, per lo meno in parte, un suo fraintendimento, consapevole probabilmente, sicuramente da sciogliere nel senso della rimozione degli ostacoli legislativi alla piena attuazione della libertà di parola. Rimozione che peraltro poggerebbe, come da più parti invocato, su una concezione dell'ordinamento penale come necessaria, quanto necessariamente *minima*, limitazione dell'autonomo dispiegarsi delle relazioni sociali – particolarmente irrinunciabile quando tali relazioni abbiano ad oggetto l'esercizio di condotte espressive e la comunicazione di opinioni – e sulla affermazione di una sua funzione prettamente *sussidiaria* rispetto a quella esercitabile da forme di educazione culturale ai valori che spesso le fattispecie incriminatorie mirano a tutelare [72].

Certo, in riferimento all'utilizzo dell'educazione ai valori come strumento alternativo, immaginare che la Repubblica intraprenda positivamente una attività di diffusione di quelle idee che sono ritenute dai pubblici poteri alla base dell'ordinamento democratico vigente, significa da un lato riconoscere l'attribuzione

[72] Cfr. M. Pelissero, *Reato politico e flessibilità delle categorie dogmatiche*, cit., 533 ss.

del dovere di fedeltà soprattutto in capo al potere pubblico medesimo, e pensarlo come il fondamento di comportamenti propositivi e promozionali da parte dei legislatori, d'altro lato comporta comunque l'ipotizzare una corrispondente capacità di autolimitazione di quest'ultimi, cioè delle maggioranze politiche detentrici del potere, affinché il labile confine tra educazione ai principi ed alle regole di un ordinamento ed indottrinamento rispetto ad una «religione civile» non sia valicato. Illuminanti in questo senso le parole del giudice Frankfurter che, negli anni Quaranta, nell'ambito di un caso di rifiuto da parte di alcuni ragazzini di salutare la bandiera in una scuola pubblica, ha sostenuto come l'inculcare valori patriottici ed il senso dell'unità nazionale sia un interesse di assoluta e massima importanza, tale da legittimare le scuole a chiedere ai bambini che le frequentano (in quel caso, testimoni di Geova) di accettare senza riserve quel tipo di educazione, costituita anche dalla partecipazione e adesione a determinate esperienze di carattere simbolico volte alla «promozione della coesione nazionale», ma anche ad evocare nei bambini l'«apprezzamento delle speranze e dei sogni della nazione, delle sue sofferenze e sacrifici [73]». In fondo, al di là del maggiore o minore utilizzo di una certa retorica patriottica, qualsiasi attività positivamente indirizzata alla creazione, o ad un rafforzamento coercitivo, del legame di appartenenza tra il singolo e l'elemento pubblico sovraordinato (sia esso lo Stato, più neutralmente inteso, la Repubblica, o la Nazione), è potenzialmente in grado di invadere la libertà espressiva dei destinatari di quell'attività, come nel caso dei ragazzini della scuola pubblica costretti a null'altro che ad una forma di espressione non spontanea, per la *convinzione impaurita che una autentica garanzia della libertà di essere e presentarsi come intellettualmente o spiritualmente diversi, o addirittura opposti, possa disintegrare l'organizzazione sociale* [74].

Questo non significa che la Repubblica debba rinunciare alla educazione, ma che questa deve avvenire secondo canali di astensione sul piano impositivo e contemporaneo attivismo sul piano della costruzione di modelli sperimentati e manifestati attraverso l'esempio offerto dai detentori del potere. In questo senso pare assai convincente la riflessione suscitata dal Professor Ventura in merito al *perseguimento dell'interesse privato* come vero *vulnus* del dovere di fedeltà, ed acquista allora un particolare valore anche la distinzione tra soggetti che esercitano o meno una pubblica funzione in relazione al rapporto tra fedeltà e libertà di espressione. Infatti è compito di chi, esercitando una funzione direttamente o indirettamente rappresentativa, trasmette all'esterno il patrimonio di valori informanti il sistema costituzionale, promuovere la loro effettiva attuazione nelle azio-

---

[73] V. *Minersville School District* v. *Gobitis*, 310 U.S. 586, 1940; v. majority opinion del giudice Frankfurter.

[74] Si leggano le parole del giudice Jackson, ancora in riferimento a casi di saluto alla bandiera, risolti in maniera antitetica rispetto a quello precedentemente citato, *Virginia State Board of Education* v. *Barnette*, 319 U.S. 624, 1943; v. anche *Taylor* v. *Mississipi* 319 U.S. 583, 1943.

ni, e quindi realizzare e garantire l'eguaglianza [75], il rispetto della dignità umana, dimostrare, qui sì contenutisticamente, nell'attività legislativa ed amministrativa, gli effetti di ogni corollario dell'opzione democratica, a partire dalla «fedele» applicazione delle norme procedurali che regolano i processi decisionali, fino alla prioritaria considerazione dell'interesse generale in ogni fase della produzione normativa, a qualsiasi livello, fenomeno peraltro smentito sovente nei fatti, se pensiamo ai più recenti anni della storia repubblicana.

Allo stesso tempo, ed in stretta connessione con quanto appena sostenuto, risulta quindi ipotizzabile l'insorgere di limiti anche alla libertà di espressione per quanto riguarda i soggetti investiti di pubbliche funzioni, derivanti dal ruolo, e dalle conseguenti responsabilità, agli stessi ascrivibili nell'ambito della richiamata funzione «didascalica». Potrebbe questo sembrare paradossale ponendosi mente al fatto che, generalmente, per quanto riguarda i rappresentanti politici è garantito un margine nella libertà di espressione più ampio rispetto a quello previsto per il *quisque de populo* (si pensi all'art. 68 Cost. e alle vicende circa l'insindacabilità dei parlamentari – e dei consiglieri regionali – fino, da ultimo, alla l. n. 140 del 2003, art. 3), spesso, peraltro, anche in relazione a forme espressive che rientrano tra gli stessi limiti logici della libertà di manifestazione del pensiero, e in presenza di lesioni a danno di soggetti terzi. D'altra parte la *ratio* di una tutela intensificata nei confronti dell'eletto, purché circoscritta alle sedi in cui svolge la proprie funzioni, non sembra contrapporsi in maniera insanabile rispetto ad una interpretazione del dovere di fedeltà che indichi come principali titolari quei soggetti che, avendo già ottenuto il consenso sulla base delle idee e dei programmi liberamente comunicati, si trovano a rappresentare l'intera nazione senza vincolo di mandato (art. 67 Cost.) e quindi, pur nel naturale perseguimento degli obiettivi da loro indicati al momento del confronto elettorale, ad assumere il ruolo di attori dei processi democratici nei quali hanno scelto di inserirsi attivamente.

Verrebbe però da chiedersi allora se una limitazione del genere non comporterebbe i medesimi effetti che si vorrebbero evitare mediante una negazione del vincolo di fedeltà come imposizione di un legame di natura psicosomatica, cioè quelli della creazione di un impedimento a priori, per alcune idee valutate come intollerabili, ad entrare liberamente a far parte del dibattito democratico, e quindi, pare evidente, di poter infine riuscire ad ottenere un consenso prima diffuso, poi maggioritario, all'interno dell'ordinamento. Rispondendo pure al quesito in

---

[75] Circa la promozione di una effettiva eguaglianza come strumento di migliore, più efficace e più legittima opposizione alle ideologie odiose rispetto ad una reazione che avvenga a livello di repressione penale, cfr. P. CARETTI, *Manifestazione del pensiero e istigazione all'odio nell'ordinamento italiano*, in *Atti del XVI Congresso dell'Accademia Internazionale di diritto comparato*, Brisbane, 2002, 11 ss.; dello stesso Autore, v. *Manifestazione del pensiero*, *reati di apologia e istigazione: un vecchio tema che torna di attualità nella società multietnica*, in *Diritti*, *nuove tecnologie*, *trasformazioni sociali*, cit., 121 ss.

un'ottica tendente a dicotomizzare la politica dalle istituzioni, ma in questo caso forse non priva di senso, si potrebbe ritenere che la circolazione delle idee possa e debba avvenire in modo diverso rispetto alla sede in cui essa ha luogo, vale a dire che potrebbe ritenersi inaccettabile una propaganda xenofoba ed incitante all'odio etnico o religioso, svolta attraverso qualsiasi tipo di linguaggio, anche simbolico, da un soggetto titolare di funzioni istituzionali, ma non altrettanto lo stesso messaggio trasmesso da parte di un privato cittadino, od anche di un esponente politico che non sia caricato di responsabilità diverse da quelle che gli derivino dall'appartenenza al partito medesimo.

Rimarrebbe in ogni caso il problema più essenziale – che è poi quello insito al nucleo della riflessione sulla fedeltà in rapporto con la protezione della democrazia – avente ad oggetto quella propaganda eversiva che miri alla totale dissoluzione del sistema democratico. Se consentita nei limiti tracciati dalla causalità, reale è l'ipotesi di una conquista di posizioni istituzionali da parte dei sostenitori del rovesciamento, ed a quel punto, qualsiasi limitazione della loro libertà di espressione può trasformarsi in impedimento per gli stessi a veder concretizzato il proprio progetto politico, vale a dire nella negazione della democrazia stessa prima che questa sia abbattuta, in funzione di contrasto verso coloro che intendono abbatterla.

Autorevole è l'opinione di chi ha ritenuto che il vero derivato della coerenza interna di un sistema democratico sia l'imposizione di un limite non certo all'espressione e alla conquista del consenso da parte di quelle forze politiche che si oppongono al sistema – poiché «un Governo che pretendesse di restare al potere quando questo consenso fosse venuto meno, anche se per il prevalere di forze che contestano il sistema, non sarebbe più democratico, nel senso almeno che a questo termine si attribuisce nel mondo occidentale, ma qualcosa di diverso [76]» – bensì alla propaganda che tali forze compiano al fine della sollecitazione di azioni violente da parte di *minoranze*. È vero che la *violenza* di per sé stessa rientra in quella «selezione» che lo stesso principio di causalità può, seppure parzialmente, operare; in ogni caso, una distinzione maggioranze-minoranze – pure chiaramente fondante la nozione stessa di democrazia – quando applicata nel senso di una differenziazione del margine della libertà di espressione, rischia di determinare una aprioristica penalizzazione di quelle componenti emarginate dal sistema e, non consentendo loro di usufruire dei medesimi canali comunicativi a disposizione degli altri gruppi politici e sociali, può favorire una tendenza alla radicalizzazione e all'utilizzazione di forme di espressione particolarmente estremizzate.

D'altra parte l'interpretazione segnalata sembra risolversi nell'individuazione del *metodo democratico* quale limite alla libertà di espressione in funzione della garanzia della fedeltà all'ordinamento. Una simile impostazione, però, apparentemente incarnante una richiesta di fedeltà di tipo meramente *procedurale*, non

---

[76] Cfr. A. Cerri, *Libertà di manifestazione del pensiero, propaganda, istigazione ad agire*, in *Giur. cost.*, 1969, 1188 ss.

manca di introdurre una ulteriore penalizzazione a livello ideologico [77]. Infatti ritenere che il rispetto del dovere di fedeltà, mentre non può essere attuato con la previsione di reati di opinione che impongono l'adesione del singolo all'idea – ovvero il suo astenersi da qualsivoglia opposizione nella parole e nelle altre condotte espressive – può essere realizzato da previsioni che impongono esclusivamente la concreta accettazione del metodo democratico quale unica via a disposizione per l'ottenimento del consenso, significa cristallizzare l'intrinseca contraddittorietà di tutti quei soggetti che, contestandone la validità, ne assecondino le regole al fine di non essere estromessi dalla libera circolazione delle idee. D'altro canto poi, emerge con chiarezza come una interpretazione del genere possa risolversi in qualcosa che non aiuta all'elaborazione di una definizione autonomamente rilevante della fedeltà, poiché tende a ricadere nel meccanismo della causalità, impedendo semplicemente l'esternarsi di quelle manifestazioni di pensiero dotate della reale e quanto più possibile immediata capacità di ledere un interesse primariamente tutelato dall'ordinamento.

[77] Su questo punto, cfr. C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1972, 168 ss.

Parte III

RELAZIONI DI SINTESI DEGLI ATELIERS

I DOVERI INDEROGABILI DI SOLIDARIETÀ: ALLA RICERCA DI UN NUOVO LINGUAGGIO PER LA CORTE COSTITUZIONALE

LORENZA VIOLINI

SOMMARIO: 1. Notazioni introduttive: il dovere tra diritto e morale. – 2. La dimensione internazionale dei doveri di solidarietà. – 3. La dimensione intergenerazionale dei doveri di solidarietà. – 4. «Diritti fondamentali intrisi di doverosità»: un cenno al tema dello Stato sociale. – 5. Il posto dei doveri di solidarietà nella configurazione delle normative su settori specifici: dovere al lavoro v. sistema previdenziale, dovere di difesa della patria e obiezione di coscienza. – 6. Il linguaggio dei doveri di solidarietà: un nuovo strumento per la Corte costituzionale?

1. NOTAZIONI INTRODUTTIVE: IL DOVERE TRA DIRITTO E MORALE

Benché la legge appartenga al dominio del dover essere ed abbia quindi inscritta nel suo codice genetico la dimensione doveristica, il tema dei doveri è tradizionalmente ritenuto di pertinenza del diritto privato nella forma dell'obbligo giuridico, mentre resta tendenzialmente estraneo all'ambito pubblicistico. Ciò pare confermato anche dalla riflessione sui doveri costituzionali – quello generale *ex* art. 2 Cost. e quelli più specifici *ex* artt. 4, 30, 48, 52, 53, 54 Cost. –, poco praticata dalla dottrina costituzionalistica italiana e dalla giurisprudenza costituzionale del secondo dopoguerra [1], l'una avendo dedicato pressoché tutte le proprie energie speculative al tema dei diritti e della loro attuazione [2], l'altra avendo

[1] D'obbligo il riferimento all'opera fondamentale in materia, rimasta ineguagliata, di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1970.

Si ringraziano in questa sede coloro che, oltre ai relatori della sessione dedicata ai doveri di solidarietà Felice Giuffrè e Ilenia Massapinto, sono intervenuti nella discussione dello workshop: Spadaro, Majorana, D'Aloja, Staiano, Gemma, Rovagnati. I loro contributi hanno offerto la traccia di riferimento in base alla quale sono state stese le presenti note di sintesi.

[2] Concentrare l'attenzione sui diritti può rivelarsi – come è stato giustamente messo in ri-

fatto ricorso allo strumentario concettuale facente capo all'universo del dovere assai raramente [3].

Quello dei doveri è pertanto a tutt'oggi un terreno pressoché vergine, su cui sembra necessario cimentarsi in un'epoca di transizione come la nostra, che come noto mette in crisi concetti, principi e valori precedentemente acquisiti, e che pare implicare, pertanto, un rinnovarsi della tensione a rigenerare le basi culturali su cui si regge l'ordinamento.

Riflettere sui doveri ha dunque oggi questa importate funzione, come lo fu del resto alla fine dell'epoca repubblicana a Roma, fine che non a caso fa da cornice al *De Officiis* di Cicerone. Sia consentito pertanto in questa sede introdurre il tema citando tale opera, forse non tra le più felici ed apprezzate dalla critica ma certamente opera di straordinaria modernità per il rifiuto dell'edonismo epicureo e della conseguente etica del disimpegno nonché per il rispetto della tradizione e dell'ordine politico-sociale che da essa traspaiono [4]. I doveri, nella riflessione del grande oratore, sono alla base di ogni azione umana,

---

lievo – «un pericoloso fattore di debolezza» nell'individuazione del fondamento delle Costituzioni poiché «si è arrivati al punto che, soprattutto nell'Occidente in decadenza, la mera enunciazione dei diritti ha assunto carattere perentorio ma non motivato e che gli stessi siano stati diluiti/confusi con ogni pulsione ipersoggettiva, più o meno ipernarcisitica». V. A. SPADARO, *«Nucleo duro» costituzionale e «teoria dei doveri»: prime considerazioni*, in S. STAIANO (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e principi fondamentali. Alla ricerca del nucleo duro delle Costituzioni, Atti del Convegno annuale del Gruppo di Pisa, Capri 3-4 giugno 2005*, Torino, 2006, 784. La tesi di fondo, condivisibile, è che ogni teoria dei diritti dovrebbe essere bilanciata ed integrata dalla corrispondente teoria dei doveri soprattutto laddove si assista a tendenze culturali volte ad accentuare la dimensione individualistica dell'agire sociale, la riduzione dei diritti a pretese, la perdita del senso di appartenenza alla collettività che dovrebbe sottendere ad ogni corretta concezione dello Stato e del potere. In questo senso si può leggere V. HOESLE, *Moral und Politik*, *Grundlagen einer Politischen Ethik für das 21. Jahrhundert*, München, 1997, 90 ss.

[3] Così, per tutti, I. MASSA PINTO, *Doveri costituzionali e formazioni sociali*, Manoscritto, 12, secondo la quale «Il dato che accomuna le decisioni della Corte costituzionale pronunciate rispetto a questi doveri (nda, i doveri imposti dall'ordinamento al cittadino che appartiene a determinati formazioni sociali quali, ad esempio, la famiglia) è un generale *self restraint* in nome del principio della discrezionalità legislativa nello specificare modi e forme di attuazione: al giudice delle leggi compete solo l'accertamento che gli uni e le altre non contrastino con l'esigenza di ragionevolezza».

Questo fenomeno è analogo a quanto è accaduto, pur con diverse dimensioni, in Germania. La riflessione dottrinale sul tema in detto Paese è considerata relativamente scarsa, benché non pochi siano gli autori che se ne sono occupati. Tra di essi si veda, ad esempio, H. HOFFMAN, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension*, in *DVBL*, 1982, 861 e poi, estesamente, T.I. SCHMIDT, *Grundpflichten*, Baden-Baden, 1999, con ulteriori riferimenti bibliografici.

[4] Così letteralmente E. NARDUCCI, *Una morale per la classe dirigente*, Introduzione a CICERONE, *De Officiis*, Milano, 2004, 16.

«si tratti di atti pubblici o di atti privati, forensi o domestici, di rapporti con noi stessi e con gli altri» e come tali implicano un forte richiamo alla dimensione etica. Non a caso il passo si conclude affermando che «nell'osservanza o nella trascuratezza di esso (il dovere) si pone tutta l'onorevolezza o l'infamia della vita» [5].

Sin dall'antichità, dunque, alla base di ogni diritto e alla base di ogni rapporto sociale la riflessione filosofica pone il dovere; il che offre un saldo fondamento anche a chi si appresta a scandagliare il tema sul piano giuridico e in particolare, dato l'ambito in cui si collocano le presenti note, sul piano del diritto costituzionale. Va da sé, peraltro, che doveri morali e doveri giuridici sono da tenere rigorosamente distinti [6]; senza qui entrare nel complesso tema del rapporto tra diritto e morale, è bene ricordare che un dovere giuridico implica un certo comportamento che resta tuttavia di natura esteriore mentre la dimensione morale del dovere si spinge fino a coinvolgere l'interiorità dell'uomo, le sue convinzioni e i suoi valori, i quali peraltro devono – appunto – restare rigorosamente estranei ad ogni forma di valutazione giuridica, salvo l'onere per un ordinamento democratico di predisporre tutti quegli strumenti che consentano al singolo di contemperare i propri doveri giuridici con le proprie convinzioni morali [7].

Pur essendo distinti, morale e diritto convergono su un punto, cioè nel considerare la dimensione del dovere come fondamentale. E, invero, analogamente a quanto accade nell'ambito della riflessione filosofica, il tema costituzionale dei doveri è contraddistinto da una singolare radicalità e pervasività: la nostra Costituzione, che pure è ben lungi dall'accedere alle suggestioni stoiche su cui si fonda il pensiero di Cicerone, immette la dimensione doveristica sul tronco consolidato dei diritti costituzionalmente garantiti, con ciò ponendo le basi e i principi su cui si fonda il suo impianto.

Tale impianto, codificato essenzialmente nell'art. 2 Cost., rivela una forte tensione a superare la visione individualistica sia dei diritti fondamentali sia dei doveri inderogabili; questi ultimi infatti sono definiti come «doveri di solidarietà» e, in quanto tali, fanno riferimento ad una categoria ben più esigente rispetto all'individualismo liberale. In altre parole, parlare di doveri di solidarietà significa considerare quella imprescindibile relazione che lega gli uomini tra loro e che fonda in questo modo su basi diverse dall'utilitarismo la *societas*. Così,

---

[5] *Ivi*, 77: «*Nulla enim vitae pars neque publicis neque privatis neque forensibus neque domesticis in rebus, neque si tecum agas quid neque si com altero contrahas vacare officio potest in eoque et colendo sita sitae est honestas omnis et neglegendo turpitudo*».

[6] R. GUASTINI, voce *Dovere giuridico*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, 2-3. Sull'idoneità delle leggi a rendere morali i destinatari dei precetti che essa stabilisce, cfr. R.P. GEORGE, *Making men moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, 1993.

