Quaderni del Gruppo di Pisa

CONVEGNI

La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?

Atti del Seminario del 19 ottobre 2018
all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

a cura di
Francesco Marone

EDITORIALE SCIENTIFICA

© Copyright 2019 Editoriale Scientifica srl
Via San Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

ISBN 978-88-9391-564-9

Sommario

PRESENTAZIONE 7
Francesco Marone

RELAZIONE INTRODUTTIVA 9
La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?
Emanuele Rossi

PRIMA SESSIONE

Il diritto-dovere di voto: un ossimoro ancora irrisolto? 41
Lara Trucco

Il dovere di cura della salute ed il c.d. "Paradosso di Böckenförde" 59
Luigi D'Andrea

La doverosità come chiave interpretativa per una lettura costituzionalmente orientata del diritto di voto 81
Marco Armanno

Il consenso informato alla luce della recente Legge n. 219 del 2017 tra diritto e dovere alla salute 101
Antonello Lo Calzo

SECONDA SESSIONE

Il diritti dovere all'istruzione 125
Roberta Calvano

Il diritto-dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli 167
Elisabetta Lamarque

Non ossimoro, ma endiadi: il diritto-dovere al lavoro 181
Massimo Cavino

Le misure di sostegno al reddito nel sistema costituzionale di garanzia sociale 221
Maria Antonella Gliatta

(Prima) il dovere e (poi) il diritto: alla ricerca
degli "ossimori costituzionali" nella cura dei figli 241
Benedetta Liberali

Il diritto-dovere all'inclusione scolastica 265
Giuditta Matucci

Conclusioni 283
Claudio Gemma

PRESENTAZIONE

di FRANCESCO MARONE

Il tema dei doveri costituzionali ha occupato un posto marginale negli studi giuridici, tanto che, come ricorda Gustavo Zagrebelsky, Bobbio parlava, nei suoi ultimi anni, della necessità di scrivere una "età dei doveri" proprio riferendosi al poco spazio che a questi era stato dedicato, rispetto ai diritti, nell'Italia repubblicana. Il quadro complessivo, diffusamente descritto nella relazione introduttiva di Emanuele Rossi, è quello di una svalutazione del principio di solidarietà che, sul piano economico e culturale generale, diviene, in certe opinioni più estreme, quasi denigrazione.

Negli ultimi tempi, tuttavia, si registra un'inversione di tendenza nell'attenzione dedicata dalla scienza giuridica al tema dei doveri costituzionali. Ciò avviene, e forse non è un caso, in una congiuntura storica ed economica nella quale il principio di solidarietà è messo a dura prova, tanto all'interno della comunità nazionale, quanto al di fuori di essa.

Le relazioni di questo seminario si sono occupate nel dettaglio dei doveri e obblighi connessi alle tre dimensioni – politica, economica e sociale – della solidarietà enunciata dall'art. 2 della Costituzione. Mi sembra se ne ricavi la comune sensazione della necessità di un recupero di quella connessione tra diritti e doveri intrinsecamente contenuta nel principio solidaristico e che costituiva una parte importante del disegno di società voluto dai Costituenti. Se un maestro come Norberto Bobbio sentiva l'esigenza di richiamare l'attenzione degli studiosi sui doveri è perché, anche per evidenti ragioni storiche, l'attuazione della Costituzione è stata soprattutto implementazione di diritti individuali, lasciando invece progressivamente sullo sfondo i doveri di ciascun cittadino nei confronti di tutti gli altri, in senso orizzontale, e della Repubblica in senso verticale.

Ciò è molto probabilmente dovuto, come sottolinea Emanuele Rossi, a una storica diffidenza del popolo italiano nei confronti dello Stato che, negli anni più recenti è stata ulteriormente aggravata dall'identificazione delle istituzioni pubbliche con una classe dirigente, politica ed economica, sempre più screditata. Ne è venuta fuori una situazione in cui il principio di solidarietà, e i doveri che ne derivano, vengono quasi vissuti come un'ingiusta gabella imposta ai cittadini.

Basti pensare al dovere di fedeltà fiscale: la contribuzione progressiva al costo collettivo di alcuni beni pubblici, architrave indispensabile di quella

eguaglianza sostanziale del secondo comma dell'articolo 3, che rappresenta un grande elemento di modernità della Costituzione italiana del 1948, è significativamente diventato, nel gergo politico-giornalistico più retrivo, "mettere le mani nelle tasche degli italiani". La rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale di cui parla l'art. 3 è, però, una parte fondamentale dell'attuazione del disegno sociale della Costituzione repubblicana, non solo, o non soltanto, da un punto di vista orizzontale, per attenuare le differenze tra i cittadini e garantire una maggiore giustizia sociale, ma anche perché l'attuazione del principio di eguaglianza sostanziale è indispensabile al buon funzionamento delle istituzioni democratiche, che l'aumento delle diseguaglianze contribuisce viceversa a mettere in difficoltà.

Risulta, dunque, attuale e necessario rivolgere l'attenzione ai doveri che la Costituzione impone ai cittadini, soprattutto nell'ottica di una maturazione culturale che possa contribuire a sviluppare un sentimento di solidarietà spontaneo tra i cittadini, sì da potervi dare attuazione in modo condiviso e non solo in ragione di una *lex* percepita come ingiusta in rapporto a *iura* intesi solo nella loro dimensione individuale, se non individualista.

Il "Gruppo di Pisa" ha ritenuto di dedicare il suo seminario annuale al tema dei doveri con l'auspicio che questo contribuisca a ravvivare il dibattito su un tema sempre più attuale.

RELAZIONE INTRODUTTIVA

LA DOVEROSITÀ DEI DIRITTI: ANALISI DI UN OSSIMORO COSTITUZIONALE?*

di Emanuele Rossi**

1. Molti dei lavori che, in tempi passati come in quelli più recenti, si sono occupati della tematica dei doveri costituzionali, e quindi del principio di solidarietà, premettono una considerazione: che si tratta di una tematica tutto sommato marginale, poco praticata negli studi giuridici e in quelli costituzionalistici in particolare. È una costante che merita di essere segnalata. Filippo Pizzolato, ad esempio, denuncia "la relativa penuria di studi recenti sui doveri costituzionali" quale "indiretta conferma di un ormai consumato accantonamento della visione finalizzata della libertà, a tutto vantaggio di una rilettura liberale della Carta costituzionale"[1]; per Erik Longo "il tema della relazione tra i diritti e i doveri non occupa un posto d'onore nelle ricostruzioni della dottrina costituzionalistica"[2]. Francesca Polacchini, nel suo lavoro sui doveri, ritiene che la scarsa attenzione della dottrina costituzionalistica e della giurisprudenza costituzionale al tema sia dovuta alla volontà della prima di dedicare tutte le proprie forze ai diritti e alla loro attuazione, mentre la seconda avrebbe assai raramente fatto ricorso allo strumentario concettuale facente capo all'universo del dovere[3]. Anche il contiguo tema

* Una versione ridotta del presente contributo è destinata agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

** Scuola superiore Sant'Anna, Pisa. Ringrazio, per la sempre preziosa collaborazione, Paolo Addis, Francesca Biondi Dal Monte, Giacomo Delledonne, Luca Gori, Fabio Pacini, Elena Vivaldi.

[1] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 1999, 210, per il quale "tale mancanza sembra fornire indiretta conferma di un ormai consolidato accantonamento della visione finalizzata delle libertà, a tutto vantaggio di una rilettura liberale della Carta costituzionale".

[2] E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, in F. DAL CANTO – E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2011, 340.

[3] F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bononia University Press, Bologna, 2016, 148, che riprende, sul punto, L. VIOLINI, *I doveri inderogabili di solidarietà: alla ricerca di un nuovo linguaggio per la Corte costituzionale*, in R. BALDUZZI – M. CAVINO – E. GROSSO – J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del Giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2017, 517 ss.

della fraternità è stato ritenuto sostanzialmente ignorato dal dibattito costituzionalistico italiano[4]. Gustavo Zagrebelsky, in un suo recente lavoro, riprende un'espressione riferita a Norberto Bobbio, per il quale "se avessi qualche anno di vita davanti a me e se la forza necessaria mi assistesse ancora, scriverei un'"età dei doveri"", osservando come nelle numerose esegesi del suo pensiero questa affermazione, che Zagrebelsky ritiene "sorprendente", non abbia attirato l'attenzione adeguata alla sua importanza[5].

Ne è complessivamente derivata quella che Adriana Apostoli ha chiamato "la svalutazione del principio di solidarietà"[6], cui si è affiancata un'opera di quasi denigrazione di quest'ultimo sul piano economico e culturale generale: qualcuno ha ritenuto che la solidarietà costituisca un pericolo per le società moderne[7] o addirittura "un grimaldello comunista per svaligiare lo Stato"[8].

Sul piano degli studi di diritto costituzionale, considerando la produzione scientifica precedente agli anni più recenti, possiamo osservare come i lavori di Lombardi[9] e Carbone[10] sul tema dei doveri abbiano costituito per molto tempo una sorta di *vox clamans* in un sostanziale deserto della riflessione scientifica, mentre – come ben noto – da sempre consistenti sono stati gli studi dedicati alla tematica delle libertà e dei diritti costituzionali.

Oggi, tuttavia, si può constatare come il panorama sia mutato: negli ul-

[4] I. MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: "come se" fossimo fratelli*, Jovene, Napoli, 2011.

[5] G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Einaudi, Torino, 2017, 3. Anche M. OLIVETTI, *Diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2018, 143, ritiene che l'art. 2 Cost. richieda "un coordinamento sistematico tra diritti e doveri: ma tale coordinamento è stato sinora sviluppato solo in parte dalla dottrina e dalla giurisprudenza".

[6] G. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà*, Giuffré, Milano, 2012. Non è da escludere che a tale svalutazione possa aver contribuito anche la formulazione della Carta europea dei diritti fondamentali la quale, come noto, dedica alla solidarietà uno dei quattro Capi in cui essa si articola, che tuttavia viene declinato interamente in relazione ai diritti (all'informazione e consultazione dei lavoratori, alla contrattazione collettiva, ai servizi di collocamento, alla tutela contro il licenziamento, alle condizioni di lavoro, al lavoro minorile, alla famiglia, alla sicurezza sociale, alla salute, ai servizi d'interesse economico generale, all'ambiente nonché (addirittura) ai diritti dei consumatori). Su ciò v. P. GROSSI, *Dignità umana e libertà nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in M. SICLARI (a cura), *Contributo allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, 53; R. M. CREMONINI, *Il principio di solidarietà nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura), *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, Giuffré, Milano, 2006

[7] S. RICOSSA, *Il pericolo della solidarietà*, Rizzoli, Milano, 1993.

[8] N. MATTEUCCI, *Solidarietà: il grimaldello comunista per svaligiare lo Stato*, in *Il Giornale*, 1° marzo 1995.

[9] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffré, Milano, 1967.

[10] C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Giuffré, Milano, 1968.

timi anni sono numerosi i lavori, anche di carattere scientifico, dedicati al tema; in essi sono stati ricostruiti i fondamenti teorici del principio solidaristico, le sue specificazioni nel testo costituzionale, i profili di compatibilità dei doveri con il tema dei diritti e con il principio personalistico in generale[11], ma anche la necessità di una "riscoperta" dei doveri per la vita democratica[12].

Questo "stato dell'arte", o per meglio dire della scienza costituzionalistica, impone una prima domanda: perché questa inversione di tendenza, soprattutto negli ultimi tempi?

Le risposte a tale domanda possono essere molte: certamente vi contribuiscono ragioni di carattere contingente (l'aumento consistente del numero di studiosi di diritto costituzionale, l'esigenza di nuovi temi da esplorare, ecc.), ma è probabile che determinanti risultino motivazioni più profonde, connesse alla fase storico-sociale che caratterizza l'Italia nel più generale contesto internazionale occidentale. Avvertiamo tutti, infatti, come sia ravvisabile un certo "affievolimento" delle ragioni della convivenza, una difficoltà a con-vivere nella stessa comunità, uno scadimento delle ragioni della solidarietà a fronte di una rivendicazione sempre più marcata della richiesta di tutela per i propri diritti e interessi particolari, e così via: come è stato detto, nella dicotomia tra individualismo e comunitarismo oggi ci troviamo fortemente schiacciati sul lato individualista[13], in una fase di affermazione del particolarismo sociale[14]. In tale contesto, la solidarietà, come meglio si dirà, da vincolo di inclusione sembra trasformarsi in elemento di esclusione: la solidarietà con i vicini, i simili, diventa ragione giustificatrice di esclusione

[11] A livello di opera monografica, possiamo richiamare, oltre ai lavori già segnalati, G. VECCHIO, *Le istituzioni della solidarietà*, ESI, Napoli, 1998; F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffré, Milano, 2002; R. ZOLL, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Il Mulino, Bologna, 2003; R. CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Università degli studi di Perugia, Perugia, 2010; M. C. BLAIS, *La solidarietà. Storia di un'idea*, Giuffré, Milano, 2012; B. ROMANO, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Giappichelli, Torino, 2014; cui possono aggiungersi i volumi collettanei B. PEZZINI – C. SACCHETTO (a cura), *Il dovere di solidarietà*, Giuffré, Milano, 2005; A. MARZANATI – A. MATTIONI (a cura), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Città nuova, Roma, 2007.

[12] L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Einaudi, Torino, 2014.

[13] F. PALLANTE, *Per scelta o per destino? La Costituzione tra individuo e comunità*, Giappichelli, Torino, 2018, in part. 153 ss.

[14] Inteso come "egoistica difesa degli interessi particolari a danno di quelli generali". Il termine si fa risalire all'analisi di G. A. ALMOND – S. VERBA, *The civic culture. Political attitudes and Democracy in Five Nations*, Princenton University Press, Princeton, 1963, per i quali la tendenza principale del contesto sociale italiano è costituita dal familismo, vale a dire in un legame affettivo e di appartenenza molto forte nei confronti del gruppo familiare o di altri gruppi di appartenenza che produce una prospettiva ripiegata sul particolare.

per quanti sono titolari di diversa cittadinanza, o per quanti vivono in parti diverse del territorio nazionale, e così via. E ciò non è prerogativa (negativa) soltanto della società italiana: si consideri l'estrema difficoltà di articolare la solidarietà nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, come messo in evidenza dalle vicende dell'ultimo decennio di crisi.

Tutto ciò esprime la necessità di ripensare il rapporto diritti-doveri *in questo particolare momento storico*, nello specifico *contesto socio-culturale* nel quale siamo inseriti: ed è evidente che parlando di questo non possiamo riferirci soltanto al contesto italiano, in quanto il senso di quanto detto vale ben oltre i confini nazionali, come l'evidente e quasi inaspettato consenso che espressioni culturali (prima che politiche) xenofobe, razziste (o comunque "escludenti") stanno ottenendo in Europa ed anche oltre Oceano.

2. Partiamo dunque dalla Costituzione, specificando che – come suggerito dal titolo – ci occuperemo dei doveri in relazione ai diritti[15], e quindi di una dimensione della solidarietà che, riprendendo la nota distinzione di Galeotti[16], possiamo definire come "fraterna", in quanto operante su un piano orizzontale (e perciò definita anche *sociale*), come moto doveroso e cooperante dei cittadini nell'adempimento delle loro varie solidarietà: ovvero, potrebbe dirsi, come espressione di diversi livelli di responsabilità[17].

La solidarietà è affermata, come noto, dall'art. 2, quale *ratio* giustificatrice dei doveri imposti dalla Costituzione, ed è inscindibilmente connessa al principio personalista: due principi che, come noto, non possono essere "separabili né concettualmente né praticamente (…): essi sono piuttosto la medesima cosa o, per meglio dire, il principio solidarista è quello personalista in azione, in alcune delle sue più genuine (forse, proprio la più genuina delle) espressioni che ne consentono il pieno appagamento"[18]. La combinazione

[15] Sulla relazione tra diritti e doveri nell'evoluzione del pensiero giuridico, nonché sulla rilevanza di tale relazione sui rapporti tra cittadini e Stato v. le considerazioni di G. PALOMBELLA, *De los derechos y su relacion con le deberes y los fines comunes*, in *Derechos y Libertades*, n. 17/2007, 115 ss.

[16] S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Diritto e società*, 1996, 1 ss.

[17] Si v. al riguardo quanto sottolinea, in relazione all'art. 2 Cost., S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, 157, per il quale "Il kantismo del riferimento alla legge morale è risolto in una tessitura più analitica dei poteri e delle responsabilità di ciascuno". In relazione alla solidarietà orizzontale, essa viene qualificata dal principio di fraternità, come dimostra F. PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012. Da segnalare come la recente decisione del Conseil constitutionnel francese n. 2018-717/718 abbia sancito il valore della fraternità e lo abbia posto a fondamento della "*liberté d'aider autrui*": v., su ciò, F. PIZZOLATO, *La fraternité matrice della "liberté d'aider autrui"*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2018, 914 ss.

[18] A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi*, 2013, 12.

tra i due principi contribuisce a definire il concetto di persona quale creatura relazionale[19]: concetti ben noti e sui quali non vi è bisogno di approfondire.

La connessione indicata è dalla stessa Costituzione sviluppata, e direi "applicata", ad alcune specifiche situazioni giuridiche, configurate alla stregua di diritti ed insieme di "doveri" od "obblighi". Quelli di più immediata evidenza sono stati classificati da Alessandro Morelli[20] in relazione alle tre dimensioni della solidarietà enunciate dall'art. 2: apparterrebbero dunque all'ambito della solidarietà *politica* il dovere "civico" del voto *ex* art. 48 Cost. e il dovere di fedeltà alla Repubblica di cui all'art. 54; rientrerebbero nell'ambito della solidarietà *economica* il dovere tributario *ex* art. 53; mentre alla solidarietà *sociale* sarebbero connessi il dovere di svolgere un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società di cui all'art. 4, secondo comma (dovere che viene per lo più ricondotto al dovere di prestare un'attività lavorativa, ma la dizione costituzionale può e deve essere considerata in senso più ampio[21]) nonché l'obbligo di istruirsi di cui all'art. 34, secondo comma.

Non entro nel merito di queste singole previsioni, sulle quali si svolgeranno le relazioni successive.

Vorrei però porre preliminarmente il tema se questi, e soltanto questi, siano i doveri che la Costituzione sancisce, o se invece altre previsioni costituzionali, che si configurano per lo più come limiti all'esercizio di diritti ovvero come modalità per il loro esercizio, siano ascrivibili al *genus* dei doveri costituzionali[22]: due di queste sono state già considerate come tali nel pro-

[19] Su cui, da ultimo, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali*, cit., 29. Osserva M. CARTABIA, *I titolari dei diritti fondamentali: a) i singoli e le formazioni sociali. Il principio personalista*, in V. ONIDA – M. PEDRAZZA GORLERO (a cura di), *Compendio di diritto costituzionale*, 3.a ed., Giuffré, Milano, 2014, 97-98, che "il protagonista dei diritti fondamentali è un "io" alla cui origine c'è un "noi". Il soggetto titolare dei diritti fondamentali è quindi un essere relazionale".

[20] A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 20 aprile 2015, 6 ss.

[21] Che l'"attività o la funzione" di cui alla disposizione richiamata non debba essere connotata soltanto in termini di "lavoro", ma possa anche consistere in comportamenti o impegni assunti volontariamente e gratuitamente, è confermato da quanto previsto per il servizio civile universale. Il decreto istitutivo di esso (d.leg. 6 marzo 2017 n. 40), infatti, prevede che servizio è "finalizzato, ai sensi degli articoli 52, primo comma e 11 della Costituzione, alla difesa non armata e nonviolenta della Patria, all'educazione, alla pace tra i popoli, nonché alla promozione dei valori fondativi della Repubblica, *anche con riferimento agli articoli* 2 e *4, secondo comma*, della Costituzione" (corsivo aggiunto): ove il richiamo al principio di cui al secondo comma dell'art. 4 sta a significare che quell'"attività o funzione" cui esso fa riferimento debba intendersi, almeno nell'interpretazione legislativa, riferita anche ad un'attività di tipo volontario quale è il servizio civile come configurato dalla stessa normativa. Sulla legge delega v. V. CASAMASSIMA, *La proposta di istituzione di un servizio civile nazionale universale*, in *Non profit paper*, n. 3/2014, 189 ss.

[22] G. PECES – B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Digesto delle discipline*

gramma del presente incontro di studio (l'obbligo di sottoporsi a trattamenti sanitari *ex* art. 32 e il dovere di istruire, mantenere ed educare i figli *ex* art. 30), ma anche altre possono considerarsi. Tra queste, il dovere di astenersi dall'uso della violenza in ogni circostanza (che si trae, ad esempio, dalle previsioni di cui agli art. 13, quarto comma, 17 e 18 Cost.), che quindi potremmo indicare come dovere di non-violenza; il dovere di rispettare il buon costume (come riflesso del limite alla libertà di manifestazione del pensiero *ex* art. 21); il dovere, per chi svolge un'attività economica come esercizio della libertà di iniziativa economica e privata, di perseguire l'utilità sociale (art. 41); il dovere di assicurare la funzione sociale della proprietà per chi eserciti tale diritto (art. 42)[23]; la previsione di rispettare gli "obblighi e vincoli" alla proprietà terriera privata di cui all'art. 44, cui si potrebbero aggiungere gli obblighi imposti ai datori di lavoro quali limiti alla loro libertà contrattuale per garantire i diritti dei lavoratori (retribuzione, ferie, riposo, lavoro minorile, ecc.). Nelle previsioni costituzionali, questi sono regolati quali limiti (più che come doveri): ma occorre ricordare[24] che già le costituzioni del biennio rivoluzionario 1848/49 "attribuiscono ai doveri un compito di mitigazione in senso sociale dei diritti, specie di quelli inerenti proprietà ed economia, che più compiutamente caratterizzerà gli albori weimariani del costituzionalismo sociale". Ed anche altri sottolineano come le limitazioni poste al diritto di proprietà privata e di iniziativa economica esprimono il senso di una dimensione costitutiva della libertà "intrinsecamente e assiologicamente orientata" al fine di "affermare un'esigenza di giustizia che richiama la libertà a un suo senso fondativo e assiologico"[25].

Indubbiamente la ricomprensione di queste previsioni nell'ambito del principio di solidarietà andrebbe approfondita criticamente: resta comunque la considerazione che il dettato costituzionale postula una stretta connessione tra diritti e doveri. E ciò in quanto, secondo l'evidente ispirazione costituzionale, persona e società devono svilupparsi insieme[26]; emblematico di

pubblicistiche, V, Torino, 1990, 159, definiscono questa categoria come "i doveri fondamentali dei cittadini che sono correlativi all'esistenza di diritti soggettivi".

[23] Il collegamento tra la "funzione sociale" stabilita dall'art. 42 Cost. e i doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. è operato dalla stessa Corte costituzionale: cfr. sentenza n. 348 del 2007.

[24] G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, in *Enc. Treccani*, *Diritto on line*, 2014, 2-3.

[25] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato*, cit. 213.

[26] Va al riguardo ricordato come i doveri costituzionali di cui si parla, a differenza di quelli riferiti all'ambito del diritto privato, non mirano a produrre vantaggi soltanto per alcuni diretti beneficiari, bensì "suppongono vantaggi ulteriori per l'insieme degli uomini nonché per la società e per lo Stato" (così, ad es., G. PECES – B. MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, cit., 140) e pertanto il loro adempimento ha come destinatarie "tutte quelle forme della vita comunitaria di cui è costellata l'esistenza umana" (E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, cit., 348).

ciò è l'obbligo imposto dall'art. 34, 2° comma, che esprime con immediatezza la duplicità di fini che esso tende a realizzare: da un lato, consentire e favorire uno sviluppo pieno ed integrale della personalità di ogni soggetto; dall'altro, favorire uno sviluppo sociale che sia il frutto dell'apporto di coscienze formate e mature[27]. Ma da ciò si trae anche la considerazione di come ogni diritto sia connesso – possiamo dire ontologicamente - all'adempimento di un dovere: ciò è evidente per i diritti sociali o comunque per quelli "di prestazione" (la cui tutela è connessa all'adempimento del dovere tributario da parte della generalità dei consociati); ma ciò vale anche per gli altri diritti. È noto, al riguardo, quanto da tempo ha sostenuto Alessandro Pace: "all'affermazione di un diritto spesso consegue automaticamente l'imposizione di un corrispondente obbligo a carico di un soggetto privato: il che accade in tutte quelle ipotesi nelle quali la nostra Costituzione riconosce ai diritti costituzionali la c.d. efficacia orizzontale"[28]. Va peraltro ricordato, con Mortati[29], che vi sono doveri cui non corrispondono diritti a favore dell'altra parte del rapporto: e ciò in quanto manca chi possa esserne titolare, oppure perché chi è abilitato a pretenderne l'osservanza lo può fare quale soggetto di un rapporto diverso da quello cui scaturisce il dovere. Da qui anche la nota distinzione tra dovere e obbligo, sulla quale tuttavia non merita in questa sede soffermarsi[30].

3. Merita invece, seppur brevemente, indagare come tale connessione emerga e si sia realizzata nel testo costituzionale, tornando brevemente a considerare i lavori dell'Assemblea costituente.

Ricordiamo che nella proposta iniziale di formulazione dell'art. 2, presentata da Giorgio La Pira, non compariva un riferimento esplicito ai doveri: e ciò non in quanto mancasse la percezione della solidarietà come contenuto essenziale del modello di società e di persona che si voleva affermare, quanto piuttosto perché la previsione di doveri individuali era ritenuta implicitamente affermata mediante il riferimento alla socialità della persona. Quando La Pira, nella relazione alla prima sottocommissione, affermò che non è sufficiente riconoscere un catalogo di diritti, ma che occorre "completarlo" "tenendo conto delle comunità fondamentali nelle quali l'uomo si integra e si espande, cioè dei diritti delle comunità", egli intendeva che la so-

[27] R. CALVANO, *Il diritto-dovere all'istruzione*, in questo volume, che sottolinea come detto diritto-dovere attenga al nesso tra istruzione e cittadinanza.

[28] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Cedam, Padova, 2003, 27.

[29] C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, Padova, 1975, 153.

[30] In merito al rapporto tra doveri di solidarietà e obblighi di legge secondo la dottrina cfr., da ultimo, A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 29 ss.

cialità della persona, e quindi la sua solidarietà, si realizza mediante un sistema di comunità intermedie, nelle quali la persona sviluppa la propria dimensione solidaristica fino a raggiungere il livello generale (la società complessivamente intesa, e quindi lo Stato-persona). Per questo il costituente democristiano non aveva necessità di richiamare espressamente i "doveri" individuali, in quanto essi erano implicitamente affermati con il riferimento ai "diritti delle comunità": e ciò in quanto, come scriveva lo stesso costituente già nel 1943[31], "i gruppi nei quali gli uomini naturalmente si organizzano in vista dei loro bisogni materiali e spirituali (…) hanno una loro ragione di esistenza che li fa portatori di propri diritti e di propri obblighi; in virtù di tali diritti essi hanno diritto alla vita e alla tutela; *in virtù di tali obblighi essi stessi hanno il dovere di ordinarsi al fine di quei più vasti gruppi sociali nei quali sono inseriti*" (corsivo aggiunto). E tali "gruppi sociali" (che poi, nel testo costituzionale, diventeranno le "formazioni sociali") si articolano da quello più vicino alla persona (la famiglia) fino a quello più distante (lo Stato); a quest'ultimo "si arriva" (o si dovrebbe arrivare) come approdo di una solidarietà che si sviluppa attraverso le diverse appartenenze a comunità che costituiscono livelli intermedi tra il singolo e lo Stato[32]. È la prospettiva che Ugo de Siervo ha ritenuto propria di un modello di Stato che, facendo propri i postulati liberali, "li superi in una concezione solidaristica che, pur di matrice democristiana, sia capace di rappresentare un punto di incontro con le concezioni socialiste e comuniste"[33].

Sulla posizione di La Pira conversero, come noto, Dossetti e Moro: a Dossetti, in particolare, si deve la formulazione dell'ordine del giorno sottoposto alla Sottocommissione, nel quale si sottolinea, insieme alla *precedenza sostanziale della persona umana (...) rispetto allo Stato* e la destinazione di questo a servizio di quella, (…), "la necessaria socialità di tutte le persone, le quali sono destinate a completarsi e perfezionarsi a vicenda mediante *una reciproca solidarietà economica e spirituale*: anzitutto in varie *comunità intermedie* disposte secondo una naturale gradualità (comunità familiari, territoriali, professionali, religiose, ecc.), e quindi, per tutto ciò in cui quelle comunità non bastino, nello Stato". Un ordine del giorno, come recentemente è stato sottolineato, che sebbene non discusso né tantomeno votato, "rac-

[31] G. LA PIRA, *I problemi della persona umana*, in *Acta Pontificae Academiae Romanae S. Thomae Aq. et Religionis Catholicae*, vol. VIII, Roma, 1943, 71.

[32] Il riferimento di La Pira al personalismo comunitario di Mounier è noto, e ad esso deve essere ricollegato "il rigore con cui egli insiste sul nesso tra libertà e responsabilità": così S. GRASSI, *Il contributo di Giorgio La Pira ai lavori dell'Assemblea costituente*, in U. DE SIERVO (a cura di), *Scelte della Costituente e cultura giuridica*, Il Mulino, Bologna 1980, 2° vol., *Protagonisti e momenti del dibattito costituzionale*, 195.

[33] U. DE SIERVO, *Introduzione*, in ID. (a cura di), *La Casa comune. Una Costituzione per l'uomo*, Cultura editrice, Firenze, 1979, 51.

chiude in sé il significato autentico della rottura prodotta dalla Costituzione repubblicana rispetto al precedente regime quanto ai rapporti tra individuo e Stato"[34].

Il riferimento alla "reciproca solidarietà economica e sociale" che si realizza nelle comunità intermedie confluenti nello Stato ben indica il senso di questa concezione, che Mortati più tardi riterrà propria di un ordinamento solidarista: un ordinamento, come rileverà Carlo Mezzanotte[35], che non può essere definito né secondo la logica liberale né secondo quella democratica, e che vedrebbe impegnati per la sua realizzazione tutti gli organi dello Stato (compresa la Corte costituzionale, dotata per questo di poteri non solo di arresto ma anche di impulso intesi allo sviluppo della persona e pertanto rivolti ad attuare l'assetto solidarista della società).

Una diversa prospettiva, nella previsione dei doveri, fu avanzata nella Prima Sottocommissione dagli esponenti del pensiero repubblicano che si ispiravano a Giuseppe Mazzini. A parte infatti un isolato intervento del socialista Giovanni Lombardi[36], teso a sottolineare la necessità di un riferimento al dovere del lavoro e giustificato con il ritenere che la persona non può vivere nell'ozio, un invito a prevedere esplicitamente – ed in senso generale - i doveri nel testo costituzionale fu avanzato nell'intervento di Francesco De Vita (esponente del Partito repubblicano), che sottolineò la necessità di equilibrare diritti e doveri: "il diritto senza il dovere fa il padrone, il dovere senza il diritto fa il servo; solo equilibrando diritti e doveri si fa l'uomo veramente libero"[37]. L'intervento di De Vita riprese, pur senza citarla di Mazzini espressamente, la riflessione, per il quale "Bisogna convincere gli uomini che essi, figli d'un solo Dio, hanno ad essere qui in terra esecutori d'una sola Legge – che ognuno di essi deve vivere, non per sé ma per gli altri – che lo scopo della loro vita non è quello d'essere più o meno felici, ma di rendere se stessi e gli altri migliori – che il combattere l'ingiustizia e l'errore a benefizio dei loro fratelli, e dovunque si trova, è non solamente un diritto, ma

[34] G. D'AMICO, *Stato e persona. Autonomia individuale e comunità politica*, in F. CORTESE – C. CARUSO – S. ROSSI (a cura di), *Immagina la Repubblica. Mito e attualità dell'Assemblea costituente*, F. Angeli ed., Milano, 2018, 105. Interessante la prospettiva aperta da P. GROSSI, *La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno*, in ID., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Bari-Roma, 2017, 39 ss., per il quale i lavori costituenti richiamati rivelano "il progetto fondamentale del Novecento giuridico: demolire la muraglia cinese costruita fra società e diritto durante la modernità e riscoprire la natura autentica di questo quale ordinamento della società" (p. 49-50).

[35] C. MEZZANOTTE, *Il giudizio sulle leggi*, Giuffré, Milano, 1979, 178, nota 44.

[36] G. LOMBARDI, intervento nella seduta della Prima Sottocommissione del 9 settembre 1946: "il dovere del lavoro deve essere affermato legalmente così come è affermato legalmente il diritto al lavoro".

[37] F. DE VITA, intervento nella seduta della Prima Sottocommissione del 10 settembre 1946.

dovere: dovere da non negligersi senza colpa – dovere di tutta la vita"[38]. Oltre alla dimensione personale (per cui l'adempimento dei doveri rende migliore colui che adempie), nella riflessione mazziniani è forte la consapevolezza di come il principio di educazione fondato sul dovere garantisca la coesione sociale, e quindi l'unità politica della nazione.

Al pensiero mazziniano si ispirò, questa volta esplicitamente, anche il Presidente della Commissione dei 75, Meuccio Ruini, che confessò come "i proponenti hanno aderito alla mia tenace insistenza perché in questo articolo si mettano insieme come lati inscindibili, come due aspetti dei quali uno non si può sceverare dall'altro, i diritti e i doveri. Concetto tipicamente mazziniano, che si era già affacciato nella Rivoluzione francese, ed è ormai accolto da tutti, è ormai assiomatico. Il segreto dell'articolo è qui"[39]. Non vi è da dubitare, al riguardo, che questa "tenace insistenza" abbia trovato fertile terreno tra gli esponenti democristiani, inclini a ritenere che la dimensione dei doveri dei singoli nei confronti delle diverse comunità intermedie, e attraverso esse allo Stato, fosse necessaria quanto la previsione di diritti.

Si può comprendere, sotto tale aspetto, come il principio di solidarietà sia stato ritenuto "via repubblicana all'unità politica"[40], in quanto grazie alla istituzionalizzazione dei doveri "si sviluppa la nozione moderna di cittadinanza, incardinata sul principio di nazionalità"[41].

Ciò pone tuttavia il problema del "primato" tra diritti e doveri (oppure, se si vuole, tra personalismo e solidarietà), strettamente connesso al modello di società che si intende realizzare (e quindi, potremmo dire, all'antropologia propria del disegno costituente). Zagrebelsky ha recentemente riproposto tale interrogativo, rilevando come "la primazia del diritto o del dovere delinea due etiche opposte che, nelle loro manifestazioni estreme, portano all'individualismo che disconosce le ragioni dell'insieme come tale, oppure al totalitarismo che disconosce le ragioni dell'individuo come tale", concludendo che "negli spazi pieni, saturi di interdipendenze, le ragioni dei doveri "*priment*" su quelle dei diritti"[42]. Qui sta il senso profondo dell'equilibrio proposto dai costituenti, in quella logica di stretta connessione tra

[38] G. MAZZINI, *I doveri dell'uomo*, Londra, 1860, 13-14.

[39] M. Ruini, intervento nella seduta dell'Assemblea del 24 marzo 1947. Sulla genesi del principio di solidarietà nell'art. 2 v., fra gli altri, D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO – D. BORGONOVO RE – F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà, principio d'eguaglianza. Un'introduzione*, Giappichelli, Torino, 2015, 60 ss.

[40] A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit., 2.

[41] E. GROSSO, *I doveri costituzionali*, in AIC (a cura di), *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Jovene, Napoli, 2010, 240. Analogamente F. Polacchini, *Doveri costituzionali*, cit., 149, ritiene che il vincolo di cittadinanza non è costruito tanto dai diritti, quanto dai doveri.

[42] G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 100.

personalismo e solidarietà di cui già si è detto: il tentativo fu proprio di realizzare "un'integrazione più profonda e non minimale tra il cittadino-persona e lo Stato-comunità"[43].

In definitiva, e con riferimento al titolo del nostro incontro di oggi, possiamo dire che nella concezione dei costituenti diritti e doveri non potevano costituire un *ossimoro*, ma – più che due facce della stessa medaglia, immagine che ne potrebbe sottolineare l'aspetto contrappositivo – due supporti che costituiscono ad un oggetto di stare in equilibrio. Un'immagine che potremmo ritenere utile per rappresentare ciò è il simbolo cinese del Tao, che richiama l'esigenza di un ordine armonico, nel quale i due termini che lo compongono (yin e yang) sono opposti ma non antitetici, ed anzi complementari. Così come i diritti e i doveri, secondo l'ideologia del nostro costituente.

4. Stante questo, dobbiamo domandarci se e in che modo la prospettiva del costituente si è realizzata nella storia del nostro Paese: la tesi che vorrei proporre (e che mi pare sufficientemente auto-evidente) è che nella vicenda repubblicana (ma, lo si ripete, questo discorso potrebbe non limitarsi alla prospettiva nazionale) si sia affermata ed "imposta" un'ideologia dei diritti, mentre la cultura dei doveri (o della responsabilità) è risultata recessiva. Perché questo è avvenuto? Proviamo a indicare, sinteticamente, alcune ragioni.

L'affermarsi di un'ideologia dei diritti e dell'esigenza di una loro tutela effettiva ha costituito un tratto distintivo dell'evoluzione delle società contemporanee: se da un lato, infatti, il dibattito sempre più ampio sui diritti dell'uomo può essere interpretato, secondo Bobbio, come un "segno premonitore" del progresso morale dell'umanità[44], d'altro canto va ricordato come altri (Sabino Cassese) hanno descritto le vicende attuali in termini, più che di un'"età dei diritti", di una "sagra dei diritti", caratterizzata da un "disaccoppiamento di diritti e doveri"[45].

L'evoluzione dei diritti nel corso degli ultimi decenni non è andata soltanto nella direzione che potremmo definire "verticale" (ovvero di "quali" diritti riconoscere e garantire), ma anche (e forse soprattutto) in quella relativa ai contenuti da ascrivere a ciascun diritto, i quali sono venuti infatti progressivamente arricchendosi, con riguardo ai diritti sociali ed al loro con-

[43] F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato*, cit., 213.

[44] N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, 49-50.

[45] S. Cassese, *La svolta. Dialoghi sulla politica che cambia*, il Mulino, Bologna, 2019, 185 ss., il quale osserva altresì come la celebre espressione di Hannah Arendt (il "diritto di avere diritti") sia stata utilizzata quale "motore generativo di nuovi diritti, una sorta di porta aperta, di *revolving door*", che va al di là di quanto era nelle intenzioni dell'autrice, che riferiva l'espressione alla migrazione di gruppi di popolazione tra le due guerre mondiali.

tenuto (ritenuto) essenziale. Ciò è avvenuto a seguito – e come conseguenza – di numerosi fattori, tra i quali, fra gli altri, il progresso delle conoscenze specie in ambito scientifico e tecnologico; un generale incremento della qualità della vita e delle esigenze ad essa correlate; un innalzamento dell'aspettativa di vita; e così via[46], con ripercussioni evidenti nell'opera di delimitazione degli ambiti e relativi confini propri di ciascun diritto. Così da far ritenere che l'avvento della "società postmoderna" ha comportato l'affermarsi di bisogni post-materialistici rispetto a quelli materialistici propri dell'epoca precedente la terza rivoluzione industriale: in generale, dunque, i diritti sono aumentati e continueranno a farlo, perché "l'infinito che ogni uomo cela in sé inevitabilmente comporta che i bisogni di ogni uomo siano infiniti, e dunque mai enumerabili in modo veramente esaustivo"[47]. Si comprende come la stessa categoria concettuale di "diritto" venga posta in discussione, con la tendenza "a trasformare i bisogni in diritti *tout court*, e a rovesciare sulle istituzioni pubbliche (o, se necessario, su alcune categorie di cittadini), … l'onere di soddisfare non solo bisogni reali, ma anche semplicemente esigenze collaterali o addirittura meri desideri, opportunamente tramutati in diritti"[48].

Detta espansione complessiva si è accompagnata con l'affermarsi di una dimensione prevalentemente individualistica dei diritti, accentuata anche dalle formulazioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo[49] e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea[50], oltre che, sul piano culturale e del dibattito pubblico, dal diffondersi di mentalità e concezioni ispirate da una prospettiva individualistica come auto-determinazione (cui non è estranea la stessa giurisprudenza costituzionale)[51] e intesa come libertà

[46] Rileva G. D'AMICO, *Stato e persona*, cit., 120 ss., come "la vocazione espansiva dei diritti si è manifestata in maniera particolarmente dirompente nell'ambito del c.d. biodiritto", proprio come conseguenza dei progressi della scienza medica.

[47] A. SPADARO, *Dai diritti "individuali" ai doveri "globali"*, Rubbettino, Soveria Monnelli, 2005, 29.

[48] F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, Mucchi Editore, Modena, 2018, 9.

[49] Sottolinea la "forte matrice soggettiva e individuale" della Cedu, da ultimo, A. DI MARTINO, *La doppia dimensione dei diritti fondamentali*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 10 giugno 2016, 50.

[50] E. ROSSI, *Tutela individuale e tutela collettiva dei diritti fondamentali europei*, in P. COSTANZO (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, De Ferrari, Genova, 2002, 167 ss.

[51] Di autodeterminazione si comincia a far riferimento nella giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. sentenza n. 307/1990 in materia di vaccinazioni obbligatorie, sebbene il suo riconoscimento più diretto ed esplicito sia nella sentenza n. 438/2008 in materia di consenso informato, ove si legge che detto consenso costituisce la "sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute". Che l'autodeterminazione, intesa come "il riconoscimento della capacità di scelta autonoma ed indi-

di realizzare ciò che conviene[52]: si tratta di temi impossibili a motivare adeguatamente in questa sede, ma che tuttavia possono essere dati per acquisiti almeno nella loro valenza complessiva. Di fronte a tale tendenza, come alla continua espansione dei diritti sopra richiamata, appare evidente come la dimensione solidaristica sia risultata contrastante e recessiva.

5. In secondo luogo, non può essere sottaciuta la storica diffidenza e sfiducia verso le istituzioni pubbliche, e lo Stato in particolare, nella storia del nostro Paese[53]. È ben noto come questo sentimento abbia radici profonde: nel bellissimo lavoro di Umberto Allegretti sulla storia costituzionale italiana si rileva, con riguardo alla fase dello Stato liberale, come "l'isolamento, e non di rado il disprezzo, sono stati il retaggio di questo stato, non sentito come proprio, né come benefico, da nessuna delle classi della società. Se infatti da un lato esso risulta lontano ed oppressore per i cattolici, per i contadini, per gli operai, per i socialisti, esso però non era però ben voluto neppu-

pendente dell'individuo", sia espressione di una logica individualistica non coerente con il disegno costituzionale è sostenuto da S. MANGIAMELI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in *Teoria del diritto e dello Stato*, 2009, n. 2-3, 258 ss; ed anche in www.forumcostituzionale.it, il quale critica una visione in termini individualistici della libertà di autodeterminarsi proprio in ragione del disposto costituzionale che, al pari delle altre costituzioni del secondo dopoguerra, si è fatto carico "di disciplinare puntualmente diritti e libertà, valorizzando il contesto sociale in cui la persona umana si sviluppa e la comunità adempie all'obbligo di solidarietà", e dove pertanto i comportamenti individuali, avendo sempre un rilievo comunitario, "devono essere considerati ammissibili, o meno, in relazione alla visione antropologica positivizzata dalla Carta costituzionale". Analogamente L. ANTONINI, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Giuffré, Milano, 2012, 30 ss., per il quale il ricorso al principio di autodeterminazione risulta "estremamente influenzato dalla logica individualista estranea alla Costituzione italiana, esso racchiude una forza espansiva che non tiene conto di alcuni dati salienti del nostro contesto costituzionale, tra i quali il personalismo, il principio democratico e, se si vuole, quello dell'uguale dignità". Sulla difficile convivenza tra diritto alla salute e principio di autodeterminazione v. A. SANTOSUOSSO, *Autodeterminazione e diritto alla salute. Da compagni di viaggio a difficili conviventi*, in *Notizie di Politeia*, 1997, 38, nonché, da ultimo, A. CARMINATI, *Libertà di cura e autonomia del medico. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2018, in part. 167 ss.

[52] Su tale aspetto, e per contestare che esso derivi dalla tradizione liberale, cfr. G. AMATO, *Libertà: involucro del tornaconto o della responsabilità individuale?*, ora in ID., *Le istituzioni della democrazia*, il Mulino, Bologna, 2015, 169 ss. Anche G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, cit., 9, sottolinea come i doveri costituiscono testimonianze "di un'idea di comunità solidale in via di dismissione perché in evidente dissonanza con la dimensione individualista, appropriativa e proprietaria, del neoliberalismo e di certe sue retoriche dei diritti fondamentali".

[53] V. L. VIOLANTE, *Il problema italiano dell'unità politica*, in ID., *Il dovere di avere doveri*, cit., 109 ss.

re dai ceti che maggiormente ne beneficiavano"[54]. Ma tale diffidenza, avverte Allegretti, sorge ben prima della nascita dello Stato liberale: occorre risalire, Egli afferma, ad "una tradizione più remota, dell'età che va dal '500 al '700 e che ha visto in Italia svilupparsi in forme particolari lo stato dell'epoca cetuale ed assolutistica"[55].

Questo atteggiamento non è certo venuto meno nell'epoca repubblicana, malgrado alcuni apprezzabili tentativi di rafforzare il "patriottismo costituzionale"[56], messi in opera anche dalle massime istituzioni repubblicane (si pensi in particolare all'opera svolta dal Presidente della Repubblica C. A. Ciampi[57], che peraltro potrebbe essere letta come conferma della carenza o assenza di detto patriottismo nel comune sentire). Anzi le vicende dei primi anni Novanta, legate all'emergere di un diffuso sistema di corruzione nelle istituzioni politiche e nei partiti, hanno rinvigorito quel senso di (profonda) sfiducia dei cittadini nei confronti dello Stato, visto e percepito dai più in un tutt'uno con la "politica" (a sua volta identificata con la "casta"), per farne il bersaglio di un clima di profonda sfiducia complessiva[58]. Conseguenza di ciò è che assai diffusa è la convinzione che "non valga la pena" essere solidali quando la solidarietà è "per lo Stato" (o comunque questi vi è coinvolto): ne sono sintomi la crescente disaffezione verso il momento elettorale (espressa dall'aumento dell'astensionismo al voto), come anche la percezione fortemente negativa del dovere di solidarietà fiscale. In relazione a quest'ultimo, merita sottolineare come uno dei due valori intrinseci alla disposizione contenuta nell'art. 53 Cost., ovvero il valore dell'*interesse fiscale* inteso "come l'interesse della comunità generale di reperire le risorse necessarie per le finalità pubbliche"[59], sia andato perdendo il proprio senso nella percezione

[54] U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, il Mulino, Bologna, 1989, 277.

[55] U. ALLEGRETTI, *op. cit.*, 282.

[56] In tema W. BARBERIS, *Il bisogno di patria*, Einaudi, Torino, 2010.

[57] S. ROSSI, *La Presidenza Ciampi nel segno del patriottismo costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 25 settembre 2006.

[58] Osserva A. PIZZORUSSO, *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*, Einaudi, Torino, 1996, 39, che dalla "rivoluzione giudiziaria" dei primi anni Novanta non è emersa "un'ispirazione capace di ancorare questa vicenda a un nuovo ciclo della vita nazionale che, se si fosse sviluppato, avrebbe potuto assumere la portata di un 'nuovo Risorgimento'" ma che anzi da essa sono nate spinte a negare sostegno alle forze antifasciste che avevano posto le basi della Costituzione repubblicana. Secondo il Rapporto Eurispes che misura il grado di fiducia dei cittadini italiani nei confronti di una serie di istituzioni, nel 2013 il Parlamento ha toccato il punto più basso nella stima degli italiani (9%), di poco superiore soltanto ai partiti politici (7,3%), e a fronte – ad esempio – di un 44% per la Presidenza della Repubblica e di un 42% per la Magistratura. Nel corso degli anni successivi i dati sono migliorati, ma Parlamento e partiti continuano a rimanere in ultima posizione nell'indice di fiducia dei cittadini.

[59] C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*,

comune (ove esso viene percepito, al contrario, come lo strumento mediante il quale lo Stato "mette le mani nelle tasche degli italiani"). Peraltro la stessa giurisprudenza costituzionale non ha aiutato in tal senso, se è vero quanto è stato osservato che quella riguardante i doveri tributari "mostra un progressivo appannamento dei nessi tra concorso alla spesa pubblica e solidarietà"[60].

Anche il superamento (di fatto) della leva obbligatoria (realizzato dalla legge n. 331 del 2000 in conseguenza dei cambiamenti negli equilibri mondiali e delle modalità di difesa in reazione a diverse modalità di attacchi bellici[61]) ha avuto l'effetto di eliminare quello strumento (il servizio militare) che, in modo peraltro discutibile, aveva in certe circostanze prodotto l'effetto di alimentare il senso di appartenenza alla comunità statale da parte dei soggetti obbligati.

Il servizio civile nazionale, recentemente ribattezzato "universale" dal legislatore[62], potrebbe svolgere questa funzione "di integrazione e di formazione alla cittadinanza", come affermato anche dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 119 del 2015, consentendo a chi lo svolge "di realizzare i doveri inderogabili di solidarietà e di rendersi utili alla propria comunità, il che corrisponde, allo stesso tempo, ad un diritto di chi ad essa appartiene". Affermazioni importanti, che sono utili anche a concettualizzare la relazione tra doveri e diritti[63], ma che tuttavia appaiono eccessivamente ottimistiche in considerazione dell'analisi della prassi sull'effettivo svolgimento di tale servizio, che non soltanto è assai poco "universale" in quanto riservato ad una parte di coloro che ne fanno richiesta[64], e che oltretutto viene esercitato in

Giuffré, Milano, 2011, 11. In ordine alla giustificazione "comunitaria" del dovere tributario v. già L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 158 ss.

[60] G. BASCHERINI, *Doveri costituzionali*, cit., 7, che richiama Corte cost. n. 351 del 2000 come espressiva della tendenza ad accentuare i richiami a una solidarietà economica verticale (del singolo nei confronti della pubblica amministrazione) piuttosto che orizzontale, cioè nei confronti degli altri membri della collettività.

[61] V., da ultimo, G. BASCHERINI, *Il dovere di difesa nell'esperienza costituzionale italiana*, Napoli, Jovene, 2017, 167 ss.

[62] Legge n. 106 del 2016, attuata con d. lgs. 6 marzo 2017 n. 40, modificato con d. lgs. 13 aprile 2018 n. 43.

[63] A. RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista Aic*, n. 4/2015, 33,

[64] Si deve infatti considerare che il numero di persone "ammesse al servizio" (espressione che dovrebbe considerarsi ossimorica, se tale "servizio" costituisce adempimento di un "dovere"!) è legato ai fondi pubblici statali messi annualmente a disposizione: e tali fondi, di poco superiori ai 200.000.000 con riferimento agli anni 2016 e 2017, consentono di ammettere una percentuale assi ridotta di giovani interessati (ad esempio nel 2015, a fronte delle oltre 90.000 domande presentate, sono stati avviati al servizio poco più di 15.000 giovani; nel 2016, a fronte di poco più di 148.000 domande, i giovani avviati al servizio sono stati poco più di 30.000).

forme e modalità tali da rendere perlomeno problematico il raggiungimento degli obiettivi indicati.

6. Ai due motivi che si sono prospettati se ne deve aggiungere un altro, che riguarda in particolare i doveri connessi ad una dimensione economica (e tra questi, *in primis*, ovviamente l'obbligo tributario). La diffusione del benessere in condizioni di diseguaglianza, con crescenti squilibri e conseguente aumento della forbice tra "ricchi e poveri" porta i più (titolari nel complesso di una minima percentuale della ricchezza complessiva) a ribellarsi all'idea di dover essere solidali. L'obiettivo, sin qui mancato (o perlomeno non soddisfacentemente realizzato), dell'uguaglianza sostanziale ha come evidente conseguenza l'attenuazione di una sensibilità solidaristica[65]. Morelli, richiamando la lezione di Lombardi, afferma che "l'integrazione (e, dunque, l'unità politica dell'ordinamento) presuppone che, in seno alla società, non si superi un certo livello di diseguaglianza, anche nel godimento dei diritti di libertà negativa e positiva. In un contesto di forti disparità sociali ed economiche, non è pensabile, infatti, che la solidarietà possa affermarsi e diffondersi svolgendo proficuamente la sua funzione di 'connettore ordinamentale'"[66]. Anche in questo caso il tema meriterebbe ben diverso sviluppo: ma deve osservarsi, ad un livello forse eccessivamente superficiale, che la mancanza di limitazioni poste all'arricchimento personale (se non quelle derivanti dall'attuazione del principio costituzionale di progressività nel prelievo fiscale, peraltro sottoposto a possibile tensione dalla paventata introduzione della *flat tax*) contribuisce a produrre non soltanto un'evidente inattuazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., come meglio si dirà, ma anche – per quel che interessa qui – l'espandersi di quella mentalità per la quale ognuno ritiene che vi siano sempre "altri" più ricchi e benestanti, e quindi maggiormente obbligati di sé ad essere solidali nei confronti degli altri (e verso lo Stato in particolare). Tutto ciò vale in generale e in qualunque momento storico[67]: ma è ovviamente accentuato in tempi di crisi

[65] Sulla connessione tra principio di solidarietà e art. 3, secondo comma, Cost., v., tra gli altri, F. GIUFFRÉ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, cit., 93 ss. nonché, per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, in termini espliciti la sentenza n. 500 del 1993. Sottolinea A. Ruggeri, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie delle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, come "solidarietà ed eguaglianza, unite saldamente assieme, costituiscono la prima e più efficace risorsa di cui l'ordinamento dispone al fine di potersi trasmettere integro nel tempo, alle generazioni future".

[66] A. MORELLI, *I principi costituzionali*, cit., 23.

[67] Opportunamente osserva P. COSTA, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Mucchi Editore, Modena, 2018, come "il contrasto fra il mantenimento della stratificazione socio-economica e la spinta alla riduzione delle differenze e all'abbattimento delle discriminazioni"

economica, ove la differenziazione tra diritti e doveri in base alle condizioni personali, patrimoniali, lavorative, ecc. pone un'esigenza ancora più forte di "dosaggi": in sostanza, se una persona ha più diritti, forse ha (dovrebbe avere) anche più doveri.

7. Un ulteriore tema che deve essere considerato per comprendere le cause di indebolimento della logica solidaristica nell'atteggiamento del cittadino nei confronti delle istituzioni pubbliche cui appartiene, riguarda (e non sembri un paradosso) un incremento del senso di fiducia diffusa nei confronti delle "organizzazioni della solidarietà". Provo a spiegarmi.

Il nostro Paese ha, nella propria storia anche meno recente, conosciuto e favorito l'attività di numerose organizzazioni che, senza fine di lucro, sono state costituite per realizzare azioni di utilità sociale: anzi possiamo dire che proprio nel nostro Paese questo tipo di enti ha le sue radici storiche più profonde (si pensi, ad esempio, alla "Confraternite di Beneficenza", già presenti in epoca medievale quali enti privati costituiti con finalità di solidarietà, allo scopo di organizzare servizi di assistenza e cura delle persone, ed in particolare di quelle più deboli)[68]. Tali organizzazioni sono state oggetto, nel corso degli ultimi venti anni, di una disciplina legislativa consistente, ancorché disorganica (leggi sul volontariato, sulle cooperative sociali, sulle associazioni di promozione sociale; decreto legislativo sulle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, e così via): una legislazione finalizzata a far "emergere, dall'indifferenziata ed ampia area delle formazioni sociali, un sottoinsieme di enti che presentano caratteristiche omogenee di meritevolezza quanto a finalità perseguite, ambito di attività e modalità di svolgimento, tutti aspetti da commisurare rispetto ai principi ed ai valori costituzionali"[69]. Tra tali caratteristiche di meritevolezza, il legislatore ha quasi costantemente valorizzato il requisito delle finalità di solidarietà come tratto costitutivo degli enti che andava a regolare[70]: la stessa Corte costituzionale, come si ricorderà, af-

costituiscano delle costanti della storia occidentale a partire dalle rivoluzioni del secondo Settecento fino ai giorni nostri.

[68] Cfr. E. BRESSAN, *Percorsi del Terzo settore e dell'impegno sociale dall'Unità alla Prima guerra mondiale*, in E. ROSSI – S. ZAMAGNI (a cura di), *Il Terzo settore nell'Italia unita*, Il Mulino, Bologna, 2011, 23 ss.; P. CONSORTI - L. GORI – E. ROSSI, *Diritto del terzo settore*, il Mulino, 2018, 15 ss.

[69] L. GORI, *Il sistema delle fonti nel diritto del Terzo settore*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, 8.

[70] P. CONSORTI, *Legislazione del Terzo settore. Le norme sul non-profit, il volontariato, la cooperazione sociale ed internazionale*, Plus, Pisa, 2005, 12; ID., *Elementi per una definizione giuridica di Terzo settore*, in *Il Codice del Terzo settore. Le norme in materia di non-profit e volontariato*, La Tribuna, Piacenza, 2003, 33-60.

fermò in una celebre sentenza che il volontariato costituisce "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"[71]. Affermazione divenuta celebre, in quanto ha condotto anche ad una rilettura dello stesso art. 2 Cost. svincolando la solidarietà dalla limitativa connessione con la previsione di doveri, per aprire ad essa spazi di intervento che investono anche le dimensioni della volontarietà e della libertà (impostazione confermata dalla sentenza n. 228 del 2004 e, più recentemente, dalla sentenza n. 171 del 2018).

La disciplina legislativa che ha ridefinito quell'insieme di enti ed organizzazioni oggetto della normativa richiamata come "Terzo settore" (legge 6 giugno 2016 n. 106, attuata con d. lgs. 3 luglio 2017 n. 117, contenente il "Codice del Terzo settore"), ne ha anche ridefinito la nozione, mantenendo il riferimento alle finalità di solidarietà pur non individuandolo come esclusivo (la formulazione legislativa richiama genericamente "finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale"). Al di là comunque di tale revisione, va rilevato il dato di cui l'approvazione del "Codice" è chiara testimonianza: nel nostro Paese è particolarmente diffuso un tessuto sociale mediante il quale le persone realizzano attività di interesse generale per finalità di solidarietà. Ciò peraltro è reso evidente anche dall'introduzione nel testo costituzionale, con la riforma del 2001, dell'ultimo comma dell'art. 118 Cost.: il quale, come è stato detto, "apre spazi inediti anche per quanto riguarda la realizzazione dei doveri inderogabili nell'ambito di quelle attività di interesse generale cui ha riguardo la disposizione"[72].

La solidarietà riguarda tuttavia il Terzo settore non soltanto come elemento fondamentale del suo riconoscimento (come ora ribadito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 185 del 2018), ma anche come ispirazione dell'azione di sostegno – e quindi come strumento per la realizzazione di attività solidaristiche – da parte di altri soggetti privati, non direttamente coinvolti nelle organizzazioni: si pensi, ad esempio, alle diverse attività di "raccolta fondi" per ragioni umanitarie (dalle campagne realizzate con messaggi telefonici – gli "SMS solidali"! – a quelle compiute con manifestazioni artistiche, sportive e così via, alle forme di "adozione a distanza" ed altre ancora). Attività che riscuotono un notevole consenso, e che non sono peraltro oggetto di specifica normativa di regolazione[73].

[71] Corte cost. n. 75 del 1992.

[72] G. TARLI BARBIERI, *Doveri inderogabili*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffré, Milano, 2006, 2072.

[73] Va segnalato che, proprio per ovviare a tale carenza di regolazione, l'Agenzia per le Onlus approvò nel 2010 apposite "Linee guida per la raccolta fondi" (consultabili ora sul sito

In che modo questa disponibilità diffusa alla solidarietà "privata" si pone in relazione con il tema che stiamo affrontando, e in particolare con la solidarietà connessa all'adempimento dei doveri costituzionali? In generale possiamo dire che difficilmente i doveri posti dall'ordinamento sono vissuti dagli interessati come espressione della necessaria solidarietà verso la società: si pensi alla "solidarietà fiscale" che viene rifuggita e osteggiata[74], pur in presenza, come si è detto, di una solidarietà (anche di tipo economico) spontanea e quindi "liberale". Con l'ulteriore possibile paradosso di contribuenti che non avvertono la contraddizione tra un comportamento di evasione fiscale e una contemporanea generosità nelle erogazioni liberali (comportamento complessivo che probabilmente molti ritengono anzi moralmente lecito e coerente). Proprio l'impegno nei confronti di una solidarietà "privata" è giustificazione (sul piano morale) per il non adempimento dei doveri di solidarietà pubblica: qui si apre un altro interrogativo, peraltro, legato alla percezione complessiva dei doveri costituzionali come espressione di solidarietà. In altri termini: quanto i doveri di voto, di istruirsi, di svolgere un'attività o una funzione di cui all'art. 4 Cost., e così via, sono percepiti dagli interessati come strumentali alla logica di solidarietà che deve collegare il cittadino con la Repubblica?

In sostanza, credo si possa affermare, riprendendo ancora le considerazioni di Zagrebelsky[75], che il dovere verso il potere (comunque questo sia inteso) viene rifuggito, mentre il dovere verso i contemporanei (che è "giustizia") viene vissuto come impegno da rivolgere non verso lo Stato ma verso le formazioni sociali di cui "ci si fida".

Per queste ragioni si è prospettata l'ipotesi iniziale, ovvero che il diffondersi di pratiche di solidarietà a livello "orizzontale" e spontaneo non ha (o non ha ancora …) favorito il rafforzamento delle ragioni di solidarietà del singolo verso il "tutto": in altri termini, possiamo ritenere che quella logica "a cerchi concentrici" immaginata dai costituenti – e da quelli cattolici in particolare – non si è sin qui realizzata, in quanto è mancato l'ultimo passaggio che si immaginava dovesse compiersi, ovvero quello tra le comunità

www.presidenza.governo.it), che peraltro riguardavano, senza valore vincolante, soltanto le Onlus e non quindi gli altri enti che non avessero detta qualifica.

[74] Eppure si dovrebbe ricordare, e far ricordare, che "il dovere di concorso ai carichi pubblici non si comprende e non si giustifica se non in un'ottica costituzionale più ampia di quella dell'art. 53, ovvero in una visione valoriale e in una prospettiva di crescita umana – materiale e spirituale – che il prelievo fiscale rende possibile e realizzabile" (così C. BUZZACCHI, *La solidarietà tributaria*, cit., 19): una prospettiva che pare assai distante dalla percezione che i cittadini sembrano avere oggi del sistema tributario.

[75] G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 94 ss., che distingue tra doveri di giustizia (nei confronti dei contemporanei) e doveri verso l'umanità e la salvaguardia delle condizioni ambientali (nei confronti delle generazioni future).

intermedie e lo Stato[76]. La solidarietà è rimasta "confinata" nell'ambito delle comunità intermedie, che non sempre hanno favorito il flusso verso le istituzioni pubbliche ma che anzi, al contrario, hanno agito spesso come *argine* (anche mediante atteggiamenti contrappositivi) nei confronti delle istituzioni pubbliche[77]. La ricorrente polemica distinzione tra Stato e "società civile" è significativa di ciò che si ritiene di affermare.

8. Altre ragioni possono essere considerate per spiegare le difficoltà di una diffusione adeguata dalla tensione solidaristica nella società attuale: una di queste ha sicuramente a che vedere (e non solo in Italia!) con la crescita del fenomeno immigratorio. Le reazioni nei confronti di esso da parte dei residenti (non necessariamente *cittadini* dei Paesi di insediamento), soprattutto in una fase storica ed economica di riduzione delle risorse economiche per la garanzia dei diritti (sociali in particolare), hanno indotto molti a circoscrivere il perimetro della solidarietà: la solidarietà verso i vicini (identificati talvolta come "gli italiani", talvolta come quelli del proprio territorio più ristretto – i "padani" –, e comunque con i propri simili e appartenenti alla medesima "identità"[78]) è messa in contrapposizione con la solidarietà verso i "lontani" (gli immigrati, i meridionali, ecc.), e diventa ragione giustificatrice di comportamenti anti-solidaristici nei confronti di questi ultimi. In altri termini, sembra emergere una solidarietà che nell'affermarsi e giustificarsi come *includente* verso i propri simili, si legittima come *escludente* nei confronti degli altri (*America first*, "prima gli italiani", ecc.): non si tratta di un fenomeno del tutto nuovo (la riflessione sociologica e politologica ha da tempo messo in luce come la solidarietà nei confronti di qualcuno si caratterizzi spesso come solidarietà contro altri[79]), e che tuttavia non deve essere

[76] E questa è stata anche la chiave di lettura con cui storici come P. SCOPPOLA (ne *La Repubblica dei partiti*, il Mulino, Bologna, 1997) hanno ricostruito il percorso che dopo il '43 portò alla Repubblica e alla Costituzione, con l'idea che l'iniziativa dal basso potesse essere feconda anche in vista di una ricostruzione dello Stato. Ciò peraltro non deve far dimentica il ruolo svolto dalle formazioni sociali (e di alcune tra esse in particolare) nello sviluppo dell'istanza partecipativa come fondamento della democrazia in Italia: su ciò v., fra gli altri, G. AZZARITI, *Democrazia partecipativa: cultura giuridica e dinamiche istituzionali*, in *Costituzionalismo.it.*, 2009.

[77] Sul tema v., ora, E. BATTELLI, *Il ruolo dei corpi intermedi nel modello italiano di società pluralista*, in *Politica del diritto*, n. 2/2018, 259 ss., il quale conclude auspicando che i corpi intermedi recuperino la propria "vocazione civile" per "tornare al loro ruolo originario di organismo di prossimità tra cittadino e Istituzioni, capaci di creare reti, innanzitutto di fiducia, tra la sfera pubblica, i nuovi settori e le emergenti categorie sociali" (pag. 292).

[78] Cfr. su questo punto, da ultimo, G. CERRINA FERONI, *Diritto costituzionale e società multiculturali*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

[79] Cfr., ad es., R. ZOLL, *Solidarietà*, in *Enc. sc. soc. Treccani*, 8, Roma, 1998, 240, che richiama sul punto le considerazioni di R. Michels del 1914.

dato per acquisito e scontato. Sia perché se è vero che ogni forma di solidarietà tende a privilegiare alcuni ambiti a discapito di altri (si pensi all'intensità delle relazioni familiari rispetto alla solidarietà vissuta con chi è esterno alla famiglia), nondimeno non è inevitabile che la solidarietà verso gli esterni si caratterizzi come "contro" qualcuno; sia anche perché mi pare che nel momento presente quella contrapposizione sia particolarmente accentuata, in una qualche analogia con la torsione che si è verificata in relazione al concetto di cittadinanza: il quale, come segnalava qualche anno fa Valerio Onida[80], è nato in funzione uguagliatrice rispetto agli antichi trattamenti differenziati ed è diventato una delle più significative disuguaglianze giuridiche che sopravvivono al progresso della civiltà. Un percorso analogo a quello che possiamo constatare nei riguardi della solidarietà: da fattore di coesione a fattore di esclusione.

Il tema del rapporto tra diritti/doveri degli stranieri e diritti/doveri dei cittadini italiani pone certamente problemi non semplici, da affrontare nella logica della ricerca di un bilanciamento ragionevole: non solo tra diritti da riconoscere alle diverse categorie di stranieri, ma anche tra i diritti di questi ultimi (complessivamente intesi) e i diritti dei cittadini[81]. Il tema è molto vivo, anche nel dibattito pubblico attuale, e sebbene sia per lo più posto in relazione alla dicotomia indicata (vale a dire cittadini-stranieri), in verità andrebbe diversamente declinato, anche alla luce della giurisprudenza costituzionale. Occorre infatti ricordare come alla "cittadinanza legale" sia contrapposto un concetto di "cittadinanza sociale" o "attiva", "costruita più che sul legame etnico della nascita, sull'apporto dato allo sviluppo dei valori civili della comunità dove il soggetto viene a svolgere la propria vita e a esercitare il proprio lavoro"[82]. Una cittadinanza da qualcuno definita "costituzionale"[83] e che è fondata "sulla residenza e sull'inserimento della persona nella

[80] V. ONIDA, *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, in AIC (a cura di), *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, cit., 8-9.

[81] Cfr., in termini generali, F. BIONDI DAL MONTE, *Dai diritti sociali alla cittadinanza. La condizione giuridica dello straniero tra ordinamento italiano e prospettive sovranazionali*, Giappichelli, Torino, 2013, in part. 217 ss. Sui diritti e doveri degli stranieri v. anche A. RUGGERI, *Note introduttive ad uno studio sui diritti e i doveri costituzionali degli stranieri*, in *Rivista AIC*, n. 2/2011.

[82] Sul punto cfr. E. CHELI, *Diritti fondamentali degli immigrati: premesse costituzionali*, in R. PISILLO MAZZESCHI – P. PUSTORINO – A. VIVIANI (a cura di), *Diritti umani degli immigrati. Tutela della famiglia e dei minori*, Napoli, 2010, 6; nonché, da ultimo, F. BIONDI DAL MONTE, *Radicamento territoriale e accesso dei minori agli asili nido*, in corso di pubblicazione in *Studium Iuris*, 2019.

[83] Cfr. L. RONCHETTI, *La "cittadinanza costituzionale" degli stranieri: una questione d'efficacia costituzionale*, in AA.VV., *La Repubblica e le migrazioni*, Milano, 2014, 31 ss.; A. LOLLO, *Eguaglianza e cittadinanza. La vocazione inclusiva dei diritti fondamentali*, Giuffré, Milano, 2016, 142 ss.

comunità nazionale di uno Stato di cui non è cittadino"[84]. L'insieme di tali "cittadini di fatto" costituisce quella "comunità di diritti e doveri, più ampia e comprensiva di quella fondata sul criterio della cittadinanza in senso stretto", cui ha fatto riferimento anche la Corte costituzionale nella sentenza n. 172 del 1999, con il ritenere appartenenti a tale comunità di diritti e doveri anche gli apolidi[85].