[7] Sul tema dell'obiezione di coscienza, cui qui si allude, si vedano le puntuali considerazione contenute nella relazione di I. MASSA PINTO, cit.

mentre in ambito privatistico diritto e dovere non sono che le due facce di una stessa medaglia su cui sono incise le fattezze del singolo cittadino, dovere di solidarietà dice ben altro e ben di più: dice della natura dell'uomo come legato *ab orgine* ai propri simili e della *societas* non come mero contratto sociale ma come compagine che consente all'individuo «il pieno sviluppo della propria personalità». Insomma, una solidarietà che non coincide con un «*Reparaturbegriff für die sozialen Ausfallstellen der bürgerlichen Erwerbs- und modernen Industriegesellschaft» ma che diviene «tragender Ausgangspunkt und strukturbildendes Prinzip der politisch-sozialen Ordnung*», identificandosi così con la natura stessa della società civile. D'altro canto, considerare il dovere costituzionale inderogabile come intimamente connesso al concetto di solidarietà addolcisce la sua arcigna espressione di contraltare negativo del solare concetto di diritto per divenire un fattore fondamentale dell'appartenenza dell'uomo ad un contesto sociale che lo valorizza e lo completa consentendogli di divenire quello che egli realmente è, un punto imprescindibile di un contesto sociale tendenzialmente amico [8].

Data la centralità del tema, in questa sede si concentrerà l'attenzione sulle diverse dimensioni ed accezioni del dovere di solidarietà per offrire qualche iniziale spunto al giudice delle leggi affinché consideri l'ipotesi di integrare nella sua ordinaria attività di controllo di costituzionalità degli atti legislativi anche gli strumenti logico-giuridici che ruotano intorno al concetto di dovere.

2. La dimensione internazionale dei doveri di solidarietà

Trascurando aspetti che verranno messi in luce nelle altre relazioni di sintesi, che hanno per oggetto sia il dovere di fedeltà sia la giustiziabilità dei doveri, è opportuno concentrarsi in questa sede, dunque, sui doveri di solidarietà.

Molteplici sono i rivoli che si dipartono dal tema generale dei doveri, cosicché esso può essere approfondito secondo diverse direzioni, ora volte ad ampliarne in confini sia geografici sia temporali, ora, più sommessamente, intese a mettere sul tappeto una serie di questioni di dettaglio, di questioni minute, quelle che, parafrasando una nota espressione coniata per i diritti, può essere definita come quella attinente ai «problemi pratici dei doveri».

Il primo modo di ampliare l'orizzonte è stato quello di aprire la discussione al cd. diritto costituzionale internazionale [9], in cui il tema dei doveri fa da sfon-

---

[8] Di questa considerazione sono debitrice alla relazione introduttiva di F. Giuffrè, che non a caso intitola il primo paragrafo della stessa «*Il percorso della solidarietà da istanza etica a principio politico e giuridico*». V. F. Giuffrè, *I doveri di solidarietà sociale*, Manoscritto, 1.

[9] Cfr. A. Spadaro, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali». La giustizia distributiva internazionale nell'era della globalizzazione*, Bari, 2006.

do al problema della costruzione di un ordine internazionale giusto ed equo, pur nella consapevolezza che nessun elenco, né di diritti né di doveri, potrà rispondere pienamente alla domanda di giustizia che alberga negli uomini e nei popoli. Come è stato detto, e in modo pienamente condivisibile, «l'infinito che ogni uomo cela in sé inevitabilmente comporta che i bisogni di ogni uomo siano infiniti e dunque mai enumerabili in modo esaustivo». I doveri come i diritti avrebbero dunque una loro intrinseca forza espansiva che li porta a coinvolgere non solo la scrittura costituzionale ma anche quanto viene negoziato nelle sedi internazionali al fine di creare un ordine mondiale meno ingiusto e meno disgregato; come si è detto sopra infatti, i doveri vanno messi a tema quanto si intende puntare l'attenzione sui fattori di aggregazione tra gli individui: non esiste una concezione di dovere che non implichi una relazione con altri, anzi, l'idea stessa di dovere, per quanto spesso inappagante, ha come scopo di connotare la relazione umana sottolineando il legame che essa implica e, come tale, si discosta dalla concezione prevalente di libertà se questa è intesa come emancipazione da ogni forma di legame. Basti pensare, per fare un esempio, al dovere dei genitori di istruire ed educare i figli, dovere che altro non è se non la traduzione in arido linguaggio giuridico di quella inscindibile relazione tra genitori e figli che nel mondo reale è connotata da un altissimo valore affettivo e che entra a far parte in modo massiccio nella definizione dell' identità di ciascuno. Dovere come legame dunque, che non si oppone alla libertà ma che ne costituisce il presupposto antropologico cosicché il soggetto potrà effettivamente rivendicare e difendere i propri diritti nella misura in cui sarà entrato in quelle relazioni che lo hanno costituito come soggetto adulto, maturo e cosciente di sé.

Ora, se questo è vero, è necessario chiedersi chi sia il soggetto vincolato nel momento in cui si dovesse procedere ad elencare «doveri di solidarietà sociale» non solo in sede costituzionale ma anche in sede internazionale; in altre parole, secondo la logica mutuata dal mondo romano, non sarebbe tanto fondamentale asserire che «tutti hanno un diritto a», quanto affermare il «tu mi devi» come riscontro concreto dell'asserzione astratta del diritto stesso [10]; insomma, la ricerca del soggetto obbligato giuridicamente a dare attuazione al diritto fa parte della effettività del diritto stesso affinché tale diritto non entri a far parte di quel mondo di auspici e di condizionamenti di fatto che viene oggi definito come *soft law.* Pertanto, la ricerca di una compiuta teoria internazionale della giustizia non può che cimentarsi con la teoria dei doveri, come del resto è stato ampiamente compiuto pur non senza qualche ombra di utopia accettata e, co-

---

[10] Cfr. A. SPADARO, *Dai diritti «individuali» ai doveri «globali»*, cit., 34. In quella sede viene riportata la suggestiva frase del rappresentante cinese all'Assemblea ONU del 1948, al momento della proclamazione della Carta ONU sui Diritti, il quale – non riuscendo a tradurre compiutamente l'espressione diritti fondamentali chiosò nel seguente modo «Il Cielo ama gli uomini e il sovrano deve obbedire al Cielo».

me tale, riconosciuta: l'auspicio al riconoscimento del dovere delle nazioni di rapportarsi sul piano internazionale non solo rispettando le altre soggettività statuali ma impegnandosi a colmare le enormi disparità che sussistono tra Paesi ricchi e Paesi poveri non può che resta tale e, al più progettare grandi riforme nel sistema di *governance* del livello internazionale, a tutt'oggi di assai improbabile realizzazione. Ma, è bene ribadirlo, l'irrealizzabilità di una proposta non significa che essa non debba ricevere il credito che le è dovuto: per questo occorre tener presente questo orizzonte e queste questioni se si crede nella possibilità di miglioramento dell'uomo e del mondo anche tramite gli strumenti giuridici.

3. La dimensione intergenerazionale dei doveri di solidarietà

Una seconda direzione secondo cui ampliare il discorso sui doveri di solidarietà non ha come riferimento la dimensione territoriale bensì quella temporale, ed attiene al tema dei diritti delle generazioni future, ai quali fanno da naturale corollario i doveri di solidarietà che la presente generazione ha nei riguardi dei propri discendenti. Si tratta, indubbiamente, di una dimensione non scevra di un certo carattere utopico.

Un esempio significativo di tale solidarietà intergenerazionale è offerto dal dovere di solidarietà ambientale che sarebbe da ricondursi, secondo un suggerimento già presente in uno scritto del professor Martines degli anni Novanta [11], all'art. 2 Cost., fonte non solo di diritti non scritti anche di doveri di solidarietà innominati.

È interessante notare come vi siano dei percorsi di maturazione che consentono di configurare talune posizioni soggettive da diritti a doveri di solidarietà che si estendono nel tempo fino a ricomprendere le generazioni future. Anche di questo il tema ambiente offre una suggestiva documentazione: nato come diritto costituzionalmente garantito per effetto del combinato disposto degli artt. 9 e 32 Cost. [12], esso si dilata ed approfondisce nel senso indicato mutando sostanza e destinatari; mentre se si tiene lo sguardo rivolto al presente infatti il diritto all'ambiente ha una connotazione soggettiva ed una collettiva, se ci si volge al domani, i due «soggetti» titolari dei diritto restano tali ma integrano la loro posizione facendosi carico della responsabilità di conservare il bene oggetto del diritto. Il che da un lato richiama la dimensione etica del dovere sopra ricordata ma, dall'altro, sul piano giuridico dovrebbe avere almeno una conseguenza concreta, vale a dire che la sanzione per il danno ambientale divenga più severa essendosi moltipli-

---

[11] T. Martines, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, 1994, 6, 1 ss.

[12] Si ricordi per tutti il saggio magistrale di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 1, 15 ss.

cati i destinatari, i titolari di tale diritto ad un tempo «titolari» del risarcimento del danno subito. Se ci si chiede infatti come mai sia necessario, o quale sia il valore aggiunto che spinga a parlare di dovere di solidarietà ambientale rispetto al tradizionale approccio all'ambiente, quello del diritto all'ambiente, si può rispondere che l'approccio doveristico sottolinea con maggiore forza l'esigenza di protezione dei bene, cui non può che conseguire una mutazione dei rimedi alle eventuali patologie che si presentassero nel settore. E, invero, il danno ambientale, come sappiamo, va oltre i confini classici del risarcimento del danno di natura civilistica per assumere una problematicità ed un taglio pubblicistico tutto particolare [13].

Una notazione conclusiva su questo aspetto dei doveri di solidarietà: l'esempio dell'ambiente mostra con singolare chiarezza come la linea di confine tra diritto e dovere sia tutt'altro che netta così come è sfumata la relazione tra posizione individuale e posizione collettiva. Non c'è diritto senza dovere, ricordano i classici, mentre oggi l'obbligo di tutela passa senza soluzione di continuità dall'individuo, che deve astenersi dal provocare con macrocomportamenti penalmente perseguibili dei danni al bene ambientale, alla collettività, che avrebbe l'onere di conservare tramite microcomportamenti virtuosi detto bene, mentre in detta compagine l'ordinamento dovrebbe farsi carico di configurare sanzioni adeguate a tale complessa fattispecie.

4. «Diritti fondamentali intrisi di doverosità»: un cenno al tema dello Stato sociale

Volgendo ora lo sguardo al presente, è naturale che il discorso si focalizzi sul tema che più di ogni altro incarna l'anelito alla solidarietà di cui sono intrisi non solo l'art. 2 ed i doveri ivi genericamente enunciati ma tutta la Costituzione fino a determinarne l'essenza, vale a dire i diritti sociali, espressione puntuale in cui si manifesta lo Stato sociale cui, non dimentichiamo, la Costituzione conferisce il compito di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Sulla natura di tale compito si è a lungo discusso in dottrina; da meri programmi per il legislatore si è ben presto passati a considerare le disposizioni che proclamano i diritti sociali alla stregua di norme precettive, con ciò traducendone la dimensione funzionale in dimensione pienamente vincolante per lo Stato.

---

[13] G. Grasso, *Solidarietà ambientale e sviluppo sostenibile tra Costituzione nazionale, Carte dei diritti e Progetto di Costituzione europea*, in *Pol. del dir.*, 2003, 581 ss.

Così, poiché la Costituzione configura uno Stato sociale forte, in cui i diritti costituzionali dei cittadini non si risolvono in meri programmi di azione per il legislatore ma in vere e proprie pretese a vedere soddisfatti almeno alcuni dei propri bisogni fondamentali, essa individua anche chi – singoli o poteri pubblici – deve attivarsi per trasformare i programmi in prestazioni rese. Vi è, certo, una profonda discontinuità tra la natura puntuale dei doveri dei singoli (dovere di difesa della patria, dovere tributario) e quella generalissima dei doveri che incombono in capo ai pubblici poteri verso i titolari dei diritti: ai cittadini infatti possono essere imposti doveri solo in forma di una legge che limiti in modo circostanziato la loro libertà di azione mentre lo Stato, per sua natura, è tenuto a determinati comportamenti passivi (dovere di astenersi dal porre in essere violazioni della sfera di libertà del cittadino) ed attivi (dovere di rimuovere ostacoli …) per un disegno globale dell'ordinamento che determina i contorni della sua «forma». Trattandosi pertanto di doveri assai meno puntuali e quindi meno puntualmente esigibili, essi si presentano come doveri *soft*, doveri essi sì *deboli*: mentre il diritto per essere tale non può mai essere *mite*, i doveri talora lo sono e massimamente quelli che fanno capo ai doveri di prestazione.

È interessante notare come, ad onta di questa natura parzialmente indeterminata nei suoi contorni più squisitamente giuridici, il cammino dei doveri di solidarietà rispetto ai diritti sociali è andato nel senso di un rafforzamento della loro incidenza concreta. Tutto il percorso relativo al riconoscimento della pari fondamentalità dei diritti sociali rispetto ai diritti di libertà documenta questa affermazione e ad un tempo consente di configurare il dovere dello Stato come dotato della necessaria effettività. E questo potrebbe, tra l'altro, far ben sperare rispetto alla dimensione così marcatamente utopica presente nei doveri di solidarietà internazionale e di solidarietà intergenerazionale, destinata anch'essa a seguire, in tempi forse non prossimi, lo stesso cammino.

Il *trend* evolutivo dei diritti sociali è stato, dunque, quello di un progressivo rafforzamento degli stessi, almeno sul piano teorico, cui si è accompagnato il riconoscimento – a tratti – di un vero e proprio dovere dello Stato di renderli effettivi: sempre nel contesto di un determinato assetto normativo quali la sanità pubblica o il sistema previdenziale i pubblici poteri si sono visti costretti spesso ad estendere l'ambito delle prestazioni rese anche a soggetti che per legge non erano stati inclusi tra i beneficiari; il che può essere letto come una estensione dell'ambito dei doveri dello Stato che evolve in parallelo con la tendenza a considerare i diritti sociali come diritti a tutti gli effetti.

Innegabile che, fino ad oggi, il tema dei doveri in questo settore sia stato ampiamento sottostimato; le problematiche ad esso sottese sono emerse in dottrina e giurisprudenza sotto altre sembianze quali, massimamente, la discrezionalità legislativa come campo sottratto al controllo della Corte costituzionale, soprattutto nella sua variante del mantenimento dell'equilibrio globale della finanza pubblica, formula spesso invocata per giustificare il restringimento dell'ambito delle prestazioni dovute e, quindi, dell'ambito di effettività del diritto sociale.

Occorre allora chiedersi, con riferimento ai doveri, se lo strumentario di principi e di concetti fin qui usato per dare concretezza allo Stato sociale e ai diritti ad esso connessi sia ancora oggi quello corretto o se non siano necessarie delle integrazioni, volte, ad esempio, a rinforzare il ricorso al linguaggio dei doveri. L'ipotesi non manca di suggestività: oggi assistiamo ad una crisi nelle tecniche di bilanciamento quanto queste sono applicate ai diritti sociali, crisi dovuta anche alla eccessiva enfatizzazione della sintassi dei diritti i quali tendono a diventare, in ogni campo, insaziabili [14]; temperare tale sintassi con richiami più frequenti al linguaggio dei doveri potrebbe cooperare a riequilibrare la situazione. Si pensi, a titolo di semplice esempio, all'ampia area problematica delle azioni positive, della «eguaglianza diseguale» [15]: qui una puntualizzazione dei titolari dei «doveri» di ripianamento di passate diseguaglianze potrebbe creare una sorta di solidarietà tra pubblico e privato, volta a ripianare davvero discriminazioni effettivamente poste in essere attenuando la percezione di ingiustizia che pure circonda tali fattispecie. Si potrebbe allora ipotizzare una sorta di «alleanza» tra titolari di doveri, cioè lo Stato da un lato e i privati dall'altro; ai privati potrebbero essere imposti doveri specifici di solidarietà, puntualmente definiti dalla legge e correlati a passati comportamenti lesivi dell'eguaglianza sostanziale (quale ad esempio un obbligo di contribuire ad un Fondo per la promozione delle pari opportunità) cui lo Stato dovrebbe essere chiamato a partecipare. Parlare di doveri di solidarietà invece che di puri e semplici diritti significa infatti mettere l'accento sull'onere che essi impongono al singolo o alla società tutta e questo potrebbe contribuire a sfatare certe concezioni semplicistiche che guardano ai diritti come a situazioni che si auto-espandono senza che nessuno ne paghi costi e conseguenze [16]. È invece vero il contrario, anche sul piano della ricostruzione storica della fattispecie: in materia di diritti sociali, manifestazione prima della solidarietà, è urgente riconoscere che essi nascono non come diritti ma come doveri di pubblico soccorso che da Weimar in poi vengono fatti propri dalle Costituzioni e che impongono, ovviamente, doveri in capo allo Stato, cui lo Stato, a sua volta, fa fronte in forza del dovere tributario che incombe sui cittadini. Una «alleanza» tra Stato e privati sembrerebbe essere presente nel codice genetico dei diritti sociali, le cui potenzialità potrebbero essere ulteriormente e utilmente esplorate [17].

---

[14] Cfr. A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, 2000, 2, 3 ss.

[15] A. D'ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

[16] Nell'ottica di diritti sociali si rileva, secondo Staiano, una crisi delle tecniche classiche di bilanciamento, perché contemperare uguaglianza formale e solidarietà implica elaborare nuovi strumenti concettuali, come tutta la discussione sulle azioni positive sta a dimostrare.

[17] L'alleanza non dovrebbe essere stretta solo in senso orizzontale, cioè tra Stato e privati, ma potrebbe essere estesa in senso verticale tra le diverse componenti dello Stato comunità. Un passo in questo direzione è stato compiuto dalla riforma costituzionale del 1999-2001, la

Ora, se l'effettività dei diritti sociali è condizionata dal dovere tributario che incombe sulla generalità dei consociati, ecco riemergere il tema della intergenerazionalità, della intertemporalità e quindi dello sviluppo sostenibile. Queste caratteristiche non sono solo proprie della tutela dell'ambiente: guardare al futuro è fondamentale anche per valutare la sostenibilità dei sistemi di sicurezza sociale. Oggi infatti non è più consentito sostenere la solidarietà compromettendo la situazione fiscale dello Stato e quindi scaricando i costi del welfare sulle generazioni future.

5. Il posto dei doveri di solidarietà nella configurazione delle normative su settori specifici: dovere al lavoro v. sistema previdenziale, dovere di difesa della patria e obiezione di coscienza

Che il tema dei doveri sia stato ampiamente sottostimato è, fin qui, questione assodata sul piano generale. Per un ulteriore approfondimento conviene ora entrare in merito a singole problematiche per verificare se questa sottostima trova qui un ulteriore elemento di conferma.

Come primo esempio ci si può chiedere che nesso sia mai stato instaurato tra un dovere di solidarietà più specifico, quale ad esempio il dovere al lavoro, e la configurazione di certi settori di intervento dei pubblici poteri quale è, tra i molti, il sistema previdenziale. Qui il discorso dovrebbe essere assai più ampio ed esaustivo: il nostro sistema previdenziale infatti è caratterizzato da sempre da un'anima contributiva e da una che invece lo configura come luogo in cu si manifesta la solidarietà dell'intera collettività nazionale verso i soggetti deboli. È questa duplice anima che caratterizza sia la lettera della norma costituzionale sul tema sia l'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

La tendenziale prevalenza dell'anima solidaristica ha potentemente contribuito a far passare in secondo piano il rapporto tra dovere al lavoro e prestazione previdenziale, la quale risulta assai spesso scollegata dall'aver effettivamente svolto prestazioni lavorative. E questa sottostima ha assunto una tale valenza culturale da essere non solo scomparso dal panorama concettuale, ma da aver creato una sorta di impermeabilità tra valore del lavoro e valore della previdenza sociale cosicché l'ordinamento ha finito per tollerare situazioni estreme, in cui il sistema previdenziale finiva per costituire una vera e propria

---

quale ha ripensato il riparto di competenze tra stato e regioni in materia creando tramite una forma sofisticata di cooperazione tra i due livelli di governo, una sorta di «alleanza tra titolari di doveri»: da un lato lo Stato avrebbe infatti l'onere di definire e finanziare i livelli essenziali delle prestazioni sociali e dall'altro,alle regioni spetterebbe di finanziare tutto il resto. Se questo sistema funzionasse, allora la dimensione doversitica dei diritti sociali assumerebbe rilievo e ad un tempo i titolari dei diritti di prestazione potrebbero individuare più facilmente i titolari del relativo onere.

forma di scoraggiamento all'assolvimento di tale dovere [18].

Una seconda puntuale sollecitazione puntuale è stata quella relativa all'obiezione di coscienza. L'aspetto più problematico del tema dell'obiezione di coscienza è ben sintetizzato da chi mette in luce come la sua generalizzazione porterebbe ad una altrettanto generalizzata elusione del dovere di obbedienza alla legge. Occorre pertanto analizzare il tema in modo non generico, come fanno del resto sia il diritto positivo che la Corte costituzionale. Quest'ultima, in particolare, non si è mai espressa definendo il diritto all'obiezione di coscienza come un diritto generale ed indiscriminato, una sorta di generico contraltare di ogni dovere; la Corte ha invece distinto tra il sacro dovere inderogabile di difesa della patria e le modalità di esercizio dello stesso, asserendo che si può obiettare al servizio militare solo se esistono modalità alternative per assolvere agli obblighi di leva, quale è stata poi l'introduzione del servizio civile.