Se dunque si può ritenere che nei confronti degli appartenenti ad essa valgano i legami di solidarietà orizzontale definiti dalla Costituzione, diversamente si ritiene (nella mentalità comune, se non anche nelle ricostruzioni giuridiche) che essi non valgano nei confronti degli "altri": in verità, se ben si considera questo punto, l'alternativa che sembra porsi è tra il livello di benessere che chi sta dentro quella comunità ha acquisito (non necessariamente per meriti personali, quanto per discendenza, per contesti familiari, per garanzia del welfare state e così via) e i diritti di coloro che stanno fuori e che aspirano a far parte di tale "comunità di diritti e doveri". Tralasciando di considerare le prospettive più radicali e talvolta volgari del dibattito politico, anche quelle meno negative nei confronti dei non cittadini (o dei non residenti) pongono il problema nei termini indicati: ovvero che è possibile garantire diritti agli stranieri nella misura in cui ciò risulti compatibile con il mantenimento di uno standard di vita quale quello che ciascun cittadino ("sostanziale") si è guadagnato (o che comunque ritiene di poter effettivamente raggiungere). Detto ancora in altri termini: il diritto dello straniero può essere garantito solo se compatibile con il livello di benessere cui un cittadino può aspirare; ovvero, non si può imporre a un cittadino una diminuzione del proprio livello di benessere neppure allorché ciò sia funzionale alla garanzia di diritti fondamentali dei non cittadini.

Tale posizione, che si è cercato di riportare in termini oggettivi, richiede tuttavia un approfondimento critico, anche in funzione del tema che qui si affronta: come è stato ampiamente osservato negli studi costituzionalistici, una corretta operazione di bilanciamento tra diritti presuppone che essi non siano assiologicamente "sbilanciati". In altri termini, per limitare o addirittura ignorare i diritti che si legano ad esigenze fondamentali di vita (cibo, salute, sopravvivenza), invocati da molti degli immigrati, non vale opporre

[84] Sul punto cfr. B. NASCIMBENE, *Cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanza di residenza. Recenti profili*, in AA.VV., *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida*, Giuffré, Milano, 2011, 1307.

[85] Sottolinea giustamente A. APOSTOLI, *La svalutazione*, cit., 43, come la nozione indicata dalla Corte attiva meccanismi di inclusione a fronte di quelli "escludenti" emergenti dalla cittadinanza. Per C. NARDOCCI, *Corte costituzionale, sentenza n. 119 del 2015: quando l'integrazione degli "altri" passa dai doveri*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2015, 1005, la decisione della Corte consente di superare un concetto di comunità di tipo "etnico" ad una concezione di comunità "civica".

l'esigenza di garantire beni della vita "superflui", pretendendo una loro tutela privilegiata rispetto ai primi soltanto perché rivendicati dai "cittadini"[86].

Tutto ciò riguarda il tema in esame in quanto investe entrambi i versanti della solidarietà: sia quella "pubblica" (dello Stato e delle altre istituzioni pubbliche che costituiscono la Repubblica) che quella "fraterna" o orizzontale. La prima, in quanto investe le scelte dell'ordinamento e la connessa garanzia dei diritti fondamentali di ciascuna persona in quanto tale[87]; la seconda, perché connessa ai destinatari del dovere di solidarietà che ciascuna persona che fa parte del nostro ordinamento è chiamata ad adempiere.

9. Un ultimo aspetto vorrei indicare, seppur per cenni, in relazione alla difficoltà del tempo attuale di considerare e valorizzare la logica della solidarietà. Sebbene anche tale punto richiederebbe un livello di analisi ben maggiore di quello che qui è possibile svolgere, possiamo ritenere che alcune attuali tendenze populistiche inducano a far prevalere una cultura dei diritti piuttosto che una cultura dei doveri. Semplificando al massimo, il populismo, "caratterizzato dal fatto di sfruttare il malessere, l'ansia e la frustrazione di determinate categorie di soggetti con parole d'ordine anti-politiche"[88] - si basa, per sua stessa natura, su una drastica semplificazione del discorso politico. Essendo quindi tale semplificazione un togliere – *rectius*, nascondere, o comunque sottovalutare – alcuni termini di ciascuna questione, ed essendo ovviamente il discorso politico volto all'attrazione di consenso, è facile dedurre come esso mirerà a sottovalutare (se non addirittura a nascondere) il richiamo alla necessità di adempimento dei doveri[89]. E ciò ha effetti anche sulla concezione dei diritti, la quale esce svilita dal fatto che essi non sono inseriti in una trama complessa (di reciproca solidarietà), quanto piuttosto schiacciati su una logica meramente rivendicativa. Ma vi è un altro aspetto del c.d. populismo che impatta sulla logica della solidarietà nei rapporti tra cittadino e Stato: il sostanziale venir meno del ruolo di mediazione svol-

[86] E. ROSSI – F. BIONDI DAL Monte, *Ospitalità, diritti e immigrazione*, in C. VIGNA (a cura di), *Il dovere dell'ospitalità*, Orthotes Editrice, Napoli – Salerno, 2018, 59 ss.

[87] Occorre sempre richiamare, al riguardo, quanto affermò la sentenza n. 105 del 2001 della Corte costituzionale: "I diritti che la Costituzione proclama inviolabili spettano ai singoli non in quanto partecipi di una determinata comunità politica, ma in quanto esseri umani".

[88] Così, da ultimo, M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in AIC (a cura di), *Democrazia, oggi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2018, 5.

[89] Questo aspetto vale a differenziare, anche sul piano concettuale, il populismo attuale – che pure prende le mosse da una nozione forte di comunità "immaginata" – dalle ideologie della prima metà del Novecento.

to in passato dai partiti politici tra società e sistema politico[90] ha prodotto il diffondersi di una mentalità, sempre più diffusa, che considera lo Stato e i suoi rappresentanti come un "covo di malfattori", contrapposto ad una società civile nella quale fioriscono le virtù: e ciò evidentemente ostacola frontalmente la concezione dello Stato stesso come istituzionalizzazione – pur perfettibile – della comunità dei cittadini, alla quale tutti sono tenuti a contribuire nelle varie forme previste dall'ordinamento[91].

10. Non possiamo sottacere, infine, alcune dimensioni di natura prospettica, che non offrono soluzione agli interrogativi posti dalla attuale situazione ma aprono ulteriormente l'orizzonte a condizioni da considerare.

Mi pare in primo luogo che, soprattutto in tempi di crisi economica, ma più in generale in situazioni in cui non è possibile garantire livelli di benessere a tutti i consociati, emerga l'esigenza di nuove declinazioni della solidarietà. La prospettiva, rilevata recentemente da Zagrebelsky, di diritti accampati da chi può nei confronti di chi non può[92], o comunque a prescindere dalla garanzia dei diritti di chi non può, deve essere affrontata in termini nuovi. La logica sottesa al brocardo *qui iure suo utitur neminem laedit*, ripresa ed applicata nel nostro ordinamento, deve essere riconsiderata, alla ricerca di nuove compatibilità coerenti con l'assetto pluralista del nostro Stato costituzionale[93]: se una persona vive nel lusso (legittimamente) e un'altra (vicina o anche "lontana") non ha il necessario per vivere, il fatto che il comportamento della prima sia rispettoso delle norme giuridiche non vale a giustificarla: non sicuramente in termini morali, ma forse neppure in termini giuridici. Molto bene ha espresso questo concetto Giuliano Amato, individuando nei doveri la "fonte di una non invalicabile misura che i diritti già dal loro interno devono avere, per tener conto della solidarietà e delle sue esigenze"[94]; mentre Antonio D'Aloia ha detto di "diritti che incorporano il

[90] Su cui, da ultimo, L. FERRAJOLI, *Democrazia e populismo*, in AIC (a cura di), *Democrazia, oggi*, cit., 64 ss., che ritiene questa "la vera, gravissima questione costituzionale odierna, pregiudiziale a tutte le altre ma stranamente trascurata dal dibattito politico".

[91] Ancora M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione*, cit., 10, ritiene che la partecipazione dei cittadini "richiede che il naturale "egoismo" degli individui e dei gruppi sia bilanciato dal sentimento di appartenenza alla comunità, si chiami esso senso civico o capitale sociale".

[92] G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, cit., 7 ss.

[93] Come afferma F. PALLANTE, *Per scelta o per destino?*, cit., 150, un pluralismo equilibrato richiede che si eviti di privilegiare gli interessi particolari a scapito dell'interesse generale: il contrario "significherebbe il venir meno di quelle ragioni di convivenza plurale che si collocano all'origine dello Stato costituzionale".

[94] G. AMATO, *Guasto è il mondo, meno libertà?*, in ID., *Le istituzioni della democrazia*, cit., 188. In senso critico verso una concezione che consideri i doveri "come contrappeso e limite a un'insostenibile espansione della dimensione dell'interesse privato dei singoli su

tema della responsabilità verso gli altri (…), la necessità di rivendicarli e di usare le risorse che sono l'oggetto di quei diritti in modo sostenibile, ragionevole, non eccessivo, custodiale"[95]. Alla luce di tale prospettiva, Giuseppe Ugo Rescigno ha recentemente riposto, in relazione a ciò, la tesi sulla incompatibilità costituzionale, *ex* art. 3 secondo comma Cost., dell'assenza di un limite massimo al reddito che un individuo può raggiungere (come anche ai beni di cui può essere proprietario), ritenendo che di fronte a ciò "non si può dire con un minimo di decenza e di verità che questo andamento sta realizzando gli obiettivi del secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione, quando è ovvio che queste estreme differenziazioni in termini di reddito e di proprietà non solo non hanno tolto gli ostacoli di ordine economico e sociale ma li hanno resi ancora maggiori"[96]. Il discorso, come è evidente, andrebbe approfondito – soprattutto nella direzione degli strumenti giuridici che potrebbero essere immaginati per dare concretezza a quanto detto - come in questa sede non è possibile fare: basti però indicare come una nuova declinazione della solidarietà nei termini indicati dovrebbe essere esplorata per dare compiuta attuazione non soltanto al principio di uguaglianza sostanziale ma anche alla garanzia dovuta alla dignità umana.

Una seconda prospettiva da segnalare, sempre per rapidi cenni, riguarda la dimensione internazionale della solidarietà: come giustamente afferma Antonino Spadaro, "è semplicemente patetico che in Occidente si parli comodamente e accademicamente dei diritti fondamentali quando interi popoli non godono dei diritti più elementari"[97]. Da qui la sua proposta di riflettere sui "doveri internazionali", con la necessità di realizzare processi di redistribuzione delle ricchezze (fino a immaginare una "teoria della giustizia distributiva globale"). Si tratta di suggestioni, certo, che mostrano la loro intrinseca debolezza sia nella difficoltà di individuare i titolari di tali situazioni giuridiche come anche nelle conseguenze giuridiche da adottare nell'ipotesi di un loro mancato adempimento: e che tuttavia inducono a considerare insoddisfacenti gli assetti dati e spingono a proiettare la dimensione della solidarietà (sia di quella "pubblica" che di quella "fraterna") oltre i confini dello Stato nazionale.

quello pubblico della collettività" v. da ultimo, F. RIMOLI, *Sulla retorica dei diritti*, cit., 21, che sottolinea i rischi di un'accentuazione eccessiva dei doveri costituzionali in relazione alla matrice liberale della Costituzione.

[95] A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IX vol., Giuffré, Varese, 2016, 377.

[96] G. U. RESCIGNO, *La distribuzione della ricchezza nazionale*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2008.

[97] A. SPADARO, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Politica del diritto*, n. 1/2006, 176 ss.

Alla dimensione *spaziale* appena indicata occorre abbinare anche una considerazione circa la dimensione *temporale* dei diritti e dei doveri, in relazione in particolare al tema e alla prospettiva dei diritti delle generazioni future e dei conseguenti doveri delle generazioni attuali[98]. Tale prospettiva, recentemente oggetto di specifica e approfondita considerazione[99], non deve limitarsi all'ambito ambientale, che pur rappresenta il terreno principale di applicazione, ma investe altresì la prospettiva delle risorse economiche (con il tema, strettamente connesso, della sostenibilità del debito pubblico), dei beni culturali, dello stesso welfare (con riguardo in particolare alle criticità del sistema previdenziale e assistenziale nonché alla sostenibilità del sistema sanitario nazionale)[100]. Si tratta, nell'insieme, di una dimensione ben enucleata nell'Enciclica *Laudato si'* di Papa Francesco, ove si legge che sussiste "una relazione di reciprocità responsabile tra essere umano e natura. Ogni comunità può prendere dalla bontà della terra ciò di cui ha bisogno per la propria sopravvivenza, ma ha anche il dovere di tutelarla e garantire la continuità della sua fertilità per le generazioni future". Peraltro, sul piano più propriamente giuridico-costituzionale, il tema della sostenibilità del debito pubblico nei confronti delle generazioni future è stato posto in correlazione dalla Corte costituzionale (sentenza n. 88 del 2014) proprio con i principi di solidarietà ed eguaglianza.

Una terza prospettiva possibile riguarda l'ipotesi di collegare l'erogazione di una prestazione erogata da strutture pubbliche (o private per conto di soggetti pubblici) e tesa a garantire un diritto sociale, alla «condizione» di una «attivazione», nei termini di un impegno sociale a vantaggio della collettività, da parte del soggetto destinatario della prestazione stessa. Si tratta di un tema sul quale chi scrive ha lavorato in passato, e sul quale sono intervenuti alcuni colleghi con importanti considerazioni critiche[101]: in

[98] Analogamente, tra gli altri, E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, cit., 364 ss.

[99] V., ad es., R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, F. Angeli, Milano, 2008; A. D'ALOIA – R. BIFULCO (a cura di), *Un diritto per il futuro: teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Jovene, Napoli, 2008; A. D'ALOIA, *Generazioni future*, cit., 331 ss.; D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Giappichelli, Torino, 2017; T. GROPPI, *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 1/2016, 43 ss.

[100] Su cui v., diffusamente, D. PORENA, *Il principio di sostenibilità*, cit., 197 ss. Senza dimenticare come la prospettiva indicata abbracci anche il "dovere della memoria" su cui ha insistito la presidenza di Carlo Azeglio Ciampi (su cui v. E. STRADELLA, *Una dottrina laica dei doveri*, in M. CAMPOPIANO – L. GORI – G. MARTINICO – E. STRADELLA (a cura di), *Dialoghi con il Presidente*, Edizioni della Normale, Pisa, 2008, 224 ss.). Su tale dovere v., da ultimo, A. MASTROMARINO, *Stato e Memoria. Studio di diritto comparato*, F. Angeli, Milano, 2018.

[101] V. E. ROSSI, *La sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta*, in *Diritto e*

questa sede mi limito a indicare le ragioni che potrebbero motivare a una presa in considerazione del tema.

In primo luogo, la finalità di collegare diritti e doveri, prestazioni che si ricevono e prestazioni che si "restituiscono" alla società, deve collocarsi in una logica complessiva di solidarietà: non si nascondono i complessi problemi, di carattere teorico come pratico, che tale prospettiva apre, in primo luogo relativamente all'interrogativo se e in che misura l'imposizione di un dovere o di un obbligo possa collegarsi, quasi in un rapporto di dare-avere, con la previsione di una prestazione inerente un diritto. Si potrebbe infatti ritenere che se la solidarietà riguarda tutti e giustifica per tutti la previsione di doveri, essa non può essere «imposta» a chi si trovi in condizione di ricevere una prestazione per vedersi garantito un proprio diritto. In altri termini ancora, la solidarietà non può riguardare soltanto le persone con disabilità o quelle non autosufficienti o i poveri e così via, ed essere ignorata da coloro che sono in buone condizioni fisiche, economiche e sociali: sarebbe un'evidente contraddizione che ci porterebbe diritti ad infauste esperienze storiche. Si tratta di un'obiezione rilevante e alla quale è possibile dare una risposta giuridicamente soddisfacente[102].

Ma la proposta avanzata non si sostiene soltanto facendo leva su esigenze di solidarietà, bensì intende valorizzare anche il beneficio che essa potrebbe produrre sulla stessa persona chiamata alla prestazione: in termini generali di dignità personale ma anche, più nello specifico, per la migliore garanzia del proprio diritto. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di accompagnare misure tese a combattere la povertà con un impegno attivo da parte del destinatario in opere di rilievo sociale, tali da consentirgli un affrancamento dalla situazione di povertà: in tal caso la prospettiva solidarista sopra indicata si salderebbe con l'obiettivo di rendere maggiormente efficace la prestazione che viene erogata.

Alcuni recenti interventi legislativi provano a recepire tali prospettive: un primo, in verità assai timido, tentativo si è avuto con il decreto legislativo che ha introdotto il c.d. Reddito di inclusione (d.lgs. n. 147/2017), il cui art. 6, comma 5, dettaglia le aree in cui possono principalmente collocarsi gli

società, 1/2014, 1 ss.; E. INNOCENTI – E. VIVALDI, *Assistenza, volontariato, contrasto alla povertà nella legislazione regionale in tempo di crisi*, in *Le Regioni*, 2014, n. 5/6, 1147 ss.; C. COLAPIETRO, *Alla ricerca di un Welfare sostenibile: il Welfare generativo*, in *Diritto e società*, n. 1/2014, 19 ss.; A. IANNUZZI, *La garanzia dei diritti sociali tra ipotesi di nuovi doveri e richieste di assunzioni di maggiori responsabilità individuali: riflessioni sul Welfare generativo e sulla comunicazione dei costi delle prestazioni sanitarie*, in *ibid.*, 47 ss.

[102] Sia consentito rinviare a E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in Fondazione Emanuela Zancan (a cura di), *Vincere la povertà con un welfare generativo*, Il Mulino, Bologna, 2012, 103 ss.

«impegni a svolgere specifiche attività», che i beneficiari sono chiamati ad assumere, nel quadro del progetto personalizzato previsto dal medesimo decreto. Si tratta tuttavia di impegni che sebbene riconducibili, in massima parte, alla cura e valorizzazione di dimensioni particolarmente rilevanti della vita individuale, tuttavia si pongono in prospettiva assai diversa da quella indicata, in quanto manca in essi ogni riferimento allo svolgimento da parte dei beneficiari di attività di utilità sociale, quale canale per dare attuazione alle istanze solidaristiche indicate[103]. Di maggior rilievo risulta invece la previsione contenuta, ora, nel decreto-legge 28 gennaio 2019 n. 4, contenente "Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni", il cui art. 4 stabilisce che l'erogazione del beneficio previsto "è condizionata alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte dei componenti il nucleo familiare maggiorenni, nonché all'adesione ad un percorso personalizzato di accompagnamento all'inserimento lavorativo e all'inclusione sociale che prevede attività al servizio della comunità, di riqualificazione professionale, di completamento degli studi, nonché altri impegni individuati dai servizi competenti finalizzati all'inserimento nel mercato del lavoro e all'inclusione sociale". In verità la previsione normativa non è chiara nel far comprendere le finalità delle attività al servizio della comunità che vengono stabilite e, di conseguenza, non è immediato il collegamento tra diritti e doveri che essa prospetta: molto dipenderà dall'applicazione che se ne darà e che al momento in cui si scrive è tutta da definire.

11. Come dunque possiamo considerare, in conclusione, il tema della "doverosità dei diritti" nel contesto attuale? Esso si configura effettivamente, come suggerito dal titolo, alla stregua di un ossimoro?

Mi sentirei di rispondere sottolineando la distanza tra quanto avevano in mente i costituenti e quanto effettivamente si è realizzato, soprattutto nella fase storica più vicina a noi. Per i costituenti l'espressione indicata non poteva considerarsi ossimorica in quanto forte era la tensione "comunitaria" che essi vivevano (e il Paese con loro): l'uscita dalla guerra, la lotta contro il nazi-fascismo, la necessità di ricostruire dalle fondamenta una comunità rinnovata costituivano fattori di eccezionale coesione sociale, e l'idea che ciascuno fosse chiamato a contribuire alla costruzione della società rinnovata non poteva conoscere incertezze. "Il progresso materiale e spirituale della società", come anche la rimozione degli "ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana", costituiscono

[103] V. CASAMASSIMA – L. GORI – E. ROSSI, *La recente normativa "sociale" e lo sviluppo del welfare generativo*, in Fondazione Emanuela Zancan (a cura di), *Se questo è welfare*, il Mulino, Bologna, 2018, 57 ss.

obiettivi che il costituente ha posto alla Repubblica nelle sue diverse articolazioni, e che esso immaginava potessero essere perseguiti quindi mediante il contributo di tutti, sulla base di una forte tensione solidarista.

Come abbiamo visto, questa prospettiva si è realizzata soltanto in parte[104], ed oggi sembra assai poco condivisa dai consociati, per le ragioni che abbiamo provato ad indicare. È certamente fisiologico il progressivo allentamento della tensione comunitaria iniziale, mentre meno scontata appare la diffusa sfiducia nei confronti delle istituzioni pubbliche e la conseguente percezione dei doveri verso la comunità come imposizioni odiose (e pertanto da rifuggire se possibile, e comunque da limitare al massimo): tutto ciò porta a ritenere, sul versante della relazione tra diritti e doveri, che la prospettiva immaginata dai padri costituenti non si sia (ancora) realizzata, e che se la cultura dei diritti, come detto all'inizio, è cresciuta e si è diffusa, quella della solidarietà (o responsabilità) nei confronti della cosa pubblica non è cresciuta con uguale intensità, ed anzi è forse regredita. Così che oggi la relazione tra diritti e doveri appare effettivamente un ossimoro: non perché tale sia, ma in quanto così viene avvertita dai più. La solidarietà che si ritiene necessaria, nell'opinione prevalente, è quella "paterna": dello Stato e degli enti pubblici nei confronti dei cittadini (significativa, in tal senso, la cultura che è alla base del "reddito di cittadinanza"), mentre quella "fraterna" è vissuta per lo più come "beneficenza", quindi in una logica di spontaneità, gratuità, volontarietà lontana dalla "doverosità" cui la vorrebbe ancorare la Costituzione. Il che, ovviamente, non è del tutto negativo: anzi è estremamente positivo che i cittadini (o almeno alcuni di essi) sentano l'esigenza di 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", e che pongano in essere "attività di interesse generale" come auspicato dall'ultimo comma dell'art. 118 Cost. E nondimeno anche della solidarietà "imposta dall'autorità", ovvero dalla Costituzione, vi è bisogno, per realizzare gli obiettivi posti dalla Carta costituzionale.

Se dall'analisi svolta si può trarre qualche indicazione di impegno, credo si debba dire che occorre recuperare, il più possibile, la logica non ossimorica tra diritti e doveri. Per far questo, necessaria risulta un'attenta opera di sensibilizzazione sociale: sia per far valere la logica dei doveri costituzionali come anche per consentire una corretta realizzazione della prospettiva dei diritti individuali. Non vi è dubbio che è soprattutto al versante dei doveri che detta pedagogia dovrebbe rivolgersi: per quanto appaia banale dirlo, il discorso sui doveri risulta – per tutti – molto meno immediato rispetto a quello sui diritti, ed è naturale che esso ingeneri maggiori difficoltà di essere

[104] Anche secondo L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, cit., 81, "la pariordinazione fra diritti e doveri esiste nella Costituzione ma non nella realtà".

accettato intimamente e riconosciuto come necessario, giusto, positivo per la comunità sociale. Perché un dovere non sia vissuto soltanto come un'imposizione (e magari anche come un'imposizione "ingiusta" se non anche odiosa) occorre che esso sia inserito in un contesto più ampio, e percepito come finalizzato alla garanzia dei diritti di altri o comunque di interessi collettivi meritevoli di tutela[105]: nella logica, appunto, della solidarietà. Perché tale comprensione sia percepita e diffusa, però, è necessaria una profonda opera di "pedagogia costituzionale", che non si esaurisca nell'illustrazione dei principi e del funzionamento delle istituzioni (che pure è fondamentale) ma faccia apprezzare la natura interrelata della vita e delle azioni di ciascuno rispetto al resto della comunità: in altri termini, che superi la logica ossimorica tra diritti e doveri. Un compito, questo, che non riguarda certo soltanto noi costituzionalisti: ma nostro dovere è fornire base scientifica e culturale a tale necessaria operazione pedagogica.

[105] Come afferma A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus*, 2008, n. 1, 193, "i nostri doveri corrispondono ai diritti degli altri".

PRIMA SESSIONE

IL DIRITTO-DOVERE DI VOTO: UN OSSIMORO ANCORA IRRISOLTO?

di Lara Trucco

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi: dal voto "fatto di fede" alla concezione funzionalista. – 2. *Segue*. Dal voto "atto di fede" alla concezione personalista. – 3. Il "dovere diritto" di voto nel periodo rivoluzionario. – 4. Il "dovere civico" di votare nella fase Costituente. – 5. Il voto nei "diritti e doveri dei cittadini" della Costituzione. – 6. Il "diritto di libertà" di voto nella giurisprudenza costituzionale.

1. Cenni introduttivi: dal voto "fatto di fede" alla concezione funzionalista

Specie se considerato nella prospettiva ambivalente, il tema del "*diritto-dovere di voto*" è questione di sicuro interesse poiché capace di rivelare, da più angoli visuali, la dinamica evolutiva delle vicende ordinamentali prese in considerazione.

Muovendo dagli albori dell'esperienza occidentale, nell'ordinamento canonico medievale, il voto, sin già nella sua accezione terminologica, fu ritenuto fondamentalmente un "fatto di fede", consistente nell'assunzione dell'impegno, da parte del "votante"[1], all'assolvimento di un dovere di dedizione ad un'entità in modo tendenzialmente assoluto ed irreversibile. Così, nella scelta dello stesso Pontefice, l'*actus eligendi* (il "voto atto") compiuto dai singoli votanti restò in ombra rispetto all'*electio* (il "voto fatto"), in quanto risultato, questo, della sola, vera, volontà divina, dunque doverosamente da seguirsi[2].

[1] Cfr. *amplius*, sulla comparsa del dovere in ambito religioso ed etico, nonché dei successivi sviluppi, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. Discipl. Pubbl*, Torino, vol. V., 1990, 152 e ss.

[2] Si pensi, in particolare, quanto seguì al III Concilio Lateranense del 1179, quando, all'atto di riservare al solo collegio cardinalizio la scelta del Pontefice, del voto sarebbe stata valorizzata l'attitudine a rivelare il "giusto" volere divino circa, per l'appunto, la scelta del "Capo della Chiesa".

Si osserva, altresì, a questo stesso riguardo, che il vecchio ordinamento del conclave prevedeva che l'elezione dei pontefici avvenisse principalmente per "acclamazione" o "per ispirazione", che "si ha quando i Cardinali elettori, come ispirati dallo Spirito Santo, liberamente e spontaneamente proclamano uno, all'unanimità e a viva voce, Sommo Pontefice" (v. "*Dalla costituzione apostolica Romano Pontifici Eligendo*", 63). Residuale era invece il metodo "per compromesso" previsto solo "in certe circostanze particolari", in cui "i Cardinali elettori af-

Questa linea di pensiero, in cui, anche adottando altri punti di vista, centrale risulta l'idea di "fede", quale fondamento del dovere[3], dalla dimensione ecclesiastica si sarebbe poi estesa a quella laico-cristiana, tanto da ritrovarne il senso anche in ambito letterario, in quel passaggio della Divina commedia in cui del voto il genio dantesco colse «*l'alto valor*», quando teso a far sì «*che Dio consenta quando tu consenti*», e pur nella consapevolezza «*ché, nel fermar tra Dio e l'omo il patto, vittima fassi di questo tesoro […] e fassi col suo atto*», sacrificando per propria scelta e col proprio stesso voto «*la libertade*», «*di che le creature intelligenti, e tutte e sole, fuoro e son dotate*»[4].

Con la nascita degli Stati moderni, una analoga tensione, di stampo, potrebbe dirsi, "fideistico", si sarebbe tradotta nella (necessaria) accettazione di un "dovere di fedeltà" pressoché incondizionato nei confronti del potere statale (*Leviatano*), in cambio di un qualche riparo dallo "stato di natura"[5].

Può essere individuato qui il punto di partenza di un percorso concettuale che, molto più tardi, sarebbe stato portato a più estese conseguenze dalla concezione etica dell'entità statuale sostenuta dalla filosofia metafisico idealista[6], che in esso vedeva un prodotto storico, frutto, a sua volta, di un processo puramente razionale, per ciò stesso universale e trascendente, nella sua totalità, la dimensione civile ed a maggior ragione quella individuale. Pertanto, proprio in quanto sola suprema istanza etica, lo Stato non sarebbe potuto sorgere da un contratto (che avrebbe presupposto un accordo tra parti di pari grado) e men che meno dall'espressione di un qualche tipo di "voto" prima della sua venuta ad esistenza (dato che solo lo Stato avrebbe potuto conferire ad un tale atto efficacia, mentre al di fuori nulla avrebbe avuto un senso giuridicamente rilevante). Diversamente, esso avrebbe reperito necessariamente in sé medesimo la propria stessa legittimazione[7], mentre sarebbe stato dipoi in suo potere porre le fondamenta e stabilire la latitudine della rappresentanza politica e dei diritti di partecipazione dei cittadini.

In seguito sarebbe stato poi su impulso delle teorie organiciste, fattesi

fidano ad un gruppo di loro il potere di eleggere, al posto di tutti, il Pastore della Chiesa Cattolica" (*ivi*, 64). Tali metodi sono nel tempo caduti in disuso, conferendosi in loro luogo centralità al voto, così da arrivare a sancire con la Costituzione apostolica *Universi dominici gregis* (del 22 febbraio 1996), che "Aboliti i modi di elezione detti per *acclamationem seu inspirationem* e *per compromissum*, la forma di elezione del Romano Pontefice sarà d'ora in poi unicamente *per scrutinium*" (§§ 62 e 65). Ciò nondimeno lasciandosi il concetto di "voto" ampiamente indeterminato così da continuare ad affermarsi "il diritto-dovere di eleggere il successore di Pietro, Capo visibile di tutta la Chiesa e Servo di Dio" (ivi, nell'*Introduzione*).

[3] Cfr. in tal senso, in epoche antiche, ad es. M.T. CICERONE, *De Officiis*, I,7,23.

[4] DANTE, *Canto V del Paradiso*, vv. 22-30.

[5] Il chiaro riferimento è all'opera di T. HOBBES, *Leviatano* (1651), Milano, 2013.

[6] Cfr., partic. F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito* (1807), Milano, 2008, *passim.*

[7] Cfr., in tal senso, in modo antesignano, J. BODIN, *I sei libri dello Stato* (1576), Torino, 1963, 354.

ormai fulcro dei rapporti tra la sfera pubblica e quella privata[8], che il corpo elettorale sarebbe stato istituzionalizzato, vedendosi in esso un insieme di "funzionari dello Stato" artefici e financo disposti a sacrificarsi per lo stesso interesse statale[9]. E ciò, secondo posizioni che potevano variare tra chi riteneva che soggetto della capacità politica di elettorato sarebbe potuta essere solo la stessa entità statuale[10] chi, invece, ragionava del voto in modo più distinto come di una «funzione costituzionale» attraverso cui si sarebbe dovuta realizzare «una attività statale, in nome e per conto dello Stato[11]».

Ad ogni modo, una tale acclimatazione giuridico-culturale avrebbe favorito il radicarsi di una concezione del voto gravitante, a differenza dei "diritti civili", nella discrezionalità del potere politico. Ciò che avrebbe rallentato sul continente europeo il riconoscimento dei diritti politici su di un terreno che non fosse quello del dovere di stampo imperativistico (v. *infra*)[12].

[8] Risalgono, del resto, proprio a questo periodo alcuni dei "pilastri" della concezione dei diritti politici, quali, solo per fare alcuni esempi, i concetti di "diritto pubblico soggettivo", dello "*status activae civitatis*", nonché di "capacità politica" e di "partecipazione politica" (cfr., ad es., G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (1892), Milano, 1912, 153 e C.F. VON GERBER, *Grundzüge eines Systems des Deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865).

[9] Secondo una dinamica che Kelsen avrebbe definito di "ipostatizzazione ordinamentale" (v. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1966), Milano, 1978, 110). Per una critica a questo tipo di impostazione si rinvia ancora a H. KELSEN, in *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico* (1910), Napoli, 1997, 749 il quale, tra l'altro, considera come «l'errore» della concezione dell'atto elettorale che "unisce" «elementi statali ed elementi sociali» (affermando che l'elettore all'atto elettorale «è obbligato a realizzare non soltanto i suoi interessi di gruppo individuali o sociali, ma anche l'interesse dello Stato, considerandolo non solo come membro della società, ma anche come organo dello Stato») risieda «nel fatto che il legame dell'elemento sociale con quello statale viene posto nella persona dell'elettore, mentre la linea di separazione [...] «corre proprio tra l'elettore che rappresenta esclusivamente la società e l'ufficio elettorale che rappresenta lo Stato».

[10] V. P. LABAND, *Das Staatsrechts des deutschen Reiches* I, II (1883), Tübingen, 1911.

[11] Cfr. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1922, 430 e ss., il quale comprensibilmente condizionato dall'idea di "sovranità nazionale", elaborata in Francia a partire dalla rivoluzione, ritiene che «nel sistema della sovranità nazionale, il cittadino non ha dunque, né un diritto innato di sovranità individuale, né del resto un diritto primordiale all'esercizio della sovranità nazionale […] Sola sovrana, la nazione [...] esercita il suo potere attraverso l'intermediazione di coloro dei suoi membri che essa si è scelta come propri organi».

[12] Cfr., in partic., tra le prime voci critiche al riguardo, V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, Torino, 1888, nonché S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subiettivi*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo,* I, Milano, 1897, 111 e ss.

2. *Segue*. Dal voto "atto di fede" alla concezione personalista

Una matrice ideale diversa ebbe invece a contrassegnare l'utilizzo del suffragio sia nel campo religioso per l'attribuzione di cariche nell'ambito delle comunità ecclesiali, sia in quello civile, allorché per la legittimazione "dei capi" non sarebbe più stato possibile eludere lo svolgimento di elezioni e tanto meno fare ricorso all'uso della forza[13]. Al punto che l'elezioni si svolsero persino per la dignità imperiale, sia pur riservando ai principi elettori l'ultima parola, ritenendo che «in quanto principi non pote[ssero] essere piegati dalla volontà altrui»[14].

Per tale via, dunque, la scelta individuale "a fini elettivi" avrebbe conosciuto una «*continuité de l'usage*[15]», pronta a riaffiorare «*progressivement et insensiblement*» nel generale processo che avrebbe portato «*l'art, la culture, la philosophie*» a finire «*d'être théocentriques pour devenir anthropocentriques*[16]». In particolare, nello Stato liberale, del voto cominciò ad essere valorizzato l'elemento economico, venendo concepito come una sorta di "moneta", in mano ai consociati, quale corrispettivo alla buona gestione politica delle "cose". Mentre in quello stesso periodo si vide nel voto a fini deliberativi lo strumento in grado di "liberare gli uomini dalla catena"[17] con l'instaurazione, nel contempo, di un rapporto tendenzialmente continuativo tra le parti (contraenti) in campo, secondo un approccio che tuttavia devia qui dalla nostra analisi.

A molte delle concezioni elaborate dai filosofi illuminati si sarebbe soprattutto ispirata la Rivoluzione francese, trasformandole in vere e proprie macchine da guerra ideologiche contro l'ordine precostituito, nella prospet-

[13] Cfr., sul punto, E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*, Milano, 2002, 56.

[14] Così, F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio maggioritario*, Bologna, 2007, 29.

[15] Con riferimento all'ordinamento francese, l'impiego del voto parrebbe essere rimasto «vitale» per la scelta, in particolare, dei "*corps des villes*" (cfr. E. JORE, *Des modes de nomination des maires dans l'ancienne France*, Paris, 1903) delle "*institutions religieuses*" (cfr. L. MOULIN, *La vie des religieux au Moyen Age*, Parigi, 1990), delle "*corporations*" (v. B. GALLINATO, *Les corporations à Bordeaux à la fin de l'Ancien Régime*, Bordeaux, 1992), nonché, non in ultimo, delle "*Assemblées provinciales*" dei "*députés aux Etats généraux*" (cfr. P. TANCHOUX, *Les procédures électorales en France*, Paris, 2004, 10 e ss.). Sul suolo italico, si ha notizia del suo uso per i pagi romani nell'ambito del corporativismo tipico dei comuni medievali (cfr., in partic., M. BELLOMO, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna,* Roma, 1997, 245; cfr. E. RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico,* Milano, 2002, 56; e F. GALGANO, *La forza del numero e la legge della ragione. Storia del principio maggioritario*, Bologna, 2007, 42).

[16] Così J.L. CHABOT, *Introduction à la politique*, Grenoble, 2003, 6.

[17] Il pensiero corre spec. a J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), Milano, 1998, spec. 74.

tiva di suscitare occasioni di partecipazione politica[18]. In particolare, la consacrazione del diritto dei cittadini "di concorrere, personalmente o mediante i loro rappresentanti" alla formazione della legge da parte delle Carte dell'epoca[19], e l'avvio della «*pratique du vote*[20]» sia pur da una classe ristretta della popolazione, avrebbe conferito una maggiore centralità all'«*individu*», in quanto e «*comme base de la répresentation*[21]», dando origine ad una rappresentazione della società quale prodotto di una costruzione e reinterpretazione volontaria di tipo fondamentalmente "meccanicistico", frutto dell'autonomia e del genio umano.

In questo senso, in corrispondenza di un assetto sociale a vocazione vieppiù egualitaria, lo stesso suffragio ristretto avrebbe costituito con crescente frequenza ed intensità bersaglio di diretta contestazione da parte di chi ne era escluso, sentendosi ingiustamente discriminato[22]. Il fatto, insomma, che dell'attribuzione del suffragio continuasse a beneficiare una parte sociale esigua[23] fu visto come un privilegio non più accettabile, in quanto percepito come finalizzato a tradurre l'autodeterminazione politica dello stato di cose da parte della medesima *élite*[24].

[18] Sia consentito rinviare, al riguardo, a L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale. I sistemi di elezione delle assemblee rappresentative politiche*, Torino, 2011, 319 e ss.

[19] V., partic. la *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 26 agosto 1789 (art. 6).

[20] Così J.L. CHABOT, *Introduction à la politique*, cit., 7.

[21] Così E. DUPOIRIER, *Vote*, in *Dictionnaire du vote*, P. PERRINEAU, D. REYNIE (a cura di), Paris, 2001, 938.

[22] Una spinta importante in questo senso sarebbe stata data dai moti rivoluzionari del '48, non solo nei paesi più immediatamente riguardati dalle sommosse (come pare dimostrare il caso del Belgio, a proposito del quale, si veda P. HARISMENDY, *Il caso belga*, in *I sistemi elettorali in Europa*, cit.. 135). Sulla situazione elettorale italiana dell'epoca si veda, in particolare, M.S. PIRETTI, *Il caso italiano,* in *I sistemi elettorali in Europa,* M.S. PIRETTI (a cura di), Roma-Bari, 1997, 229 e ss.

[23] Così, ad esempio, in Belgio all'incirca l'1%, in Italia e Spagna il 2%, in Inghilterra il 3%, mentre più controverse restano le cifre concernenti i paesi nordici. La Francia fu il primo Stato europeo ad introdurre, nel 1792, sulla scorta degli ideali rivoluzionari, il suffragio universale, anche se solo pour l'*espace d'un matin*, così da condurre parte della dottrina a parlare, con specifico riferimento al caso francese, emblematicamente di «*élections sans électeurs*» (così P. GUENIFFEY, *Le cas de la Révolution française: des élections sans électeurs*, in *Les modèles explicatifs du vote*, N. MAYER (a cura di), Paris, 1997, 45 e ss.). V., *amplius*, sul tema, P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione della Francia*, Torino, 2009, *passim*.

[24] In particolare, lo stato di cose pareva trovare corrispondenza con la struttura istituzionale affermatasi all'indomani della stagione rivoluzionaria: modulata in modo da attribuire il godimento dei diritti politici (incluso il voto) esclusivamente ai "cittadini" (dotati di "censo" e dunque) delle classi egemoni. Risultandone l'edificazione della struttura di potere propria dello Stato liberale – al cui centro stava anche simbolicamente a dominare il *Code civil* – funzionale al porsi delle condizioni ambientali più adatte per lo svolgimento delle attività economicamente produttive da parte della classe borghese.

La "lotta per il suffragio" sarebbe stata destinata, pertanto, ad inserirsi quale componente fondamentale, nell'irreversibile trapasso dalle libertà degli antichi a quelle dei moderni[25].

3. Il "dovere diritto" di voto nel periodo rivoluzionario

L'emersione della formula ossimorica "diritto-dovere" di voto può essere collocata proprio nel periodo rivoluzionario: momento in cui si consumò l'incontro-scontro dei visti approcci giusfilosofici (v. *supra*, i §§ 1 e 2), da cui scaturì l'innesco di un «travaglio speculativo[26]» di dimensioni tali da rimettere in discussione i postulati metafisici e razionali dello stato di cose ereditato dalle epoche precedenti.

In quella fase, come già accennato, rilevò particolarmente l'impermeabilità della sfera dei diritti politici alla "rivoluzione copernicana"[27] che andava invece compiendosi sul terreno delle libertà individuali e che vedeva il progressivo affermarsi della preminenza dei diritti civili rispetto al volontarismo legislativo statuale[28]. All'origine di una tale esclusione contribuì la difficoltà di affermare di tali diritti la natura "morale" riconducendoli nel novero degli "imperativi categorici", i soli in grado, secondo il pensiero dominante, di imporsi anche nei riguardi del legislatore[29]. Di qui i riflessi anche sul tema del voto, di cui si tese a ricondurre la natura alla dimensione "pratica", subordinandone così la portata al determinismo statuale, con la conseguenza di motivare nei suoi confronti la preminenza della sfera della "doverosità" imposta dallo Stato (rispetto, per l'appunto, a quella dell'autonomia dell'individuo). E questo benché del suffragio, a ben vedere, non potesse escludersi il carattere dell'"intellegibilità", in quanto prodotto di natura fondamentalmente "razionale": ciò che avrebbe invece consentito verosi-

[25] Si rievoca qui il celebre "discorso" di Constant svolto a Parigi nel 1819 (v. ora, ad es., B. CONSTANT, *La libertà degli antichi, paragonata a quella dei moderni*, Torino, 2005).

[26] Così F. MERCADANTE, *Dovere giuridico*, in *Enc.dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, 59 e ss., il quale si sofferma partic. sul processo di riforma dei postulati metafisici del concetto di legge (o di legislazione) e di natura (o di ordine) compiutisi all'epoca.

[27] Si riprende l'espressione usata al riguardo da N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 142.

[28] Pertanto, è in quest'orizzonte (ancora) limitato che, ci pare, è necessario circoscrivere il «nuovo paradigma», rilevato dalla dottrina, in cui l'organizzazione politica avrebbe posto come «suo fondamento e legittimazione la tutela dei diritti fondamentali degli individui» (cfr. G. PINO, *Etica & Politica*, XV, 2013, 90).

[29] Il pensiero corre, partic., a I. KANT, *Critica della ragion pura* (1781), Roma-Bari, 2005; ID., *Critica della ragion pratica* (1788), Roma-Bari, 2017, *passim*; nonché, con più specifico riguardo al tema del suffragio, ID., *Sul detto comune* (1793), ora anche in *Kant. Scritti di storia, politica e diritto*, F. GONNELLI (a cura di), Roma-Bari, 1995, 142.

milmente di affermarne, in analogia con gli imperativi di ordine morale, una validità *a priori*, e pertanto tendenzialmente autonoma e comunque maggiormente "protetta" dal determinismo del mondo materiale *sub specie* delle scelte imposte dal legislatore. Così, pur prendendo le mosse da presupposti diversi, gli approcci funzionalista e personalista approdarono al comune risultato di affermare la più ampia conformabilità del voto da parte del legislatore[30], motivandone, in ultima analisi, la considerazione alla stregua di correnti di pensiero "non democratiche".

Nello specifico, i funzionalisti proseguirono nel vedervi l'esercizio di un *munus*, al cui adempimento i titolari non si sarebbero potuti sottrarre nella loro veste di "funzionari dello Stato" (secondo quella destinata a farsi, nella sua espressione più estrema, "teoria della sovranità nazionale"); là dove, invece, i fautori della posizione liberale dimostrarono una maggiore disponibilità a consentirne la configurazione alla stregua di una situazione giuridica di vantaggio al cui esercizio i titolari non sarebbero stati costretti, ma di cui nondimeno avrebbero comunque potuto essere obbligati e financo, in linea teorica, privati ("teoria della sovranità statale").

Sarebbe stata poi, principalmente, la dottrina d'Oltralpe, tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, a tentare una sintesi delle due posizioni, attraverso una soluzione di tipo "distintivista" (v., *infra,* il §4): proponendo una sorta di *actio finium regundorum* tra il dato fattuale del recarsi alle urne (cd. voto atto"), e quello individuale dell'atto di scelta compiuta nella cabina di voto (cd. "voto fatto").

Non mancò peraltro nemmeno chi, sempre in quel contesto, del voto cominciò a mettere in luce l'elemento del "potere", operandone una sorta di traslazione della caratteristica "oggettiva" degli effetti dello svolgimento delle «*fonctions de ce pouvoir [du suffrage] dans laquelle il donne son assentiment [de confiance] à une candidature*»[31], in termini di situazione "soggettiva" di vantaggio, col risultato di prospettare del «*pouvoir du suffrage*» una configurazione giuridica irrevocabilmente propria di ciascun individuo per il fatto stesso di essere parte dell'entità ordinamentale.

[30] Cfr. *amplius* ed approfonditamente in argomento F. BAILO, *Capacità elettorale e costituzione*, Napoli, 2016, 21 e ss..

[31] Nel corso del XIX secolo questa posizione fu portata avanti principalmente da Pinheiro-Ferreira e da Ortolan; e, successivamente, da M. HAURIOU, in *Précis de droit constitutionnel,* Paris, 1929, 351 ss.; e J.M. AUBY, in *La théorie du pouvoir de suffrage en droit constitutionnel français*, in *Politique*, 1958, 293 ss. (una riproposizione delle posizioni di tali pensatori si trova nel *Dossier* in *La documentation Française, Modes de scrutin et systèmes électoraux,* 1995, 3 ss.).

4. Il "dovere civico" di votare nella fase Costituente

Il descritto scenario, che rifletteva ampiamente la situazione istituzionale del liberalismo statutario venne, com'è noto, progressivamente ma visibilmente messo al bando durante la dittatura fascista, in cui a una fase di plebiscitarismo fondato sul consenso di massa, subentrò un non celato disprezzo per le elezioni in genere[32], col definitivo scardinamento del sistema democratico.

Solo dopo la fine del regime, in concomitanza con la generale crisi della stessa forma di Stato si sarebbe ripreso il confronto sul tema, prevalendo, nell'immediato – quando ancora era viva la cd. "paura del tiranno" – la posizione favorevole al voto obbligatorio. In uno Stato ancora tutto da farsi, si intendese infatti a scongiurare la delegittimazione che sarebbe potuta derivare da più o meno ampie pratiche astensionistiche, con l'obbiettivo di fortificare dello stesso erigendo regime democratico stesso le fondamenta[33], assicurandocisi che il suffragio riconosciuto ormai come "universale" fosse effettivamente esercitato da tutti: anche e soprattutto dai cittadini non ancora avvezzi alla loro nuova condizione[34].

Fu, dunque, in un simile ordine di idee che, già in seno della Commissione di giuristi incaricata dal Governo provvisorio di stendere il disegno di

[32] Del resto, lo stesso Mussolini non perdeva occasione per negare «che il numero per il semplice fatto di essere numero, possa dirigere le società umane» e che questo numero potesse «governare attraverso una consultazione periodica [...]» (v. B. MUSSOLINI, *La dottrina del fascismo*, in *Scritti e discorsi*, Milano, Hoepli, 1934, vol. VIII, 14).

[33] Ci si limita ad osservare come questione analoga si fosse presentata anche all'indomani dell'unità d'Italia (v. esemplarmente il programma della "Sinistra storica" presentato l'8 marzo 1876, dopo la caduta del Ministero presieduto dal Minghetti), benché possa pensarsi che, nel quadro del suffragio ristretto all'epoca vigente, sia stata la maggiore certezza dell'aversi a che fare con un elettorato "motivato" a recarsi al voto a far prediligere, rispetto all'"esigenza di contrastare l'indifferenza e l'inerzia degli elettori", l'"importanza ed il valore della "libertà e spontaneità del voto" dei cittadini (v. la *Relazione Zanardelli*, presentata dalla Commissione per la riforma elettorale il 21 dicembre 1880, sul disegno di legge presentato dal Ministro dell'interno Depretis sulla tornata del 31 maggio 1880, *Riforma della legge elettorale politica*, Atti parlamentari, Legislatura XIV, prima sessione, 1880, I, 14).

[34] Peraltro, l'attitudine "dei doveri", a rinforzare, in senso solidaristico, i legami sociali e la più ampia identità ordinamentale, era già stata ampiamente colta e valorizzata agli albori dell'unificazione italiana da Mazzini (G. MAZZINI, *Dei doveri dell'uomo* (1860), Milano, 2010). Una prospettiva simile sarebbe stata ripresa da noi, in chiave giuridica da G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali,* Milano, 1967; U. SCARPELLI, *Dovere morale, obbligo giuridico, impegno politico* (1972), in *L'etica senza verità,* Bologna, 1982; e, da ultimo, F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, *passim*; e F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, 2014, 15 e ss.; nonché, da un punto di vista politologico, da L. VIOLANTE, *Il dovere di avere doveri*, Torino, 2017, *passim.*

legge elettorale politica per l'elezione dei deputati dell'Assemblea Costituente, si ritenne che data l'«eccezionale importanza della votazione», fosse «più che mai necessario scuotere i pigri, gli assenteisti, gli scettici, gli sfiduciati, gli indifferenti», proponendosi, per l'appunto, l'introduzione del voto obbligatorio, onde far sì che tutti dovessero assumersi le proprie responsabilità politiche «in quest'ora storica in cui si dovranno decidere le sorti del nostro Paese»[35]. Di qui la previsione dell'"esercizio del voto" come "obbligo" al quale nessun cittadino si sarebbe potuto sottrarre "senza venir meno ad un suo preciso dovere verso il Paese in un momento decisivo della vita nazionale", corredato dalla sanzione[36] dell'"esposizione per la durata di un mese nell'albo comunale e la menzione nei certificati di buona condotta, per cinque anni, delle parole 'non ha votato'" (v. l'art. 1, c. 3 e c. 5 del d. lgs. lgt. n. 74 del 1946)[37].

Solo in seguito, in seno alla Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, all'atto di definire il testo da presentare per la discussione in Aula[38] sarebbe stata invece ampiamente condivisa la proposta – «raffinata[39]» – di tipo "distintivista"[40], di comporre il disposto normativo di due parti, con la previsione, nell'una, del carattere "universale, libero, uguale, segreto e personale" del suffragio e, nell'altra, del voto come "dovere civico". Ciò che fu fatto, sebbene con l'ulteriore aggiunta dell'ultim'ora, dell'aggettivo "morale" al sostantivo "dovere" (v. l'allora art. 45 del testo)[41].

La successiva discussione in Assemblea si sarebbe ncentrata sull'impatto che la tecnica di redazione del disposto avrebbe verosimilmente avuto sulla questione «ormai tanto lungamente[42]» dibattuta dell'obbligatorietà del suffragio. A calamitare l'attenzione fu proprio l'aggettivo "morale", la cui opportunità fu fatta valere da chi, pur ammettendo che la Carta non avrebbe

[35] V. Ministero per la Costituente, *Atti della Commissione per la elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente*, seduta dell'8 settembre 1945, 45-46.

[36] Sulla cui natura si è discusso ampiamente, specie in passato: v., ad es., M. IACOMETTI, *Sull'obbligatorietà del voto nelle consultazioni popolari dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1982, 39 e ss.; e G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, Roma, 1988, *passim*.

[37] Trattasi, per la precisione, del d. lgs. lgt. 10 marzo 1946, n. 74, recante le "Norme per l'elezione dei deputati all'Assemblea Costituente".

[38] Ci si riferisce alla proposta di Moro in seno alla Prima Sottocommissione della Commissione per la Costituzione, nella seduta del 14 novembre 1946.

[39] Come l'avrebbe reputata Giolitti, Atti Ass. Cost., 20 maggio 1947.

[40] Cfr. partic. la posizione di C. MORTATI, nella *Relazione illustrativa dello schema del progetto per l'introduzione della obbligatorietà del voto nelle elezioni alla Costituente,* 1945, 51.

[41] V. la Relazione della Commissione al Ministro per la Costituente, "*Elettorato attivo"*, 1945, 6.

[42] Così Targetti, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

dovuto essere «un trattato di pedagogia», riteneva che sarebbe stata comunque vocata «indubbiamente a insegnare anche dei doveri», trattandosi del «codice dei diritti e dei doveri dei cittadini»[43]. E «che la parola morale» la si sarebbe dovuta interpretare non nel senso che la Costituzione potesse creare doveri morali, bensì che, nel richiamarli, avrebbe potuto rafforzare nei cittadini destinatari della norma la convinzione «di qualcosa che investe la qualità e la funzione morale dell'uomo[44]».

In una prospettiva funzionalista, tuttavia, parve chiaro che l'aggiunta del suddetto aggettivo avrebbe senz'altro "compromesso la questione dell'obbligatorietà", ritenendosi «evidente» che l'affermazione nel testo della Costituzione di un dovere morale non avrebbe potuto avere «altro significato che dire: "questo è un dovere morale, che deve rimanere morale e che non può cambiarsi in dovere giuridico"[45]» con la conseguenza di precludersi la possibilità di introdurre qualsiasi sanzione giuridica. Inoltre, del disposto fu rilevato il «senso tutto platonico», arrivandosi addirittura a considerare il termine "morale" una «eresia[46]» e, sul piano linguistico, si diede risalto pure alla "contraddizione in termini"[47] ed al "bisticcio di parole"[48] insito in esso, mettendosi in guardia sulla incoerenza logica della scelta di «dichiarare solennemente che il cittadino è libero di adempiere o meno ad un dovere[49]». Ancora, fu denunciata la "mancanza di senso" dell'obbligo, data l'impossibilità di «creare dei principî morali e di non poter creare dei doveri morali[50]» da parte di una Carta costituzionale[51].

A questo proposito, sarebbe stato lo scambio di vedute sulle previsioni sanzionatorie che avrebbero potuto e dovuto accompagnare la norma a dare ulteriore voce a chi riteneva di avere a che fare con un "audace" se non "assurdo" tentativo «di scalata all'Olimpo». Mentre si affermava, dunque, l'idea di procedere allo stralcio dell'inciso "morale", si propose anche di sostituire

[43] Così Merlin ed in senso adesivo Mancini, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

Dal canto suo, Mortati aveva già avuto modo di osservare, sul punto, che «Un'azione propulsiva ed educativa» alla politica sarebbe rientrata pienamente «nei compiti specifici del legislatore», e più ampiamente, nell'ambito di quella funzione «attiva di intervento e di promuovimento» propria dello Stato moderno, «delle condizioni idonee a raggiungere il migliore rendimento delle istituzioni democratiche» (cfr. la *Relazione illustrativa dello schema del progetto per l'introduzione della obbligatorietà del voto nelle elezioni alla Costituente*, cit., 97).

[44] Merlin, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

[45] V. Condorelli, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

[46] *Ibidem*.

[47] V. Giolitti, Atti Ass. Cost., 20 maggio 1947.

[48] V. Merlin, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

[49] V., Merlin, ed in senso analogo Colitto, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

[50] V. Condorelli ed in senso adesivo Morelli, Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947.

[51] V. Lucifero, Atti Ass. Cost., 15 novembre 1946.

il termine «civico» con «civile»[52], vedendosi in quest'ultimo una possibile alternativa all'ulteriore proposta di «dovere politico[53]», giungendosi a chiudere il cerchio dopo aver scartato anche l'espressione «dovere pubblico»[54] con la definitiva formula del voto come «dovere civico»[55].

Non era mancata, per vero, anche la proposta di procedersi alla soppressione di tutta la seconda parte del disposto, lasciandosi quindi in piedi soltanto la previsione del "diritto di voto personale ed eguale, libero e segreto"[56] ed in modo ancora più *tranchant* di «affermare semplicemente il diritto di voto» senza ulteriori aggiunte[57]». Sebbene la scelta di rinviare il problema, lasciando che a sciogliere il nodo fosse la futura legge elettorale[58], dimostra la fondatezza dell'opinione di chi vide nelle riferite «acrobazie» terminologiche, tentativi di fare da velo a posizioni politiche molto distanti tra loro[59]. Per cui alla fien, il «compromesso» raggiunto in Assemblea[60], costituito dall'impiego della vigente formula del "dovere civico" depurata ora del termine "morale", fu ritenuta la più opportuna in quanto sufficientemente "elastica"[61] per accogliere tutte le posizioni in campo.

5. Il voto nei "diritti e doveri dei cittadini" della Costituzione

Il voto è "personale ed eguale, libero e segreto" (art. 48, c. 2, 1° p.). "Il suo esercizio è dovere civico" (art. 48, c. 2, 2° p. Cost.), sancisce dun-

[52] V. Di Giovanni, Atti Ass. Cost., 20 maggio 1947.

[53] V. Merlin, Atti Ass. Cost., 14 novembre 1946.

[54] *Ibidem*.

[55] V. Merlin ed in senso adesivo Moro, Atti Ass. Cost., 15 novembre 1946.

[56] V. Giolitti, Atti Ass. Cost., 20 maggio 1947.

[57] V. Rodi, Atti Ass. Cost., 19 maggio 1947 ed in precedenza (il 10 settembre 1946 Lussu).

[58] Per vero, già la Prima Sottocommissione del Ministero della Costituente si era manifestata contraria all'introduzione del principio in Costituzione. In seno alla Costituente, sostennero l'idea dell'opportunità di rinviare la questione alla legge elettorale, in partic. Conti, Morelli, Grassi, Piccioni (Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947); Di Giovanni (Atti Ass. Cost., 10 settembre 1947); e Merlin, dimostrandosi, il quale peraltro si dimostrò, favorevole alla riproposizione del principio anche da parte della legge elettorale (Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947). Dal canto loro, posero il problema della necessità di mettere mano ad una revisione della Costituzione per l'introduzione *ex novo* dell'obbligatorietà del voto Condorelli (Atti Ass. Cost., 21 maggio 1947) e Fabbri (Atti Ass. Cost., 10 settembre 1947).

[59] V. Giolitti ed in senso adesivo Rodi, Atti Ass. Cost., 20 maggio 1947.

[60] La considerazione della formula del "dovere civico" come "compromissoria" è ormai praticamente unanime (anche nella manualistica): v., in partic., T. MARTINES, *Art. 56-58,* in *Commentario della Costituzione*. *Le Camere,* G. BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1984, 84.

[61] Secondo quanto auspicato, più in generale, durante i lavori da Meuccio Ruini.

que la Carta, riproponendo del voto il doppio volto[62], nell'ambito della Parte sui "Diritti e doveri dei cittadini" (I Parte della Costituzione)[63].

Nonostante la certa cautela nel definirne la natura[64], nella nostra come nelle altre democrazie europee appariva tuttavia almeno non più dubbio il carattere «di diritto subiettivo» della titolarità del voto, nel quadro dell'attribuzione della più generale capacità degli elettori di costituire dei "centri di imputazione" di valori costituzionali (anche) di stampo politico[65]. Mentre la sua configurazione come "dovere civico" lasciava ancora un qualche margine di discrezionalità in materia, rendendo possibile per il legislatore mantenere in vita la previsione dell'obbligatorietà in vista delle elezioni politiche[66].

Peraltro, già durante i lavori dell'Assemblea Costituente i fautori della "teoria istituzionale"[67] avevano fatto notare come «[d]elle varie figure giuridiche soggettive» che ci si stava sforzando di distinguere e definire con sempre maggiore precisione, quella del dovere o dell'obbligo sarebbe continuata a rimanere più di ogni altra «nell'ombra», con la conseguenza di essere ritenuta, ancora all'epoca, generalmente unica e promiscuamente designata con l'una o l'altra di queste due parole[68].

In dottrina, poi, si sarebbe tornati, successivamente ed a più riprese, a

[62] Sull'«ambivalenza» della natura giuridica del voto, cfr., in partic., E. GROSSO, *Articolo 48*, in *Commentario della Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), Torino, 2006, I, 964 e ss.; ed in precedenza, ad es., L.A. MAZZAROLLI, *sub art. 48*, *Commentario breve alla Costituzione*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), Padova, 1990. Più di recente, sul tema sono tornati M. RUBECHI, *Il diritto di voto. Profili costituzionali e prospettive evolutive*, Torino, 2017 e M. ARMANNO, *Personale uguale libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano,* Napoli, 2018; monché se si vuole, L. TRUCCO, *Democrazie elettorali e stato costituzionale*, cit., *passim*.

[63] Per una più ampia analisi delle «linee» intorno alle quali «sia pur con notevoli oscillazioni», si sarebbe orientata la dottrina «dando ora la prevalenza al profilo individuale, ora a quello funzionale» cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali,* cit. 316 e ss.

[64] Cfr., al riguardo, C. MORTATI, nella *Relazione illustrativa dello schema del progetto per l'introduzione della obbligatorietà del voto nelle elezioni alla Costituente*, cit. 97.

[65] Cfr., in tal senso, F. LANCHESTER, *Voto: diritto di (Dir. Pubbl.)*, in *Enc. del dir*., XLVI, Milano, 1993, 1119.

[66] Si proseguì, pertanto, nel disporre che l'"esercizio del voto è un obbligo al quale nessun cittadino può sottrarsi senza venir meno ad un suo preciso dovere verso il Paese" (v. l'art. 3 del d.P.R. 5 febbraio 1948, n. 26, "Testo unico delle leggi per la elezione della Camera dei Deputati").

[67] Sui rapporti tra la "teoria statualistica" (in senso ampia considerata) e quella "istituzionale", cfr., ad es., N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, 10 e ss.

[68] Così S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (rist. marzo/aprile 1946), 91 e ss.

mettere in guardia sulla confusione che si stava continuando a fare[69] tra le due "situazioni soggettive di svantaggio" del "dovere" e dell'"obbligo", lamentando che «la scienza giuridica per molti secoli» ovvero, almeno dai tempi della pandettistica, non avesse in sostanza che «discusso intorno ad esse», in quanto figure certamente attinenti a «situazioni fondamentali sotto il profilo economico e sociale» ma ormai di per sé sole insufficienti a dar conto delle trasformazioni indotte dalla Costituzione repubblicana[70].

Inoltre, sarebbe emerso come una tale fungibilità dei due concetti (di "obbligo" e di "dovere") fosse in realtà funzionale a perpetuare l'omologazione dei rapporti, rispettivamente, di ordine civilistico ed istituzionale, contraddicendo le nuove coordinate costituzionali, che invece ne avrebbero richiesto di mantenerle su piani distinti[71]. D'altro canto, la riferibilità sia del concetto di "dovere", sia di quello di "obbligo" con quello proprietario di "diritto soggettivo" proprio dell'epoca liberale avrebbe impedito di cogliere di questo la nuova complessità democratica derivante dal principio di sovranità popolare[72].

Di qui l'attenzione delle tesi istituzionaliste nel dimostrare che «non sempre e taluno vorrebbe dire mai» diritto e dovere potrebbero dirsi due termini veramente «correlativi», se non altro in quanto a dimostrare l'«insufficienza se non l'erroneità» di una simile posizione sarebbe dovuto bastare la «evidente» constatazione, sul piano logico, dell'esistenza di doveri a cui non corrisponderebbero diritti e, viceversa[73]; ritenendosi più adeguato affermare semmai la correlazione oppositiva tra "diritto soggettivo" ed "ob-

[69] Avanzandosi, in tal modo, una critica nemmeno troppo velata nei confronti della giuspubblicistica che aveva considerato e continuava a considerare diritto e dovere «espressioni correlative» nel senso «che esprimono le stesse nozioni ma considerate da due punti di vista diversi» (J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined,* 1832, London, 96); o che affermava che corrispondendo «ad ogni obbligo», «un diritto», un diritto non sarebbe dunque «altro che correlativo di un dovere» (v. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1966), Milano, 1978); ed, ancora, che riteneva che "dovere" non sarebbe altro che «un'altra cosa per dire la stessa cosa di obbligo» (v.lo, più di recente, in J. BENTHAM, *Limits of Jurisprudence Defined* (1945), New York, 1963, 317).

[70] Così M.S. GIANNINI nelle proprie *Lezioni di diritto amministrativo* (copia dattiloscritta), 1950, 270.

[71] Si pensa, in particolare, all'epoca, al fascicolo monografico LXII (1966) della *Rivista di filosofia del diritto,* in cui un'intera sezione fu dedicata agli "*Studi sull'obbligo giuridico*".

[72] Così, F. ROMANO, *Obbligo (nozione generale)*, in *Enc. dir.,* Milano, 1979, XXIX, 504 e ss. (rifacendosi, nella sua analisi, allo studio di M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968).

[73] Così e per quanto segue, v. S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., 91 e ss.

bligo", nonché, ad un più alto livello teorico, tra "libertà" e "dovere" (nei rapporti soggettivi)[74], e tra "potere" e "dovere" (nei rapporti istituzionali)[75].

6. Il "diritto di libertà" di voto nella giurisprudenza costituzionale

Non appena avutane occasione, la Corte costituzionale avrebbe dimostrato di condividere l'approccio istituzionalista, considerando il "dovere civico" dell'«esercizio del diritto di voto», una «fondamentale funzione di interesse pubblico» attinente «all'esercizio della sovranità che l'art. 1 della nostra Costituzione dichiara appartenere al popolo» (sent. n. 39 del 1973). Funzione, la cui importanza, sempre secondo il giudice, rileverebbe particolarmente guardando alle «conseguenze che dal suo non corretto esercizio potrebbero derivare nella costituzione degli organi supremi» ai quali sono affidati dei poteri essenziali dello Stato, rappresentandosi, peraltro, così, si osserva, come possibili, ipotesi di non partecipazione (sent. n. 39 del 1973). In particolare, essa avrebbe dato una lettura non solo unitaria, ma anche assiologicamente gerarchizzata del comma in questione, rinvenendo prioritariamente nella previsione del "dovere civico" la caratterizzazione del voto come espressione della sovranità popolare, e accessoriamente, si potrebbe dire, nelle sue caratteristiche il principio organizzativo a cui la legislazione elettorale dovrebbe ispirarsi (sent. n. 39 del 1973, cit., sent. n. 90 del 1974 e sent. n. 173 del 2005).

Nel tempo, tale giurisprudenza sarebbe andata consolidandosi solo sul secondo dei profili dinanzi accennati, in quanto soprattutto orientata a salvaguardare il principio di eguaglianza in materia (art. 3 Cost.) e, di conseguenza, la competenza legislativa dello Stato, al fine vuoi di scongiurare il presentarsi di situazioni discriminatorie, assicurando la sussistenza di «condizioni d'eguaglianza per tutto il popolo italiano» (sent. n. 105 del 1957 e sent. n. 26 del 1965), vuoi di massimare dei diritti di elettorato «la parità di godimento su tutto il territorio nazionale e con riferimento a ogni tipo di elezione» (sent. n. 39 del 1973)[76].

[74] Con questa lente pare di potersi guardare alla considerazione di Guastini, secondo cui di «certo non ci è corrispondenza alcuna tra dovere e libertà» (così R. GUASTINI, *Dovere giuridico*, in *Enc. Giur.,* 1990, XXI, 5).

[75] Cfr., ad es., in tal senso V. FROSINI, *Dovere,* in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1968, 302. Più di recente, sui rapporti tra popolo e Stato, «studiati, e in certo senso rivisitati, da parte della dottrina, nel tentativo di superare l'apparente contraddizione tra l'affermazione della sovranità dello Stato, ereditata dall'elaborazione della dottrina tedesca e fatta propria dal regime fascista ed il principio contenuto nella Carta costituzionale», v. R. ROMBOLI, *Popolo*, in *Enc. giur.*, 1991, vol. XXIII, 4.

[76] Si osserva come un tale profilo competenziale abbia calamitato l'attenzione dei princi-

Inoltre, di tutto rilievo sarebbe il filone giurisprudenziale concernente il voto referendario, in quanto capace di gettare luce sull'importanza ed imprescindibilità, a garanzia del «popolo […] nell'esercizio del suo potere sovrano», della vigenza di condizioni idonee ad assicurare la piena realizzazione della «libera, consapevole e precisa espressione della volontà popolare» (sent. n. 16 del 1978).

Con apparente paradosso, tuttavia, alla considerazione diretta della natura del voto la Corte sarebbe arrivata, almeno inizialmente, per la diversa strada dell'elettorato passivo (art. 51, 1° c., Cost.)[77].

Al proposito, significativa risulta la giurisprudenza relativa alle pari opportunità di accesso "alle cariche elettive", fatta valere con riguardo al regime delle incompatibilità (sent. n. 60 del 1966) e delle ineleggibilità (sentt. n. 108 del 1969, n. 189 del 1971, n. 45 del 1977, n. 171 del 1984, n. 20 del 1985, n. 162 del 1985), avendo essa del diritto di elettorato passivo riconosciuto la natura a tutti gli effetti di «diritto politico fondamentale», garantito «a ogni cittadino con i caratteri propri dell'inviolabilità»: come tale, «intangibile nel suo contenuto di valore» (*ex* art. 2 Cost.) e limitabile «soltanto al fine di realizzare altri interessi costituzionali altrettanto fondamentali e generali» (sent. n. 235 del 1988).

Sarà ancora avndo a che fare con la valutazione della compatibilità costituzionale di una norma attinente all'elettorato passivo, che la Corte sarebbe pervenuta ad affrontare il versante attivo dei diritti elettorali. Nel definire, infatti, una questione di legittimità concernente una previsione di ineleggibilità, essa muovendo dalla prospettiva di garantire la parità di *chances* dei candidati «in una competizione elettorale autenticamente democratica», ritenne di dover accertare le ricadute della norma legislativa indubbiata anche «rispetto alla libera e genuina espressione del voto popolare» garantita, quale «principio primario e inviolabile dagli artt. 1, 2 e 51 della Costituzione» (sent. n. 344 del 1993, ed in seguito, sent. n. 84 del 1994 e sent. n. 141 del 1996).