6. Il linguaggio dei doveri di solidarietà: un nuovo strumento per la Corte costituzionale?

Sulla scorta dell'ultimo esempio citato, quello dell'obiezione di coscienza, ci si può conclusivamente chiedere se e come la Corte possa intervenire, nel giudicare della costituzionalità delle leggi, affiancando al linguaggio classico dei diritti un linguaggio nuovo e nuovi strumenti concettuali che contengano un più ampio riferimento ai doveri.

Un caso emblematico da citare per dare avvio alla presente riflessione è quello della sentenza sull'obbligo di prestare servizio militare in capo agli apolidi, già ricordata in molte altre relazioni. È noto come, in materia, la Corte abbia considerato costituzionalmente legittima l'estensione agli apolidi residenti del dovere che la Costituzione pone in capo ai soli cittadini (sent. n. 172 del 1999). Si legge nella decisione: «L'art. 52 Cost. proclamando il sacro dovere di difesa della Patria e l'obbligatorietà del servizio militare nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge, si riferisce ai cittadini italiani. Tale riferimento è esplicito, per quanto riguarda il dovere di difesa, ed è implicito per quanto riguarda l'obbligo del servizio militare essendo questo un modo di rendere attuale il dovere di difesa. Tuttavia, l'anzidetta determinazione dell'ambito personale di validità dell'obbligo costituzionale non esclude l'eventualità che la legge, in determinati casi, ne stabilisca l'estensione. La portata normativa della disposizione costituzionale è infatti palesemente», e su questo avverbio forse metterei un punto interrogativo, «quella di stabilire in positivo, non già di circoscrivere in negativo i limiti soggettivi del dovere

[18] Si pensi, ad esempio, alla nota prassi delle c.d. «pensioni baby».

costituzionale. In breve: il silenzio della norma costituzionale non comporta divieto. Deve perciò ritenersi esistente uno spazio vuoto di diritto costituzionale nel quale il legislatore può far uso del proprio potere discrezionale nell'apprezzare ragioni che inducano a estendere la cerchia dei soggetti chiamati alla prestazione del dovere».

La citazione è interessante per definire la natura e il contenuto dei doveri costituzionali, di cui poi gli obblighi imposti per legge dovrebbero costituire la specificazione, tema su cui ancora si discute. Si sa che sul rapporto tra doveri di solidarietà e obblighi di legge sono fondamentalmente tre le tesi che si contendono il campo. Va ricordata innanzitutto la tesi secondo cui l'art. 2 sarebbe una fattispecie aperta quanto al contenuto mentre l'art. 23, espressione di un potere generale del legislatore di porre obblighi ai consociati, imporrebbe allo stesso solo la modalità procedurale per l'individuazione degli stessi [19]. Vi è poi la tesi di Lombardi – forse quella più suggestiva, almeno per il costituzionalista – che, invece, rifiuta l'idea dell'art. 2 come fattispecie aperta e afferma che gli unici obblighi legittimi sono quelli che la legge fa discendere dai doveri enumerati in Costituzione [20]. Tra questi due poli si colloca una terza tesi, a suo tempo sostenuta da Carbone [21], secondo cui si possono imporre obblighi anche non riconducibili ai doveri citati in Costituzione purché connotati dalla finalità solidaristica.

Evidentemente la citazione fatta attesta che la Corte sta muovendosi nella prima delle tre direzioni indicate e non tenta né di arginare né, tanto meno, di controllare il potere del legislatore di imporre degli obblighi. Non è certo questa la sede per esaminare a fondo tale questione; può essere tuttavia utile cominciare ad interrogarsi se vi siano elementi che consentano o persino impongano di considerare l'esistenza di un *contenuto massimo dei doveri*, analogo sul piano concettuale al contenuto minimo dei diritti. In altre parole, una volta stabilito che il legislatore può entrare a definire gli obblighi che gravano sui cittadini, ci si può chiedere quali siano i limiti a tale potere di intervento e, in particolare, se tale potere non sia vincolato a considerare la solidarietà come il proprio concetto sostanziale di riferimento.

Certo, è ben noto che le norme costituzionali e, sulla loro scorta, la giurisprudenza pongono al legislatore dei limiti alla comprensione dei diritti; più oscuro è se tale logica valga anche per l'imposizione di obblighi. In altre parole, mentre i diritti non possono essere compressi in modo sproporzionato, gli obblighi non sarebbero sottoposti ad alcun limite contenutistico se non quello, in verità in materia assai evanescente, del ragionevole esercizio della discrezionalità legislativa.

---

[19] A. Barbera, *Art. 2 (Commento)*, in G. Branca, *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975.

[20] G. Lombardi, *Contributo allo studio*, cit.

[21] C. Carbone, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, 1968.

Per dare una risposta all'interrogativo sopra esplicitato, pare opportuno soffermarsi brevemente su quel dovere che la giurisprudenza della Consulta ha considerato come una delle manifestazioni più eminenti del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost. [22], e cioè il dovere tributario [23] di cui all'art. 53 Cost., al fine di comprendere se – ed eventualmente come – la giurisprudenza della Corte costituzionale sia intervenuta in materia, dichiarando incostituzionali delle previsioni legislative sulla scorta di un «eccesso di dovere» o sulla scorta del fatto che l'obbligo legislativamente previsto fosse incostituzionale in quanto non informato al dovere di solidarietà.

È bene premettere, prima di tentare di dare una risposta al quesito innanzi posto, che, essendo ormai tramontata quella concezione denominata «teoria dei diritti pubblici soggettivi» che di fatto vedeva l'imposizione tributaria come il corrispettivo per un servizio pubblico ricevuto dal cittadino, il fine che ispira il sistema costituzionale è quello di mettere tutti i membri della comunità nella condizione di poter concorrere, secondo le proprie capacità, al progresso della società e, quindi, alla realizzazione del bene comune, dell'interesse collettivo [24]. Con il che, ben si comprende che il dovere di solidarietà dovrebbe essere posto alla base di ogni obbligo legislativamente previsto e, laddove così non fosse, dovrebbe divenire lo strumento per mezzo del quale la Corte costituzionale riequilibra il sistema. Dagli esempi che seguono, tuttavia, pare doversi desumere che né il legislatore, né la Consulta non abbiano scelto questa strada.

Infatti, se guardiamo alle prestazioni patrimoniali prestazioni patrimoniali, risulta che il sistema previdenziale e quello fiscale sono nelle mani del legislatore, il quale, in nome del contenimento della spesa pubblica, può intervenire liberamente sui sistemi tributari e previdenziali, diminuendo o aumentando prestazioni o tributi, talvolta in maniera poco razionale.

Tuttavia, come sopra chiarito, si dovrebbe ritenere che l'azione del legislatore non sia poi così libera e debba piuttosto informarsi a quei principi costituzionali, primo tra tutti quello di solidarietà. Da una pur iniziale analisi della giurisprudenza in materia di diritto tributario emerge, però, che non ci sono casi in cui un obbligo di contribuzione imposto al cittadino sia stato dichiarato incostituzionale argomentando proprio a partire dai doveri.

Un primo esempio può essere costituito dalla tassazione della famiglia che, forse, in alcuni casi, è un po' alta, considerato che sulla famiglia grava il dovere di istruire e mantenere i figli. Ma questo, diversamente da quanto accade in altri

---

[22] Tra le tante, si ricordano: C. cost., sentt. nn. 51 del 1992 e 177 del 1992.

[23] Per approfondimenti in materia di dovere tributario si veda L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996.

[24] Cfr. B. PEZZINI-C. SACCHETTO (a cura di), *Il Dovere di solidarietà. Atti del convegno Giornate europee di diritto costituzionale tributario, 5. edizione, Bergamo 14-15 novembre 2003*, Milano, 2005.

paesi [25], viene ignorato sia dal legislatore nazionale che dalla Corte costituzionale che si limita a semplici affermazioni di principio laddove ritiene che rappresentando il dovere tributario una chiara specificazione di quello di solidarietà, il legislatore dovrebbe lasciare esenti da prelievo da parte del fisco quei redditi che sono destinati a soddisfare i bisogni primari dell'individuo e della sua famiglia, quali l'istruzione, la salute, la casa e la cultura.

Tuttavia, se pure esistono nel panorama giurisprudenziale italiano sentenze in cui si è cercato di incidere sulla tassazione della famiglia, le stesse si riducono ad un mero tentativo di eliminare disparità di trattamento, derivanti dall'applicazione del cumulo dei redditi, tra famiglie «monoreddito» e famiglie «bireddito», senza alcuna motivazione attinente al profilo dei doveri e senza lo scopo di tutelare contro obblighi eccessivi [26].

Un ulteriore esempio della refrattarietà della Corte a motivare le proprie sentenze alla luce dell'inderogabile dovere di solidarietà, è dato – tra le innumerevoli pronunce – dalla sentenza n. 142 del 1982: in quel caso il giudice *a quo* aveva sollevato questione di legittimità costituzionale su una norma nella parte in cui escludeva dalla detrazione del reddito delle persone fisiche, le spese per le cure mediche e quelle per assistenza sanitaria sostenute all'estero. La Corte costituzionale ha ritenuto incostituzionali quelle norme che limitavano la deducibilità fiscale alle sole spese mediche sostenute in Italia; essa tuttavia non l'ha fatto sulla base di quel dovere di solidarietà che dovrebbe essere alla base delle leggi tributarie, bensì, sulla scorta del collegamento con l'art. 32 Cost., e cioè sulla base del collegamento con un diritto fondamentale.

Un ultimo esempio, ma se ne potrebbero citare molti altri, che può essere utile a comprendere l'orientamento della Corte, attiene ad uno degli elementi principali della fattispecie tributaria e cioè al principio della capacità contributiva: secondo tale principio l'imposizione fiscale deve essere giustificata solo sulla base di elementi che siano rivelatori di una specifica capacità economica. La Corte costituzionale, pur avendo affrontato, con una certa frequenza, il problema di definire l'esatta portata di tali indici indicatori, ha lasciato di fatto al legislatore piena discrezionalità, usando come unico limite a tale discrezionalità il principio – quanto mai vago – secondo il quale le scelte compiute non devono essere mani-

---

[25] La Corte costituzionale tedesca ha, in materia, un impatto più forte anche sulla misurazione del sistema fiscale: i criteri che vengono indicati dalla Corte costituzionale tedesca per la misurazione del sistema di tassazione sono dati dalla la capacità contributiva e dalla garanzia del minimo d'esistenza. In tal senso basti pensare che sono escluse dalla tassazione le spese sostenute dai membri della famiglia relative al c.d. Existenzminimum (*BVERFG* - 1 BvL 20/84 - 20 maggio 1990). Va qui ancora ricordato il diverso regime fiscale di cui godono le coppie sposate rispetto alle coppie di fatto, c.d. nichteheliche Lebensgemeinschaft, la cui legittimità è stata dichiarata dalla Suprema Corte (*BVERFG* - 1 BvR 171/89 - 15 novembre 1989).

[26] Si veda C. cost., sentt. nn. 179 del 1976, 76 del 1983 e 12 del 1998.

festamente arbitrarie o prive di una sufficiente ragionevolezza, senza, ancora una volta ricorrere all'utilizzo del concetto di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. che ben poteva trovare una propria logica al fine di limitare l'attività del legislatore [27]. Infatti, assumendo che la capacità contributiva identifica quella forza economica astrattamente idonea a fornire al soggetto gravato dalla prestazione impositiva i mezzi finanziari necessari per l'assolvimento della stessa, in che cosa dovrebbe consistere l'irragionevolezza del legislatore nel fissare gli indici di capacità contributiva se non, semplicemente, nell'aver previsto un «eccesso di dovere» a carico di alcuni soggetti?

Questa è, dunque, nell'estrema sintesi, la tendenza che emerge dalla lettura delle sentenze della Corte costituzionale laddove si vada alla ricerca del «contenuto massimo del dovere». Tale concetto, al più, può essere individuato guardando in filigrana la giurisprudenza costituzionale, cioè leggendo *a contrariis* le pur rare sentenze che mettono limiti ai poteri del legislatore di imporre obblighi ai consociati; cosa questa che, tuttavia, sembrerebbe in contrasto con la tesi che considera i doveri inderogabili come enumerati e limitati in senso sostanziale dal principio di solidarietà.

Un ulteriore esempio, al di fuori del sistema tributario, è offerto dall'obbligo legislativamente sancito per il datore di lavoro di concedere ai propri dipendenti chiamati ad adempiere funzioni presso gli uffici elettorali, tre giorni di ferie retribuite; le conseguenze negative dell'adempimento di un dovere di natura pubblica ricadono in questo modo non sullo Stato, che beneficia della prestazione, ma sul datore di lavoro, senza che questa *interpositio* sia considerata una violazione degli artt. 2, 51 e 53 Cost.; la Corte infatti ha rigettato l'eccezione di incostituzionalità considerando la norma esercizio non arbitrario di discrezionalità legislativa.

Va ricordato poi che non solo le prestazioni patrimoniali, ma anche le prestazioni personali sono state per lo più «assolte» dalla Corte: è il caso di una sentenza degli anni Settanta sulle legittimità costituzionale della norma del codice di procedura penale che consente l'arresto, da parte di privati, di persone colte in flagranza, una prestazione personale volontaria considerata compatibile con l'art. 13 Cost. in forza dei doveri inderogabili di solidarietà. Una sentenza certamente condivisibile, a motivo della volontarietà dell'intervento del privato. Non si può non ricordare però che analoga assoluzione è stata pronunciata anche per quella norma che consente alla Pubblica Sicurezza di chiedere ai cittadini un supporto per l'arresto in flagranza, il che potrebbe forse destare qualche perplessità se guardata non nell'ottica della discrezionalità legislativa ma in quella ben più sostanziale della violazione del limite alla imposizione di doveri.

Alla luce degli esempi sopra ricordati, si conferma quanto da più parti è stato messo in luce, che cioè la logica dei doveri è stata a lungo estranea al costituzio-

---

[27] Così, tra le tante, C. cost., sentt. nn. 156 del 2001 e 263 del 1994.

nalismo classico; non a caso l'art. 16 della Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino menziona tra gli elementi costitutivi delle Carte fondamentali i diritti dell'uomo e, sul piano dell'organizzazione, alla separazione dei poteri mentre il motto della Rivoluzione era «Libertà, eguaglianza e fraternità». I doveri di solidarietà e, in generale, la solidarietà come elemento costitutivo delle nuove forme di Stato post-belliche sono venuti dopo e non si sono integrati con la logica, la simbologia e il linguaggio dei diritti. A giudicare dalla giurisprudenza costituzionale anche recente, peraltro, perché si palesi l'altra faccia della luna sembra necessario aspettare ancora.

RELAZIONE DI SINTESI

LUIGI VENTURA

1. È corretto ritenere che una sintesi di due Relazioni, frutto del lavoro scientifico e della riflessione di giovani (nel caso, valorosi) studiosi, e della relativa discussione sviluppatasi nell'atelier, debba avere come punto di partenza ed in gran parte esaurirsi nella individuazione dei punti ritenuti salienti del testo distribuito, più che nella comunicazione di impressioni, non esenti da fraintendimenti, che possano nascere dalla esposizione orale, necessariamente compressa in pochi minuti che, pertanto, può non premiare l'acutezza e la serietà dei ragionamenti. Appare così necessario dare conto innanzi tutto del contenuto delle relazioni scritte, piuttosto che esprimere i propri punti di vista sui temi in oggetto, soprattutto se si è già avuto modo di soddisfare questa «esigenza» più di vent'anni or sono. Insomma, si evoca qui l'umiltà come metodo.

2. Le osservazioni sviluppate nella relazione su *I doveri costituzionali degli immigrati* di G. Bascherini si riferiscono, in particolare, agli stranieri immigrati da paesi extracomunitari, in base ad una scelta necessitata «dalla rilevanza, dalla molteplicità e dalla complessità delle questioni che le attuali realtà migratorie aprono nei nostri ordinamenti e nelle nostre società».

Il primo profilo sul quale si concentra l'attenzione è quello relativo al peso che i doveri costituzionali hanno avuto nel «discorso costituzionale della cittadinanza»; il secondo attiene al percorso giurisprudenziale in materia di unità familiare, in relazione ai c.d. doveri di solidarietà economico-sociale, «posizioni giuridiche la cui spettanza in capo agli stranieri è nel complesso abbastanza pacifica, le disposizioni costituzionali al riguardo non operando infatti distinzioni in base alla cittadinanza»; il terzo profilo, infine, attiene al filone giurisprudenziale degli obblighi di leva dei non-cittadini, riguardo ai doveri di solidarietà politica. Tale giurisprudenza, difatti, consente di ragionare sulle prospettive aperte dalle attuali realtà migratorie in riferimento ai doveri politici di difesa della patria e di fedeltà alla Repubblica, tradizionalmente connessi allo statuto della cittadinanza. In relazione a quest'ultimo profilo si ricorda esattamente, difatti, che la considerazione secondo cui l'identità civica risulterebbe connotata dai doveri quanto e forse ancor più che dai diritti è propria di una «importante componente del pensiero democratico in tema di cittadinanza, la quale, insistendo sulla dimensione vir-

tuosa della relazione di cittadinanza, si lega più direttamente di quanto non avvenga nel pensiero liberale al tema dei doveri oltre che dei diritti».

È molto pertinente poi l'evidenza della dimensione fortemente simbolica dei discorsi intorno alla cittadinanza, nei quali risulta dominante il richiamo all'appartenenza.

Lo sfondo teorico su cui si muove Bascherini è quello delineato da Cerri in ordine al dovere di fedeltà in società «aperte»; nella riflessione di questo Autore, difatti, la fedeltà, che non potrebbe tradursi nel vincolo di adesione del soggetto ai valori repubblicani, graverebbe anche sul non cittadino, pur se in tal caso il dovere sarebbe sottoposto ad un «diverso metro di valutazione». E ciò anche nella consapevolezza che la soluzione di Cerri, di risolvere sostanzialmente il dovere di fedeltà nel vincolo all'osservanza delle leggi, può risultare ancora non del tutto soddisfacente per le esigenze di definizione dello statuto dello straniero.

Dopo un esame della normativa sull'immigrazione, Bascherini, pur non affrontando approfonditamente il tema del dovere dello straniero di allontanarsi dal territorio dello Stato nei casi previsti dalla legge, esamina alcune pronunce costituzionali in materia, che contengono richiami, anche marginali, ai doveri di solidarietà riguardanti gli stranieri colpiti da tali ipotesi di espulsione.

Dall'analisi della giurisprudenza in tema di ricongiungimento familiare si ricava in effetti come la «primavera della giurisprudenza costituzionale in tema di unità familiare» si sia interrotta bruscamente in tempi recenti, quando la Corte ha cominciato a rigettare alcune questioni di legittimità sollevate nei confronti della legge Bossi-Fini, ridimensionando in modo significativo le aperture che avevano caratterizzato il suo orientamento precedente; e ciò, per un verso, mediante uno «scivolamento verso il basso» dei parametri costituzionali e, per altro verso, attribuendo il diritto all'unità alla coppia legata da matrimonio ed ai figli minori di una coppia, distinguendo altresì quest'ipotesi da quelle in cui sarebbe ravvisabile solo «un interesse agli affetti familiari» (il quale legherebbe, ad esempio, i figli maggiorenni ai propri genitori o gli ascendenti o i partners di una coppia di fatto): cfr., ad esempio, sent. n. 224 del 2005. Tale orientamento mostra, inoltre, un forte ridimensionamento del ruolo dei doveri. Oltretutto, la distinzione tra «unità» ed «affetti» determina, in tale ambito, «una profonda diversificazione tra cittadino e straniero».

In tale giurisprudenza si avverte, poi, un sostanziale affievolimento della solidarietà, che viene ridimensionata per le esigenze di un «ordinato flusso migratorio e di un'adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri» (sent. n. 192 del 2006).

Bascherini rileva, al riguardo, come non sempre la solidarietà sia un valore per il giurista: non lo è quando si traduce in una solidarietà orizzontale (che corre tra «eguali», come quella mafiosa, o che piega l'altro ai nostri interessi e valori, come la solidarietà xenofoba). Essa diventa un valore quando è verticale, ossia quando si svolge tra soggetti diseguali «assunti o nell'unità di un momento storico (e quindi nella diversità delle condizioni soggettive) o nella proiezione cronologica tra generazioni diverse» (Lipari).

Si esaminano quindi i doveri inderogabili dello straniero: al riguardo, la considerazione (suscitata dal mero dato testuale) secondo cui i doveri di solidarietà politica sarebbero strettamente connessi alla cittadinanza, a differenza di quelli di solidarietà economica e sociale, va in qualche modo ripensata. E ciò innanzitutto per le relazioni complesse che intercorrono tra le dimensioni sociale, economica e politica; in secondo luogo, per la stessa difficoltà di dare un contenuto proprio e autonomo al dovere di fedeltà.