In particolare, la Corte, nel dare anch'essa un impulso decisivo alla "svolta elettorale maggioritaria" e nel formulare l'auspicio della riforma di una legislazione «ricca di incongruenze logiche e divenuta ormai anacronistica» ribadì la caratterizzazione nei termini di un "diritto inviolabile" del concorso di ciascun cittadino «all'elezione dei propri rappresentanti politici» (sent. n. 344 del 1993, cit.)[78]. Va dunque probabilmente individuata in

pali commenti alla decisione: v. ad es., F. PIZZETTI, *Leggi di spesa e autonomia legislativa delle Regioni*, in *Giur. cost.,* 1973, 366 e ss.

[77] Cfr., *amplius*, al riguardo F. BAILO, *Capacità elettorale e costituzione*, cit.

[78] Probante, al riguardo, è la data di deposito della n. 344 del 1993 – e, cioè, il 28 luglio 1993 – dato che la legge n. 277 (recante, per l'appunto, insieme alla n. 276, le nuove "Norme

questo contesto la svalutazione di ogni connotazione di obbligatorietà dello stesso concorso, tanto che in occasione del cd. "*Mattarellum*" il "Testo unico per l'elezione della Camera dei deputati" fu modificato, con l'abolizione del voto come "dovere civico" (art. 4)[79], mentre l'introduzione nella legge Calderoli (restata ferma anche nelle successive riforme)[80] della formula per cui il voto oltre che "un dovere civico" è un "diritto di tutti i cittadini", "il cui libero esercizio deve essere garantito e promosso dalla Repubblica" appare sotto il primo profilo, in quanto sguarnita di qualunque sanzione[81], del tutto ineffettiva; e, sotto il secondo, persino ambigua, nella misura in cui si presti ad includere nella libertà del voto (che deve essere garantita), anche la facoltà di non recarsi ai seggi.

La giurisprudenza costituzionale del nuovo millennio è parsa, d'altro canto, avallare questa ricostruzione, là dove ha affermato «che, in presenza della prescrizione dello stesso art. 48, secondo cui l'esercizio del diritto di voto "è dovere civico", il non partecipare alla votazione costituisce una forma di esercizio del diritto di voto significante solo sul piano socio-politico» (sent. n. 173 del 2005): essendosi da ciò ricavato conferma «che il voto [avesse ed abbia assunto] significato e spessore» in relazione, ormai, proprio «alla sua dimensione di diritto»[82].

per l'elezione del Senato della Repubblica") è del 4 agosto 1993, e cioè la settimana successiva.

[79] V., *supra*, la nota precedente. L'art 1 della legge n. 77 del 1993 sarebbe stato quindi trasfuso nell'art. 4 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 recante il testo unico delle "norme per la elezione della camera dei deputati" (T.U. Cam.).

Fu così stabilito che il voto è "un *diritto* di tutti i cittadini, il cui *libero esercizio* deve essere garantito e promosso dalla Repubblica", disponendosi, nel contempo l'abrogazione della sua obbligatorietà (art. 1, c. 1, lett. *e)* della legge 4 agosto 1993, n. 277, recante le "Nuove norme per l'elezione della Camera dei deputati").

[80] V. la legge 21 dicembre 2005, n. 270, "Modifiche alle norme per l'elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica"; ed in seguito la legge 6 maggio 2015, n. 52, "Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati" (cd. "*Italicum*"); e la legge 3 novembre 2017, n. 165, "Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali" (cd. "*Rosatellum-bis*").

[81] V. l'art. 2 della legge 21 dicembre 2005, n. 270, di modifica dell'art. 4 del d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361 recante il testo unico delle "norme per la elezione della camera dei deputati", confermato ancora in occasione delle successive riforme elettorali (ad opera della legge 6 maggio 2015, n. 52, "Disposizioni in materia di elezione della Camera dei deputati" e della legge 3 novembre 2017, n. 165, "Modifiche al sistema di elezione della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica. Delega al Governo per la determinazione dei collegi elettorali uninominali e plurinominali").

[82] Così, ad es., A. POGGI, *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale (atti del Seminario del Gruppo di Pisa*, svoltosi a Pisa il 4-5 giugno 2010), Giappichelli, Torino 2011, p. 44; ed in senso ana-

Pertanto, in una situazione in cui, rispetto al voto, l'attenzione della Corte costituzionale è stata sempre più – e in maniera assorbente – attratta dal versante del "diritto" e quella del legislatore volta a sostanzialmente trascurare quella del "dovere", la perdurante vigenza del disposto costituzionale (art. 48, c. 2 Cost.) obbliga, conclusivamente, a porsi il problema della sua (attuale) portata. Tanto più che, assai di recente, la Corte, con riguardo alla legislazione elettorale, è parsa tornare a rivalutare il primo dei profili in precedenza affrontati nella giurisprudenza degli anni Settanta (sent. n. 39 del 1973, cit.), addirittura mutuandone l'espressione, nel sottolineare l'importanza del voto «per la costituzione degli "organi supremi", essenziali per il funzionamento del sistema democratico-rappresentativo» (sent. n. 1 del 2014 e sent. n. 35 del 2017).

Ebbene, sono proprio le pronunce testé evocate a dare prova, ci pare, della mutata temperie costituzionale, valendo in esse, la ridetta espressione, a dar (ulteriore) forza, oltre che al versante "istituzionale" (v. *supra*) ad un suffragio riconosciuto ormai, per l'appunto (a tutti gli effetti) alla stregua di diritto «inviolabile» (sent. n. 1 del 2014) e «fondamentale» (sent. n. 35 del 2017): come tale, "doverosamente" da tutelare, al fine di scongiurare il possibile generarsi di «zone franche» nel sistema di giustizia costituzionale. Di qui, dunque, il ribaltamento di prospettiva, essendo venuto a dipendere ora lo stesso funzionamento del sistema democratico-rappresentativo più dalla compatibilità costituzionale della legislazione elettorale coi principi di tale sistema che non dall'assiduità al voto degli elettori. Ciò che, a sua volta, induce a sottoporre alla riflessione la possibilità di un collegamento ideale e sistematico tra il "dovere civico" del voto (art. 48, c. 2, 2° p.) e il "dovere di fedeltà alla repubblica" (di cui all'art. 54 della Costituzione), nel senso di ritenere che il dovere civico del voto, come esplicazione dello stesso dovere di fedeltà, possa motivare forme di resistenza attraverso il non voto allorché gli stessi principi repubblicani risultino messi a rischio da «atti istituzionali abnormi, antidemocratici, anticostituzionali e liberticidi[83]».

logo G. Passaniti, *Il "non voto" dei friulani all'estero: l'annosa questione del voto come "dovere civico" all'esame della Corte costituzionale*, in *Forumcostituzionale.it*, 2005, 1 e ss.

[83] Si ripropone l'espressione di A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica,* Milano, 2013, 241.

IL DOVERE DI CURA DELLA SALUTE ED IL C.D. "PARADOSSO DI BÖCKENFÖRDE"

di Luigi D'Andrea

SOMMARIO: 1. Introduzione: la "grande dicotomia" tra diritti e doveri … – 2. … e quella tra essere e dover essere: il c.d. "paradosso di Böckenförde". – 3. La complessità strutturale del diritto alla salute e l'intreccio di interessi individuali e sociali: il caso delle vaccinazioni. – 4. Il consenso informato ed il diritto al rifiuto delle cure secondo la legge n. 219/2017. Conclusioni, alla luce dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, nella prospettiva aperta dal c.d. "paradosso di Böckenförde".

1. Introduzione: la "grande dicotomia" tra diritti e doveri …

Riflettere sul possibile "ossimoro costituzionale" rappresentato dalla componente di "doverosità" (o, se si vuole, deontica) ravvisabile nel diritto alla salute (e, più in generale, nel complessivo patrimonio di diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dalla Carta repubblicana del 1948) induce inevitabilmente a volgere lo sguardo in direzione di una delle "grandi dicotomie"[1] intorno alle quali si è venuta tradizionalmente strutturando la scienza giuridica: naturalmente, ci si riferisce alla distinzione, nell'universo delle situazioni giuridiche soggettive, tra diritti (intesi, in senso lato, come sinonimo delle molteplici situazioni giuridiche soggettive attive) e doveri (termine anch'esso suscettibile di individuare le diverse e variamente connotate situazioni giuridiche soggettive passive). Tale distinzione dicotomica, nell'ambito di un insieme marcatamente articolato di figure modellate dall'ordinamento giuridico, si radica in seno alla dimensione fondante dell'intera esperienza giuridica, costituita dagli interessi sociali: le situazioni giuridiche soggettive si qualificano come attive in quanto si risolvano in forme di protezione degli interessi riferibili ai titolari delle stesse, laddove la funzionalizzazione alla tutela di interessi riconducibili a soggetti diversi dal rispettivo titolare impone di catalogare le situazioni giuridiche soggettive

[1] "Nel processo di ordinamento e di organizzazione del proprio campo d'indagine ogni disciplina tende a dividere il proprio universo di enti in due sottoclassi che sono reciprocamente esclusive e congiuntamente esaustive. Per designare il prodotto di questa operazione, che è un'operazione di classificazione , uso l'espressione 'grande dicotomia'": così N. BOBBIO, *La grande dicotomia* (1974), in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, pref. di M.G. Lozano, Roma-Bari, 2007, 122.

come passive[2]. Se la pluralità di situazioni giuridiche soggettive si giustifica in rapporto alle molteplici forme nella quali si struttura e si articola la rilevanza e la protezione giuridica degli interessi, la netta distinzione tra situazioni attive e situazioni passive si fonda sulla rigorosa giustapposizione tra gli interessi del titolare della situazione e gli interessi imputati ad altri soggetti; e la contrapposizione dicotomica si spiega con l'assenza (o quanto meno, con l'irrilevanza dal punto di vista giuridico …) di relazioni tra l'interesse del titolare e gli interessi di altri soggetti, e perciò tra gli strumenti di protezione da parte dell'ordinamento del primo rispetto alle forme di tutela dei secondi. Dunque, la dicotomia tra diritti e doveri sul terreno dell'ordinamento giuridico corrisponde alla rigorosa distinzione tra gli interessi imputati ai diversi soggetti, non relazionati tra di loro.

In siffatta prospettiva, si può porre in evidenza che una simile configurazione del sistema giuridico si giustifica alla luce di un paradigma individualista, in coerenza al quale gli interessi (e le situazioni giuridiche soggettive, che ne rappresentano le forme di protezione giuridica) dei diversi soggetti non si pongono – per così dire – ontologicamente in reciproco rapporto, configurandosi le differenti posizioni individuali come microcosmi autoreferenziali. Ci si colloca all'interno di tale paradigma individualista allorquando si afferma che la libertà di ciascuno finisce là dove comincia la libertà di un altro soggetto, o che il diritto di ogni individuo ravvisa nei diritti degli altri (soltanto) i propri autentici rivali, poiché i secondi valgono a delineare gli invalicabili confini del primo; e, naturalmente, è in coerenza con il paradigma individualista che si inquadrano (*id est*: si devono inquadrare) in logica dicotomica i rapporti tra diritti e doveri, situazioni giuridiche soggettive attive e situazioni giuridiche passive.

In realtà, si può qui rilevare che, se è certamente vero che assai spesso gli interessi individuali si configurano come irriducibilmente rivali tra di loro, sicché gli strumenti giuridici volti alla tutela degli interessi di un soggetto non possono essere funzionalizzati alla protezione di interessi imputabili ad altri soggetti, pure non mancano ipotesi nelle quali una simile reciproca indifferenza non è affatto riscontrabile: basti qui semplicemente fare riferimento alle libertà ad esercizio collettivo (riunione, associazione …), che strutturalmente richiedono il concorso di una pluralità di persone, sicché la protezione della libertà di uno si risolve nella garanzia della libertà di altri; ovvero si consideri il caso della libertà di ricerca scientifica, che certamente è riconosciuta ai singoli individui, ma nel cui stesso "statuto" è – per così dire

[2] Per fare soltanto un esempio, distingue "fra 'situazioni di vantaggio', dirette ad assicurare risultati favorevoli per i soggetti che ne sono titolari, e 'situazioni di svantaggio', che impongono a chi se ne trova investito comportamenti destinati a soddisfare interessi altrui" C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, I, Padova, 1975, 171.

– iscritta l'esigenza di esercizio all'interno di una comunità di soggetti parimenti dediti alla libera ricerca scientifica (e considerazioni di analogo tenore si potrebbero avanzare in ordine alla libertà di manifestazione del pensiero).

Ma al di là di singole ipotesi nelle quali è dato peculiarmente cogliere un tale intreccio tra gli interessi giuridicamente protetti da mostrare chiaramente l'impossibilità di declinare in termini di netta e rigorosa (appunto: dicotomica …) separazione i rapporti tra le relative forme di tutela giuridica, è soprattutto necessario porre in evidenza la radicale incompatibilità del paradigma individualista con il sistema costituzionale. Infatti, tale paradigma assume come punto di riferimento normativo il singolo, astrattamente considerato (quasi come una monade), laddove il disegno recato dalla Carta costituzionale repubblicana trova il proprio baricentro nel principio personalista[3], ed è perciò orientato a guardare alla persona all'interno dei circuiti di integrazione entro i quali si esprime la naturale socialità della persona umana. Nel sistema costituzionale, è *all'interno* ed *in forza* delle reti di relazioni generate dalla vocazione comunitaria dell'uomo (delle "formazioni sociali ove si svolge la sua personalità", secondo la splendida ed icastica formulazione recata dall'art. 2 Cost.) che si manifesta, si tutela e si valorizza la dignità della persona (di ogni persona), autentica sintesi dei diversi diritti inviolabili dell'uomo, e, più in generale, dell'intera tavola dei valori costituzionalmente sanciti[4]. Perciò, congeniale ad un ordinamento giuridico così delineato si presenta un paradigma di marca personalista, connotato dalla garanzia e dalla valorizzazione delle relazioni sociali che strutturano il tessuto della comunità civile e ne determinano la dinamica, non disgiunte dalla protezione dei diritti fondamentali riconosciuti ad ogni uomo "come singolo" (per ancora ricondursi al tenore letterale dell'art. 2 Cost.). Sul terreno dell'assiologia costituzionale, del tutto fisiologica allora si configura la possibilità che gli interessi, le istanze, le prerogative di un individuo risultino sinergicamente collegati agli interessi, alle istanze, alle prerogative di altri

[3] Sul principio personalista nella Costituzione italiana, v. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni,* in AA. VV., *Scritti in onore di G. Silvestri*, III, Torino, 2016, 2083 ss.

[4] Osservano A. RUGGERI e A. SPADARO, in *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 362, che "la dignità umana è fatta anche di libertà, qualità, vita, salute, diritti inviolabili dell'uomo, eguaglianza, sicurezza, incolumità, intimità psichica, reputazione, prestigio, decoro. La dignità umana è tutto questo e molto altro ancora". Sulla dignità umana, tra gli altri, v. anche, nella letteratura più recente, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it (14 marzo 2008); U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, 2009; A. PIROZZOLI, *La dignità dell'uomo. Geometrie costituzionali*, Napoli, 2012; G. M. FLICK, *Elogio della dignità*, Città del Vaticano, 2015; G. SERENO, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016; V. SCALISI, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, 2018.

soggetti; e dunque che comportamenti i quali, per un verso, si qualificano come esercizio di una situazione giuridica soggettiva attiva, realizzando un interesse del soggetto agente, possano, per altro verso, essere connotati da una componente deontica, in quanto funzionali alla cura di interessi altrui. È in una simile prospettiva teorica, se non si fraintende, che si è autorevolmente ravvisato non "una semplice e più o meno fortuita *connessione* (per la verità scontata) fra i diritti e i doveri", quanto piuttosto una " ben più radicale e […] provocatoria […] sostanziale e costante *inscindibilità* degli uni con gli altri"[5]. Perciò, se si osserva entro il prisma della dignità umana, "il dovere è *sempre* l''altra' faccia del diritto (del resto in piena coerenza con l'esistenza di 'diritti inviolabili' direttamente legati a 'doveri inderogabili')"; e lungo tale traiettoria si può pervenire alla "singolare sussunzione – proprio nell'idea di *dignità umana* – non solo di tutte le situazioni giuridiche soggettive **attive** (e, segnatamente, dei diritti di libertà,), ma anche di tutte le situazioni giuridiche soggettive **passive** fondamentali, in un intreccio sì stretto da apparire, appunto, inscindibile"[6].

2. ... e quella tra essere e dover essere: il c.d. "paradosso di Böckenförde"

La tesi adesso riassunta, esplicitamente presentata come "radicale e "provocatoria", secondo la quale sussiste costantemente un'inscindibilità tra diritti e doveri, tale che questi quasi si risolvono gli uni negli altri, certamente apre la strada ad un non marginale ripensamento in ordine alla possibilità di superare la netta dicotomia tra situazioni giuridiche soggettive attive e situazioni giuridiche soggettive passive (a mio sommesso avviso, difficilmente compatibile con la fisionomia degli ordinamenti costituzionali contemporanei) e di enucleare una componente deontica in seno allo stesso statuto dei diritti inviolabili. Al netto di talune ipotesi nella quali si manifestano comportamenti che (precisamente sul terreno giuridico-formale) si qualificano come esercizio di un diritto e ad un tempo come adempimento di un dovere[7], la tesi secondo la quale diritti e doveri sarebbero talmente intrecciati da risultare inscindibili, sicché in buona sostanza lo stesso esercizio dei diritti inviolabili si qualificherebbe come adempimento di un autentico dovere,

[5] Così A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 366.

[6] Ancora A. RUGGERI e A. SPADARO, *ibidem;* ed *ivi*, 368, si giunge, coerentemente a configurare "l'esistenza di un *dovere* (non astratto ma concreto) *di essere liberi*".

[7] Più avanti si avrà modo di porne in evidenza un esempio relativo appunto al diritto/dovere alla salute.

non sembra condivisibile (almeno nei termini in cui è stata qualche decennio addietro formulata e adesso riassunta).

Convengo senza riserve sulla tesi che il comune radicamento nel patrimonio dei valori costituzionali proietta su tutte le situazioni giuridiche soggettive ravvisabili nella trama normativa superprimaria una componente deontica: la fisiologia di un sistema incardinato sul principio personalista *richiede* l'esercizio dei diritti in forza dei quali si svolge la personalità di ogni essere umano, ed il pieno effettivo dispiegamento di tutte le virtualità racchiuse negli istituti costituzionalmente previsti[8]. In tale prospettiva, ben si può sostenere (e, come ricordato, è stato autorevolmente sostenuto) che gli stessi diritti di libertà (tanto negativa quanto positiva) "*devono*" essere esercitati da tutti i cittadini, che per tale via esprimono e garantiscono ad un tempo la "pari dignità sociale" loro riconosciuta dal primo comma dell'art. 3 Cost. Ma non perciò si può predicare la piena inscindibilità di diritti e doveri, se non l'integrale sussunzione degli uni negli altri …; almeno, non sul terreno propriamente giuridico-formale. La configurazione dei diritti inviolabili dell'uomo in termini di doveri dall'ordinamento propriamente prescritti (perciò anche, almeno di regola, coattivamente sanzionabili, si dovrebbe ritenere …)[9] sembra condurre ad uno snaturamento del senso stesso (giuridico e sociale) del riconoscimento di un diritto. In particolare, più che discutibile appare il – per così dire – "ribaltamento" dei diritti di libertà in doveri inderogabili, che la libertà del soggetto valgono non già a tutelare, quanto piuttosto a limitare e, in ultima analisi, a coartare.

La prospettiva in seno alla quale è dato riconoscere, in termini compatibili con la fisionomia di un sistema autenticamente liberal-democratico, la componente deontica che pure ai diritti fondamentali afferisce, mi sembra dischiusa dal c.d. "paradosso di Böckenförde", secondo il quale lo Stato liberale (e secolarizzato) "*vive di presupposti che non può garantire*"[10]. Il

[8] Secondo A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni,* cit., 2084, "il c.d. 'principio personalista' – com'è usualmente chiamato – in realtà non è un 'principio' al pari degli altri che pure sono a fondamento dell'ordine repubblicano; semmai, è *il* principio, come ciò che sta appunto all'inizio e, a un tempo, alla fine del percorso costituzionale che con esso si apre e in esso circolarmente si chiude, perfezionandosi e da se medesimo giustificandosi".

[9] Sul rapporto tra dovere e sanzione, v., tra gli altri, B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in AA. VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, a cura di R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther, Torino, 2007, 237 ss. Deve tuttavia riconoscersi nella coercibilità un carattere soltanto tendenziale e normale, ma non costante e necessario, del dovere giuridico: in tal senso, v. E. BETTI, voce *Dovere giuridico*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 58; sull'assenza della sanzione entro la definizione di obbligo giuridico, v. anche F. MERCADANTE, voce *Dovere giuridico (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 74.

[10] E.W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* (1967), a cura di M. Nicoletti, Brescia, 2006, 68. E.W. Böckenförde ha ampiamente esposto

grande giurista tedesco, nel contesto di una riflessione relativa al rapporto tra processo di formazione dello Stato moderno e fenomeno della secolarizzazione, rilevava come l'ordinamento statale laico si alimenti di una cultura (ispirata da un'etica di matrice religiosa) rispetto alla quale tuttavia si pone in una posizione di neutralità. Perciò, lo Stato liberale si assume un grande rischio, "per amore della libertà": "da una parte esso può esistere come Stato liberale *solo se la libertà*, che esso garantisce ai suoi cittadini, *si regola dall'interno, cioè a partire dalla sostanza morale del singolo e dall'omogeneità della società*. D'altra parte, però, *se lo Stato cerca di garantire da sé queste forze regolatrici interne, cioè coi mezzi della coercizione giuridica e del comando autoritativo, esso rinuncia alla propria liberalità* e ricade – su un piano secolarizzato – in quella stessa istanza di totalità da cui si era tolto con le guerre civili confessionali"[11].

Come nitidamente emerge dai passaggi adesso fedelmente riportati, il "paradosso di Böckenförde" si riferisce, nelle intenzioni del suo autore, al modello di Stato laico e liberale (o, se si vuole, al modello di Stato costituzionale), collocandosi sul piano propriamente assiologico e prescrittivo: esso esprime l'esigenza, afferente al costituzionalismo contemporaneo (di stampo liberaldemocratico), di rifiutare il ricorso agli strumenti prescrittivi (e ancor di più, coercitivi) in funzione di garanzia dell'adesione dei cittadini ai valori fondamentali del sistema, che resta perciò affidata al libero radicamento nelle coscienze ed alimentata dalla autonoma dinamica sociale e dal libero ed aperto confronto tra idee e posizioni che si realizza nell'ambito della sfera pubblica[12]. In altri termini, il paradosso in esame significa che il sistema costituzionale liberal-democratico *esige comportamenti*, in quanto richiesti dalla sua fisiologia, che pure *non vuole garantire* con gli strumenti propri della sfera giuridica (obblighi, sanzioni, coercizioni …), in quanto incompatibili con la sua identità.

Come dalle brevi notazioni adesso avanzate può agevolmente evidenziarsi, il "paradosso di Böckenförde" finisce per porre seriamente in discussione – anzi, a ben vedere, per scardinare radicalmente … – un'altra "grande dicotomia" intorno alla quale si è venuta organizzando la scienza giuridica tradizionale, di marca positivista: naturalmente, ci si riferisce a quella tra fatto e diritto, tra essere e dover essere. La sfera fattuale (il mondo dell'essere), da una parte, e l'ordinamento giuridico (l'ambito del dover essere), dall'altra

il suo pensiero al riguardo in ID., *Cristianesimo, libertà, democrazia*, Brescia, 2007; al riguardo, v. anche C. PANETTA, *Secolarizzazione, religione e libertà religiosa: il contributo di Ernst-Wolfgang Böckenförde*, in *Orientamenti sociali sardi*, n. 1/2010, 91 ss.

[11] Così E.W. BÖCKENFÖRDE, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione* , cit., 68 s. (corsivi aggiunti).

[12] Da qui il carattere paradossale che è stato riconosciuto al dovere di fedeltà alla Repubblica da A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano, 2013.

parte, sono stati rappresentati come universi nettamente separati e reciprocamente indifferenti; ed il confine tra di loro era saldamente presidiato dalla c.d. "legge di Hume"[13]. Invece, dal "paradosso di Böckenförde" emerge con evidenza l'impossibilità, almeno in seno al modello di Stato costituzionale[14], di impronta liberaldemocratica, di mantenere rigorosamente (dicotomicamente, appunto …) separati la dimensione fattuale ed il sistema giuridico: piuttosto, come è parso di potere sostenere[15], tale forma di Stato risulta intrinsecamente connotata da un'incessante dialettica tra l'universo giuridico-formale ed il livello dell'esperienza comunitaria.

E riguardo alle relazioni tra essere e dover essere, si può forse ancora incidentalmente osservare che sul terreno della teoria generale il "paradosso di Böckenförde" ben può riferirsi alla condizione in cui versa ogni sistema normativo (naturalmente, se caratterizzato dalla positività): infatti, nessun ordinamento giuridico positivo è in grado di garantire davvero, mediante gli strumenti prescrittivi e sanzionatori di cui dispone, il proprio fondamento, cioè i presupposti – che non possono che essere di ordine storico-culturale e politico-sociale – i quali ne consentono e ne legittimano la vigenza, e dunque l'esistenza secondo la forma propria degli ordinamenti giuridici positivi[16]. Perciò, nessuno Stato è in grado di garantire da se stesso i presupposti

[13] Sulla "legge di Hume" (o sulla c.d. "fallacia naturalistica"), v., tra gli altri, G. CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Milano, 1969, e B. CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Torino, 1994.

[14] Sull'incompatibilità della "legge di Hume" con il modello di Stato costituzionale, al netto dei complessi profili filosofici della questione, v. anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992, 161 ss.

[15] Sia consentito richiamare L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005.

[16] Osserva S. BASILE (*"Valori superiori", principi costituzionali fondamentali ed esigenze primarie*, in AA. VV., *Scritti in onore di A. Predieri*, I, Milano, 1996, 152-153), riprendendo un brano di G. MOSCA (*Elementi di Scienza politica*, II, Bari, 1922, 241) come i principi fondamentali che legittimano un sistema giuridico siano non già creati e imposti dal potere politico, ma piuttosto imposti *al* potere politico dal corpo sociale, nelle sue espressioni culturali: "i principi, nell'opinione di G. Mosca, sono semmai creati e imposti al potere politico da uomini che vi sono estranei. In effetti, credere che il potere stesso ponga i principi che lo legittimano e ne legittimano l'attività, significa negare l'evidenza. Il potere, forse al massimo li sceglie, ma comunque li trova in quel patrimonio di valori – come parte di quanto, nel senso antropologico del termine, va sotto il nome di cultura – si sviluppa e via via si modifica in un continuo dibattito dagli innumerevoli interventi che nasce da un po' tutta la vita sociale". Sulla dimensione culturale (in senso antropologico) del processo di legittimazione dei sistemi costituzionali contemporanei, sia consentito ancora richiamare L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 323 ss.

che pure sono indispensabili per la sua esistenza; e forse proprio questa è la lezione ultimamente racchiusa nel brocardo latino *ex facto oritur ius*[17].

È di tutta evidenza che la complessa problematica relativa alle relazioni tra fatto e diritto, tanto con specifico riguardo al modello di Stato costituzionale, quanto sul terreno della teoria generale del diritto e dello Stato, certamente di grande interesse, non può in alcun modo essere qui convenientemente analizzata. Ai nostri fini, il riferimento ai rapporti tra sfera fattuale e ordinamento giuridico, come configurati alla luce del "paradosso di Böckenförde", vale a dislocare, almeno in linea generale, la componente deontica che, per le ragioni cui si è già accennato, afferisce agli stessi diritti inviolabili dell'uomo, non già sul terreno dell'ordinamento giuridico, ma piuttosto a livello della sfera fattuale: essa si configura (lo si ribadisce, almeno di regola) precisamente come un'*esigenza* (dunque, un valore di rango costituzionale), ma non certo come un *dovere* in senso proprio. La fisiologia del sistema esige che i cittadini aderiscano ai valori fondamentali del sistema ed esercitino positivamente i diritti fondamentali costituzionalmente riconosciuti, ma non perciò trasfigura gli stessi diritti fondamentali in doveri inderogabili.

3. La complessità strutturale del diritto alla salute e l'intreccio di interessi individuali e sociali: il caso delle vaccinazioni

Le riflessioni adesso prospettate in linea generale riguardo alla cifra di doverosità ravvisabile anche in riferimento ai diritti inviolabili dell'uomo, costituzionalmente riconosciuti e garantiti *ex* art. 2 Cost., trovano rispetto alla categoria della salute, tutelata dalla Repubblica "come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività" (art. 32, I comma, Cost.)[18] un riscontro puntuale e assai significativo.

Marcata si presenta la complessità strutturale del bene costituzionale sa-

[17] Ho ritenuto di sostenere la tesi secondo cui tale noto brocardo non si riferisce, semplicemente, al "fatto" storicamente individuato da cui ha avuto origine un determinato sistema positivamente vigente (cioè il potere, o il fatto, costituente, secondo una terminologia che è familiare al pensiero costituzionalistico), ma piuttosto esprime – con formidabile sintesi – l'"inesauribile processo osmotico" che si innesca "tra l'universo giuridico-formale e le dinamiche della convivenza organizzata" (L. D'ANDREA, voce *Effettività*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, III, Milano, 2006, 2121).

[18] Sulla salute nella Costituzione italiana, in una letteratura amplissima, si segnala qui soltanto, tra gli scritti più recenti, E. CAVASINO, *La flessibilità del diritto alla salute*, Napoli, 2012; B. VIMERCATI, *Consenso informato e incapacità. Gli strumenti di attuazione del diritto costituzionale all'autodeterminazione terapeutica*, Milano, 2014; D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale. Lezioni*, II ed., Torino, 2015; L. BUSATTA, *La salute sostenibile. La complessa determinazione del diritto ad accedere alle prestazioni sanitarie*, Torino, 2018.

lute: dal tenore letterale dell'art. 32, I comma, Cost., già menzionato, emerge con grande chiarezza la compresenza in esso di una dimensione individuale e di una dimensione collettiva; ed ancora dalla formulazione letterale della stessa disposizione della Carta repubblicana si ricava inequivocabilmente la natura di diritto sociale (a prestazioni positive) che appartiene alla salute (la garanzia di "cure gratuite agli indigenti"), che felicemente coesiste con il versante – per così dire – negativo della stessa situazione giuridica, che si traduce nella pretesa che tutti i consociati si astengano da comportamenti lesivi della condizione di benessere fisico-psichico del soggetto[19]. Ad integrare il carattere complesso dello statuto della salute in seno al sistema costituzionale, si deve ancora considerare l'intreccio tra dimensione giuridica e sapere medico (ed in generale conoscenze scientifiche e tecnologie)[20]: i pubblici poteri non possono in alcun modo prescindere nell'esercizio delle loro funzioni in materia di tutela della salute (individuale e collettiva) dal prezioso apporto recato da medici, cultori di scienze naturali, professionisti a vario titolo coinvolti[21]. È appena il caso di osservare, incidentalmente, che l'integrazione tra conoscenza tecnico-scientifica e cultura giuridica (e, ancor di più, prassi dei pubblici poteri) si pone come eloquente manifestazione dell'incessante dialettica tra dimensione fattuale e universo giuridico-formale nella quale riposa la fisiologia del sistema costituzionale.

Dunque, come si è appena accennato, il carattere complesso della salute nell'ordinamento costituzionale si radica nella convivenza nel suo seno di una dimensione individuale ed una collettiva, di un versante negativo e di uno positivo nella relativa situazione giuridica soggettiva, nonché nell'esigenza di comporre ed integrare saperi e tecniche di diversa matrice. Ma un'ulteriore – e certamente non trascurabile – ragione di complessità della salute nel quadro costituzionale è rappresentata dall'impossibilità di pervenirne ad una compiuta definizione sul terreno "oggettivo" della dimensione naturale (si direbbe, biologica), al riparo dall'incidenza dell'etica e

[19] Del diritto alla salute come "situazione soggettiva complessa o composita, potendo essere (almeno) descritta, per usare risalenti categorie, da un lato come diritto di libertà e dall'altro come diritto di prestazione, secondo un approccio che nel nostro Paese trovò riscontri anche nella discussione in assemblea costituente" discorre R. BALDUZZI, voce *Salute (diritto alla)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, VI, cit., 5394.

[20] V., al riguardo, oltre alla (quasi pioneristica …) monografia di L. CHIEFFI, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Napoli, 1993, S. PENASA, *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica*, Napoli, 2015. Sui rapporti tra sapere tecnico-scientifico e diritto, in generale, v., recentemente, A. IANNUZZI, *Il diritto capovolto. Regolazione a contenuto tecnico-scientifico e Costituzione*, Napoli, 2018.

[21] Ai riguardo, si segnala qui soltanto il confronto a più voci (e sulla base di differenti competenze specialistiche) che è in AA. VV., *Il bene salute. Prospettive bioetiche*, a cura di M. Gensabella Furnari, Soveria Mannelli, 2011.

della cultura (ancora una volta, individuali e collettive), e dunque da opzioni del tutto "soggettive", che esprimono la libertà di coscienza (nonché, in ultima analisi, l'irripetibile originalità) di ogni persona umana. Lungi dall'identificare semplicemente la condizione connotata dall'assenza di malattia, oggi la salute assume il più ampio significato di "stato di completo benessere psico-fisico, parametrato e calibrato anche, e soprattutto, in relazione alla percezione che ciascuno ha di sé, alle proprie concezioni di identità e dignità, nonché con un'idea di persona non accolta apoditticamente in astratto, bensì valutata giuridicamente nelle sue reali e concrete sfumature"[22]. Ed a conferma dell'eccedenza della salute umana rispetto alla dimensione meramente biologica, è stato autorevolmente osservato che "oggi è anche possibile protrarre la vita in condizioni che in passato non si potevano neanche immaginare. Gli interventi sul corpo umano diventano sempre più efficaci, ma non sempre sono risolutivi: possono sostenere funzioni biologiche divenute insufficienti, o addirittura sostituirle, ma questo non equivale a promuovere la salute"[23]. Del resto, è con riferimento alla conformazione di tutti i diritti inviolabili che rileva l'autocomprensione degli stessi da parte dei relativi titolari: una delle più significative manifestazioni dell'identificazione delle costituzioni contemporanee nel prodotto, incessantemente rinnovantesi, della società aperta degli interpreti del testo costituzionale[24].