Nella ricostruzione della giurisprudenza costituzionale in materia di servizio militare e obbligo di leva si mette in luce, inoltre, il rilievo della sent. n. 172 del 1999, che ha riconosciuto l'assoggettabilità agli obblighi di leva degli apolidi residenti. Con tale pronuncia, la Corte ha affrontato i nodi più problematici dei rapporti fra tali doveri e lo statuto della cittadinanza. In particolare, la decisione offrirebbe un significativo supporto alla recente interpretazione dottrinale relativa all'estensione ai non cittadini dell'imputabilità di diritti e doveri costituzionalmente previsti; interpretazione che presuppone l'idea di una «comunità di residenza nella quale possono rientrare tutti coloro che – integrandosi attraverso il lavoro, la formazione di una famiglia, il godimento dei diritti sociali a tali situazioni connessi e l'adempimento degli obblighi costituzionalmente imposti – decidono di venirne a fare parte e per questo si vedono riconosciuti diritti e doveri».

Bascherini si chiede comunque se tutta la riflessione conservi una certa attualità di fronte al processo di ristrutturazione degli eserciti su base volontaria.

L'analisi della giurisprudenza in materia conduce a rilevare come la Corte, in precedenza, abbia considerato il tema dell'obiezione di coscienza al servizio militare «non su un piano individualistico» – a partire cioè dalla tutela della libertà di coscienza del singolo, la quale imporrebbe una deroga alla generale disciplina della leva –, ma, ben più organicamente, scegliendo di innestare le convinzioni e le pratiche di tale obiezione entro la componente «solidaristica del dovere di difesa, individuando diritti e doveri di un servizio, quello civile, funzionale comunque all'interesse della collettività e calando la prestazione di tale servizio entro una visione della cittadinanza aperta verso prospettive di partecipazione attiva dei cittadini alla realizzazione di pratiche di solidarietà collettiva e in prospettiva – collegando l'istituzione di un tale servizio al complesso delle funzioni statali caratterizzanti lo Stato sociale – verso un nuovo modello di welfare».

In conclusione, se per un verso la prestazione del servizio militare dovrebbe mantenere una salda connessione con la cittadinanza (nel senso che tale servizio dovrebbe essere prestato soltanto dopo l'acquisizione della cittadinanza stessa), in quanto non è auspicabile una prospettiva di integrazione degli immigrati che passi attraverso quella prestazione o, peggio, che si serva della loro attiva partecipazione ad azioni di guerra; per altro verso, poi, per il servizio civile, non parrebbero sussistere ostacoli insormontabili ad un'ammissione degli immigrati alla sua prestazione ed anzi si potrebbe anche ipotizzare un collegamento tra quest'ultima e l'acquisto della cittadinanza, non nel senso che la prestazione del servizio civile dovrebbe intendersi come una condizione necessaria della cittadinan-

za stessa, ma come un requisito che potrebbe agevolarne l'assunzione, riducendone i tempi.

Condivisibile è, infine, l'auspicio per l'adozione di un «approccio più comunicativo» al tema dei doveri degli stranieri, che consenta di superare il binomio fobia/utilitarismo, entro cui si muovono le attuali politiche europee in ambito di immigrazione.

Le riflessioni di Bascherini, dunque, appaiono condivisibili, sia nell'approccio che nella sostanza su cui non incide più di tanto l'accoglimento, pur discutibile, della prospettiva che identifica fedeltà e osservanza.

La relazione di A. Morelli su Il dovere di fedeltà alla repubblica affronta, nell'ordine, la questione del contenuto del dovere di fedeltà, tentando di ricostruirne un significato autonomo rispetto agli altri doveri previsti dall'art. 54 della Costituzione, nonché il tema stesso della fedeltà nella dimensione dei governati e in quella propria dei governanti.

L'esame del dibattito in Assemblea costituente sul giuramento di fedeltà dei parlamentari (che, com'è noto, non venne poi introdotto nella versione definitiva del testo costituzionale) e delle ricostruzioni teoriche proposte in tema dalla dottrina porta Morelli ad evidenziare la natura paradossale del dovere ed a proporne un inquadramento teorico all'interno di una prospettiva complessa.

In particolare, dalla lettura delle diverse soluzioni dottrinali si ricava innanzitutto la conclusione per cui la ricerca del contenuto del dovere di fedeltà dovrebbe essere svincolata dalla questione inerente al «fondamento o alle forme di legittimazione metagiuridica del sistema costituzionale». La questione del fondamento, difatti, porta con sé straordinari problemi teorici e, tra l'altro, si lega al nodo costituito dalla peculiare natura della democrazia costituzionale, che traduce i suoi stessi presupposti di legittimazione in principi giuridici.

L'esame della dottrina conduce Morelli a concordare, inoltre, con l'opinione che nega la possibilità di affermare la vigenza del dovere di fedeltà soltanto negli stati di eccezione, soprattutto per l'assenza di dati testuali cui ancorare una simile interpretazione, e a riconoscere poi uno stretto legame tra fedeltà alla Repubblica e «solidarietà politica», dal momento che «la coesione che può instaurarsi, per il benessere comune, tra i cittadini e tra le forze politiche non può che trovare quale polo attrattivo l'insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano». Infine, si nega la possibilità stessa di trarre dal dovere di fedeltà limiti ai diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Inteso il termine «Repubblica» come indicativo dei principi fondamentali dell'ordinamento e appurato il limitato uso dell'art. 54 nella giurisprudenza costituzionale (ove, per lo più, figura come argomento rafforzativo di altri doveri, come, ad esempio, il «sacro» dovere di difesa della Patria), si definisce il vincolo di fedeltà come il dovere di cooperare alla tutela della continuità dell'ordinamento costituzionale nell'identità dei suoi principi fondamentali.

Il paradosso in cui si cade allorché si tenti di distinguere il dovere di osservanza della Costituzione dal dovere costituzionale di fedeltà alla Repubblica, lungi dal poter essere risolto, costituisce invece una risorsa preziosa della democra-

zia pluralista: occorre riconoscere, difatti, che «il testo è solo una parte della Costituzione, la quale si arricchisce continuamente degli apporti provenienti dalla pratica istituzionale». In tal senso, la dialettica atto/processo offre un'utile chiave di lettura: la fedeltà proietterebbe, difatti, l'applicazione dei singoli atti normativi (costituzionali e non) nella prospettiva diacronica e processuale della continuità dei principi repubblicani; l'osservanza, invece, imporrebbe il rispetto del dato testuale, come limite estremo alle opzioni dell'interprete. Una fedeltà inosservante della Costituzione potrebbe condurre così ad invocare forme di garanzia del tutto disancorate dal dato positivo, mentre un'osservanza infedele alla Repubblica potrebbe condurre a disconoscere la presenza di limiti assoluti alla revisione costituzionale. La pretesa del dovere di fedeltà si tradurrebbe, in definitiva, nella volontà di «incidere sui preorientamenti del cittadino». Dall'integrazione dei doveri di fedeltà e di osservanza delle leggi (e, dunque, da un'osservanza fedele delle leggi) si fa derivare inoltre il fondamento positivo dell'interpretazione conforme a Costituzione.

Posta una definizione ampia, si attribuiscono, poi, al dovere di fedeltà contenuti ben più specifici: la fedeltà non imporrebbe un vincolo di sentimento, ma soltanto un dovere di conoscenza dei valori repubblicani (esprimendo, in tal modo, una fiduciosa presunzione che dalla conoscenza possa nascere l'adesione spontanea) ed un divieto di porre in essere comportamenti materiali volti a sovvertire il sistema costituzionale.

Nei casi di conflitti di fedeltà, la prospettiva propria di una democrazia «aperta» non potrebbe che essere quella di consentire la più ampia manifestazione del pensiero, contrapponendo al paradosso del doppio vincolo (essere fedeli alla Repubblica ed, al tempo stesso, alla propria coscienza) il paradosso «terapeutico» di un diritto di parola senza confini, che costituirebbe sempre – anche nei casi in cui si rivolgesse contro la stessa Repubblica – un diritto repubblicano. In tale prospettiva, si auspica anche un significativo ridimensionamento dei reati di vilipendio (in linea con una revisione già di recente introdotta nella legislazione penalistica), pur nella consapevolezza che la tutela dei simboli repubblicani protegge un valore comunque degno di garanzia come il sentimento di sacralità delle manifestazioni visive dell'etica repubblicana. In tal senso, gli stessi simboli della Repubblica costituirebbero «ierofanie» dei valori costituzionali.

Nei casi più drammatici di doppio vincolo, quando cioè il soggetto sia costretto a porre in essere obblighi di fare che contrastino con i suoi convincimenti interiori, la mera espressione del pensiero non può soccorrere, ed è necessario riconoscere il diritto all'obiezione di coscienza, che, tuttavia, non potrebbe trovare mai un esplicito riconoscimento in ragioni diametralmente opposte agli stessi principi costituzionali o in contrasto con la dignità della persona umana.

Si riconosce, poi, che il giuramento politico non potrebbe pretendere altra funzione che quella puramente rafforzativa di altri obblighi giuridici, ma gli si attribuisce, nel contempo, una valenza ulteriore, connessa alla connaturata funzione sanzionatoria dell'istituto che, ponendo il giurante nelle condizioni di dover

esprimere la propria adesione ai valori fondamentali dell'ordinamento, ne mette in gioco l'onore, in tutte le accezioni del termine.

La ricostruzione viene completata dall'analisi del dovere di adempimento delle funzioni pubbliche con disciplina ed onore, nel quale si ravvisa il riconoscimento di un principio generale di correttezza istituzionale, cui si potrebbe ricondurre la leale cooperazione. Se questo è il modello, non mancano tuttavia segnali sempre più preoccupanti di una crisi permanente della fedeltà alla Repubblica, che troverebbe espressione nella costante conflittualità tra potere giudiziario e potere politico, nel progressivo depotenziamento degli istituti di garanzia e nella ipertrofia della normazione costituzionale, cui si accompagnerebbe una crescente perdita della portata precettiva della stessa Costituzione.

3. La discussione che si è svolta nell'Atelier, ampia e interessante, è iniziata con un intervento articolato di A.Panchiewicz che ha incentrato la sua attenzione, ponendo quesiti e chiedendo ai relatori chiarimenti, soprattutto relativamente ad una affermata esigenza di riequilibrio tra catalogo dei doveri rispetto a quello dei diritti, sia sul versante dei cittadini sia nei riguardi degli stranieri, cogliendo in dottrina una forse eccessiva attenzione sui problemi posti dal comma 1 dell'art. 2 Cost. rispetto al comma 2.

I. Nicotra ha vivacizzato la discussione ponendo il problema della sanzionabilità del dovere costituzionale di fedeltà e della «chiusura» del sistema con un riferimento al diritto di resistenza ed introducendo il tema della «democrazia aperta» e delle «democrazie che si difendono» con il richiamo degli esempi della Germania (prima e dopo la caduta del muro di Berlino) e dell'Italia durante la vigenza della *conventio ad excludendum* ritenuta persistente fino all'inizio degli anni novanta nei confronti dei partiti antisistema e segnatamente nei confronti della Lega Nord. A tal proposito, viene richiamata anche la situazione della Spagna che deve fronteggiare il problema del secessionismo. In seguito, sui reati di opinione la Nicotra pone l'interrogativo se sia apprezzabile la sostanziale depenalizzazione operata di recente dal legislatore e chiede a Morelli di meglio chiarire la sua posizione al riguardo e sul tema del vilipendio. Morelli poi chiarirà la differenza tra opinioni e comportamenti e che il vilipendio va sanzionato in quanto e se costituisce «azione materiale».

P. Bonetti, che pure è intervenuto sul tema della *conventio ad excludendum*, si sofferma poi su quello del rapporto tra diritti e doveri, questi ultimi riferibili agli stranieri se richiamati da convenzioni costituzionali ed accolti dal legislatore. Evoca i temi della conoscibilità dell'obbligo giuridico (in riferimento alla condizione dello straniero ed alla sentenza della Corte costituzionale sull'art. 5 c.p.), del rapporto tra fedeltà e principio «personalista», poiché taluni fenomeni devono essere percepiti diversamente nel passaggio dall'ordinamento liberale a quello democratico, della incoercibilità della coscienza. Bonetti auspica poi ogni sforzo per conciliare le esigenze sanzionatorie dell'ordinamento con pene alternative al carcere per la violazione di determinati obblighi, a fronte di altre soluzioni che

possano prevedere la sanzione per la violazione dell'obbligo prescritto ovvero l'abrogazione dell'obbligo giuridico medesimo.

E. Grosso attribuisce all'obiezione di coscienza non già il carattere di un valore in sé, quanto quello di strumento di lotta politica per una «rivendicazione dell'eccezione», vale a dire per ottenere dal legislatore l'eccezione all'obbligo giuridico e non già lo stravolgimento della regola. In relazione al tema dei doveri degli immigrati e della loro integrazione (suggestiva la definizione: «patriottismo costituzionale ed integrazione della Costituzione»), al cospetto di una tendenza alla concezione «retributiva», egli vede nella sentenza della Corte costituzionale sugli apolidi una apertura di possibilità di riconoscimento di qualche diritto democratico di partecipazione.

In generale, riguardo al rapporto, che dovrebbe rimanere saldo, tra servizio militare e cittadinanza nella prospettiva del processo d'integrazione degli immigrati, sono convinto anch'io, come altri che si sono espressi in tal senso, che non sia possibile prevedere un'integrazione che passi attraverso tale prestazione, se non dopo l'acquisizione della cittadinanza stessa.

A. Ruggeri, apparso come d'incanto, evoca l'esistenza di uno spazio vuoto nel diritto costituzionale che potrebbe essere coperto da una legge ordinaria priva di un parametro costituzionale, con lo scopo «recondito» di una riflessione sul catalogo «aperto o chiuso» dei doveri.

Per I. Nicotra, la Corte costituzionale prevede una progressione dei doveri come dei diritti.

E. Vigevano, poi, si intrattiene sul tema del contenuto autonomo del dovere di fedeltà, riscontrando la difficoltà di conciliare, per l'appunto, la fedeltà, come norma di chiusura, con una forte tutela dei diritti. Esprime il timore dell'uso del dovere di fedeltà come fondamento di limitazione delle posizioni non accette alla maggioranza: la soluzione potrebbe essere quella di legare il dovere di fedeltà al metodo democratico, come norma che prescrive il «rispetto delle regole fondamentali», piuttosto che imporre l'obbligo «di professare valori». Riguardo ai reati di opinione, pone una distinzione netta tra «vilipendio classico» (per il quale sarebbe auspicabile una ridiscussione sulla necessità di una sanzione penale) e l'incitamento all'odio razziale (per cui la sanzione penale rimane indispensabile).

M. Perini si sofferma sulla specificità della Costituzione e si interroga sul perché vi sia tanta insistenza sui doveri. Evidenzia il significato educativo e simbolico del testo costituzionale ed in particolare sull'aspetto simbolico dei doveri, soprattutto se si adotta (con suggestiva prospettiva mazziniana) la «cultura dei doveri» finalizzata al benessere.

L. D'Andrea, infine, sintonizzandosi sul filo conduttore che lega nelle sue parti la relazione di Morelli, richiama il paradosso per il quale la fedeltà può radicarsi solo se esistono i valori fondamentali (meglio: la fedeltà si può affermare solo in un ordinamento che enuncia i valori al di sopra delle regole) e si sofferma sull'aspetto deontico dei diritti (nel rapporto diritti-doveri) e sulla relazione tra fedeltà e difesa dell'ordinamento. L'esistenza di sanzioni per la violazione della fedeltà, pur non prescrivibili, introduce, in realtà, il tema della responsabilità politica.

Le repliche dei due relatori sono state convincenti nel ribadire e puntualizzare i risultati della loro ricerca.

4. Bascherini e Morelli non avevano un compito facile. Il primo si cimentava con un tema necessariamente di viva attualità per un Paese che si confronta, in prima linea, con il fenomeno europeo delle migrazioni di extracomunitari, con lo sfondo futuribile, del tutto futuribile, di una società multirazziale, che deve confrontarsi innanzi tutto non solo con la costante emergenza cui il legislatore non pare sia ancora in grado di dare risposta, ma con la prospettiva che ci attende di una necessaria integrazione dell' «estraneo» senza perdere la propria identità di democrazia (che dovrebbe essere) aperta, liberaldemocratica, pluralista, laica e tollerante, dovendo spesso confrontarsi con il problema del difetto di tali caratteri nei Paesi di provenienza degli attuali e futuri migranti e con l'arretratezza culturale (probabilmente) ed economico-sociale (sicuramente) delle masse migratorie. Il che vale quanto dire che non è in gioco un confronto di civiltà, ma il problema è enormemente accentuato dalle caratteristiche culturali e personali dei singoli che un tempo avremmo definito sottoproletari.

La nostra società e le nostre istituzioni corrono il rischio di perdere i connotati testè enunciati, sia con una politica di chiusura che per ciò stesso li cancelli, sia con una politica di inerte apertura senza chiedere a coloro che vogliono vivere, lavorare e progredire nel nostro Paese di accettare le linee essenziali ed irrinunciabili del nostro stile di vita (che dovrebbe essere) ispirato ai valori di libertà.

È altrettanto irrinunciabile chiedere allo straniero, soprattutto se vuole la cittadinanza italiana, ma come che sia, l'adempimento dei doveri di solidarietà. Ma è implicito in questo ragionamento che i doveri di solidarietà incombono parimenti sui cittadini, tra cittadini e nei confronti di ogni persona. In che consiste il tema, del tutto nuovo rispetto ad un passato anche recente, di una ridefinizione dello statuto della cittadinanza e di un equilibrio, invero non del tutto nuovo, tra diritti e doveri. Ma la difesa dell'identità e delle nostre tradizioni passa attraverso politiche che, paradossalmente, non le neghino per difendersi. Così, anche se oggi il tema pare incentrato sul più volte evocato equilibrio tra catalogo dei diritti e catalogo dei doveri, non si può coltivare l'ipocrisia di riferirlo soltanto a coloro che aspirano alla cittadinanza italiana, essendo vero che esso riguarda, come si diceva dianzi, in primo luogo i cittadini. Atteso che il principio di effettività vale non solo per i doveri ma anche per i diritti, si può ritenere che, nonostante i pur enormi progressi, non si possa prescindere dalla inattuazione, con tutte le relative conseguenze, del comma 1 dell'art. 2 Cost. Non è tanto, quindi, un problema di riequilibrio tra diritti e doveri, quanto, semmai di ineffettività, di scarsa applicazione e di non condivisione dei doveri costituzionali.

Sul versante corrispettivo, però, forse non si è avuta mai, nell'esperienza repubblicana, un'epoca di eclisse dei doveri costituzionali come l'attuale se, per fare uno dei tanti esempi possibili, si assiste ad una campagna elettorale tutta incentrata sul tema dell'imposizione fiscale, quasi che non si trattasse di politiche

relative all'attuazione di un imprescindibile dovere costituzionale di contribuzione «progressiva» rispetto al reddito, nonché di una esigenza fondamentale per uno Stato sociale fondato sul dovere di solidarietà politica economica e sociale. Se ci sono sicuramente dei diritti negati, si è altrettanto sicuramente lontani da un'etica repubblicana e dalla cultura dei doveri e della responsabilità.

Sicché si assiste all'ultimo paradosso: si è chiamati al tema «impossibile», quello della fedeltà alla Repubblica. Lo consideravo tale anche più di vent'anni or sono e devo a Giorgio Lombardi, che ha tracciato mirabilmente la strada, se ho potuto scrivere qualcosa al riguardo. Lo considero ancora in questa guisa dopo aver letto, apprezzato ed in gran parte condiviso la relazione di Morelli.

Non si è riflettuto abbastanza sulla circostanza che di fedeltà e soprattutto di leale collaborazione si parla quando la Corte costituzionale ne sanziona il difetto.

Il paradosso è che siamo alla pensosa ricerca del contenuto da dare sia al dovere costituzionale di fedeltà sia al termine Repubblica, allorquando la fedeltà, qualunque sia il suo contenuto, è oscurata dal trionfo dell'interesse privato, dal conflitto di interessi e dalla crisi della rappresentanza. Riguardo al tema sollevato e discusso sulla «difesa» della democrazia, come «si difende» la nostra dal conflitto di interessi, apparso proprio all'inizio degli anni novanta, quando finiva la conventio ad excludendum dei c.d. partiti antisistema, taluno dei quali aveva concorso alla fondazione della Repubblica ed alla scrittura della Costituzione?

Varrebbe la pena di ricordare, tra i tanti esempi, il vero motivo per cui si è giunti a quella sorta di «depenalizzazione» del vilipendio di cui si è discorso ieri. È un paradosso nel tempo di una offensiva senza precedenti ad una Costituzione cui, in definitiva, si deve la fedeltà.

Mentre non c'è condivisione dei valori costituzionali, mancando così il presupposto stesso dell'unità nazionale, ed i valori stessi, cui si dovrebbe fedeltà in primo luogo da parte dei cittadini, non sono conosciuti tanto che, dopo sessant'anni, uno dei contenuti possibili nella prospettiva dei governanti dovrebbe ottimisticamente consistere nella promozione della loro conoscenza. È veramente l'ultimo paradosso del «tema impossibile».

RELAZIONE DI SINTESI

VINCENZO COCOZZA

Cercherò di indicare il modo in cui la discussione si è sviluppata sulle tematiche della leale cooperazione e della sanzionabilità dei doveri e, sulla base di questo, di effettuare un coordinamento delle relazioni. In tale direzione, si potrà parlare della leale cooperazione dopo aver dato conto di quanto è emerso in tema di sanzionabilità.