Naturalmente, la rilevanza, sul terreno della tutela della salute garantita dall'ordinamento giuridico, della percezione di sé e delle opzioni etiche e spirituali intorno alle quali ciascuno definisce e struttura la propria identità personale, non può che passare da una lettura combinata e sinergica dell'art. 32 Cost. con l'art. 13 Cost., che protegge il diritto alla libertà personale (se si preferisce, il diritto all'autodeterminazione); lettura alla quale peraltro linearmente conduce il principio personalista, solennemente sancito dall'art. 2 Cost. E come si dirà tra breve, è precisamente lungo tale strada che, a seguito di un lungo e travagliato dibattito, prima la giurisprudenza e poi la legislazione del nostro Paese si sono incamminate, laddove nella vigenza dello

[22] Così il parere del Consiglio di Stato (Comm. Spec., 18 luglio 2018, n. 1991) sui quesiti del Ministro della salute sulle disposizioni anticipate di trattamento (c.d. DAT), reperibile in www.dirittifondamentali.it.

[23] Così il Messaggio del Santo Padre Francesco ai partecipanti al *Meeting* regionale europeo della "*World Medical Association*" sulle questioni del "fine-vita" (Città del Vaticano,17 novembre 2017), ove pure si aggiunge, di seguito al passaggio fedelmente riportato nel testo, che "occorre quindi un supplemento di saggezza, perché oggi è più insidiosa la tentazione di insistere con trattamenti che producono potenti effetti sul corpo, ma talora non giovano al bene integrale della persona".

[24] Tanto la tesi dell'autocomprensione quanto la risoluzione delle costituzioni del pluralismo nel prodotto della società aperta degli interpreti del testo costituzionale si devono, come è noto, a P. HÄBERLE, di cui qui si cita soltanto *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale* (1983), a cura di P. Ridola, Roma, 1993, 175 ss.

Statuto albertino la salute era rilevante in ambito giuridico appunto in una accezione prevalentemente collettiva, e veniva tutelata all'interno della più generale attività di mantenimento dell'ordine pubblico (restando un affare privato la cura dello stato di salute dell'individuo)[25]. Conviene adesso porre in evidenza che anche nell'art. 32 non risulta certo assente lo spazio per la configurazione e l'articolazione di situazioni giuridiche soggettive di tipo passivo relative alla salute: anzi, va ricordato che in forza del richiamo all'"interesse della collettività" operato dall'art. 32 Cost. non sono mancate voci che hanno prospettato, insieme al diritto, un generale *dovere* alla salute[26]. Si è autorevolmente affermato che a ciascuno di noi compete "il dovere di tenerci in vita e di prenderci cura di noi stessi perché siamo una risorsa in ogni tempo spendibile a beneficio della collettività", e che "*prendersi cura di sé, dunque, è già (e anche) solidarietà*, il primo dei modi di essere partecipi delle esperienze di vita del consorzio sociale al quale apparteniamo"; dunque, "è proprio riguardando all'autodeterminazione dal punto di vista della solidarietà che si coglie emblematicamente il modo di essere della Costituzione come 'sistema'", e "con riguardo ai soggetti che versano in uno stato di particolare sofferenza, la solidarietà è, in primo luogo, della società verso il malato ma è pure – per quanto possa essere duro da digerire – dello stesso malato verso la società"[27].

Anche dal punto di vista di chi scrive, non vi è dubbio che la condizione di benessere psico-fisico dei cittadini (di *ogni cittadino*) si configura come un valore per il sistema: non soltanto, alla luce del principio personalista, che del sistema costituzionale rappresenta l'autentico cardine [28], la salute (e, ancora di più, la vita) di ogni persona umana si pongono come un'insostituibile e preziosa risorsa per l'ordinamento intero (*rectius*: *la risorsa*, insostituibile e preziosa, per l'intero ordinamento), ma va ancora osservato che

[25] Al riguardo, v., anche per richiami alla letteratura risalente, C. PANZERA, *Un diritto* fra *i doveri? Lo "strano caso" del diritto alla salute*, in AA. VV., *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, cit., 440 .

[26] In tal senso, tra gli altri, naturalmente (alla luce delle notazioni generali già fedelmente riportate al paragrafo 1: note 5 e 6), v. A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, cit., 369, secondo i quali la salute, oltre che un diritto dell'individuo, costituisce un " 'interesse' della collettività, e dunque pure, piaccia o no, […] un **dovere** di ogni soggetto", pur se essa rappresenta "uno stato che, di per sé, in genere appare piuttosto come un diritto". In argomento, si segnala C. PANZERA, *Un diritto* fra *i doveri? Lo "strano caso" del diritto alla salute*, cit., 438 ss.

[27] In questi termini, A. RUGGERI, *Dignità* versus *vita?*, in www.rivistaaic.it, n. 1/2011, ed in ID., *"Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, XV, *Studi dell'anno 2011*, Torino, 2012, 153.

[28] Secondo A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni,* cit., 2085, "il collegamento tra il principio personalista e il riconoscimento dei diritti fondamentali è assai stretto".

molteplici sono i benefici (anche sotto il profilo meramente economico e finanziario) che ne derivano per la Repubblica. Ed appunto in considerazione di tali benefici, la Corte costituzionale ha ritenuto infondato il dubbio di legittimità sollevato con riferimento all'imposizione ai motociclisti dell'obbligo di indossare il casco di protezione (artt. 1, 2 e 3 della l. n. 3/1986), essendosi "in presenza di modalità, peraltro neppure gravose, prescritte per la guida di motoveicoli" e ben potendo il legislatore, nel suo discrezionale apprezzamento, prescrivere comportamenti (sanzionandone l'inosservanza) "allo scopo di ridurre il più possibile le pregiudizievoli conseguenze, dal punto di vista della mortalità e della morbosità invalidante, degli incidenti stradali", nonché i "costi sociali sull'intera collettività" (sent. n. 180/1994, n. 5 del *cons. in dir.*): dunque, una pronunzia improntata alla logica della ragionevolezza, che induce a giudicare compatibile con le norme costituzionali un sacrificio modesto (e modestamente sanzionato)[29] della libertà personale allo scopo di garantire i molteplici (ed eterogenei) vantaggi dalla protezione della salute derivano.

La via dell'implementazione della disciplina della salute intorno alla categoria della doverosità trova un formidabile (e, a mio sommesso avviso, insormontabile) ostacolo nello stesso art. 32 Cost., che al II comma prevede che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge", aggiungendo che la stessa legge "non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana". Risulta di palmare evidenza, già dal tenore letterale della disposizione costituzionale, che la figura dei trattamenti sanitari obbligatori, ben lungi dal presentarsi come peculiare espressione di un generale "dovere alla salute", configura una categoria di natura eccezionale, la cui compatibilità con il sistema è soggetta a rigorose condizioni. Secondo una ricca elaborazione dottrinale ed un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale[30], un trattamento sanitario obbligatorio si configura come costituzionalmente legittimo se è previsto da una legge (naturalmente contenuta nei limiti del rispetto della persona umana)[31], se è appunto "determinato" (quindi delineato con ragionevole preci-

[29] Rileva il giudice delle leggi, *infra* rispetto al passaggio fedelmente riportato nel testo, "che il legislatore, nel suo apprezzamento, si è mantenuto nell'alveo delle sanzioni amministrative, di misure cioè qualitativamente più tenui di quelle penali e che fanno guardare perciò con favore alla scelta legislativa operata in relazione alle finalità di prevenzione che si è inteso perseguire".

[30] Per i quali si rinvia a A. A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *www.rivistaaic.it*, n. 4/2017.

[31] È stato osservato che il rispetto della persona umana "si sostanzia […] nel rispetto delle opinioni, delle credenze, dei convincimenti dei singoli, che, più di ogni altro valore […] rappresentano il patrimonio più geloso e autentico del singolo e il contenuto della sua dignità" [F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari "non obbligatori" e Costituzione (a proposito del ri-*

sione dalla fattispecie coniata dal legislatore), se è finalizzato alla tutela dell'interesse della collettività alla salute[32]. Ma ai nostri fini merita di essere sottolineato soprattutto che i trattamenti sociali obbligatori possono essere imposti soltanto se funzionalizzati a proteggere la salute non soltanto della collettività, ma anche dell'individuo cui vengono somministrati (o, meglio, imposti …): come ha più volte ribadito il giudice delle leggi, "la legge impositiva di un trattamento sanitario non è incompatibile con l'art. 32 Cost. se il trattamento sia diretto non solo a migliorare o preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri, giacché è proprio tale ulteriore scopo, attinente alla salute come interesse della collettività, a giustificare la compressione di quella autodeterminazione che inerisce al diritto di ciascuno alla salute in quanto diritto fondamentale"[33]. Del resto, se non rilevasse (anche) la tutela della salute individuale, subirebbe un *vulnus* il principio personalistico (e si travolgerebbero i limiti imposti dal rispetto della persona umana), essendo il singolo ridotto a mero mezzo per l'applicazione di misure volte a tutelare la collettività. Così, per fare riferimento all'obbligo di vaccinazione, che costituisce il principale trattamento sanitario obbligatorio previsto dal nostro sistema, e che recentemente è stato

fiuto delle trasfusioni di sangue), in *Dir. soc.*, 1982, 314]; e analogamente, nella sentenza della Corte di cassazione sul caso Englaro (Sez. prima civ., n. 21748/2007) si afferma che il consenso informato (di cui si dirà subito appresso nel testo) si presenta conforme "al principio personalistico, che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per un fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del 'rispetto della persona umana' in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che ne orientano le determinazioni volitive" (n. 6.1); G. M. FLICK (*Elogio della dignità*, cit., 76) nega che "il parametro della dignità possa essere utilizzato come strumento per imporre al singolo *ab externo* dei valori da lui non condivisi, senza alcun rispetto della sua autonomia e dei suoi diritti di persona". Per tale via, come è chiaro, siamo ricondotti alla dimensione "soggettiva" (meglio: "personale") del bene salute già evidenziato nel testo.

[32] Cioè dell'interesse della "salute degli altri", e "non, si badi bene, l'interesse più generale e generico che la collettività, in astratto, ha alla salute e al benessere dei propri membri": così D. VINCENZI AMATO, *Tutela della salute e libertà individuale*, in *Giur. cost.*, 1982, 2469.

[33] Così la sent. n. 307/1990, n. 2 del *cons. in dir.*; la stessa Corte ha affermato (sent. n. 423/2000, n. 4 del *cons. in dir.*) che il diritto all'indennizzo "per chiunque abbia riportato lesioni o infermità dalle quali sia derivata una menomazione permanente all'integrità psicofisica, a causa di vaccinazioni obbligatorie per legge" trova la sua *ratio* costituzionale nella sussistenza di "un interesse pubblico alla promozione della salute collettiva tramite il trattamento sanitario […] – e non nell'essere il singolo necessitato al trattamento: necessità che è solo una conseguenza – la ragione dell'obbligo generale di solidarietà nei confronti di quanti, sottomettendosi al trattamento imposto, vengono a soffrire di un pregiudizio alla loro salute".

oggetto di accese polemiche (a seguito del d. l. n. 73/2017)[34], non deve omettere di considerarsi che la vaccinazione, sia se effettuata a scopo profilattico (vaccinoprofilassi), sia se effettuata a scopo terapeutico (vaccinoterapia), si presenta come funzionale alla protezione della salute del singolo, ed è appunto tutelando la salute del singolo che si provvede a garantire anche il benessere dell'intera collettività: qui davvero diritto e dovere relativi alla salute risultano strettamente intrecciati, ed hanno ad oggetto il medesimo comportamento.

Per concludere sul punto, va osservato che se, in linea generale, il trattamento sanitario obbligatorio si pone come strumento di garanzia della salute tanto del singolo quanto della collettività, allora tale trattamento è oggetto ad un tempo di un diritto e di un obbligo; e se una legge ne vietasse al singolo il ricorso, violerebbe il suo diritto alla salute, costituzionalmente garantito dell'art. 32, I comma, Cost., e perciò stesso metterebbe in pericolo anche l'interesse collettivo alla salute.

4. Il consenso informato ed il diritto al rifiuto delle cure secondo la legge n. 219/2017. Conclusioni, alla luce dell'ord. n. 207/2018 della Corte costituzionale, nella prospettiva aperta dal c.d. "paradosso di Böckenförde"

Se dunque nell'ambito degli strumenti di tutela del bene costituzionale salute non sono certo assenti situazioni giuridiche soggettive passive, pure non se ne può sottacere il carattere eccezionale, e comunque non dominante all'interno delle forme di implementazione dello stesso. Piuttosto, si è venuta registrando la sicura centralità progressivamente acquisita dalla dimensione individuale del diritto alla salute (naturalmente, secondo la duplice accezione, negativa e positiva, sopra evidenziata), nella prospettiva – già segnalata – di un felice connubio con il diritto di libertà. La lettura congiunta e sinergica del diritto di libertà *ex* art. 13 Cost. e del diritto alla salute, patrocinata dal principio personalista espresso dall'art. 2 della stessa Carta fondamentale, ha generato una nuova, peculiare, figura soggettiva, rappresentata dal consenso informato. Nella descrizione che ne ha offerto la Corte in una sentenza che non è forse esagerato definire storica (la sent. n. 438/2008), "il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione", e ciò "pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti

[34] In proposito, si v. il dibattito a più voci che è in *BioLaw Journal*, n. 2/2017, 15 ss. Nella letteratura risalente, in tema di vaccinazioni, si segnala soltanto S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. soc.*, 1979, 875 ss.

fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione". La Corte ne evince con chiarezza già nel 2008 che "il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute, la cui conformazione è rimessa alla legislazione statale" (così nel n. 4 del *cons. in dir.*).

La categoria del consenso informato, di matrice giurisprudenziale, è stata recentemente sviluppata dal legislatore, con la l. n. 219/2017[35], la quale, "nel rispetto dei principi di cui agli articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata, tranne che nei casi espressamente previsti dalla legge" (art. 1, I comma). L'esigenza che ogni terapia possa essere somministrata soltanto in presenza del consenso libero ed informato si sviluppa coerentemente nel diritto, appartenente ad ogni persona capace di agire, "di rifiutare, in tutto o in parte […] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso", nonché nel "diritto di revocare in ogni momento […] il consenso prestato, anche quando la revoca comporti l'interruzione del trattamento" (art. 1, V comma). Ed il diritto ad autodeterminarsi in ordine alla propria salute è assicurato anche nell'ipotesi di "un'eventuale futura incapacità", consentendosi ad ogni maggiorenne, naturalmente capace di intendere e di volere, "dopo aver acquisito

[35] Sulla l. n. 219/2017, tra i tanti, v. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa*, in *Riv. dir. comp.*, n. 3/2017; U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in www.rivistaaic.it, n. 3/2018; R. CALVO, *La nuova legge sul consenso informato e sul c.d. biotestamento*, in *Studium iuris*, 2018, 689 ss.; D. CARUSI, *La legge sul biotestamento: una luce e molte ombre*, in *Corr. giur.*, 2018, 293 ss.; L. D'AVACK, *Il dominio delle biotecnologie. L'opportunità e i limiti dell'intervento del diritto*, Torino, 2018; G. M. FLICK, *Dignità del vivere e dignità nel morire. Un (cauto) passo avanti*, in *Cass. pen.*, 2018, 2302 ss.; P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e* Advance Care Health Planning: *prime considerazioni riguardo alla legge sul "testamento biologico"*, in *DPREonline*, n. 1/2018; G. BALDINI, *La legge 219/17 tra molte luci e qualche ombra*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2019.

adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte", di esprimere, attraverso le DAT (disposizioni anticipate di trattamento) "le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari"(art. 4, I comma). Di fronte alle libere ed informate opzioni del paziente, la legge dispone che il medico sia tenuto a rispettarne la volontà, essendone esente da responsabilità civile o penale (artt. 1, VI comma, e 6, V comma)[36]; peraltro, è consentito al medico di disattendere le DAT, in tutto o in parte, ed in accordo con il fiduciario[37], "qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita" (art. 4, V comma).

La l. n. 219/2017 si presenta, nelle sue complesse articolazioni (di cui non è qui possibile dare compiutamente conto), come un'adeguata implementazione, in sede di normazione primaria, della categoria, di elaborazione giurisprudenziale (e dottrinale), del consenso informato. E tale sembra valutata anche dalla Corte costituzionale, la quale, nella celebre e pluricommentata ord. n. 207/2018[38], relativa al "caso Cappato", appunto di tale legge si è

[36] Sulla complessa problematica relativa alla possibilità per il medico di esercitare obiezione di coscienza, v., tra gli altri, V. BALDINI, *I diritti fondamentali tra garanzia costituzionale e condizionalità legislativa. Ripensando all'obiezione di coscienza nella legge sul biotestamento*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2017; sull'obiezione di coscienza, in generale, v. D. PARIS, *L'obiezione di coscienza. Studio sull'ammissibilità di un'eccezione dal servizio militare alla bioetica*, Bagno a Ripoli, 2012, e A. SPERTI, *Obiezioni di coscienza e timori di complicità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2017.

[37] Il fiduciario è un soggetto di fiducia della persona malata, indicato dalle DAT, che "ne faccia le veci e la rappresenti nelle relazioni con il medico e con le strutture sanitarie" (art. 4, I comma).

[38] Tra i tanti commenti a tale pronunzia della Corte costituzionale, si segnalano qui soltanto A. RUGGERI, *Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della* ordinanza n. 207 del 2018 *sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2018, 571 ss., nonché, dello stesso A., *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda (a margine di Corte cost., ord. n. 207 del 2018)*, in *ConsultaOn Line*, n. 1/2019, 92 ss.; U. ADAMO, *La Corte è attendista … "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale" (ord. n. 207/2018)*, in *forum di Quad. cost.*, 23 novembre 2018, M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un'ordinanza ad incostituzionalità differita*, in *Quest. giust.*, 2018; M. MASSA, *Una ordinanza interlocutoria in materia di suicidio assistito. Considerazioni processuali a prima lettura*, in *forum di Quad. cost.*, 1 dicembre 2018; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli "immersi in una notte senza fine"? Sulla legittimità costituzionale dell'aiuto al suicidio e sul "diritto a morire per mano di altri"*, in *BioLaw Journal*, n. 3/2018; C. GIUNTA, *Riflessioni sui confini del giudizio di legittimità costituzionale a partire dall' "ordinanza Cappato"*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 1/2019; G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un'ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, in

avvalsa quale fonte (sostanzialmente) interposta, affermando che essa "recepisce e sviluppa, nella sostanza, le conclusioni alle quali era già pervenuta all'epoca la giurisprudenza ordinaria – in particolare, a seguito delle sentenze sui casi Welby (Tribunale ordinario di Roma, 17 ottobre 2007, n. 2049) ed Englaro (Corte di cassazione, sezione prima civile, 16 ottobre 2007, n. 21478) – nonché le indicazioni di questa Corte riguardo al valore costituzionale del principio del consenso informato del paziente al trattamento sanitario proposto dal medico" (n. 8 del *cons. in dir.*)[39].

Non può in alcun modo sfuggire come l'esplicita previsione del diritto di rifiutare le cure finisca per equivalere al riconoscimento, in capo ad ogni persona umana, del diritto non solo a pregiudicare, anche permanentemente, la propria condizione di salute, ma financo a morire (o, se si vuole, a lasciarsi morire), sacrificando lo stesso bene della propria vita[40]. E naturalmente su tale terreno emergono (verrebbe da dire: si stagliano, poderosi …) numerosi interessi di sicuro rango costituzionale; numerosi, e di assai ardua composizione: il diritto alla vita, il diritto alla salute (declinato come diritto all'autodeterminazione terapeutica), le competenze del Servizio sanitario nazionale, l'autonomia del medico, nutrita e conformata dalla relativa deontologia professionale, il principio personalista, che orienta anche alla valorizzazione della rete di relazioni sociali entro la quale la persona (anche malata) svolge comunque la sua personalità, la stessa discrezionalità, tanto del legislatore quanto degli operatori dei diritto, soggetti chiamati a ragionevolmente bilanciare tali diverse istanze di rilievo costituzionale coinvolte nell'esercizio delle rispettive funzioni di *legis latio* e di *legis executio* …

www.dirittifondamentali.it, n. 1/2019; F. PASTORE, *Alcune riflessioni sulla questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'Assise di Milano con ordinanza del 14.2.2018 con riferimento al reato di aiuto al suicidio*, in *www.dirittifondamentali.it,* 23 aprile 2019.

[39] Osserva A. RUGGERI [*Venuto alla luce alla Consulta l'ircocervo costituzionale (a margine della* ordinanza n. 207 del 2018 *sul caso Cappato)*, in *ConsultaOnLine*, n. 3/2018, 571 s.] che dai richiami alla legge n. 219/2017 "si ricava la sensazione, che ovviamente richiede ulteriori e più salde conferme, che si sia inteso dare un avallo implicito alla legge, quanto meno nel suo impianto di fondo […] l'impressione complessiva che si ricava dalla lettura dell'articolata decisione in commento è che la legge 219, in sede di sindacato di costituzionalità specificamente riguardante alcune tra le sue più qualificanti espressioni normative, verosimilmente uscirà indenne dallo stesso".

[40] Sulla – naturalmente, delicatissima – problematica relativa alla disciplina costituzionale delle scelte individuali in ordine al fine-vita, vi è ampia letteratura: qui si menziona soltanto C. TRIPODINA, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli, 2004; AA. VV., Thanatos e Nomos. *Questioni bioetiche e giuridiche di fine vita*, a cura di P. Falzea, Napoli, 2009; S. AGOSTA, *Bioetica e Costituzione*, II, *Le scelte esistenziali di fine-vita*, Milano, 2012; U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Milano, 2018. Nella letteratura filosofica, v., tra i tanti, AA. VV., *Doveri e diritti alla fine della vita*, a cura di L. Palazzani, Roma, 2010.

Un quadro eloquente dell'alto tasso di complessità che connota la problematica del fine vita (anche) dal punto di vista del diritto costituzionale è offerta dalla già menzionata ord. cost. n. 207/2018: entro la trama di tale pronunzia, all'interno dei notevoli profili di criticità che la caratterizzano (tanto sul piano della inedita tecnica decisoria quanto sul piano del merito), si colgono i nodi altamente problematici che si addensano intorno alla tematica in esame. Ai nostri fini, è sufficiente evidenziare come la Corte affermi che "dall'art. 2 Cost. – non diversamente che dall'art. 2 CEDU – discende il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire" (n. 5 del *cons. in dir.*); e come la stessa Corte rilevi altresì che l'art. 580 c.p. (sulla cui conformità a Costituzione il giudice delle leggi era chiamato a pronunziarsi), anche in quanto sanziona la cooperazione materiale al suicidio, risulta "funzionale alla protezione di interessi meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento", proteggendo specialmente le "persone più deboli e vulnerabili", esigenze che non possono essere disattese "in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale" (n. 6 del *cons. in dir.*). Tuttavia, rileva ancora il giudice delle leggi, anche a causa degli "sviluppi della scienza medica e della tecnologia", siamo oggi "capaci di strappare alla morte pazienti in condizioni estremamente compromesse, ma non di restituire loro una sufficienza di funzioni vitali"; la Corte dichiara di fare "riferimento alle ipotesi in cui il soggetto agevolato si identifichi in una persona (a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti (d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli" (n. 8 del *cons. in dir*.). Si tratta di "ipotesi nelle quali l'assistenza di terzi nel porre fine alla sua vita può presentarsi al malato come l'unica via d'uscita per sottrarsi, nel rispetto del proprio concetto di dignità della persona, a un mantenimento artificiale in vita non più voluto e che egli ha il diritto di rifiutare in base all'art. 32, secondo comma, Cost." (così ancora al n. 8 del *cons. in dir*.). E qui, come si è già accennato, la Corte mostra di considerare la disciplina recata dalla l. n. 219/2017 come una normativa che individua un ragionevole punto di equilibrio tra i differenti interessi costituzionali in gioco. Quindi osserva che se "il cardinale rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari – anche quando ciò richieda una condotta attiva almeno sul piano naturalistico da parte di terzi (quale il distacco o lo spegnimento di un macchinario, accompagnato dalla somministrazione di una sedazione profonda continua e di una terapia del dolore) – non vi è ragione per la quale il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del mala-

to di un aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento – apprezzato come contrario alla propria idea di morte dignitosa – conseguente all'anzidetta interruzione dei presidi di sostegno vitale. […] Entro lo specifico ambito considerato, il divieto assoluto di aiuto al suicidio finisce, quindi, per limitare la libertà di autodeterminazione del malato, nella scelta delle terapie, comprese quelle finalizzate a liberarlo dalle sofferenze, scaturente dagli artt. 2, 13, 32, secondo comma, Cost., imponendogli in ultima analisi un'unica modalità per congedarsi dalla vita, senza che tale limitazione possa ritenersi preordinata alla tutela di altro interesse costituzionalmente apprezzabile, con conseguente lesione del principio della dignità umana, oltre che dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza, in rapporto alle diverse situazioni soggettive" (n. 9 del *cons. in dir.*). La Corte non ritiene che tali valutazioni critiche rispetto alla normativa vigente le consentano "la mera estromissione dall'ambito applicativo della disposizione penale delle ipotesi in cui l'aiuto venga prestato nei confronti di soggetti che versino nelle condizioni appena descritte": infatti, rileva il giudice delle leggi, "una simile soluzione lascerebbe […] del tutto priva di disciplina legale la prestazione di aiuto materiale ai pazienti in tali condizioni, in un ambito ad altissima sensibilità etico-sociale e rispetto al quale vanno con fermezza preclusi tutti i possibili abusi"; e nella fisiologia costituzionale, "i delicati bilanciamenti ora indicati restano affidati, in linea di principio, al Parlamento, il compito naturale di questa Corte, essendo quello di verificare la compatibilità di scelte già compiute dal legislatore, nell'esercizio della propria discrezionalità politica, con i limiti dettati dalle esigenze di rispetto dei principi costituzionali e dei diritti fondamentali delle persone coinvolti" (n. 10 del *cons. in dir.*). Da qui, "facendo leva sui propri poteri di gestione del processo costituzionale", la Corte opera l'innovativa scelta "di disporre il rinvio del giudizio in corso, fissando una nuova discussione delle questioni di legittimità costituzionale all'udienza del 24 settembre 2019, in esito alla quale potrà essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge che regoli la materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela" (n. 11 del *cons. in dir.*).

Si è optato per la citazione fedele di ampi passaggi dell'ordinanza della Corte costituzionale relativa al caso Cappato perché essa appare davvero paradigmatica. Innanzitutto, perché passa efficacemente in rassegna gli interessi costituzionalmente pregevoli che afferiscono alla tematica del fine vita; del resto, che tale sia il quadro di istanze meritevoli di considerazione sul terreno costituzionale risulta confermato dalle giurisprudenze delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, cui la stessa ord. n. 207/2018 si riferisce, che si affidano al prudente apprezzamento delle autorità nazionali, riconoscendo loro ampi spazi di discrezionalità (il margine di apprezzamento nazionale, spesso richiamato dalla Corte EDU). Ed anche la Corte costituzionale, come si è notato, richiede al legislatore di esercitare la funzione devolutagli al

fine di pervenire ad una equilibrata composizione normativa di tali differenti esigenze: una composizione che in tanto potrà essere equilibrata in quanto adeguatamente flessibile, non connotata da rigidità ed automatismi, e perciò in grado di orientare tutti gli operatori del sistema in direzione di un esercizio a loro volta ragionevole della discrezionalità che afferisce alle rispettive competenze[41].

Certo, come si è accennato, la pronunzia della Corte esibisce non marginali profili di criticità, puntualmente evidenziati dalla dottrina: forse paradossalmente, anche perciò essa si presenta paradigmatica, eloquentemente testimoniando la notevole difficoltà di pervenire ad un ragionevole e calibrato bilanciamento degli interessi di rango costituzionale in tale complessa materia. Ma mi sembra che un non irrilevante merito dell'ord. n. 207/2018 (perciò da qualificare, lo si ribadisce ancora una volta, come paradigmatica) riposi nella capacità di fissare due coordinate che possono (o meglio, devono) orientare e conformare la discrezionalità di tutti gli attori del sistema, quasi ponendosi come i due punti – per così dire – estremi dello spazio decisionale concesso dal sistema costituzionale: da una parte, il riconoscimento del diritto all'autodeterminazione terapeutica, non limitato anche allorché dal suo esercizio consegua il sacrificio della stessa vita; dall'altra parte, l'impossibilità che lo Stato obblighi qualcuno a sopprimere la vita di un'altra persona o si mostri indifferente alla vita ed alla salute di un essere umano.

Naturalmente, molteplici sono i punti di equilibrio che, in sede di esercizio delle funzioni di *legis latio* o di *legis executio*, possono essere individuati all'interno del perimetro marcato e presidiato dalle due coordinate adesso segnalate, entrambe genuina espressione del principio personalista. Certo, resta l'aporia di un ordinamento che ravvisa nella vita di ogni essere umano e nella sua condizione di benessere psico-fisico (ovviamente, il massimo possibile …) valori fondamentali per l'ordinamento, e che pure permette che ogni persona umana possa pregiudicare con le proprie libere scelte la propria vita e la propria salute. In realtà, giova sottolineare che l'ordinamento costituzionale non riconosce il diritto all'autodeterminazione terapeutica in quanto indifferente rispetto alla condizione di salute (né, tantomeno, alla permanenza in vita) del soggetto. Ne sono prova numerose disposizioni del sistema (per es., lo stesso art. 580 c.p., laddove sanziona l'istigazione al sui-

[41] Si consideri in proposito come nella l. n. 219/2017 non manchino certo gli elementi di opportuna flessibilità: basti qui ricordare la già menzionata figura del fiduciario, che dovrebbe consentire di non irrigidire l'interpretazione delle DAT sulla base del solo tenore letterale, ovvero la possibilità offerta al medico financo di disattendere le DAT, in tutto o in parte, ancora in accordo con il fiduciario, "qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita" (art. 4, V comma).

cidio); ed anche nell'articolato della l. n. 219/2017 si rinvengono non poche disposizioni che valgono a mantenere all'interno di una rete relazionale la persona malata, in ogni momento della sua parabola esistenziale, quali che ne siano state le opzioni in ordine alla sua salute ed alla sua vita: basti qui menzionare l'art. 1, II comma, che promuove e valorizza "la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico", cui contribuiscono "in base alle rispettive competenze, gli esercenti una professione sanitaria che compongono l'equipe sanitaria" e che può coinvolgere, "se il paziente lo desidera, anche i suoi familiari o la parte dell'unione civile o il convivente ovvero una persona di fiducia del paziente medesimo"; o l'ancora più significativo (naturalmente, ai nostri fini) art. 1, V comma, che prevede che anche "qualora il paziente esprima la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza, il medico prospetta al paziente, e se questo acconsente, ai suoi familiari, le conseguenze di tale decisione e le possibili alternative e promuove ogni azione di sostegno al paziente medesimo, anche avvalendosi dei servizi di assistenza psicologica".

La prospettiva entro la quale una simile aporia può essere non già eliminata o risolta, ma piuttosto correttamente (cioè, in termini compatibili con gli equilibri assiologici del sistema) inquadrata e metabolizzata dall'ordinamento, è quella offerta dal già menzionato ed illustrato "paradosso di Böckenförde"[42]. Dunque, il sistema costituzionale, proprio perché incardinato sul principio personalista, in base al quale la vita e la salute di ogni essere umano si configurano come risorse preziose ed infungibili, esige che la vita e la salute ne siano protette e curate; ma a tale scopo si affida alle sue libere scelte (nonché all'istinto di autoconservazione che è iscritto nel nostro DNA …), rifiutando di ricorrere ad obblighi e (ancor di più) a coercizioni, che risulterebbero incompatibili con lo stesso principio personalista e con l'ispirazione liberaldemocratica dell'ordinamento[43].

[42] Giova qui osservare che E.W. BÖCKENFÖRDE [nel saggio *La dignità umana come principio normativo. Il diritto costituzionale nel dibattito bioetico* (2003) e nell'intervista al *Süddeutsche Zeitung* del 16 maggio 2001, dal titolo *La porta verso la selezione è aperta*, raccolti in traduzione italiana in ID., *Dignità umana e bioetica*, Brescia, 2010, rispett. 37 ss. e 75 ss.] non ha mancato di assumere posizione in ordine alla scottante materia della bioetica, ma con riguardo alle questioni relative alla procreazione medicalmente assistita, evidenziando la portata universale ed *a priori* del principio di tutela della dignità umana e suggerendo una riformulazione del celebre paradosso eponimo, secondo la quale "*la bioetica, per essere se stessa, vive di principi che non può porre sotto condizione*" (in questi termini S. BIGNOTTI, *Dignità umana: un* a priori?, che costituisce l'*Introduzione* al volume adesso menzionato, 33).

[43] In un diverso ordine concettuale mi sembra collocarsi A. RUGGERI (*Dignità* versus *vita?*, cit., 159), ove sostiene che nessuno "può essere *materialmente* costretto a vivere" (corsivo aggiunto).

LA DOVEROSITÀ COME CHIAVE INTERPRETATIVA PER UNA LETTURA COSTITUZIONALMENTE ORIENTATA DEL DIRITTO DI VOTO

di Marco Armanno

SOMMARIO: 1. La problematica attualità della doverosità del voto. – 2. Una doverosità *sui generis*? – 3. La "politicità" del voto elettivo e la sua dimensione procedimentale tra forma e sostanza. – 4. Le vicende del dovere di voto in Assemblea Costituente. – 5. Le scelte definitive e la portata prescrittiva della disciplina costituzionale. – 6. Una lettura sistematica: solidarietà politica, partiti e il difficile equilibrio tra dimensione individuale e funzionale del voto. – 7. Brevi rilievi di sintesi.

1. La problematica attualità della doverosità del voto

Il primo ostacolo che si pone di fronte a chi provi a riflettere sul tema della doverosità del voto è quello della sua assai dubbia attualità.

In effetti, dopo l'abrogazione delle sanzioni previste per la sua inosservanza, esso sembrava destinato a un inesorabile declino.

Si è detto che il costituzionalismo moderno è un costituzionalismo dei diritti, mentre il tema dei doveri ha trovato assai meno spazio, almeno fino a tempi relativamente recenti, nella dottrina così come innanzi al giudice di costituzionalità[1]; e ciò non solo a causa della posizione di "retroguardia" che i doveri hanno sempre mantenuto rispetto ai diritti, ma anche per l'evidente difficoltà di utilizzare disposizioni costituzionali che li prevedessero quali parametri di costituzionalità.

In realtà, con riguardo proprio al voto, mi pare che il prolungato disinteresse per l'elemento della doverosità abbia fatto il paio con un analogo, se non maggiore, disinteresse anche per la "parte di diritto" del voto stesso. Ciò già consente di individuare una particolarità del voto rispetto alle altre posizioni giuridiche soggettive costituzionalmente garantite: la "parte" *diritto* quanto quella *dovere* hanno condiviso la medesima sorte di relativo disinteresse nel dibattito e nella stessa giurisprudenza costituzionale. Sicché, a fronte di un serrato e ricco confronto sulle discipline elettorali e sui rapporti tra queste e il funzionamento della forma di governo (basti pensare ai con-

[1] Così, nella Relazione introduttiva, E. ROSSI, in questo volume.

tributi di Leopoldo Elia), assai più ridotta è stata l'attenzione dedicata al voto come posizione giuridica soggettiva[2].

La svolta della giurisprudenza costituzionale, con la ben nota sentenza n. 1 del 2014, rappresenta ragione, ma anche conseguenza, causa ed effetto allo stesso tempo, di una rinnovata attenzione verso un diritto – che ai sensi dell'art. 48 della Costituzione è anche un dovere – a lungo rimasto sottotraccia.