Le linee della discussione sono state intense, hanno fatto emergere alcuni punti di grande rilievo, assolutamente coerenti con la complessità dei temi e con l'articolazione della robusta struttura delle relazioni.

Io, interpretando in modo rigoroso il ruolo assegnato a chi svolge una relazione di sintesi degli interventi svolti nel gruppo di lavoro, cercherò di dare una indicazione coordinata sugli aspetti che sono emersi nel dibattito.

Il primo di questi è quello inevitabile, e più generale: delineare con precisione il tema. E ciò perché la tematica dei doveri e delle sanzioni e, in modo correlato, l'ampiezza e, naturalmente, la valenza della leale cooperazione come principio-dovere, pretende, come primo profilo, la qualificazione e l'identificazione del «dovere costituzionale».

E vi è in questa espressione riassunto un punto di fondamentale rilievo per l'inquadramento teorico. È la Costituzione a fondare il dovere in quanto schema al quale lo si deve ricondurre sulla base di una previsione esplicita o in quanto desumibile implicitamente.

Vi è, per la verità, un aspetto che potrebbe sembrare di carattere terminologico ma che può avere tutta una sua rilevanza sostanziale; e qui riferisco appunto l'osservazione di Luther che ha inteso segnalare l'opportunità di utilizzare, invece che l'espressione doveri funzionali, quella di doveri istituzionali. E ciò anche per rifuggire da un'idea del concetto di funzionale, inteso come «in funzione di», e non già collegato all'esercizio della funzione, perché è giusto considerare che tutti i doveri sono funzionali se adottiamo una tale ottica.

Sulla base di questo chiarimento ci si è confrontati sulla differenza concettuale, che è stata dibattuta, fra dovere individuale e dovere funzionale (o dovere istituzionale).

In considerazione dell'intensità del dibattito, io indico gli interventi, poi le linee argomentative saranno sviluppate nei testi scritti da ciascuno, anche perché non sono nelle condizioni di riportarle se non per accenni.

Per la verità, non sembra esservi dubbio sulla condivisibilità di una impostazione che tenda a segnalare una differenza tipologica fra queste due categorie di doveri (come ben ha argomentato Mangia) e, pertanto, la diversa valenza, come ci ha detto Ruggeri.

Si tratta di tenerne conto perché rifluisce in un problema di metodo e di carattere generale.

Quanto mai opportuna la precisazione su questo prioritario aspetto da parte dell'autore della relazione, De Maria che, tenendo conto di quanto la dottrina ha desunto dall'impianto complessivo della Carta, ha sottolineato come sia certamente vero che doveri costituzionali in senso stretto siano quelli dell'uomo e del cittadino senza farvi rifluire, così, quanto appartiene alle condotte degli organi che alla stessa sono tenuti per la funzione espletata. Ma come sia, altresì, vero che la giurisprudenza costituzionale ha utilizzato l'espressione «doveri costituzionali» con riferimento agli organi costituzionali.

In essa rimane, dunque, impregiudicata la visione ricostruttiva di Giorgio Lombardi sul nucleo forte dei doveri individuali, ma si sviluppa il tentativo, per la verità sollecitato dallo stesso Direttivo dell'Associazione Gruppo di Pisa, di considerare, sempre rimarcando le differenze, la tematica in modo ampio, tentando di fissare una connessione fra doveri individuali e doveri funzionali (istituzionali) per tenere nel debito conto, l'insegnamento del giudice costituzionale e quanto, comunque, discende dalle sue pronunce. Insomma, un inquadramento derivante da una valutazione più ampia, vorrei dire di sistema, nella consapevolezza della differenza e della diversità della sanzione o della sanzionabilità.

A questo primo punto oggetto di osservazione, si è collegato, immediatamente, quello del rapporto fra doveri e diritti. È il profilo problematico di poter accedere o meno ad una nozione di dovere anche non speculare o strettamente collegata al diritto singolo o al diritto individuo.

Anche qui l'intervento di Luther che, su un piano più generale, ha evidenziato come sia fissato da regola costituzionale, in modo puntuale e specifico, il principio della garanzia dei diritti in uno con quello dell'adempimento dei doveri. Naturalmente ha soffermato l'attenzione, come era inevitabile, sull'art. 2 Cost., sul conseguente impianto della Carta e ha richiamato in particolare l'art. 28 Cost. Con la considerazione ulteriore, però, che, se è giusto e condivisibile che il dovere ben si coglie nella sua correlazione al diritto, nel senso del suo porsi come speculare al diritto, è necessaria forse anche una valutazione che ne espanda la portata nel sistema.

Mi piace richiamare la linea di ragionamento sulla quale si è posto l'intervento di Esposito che ha, in maniera più decisa, rimarcato la correlazione tra il dovere ed il diritto. Un punto centrale, che dottrina e giurisprudenza costituzionale hanno fissato in maniera molto netta facendo emergere, in particolare, il collegamento fra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà funzionale allo stare insieme.

E devo riconoscere l'interesse di una osservazione più di sistema in cui si colloca la sollecitazione di Michele Della Morte che ha collegato l'«area», possiamo

adoperare questa espressione, della doverosità al principio di uguaglianza sostanziale. Si tratta di un punto di estrema rilevanza ed, infatti, nel dibattito, sono emersi alcuni dati ricostruttivi di grande rilievo.

Voglio, dunque, richiamare l'attenzione su tali elementi in quanto essenziali per una corretta prospettiva ricostruttiva. La simmetria, che, come dicevo, la dottrina ha evidenziato da tempo e la giurisprudenza ha confermato, fra diritti inviolabili e doveri inderogabili, ha un ruolo insuperabile.

La connessione dei doveri è con la solidarietà nei settori (politica economica e sociale) considerati proprio nel comma 2 dell'art. 3. Non può non cogliersi che vi è la stessa identica formulazione utilizzata nel comma 2 dell'art. 3 e che poi, ovviamente, noi ritroviamo nel riparto del testo costituzionale, parte prima.

Questi aspetti della disciplina costituzionale hanno dimostrato tutta la loro straordinaria rilevanza.

Su questo non poteva non essere modulata una parte consistente della discussione. In essa, pur contraddistinta da uno schema improntato alla libertà delle forme e alla elasticità degli interventi, si sono registrati filoni di approfondimento dai quali più decisa si trae una ricostruzione dei doveri, certamente in collegamento, per così dire in funzione, dei singoli diritti. Ma, forse, anche di più in connessione al «sistema dei diritti» come fondamento dell'ordinamento costituzionale.

Era inevitabile, transitando su questo percorso, sebbene la tematica non fosse posta alla nostra attenzione specifica, in quanto altri gruppi di lavoro se ne occupavano, cercare anche di dare un contenuto alla solidarietà e alla fedeltà.

Sotto questo punto di vista, e in maniera vorrei dire coerente con quello che aveva detto in ordine alla rilevanza del comma 2 dell'art. 3, per la ricostruzione del sistema dei doveri, la sottolineatura che viene da Michele Della Morte, del rilievo, anche a fini ricostruttivi, del *pactum societatis*, cioè della fedeltà come adesione ai principi costituzionali fondamentali per fondare, appunto, il dovere. È una impostazione condivisibile, in sintonia con quanto dottrina autorevole ha fatto emergere.

Su questi presupposti di metodo la riflessione ha potuto svolgersi su altri due punti di notevole rilevanza.

Il primo è quello della sanzione in senso conformativo del dovere.

L'altro della risoluzione del contrasto tra doveri, cioè il problema più generale dei doveri in conflitto fra loro.

La configurazione della sanzione in senso conformativo del dovere corrisponde ad uno schema ricostruttivo utilizzato. E questo elemento, come abbiamo visto, è stato portato alla nostra attenzione dalla relazione di De Maria. Si tratta, infatti, di una connotazione rilevante perché si dia caratterizzazione ed effettività al dovere e affinché esso si trasferisca, poi, sul piano concreto dei rapporti. È l'attribuzione alla sanzione di una funzione, per così dire, di identificazione dei doveri; naturalmente una sanzione che svolge questo ruolo, aggiungo, sulla base dei suoi contenuti e, quindi, della entità e della tipologia, perché non è dubitabile che la ricaduta e il riflesso della sanzione sul piano conformativo del dovere sia

anche collegato a questi elementi. E ciò vale, come è stato per la verità analizzato nella relazione, soprattutto per i doveri individuali, sicché si pone come punto importante il problema della idonea disciplina legislativa.

L'osservazione, così, va rivolta all'attuazione dell'art. 23 Cost. perché è su di esso che si fonda il necessario intervento conformativo da parte del legislatore. Un intervento indispensabile che conduca a ridurre gli spazi delle altre fonti di disciplina. Sul punto, ritengo di segnalare il rilievo, che nella relazione di De Maria viene compiuto, sulla, probabilmente non del tutto soddisfacente, giurisprudenza costituzionale nella ricostruzione della riserva di legge dell'art. 23.

In ordine al ruolo della sanzione e al suo rapportarsi con i doveri individuali, ma non solo, è l'intervento (Rigano) teso a far notare come vi siano sanzioni anche di notevole portata, sul piano istituzionale, per i doveri istituzionali (funzionali). Il discorso è stato sviluppato, in modo particolare, per le sanzioni penali da riferire al Presidente della Repubblica. È una interessante apertura nell'osservazione del modo di proporsi del piano sanzionatorio, nel momento in cui ci si interroga sul ruolo affidato alla sanzione nella ottica del dovere istituzionale.

Probabilmente per questo profilo il ruolo conformativo, tenendo conto della effettività della sanzione, può essere meno evidente rispetto a quanto si verifica per il dovere individuale. Come si può notare, il punto è assai problematico ed è meritevole di ogni approfondimento.

Così come lo è il versante del conflitto fra doveri e, di conseguenza, l'analisi delle modalità attraverso le quali si può pervenire ad una risoluzione di un tale conflitto. Ricordo, così, le riflessioni svolte da Cecere e Vuolo che si sono riferiti, in particolare, a quanto era stato prospettato, nella relazione, come caso limite di sistema, e cioè quello dell'esistenza o meno di un dovere del Presidente della Repubblica di promulgare una legge di riforma costituzionale idonea a travolgere i principi fondanti il sistema. Di certo è, come appena detto, una ipotesi limite, che si traduce in una possibile rottura sistemica che, però, ha consentito di ragionare su ulteriori aspetti del dovere istituzionale inquadrandolo nel più generale quadro delle garanzie che il sistema appresta.

È stata portata, così, l'attenzione da parte di alcuni sulla possibilità di incidere sulla promulgazione e da altri sulla indizione del referendum, quindi un intervento in una fase che eventualmente preceda la promulgazione stessa.

Su tale problematica dei doveri configgenti assume, poi, tutto il suo rilievo l'osservazione di chi adotta una ricostruzione tesa a superare la problematica. In tale direzione, l'intervento di Antonio Ruggeri, che ha osservato come non si debba parlare di doveri confliggenti perché c'è sempre, ed è quindi sempre possibile rinvenire, una norma che preveda la eccezione ad un dovere. È una prospettiva ricostruttiva che ha il grande pregio di proporre il superamento del problema, che deve per forza altrimenti essere risolto con una difficile gerarchia dei doveri medesimi, quindi con doveri-valore che dovrebbero occupare necessariamente un posto diverso nella scala.

Sotto questo aspetto non ho dubbi che una graduazione dei doveri si presenta non agevole. Si consideri che, nella ipotesi indagata alla quale ci siamo riferiti

in precedenza, e cioè sul dovere o meno per il Presidente della Repubblica di promulgare una legge costituzionale contrastante con i principi di sistema, non è immaginabile una disciplina del fenomeno, proprio in quanto ipotesi limite, di rottura appunto, in cui vengono all'attenzione elementi di un sistema complessivo e, quindi, non ci si può che affidare a modi in qualche misura soggettivi per valutare questi elementi.

Come si diceva, il ragionamento teso a cogliere il parametro attraverso il quale si deve valutare la generale «area» della doverosità (continuiamo ad adoperare questa espressione), porta inevitabilmente verso l'utilizzazione degli schemi della leale cooperazione, della lealtà. Il complesso panorama dei doveri individuali: di ciascuno verso gli altri, di ciascuno verso la comunità, di ciascuno verso gli organi; e quello dei doveri istituzionali (funzionali): degli organi nei confronti della comunità, degli altri organi e dei soggetti, rinviene uno snodo quasi inevitabile nella lealtà o leale cooperazione. Un principio che poi è un dovere, che orienta gli «altri» doveri.

Qui si è mostrato ancora una volta, un problema principale di premessa metodologica.

La leale cooperazione per svolgere una sua funzione effettiva, necessita di una specifica identificazione procedimentale; diversamente, è una formula molto generale tanto da poter essere anche generica.

I concetti di leale cooperazione e di lealtà mostrano, per intero, la loro duttilità, se vogliamo adoperare una espressione che ne dia una qualità. Questo significa che si possono tradurre in diverse modalità applicative, ispirandosi, forse, a logiche non sempre eguali.

Sul dato è opportuno ancora ragionare, perché la potenzialità di utilizzazione, forse, consente di superare confini troppo rigidi e, come tali, non in grado di recepire differenti esigenze.

Anche qui, richiamando la relazione di Gratteri, ci sono state delle osservazioni di carattere preliminare. Quelle di Perini, che ha soffermato l'attenzione sulla differenza nella applicazione del principio nei conflitti interorganici e nei conflitti intersoggettivi, mettendo in evidenza la diversità tipologica dell'uno rispetto all'altro, e di Cecere, sulla stessa tematica, ma osservata, per il profilo, in particolare, degli interessi.

Peraltro, forse in non completa adesione con la linea seguita dalla relazione di Gratteri, Perini ha posto in rilievo che l'esigenza della leale cooperazione nei conflitti interorganici è molto intensa. Inevitabile, così, la osservazione compiuta sulla sent. n. 200 del 2006, dalla quale sono stati tratti alcuni elementi ricostruttivi, sia di carattere più generale, sia di livello più specifico. Per esempio, Pinelli ha parlato della emersione di un dovere di controfirma, e Pignatelli ha sottolineato una possibilità di coglierne una distinzione più netta fra ipotesi necessarie di leale cooperazione e ipotesi necessitate, come la controfirma.

Sui conflitti intersoggettivi, Vuolo ha sottolineato il ruolo della Corte che si trova a decidere in assenza di parametri e quindi deve recuperare garanzia attraverso la leale cooperazione.

A questo punto si apre tutta la problematica, immensa, delle intese.

Sul tema delle intese forti, gli interventi di Pinelli e Nanni Pieri, e i giusti interrogativi, che si è posto Belfiore, sulla portata del principio di leale cooperazione e delle sue applicazioni.

Nella relazione di Gratteri, per la verità, c'è una gamma di ipotesi molto ben delineata. Ed emerge un problema di difficile soluzione nel modo di costruire l'intesa forte, che discende dalla costruzione giurisprudenziale, che non fa cogliere con esattezza il modo di superarle nel processo decisionale.

E vi è un altro punto importante che non può essere trascurato è quello che la leale cooperazione serve alla Corte per configurare parametri (al riguardo vi è un riferimento anche nella relazione di De Maria). Un esempio può essere anche una spia del profilo problematico accennato. Come sappiamo, la Corte costituzionale, in applicazione del principio di leale cooperazione, ha stabilito che la legge statale possa fissare un termine per l'esercizio della potestà legislativa regionale. Mi riferisco a quanto la Corte ha deciso nel valutare la legittimità della l. stat. 24 novembre 2003, n. 326 recante la disciplina della sanatoria edilizia.

È un problema importante, perché, per l'approvazione della legge regionale, viene introdotto un limite – il tempo – che in Costituzione, naturalmente, non vi è. Lo schema che da tale decisione del Giudice delle Leggi discende è: la legge statale fissa il tempo perché la legge regionale intervenga e la legge regionale che interviene fuori tempo, è illegittima. Il tempo, quindi, è indicato dalla Corte costituzionale come contenuto della legge statale in funzione di limite per quella regionale, ed è termine perentorio che, come tale, non può essere superato neanche di qualche giorno. Questo è accaduto, come è noto, per la legge della Regione Campania 18 novembre 2004, n. 10.

Non si mostra del tutto chiaro in qual modo la Corte costituzionale abbia inteso in una situazione del genere la leale cooperazione. Di certo la Corte è stata molto severa perché ha censurato con la illegittimità costituzionale la legge regionale che era intervenuta come pubblicazione tre giorni dopo il termine fissato, pur se la Regione, attraverso l'organo di governo competente, la Giunta, aveva elaborato e presentato il disegno di legge subito dopo la pubblicazione della legge statale che aveva fissato tale termine.

È solo un esempio, ma nella sua assoluta rilevanza dimostra in maniera inequivoca quanto complesso sia il modo in cui la leale cooperazione si può sviluppare, perché è fonte di non poche perplessità enucleare limiti di legittimità costituzionale per le leggi che non siano stabiliti dalla Costituzione, ma costituiscano momenti attuativi di un principio-dovere di leale cooperazione.

È legittima, di conseguenza, la domanda sulla coerenza al sistema di un'operazione di tal genere, peraltro compiuta dal garante della legittimità costituzionale. E con tale domanda concluderei.

Ritengo, però, che non sarei fedele al ruolo, che ho cercato di svolgere, certamente in maniera incompleta, di riportare quanto ha caratterizzato la discussione, se non ricordassi l'ultimo interrogativo che nel gruppo ci si è posti quando si è tentato di immaginare una risposta alla domanda di cui appena sopra, e cioè:

c'è un dovere di lealtà per il garante della lealtà ossia per il giudice costituzionale? E c'è la possibilità di immaginare una sanzionabilità?

Il tempo per ricercare le risposte è mancato e, comunque, sarebbe stato sempre insufficiente perché un tale profilo problematico è di una tale ampiezza da non consentire una trattazione soddisfacente. È, però, un'ulteriore riprova della straordinaria rilevanza della tematica dei doveri per il loro porsi come uno dei punti centrali nella costruzione del sistema.

Parte IV
CONCLUSIONI

DOVERI FONDAMENTALI, ETICA REPUBBLICANA, TEORIA DELLA COSTITUZIONE (NOTE MINIME A MARGINE DI UN CONVEGNO)

ANTONIO RUGGERI

SOMMARIO: 1. Le forme di espansione dei doveri costituzionali. – 2. *Segue. …* e le mutue implicazioni che tra gli stessi si intrattengono. – 3. La congiunzione di etica e diritto, attraverso i doveri costituzionali. – 4. La ricerca delle soluzioni ottimali con cui far valere, in relazione ai casi, il «sistema» dei doveri, attraverso la tecnica dei «bilanciamenti» su basi di valore. – 5. Le «funzioni» dei doveri fondamentali. – 6. La percezione *intuitiva* dei doveri fondamentali come elementi costitutivi dell'identità costituzionale e come fattori della sua integra trasmissione nel tempo. – 7. I doveri come tratti costanti dei giudizi di costituzionalità. – 8. La componente deontica dei diritti fondamentali, il mutuo sostegno che diritti e doveri sono chiamati a darsi nell'esperienza costituzionale, facendosi «diritto vivente» e, per ciò stesso, garantendo l'effettività del patrimonio di valori che sta a base della Repubblica. – 9. La ragionevolezza delle previsioni delle sanzioni a presidio dell'osservanza dei doveri e la speculare ragionevolezza delle loro applicazioni (specie ad opera della giurisprudenza costituzionale) quali condizioni di certezza del diritto costituzionale.

1. LE FORME DI ESPANSIONE DEI DOVERI COSTITUZIONALI

Debbo subito avvertire che le notazioni che seguono non ambiscono a costituire neppure un pallido surrogato di quella sintesi conclusiva dei nostri lavori che avrebbe dovuto fare (e che di sicuro avrebbe magistralmente fatto) G. Lombardi, con la competenza che gli è universalmente riconosciuta, testimoniata dal suo ormai classico «Contributo» del '67, oltre che da altri scritti ai quali si è diffusamente fatto riferimento nel corso del nostro dibattito, reso intenso ed animato, oltre che dalle relazioni introduttive, tutte di respiro teorico e di particolare approfondimento, dai numerosi interventi di vario orientamento e svolgimento, che hanno dispiegato un ventaglio assai largo di questioni, sulle quali – a me pare – dovremo tornare a riflettere, a motivo della complessità delle stesse e del carattere problematico di molte delle soluzioni prospettate.

Ecco, la prima delle notazioni sparse, «a prima impressione», che sento qui di fare riguarda proprio la inusuale mole delle questioni poste, come pure la varietà

delle ricostruzioni proposte, espressive delle non poche né poco gravi incertezze gravanti sullo statuto costituzionale dei doveri, sia per ciò che concerne la loro struttura costitutiva che in merito alle dinamiche che ne segnano gli svolgimenti nell'esperienza, oltre che indicative di indirizzi sensibilmente divaricati per impostazione metodica e sviluppi teorici. La qual cosa, poi, per la sua parte dà conferma di quanto lunga sia la distanza tra le idee sulla Costituzione di cui ciascuno di noi si fa portatore, una volta acquisita, anche grazie agli esiti del nostro incontro di oggi, la consapevolezza delle mutue implicazioni che si danno tra la teoria della Costituzione e la teoria dei doveri, di questo o quel dovere costituzionale e, specialmente, di tutti assieme, nel loro fare sistema, secondo quanto tenterò di mostrare meglio di qui a breve. Una distanza che, nondimeno, non valuto affatto negativamente ma che, anzi, giudico salutare, per ragioni di ordine metodico-generale sulle quali non posso ora nuovamente intrattenermi, dopo averne detto in modo meno allusivo altrove.

Rappresento qui, dunque, in ordine sparso e senza alcuna pretesa di organicità o completezza, alcune, men che essenziali, notazioni, in aggiunta a quella preliminare appena fatta, con riguardo solo ad alcuni tra i molti punti toccati dal dibattito, ora ripresi – come accennavo – da un angolo visuale, evidenziato nel titolo dato a questa mia riflessione, quello dell'etica repubblicana e della teoria della Costituzione, parzialmente diverso da quelli adottati da relatori ed interventori.

La prima impressione che ho avuto, ascoltando stamane i resoconti fatti dai coordinatori degli *atelier*, è che i doveri costituzionali, rispetto al modo con cui erano stati prefigurati in sede di allestimento del programma scientifico del convegno, siano – come dire? – «cresciuti», in una triplice accezione e direzione.

Innanzi tutto, mi pare che si sia assistito ad un'espansione concettuale di ciò che è in sé e per sé un dovere costituzionale o, forse meglio, di ciò che sono i doveri costituzionali in relazione ai campi di esperienza ai quali specificamente si applicano. Così, ad es., B. De Maria – lo ha rammentato nella sua lucida sintesi anche V. Cocozza – ha fatto notare, con riferimento alla giurisprudenza costituzionale da lui criticamente, con opportuni rilievi, rivista, come si discorra di «doveri» anche in relazione a organi ed enti diversi dai soggetti privati. La qual cosa porta, tuttavia, naturalmente i doveri stessi a sovrapporsi alle competenze, vale a dire ad appropriarsi di «aree» materiali da una certa tradizione teorica considerate coperte dalla nozione di competenza, nell'idea del *munus* essendo – come si sa – racchiusa altresì una componente deontica, seppur variamente apprezzabile in relazione alle fattispecie ed alle circostanze. Non si dimentichi che persino le attività dei pubblici poteri maggiormente espressive di apprezzamenti politici o, come che sia, largamente discrezionali, quali quelle legislative (e di normazione in genere), sono ad ogni buon conto tenute a venire alla luce, non essendo concepibile, ad es., un Parlamento che non legiferi o un Governo che non governi e, infine, un giudice, sia pure affatto peculiare, qual è il tribunale costituzionale, che, ancorché non vincolato da scadenze temporali prefissate (se non per la materia referendaria), non si pronunzi sulle questioni sottopostegli. Nell'idea di

competenza, insomma, è insita una componente deontica, costitutiva ed allo stesso tempo espressiva di quel *principium cooperationis* che sta a base della trasmissione dell'ordinamento nel tempo.

Ebbene, in un contesto teorico siffatto, ritagliare uno spazio autonomo per manifestazioni di «doveri» degli organi e soggetti dotati di «competenze» si rivela, a mia opinione, assai problematico, fermo naturalmente restando che il marchio della doverosità che le competenze stesse portano in sé può apparire ora più ed ora meno marcato – come si diceva – in ragione delle fattispecie e delle circostanze.

In un secondo senso, poi, si può discorrere di un'estensione di ambiti e, allo stesso tempo, di una crescita di forza dei doveri.

Mi rifaccio a questo proposito a quanto riferito poc'anzi da L. Violini, specie laddove richiamava un intervento di A. Spadaro, volto a far proiettare i doveri sul piano della scena internazionale, *quodammodo* «globalizzandoli», secondo un'indicazione teorica dallo stesso Spadaro ancora non molto tempo addietro data in un suo saggio monografico edito per i tipi della Rubbettino.

Altri poi, come G. Majorana, hanno opportunamente insistito sulla proiezione non solo spaziale ma anche temporale dei doveri, ponendoli in rapporto coi diritti delle generazioni future. Ciò che se, per un verso, ne rafforza la capacità d'irradiazione degli effetti, per un altro tuttavia mette a nudo lo scarto esistente tra le possibili, ambiziose, ricostruzioni sul piano teorico-astratto e le ben più misere, per non dire inconsistenti, realizzazioni. È poi da chiedersi se siffatta proiezione dei doveri sia una sorta di effetto *quodammmodo* accessorio o indotto dei diritti degli uomini del futuro, una volta previamente (e sia pure approssimativamente) riconosciuti, di modo che all'espansione dei diritti stessi si accompagni la posizione di nuovi doveri, ovvero se questi ultimi posseggano una, sia pur relativa, autonomia concettuale e positiva rispetto ai primi ovvero ancora se, rovesciando l'impostazione sopra data, siano proprio i diritti a «conseguire» ai doveri. Questione, questa ora accennata, non di poco momento, gravida di implicazioni teorico-pratiche, sulle quali nondimeno non è ora possibile intrattenersi.

In un non diverso ordine di idee, avuto cioè riguardo alla dilatazione materiale dei doveri costituzionali, si dispone poi l'intervento di G. Grasso, che ha ripreso uno spunto che era già di T. Martines, con riferimento ai cosiddetti doveri di solidarietà ambientale. È interessante notare, specie per taluni sviluppi che potrebbero aversi a riguardo del rapporto di «sussidiarietà» in cui possono essere visti i diritti e i doveri costituzionali, ovverosia della sostanziale conversione degli uni negli altri, come quello che è usualmente considerato un «nuovo» diritto fondamentale (all'ambiente salubre) possa essere da altra angolazione qualificato piuttosto come un dovere (esso pure «fondamentale»), secondo quanto appunto proposto da Grasso. La qual cosa, poi, solo per un malinteso senso delle geometrie costituzionali – se così vogliamo chiamarle – può esser visto come una sorta di rapporto di inversione proporzionale o – come pure si potrebbe esser tentati di dire – di alternanza sulla medesima area materiale di diritti e doveri. Il vero è invece che la «materia» costituzionale – per far qui nuovamente ricorso ad un

ambiguo, quanto pure diffusamente utilizzato, concetto – tende vieppiù a dilatarsi; e il fatto che un fenomeno dapprima rappresentato in termini tali da riportarlo ad un diritto possa, mutando il punto di osservazione, esser qualificato come oggetto di un dovere non esclude la bontà sia dell'una che dell'altra ricostruzione.

Tornerò sul punto – a mia opinione, di speciale rilievo – tra breve, nell'intento di mostrare quanto fluide possano essere le relazioni intercorrenti tra diritti e doveri, i modi della reciproca combinazione, fino al punto della sostanziale integrazione ed immedesimazione, ma con una tendenziale capacità conformativa riconoscibile proprio ai doveri, giusta la tesi, sopra già accennata, che vede nella struttura dei diritti fondamentali (e proprio perché … *fondamentali*) una componente deontica, mentre una componente «facultizzante» non può aversi nei doveri (e proprio perché tali e … *fondamentali*), senza nondimeno escludere la esistenza di margini, anche cospicui, di apprezzamento discrezionale in ordine alla verifica delle condizioni e dei limiti di esercizio degli stessi.

Infine, di una espansione dei doveri può discorrersi in una terza accezione, che ha riguardo al prolungamento del catalogo che li comprende. Ciò che, nondimeno, come dirò tra un momento, non fa da ostacolo alla (ma, anzi, forse agevola la) reciproca sovrapposizione dei doveri stessi e, in una certa misura, la loro confusione.

Molti sono tornati a chiedersi se anche quello dei doveri sia un elenco «aperto», al pari di com'è – per un'accreditata opinione – l'elenco dei diritti fondamentali e, specificando, se possa darsi un «contenuto massimo dei doveri», speculare al «contenuto minimo» dei diritti (I. Massa Pinto e L. Violini). Naturalmente, il prolungamento, ammesso che si dia, non può aversi indefinitamente, così come peraltro non illimitate sono le altre forme di espansione dei doveri, alle quali ho poc'anzi fatto riferimento, dovendosi ad ogni buon conto preservare l'equilibrio complessivo del sistema, secondo quanto è stato opportunamente fatto notare anche da parte di coloro che si sono dichiarati favorevoli ad una moderata «apertura», rimettendosi al riguardo all'oculata, sensibile opera del legislatore ordinario. Ogni eccesso, d'altronde, nell'uso dei diritti come in quello dei doveri, fa a pugni col canone della ragionevolezza e non può, pertanto, esser tollerato, secondo quanto tenterò di dir meglio anche più avanti.

2. *Segue*. … e le mutue implicazioni che tra gli stessi si intrattengono

Ora, se si conviene su quanto si è appena detto a riguardo delle forme di dilatazione dei doveri succintamente descritte, se ne ha che tra gli stessi possono aversi delle mutue implicazioni, forse ancora più dense, sia quantitativamente che qualitativamente, di quelle riscontrabili sul terreno dei diritti fondamentali.

Considero superfluo tornare qui ad insistere sul sostegno che i diritti a vicenda si danno, al punto che l'attentato anche ad un solo di essi ridonda e si conver-

te automaticamente in una minaccia per tutti gli altri e, per ciò stesso, dell'ordinamento dagli stessi fondato. Solo che – si faccia caso – per i diritti fondamentali si suole muovere dalla premessa secondo cui, pur esistendo relazioni assai strette fra di essi, ciascun diritto fondamentale ha una sua identità, uno statuto complessivo, reso peraltro anche esteriormente visibile dalla disciplina contenuta negli artt. 13 ss. della Carta.

Si può questo schema trapiantare ai doveri? L'esito offerto dai dibattiti svolti in occasione dei nostri lavori, al di là delle divergenze e convergenze, parrebbe far dire di no, che vi sia cioè una difficoltà di fondo a tenere i doveri nettamente separati gli uni dagli altri. C'è una sorte di vocazione assolutistica alla propria indefinita espansione, *concettuale prima ancora che positiva*, espressa da ciascun dovere rispetto agli altri, con la conseguenza, ad es., che i tre doveri-cardine sui quali abbiamo ragionato in questo nostro incontro (fedeltà alla Repubblica, solidarietà e cooperazione) si presentano come assai problematicamente distinguibili fra di loro, anche in considerazione delle forme plurime in cui essi si manifestano, grazie alla loro straordinaria duttilità e capacità di adattamento ai casi ma pure, allo stesso tempo, di riconformazione dei casi stessi, secondo valore.

Su ciò mi pare che significative assonanze si rinvengano nelle relazioni di A. Gratteri, B. De Maria e F. Giuffrè, che hanno dovuto faticare non poco al fine di preservare la specificità dei doveri da ciascuno di essi fatti oggetto di studio e non invadere dunque i campi di altri, senza nondimeno riuscire fino in fondo nell'intento avuto di mira. Ciò che, forse, come si viene dicendo, non avrebbe oggettivamente potuto essere (aggiungerei, per fortuna …).

È a questo punto da chiedersi quali riflessi possano aversi sul piano della teoria della Costituzione da questo modo strutturale di essere e di operare dei doveri di cui stiamo trattando. Dobbiamo, per la verità, riconoscere di non essere pienamente consapevoli delle implicazioni di ordine generale ricostruttivo che possono aversi da questo dato, sulle quali dunque – come dicevo – dovremo ulteriormente riflettere proprio partendo dai primi, importanti, esiti oggi raggiunti. Quel che, nondimeno, mi pare indubitabile è che – una volta stabilito in premessa che l'essenza della Costituzione è data da un patrimonio di valori fondamentali (e di principi parimenti fondamentali che ne danno la prima e più genuina rappresentazione positiva) e che di questo patrimonio sono parte integrante i doveri inderogabili evocati dall'art. 2 della Carta, doveri che possiamo dunque qualificare come ugualmente *fondamentali*, siccome fondanti l'ordinamento al quale appartengono – è evidente che tutto quanto attiene alla struttura ed alla dinamica dei doveri ha una ricaduta immediata sul piano della teoria della Costituzione.

Allo stesso tempo, un dato su cui conviene ancora di più approfondire lo studio e fare ulteriori verifiche dell'ipotesi ricostruttiva qui affacciata riguarda proprio la connotazione solo apparentemente speculare e simmetrica dei diritti e dei doveri fondamentali, nel loro porsi gli uni davanti agli altri, in ragione del fatto, sopra rilevato, che i primi, pur nella mutua dipendenza, posseggono tratti comunque tipici, diversamente dagli altri che parrebbero piuttosto mescolarsi e confondersi nella loro stessa struttura costitutiva.

3. La congiunzione di etica e diritto, attraverso i doveri costituzionali

Si tratta, a questo punto, di stabilire, sia pure in modo largamente approssimativo, quali siano i tratti comuni dei doveri fondamentali; ed a me pare che il primo, più immediatamente visibile ed espressivo, sia costituito dalla loro naturale ed irresistibile vocazione a dare un orientamento etico all'esperienza giuridica: tutti, cioè, posseggono la capacità di proiettarsi fuori di sé e, per ciò stesso, di proiettare fuori di sé l'intero ordinamento, ricongiungendosi con ciò che precede, determina e dà senso alla Costituzione.

Ancora una volta, la cosa è infatti densa di significati e di implicazioni sul piano della teoria della Costituzione, ulteriormente avvalorando l'idea, da altra prospettiva e con altri svolgimenti altrove argomentata, secondo cui il fondamento della Costituzione sta *prima* e *fuori* della Costituzione stessa, per modo che l'ottimale appagamento, alle condizioni storicamente date, del bisogno della Carta di affermarsi e farsi valere nel patrimonio dei valori di cui è portatrice può aversi alla sola condizione che essa senza sosta, pienamente attinga alle radici storico-politiche ed etiche che ne hanno determinato la scrittura.

La ricognizione e la rigenerazione di sensi degli enunciati costituzionali e, quindi, la loro applicazione, nella varietà delle forme sollecitate dall'esperienza, richiedono un costante orientamento verso le fonti culturali cui si è alimentato il processo costituente, senza di che si rischia di smarrire proprio l'essenza del dato costituzionale, nella sua specifica, irripetibile conformazione. Se perdiamo di vista, sia pure solo per un momento, che la nostra Carta è nata dalla Resistenza e da tutto ciò che quest'ultima ha rappresentato (e rappresenta), in vista dell'affermazione dei valori di libertà, eguaglianza, democrazia (e degli altri ancora coi quali questi fanno sistema), non riusciremo neppure a leggere gli stessi enunciati che hanno dato forma a quei valori ed alla loro luce gli altri che nella stessa Carta vi danno la prima, diretta e genuina specificazione-attuazione.

Vi è un filo sottile ma resistente che lega gli enunciati in parola tra di loro e, ancora più a fondo, l'intera Carta alle sue radici storico-etiche, un filo che è appunto tessuto e quotidianamente rinnovato dai doveri di fedeltà alla Repubblica, di solidarietà (in ciascuna delle sue espressioni ed applicazioni), di cooperazione (anche qui, a tutto tondo: dei cittadini e, più largamente, degli uomini *inter se*, di questi ultimi con le istituzioni e, infine, delle istituzioni tra di loro).

I doveri, di cui stiamo ora dicendo, solo ad una prima (ma erronea) impressione possono considerarsi – come dire? – «neutri» o invarianti nel passaggio da un ordinamento all'altro. Certo, in astratto, nulla esclude che la fedeltà alla Repubblica possa valere per tipi diversi di Repubblica, e così via anche per gli altri doveri (la solidarietà o la cooperazione potendo essere prescritte anche in ordinamenti autoritari o, comunque, diversi dal nostro). Eppure, non è chi non veda che i doveri in discorso si colorano in un modo del tutto peculiare proprio nel *nostro* ordinamento (o anche, più largamente, in ordinamenti che, al pari del nostro, hanno vissuto la tragedia della seconda grande guerra, riuscendo tra incal-

colabili sofferenze e sacrifici a recuperare i valori propri di una liberaldemocrazia, nella sua evoluzione sociale e solidarista).

Solo per il tramite di un preorientamento (esso pure, di necessità, etico) che viene dal vissuto storico-politico che ha preceduto e determinato l'avvento dell'ordinamento repubblicano e della Costituzione, si può cogliere appieno l'essenza dei doveri suddetti, nella profondità di significati e valenze di cui essi sono in grado di caricarsi per quindi riversarli nelle pratiche interpretativo-applicative del dettato costituzionale.

Ecco perché – come ho avuto modo di dire ancora di recente, in occasione di una tavola rotonda svoltasi nella ricorrenza del decennale della scomparsa del mio compianto Maestro, Prof. T. Martines, sul tema «Rigore costituzionale ed etica repubblicana» – l'etica costituzionale, alla quale siamo tutti chiamati a fedelmente conformarci, o è «repubblicana», nella sua densa, complessiva accezione, siccome riferita all'intero patrimonio di valori che stanno a base dell'ordinamento, oppure semplicemente non è (se mal non ho inteso il riferimento fatto da L. Ventura, favorevole ad una più ristretta accezione del dovere di fedeltà alla Repubblica, siccome specificamente riferita al metodo democratico, si è dichiarato G.E. Vigevani).

Certo, la configurazione sopra sinteticamente data del rapporto tra etica e diritto, per il tramite dei doveri fondamentali, può a chi la guardi da una prospettiva formale-astratta risultare afflitta da un vizio di fondo, avvolgendosi in una sterile, insignificante autoreferenzialità. È però vero, piuttosto, che l'essenza della Costituzione si coglie, a mia opinione, *proprio* facendo applicazione della logica del paradosso, la più congeniale ai valori, per il modo del loro incessante e vario comporsi in sistema.

Sul punto mi pare particolarmente meritevole di attenzione la prospettiva adottata da A. Morelli, che ha ripreso ed originalmente rielaborato taluni spunti presenti in precedenti riflessioni (e, tra queste, anche quelle da me svolte durante l'incontro di studio dedicato alla memoria di T. Martines, sopra già ricordato). Solo che quanto lo stesso Morelli ci ha prospettato con riguardo al dovere di fedeltà alla Repubblica è, a mio modo di vedere, generalizzabile; anzi, *deve* essere esteso agli altri doveri suddetti, vuoi per la ragione di fondo che essi sono – come si diceva – problematicamente distinguibili tra di loro e vuoi per il fatto che comunque essi condividono con la fedeltà la «funzione» di far da veicolo tra ciò che è prima (e fuori) e ciò che è dentro la Costituzione. Comprendo che possa apparire faticoso accedere all'idea che un dovere fatto oggetto di previsione costituzionale faccia congiungere l'intera Costituzione (e, dunque, anche … *se stesso*) con ciò che sta fuori della Costituzione medesima; e, tuttavia, se non riusciremo a liberarci di taluni crampi mentali che hanno origine nella logica formale-astratta non potremo cogliere proprio l'essenza della Costituzione. D'altro canto, alle volte – come nel dovere di osservanza della Costituzione, prescritto da una norma di quest'ultima – è proprio la Costituzione a porre in circolo … *se stessa*. Un circolo che – come si viene dicendo – non sempre è vizioso, alle volte è piuttosto virtuoso, ricaricandosi da se medesimo senza sosta e, allo stesso tempo, ricari-

cando ed alimentando le dinamiche di cui si compone e per il cui tramite si rinnova l'intero ordinamento.

Fedeltà, cooperazione e solidarietà danno, dunque, un orientamento alla pratica giuridica in genere, in ogni sua manifestazione, obbligandola a volgersi verso l'etica repubblicana, nell'accezione assiologicamente connotata sopra detta, allo stesso tempo perciò tornando di continuo a riflettersi su se stessi, come in un gioco di specchi posto l'uno davanti all'altro, sì da far moltiplicare all'infinito l'immagine negli stessi riflessa. E proprio come nel gioco in parola non v'è un *prima* ed un *dopo*, un moto unidirezionale, bensì uno circolare: i doveri costituzionali, per l'idea che me ne sono fatto, vanno e vengono a doppio senso di marcia, portano sì la Costituzione (vale a dire le pratiche sulla stessa fondate) fuori di sé, fino a congiungersi con l'etica, ma portano anche quest'ultima dentro la Costituzione, nel suo farsi diritto vivente: *moralizzano la Costituzione e giuridicizzano l'etica*, insomma.

Se non si ammette ed apprezza questa innata capacità dei doveri e della Costituzione che li esprime di proiettarsi fuori di sé, non si potrà cogliere in tutto il suo spessore l'essenza stessa dei doveri ma si avrà di ciascuno di essi un'immagine piatta e, a conti fatti, deformante, impoverita, insignificante.

Così, ad es., la solidarietà può anche essere imposta, traducendosi in quelle prestazioni cui allude l'art. 23 Cost., in relazione ai più pressanti bisogni della collettività; ma la solidarietà può riuscire ad innalzarsi ed a convertirsi in *fraternità* soltanto attraverso il suo orientamento etico, premessa indispensabile perché le pratiche poste in essere in applicazione dell'indicazione data dall'art. 23 siano esse pure eticamente connotate (da quest'angolo visuale mi sembra appropriata la sistemazione data da F. Giuffrè alla solidarietà tra le dimensioni dell'etica individuale e quelle collettive della politica e del diritto: «un ponte fra due mondi», come l'ha felicemente qualificata).