Fino all'abrogazione delle sanzioni previste dalla legge per il caso di astensione volontaria dal voto avvenuta nel 1993, a dirla tutta – e in ciò si coglie un ulteriore aspetto di originalità del voto rispetto ad altri diritti-doveri – era proprio l'elemento della doverosità ad avere suscitato un qualche interesse; in particolare, la sua discussa declinazione in relazione al voto referendario (abrogativo), e dunque alla nota questione della "legittimità" o meno dell'astensione quale strumento di opposizione ad una consultazione referendaria[3].

Di contro, il voto come diritto, personale, uguale, libero e segreto è stato avvolto da una coltre di indifferenza, nella diffusa convinzione che il riconoscimento della sua titolarità, ormai universale, e gli stessi quattro caratteri sopra richiamati facessero parte di acquisizioni certe, indiscutibili e anche prive di qualunque ambiguità semantica e interpretativa[4].

Come ebbe a notare in Assemblea Costituente l'on. Umberto Merlin, uno dei due relatori sulla parte di progetto sul titolo IV in materia di rapporti politici (artt. 45-51 nella numerazione precedente la redazione del testo definitivo), nella seduta del 21 maggio 1947: «se non ci fosse stato il fa-

[2] Effettivamente lo "statuto giuridico" del diritto-dovere di voto ha occupato una posizione assai marginale nel quadro del dibattito costituzionale repubblicano. Assai maggior fortuna aveva avuto in epoca statutaria, ma ciò si deve al notevole spazio che allora occupava il tema dell'ampliamento del suffragio.

Con particolare riguardo al profilo della doverosità del voto, e limitatamente alla dottrina repubblicana, si vedano almeno i contributi di P. GIOCOLI NACCI, *Il voto come dovere*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino, 2010, 1662 ss.; G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, Roma, 1988; F. LANCHESTER, *Il voto obbligatorio da principio a strumento*, in *Il Politico*, 1983, 31 ss.; M. IACOMETTI, *Sull'obbligatorietà del voto nelle consultazioni popolari dell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1982, 39 ss.

[3] Mi sembra convincente, e difficilmente superabile, il rilievo secondo il quale il problema della doverosità si ponga per il "solo" voto elettivo e non già per quello referendario (abrogativo), nel quale la astensione può essere letta come comportamento ammesso e giuridicamente rilevante al pari del voto a favore o contro il quesito abrogativo (in tal senso si veda Corte cost., sent. 173 del 2005 e, in termini solo parzialmente diversi, anche la sent. n. 39 del 1973).

In senso contrario A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quad. Cost.*, 2003, 597 ss.

[4] Sul tema sia consentito rinviare a M. ARMANNO, *Personale, uguale, libero e segreto, Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 2018.

scismo (…) non ci sarebbe stato neanche bisogno di riaffermare questi principi sui quali la coscienza civile del Paese, prima del fascismo, era unanime».

A rendere tale silenzio assordante, nel corso della successiva esperienza repubblicana, ha contribuito la circostanza che il voto, a differenza di tanti altri diritti-doveri, è un diritto "a costo zero"; o meglio, ha un costo che in linea di massima prescinde dal numero di coloro che lo esercitano. Anche il suo adempimento, ponendosi questa volta dal "lato" del dovere (seppur solo *civico*) e, anche in questo caso a differenza di altri diritti-doveri, comporta un sacrificio minino per chi, in quanto componente del corpo elettorale, ne è gravato.

Dunque il contenuto dell'art. 48, c. 2 è rimasto pressoché inutilizzato quale parametro di costituzionalità, non è stato oggetto di dispute né sulla sua effettiva portata normativa, né in merito al significato dei requisiti ivi indicati. Con l'unica eccezione, per l'appunto, della qualifica della sua doverosità come *civica*.

Tali certezze sono state improvvisamente incrinate per merito – o secondo alcuni per demerito – della Corte costituzionale e, prima ancora, delle azioni promosse avverso le leggi elettorali dai giudici ordinari, facendo leva (anche) sul contenuto dell'art. 48, c. 2 della Costituzione. Nel quadro di questo percorso – che ha condotto dapprima alla sentenza n. 1 del 2014 e, successivamente, alla n. 35 del 2017 della Corte costituzionale – si collocano altre pronunce che hanno via via definito alcuni orientamenti, almeno con riguardo agli spazi di accesso al giudizio di costituzionalità sulle discipline elettorali. A ben vedere, tuttavia, in nessuno di tali passaggi ha assunto alcun rilievo la doverosità del voto.

Potremmo perciò dire che l'art. 48 Cost. abbia così vissuto una nuova e imprevista "stagione di popolarità", ma che questa non abbia in alcun modo interessato la doverosità[5].

Da tale premessa deriva il primo dato problematico con il quale cerco di confrontarmi, che riguarda la dimensione, certamente discutibile, della "attualità" della doverosità del voto; e cioè del significato che a essa rimane attribuibile, nella previsione dell'art. 48 Cost.

Il tema può essere affrontato da diverse angolature.

Se la qualificazione di un diritto anche come dovere può essere definita un *ossimoro costituzionale*, e se tale qualificazione assume un'accezione in qualche modo negativa, indicando una contraddizione difficilmente sanabile

[5] Ciò è anche facilmente comprensibile se si pensa che tale percorso di "rivalutazione" del diritto di voto si è realizzato attraverso giudizi di legittimità in via incidentale, peraltro riferiti a norme riguardanti la disciplina elettorale, attivati nel corso di azioni di accertamento del diritto in sede civile e nei quali, perciò, ben difficilmente sarebbe potuto risultare rilevante un elemento di "doverosità" costituzionale del voto.

– leggo così, in termini provocatori, il senso della formula interrogativa scelta come titolo per il Seminario odierno – v'è da chiedersi se tale contraddizione sia presente anche nel caso del voto.

La mia risposta è senz'altro negativa. Non mi spingo a giungere a tale conclusione anche per le altre figure giuridiche, rimettendomi ai rilievi dei rispettivi relatori, ma lo faccio e, tutto sommato, convintamente, per il voto.

Ciò per le ragioni che proverò subito a chiarire.

2. Una doverosità *sui generis*?

Definito l'ambito di analisi, mi concentro sull'elemento che merita una valorizzazione nella prospettiva attuale del dibattito sul voto e, attraverso questo – ma, si noti bene, solo in tempi recenti – anche sul sistema elettorale; dato che soltanto negli ultimi anni, e in particolare per effetto della sentenza n. 1 del 2014 della Corte costituzionale sopra richiamata, il dibattito sul sistema elettorale ha iniziato a essere declinato guardando all'elettore.

In tale quadro, l'aspetto della doverosità può assumere una valenza interpretativa fondamentale nell'esegesi dell'art. 48 della Costituzione e, dunque, anche nell'utilizzo che di esso può essere fatto da parte del giudice.

È bensì vero che, specie dopo la modifica della disciplina ordinaria che regolava il sistema delle sanzioni intervenuta nel 1993, la portata prescrittiva appare assai dubbia. Si rammenti peraltro che la stessa disciplina sanzionatoria, così come tracciata dall'art. 90 del T.U. 5 febbraio 1948, n. 26 poi confluito nell'art. 115 del D.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, e dall'art. 25 della l. 6 febbraio 1948, n. 29, presentava una notevole elasticità, subordinandosi la applicazione delle sanzioni alla valutazione, affidata alla discrezionalità del Sindaco, dell'eventuale presenza di un elenco, peraltro non tassativo, di «giustificati motivi»; l'ultimo dei quali, «altri gravi motivi», si presentava, per di più, come una clausola residuale di ampia portata, se non addirittura *omnibus*.

La dimensione prescrittiva della doverosità del voto, tuttavia, anche dopo l'abrogazione delle sanzioni previste dalla legge ordinaria, mantiene una valenza sul piano interpretativo, innanzitutto delle altre disposizioni dell'art. 48 e di questo, a propria volta, all'interno del sistema dei diritti costituzionalmente garantiti. Se essa è espressamente indicata, è necessario dunque attribuire alla previsione costituzionale un significato che non renda l'affermazione stessa vana, e che dia conto delle ragioni di tale previsione.

E allora deve provarsi a rispondere, almeno, a queste domande.

A parte l'eventuale previsione delle sanzioni che – è l'unica "certezza" ricavabile dai lavori della Costituente – si volle rimettere alla valutazione di-

screzionale del legislatore ordinario, v'è da chiedersi quale sia la portata normativa della seconda parte del comma 2 dell'art. 48 Cost.

In altre parole: se, come appare corretto, la doverosità costituzionale del voto deve considerarsi concetto distinto dall'obbligatorietà prevista dal legislatore ordinario fino al 1993 (ma non più oggi)[6], è necessario interrogarsi sulla conseguenza della prima qualificazione che invece permane in Costituzione.

Al di là dell'ipotesi estrema, e meramente teorica, di un'astensione dell'intero corpo elettorale che dovesse impedire il rinnovo degli organi costituzionalmente necessari, non è così chiaro quale vantaggio rechi alla collettività l'esercizio del voto. E, per converso, resta arduo stabilire se e in che termini il mancato esercizio di tale diritto arrecherebbe un danno alla collettività. Volendo utilizzare categorie ricevute dalla teoria generale del diritto, è arduo capire dove starebbe, nel caso dell'astensione, l'*iniuria*, il torto[7].

È dunque utile fare qualche passo innanzi nella delimitazione dei tratti distintivi del voto.

Il primo: la titolarità del voto è universale, ma necessariamente limitata anzitutto in ragione del raggiungimento della maggiore età. In nessun altro caso, mi pare, esiste una limitazione così rigorosa.

Il secondo: il diritto di voto può subire delle ulteriori limitazioni, connesse a particolari condizioni soggettive, anche se il quarto comma dell'art. 48 circoscrive rigorosamente le ipotesi in cui ciò può avvenire. Non mi pare che limitazioni analoghe siano previste per gli altri diritti-doveri.

Il terzo: l'esercizio del voto si esprime attraverso una sequenza procedimentale che ha una evidente attitudine conformativa della portata giuridica del diritto stesso.

Tale ultimo aspetto, su cui ritornerò a breve, è forse quello più "specializzante": il voto, diritto e dovere civico, può essere esercitato solo in tempi, luoghi e modi definiti dalla Costituzione e dalla disciplina elettorale.

In ciò si distingue assai marcatamente dagli altri diritti-doveri, così come del resto dagli altri rapporti politici contenuti nel medesimo Titolo IV.

3. La "politicità" del voto elettivo e la sua dimensione procedimentale tra forma e sostanza

Ciò premesso, se si parla di dovere è necessario provare a inquadrare la nozione all'interno di categorie teoriche e concettuali adeguate.

[6] Sulla necessità di distinguere concettualmente il «dovere costituzionale» di voto e l'obbligo (allora) imposto *ex lege* si veda G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, cit., 89.

[7] E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1965, 53 ss.

In questa operazione non può che venirci incontro il contributo di Giorgio Lombardi e, in particolare, le due categorie di *doveri costituzionali* da lui individuate. Ebbene, sembra che il diritto-dovere di voto sia difficilmente riconducibile a una delle due[8].

Non alla prima, che comprende fedeltà, obbedienza, prestazione tributaria, difesa della Patria, che graverebbero sull'individuo verso la compagine statale (c.d. obbligo politico), definibili come «doveri costituzionali in senso stretto»; né a quella che include i doveri che gravano sui titolari di organi e che, come tali, «si manifestano all'interno delle strutture costituzionali ed amministrative e presentano poi in ultima analisi ricadute (sia dirette, sia indirette) sulla società civile», che avrebbero una tipica natura funzionale[9].

Nessuna delle due definizioni sembra calzi al voto: non la prima, che richiama meri doveri e non diritti; nemmeno la seconda, salvo a voler ritenere il voto un *munus* gravante su coloro che fanno parte del corpo elettorale[10].

Forse il voto, e dunque il relativo dovere gravante su tutti i membri del corpo elettorale, potrebbe collocarsi in una zona intermedia tra le due categorie indicate.

Una possibile chiave di lettura, utile ad attribuire una specificità al voto, si radica nella valorizzazione della dimensione funzionale dello stesso che – giova rammentarlo – è collocato nel titolo relativo ai *Rapporti politici*[11]. Tra questi, il voto si presenta come il "più politico dei diritti": è l'unico, infatti, che possa essere qualificato come tale non solo quanto agli interessi a esso sottesi, ma anche specificamente con riguardo agli effetti prodotti. Invero, anche solo tra quelli richiamati nel medesimo titolo, il voto è l'unico idoneo di certo a condizionare, seppur indirettamente, le scelte di indirizzo politico dal momento che la manifestazione di volontà dell'elettore non riguarda mai

[8] G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.,* Agg. VI, Milano, 2002, 357 ss., spec. 360.

[9] *Ivi*, 361. Su tale distinzioni vedi anche i rilievi di B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del Convegno di Aqui Terme – Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, Torino, 2007, 249 ss.

[10] Quest'ultima lettura, invero, potrebbe essere adeguata solo se si considerasse il corpo elettorale come un organo dello Stato, ma la questione è assai complessa e meriterebbe ben altro approfondimento.

È appena il caso di osservare che C. MORTATI nella *Relazione illustrativa dello schema del Progetto per l'introduzione del voto nelle elezioni alla Costituente* presentata nella seduta dell'8 settembre 1945 della *Commissione per l'elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente* formata all'interno del Ministero per la Costituente non esitò a qualificare l'elettore come un «esercente una pubblica funzione (anche se a titolo privato)».

[11] La dimensione funzionale del voto è stata particolarmente valorizzata da C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, I, 437 e L. PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1988, 270.

solo la persona dei candidati ma esprime anche una preferenza verso alcune indicazioni o orientamenti politici che questi ultimi rappresentano.

Nell'ambito dei rapporti politici – e analogamente a quanto previsto dall'art. 4 Cost. per il lavoro, dall'art. 30 Cost. per la potestà genitoriale e, in parte, dall'art. 32 Cost. per la salute, con accezioni assai diversificate e comunque al di fuori della categoria menzionata – il voto è l'unico che sia qualificato espressamente come diritto e come dovere.

L'aspetto indicato non può certo determinare un abbandono incondizionato della dimensione "soggettiva" e individuale a favore di una piena attrazione verso quella obiettiva della funzione pubblica, e dunque quale semplice riflesso dell'ordinamento[12]; esso, piuttosto, induce a una rilettura delle due dimensioni in "chiave repubblicana".

La ricostruzione del voto in questa duplice accezione mi pare anche quella che meglio valorizzi proprio la previsione della sua doverosità, nonché il riferimento all'adempimento dei doveri di solidarietà politica richiamati dall'art. 2 della Costituzione. Il voto, pertanto, non può essere ridotto a esclusivo esercizio di una funzione pubblica, all'interno della quale la dimensione individuale inspiegabilmente scomparirebbe, ma non può neppure essere ricostruito quale diritto "meramente individuale", così trascurando del tutto la dimensione, di evidente derivazione pubblicistica, della doverosità. Ciò si ricava, sul piano del dato normativo apicale, dalle previsioni degli artt. 2 e 48 della Costituzione nella parte in cui, rispettivamente, impongono l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica e qualificano il voto come un dovere civico.

La citata dimensione funzionale si esprime attraverso due diversi canali: uno sostanziale e uno procedimentale, diversi ma intimamente connessi tra loro.

Il primo si fonda sulle particolari condizioni previste per l'esercizio del voto: età e assenza di altre cause che possano ostare alla titolarità del diritto; il secondo si estrinseca attraverso l'insieme delle regole procedimentali che ne accompagnano l'esercizio, e che sono anche necessari strumenti di garanzia dei requisiti previsti dall'art. 48 della Costituzione. Tale dimensione procedimentale dell'esercizio del voto assume, come detto, un'indiscutibile valenza *conformativa* del diritto stesso[13]: basti pensare al ricorrente dibattito

[12] Sul punto, e per un'ampia ricostruzione del dibattito della dottrina italiana e straniera di fine ottocento e della prima metà del secolo scorso si veda G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 313.

[13] La dimensione procedurale nel diritto pubblico è stata particolarmente valorizzata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1952, 118 ss. e da G. BERTI, *Sovranità*, in *Enc. Dir*., Ann. I, Milano, 2007, 1067 ss., spec. 1081; più di recente e con specifico riguardo al procedimento di revisione costituzionale, anche da A. MANGIA, *Potere, procedimento e funzione nella revisione referendaria*, in *Rivista AIC*, 3/2017.

sulle modalità del voto c.d. non presidiato dei cittadini italiani all'estero o, più in generale, al rapporto tra personalità, libertà e segretezza del voto rispetto all'eventuale introduzione di meccanismi di voto elettronico.

Profilo sostanziale e procedimentale, integrandosi reciprocamente, confluiscono nella produzione dell'effetto che è normativamente predeterminato. Dunque, il *come* e il *quando* del voto sono certamente predefiniti dalla legge; la doverosità sembrerebbe incidere anche sul *se*, così completandosi la dimensione funzionale della posizione giuridica in parola[14].

Proprio l'aspetto della politicità del voto – sottoposto a notevoli tensioni, per effetto di un processo che ha spinto sempre più verso una valorizzazione esclusiva della dimensione individuale – consente di attribuire anche alla doverosità un senso diverso da quello che potrebbe apparire, e che è stato spesso ricondotto (se non ridotto) al tema, mai davvero rilevante in concreto, delle sanzioni per il mancato esercizio del voto stesso.

La doverosità merita invece uno spazio di analisi più ampio, e impone una lettura dell'art. 48 della Costituzione capace di apprezzarne fino in fondo la natura di diritto politico.

Invero, il voto è speciale in quanto diritto politico, ma è altresì speciale all'interno degli stessi rapporti politici che sono, per il resto, o tutti doveri o tutti diritti. Solo il voto, mediante il suo esercizio incide direttamente sulla costituzione degli organi costituzionali cui spetta la definizione dell'indirizzo politico. L'ipotesi, per quanto assurda, del mancato esercizio "generale" di tale diritto, determinerebbe una paralisi del sistema e giustificherebbe già su un piano meramente intuitivo la scelta di prevedere la doverosità dello stesso. Si tratta, a ben vedere, dell'unico diritto il cui mancato esercizio da parte di tutti i titolari potrebbe determinare un effetto del genere.

Alla dimensione funzionale, politica per eccellenza del diritto, si collega invece un'altra conseguenza, idonea a determinare un corrispondente onere in capo al legislatore: quello, cioè, di porre gli elettori nelle condizioni di esercitare con consapevolezza il diritto in parola. La libertà e la personalità del voto, a differenza della segretezza che tocca esclusivamente profili di carattere procedimentale, inducono a confrontarsi anche con elementi di carattere sostanziale, e dunque valoriale.

In questo senso, e con tutte le cautele del caso, il diritto-dovere di voto richiama, almeno per certi versi, quello in materia di istruzione.

Le particolari cautele, e anche le eventuali limitazioni che lo circondano, richiedono a mio avviso un impegno che la Costituzione riconosce unitamente in capo agli elettori, come dovere dell'esercizio, e in capo allo Stato, come onere di garanzia della libertà, personalità e segretezza. Tali ultimi

[14] Sui caratteri distintivi della situazione soggettiva *funzione* si vedano i rilievi di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 25 ss.

elementi possono essere tradotti, attraverso la doverosità, proprio in termini di consapevolezza da parte dell'elettore poiché, in ultima istanza, libertà, personalità e segretezza – quest'ultima in una posizione in qualche misura ancillare rispetto ai primi due – assumono rilievo quali garanzie dell'autonomia di scelta dell'elettore. Sono perciò garanzie che, in tanto hanno senso, in quanto l'elettore eserciti effettivamente tale diritto-dovere.

Si badi: la partecipazione al voto, e dunque "l'adempimento" del dovere civico, è un elemento che ha un'incidenza, pur difficilmente decifrabile, sul funzionamento di un sistema elettorale, e anche sulla consapevolezza, da parte di coloro che lo esercitano, degli esiti che lo stesso può produrre[15].

Tale prevedibilità inciderebbe in qualche modo – seguendo il ragionamento su cui la Corte ha in parte fondato la sent. n. 1 del 2014 relativa alla disciplina elettorale politica – sulla effettiva libertà e personalità del voto.

Quindi anche rispetto alla libertà e alla personalità del voto quali parametri di giudizio delle legittimità costituzionale di un determinato sistema elettorale, la doverosità prevista dall'art. 48 Cost. potrebbe assumere una valenza, se non altro sul piano interpretativo. Basti dire che il mancato esercizio del diritto, al di là della sua esatta qualificazione giuridica e dell'applicabilità o meno di sanzioni, costituisce un comportamento che non è "neutro", se valutato nel quadro della solidarietà politica. Ciò si ricava dalla lettura più esatta dell'art. 2 della Costituzione: le situazioni di diritto e di dovere «postulano entrambe 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»[16].

Se in Costituzione il voto è (anche) un dovere, è necessario tenere conto di tali interessi nella disciplina del suo esercizio.

4. Le vicende del dovere di voto in Assemblea Costituente

Nei lavori della Costituente, il voto passò attraverso le diverse ipotesi di dovere pubblico, con la previsione espressa dell'obbligatorietà del suo esercizio, alto dovere civile (emendamenti E. Di Giovanni e F. Sullo), dovere politico e morale (C. Mortati), civico e morale (così arrivò nel progetto discusso in sede Plenaria) per poi essere approvato nella formulazione finale come *dovere civico*[17].

[15] S. FURLANI, *L'astensionismo e i suoi effetti sui risultati elettorali*, in *Nuovi Studi Politici*, 2, 1984, 79 ss.

[16] G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., 13.

[17] Così, nell'intervento in Costituente dell'on. G. Grassi (21 maggio 1947) si difendeva la

I lavori della I Sottocommissione (15 novembre 1946), della II Sottocommisione (10 settembre 1946), nonché della Assemblea Plenaria (20 e 21 maggio 1947) ci consegnano perciò un quadro assai complesso dal quale si ricava la evidente volontà di non ridurre la doverosità a una affermazione priva di un qualche rilievo giuridico, accompagnata però dalla scelta di non costituzionalizzare l'obbligatorietà in senso giuridico e di rimettere la adozione delle eventuali sanzioni al legislatore ordinario.

Quella relativa alla qualificazione del dovere non già come obbligo, ma neppure come semplice vincolo politico e morale, fa emergere la scelta di occupare uno spazio intermedio tra la responsabilità giuridica e quella politica. Si badi però che in questo caso la responsabilità politica non è riferita a un organo politico in senso proprio e da qui, probabilmente, la scelta di una diversa qualificazione della doverosità.

Descrive bene il senso della scelta del Costituente l'intervento del 21 maggio 1947 dell'on. Orazio Condorelli il quale, nel criticare la formula proposta per l'(allora) art. 45 del progetto di Costituzione che definiva l'esercizio del voto come *dovere civico e morale*, riteneva invece opportuno o eliminare del tutto tali qualifiche, sulla scorta del rilievo che «le definizioni nel diritto sono sempre superflue, quando non sono pericolose», o limitarsi a mantenere solo la prima delle due[18].

Secondo tale tesi *civico* valeva quale sinonimo, "giuridicamente rinforzato", di *politico*.

L'intervento di Costantino Mortati sul punto, in data 21 maggio 1947,

scelta di attribuire al voto la doppia natura di *diritto* e di *dovere*: «Noi durante i lavori della prima Sottocommissione, come ha ricordato l'onorevole Merlin, discutemmo a lungo, forse per settimane, su questa questione e trovammo alfine un punto di coincidenza su questo concetto, che è stato esposto del resto anche dall'onorevole Laconi; che si tratta cioè di un diritto e di un dovere insieme: ogni medaglia ha il suo rovescio».

Né mancò chi propose l'integrale eliminazione di ogni riferimento alla doverosità, come che fosse declinata, ritenendo o che si trattasse di una evidente contraddizione con la sua qualificazione di diritto, e in particolare con la *libertà* riconosciuta allo stesso (così F. Colitto), o che dovesse, al più, trovare spazio nella disciplina elettorale di rango ordinario e non in Costituzione (così R. Morelli). Addirittura – sono le parole dell'on. U. Della Seta – si affermò con una certa enfasi che «il voto, una volta reso obbligatorio, moralmente, giuridicamente e politicamente, non è più un voto, ma è un vuoto».

[18] «Ci sono tanti doveri civici che non sono sanzionati, come ce ne sono degli altri sanzionati. Sarà il legislatore che dovrà decidere. Qui la parola "civico" sta nel senso di dovere politico, con una notazione di giuridicità: perché "civico" è il perfetto corrispondente, sul tema latino, dell'aggettivo politico che è su tema greco. Evidentemente sono due parole che si corrispondono nel contenuto sostanziale. Ma la parola "civico" è più pregnante di giuridicità e perciò appare più propria».

Altri, tra cui lo stesso relatore U. Merlin nonché C. Mortati, ritenevano invece che la giuridicità del vincolo non fosse in alcun modo dimidiata dall'aggiunta, alla qualifica di *civico*, anche di quella di *morale*.

individua con estrema precisione il significato del voto quale diritto (e dunque anche dovere) politico, all'interno della più ampia categoria dei *doveri subiettivi pubblici*. In particolare, osservava Mortati, «che il diritto di voto sia considerato un diritto funzionale, vale a dire di quei diritti che tendono alla realizzazione di interessi che sorpassano il privato per toccare l'interesse della collettività, non può essere dubbio».

Il relatore Merlin, in sede di replica all'illustrazione dei singoli emendamenti, ritenne opportuno mantenere il termine civico, precisando però che «non è sinonimo di civile; "civico" espresso nel concetto della Commissione vuol dire anche politico»[19].

Dunque, al di là della scelta terminologica, fu chiara la comune volontà di riaffermare la natura politica del dovere (oltre che, ovviamente, del diritto), rimanendo impregiudicata la questione della sua obbligatorietà giuridica.

Non è facile valutare quanta consapevolezza di tale carattere di *politicità* sia presente nel dibattito attuale, che ha finito con lo spostare l'attenzione interamente sul tema della disciplina elettorale, a discapito di uno sforzo di analisi del voto quale diritto-dovere di partecipazione politica.

5. Le scelte definitive e la portata prescrittiva della disciplina costituzionale

L'assenza di sanzioni costituzionalmente imposte o previste, e la stessa circostanza che esse furono introdotte dalla disciplina di rango ordinario tra il 1948 e il 1993 – pur se con un tasso di efficacia via via decrescente, per poi essere abrogate – induce a una analisi del testo costituzionale che prescinda dalla previsione della sanzione stessa, e che dunque si fondi su una solida distinzione concettuale tra *dovere* e *sanzione*, idonea a escludere un nesso di necessaria biunivocità[20].

[19] Sempre tra i contributi nel dibattito in Costituente segnalo la proposta emendativa di A. Giolitti, illustrata nella seduta del 20 maggio 1947, che aiuta a illuminare la soluzione adottata a proposito della doverosità del voto.

Pur formulata per proporre l'abrogazione della previsione del voto come dovere "civico e morale", essa forniva una lettura della non obbligatorietà del voto (anche) come garanzia dell'uguaglianza, ritenendosi che una uguaglianza non solo *astratta* (secondo l'espressione usata dallo stesso proponente), ma anche sostanziale avrebbe richiesto che tutti i voti fossero espressi per scelta libera, e non per effetto di una qualche forma di costrizione. Il non sancire l'obbligo, seguendo tale ragionamento, avrebbe reso il diritto più democratico, rischiandosi viceversa di avere alcuni voti "più liberi e uguali" degli altri.

[20] Secondo E. BETTI, *Dovere giuridico (teoria gen.)*, cit., 58 la coercibilità, anche indiretta e dunque mediante la applicazione di una sanzione, è un carattere «tendenziale e normale, ma

A tal fine assume un certo valore interpretativo il riferimento contenuto nell'art. 2 Cost. ai doveri (inderogabili) di solidarietà politica.

Non so se il voto possa davvero essere qualificato, oltre che come diritto, anche come dovere inderogabile al pari, per es. di quelli richiamati agli artt. 52, 53, 54 Cost., e del resto la stessa classificazione dei doveri costituzionali e di quanti di essi siano riconducibili alle "clausole generali" di solidarietà appare ancora oggi tutt'altro che pacifica. Né è agevole immaginare entro che limiti la doverosità del voto potrebbe essere "risanzionata" dopo le modifiche del 1993. Che possa esserlo mi sembra indiscutibile, vista l'espressa copertura costituzionale che, optando per l'affermazione (anche) della doverosità, ha comunque lasciato spazio alla previsione delle sanzioni, sebbene la soluzione scelta mantenga un tratto di ambiguità laddove qualifica il dovere come *civico* (anche in questo il voto mostra una sua specificità assoluta)[21].

La formula, infine, adottata consente le sanzioni ma – per effetto della scelta di non accogliere l'emendamento presentato dalla DC (on. F. Sullo, sostenuto anche da A. Moro) in Costituente – non impone al legislatore di farlo.

Resta uno spazio all'interno del quale potrebbe collocarsi una sanzione che deve però inserirsi armoniosamente, tanto con riguardo alla sua natura che alla sua entità, nel quadro di un sistema di equilibri tra diritto e dovere e tra sfera privata-individuale e sfera pubblica-collettiva che mostra, nel caso del voto, tratti del tutto specifici. Si è parlato, a tal proposito, di una norma di mitigazione che in qualche misura limiterebbe la portata precettiva ricavabile dall'affermazione della inderogabilità dei doveri di solidarietà che, in

non costante né necessario, del dovere giuridico».

Già S. ROMANO nel 1946 invitata a non confondere il contenuto dei doveri «con le sanzioni di cui sono o non sono suscettibili» (S. ROMANO, *Doveri, obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983. 93). Più in generale, N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss. Dig. It.*, XVI, Torino, 1969, 530 ss. rammentava come la sanzione sia solo uno degli espedienti impiegati per la conservazione di un sistema giuridico.

Sul tema si vedano anche le riflessioni di B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del Convegno di Aqui Terme – Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, cit., 232 ss.

[21] Spazio che invece non ci sarebbe stato nel caso in cui non fosse stata accostata a quella di diritto anche la qualifica di dovere, come rileva E. GROSSO, *Art. 48*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, 973.

Diversa la posizione di G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, 340 ss. secondo il quale sarebbe illegittima la legge per la quale il mancato esercizio del voto fosse indifferente, poiché vanificherebbe l'espressa previsione della doverosità in Costituzione.

assenza di tale mitigazione, potrebbe comportare «anche un mandato costituzionale di predisporre sanzioni efficaci»[22].

Mi sembra però che alla clausola di doverosità debba pur darsi un significato e che, nella lettura della sua portata normativa, possa assumere un qualche rilievo il riferimento contenuto nell'art. 2 alla *solidarietà politica* che, al pari degli altri doveri di solidarietà, svolge un'indiscutibile funzione interpretativa di altre norme costituzionali, così come delle leggi dirette a dare ad essi attuazione[23].

Quest'ultima, a propria volta, mostra un tratto di complessità concettuale assai più marcato rispetto alle altre declinazioni della solidarietà: quella economica e quella sociale. Se queste, infatti, sembrano connettersi immediatamente e strutturalmente a una logica di condivisione, e dunque alla possibilità di subire eventuali "limitazioni" alla propria sfera individuale in nome della realizzazione di interessi comuni, con la necessaria distribuzione di risorse in qualche modo limitate (direttamente nel caso della solidarietà economica, indirettamente nel caso di quella sociale), trovando così una perfetta corrispondenza nell'art. 3, c. 2, lo stesso non sembra potersi dire per quella politica. Gli ostacoli cui si riferisce l'art. 3 sono infatti solo quelli di ordine economico e sociale perché quelli politici, come detto, si ritenevano evidentemente rimossi per effetto del definitivo e indiscusso riconoscimento del suffragio universale.

Ciò tuttavia non diminuisce, semmai accentua, l'importanza dello sforzo interpretativo.

Ecco allora che per dare un senso a tale concetto di solidarietà politica – salvo a volere immaginare che essa sia in qualche modo connessa alle sole previsioni di cui agli artt. 52, 53 e 54 Cost. – è inevitabile valorizzare proprio il riferimento contenuto nell'art. 48 Cost. alla duplice natura del voto: diritto e dovere.

Se con riguardo alle disposizioni per prima richiamate la "doverosità politica" è evidente, indiscussa, quanto al voto essa è strutturalmente mitigata dalla natura anfibologica dello stesso: sussiste certamente in quanto dovere, ma non – o solo in parte e con un inevitabile tratto di specificità rispetto agli altri rapporti politici – in quanto diritto.

Non è superfluo osservare poi che la doverosità del voto trova una giustificazione non solo nella fondamentale importanza delle scelte che l'elettore è chiamato a compiere, ma altresì nella circostanza che tali scelte sono fatte anche, in qualche misura, per conto di altri soggetti; e cioè di tutti

[22] J. LUTHER, *I doveri di chi giudica il giudice dei doveri*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del Convegno di Aqui Terme – Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, cit., 400.

[23] C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nelle Costituzioni*, Milano, 1968, 374 ss.

coloro che, pur essendo cittadini e dunque titolari della sovranità in quanto componenti del popolo, non fanno parte del corpo elettorale, o comunque non possono o non vogliono esercitare il proprio diritto.

Potrebbe dirsi, sotto questo aspetto, che emerge una componente *latu sensu* potestativa del diritto di voto il cui esercizio comporta una responsabilità nei confronti di coloro che non sono in condizione di farlo, ma che "subiranno" ugualmente gli effetti prodotti da tale esercizio.

Il richiamo alla solidarietà politica può assumere poi un valore interpretativo, consentendo anche di collegare il diritto-dovere del voto alla corrispondente richiesta che lo Stato approntì gli strumenti necessari affinché il voto sia davvero personale, libero ed uguale, oltre che segreto.

Questo compito dello Stato è ricavabile anche dalla lettura del secondo comma dell'art. 3 della Costituzione nel quale la rimozione di ostacoli di ordine economico e sociale (ma non anche politico) mira a garantire, quale obiettivo ultimo, «l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»[24]. Tale partecipazione – proprio quella sul piano politico – riceve poi una specifica qualificazione sulla base dell'art. 49 che, non certo per una semplice coincidenza, segue immediatamente la previsione relativa al diritto di voto. Tale articolo è stato ampiamente oggetto di ricerca; è rimasto assai meno indagato il rapporto che lo lega al 48 e, insieme a questo, all'idea di *partecipazione* e di *solidarietà* politica. I partiti, lungi dall'essere collocati in una dimensione "altra" rispetto al diritto-dovere di voto, costituiscono un canale fondamentale di tale partecipazione che si esprime tanto in occasione del voto e nella fase immediatamente successiva (attraverso la selezione dei candidati, le campagne elettorali e la formazione dei gruppi parlamentari), quanto poi nella vita delle istituzioni rappresentative, dimodoché la valenza sostantiva del voto stesso possa manifestarsi prima, durante e dopo il momento elettorale[25].