4. La ricerca delle soluzioni ottimali con cui far valere, in relazione ai casi, il «sistema» dei doveri, attraverso la tecnica dei «bilanciamenti» su basi di valore

È solo dallo sforzo sinergico prodotto dai doveri di cui ora discorriamo che può attendersi un sostanziale, apprezzabile appagamento, il massimo possibile alle condizioni concretamente date, dell'intera tavola dei valori costituzionali. Certo, come sempre, occorrerà poi ricercare sintesi efficaci, ragionevoli, tra gli interessi in campo, sintesi che comunque lasciano il più delle volte l'amaro in bocca, una volta che dovesse rendersi palese l'impossibilità della uguale, piena soddisfazione degli interessi stessi. Quel che importa è che si riesca a trovare il modo di dare un orientamento etico ai «bilanciamenti», appunto per il tramite dei doveri.

Si consideri, per fare solo un paio di esempi tratti da quanto ci è stato riferito in alcune relazioni, alla condizione degli immigrati (specie di quelli extraco-

munitari), sulla quale si è egregiamente intrattenuto G. Bascherini o ai riflessi legati alle doppie (o plurime) appartenenze (all'ordinamento generale e ad ordinamenti particolari, specie di formazioni sociali costituzionalmente riconosciute), di cui ha trattato, con originale impostazione e acuti argomenti, I. Massa Pinto.

Ebbene, la solidarietà, pregnantemente intesa, vorrebbe che agli extracomunitari fosse riservato un trattamento non solo non deteriore rispetto a quello fatto ai cittadini ma, all'inverso, di favore, in applicazione del canone dell'art. 3, comma 2, cost., in combinato disposto con l'art. 2 e con gli altri enunciati espressivi di valore (in generale, un opportuno collegamento tra doveri costituzionali ed eguaglianza sostanziale è stato fatto da M. Della Morte, cui si è richiamato anche V. Cocozza). Eppure, la fedeltà alla Repubblica, ad ogni modo gravante su cittadini ed istituzioni (e, per taluni versi, sugli stessi non cittadini …), richiede che siano adottate misure di salvaguardia a presidio di beni indisponibili, a partire da quello della integrità della Repubblica stessa, suscettibili di essere messi a rischio da soggetti provenienti *ab extra*, che potrebbero rendersi responsabili di fatti di terrorismo o di fatti criminosi in genere.

Qui si vede bene come la ricerca delle soluzioni maggiormente adeguate a comporre il complessivo statuto del non cittadino in ordine interno comporti delicate operazioni di «bilanciamento» assiologico, per vero assai problematicamente idonee ad essere fatte in astratto, sul mero piano della normazione, e piuttosto bisognose di essere verificate e, se del caso, aggiustate in concreto, specie per mano della giurisprudenza costituzionale (ciò che, a mia opinione, si è fatto solo con molta approssimazione ed in una misura largamente insoddisfacente). Operazioni – non è forse superfluo rammentare, a fronte di talune perduranti carenze riscontrabili nella legislazione e, soprattutto, nelle forme della sua messa in atto – comunque bisognose di conformarsi al bene-valore indisponibile della dignità della persona umana, autentica stella polare – com'è stata altrove definita – di ogni esperienza giuridicamente rilevante. Qui, non è questione di rimettere in discussione se la nostra sia, o no, una democrazia che si difende (su di che è tornata ad intrattenersi, a quanto ho appreso da L. Ventura, I. Nicotra): come che essa sia, infatti, la piena salvaguardia della dignità non si discute.

Si pensi, poi, alla condizione in cui versano quanti, cittadini e non, possono trovarsi in conflitto con se stessi, prima ancora che con le istituzioni, in ragione della loro congiunta appartenenza allo Stato ed a formazioni sociali, come le Chiese.

Le questioni che al riguardo si pongono sono di estrema complessità e non possono, dunque, essere fatte oggetto – come invece talora s'è fatto (anche in giurisprudenza …) – di eccessiva semplificazione. Ad es., il richiamo alla fedeltà alla Repubblica, al fine di «graduare» i doveri nel senso di dare comunque la precedenza a quelli discendenti dallo Stato, soccorre solo fino ad un certo punto o, meglio, per taluni casi ma non vale di certo sempre, per sistema: vuoi per il fatto che, ancora una volta, la fedeltà va vista congiuntamente con gli altri doveri, a partire da quello di solidarietà, e vuoi ancora (e soprattutto) in

quanto la «Repubblica» alla quale siamo tutti chiamati ad essere fedeli si compone di un patrimonio di valori di cui è parte integrante il valore del pluralismo, senza il quale nessuno di noi potrebbe appieno vedere realizzata la propria personalità, secondo la pregnante indicazione dell'art. 2 della Carta. Occorre, insomma, rifuggire da ricostruzioni comunque parziali e, per ciò stesso, deformanti, dovendosi piuttosto dare il giusto ed eguale conto a ciascuno dei valori che stanno a base della Repubblica, senza aprioristici scarti o preformate ordinazioni gerarchiche, fermo restando che poi le esigenze della pratica possono in molte circostanze (e, forse, addirittura sempre …) portare ad ordinazioni siffatte, quali esiti di composizioni assiologiche venute a formazione in relazione ai casi.

Ancora una volta, come si vede, da un canto si assiste ad una tendenziale espansione dell'opera qualificatoria posta in essere dai singoli doveri, per natura portati ad occupare tutto il campo materiale disponibile, mentre da un altro canto solo a mezzo della tecnica del «bilanciamento» (nondimeno idonea a concludersi con una gerarchizzazione assiologica fatta in concreto) è possibile pervenire ad assetti complessivamente, seppur non interamente, appaganti.

5. Le «funzioni» dei doveri fondamentali

Dopo le cose dette, non si richiede un lungo discorso al fine di descrivere come operino in concreto i doveri fondamentali, quali ne siano cioè le più espressive movenze nel quadro delle dinamiche che complessivamente attraversano e segnano gli svolgimenti storico-positivi dell'ordinamento.

Ora, è bene riconoscere subito che solidarietà, fedeltà e cooperazione assolvono a molteplici «funzioni» pratiche, ciascuna delle quali tuttavia richiederebbe, per una sua adeguata illustrazione, uno spazio che va ben oltre quello di cui qui si dispone. Mi limiterò pertanto ad accennare solo alle «funzioni» che ai miei occhi presentano il maggiore interesse.

Innanzi tutto, come si accennava poc'anzi, esse offrono un indirizzo metodico all'interprete. Quanto ci è stato con pertinenti rilievi illustrato da A. Morelli con riguardo al dovere di fedeltà, assunto a fondamento dell'interpretazione conforme a Costituzione, può, nuovamente, considerarsi valevole anche per gli altri doveri. Direi, anzi, che l'obiettivo della «conformità», in una sua particolarmente densa accezione, può essere centrato proprio alla condizione che si abbia uno sforzo convergente, simultaneamente prodotto da *tutti* i doveri costituzionali, al servizio della Costituzione ed al fine di preservare, rigenerandola (fin dove possibile, e sia pure, alle volte, in modo fin troppo innovativo …), la volontà del legislatore.

In secondo luogo, i doveri in parola, per un verso, si prestano allo scopo di colmare le lacune di diritto costituzionale (quanto meno, alcune delle più vistose lacune …), «coprendo» spazi altrimenti qualificabili come vuoti di regole costitu-

zionali, mentre, per un altro verso, correggono alcune imperfezioni dello stesso dettato costituzionale, per quest'ultimo verso spianando la via ad interpretazioni della Costituzione conformi alla … Costituzione stessa, ai suoi fini-valori identificanti, tra i quali sono ovviamente gli stessi doveri fondamentali, che perciò – come si vede – tornano circolarmente a ricaricarsi incessantemente da se medesimi, solo così dinamicamente affermandosi appieno nell'esperienza.

Si pensi, ad es., a quanto può aversi sul piano delle sanzioni, non di rado assistendosi a prescrizioni di comportamento non sorrette da efficaci meccanismi sanzionatori (o da meccanismi *tout court*). E non è un caso – come si sa – che proprio nel diritto costituzionale le norme apicali dell'ordinamento rimangano alle volte sprovviste di tutela, secondo quanto si è, ancora di recente, avuto modo di constatare in occasione del nostro seminario di Genova del marzo scorso su «Le zone d'ombra della giustizia costituzionale», dedicato ai giudizi sulle leggi, che avrà un seguito a Modena nel prossimo ottobre per gli altri giudizi. Ancora più in genere ed a fondo, si pensi al fatto che il *principium cooperationis*, nelle sue elementari, strutturali espressioni, si affida al senso dello Stato (alla fedeltà alla Repubblica, appunto) di organi e soggetti partecipi della sovranità, nessun ingranaggio, per raffinato che sia, potendo obbligare un Parlamento che non lo voglia a legiferare o un tribunale costituzionale a fare sentenze (o, meglio, a fare *buone* sentenze), e via dicendo.

Ebbene, prescrizioni di comportamento siffatte ricevono proprio nella solidarietà e nella fedeltà alla Repubblica o – si potrebbe dire – nella *solidarietà fedele* ovvero nella *fedeltà solidale* una mediazione assai utile, forse indispensabile, secondo quanto ancora F. Giuffrè ha sostenuto in un passo del suo intervento che ho particolarmente apprezzato.

Una speciale attenzione va, poi, a mia opinione, prestata ai casi in cui i doveri entrano in campo, in soccorso di prestazioni che altrimenti non avrebbero senso e giustificazione in prospettiva formale-astratta ma che appunto l'acquistano in prospettiva assiologico-sostanziale, come laddove non si abbia alcuna prescrizione di obblighi e, ciononostante, l'etica repubblicana ugualmente imponga che siano appagati taluni bisogni intensamente avvertiti. Ancora F. Giuffrè ci ricordava l'esempio dei danni da vaccinazioni al tempo non obbligatorie e tuttavia considerate parimenti meritevoli di porsi a fondamento di un ristoro economico offerto ai cittadini che abbiano reso testimonianza – è qui il punto – di comportamenti ispirati all'etica repubblicana.

6. La percezione intuitiva dei doveri fondamentali come elementi costitutivi dell'identità costituzionale e come fattori della sua integra trasmissione nel tempo

Se le cose stanno così come qui sono, sia pure in modo largamente approssimativo, rappresentate, è possibile pervenire ad una prima conclusione alla quale

a me pare che si debba assegnare un particolare rilievo. Ed è che, quand'anche i doveri in parola non fossero stati espressamente previsti (o, meglio, *riconosciuti*), proprio perché la nostra Repubblica ha alla sua base il patrimonio dei valori che ne ha determinato la nascita e lo sviluppo, essa ugualmente non avrebbe potuto fare a meno di alimentarsi dai doveri suddetti, senza la cui quotidiana opera di conformazione delle strutture e delle dinamiche dell'ordinamento, quest'ultimo non avrebbe potuto trasmettersi nel corso del tempo. E non avrebbe potuto farlo – è appena il caso qui di soggiungere – senza l'osservanza scrupolosa dei doveri da parte di *tutti*, cittadini ed istituzioni, pur nella diversità dei ruoli e delle responsabilità e fermo restando che i modi del loro esercizio ovviamente variano a seconda delle fattispecie e delle congiunture. Non posso al riguardo qui trattenermi dal rilevare quanto ristretta, davvero miope, sia la prospettiva pure da molti non di rado adottata, che porta ad ambientare le più salienti vicende dell'ordinamento nell'*hortus conclusus* della forma di governo e non già – come invece sempre si dovrebbe – nella più ampia dimensione della forma di Stato. Fedeli alla Repubblica dobbiamo, dunque, essere *tutti*, e così pure per gli altri doveri, comunque bisognosi di corale, convergente, consuetudinario adempimento.

La conclusione, sopra raggiunta, a riguardo della necessaria appartenenza dei doveri suddetti all'ordine repubblicano e della capacità da essi posseduta di concorrere al rinnovamento incessante dell'ordine stesso non vuole, ad ogni buon conto, significare che la loro razionalizzazione nella Carta sia stata inutile o ridondante, per quanto la stessa si sia – come si sa – avuta in modo assai contenuto, meramente allusivo, a differenza – si faccia caso – dei diritti, cui è dato un ben più esplicito ed articolato svolgimento. Ciò che, contrariamente a quanto da molti si pensa, è stato fatto non già per la ragione che i diritti, e non pure i doveri, sono l'essenza dell'ordinamento costituzionale, secondo quanto è peraltro testimoniato dal non diseguale rilievo assegnato agli uni ed agli altri nella felicissima sintesi espressiva dell'art. 2 della Carta (non decisivo, dunque, il richiamo, in alcuni interventi fatto, all'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, col riferimento in essa contenuto ai soli diritti, una volta rettamente inquadrato nel contesto in cui la Dichiarazione stessa vide la luce). Piuttosto, il mancato svolgimento dato ai doveri fondamentali si deve proprio al fatto che essi permeano l'intero ordinamento e che, perciò, si percepiscono ed apprezzano già intuitivamente, senza bisogno di troppe e troppo esplicite indicazioni, considerate *quodammodo* ridondanti (è, insomma, come per la ragionevolezza, almeno a stare all'inquadramento fattone da me e da A. Spadaro nei nostri *Lineamenti di giustizia costituzionale*).

Eppure, come si diceva, il riferimento ai doveri non rimane ad ogni buon conto senza conseguenze. In fondo, è come per la libertà o l'eguaglianza o altri valori fondamentali ancora. Se facessimo per un momento una simulazione, chiedendoci se sia immaginabile la nostra Carta senza l'art. 2 o il 3, la conclusione non sarebbe comunque diversa. Chi legge l'intero articolato si avvede subito che eguaglianza o libertà non possono non entrare a comporre il quadro dei principi di base del nostro ordinamento; eppure, è chiaro che non è affatto la stessa cosa che

essi siano o no esplicitamente enunciati in certi termini anziché in altri. In generale, valori fondamentali a pretesa transepocale, per non dire universale, quali appunto l'eguaglianza, la libertà, la democrazia, è vero che compongono una *koinè* assiologica, accomunando ordinamenti ed esperienze dalla pur varia connotazione complessiva, e però è anche vero che essi, positivizzandosi, acquistano uno statuto specifico in ragione delle forme parimenti peculiari della loro razionalizzazione e per i modi con cui si inverano nell'esperienza giuridica, grazie alle mediazioni assicurate dal legislatore, dai giudici, dai pratici in genere.

Quel che è certo – così perlomeno ai miei occhi appare – è che né la Costituzione né l'intero ordinamento sulla stessa fondato riuscirebbero a trasmettersi senza la cooperazione, spontanea o obbligatoria che sia, a seconda delle circostanze e delle fattispecie, di organi e soggetti che nell'ordinamento operano. Una cooperazione – come si è venuti dicendo – non «neutra» ma *fedele* e *solidale*.

7. I DOVERI COME TRATTI COSTANTI DEI GIUDIZI DI COSTITUZIONALITÀ

Si diceva un momento fa che, in fondo, è come per la ragionevolezza.

Checché se ne pensi da parte di molti, i giudizi su base di ragionevolezza non sono solo quelli in cui la stessa è espressamente evocata in campo dalle autorità remittenti o dal giudice delle leggi. Al di là dei riferimenti espliciti fatti nella giurisprudenza costituzionale al canone della ragionevolezza, in *ogni* decisione della Corte – come mi affanno a dire da tempo – è (e non può non esservi) un utilizzo, seppur non sempre immediatamente visibile, della ragionevolezza, per la elementare ragione che nelle decisioni stesse vi è – come suol dirsi – un «bilanciamento» fra interessi o valori che o è *ragionevole* oppure semplicemente non è.

Lo stesso si ha – come si viene dicendo – per i doveri di cui abbiamo oggi discorso. Non può esservi alcun giudizio della Corte che non abbia base nella fedeltà, nella cooperazione, nella solidarietà, anche se i riferimenti espressi ad alcuni di questi doveri, come è stato fatto notare nel corso di molti interventi, sono molto scarni, persino alle volte eccessivamente avari da parte della Corte, che almeno in alcune occasioni avrebbe potuto, forse con maggiore coraggio, agganciare la soluzione del caso non soltanto a questa o quella norma esplicitamente evocata in campo, ma anche ai principi fondamentali relativi ai doveri, dotati di formidabile capacità di espansione e qualificazione (ed anzi, alle volte, in difetto di altre norme, *proprio* ed *esclusivamente* ad essi).

D'altro canto, allo stesso tempo in cui in ogni giudizio della Corte vi è *sempre* un riferimento sottinteso ai doveri fondamentali, si assiste all'attivazione per opera del giudizio stesso di processi volti al ripristino dei doveri disattesi, cui è servente il giudicato costituzionale, il quale poi, alla sua volta, fa obbligo della sua scrupolosa osservanza.

Sul punto, purtroppo, non mi è ora dato di intrattenermi, come pure sarebbe opportuno, se non per segnalare che l'effettività del giudicato costituzionale è in

funzione dell'effettività dell'intero ordinamento costituzionale, per la elementare ragione che la Corte rinviene la giustificazione della propria esistenza nel bisogno di preservare la legalità costituzionale.

I doveri, insomma, si ricaricano, sì, da se stessi ma anche per il tramite dei giudizi di costituzionalità, l'effettività della cui conclusione risolvendosi in effettività dell'ordine al quale sono strumentalmente preposti.

8. La componente deontica dei diritti fondamentali, il mutuo sostegno che diritti e doveri sono chiamati a darsi nell'esperienza costituzionale, facendosi «diritto vivente» e, per ciò stesso, garantendo l'effettività del patrimonio di valori che sta a base della Repubblica

Con riferimento all'effettività, mi è parsa assai appropriata una annotazione fatta da B. De Maria, laddove ha insistito sul carattere strumentale e servente dei doveri rispetto alla tenuta dell'ordine costituzionale e «al regolare sviluppo dei principi di giustizia e dei valori supremi su cui si regge la costruzione costituzionale dell'ordinamento democratico». I doveri – ha tenuto a precisare De Maria – sono «parte integrante del *pactum societatis*», dando corpo al processo di integrazione e unificazione che incessantemente rinnova dall'interno l'ordinamento, nella fedeltà ai suoi valori fondamentali.

L'affermazione è pienamente condivisibile e conferma, per la sua parte, come i doveri, servendo i principi fondamentali in genere, servano anche … *se stessi* (torna, come si vede, ancora una volta in primo piano il loro carattere autoreferenziale), e servano anche, ovviamente, i diritti fondamentali.

Di qui, il legame assolutamente inscindibile intercorrente tra i diritti e i doveri: gli uni essendo assolutamente incapaci di farsi valere ed essere pienamente appagati e preservati, laddove i secondi non si facciano «diritto vivente». È vero però anche l'inverso: che solo alla condizione che i diritti si commutino in «diritto vivente», i doveri possono reggersi e radicarsi nel terreno dell'esperienza costituzionale.

È stato detto da me e da A. Spadaro, ormai molti anni addietro (in occasione di una riflessione attorno alla dignità dell'uomo dal punto di vista della giurisprudenza costituzionale, fatta durante uno dei nostri primi incontri, svoltosi per iniziativa ed a cura di V. Angiolini a Ferrara nel '91), ed è stato ripetuto – a quanto ho oggi appreso – da A. D'Aloia, che in ogni diritto fondamentale si dà una componente deontica, che nondimeno appare essere in crisi o, come che sia, non si fa apprezzare nella giusta, significativa misura.

Senza stare ora ad approfondire, come pure si dovrebbe, il punto, per evidenti ragioni di tempo, un dato mi pare, nella sua disarmante ovvietà, comunque bisognoso di esser tenuto costantemente presente. Ed è che, qualora dovesse negarsi l'esistenza di siffatta componente, non soltanto perderebbero senso i singoli diritti ma l'intero sistema dagli stessi formato risulterebbe sguarnito di tutela

ed, anzi, complessivamente distorto, incomprensibile appunto, e con esso pertanto smarrita l'essenza stessa della Costituzione. Ne è semplice, d'immediata percezione, la ragione. È, infatti, evidente che, diffondendosi pratiche imitative nel segno della sostanziale disapplicazione dei diritti fondamentali, sì da formarsi delle vere e proprie consuetudini in tal senso, connotate dall'abdicazione da parte dapprima di singoli, poi di gruppi, infine dell'intera collettività a far valere i diritti, non soltanto si avrebbe la mortificazione della dignità della persona umana ma – di più – si determinerebbe un danno irreparabile all'intero corpo sociale. Il dovere di fedeltà alla Repubblica, nel suo fare sistema coi doveri restanti, impone a ciascuno di noi di esercitare fino in fondo i diritti riconosciuti dalla Costituzione.

Ancora una volta, come si vede, dalla prospettiva dell'etica repubblicana, diventa assai arduo separare i diritti dai doveri. Se ciò artificiosamente si fa, temo che possa disperdersi il senso profondo, genuino, di ciò che è a tutto tondo la Costituzione.

Nell'effettività dei diritti e nell'effettività dei doveri – se ci si pensa – è il cuore della questione da noi oggi nuovamente discussa. Un'effettività che, oltre a rimandare a meccanismi sanzionatori ora più ed ora meno adeguati ed efficaci (di largo interesse, da questo punto di vista, l'analisi di B. De Maria, cui ha fatto seguito un animato dibattito, i cui termini essenziali ci sono stati, con precisione ed acutezza, riferiti da V. Cocozza), evoca in campo, a conti fatti, la responsabilità di singoli e gruppi, nonché dell'intera collettività, oltre che – ovviamente – degli operatori istituzionali: una responsabilità bisognosa di essere vista in ciascuna delle sue espressioni ed applicazioni ma che, dall'angolo prospettico da me qui preferito, è in primo luogo una *responsabilità morale* e, solo secondariamente, dunque giuridica e politica (tanto nelle sue forme istituzionali quanto in quella c.d. «diffusa», cui si è, tra gli altri, opportunamente riferito anche L. Ventura).

9. La ragionevolezza delle previsioni delle sanzioni a presidio dell'osservanza dei doveri e la speculare ragionevolezza delle loro applicazioni (specie ad opera della giurisprudenza costituzionale) quali condizioni di certezza del diritto costituzionale

Certo, deve poi farsi questione della proporzionalità (e, perciò, della ragionevolezza) delle sanzioni, di ciascuna di esse e dell'intero apparato dalle stesse composto, non solo per il modo della loro astratta previsione in rapporto ai doveri ai quali fanno capo ma anche (e soprattutto) per il modo con cui sono effettivamente applicate, laddove cioè si renda possibile in concreto apprezzare il senso del buono e dell'equo da parte del giudice e dell'operatore in genere preposto all'osservanza dei doveri (in ultima istanza, però, dalla prospettiva etica qui specificamente adottata, da parte dello stesso soggetto chiamato all'adempimento dei doveri).

La effettività-ragionevolezza della sanzione è il *punctum crucis* in cui si misura l'attitudine di un ordinamento a restare fedele a se stesso, al nucleo di valore che ne dà l'identità, e in particolare, per ciò che qui importa, a preservare la propria natura e vocazione «costituzionale», nella sua più densa, elevata, nobile accezione.

La ragionevolezza – è stato fatto notare, con dovizia di argomenti, da L. D'Andrea, in un corposo scritto monografico non molto tempo addietro venuto alla luce – è un «principio architettonico del sistema», anzi è *il* principio attorno al quale si ricostruisce senza sosta l'ordinamento, rinnovandosi nei suoi contenuti contingenti ma sempre, di necessità, mantenendosi fedele a se stesso sul piano dei fini-valori che ne danno l'identità. Ragionevoli, dunque, sono tenute ad essere tutte le manifestazioni della pratica giuridica, a partire ovviamente da quelle in forma di legge, sulle quali specificamente si esercita – come si sa – il sindacato della Corte costituzionale. Ma la ragionevolezza delle leggi rischierebbe di restare confinata nel mondo delle pure astrazioni (ed, anzi, di rivelarsi una vera e propria mistificazione) qualora non fosse costantemente accompagnata e sorretta dalla ragionevolezza degli atti portatori di sanzioni, in primo luogo proprio di quelli (le decisioni della Corte) che si pongono quali momenti di «chiusura» dell'ordinamento, punti cioè di «non ritorno», espressivi ad un tempo di certezze di diritto costituzionale e di certezze di diritti costituzionali ma anche – è qui il fuoco della questione oggi discussa – di doveri costituzionali.

Non si dubita che quello ora succintamente rappresentato costituisca un «modellino», forse (ed anzi di sicuro) più teoricamente che praticamente apprezzabile. Eppure, ugualmente merita di essere tenuto costantemente presente, dovendosi produrre ogni sforzo possibile per tendere verso di esso e portarlo ad effetto.

La Costituzione non può mai, in nessun caso o modo, essere pienamente appagata, proprio perché è la … *Costituzione*, vale a dire la legge fondamentale di un ordinamento «repubblicano» che, incorporando ed elevando a principio fondamentale il pluralismo dei valori, di necessità implica – com'è stato, ancora da ultimo, finemente osservato da R. Bin – il conflitto, nondimeno bisognoso di essere in concreto composto ricercando il punto più elevato di sintesi (di «bilanciamento», come suol dirsi) tra gli interessi costituzionalmente protetti ed occasionalmente confliggenti.

Nei giudizi di costituzionalità – si è sopra rammentato – si ha sempre sia un riferimento implicito ai doveri fondamentali e sia pure una composizione secondo ragionevolezza del conflitto. Ed allora è chiaro che, laddove dovesse farsi un *uso irragionevole della … ragionevolezza*, ancorché non giuridicamente sanzionabile (*ex* art. 137, ult. comma, Cost.) e, proprio per ciò, tanto più grave in quanto posto in essere dal massimo dei garanti della legalità costituzionale, non si darebbero più le condizioni per l'affermazione né dei diritti né dei doveri né, insomma, della Costituzione.

La Corte non porta sulle sue spalle, da sola, la responsabilità di far vivere la Costituzione, preservandone l'integrità e l'identità, ma di certo molto può (e de-

ve) fare a questo fine. Ed è proprio per ciò che si è deciso di riguardare ai doveri dalla prospettiva, come sempre particolarmente illuminante, della giurisprudenza costituzionale. Il contributo che è oggi venuto da quanti hanno preso parte al nostro convegno, offrendo spunti assai varî per ampiezza tematica e di largo interesse sul piano ricostruttivo, mi sembra abbia confermato in pieno la bontà della scelta a suo tempo fatta di recuperare i doveri quale punto di cruciale rilievo nel quadro della teoria costituzionale.

I DOVERI COSTITUZIONALI: ALCUNE OSSERVAZIONI

GIORGIO LOMBARDI

I doveri costituzionali rappresentano un tema ancor oggi poco studiato e difficilmente approfondito.

La ragione potrebbe essere semplice e consistere nella circostanza che, nel divenire storico, il *suddito*, gravato proprio perché tale da una serie di doveri, trasformandosi in cittadino andava affermando via via i *diritti*.

Si sa infatti che le grandi trasformazioni giuridiche e costituzionali si manifestano prima in termini di situazioni soggettive (i diritti sono una di queste), poi si traducono in forme organizzative delle istituzioni (e le forme di stato e le forme di governo ne rappresentano il profilo principale) e si manifestano infine in una articolata distinzione delle fonti e della loro gerarchia (costituzione, leggi, atti di amministrazione, sentenze, autonomia privata ecc, ne sono dunque il prodotto).

I doveri dunque sono anzitutto *impopolari* e poi sono *ostici* perché esiste come una cesura tra essi e i diritti: infatti diritti e doveri possono essere considerati reciprocamente legati solo in alcuni e importanti casi ma non in tutti, e non è affatto vero che rappresentino sempre le due facce di una stessa medaglia.

È scontata l'affermazione per la quale chi ha dei doveri ha dei diritti e viceversa, ma un conto sono i diritti e i doveri che derivano da un rapporto negoziale di tipo sinallagmatico, altro, invece, quelli che si manifestano come proclamazioni di principio in testi costituzionali o in documenti rivendicativi.

Il diritto amministrativo conosce obblighi, diritti e doveri, il diritto privato conosce diritti, doveri, obblighi e obbligazioni (a seconda del contenuto patrimoniale della prestazione dedotta); il diritto costituzionale, nella generalità del linguaggio corrente anche sul piano scientifico, a parte l'affermazione scontata dei diritti, conosce prevalentemente, se non essenzialmente, solo doveri.

Nei testi costituzionali dell'Ottocento i doveri potevano svolgersi in due ambiti principali: quello della prestazione tributaria e quello della prestazione del servizio militare, anche se quest'ultimo non era previsto in talune costituzioni.

Il dovere di fedeltà e il dovere di obbedienza alle leggi erano in fondo espressione, il primo, dell'adesione al *pactum societatis*, vale a dire dell'essenza della cittadinanza; il secondo si risolveva nel più ampio principio di legalità e di effettività.

Vi è forse una spiegazione per tutto ciò: infatti le costituzioni più antiche e tradizionali segnano il passaggio alle istituzioni *liberali*, a una forma di Stato, cioè, la cui sovranità è limitata dal principio di rappresentatività e dai diritti, contro le forme precedenti che trovavano la loro giustificazione nei principi dell'assolutismo e quindi partivano da una situazione originaria di soggezione e di dovere.

Non è un caso, forse, che, mentre i diritti rappresentano un concreto modo d'essere del rapporto autorità-libertà, i doveri siano confinati in una sorta di *empireo morale*, al limite tra la morale e il diritto e forse più vicini alla prima che non al secondo.

Basta pensare all'impostazione mazziniana e non sarà difficile capire come essa rappresenti in un certo senso un superamento dell'originario modo di essere puramente *liberale-liberistico* delle costituzioni della borghesia, e proprio come tale abbia avuto scarso seguito sotto il profilo anche delle teorizzazioni costituzionali dell'Ottocento.

È stato infatti proprio con la fase costituzionale manifestatasi con i testi del primo dopoguerra che i doveri costituzionali sono entrati nei testi normativi.

Possiamo distinguere due ipotesi: quella socialista che accompagna tutta l'evoluzione del diritto costituzionale sovietico e dei paesi che ad esso si ispirarono, e quella invece della risposta *democratica* a questa impostazione, che trova la sua massima espressione nella Costituzione di Weimar (e come non ricordare il contributo del deputato Nauman nei lavori preparatori appunto di Weimar).

Addirittura la seconda parte della Costituzione si intitolava *Grundrechteräste* e *Grundpflichten*, richiamando quindi testualmente diritti e doveri.

Si trattava di una scelta coraggiosa e quasi a metà strada tra l'ipotesi socialista e quella liberista.

L'idea era quella di una solidarietà profonda tra i cittadini e di una socialità responsabile tra le parti sociali, nell'ambito di una immanente limitazione dell'arbitrio economico, il quale si temeva avrebbe portato un'esaltazione dell'economia di mercato.

Questo modello non solo si è affermato in alcune costituzioni europee di quel tempo, ma, verso la seconda metà degli anni trenta, si è affermato anche a livello costituzionale in America Latina. Non dimentichiamo infatti che il costituzionalismo originario di quei paesi si ispirava a quello che io ho chiamato *costituzionalismo del progresso,* in quanto ispirato al modello originario spagnolo e a quello italiano del 1821, poi soppiantati in Europa dal costituzionalismo moderato della restaurazione e frustrato in America Latina dopo l'interruzione dell'ipotesi bolivariana (molto istruttiva può essere a tal fine un'attenta lettura di Gabriel Garcia Marquez: *El General en su Laberinto*).

I doveri costituzionali si manifestano però con forza nel secondo dopoguerra con la Costituzione italiana del 1948 e, circa una generazione dopo, nelle costituzioni dei paesi iberici.

Perché dunque questa situazione così incerta fin da quando (prima certamente della costituzione sovietica) nelle esperienze della Francia del 1848 e soprattutto della Germania con la Costituzione della Paulskirche si era verificata una

tendenza verso una situazione di doverosità che da noi trovava riscontro nel pensiero mazziniano?

La risposta si trova proprio nella profonda discrasia tra il pensiero giuridico dell'epoca e le aspirazioni costituzionali del momento.

Due erano infatti i campi nei quali si poteva situare il centro del pensiero giuridico, sia sotto il profilo della teoria sia sotto quello del comportamento concreto: uno quello del diritto privato, l'altro del diritto amministrativo.

Il diritto privato celebrava in quel tempo i suoi trionfi con la grande esperienza della pandettistica tedesca da un lato e della dottrina del codice di Francia.

Il diritto amministrativo si era affermato orgogliosamente in Francia e stava trasferendosi attraverso una teorizzazione raffinata e articolata nella cultura giuridica tedesca, sperimentando il meglio degli strumenti di analisi offerti dalla pandettistica.

Il diritto costituzionale invece aveva avuto una singolare sorte: il modello britannico più ancora che quello degli Stati Uniti si era si fermato al livello di rapporti tra parlamento e governo come dimostrano il modo d'essere e le giustificazioni teoriche dei rapporti politici dell'Ottocento ma, in Europa, era rimasto confinato in una sorta di empireo ideale che aveva determinato la sua pratica inattualità sul piano della sua traduzione in limiti per il legislatore e in garanzie *giustiziabili* per i cittadini.

Anche l'esperienza degli Stati Uniti era rimasta in un certo senso isolata. Il modo con il quale la Corte Suprema nel noto caso *Marbury* v. *Madison* si era assunta il controllo giudiziale della costituzionalità delle leggi, sarebbe stato impensabile nel continente se pensiamo che oltre cent'anni dopo ebbe ad infuriare in Europa la polemica tra Hans Kelsen e Carl Schmitt su chi dovesse essere il guardiano della Costituzione.

Recentemente il tema dei doveri, dopo un lungo silenzio, è stato visitato da due studiosi tedeschi Goetz e Hofmann (*Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension,* in *Veroffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 41, Berlin- New York, 1983) e più vicino nel tempo va ricordato il saggio di Rubio Llorente, *Los Deberes Constitucionales*, in *Revista española de derecho constitucional*, Majo-Agosto, 2001, 11, ss. e oggi l'importante convegno di Alessandria.

Quando avevo scritto nel 1964 la mia monografia dal titolo *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, la cui edizione definitiva risale al 1967, il mio studio era rimasto isolato e non era entrato nel dibattito sui temi costituzionalistici *di moda*, il che prova quanto sia vero ciò che ho detto all'inizio sulla difficoltà di rendere popolare un tema che appariva e continua ad apparire per un verso sfuggente e per altri versi algido e distante e forse anche un po' *aristocratico.*

Recentemente sono ritornato sul tema con la voce *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, 4° aggiornamento, e ho rivisto ampiamente tanti elementi del mio precedente e ormai quasi antico discorso.

Devo dire che l'analisi della costituzione tedesca sotto questo punto fatta da Goetz e Hofmann appare un po' deludente perché si limita ad alcuni approfon-

dimenti della precedente esperienza weimariana e, dopo avere individuato nelle costituzioni dei *Länder* molti residui del tempo weimariano, trova nella legge fondamentale (*Grundgezetz*) del 1949, scarso riferimento ai doveri come tali, rifiutando una clausola di doverosità e concentrando le conclusioni sulla esistenza dei doveri tradizionali come prestazione tributaria, doveri di difesa e doveri di fedeltà e altri doveri minori, ma rilevando che è di importanza essenziale il ruolo che il legislatore ha nel tradurli in pratica: la prospettiva è quella che vuole che il limite al legislatore non sia dato dal dovere, quanto dalle garanzie che vengono stabilite dalla Costituzione per i diritti.

Per un verso il ruolo dei doveri può addirittura apparire, di fronte all'ampiezza delle riserve di legge, come addirittura operante a vuoto (*Leerlaufende*) e tale perciò da non andare oltre a quella capacità di mitigare i profili più spiccatamente individualistici dei diritti in funzione di un momento più vicino a un modello di stato sociale.

Non si va oltre però con questo all'antica impostazione di Schmitt nel suo famoso saggio nel Commentario della costituzione di Weimar a cura di *Anschutz* e *Thoma*.

In fondo per gli autori i doveri esistono ma è il legislatore chiamato a realizzarli e, facendo ciò, l'unico limite vero che incontra è quello di non cancellarne la portata.

Siamo quasi al limite della figura delle così dette garanzie di istituto, intese come la necessità che un determinato istituto giuridico (nella specie la categoria dei doveri) debba continuare ad esistere.

I temi che sono stati discussi in Italia con questo convegno, si riferiscono in larga misura al modello italiano ma trattano, più che il contenuto dei doveri, il loro modo di attuazione e in questi termini appaiono molto fruttuosi per un valido approfondimento del modo d'essere in concreto dei doveri.

Prima del convegno di cui qui si tratta (Associazione Gruppo di Pisa. I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Acqui Terme 9-10 giugno 2006) si erano svolte, con il titolo «*Il dovere di solidarietà*», le giornate europee di diritto costituzionale tributario, organizzate a Bergamo il 14 e il 15 novembre 2003 dalla Facoltà di Economia.

Va sottolineata l'importanza di quanto è stato detto nel convegno di Acqui Terme su una serie di argomenti destinati ad approfondire la problematica dei doveri: così Bruno De Maria tratta della sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali.

È uno dei temi che mi avevano molto impegnato e direi tormentato quando scrivevo la monografia del 1964.

Qui devo dire che l'autore riesce ad andare oltre con un approfondimento di notevole impegno, facendo emergere la grande molteplicità delle prospettive che si collegano ai grandi temi della doverosità e della responsabilità.

Felice Giuffré parla del percorso della solidarietà come elemento che collega la teoria dei valori nell'ambito delle qualificazioni giuridiche che accompagnano

la responsabilità dei diritti in relazione alla vocazione solidale e sussidiaria dell'ordinamento; ed è pregevole l'analisi sull'ispirazione costituzionale solidarista nella giurisprudenza costituzionale.

Ilenia Massa Pinto approfondisce con molta puntualità il tema della fedeltà come dovere di non rompere, ella dice, «l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili».

Si tratta certamente di una suggestione importante ma forse per questo è più facile vedere un qualcosa che rappresenta l'elemento primo del vivere associato, perché l'elemento della fedeltà è dato dall'adesione che confina con quanto vi è più prossimo all'identificazione, mentre l'*armistizio* di cui parla l'autrice è più adatto a certe suggestioni, come quelle per esempio di J. Rawls, e come tale si ferma forse ad un gradino più basso rispetto a quanto emerge da una valutazione comprensiva e finalistica dell'articolo 2 della nostra Costituzione.

Alessandro Morelli approfondisce ampiamente proprio il dovere di fedeltà alla Repubblica, e non può che condividersi il progresso che l'autore fa su questo argomento quando mette in evidenza il momento della integrazione, che è base operativa dei rapporti tra effettività e giustificazione dell'obbligo politico, mentre Andrea Gratteri, approfondendo il tema dei doveri di leale collaborazione, dà ampio spazio alla forma e alla dinamica dei rapporti intra-istituzionali che rappresentano una realtà sempre più forte nelle società complesse come la nostra e nel loro modo dinamico di operare.

Mi sembra di trovare in essi uno sforzo notevole per superare il mero profilo tecnico giuridico verso una qualificazione ideale della categoria dei doveri che, secondo le intenzioni del costituente, probabilmente aveva lo scopo di caratterizzare la *rifondazione* dello stato democratico in Italia come una realtà basata sulla solidarietà e sullo spirito di coesione politico sociale pur senza scalfire l'originaria libertà sulla quale lo stato democratico era *naturaliter* tenuto a uniformarsi.

Ciò che è importante invero, è la clausola di doverosità dell'articolo 2 della Costituzione, legata tra l'altro alla seconda parte dell'articolo 3 della Costituzione stessa e al dovere di un'attività materiale e intellettuale volta al lavoro come elemento di progresso della società civile.

Su questo tema c'è ancora molto da dire perché, come ebbe ad osservare il professor Giuseppe Ferrari nel lontano 1964, l'impostazione della Costituente in tema di doveri aveva una partenza *immanentemente sociale* ma il legame con il momento della libertà e della proprietà era indefettibile e perciò i doveri non potevano essere pensati se non come un elemento necessario ai fini della configurazione dello Stato Sociale.

Qui è presente una sfida che ancora adesso rimane aperta, vale a dire quella di individuare un doppio limite: da un lato quello rappresentato dai doveri verso un individualismo selvaggio basato su una asserita *sovranità del mercato* quasi a fare dello stesso la nuova costituzione di uno Stato puramente strumentale; dall'altro quello che si esprime nella presenza di una fondamentale esigenza di traduzione dei doveri via via attraverso gradi differenti e successivi di approssimazione ver-

so prestazioni concrete idonee ad esprimersi in obblighi: l'elemento dello Stato di diritto è qui essenziale perché risulta in ogni caso contrario alle regole costituzionali che a un dovere si dia attuazione *saltando* la intermediazione legislativa o addirittura in certi casi facendo a meno anche di un atto a contenuto *negoziale*.

Ma vi è un'ulteriore serie di problemi che vengono all'attenzione.

Uno è quello della doverosità in relazione alla titolarità di organi ed uffici. Qui possiamo parlare forse di un rapporto trilaterale, vale a dire un elemento che lega da un lato il titolare dell'ufficio alla sua struttura istituzionale, dall'altro quello che determina la ricaduta verso i cittadini o verso gli altri elementi del rapporto istituzionale mediante il tipo di prestazione dovuta, e perciò concerne anche il modo d'essere delle relative responsabilità.

Altro problema è quello del rapporto tra i titolari di competenze e altri soggetti comunque qualificabili nell'ambito di procedure legate a competenze doverose o anche semplicemente *officiali*: pensiamo al grande tema della «*migliore legislazione*» (*Better Legislation*), in procedure di consultazione, di negoziazione e di verifica preventiva o successiva dei risultati conseguiti.

Sono doveri questi che assumono importanza fondamentale per assicurare alle espressioni di volontà dello Stato e degli Enti Pubblici una *auctoritas* indispensabile per assicurare la accettazione della *potestas* attribuita istituzionalmente all'azione pubblica.

Si ritorna così a quel momento essenziale dell'articolo 2 della Costituzione e al principio di solidarietà che include anche il valore della sussidiarietà.

Il momento politico del vincolo sociale ne risulta pertanto *coeso* e la legittimità dell'ordinamento viene così rafforzata.

Finito di stampare nel mese di maggio 2007
nella Stampatre s.r.l. di Torino
via Bologna, 220