Ecco allora che gli articoli 2, 3, c. 2, 48 e 49 Cost. ci consegnano un dirit-

[24] A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi a doveri inderogabili*, in L. VENTURA, A. MORELLI (a cura di), *I principi costituzionali*, Milano, 2015, riprendendo la tesi di G. LOMBARDI sottolinea la distinzione tra solidarietà politica da una parte e solidarietà economica e sociale dall'altra. In particolare, ponendo in relazione tali nozioni contenute nell'art. 2 con gli ostacoli che la Repubblica è impegnata a rimuovere ai sensi dell'art. 3, c.2 si nota come la sovrapposizione valga per quelli di natura economico e sociale ma non per quelli di natura politica. Ciò, sempre seguendo tale ricostruzione, avrebbe indicato la convinzione che solo i primi fossero da rimuovere ma non quelli di carattere politico che si sarebbero comunque giovati della rimozione dei primi.

[25] Non è certo un caso se, in Costituente, almeno in sede di Assemblea Plenaria, la discussione sugli artt. 48 e 49 (rispettivamente 45 e 47 del Progetto da approvare) procedette parallelamente e se, nella maggioranza degli interventi, il tema del voto, e dunque anche della sua doverosità, e quello del regime giuridico da assegnare ai partiti politici furono affrontati insieme, o comunque immediatamente l'uno dopo l'altro.

to che è anche dovere in quanto espressione di solidarietà politica, diretta a garantire la partecipazione alle scelte di indirizzo politico, oltre che alla scelta tra candidati a cariche politiche, e di cui il voto stesso è uno degli strumenti, pur senza esserne l'esclusivo. Direi di più: il carattere non esclusivo del voto quale mezzo di partecipazione politica concorre a conformarne ulteriormente la specifica natura di diritto, e a giustificarne la "contemporanea" doverosità.

Il recupero di tale profilo costituisce un elemento in più su cui fondare una riconsiderazione del voto stesso, della sua doverosità e anche della possibile utilizzazione della sua garanzia quale parametro di legittimità costituzionale dei sistemi elettorali.

6. Una lettura sistematica: solidarietà politica, partiti e il difficile equilibrio tra dimensione individuale e funzionale del voto

Dalle considerazioni svolte emerge la sensazione che la materia stessa della "doverosità" del voto, almeno ove intesa con specifico riguardo all'opportunità di introdurre discipline antiastensionistiche, mal si presti a una indagine condotta sulla scorta di parametri dommatici, e che essa sia fortemente condizionata dalle contingenze storiche e politiche[26].

Se si vuole recuperare il significato della doverosità di cui all'art. 48, proprio quale norma di principio, e non nella sua mera dimensione strumentale, va rivisto il senso profondo della scelta adottata dal Costituente.

A me pare che, al netto delle possibili valutazioni di convenienze politiche contingenti che determinarono la soluzione a favore della qualifica come *dovere civico*, il significato della definizione del voto quale diritto-dovere possa essere rintracciato gettando uno sguardo anche alla dottrina prerepubblicana e, soprattutto, leggendo con attenzione gli esiti delle discussioni in seno all'Assemblea Costituente, nelle quali tale dottrina trovò una qualche eco.

L'analisi approfondita di entrambi meriterebbe ben altro spazio e tempo; tuttavia, con riguardo alla prima, è appena il caso di osservare come il lungo dibattito sulla progressiva estensione del suffragio, anche da parte delle "anime" più liberali, sia stato sempre accompagnato dalla preoccupazione che l'esercizio del voto fosse in qualche modo qualificato dalla consapevolezza della "funzione" che ciascun elettore era chiamato a svolgere.

[26] Come rilevava oltre trent'anni fa F. LANCHESTER, *Il voto obbligatorio da principio a strumento*, cit., 39. Anche secondo G. CORDINI, *Il voto obbligatorio*, cit. XIII «le esperienze del passato confermano che anche per i temi in esame le discussioni teoriche molte volte sono da intendere in correlazione stretta con vicende e contrasti politici».

L'obbligatorietà del voto sarà poi affermata nel Decreto Legislativo Luogotenenziale 10 marzo 1946, n. 74 contenente *Norme per l'elezione dei deputati dell'Assemblea Costituente* il cui art. 1 prevedeva che detta elezione avvenisse a suffragio universale, con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati concorrenti, con un sistema che garantisse la rappresentanza proporzionale. Inoltre, e per quanto qui più ci interessa, affermava che «L'esercizio del voto è un obbligo al quale nessun cittadino può sottrarsi senza venir meno ad un suo preciso dovere verso il Paese in un momento decisivo della vita nazionale»[27].

Dunque, l'obbligatorietà del voto era esplicitamente connessa alla particolare fase storica e, si noti, teneva insieme "*Obbligo*" e "*Dovere*"; l'allargamento del suffragio e l'esigenza di dar vita a un'Assemblea capace di rappresentare nel modo più ampio possibile tutte le diverse tendenze e correnti esistenti nel corpo elettorale fecero il resto[28].

Proprio la Relazione di Mortati alla quale ho fatto cenno[29] costituisce il compendio più convincente e giuridicamente arguto delle ragioni che militavano a favore della espressa previsione della obbligatorietà del voto. Tra i diversi spunti da essa ricavabili ve n'è uno che appare meritevole di nota, in particolare rispetto all'esigenza prima indicata di una lettura sistematica dell'art. 48 della Costituzione[30].

[27] L'articolo proseguiva stabilendo che «L'elenco di coloro che si astengono dal voto nelle elezioni per la Costituente, senza giustificato motivo, sarà esposto per la durata di un mese nell'albo comunale. Per il periodo di cinque anni la menzione "non ha votato" sarà iscritta nei certificati di buona condotta che vengano rilasciati a chi si sia astenuto dal voto senza giustificato motivo».

Si tratta delle medesime sanzioni che sono rimaste vigenti per le elezioni di Camera e Senato dopo l'entrata in vigore della Costituzione, e che sono state abrogate solo con la nuova disciplina elettorale del 1993.

[28] C. MORTATI, nella *Relazione* sopra richiamata, definisce tale esigenza come la realizzazione di una «*rappresentanza integrale*».

La soluzione infine adottata era comunque in parziale difformità da quello che era il testo dello schema di legge elettorale presentato dalla *Commissione per l'elaborazione della legge elettorale politica per l'Assemblea Costituente* la quale, dopo ampie discussioni sul punto, in particolare sulla proposta di Mortati a favore dell'espresso riconoscimento della obbligatorietà del voto, aveva formulato il seguente testo, assai più scarno: «L'Assemblea Costituente è eletta dalla universalità dei cittadini con voto diretto, libero e segreto, attribuito a liste di candidati liberamente concorrenti. La rappresentanza è proporzionale. L'esercizio del diritto di voto è un dovere».

[29] Vedi s*upra*, nota 10.

[30] Mi riferisco al passaggio in cui il giurista calabrese osservava: «Naturalmente l'obbligatorietà del voto non può essere considerata quale misura isolata, dovendosi, invece inquadrare in tutto un insieme di provvidenze in parte affidate allo Stato, in parte alle iniziative dei gruppi politici dirette, da una parte, a perfezionare il congegno elettorale in modo da renderlo sempre più idoneo a riflettere esattamente lo stato dell'opinione pubblica e ad inte-

Da esso emergono tre elementi, utili anche per la analisi delle scelte che sarebbero state di lì a poco adottate in sede Costituente.

Innanzitutto il ruolo dei «gruppi politici» e, dunque, di quelli che sarebbero stati riconosciuti, nell'art. 49, nella forma dei *partiti* come principali, pur se non esclusivi, strumenti di partecipazione politica[31].

Inoltre, la rilevanza, anche in questo caso non esclusiva, della disciplina elettorale (il «congegno elettorale») nel coinvolgimento della maggior percentuale possibile di corpo elettorale.

Infine, l'esigenza di realizzare delle «condizioni anche materiali» (potremmo dire economiche e sociali, anticipando ciò che avrebbe poi trovato spazio negli artt. 2 e 3 della Costituzione) che garantissero a tutti il raggiungimento della consapevolezza del valore del voto. In altre parole, la necessità della rimozione degli ostacoli, anche di ordine economico e sociale per l'appunto, destinati a impedire o comunque rendere più difficile la partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica del Paese.

Dunque si iniziano a definire i tratti della doverosità del voto come manifestazione e attuazione di un "patto partecipativo" che ha come protagonisti i singoli cittadini quali membri del corpo elettorale, gli organi pubblici impegnati nella rimozione di tutti gli ostacoli che si potessero frapporre a tale partecipazione (mediante il voto ma non solo) e, infine, i gruppi o, se si preferisce, alla luce di quella che sarebbe poi stata l'esplicita indicazione inserita in Costituzione, i partiti politici quali *trait d'union* tra i primi due.

Tale lettura trova un importante riscontro nella dottrina che, pur definendo discutibile la rappresentazione del voto quale dovere costituzionale ed escludendone la configurabilità come «preciso obbligo giuridico», ricava dalla Costituzione «un più ampio dovere di partecipazione politica che sicuramente rappresenta una delle principali estrinsecazioni del dovere di solidarietà». Quest'ultimo sarebbe "adempiuto" non solo attraverso il voto, ma anche mediante la complessa e articolata attività svolta attraverso i partiti politici e tutte le altre formazioni sociali che, come è noto, sono un asse portante del disegno costituzionale[32].

ressare quindi alle elezioni il maggior numero, dall'altra parte, a creare negli astensionisti la consapevolezza dell'atto che ad essi si richiede ed a suscitare conseguentemente in essi le energie collegate alla consapevolezza stessa, nonché infine a dar vita alle condizioni anche materiali propizie all'acquisto di essa».

[31] Nella medesima *Relazione* peraltro Mortati si riferisce espressamente ad «un'opera di persuasione e di educazione, da svolgere prevalentemente dai partiti».

[32] I passi richiamati sono di A. PIZZORUSSO, *Sistema istituzionale del diritto pubblico italiano*, Napoli, 1992, 473.

5. Brevi rilievi di sintesi

Osservava Peter Häberle come la necessità dell'esercizio costante dei diritti fondamentali da parte dei consociati costituisca una delle condizioni per realizzare «quella normalità connessa alla normatività della Costituzione», sulla base del rilievo per cui «in ogni caso il singolo, tramite l'esercizio individuale dei diritti fondamentali, prende delle decisioni che hanno rilevanza per la comunità»[33].

Ciò non può che valere, a maggior ragione, per il voto nel quale l'influenza della decisione individuale sulla comunità politica ha carattere immanente e non accidentale o contingente, ed è garantita dalla stessa sequenza procedimentale complessa attraverso la quale la funzione elettorale è esercitata, e che ne conforma la dimensione di politicità.

Quest'ultimo elemento merita un cenno, a mo' di chiusura del mio percorso argomentativo, e per tirare le fila del ragionamento.

È proprio la natura funzionale o, per essere più precisi, procedimentale del voto che permette di legarlo tanto alla forma di Stato, al pari degli altri diritti, quanto a quella di governo, in ragione della specialissima funzione che il voto elettivo svolge nella formazione di organi politici e nella definizione, seppur indirettamente, delle scelte di indirizzo politico.

Il voto, come anticipato, è l'unico dei diritti-doveri ad essere oggetto di una disciplina formale assai dettagliata che indica tempi e modi di esercizio dello stesso, a conferma della sua natura funzionale, per quanto non si tratti propriamente di una disciplina relativa alle modalità di funzionamento di un organo costituzionale. Tali elementi integrano, nel caso del voto, la portata prescrittiva del generale dovere di solidarietà politica e, non a caso, tra i diritti politici, il voto è l'unico a essere qualificato (anche) come un dovere.

La previsione di cui all'art. 48 Cost. consente l'eventuale introduzione di forme sanzionatorie per l'astensione, anche se tale opzione appare oggi deci-

[33] P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Roma, 1993 trad. it. di *Die Wesengehaltgarantie des Art. 19 Abs 2 Grundgesetz*, Heidelberg, 1983, 74 ss., spec. 76 richiamato sul punto da G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 1/2016, 162.

In termini, in fondo, non dissimili anche J. LUTHER, *I doveri di chi giudica il giudice dei doveri*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi. Atti del Convegno di Aqui Terme – Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006*, cit., 399): «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».

samente recessiva, e di dubbia opportunità e utilità. Ma al di là di tale profilo, la valenza normativa della doverosità si muove essenzialmente sul piano interpretativo: il diritto di voto, anche in quanto dovere civico, mantiene una dimensione non meramente individuale quale strumento fondamentale, ma non esclusivo di partecipazione politica, garanzia dello svolgimento della funzione elettorale, che è a propria volta fondamento e manifestazione del principio della sovranità popolare.

Solo la considerazione complessiva di tutti questi aspetti, e tra essi anche di quello della doverosità costituzionalmente prevista, integra e completa, senza insidiarla, la dimensione squisitamente individuale del voto, e consente di sottrarsi al paradosso per cui il più politico dei diritti finisca con lo smarrire propria la sua dimensione di "politicità".

IL CONSENSO INFORMATO ALLA LUCE DELLA RECENTE LEGGE N. 219 DEL 2017 TRA DIRITTO E DOVERE ALLA SALUTE

di Antonello Lo Calzo

SOMMARIO: 1. Premessa. Il consenso informato nella sintesi tra diritto e dovere alla salute. – 2. I fondamenti costituzionali del consenso informato e il contributo decisivo della Corte costituzionale. – 3. Gli sviluppi del consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione. – 4. La legge n. 219 del 2017 come prima disciplina organica in materia di consenso informato. – 5. La valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente tra "consenso informato", "disposizioni anticipate di trattamento" e "pianificazione condivisa delle cure". – 6. I caratteri dell'informazione e la consapevolezza della scelta personale del paziente. – 7. Rapporto medico-paziente: tra "alleanza terapeutica" e vincolatività delle disposizioni di volontà del paziente sulle cure. Assenza di una disciplina dell'obiezione di coscienza per il medico. – 8. Osservazioni conclusive. Una legge necessaria, destinata ad essere integrata dalla prassi.

1. Premessa. Il consenso informato nella sintesi tra diritto e dovere alla salute

Il tema del consenso informato può assurgere a parametro della dicotomia tra diritto e dovere costituzionale alla salute, anche se in una prospettiva particolare. Mentre si è soliti discorrere di situazioni di diritto-dovere in capo al medesimo soggetto, nel caso del consenso informato diritto e dovere si pongono in capo a soggetti diversi, ma destinati a relazionarsi imprescindibilmente nella c.d. "alleanza terapeutica", vale a dire paziente e medico.

È stato opportunamente evidenziato[1] che nella disciplina del consenso informato l'aspetto del diritto è preponderante rispetto a quello del dovere. In caso contrario, la funzione dell'istituto sarebbe quella di un mero adempimento burocratico, necessario a liberare il medico da possibili responsabilità legate al trattamento (appunto, un dovere), piuttosto che quella diretta a valorizzare l'autodeterminazione del paziente (in quanto suo diritto).

Le elaborazioni sul consenso informato non sono acquisizione recente, in quanto accompagnano da diverso tempo la logica dei rapporti tra medico

[1] U. ADAMO, *Costituzione e fine vita. Disposizioni anticipate di trattamento ed eutanasia*, Padova, 2018, 24.

e paziente[2]. Ciò che a lungo è mancato in Italia è stata una disciplina generale dell'istituto che non fosse legata a specifiche ipotesi di malattia o trattamento di volta in volta prese in considerazione dal legislatore. Infatti, prima della legge 22 dicembre 2017, n. 219, numerosi sono i casi in cui il consenso informato è posto a fondamento della legittimazione dell'intervento medico secondo quanto puntualmente stabilito da diverse fonti legislative[3].

Una valenza generale si sarebbe potuta riconoscere alle disposizioni della Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, la quale provvede a dettare una disciplina completa del consenso informato anche in relazione alle particolari ipotesi della persona priva della capacità di prestare il consenso o in situazioni di emergenza.

Il problema al riguardo risiede nel fatto che la Convenzione di Oviedo non è mai entrata concretamente in vigore per cui non può produrre alcun effetto sul piano normativo[4]. La circostanza che la suddetta Convenzione non possa esplicare effetti su un piano precettivo non ha escluso che essa potesse svolgere un'importante funzione di orientamento dell'interpretazione del giudice, come d'altra parte ha affermato la Corte di cassazione nella sentenza n. 21748 del 2007, relativa al noto caso Englaro[5].

L'indagine sull'individuazione di una disciplina generale del consenso informato può estendersi inoltre dal piano legislativo a quello deontologico[6]. Se si guarda al Codice di deontologia medica del 2014 si possono riscontrare diversi riferimenti al consenso informato, in particolare agli articoli 33 (Informazione e comunicazione con la persona assistita) e 35 (Consenso e dissenso informato), che ben dimostrano la necessaria relazione che deve legare il consenso al suo essere informato; informazione che deve tener conto an-

[2] Sulla evoluzione storica, in particolare, G. GRASSO, *Consenso informato, libertà di scelta e disponibilità del proprio corpo*, in G. COCCO (a cura di), *Lo statuto giuridico delle informazioni*, Atti del convegno di Milano, 24 maggio 2010, Milano, 2012, 42 ss.

[3] Per ulteriori e dettagliate indicazioni su ogni singolo provvedimento si rinvia sempre a G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 56 ss.

[4] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Torino, 2013, 103; nonché S. PENASA, *Alla ricerca dell'anello mancante: il deposito dello strumento di ratifica della Convenzione di Oviedo*, in *Forum cost.*, 2007.

[5] Afferma la Cass. civ., sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, che il mancato deposito della ratifica non implica «che la Convenzione sia priva di alcun effetto nel nostro ordinamento. Difatti, all'accordo valido sul piano internazionale, ma non ancora eseguito all'interno dello Stato, può assegnarsi […] una funzione ausiliaria sul piano interpretativo». Sul punto U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 36 s. In generale sull'influenza interpretativa della Convenzione di Oviedo v. F.M. PALOMBINO, *La rilevanza della Convenzione di Oviedo secondo il giudice italiano*, in *Giur. cost.*, 2011, 4811 ss.

[6] Per riferimenti deontologici in chiave storica v. I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato. Riflessioni a margine della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, n. 1/2018, 93.

che della necessaria adeguatezza alle capacità di comprensione della persona assistita[7].

Ciò che cambia con la legge n. 219 del 2017 pertanto non è da ravvisare in una nuova presa di coscienza sul consenso informato, in quanto le ampie elaborazioni della giurisprudenza costituzionale e ordinaria precedenti dimostrano una consapevolezza ben radicata, piuttosto nel fatto che per la prima volta, dopo un lungo e travagliato *iter* parlamentare, in Italia si perviene all'adozione di una legge generale, organica, in materia di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento, caratterizzata da scelte chiare nella definizione dei rapporti tra autodeterminazione, diritto alla cura e ruolo del medico[8].

2. I fondamenti costituzionali del consenso informato e il contributo decisivo della Corte costituzionale

Il punto più controverso su cui dottrina e giurisprudenza si sono soffermate nel trattare del consenso informato riguarda l'esatta individuazione del suo fondamento, essendo possibile sintetizzare le diverse tesi sostenute attorno a due "orientamenti" prevalenti: da una parte, la tesi che rinviene il fondamento del diritto al consenso informato nella sua diretta derivazione dal diritto alla salute e, quindi, dall'art. 32 Cost.; dall'altra, la tesi che può essere definita del "combinato disposto", in quanto rinviene il fondamento del consenso informato nella sintesi degli artt. 2, 13 e 32 Cost.

Alla seconda di queste due ha aderito la Corte costituzionale sin dalla nota sentenza n. 438 del 2008, nella quale per la prima volta il Giudice delle leggi si è occupato in maniera espressa del fondamento costituzionale del consenso informato. La decisione ha risolto un giudizio in via principale tra lo Stato e la Regione Piemonte, tuttavia, l'aspetto più interessante ai nostri fini riguarda due brevi passaggi della motivazione dove la Corte specifica che il consenso informato trova un espresso fondamento costituzionale e, in particolare, nei diritti della persona.

Quanto al primo profilo la Corte afferma che «il consenso informato, inteso quale espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto dal medico, si configura quale vero e proprio diritto della persona

[7] Al riguardo si v. U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 41 s.

[8] Osserva al riguardo G. BATTAGLIA, *La nuova disciplina in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (Legge n. 219 del 22 dicembre 2017)*, in A. LO CALZO e R. ROMBOLI (a cura di), *Esperienze di tutela dei diritti fondamentali a confronto*, Pisa, 2018, 20, che la legge n. 219 del 2017 ha operato un adeguato bilanciamento tra il principio di autodeterminazione in campo sanitario e il dovere di solidarietà che non legittima una sorta di "obbligo a morire" parallelo all'assenza di un "obbligo di vivere".

e trova fondamento nei principi espressi nell'art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione». Specificando, poi, che il fondamento congiunto negli artt. 2, 13 e 32 Cost. «pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative».

Proprio partendo da tale decisione non è mancato in dottrina chi abbia evidenziato l'anomalia di voler fondare il diritto al consenso informato, oltre che sull'art. 32, anche su altri articoli della Costituzione. Così è stata rilevata la sostanziale "inutilità" del richiamo all'art. 2 Cost., quasi si tratti di una «irrefrenabile tendenza a coinvolgere l'art. 2 Cost. quale parametro di costituzionalità anche nelle ipotesi in cui […] sussistono specifiche disposizioni costituzionali alle quali ancorare il riconoscimento di un diritto», mentre in questo caso la Corte avrebbe ben potuto far riferimento ai soli artt. 13 e 32 Cost.[9].

Il punto più controverso riguardava il fondamento congiunto del consenso informato negli artt. 13 e 32 Cost. Sempre ad opinione della stessa Autrice, infatti, il fondamento del diritto al consenso informato potrebbe rinvenirsi nel solo art. 32 Cost., in quanto «il consenso al trattamento non è […] il contenuto di un diritto autonomo, distinto e distinguibile da quello alla salute» ma, al contrario, al diritto alla salute «è immanente l'espressione di un consenso – e quindi, specularmente, di un eventuale dissenso – ai percorsi terapeutici proposti dal medico»[10]. L'unica ragione che, invece, avrebbe potuto giustificare il richiamo all'art. 13 Cost. poteva rinvenirsi soltanto ove i trattamenti sanitari avessero assunto il carattere di misura coercitiva, da attuare anche contro la volontà dell'interessato[11].

[9] D. MORANA, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sent. 438 del 2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, 4972; ora anche in ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 109.

[10] ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 110. Sulla possibilità di fondare il diritto al consenso informato sull'art. 32 Cost., e in particolare, nel divieto di imposizione delle cure si v. anche A. SIMONCINI e E. LONGO, *Commento all'art. 32 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, 665; C. TRIPODINA, *Art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE e R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 329; G.U. RESCIGNO, *Dal diritto di rifiutare un determinato trattamento sanitario secondo l'art. 32, c.2, Cost., al principio di autodeterminazione intorno alla propria vita*, in *Dir. pubb.*, 2008, 91.

[11] ID., *La salute come diritto costituzionale*, cit., 116. Sul punto, anche di recente, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 31, ha ritenuto che il fondamento del diritto al consen-

Altra parte della dottrina, tuttavia, in maggiore adesione alle tesi della Corte costituzionale, ha ritenuto non privo di una propria autonoma rilevanza il richiamo all'art. 13 Cost. per dare fondamento al consenso informato. Infatti, tale rinvio avrebbe la funzione di valorizzare il principio di autodeterminazione nel consenso informato[12], pertanto, «il fatto […] che la Corte abbia individuato come matrici del consenso informato non solo il diritto alla salute, ma anche il diritto di autodeterminazione, amplia l'ambito applicativo del principio che abbraccia non soltanto le decisioni relative alla salute, ma più in generale tutte quelle relative al corpo»[13].

L'individuazione del fondamento costituzionale del consenso informato induce ad interrogarsi sulla sussistenza di situazioni in cui l'eventuale rifiuto delle cure da parte del singolo possa incontrare un limite in un principio ricavato dalla Costituzione.

Il dibattito si è sviluppato soprattutto a partire dal principio di solidarietà e, in particolare, dalla considerazione che le scelte sul consenso o il rifiuto delle cure non possano essere collocate sotto la mera autodeterminazione del paziente, quasi in una sorta di ambito di irrilevanza giuridica per l'ordinamento dello Stato[14]. La ragione di ciò andrebbe individuata nel fatto che la persona è considerata valore in sé, per cui non può accettarsi un punto di vista meramente individualistico perché la vita non è qualcosa di indifferente al sistema. Tuttavia, dalla considerazione della vita umana come valore in sé alla limitazione dell'autodeterminazione nella scelta sulle cure il passo è troppo lungo da colmare, per cui non potrà riconoscersi allo Stato la possibilità di assumere posizioni coercitive in grado di vincolare le scelte individuali.

Ragionando sulla doverosità non potrebbe attribuirsi ad essa una "supervalutazione" in termini giuridici, fino al punto da porsi a limite dell'autodeterminazione; potrebbe essa sì assumere uno specifico peso morale[15], ma que-

so informato non possa essere rintracciato di fronte ad una interpretazione estensiva dell'art. 13 Cost., in quanto è sufficiente riscontrarne l'immanenza nell'art. 32, comma 2, Cost.

[12] Così G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 82; nonché R. BALDUZZI e D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, in *Giur. cost.*, 2008, 4963.

[13] G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 9.

[14] Osserva G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 104, che «in un ordinamento autenticamente solidale e relazionale, il rifiuto di un trattamento sanitario, che porta al sacrificio della vita, non può essere confinato in un limbo di irrilevanza giuridica, dominato esclusivamente dall'autonomia del singolo», tuttavia, «l'ordinamento […], se non potrà certo impedire una scelta di autodeterminazione contraria alla vita, neppure potrà incentivare quella scelta agevolandola».

[15] Sempre G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 105, ritiene che particolari condizioni di vita possano fungere da metro della valutazione della doverosità legata alla solidarietà, si pensi alla «condizione di genitore con figli in minore età» se non possa comportare una diversa valutazione sul rifiuto delle cure «da cui deriva la sicura morte del paziente, per la responsabilità che ha quel paziente di mantenere, istruire e far crescere i propri figli».

sto si collocherebbe al di fuori della sfera del giuridicamente rilevante.

In dottrina diverse sono state le voci, anche molto autorevoli[16], che in qualche modo hanno sostenuto la possibilità di rinvenire una forma di doverosità delle cure nel principio di solidarietà, sulla base di una duplice considerazione legata, da una parte all'interesse dello Stato per la persona e, dall'altra, all'inserimento di quest'ultima in formazioni sociali espressamente tutelate dall'art. 2 Cost.

Tuttavia, si ribadisce che tale doverosità, per quanto ispirata a profonde e moralmente condivisibili ragioni di solidarietà, potrebbe assurgere ad un mero rilievo etico[17], ma non al punto da tradursi in una doverosità di tipo giuridico, la quale necessita, per sua natura, di misure coercitive e concretamente limitative dell'autodeterminazione[18].

In conclusione, la solidarietà può fungere da limite all'autodeterminazione e, quindi, alla scelta di consentire o rifiutare le cure, ma soltanto su un piano etico e non giuridico. Da quest'ultimo punto di vista l'autodeterminazione non può subire compressioni.

3. Gli sviluppi del consenso informato nella giurisprudenza della Corte di cassazione

Il consenso informato, si è detto, non giunge alla legge n. 219 del 2017 come istituto privo di qualsiasi disciplina, in quanto aveva ricevuto nel tem-

[16] Si v. A. RUGGERI, *Il testamento biologico e la cornice costituzionale (prime notazioni)*, in M. GENSABELLA FURNARI e A. RUGGERI (a cura di), *Rinuncia alle cure e testamento biologico. Profili medici, filosofici e giuridici*, Torino, 2010, 307 ss., il quale pone l'accento sul necessario bilanciamento tra autodeterminazione e altri valori costituzionali che richiamano la responsabilità.

[17] A tale conclusione pare giungere anche A. RUGGERI, *Il testamento biologico*, cit., 336, affermando che «il diritto, come si sa, può imporre l'esercizio del dovere di solidarietà; certo, non può prescrivere ad alcuno con quale animo adempiervi. È l'etica e, ancora prima (e di più), la religione che riesce *a convertire, in modo mirabile*, innalzandola in una sfera non raggiungibile dal diritto, *la solidarietà in fraternità*».

[18] In tal senso G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 17 s. Analogamente, di recente, U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 16 s., ha rilevato che i fini solidaristici non potrebbero mai estendersi fino al punto da limitare la scelta sulle cure, perché «la persona […] non è per nessun motivo strumentalizzabile […], neanche per fini solidaristici o collettivistici». Nemmeno sarebbe possibile, ad opinione di G. GEMMA, *Diritto a rifiutare le cure ed interessi costituzionali diversi dalla salute pubblica*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 20 ss., individuare un limite all'autodeterminazione nel rifiuto delle cure in altri specifici doveri costituzionali, quali quello al lavoro e alla difesa della Patria, al mantenimento e all'educazione di figli.

po un'ampia conformazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione[19], sia precedente che successiva alla sentenza della Corte costituzionale n. 438/2008.

A partire dalla sentenza della Cassazione n. 5639/1992[20], la Suprema Corte ha riconosciuto la stretta relazione che deve sussistere tra consenso ricevuto e trattamento medico praticato, affermando la responsabilità penale del medico ove abbia posto in essere, in assenza di ragioni di necessità e urgenza, un intervento di più grave entità rispetto a quello per il quale aveva fornito informazione e raccolto il consenso. La giurisprudenza della Cassazione non segue, però, un percorso lineare nella sua evoluzione, ad esempio, con la sentenza n. 2437/2009[21], sembra collegare la responsabilità penale del medico non tanto al profilo del consenso, ma all'esito fausto o infausto del trattamento medico prevedibile, ma non oggetto di previo consenso del paziente. Nella successiva sentenza n. 13746/2011[22] addirittura la Suprema Corte svincola il profilo della responsabilità dal consenso nell'ipotesi in cui il medico, pur avendo fornito tutte le informazioni necessarie e raccolto il consenso, abbia operato in spregio del codice deontologico dando luogo ad una forma di accanimento terapeutico.

Per quanto concerne la giurisprudenza della Cassazione civile, con la sentenza n. 21748/2007, la Suprema Corte ha affermato in via di principio che «il consenso informato costituisce, di norma, legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente; la pratica del consenso libero e informato rappresenta una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi» ed inoltre «esprime una scelta di valore nel modo di concepire il rapporto tra medico e paziente, nel senso che detto rapporto appare fondato prima sui diritti del paziente e sulla sua libertà di autodeterminazione terapeutica che sui doveri del medico». Corrispettiva al consenso informato è, altresì, «la facoltà non solo di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, in tutte le fasi della vita, anche in quella terminale»[23]. In pratica, secondo la Corte l'aspetto consensuale è quello che domina le relazioni di cura tra medico e paziente, al punto tale da configurare un vero e proprio «diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di

[19] Al riguardo, per una più approfondita trattazione si v. G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 67 ss.

[20] Cass. pen., Sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639.

[21] Cass. pen., Sez. Un., 21 gennaio 2009, n. 2437. In questo senso anche Cass. civ., Sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638.

[22] Cass. pen., Sez. V, 7 aprile 2011, n. 13746.

[23] Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità umana propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire», senza che ciò si traduca in una forma di eutanasia «esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale».

In successive decisioni la Corte di cassazione ha precisato ulteriormente la portata del consenso informato, sia contribuendo a configurarlo come diritto "autonomo", sia precisando i caratteri dell'informazione adeguata.

Quanto al primo profilo la Suprema Corte, pur mantenendo il diritto al consenso informato nel novero del diritto alla salute lo ha distinto dal diritto all'integrità fisica, al punto che la sua lesione è risarcibile a prescindere dall'esito dell'intervento.

Con la sentenza n. 2847/2010, si è infatti affermato che il diritto all'autodeterminazione è diverso dal diritto alla salute, per cui «anche in assenza di lesione alla salute per essere stato l'intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, si prospetta – ove manchi il consenso informato – la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente: sarà pertanto risarcibile, a condizione che esso varchi la soglia della gravità dell'offesa, il conseguente danno non patrimoniale, che corrisponde sia alla privazione della possibilità di scelta spettante al paziente tra interessi configgenti a quest'ultimo facenti capo, sia al turbamento e alla sofferenza provocati dal verificarsi di conseguenze del tutto inaspettate»[24].

In questo senso, gli eventuali inadempimenti del medico in ordine all'informazione e al consenso non si connettono nello specifico ad una lesione dell'integrità fisica, ma costituiscono un'autonoma lesione dell'autodeterminazione del paziente.

La Cassazione ha, infine, puntualizzato i caratteri dell'informazione in quanto prodromica all'acquisizione del consenso[25]. Questo «deve essere personale, specifico ed esplicito, nonché reale ed effettivo. Invero, […] deve essere pienamente consapevole, ossia deve essere "informato", dovendo basar-

[24] Numerosi sono i casi in cui la Suprema Corte ha ribadito tali principi, per tutte si v. Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220; Cass. civ., Sez. III, 11 dicembre 2013, n. 27751; Cass. civ., Sez. III, 13 febbraio 2015, n. 2854; Cass. civ., Sez. III, 14 luglio 2015, n. 14642; Cass. civ., Sez. III, 20 maggio 2016, 10414; Cass. civ., Sez. III, 13 aprile 2018, n. 9180. Ampi riferimenti al riguardo in N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato alla luce di giurisprudenza e dottrina recenti: dai profili di responsabilità civile e penale del sanitario alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Amministrazione in cammino*, 2014, 9 ss.; ID., *Il "problema" del consenso informato: dai diritti del malato alla spersonalizzazione del rapporto medico-paziente*, in *Med. e mor.*, n. 3/2017, 371 ss.; R. CATALANO e A. MARTINO, *Il consenso informato: la violazione del diritto all'autodeterminazione del paziente e la tutela risarcitoria*, in *Quest. giust.*, n. 2/2016, 191 ss.

[25] Cass. civ., Sez. III, 9 febbraio 2010, n. 2847

si su informazioni dettagliate fornite dal medico ed implicando, quindi, la piena conoscenza della natura dell'intervento medico e/o chirurgico, della sua portata ed estensione, dei suoi rischi, dei risultati conseguibili e delle possibili conseguenze negative». Inoltre, l'informazione «deve sostanziarsi in spiegazioni dettagliate e adeguate al livello culturale del paziente, con l'adozione di un linguaggio che tenga conto del suo particolare stato soggettivo e del grado di conoscenze specifiche di cui dispone»[26]. La funzione dell'informazione, quindi, nella prospettiva della Cassazione, non sarebbe tanto quella di colmare il divario di conoscenza tra medico e paziente, ma di permettere a quest'ultimo di autodeterminarsi sulla scelta[27].

4. La legge n. 219 del 2017 come prima disciplina organica in materia di consenso informato

La legge n. 219 del 2017 non ha, quindi, disciplinato per la prima volta il consenso informato, piuttosto ha voluto porre rimedio a gravi lacune normative, evidenziate a più riprese dalla giurisprudenza[28], nella regolamentazione dei rapporti tra autodeterminazione del paziente e consenso/dissenso alle cure[29]. Già dal titolo "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento" emerge che l'intento del legislatore fosse quello di fornire una disciplina organica sulle situazioni più controverse legate al rapporto di cura, sia per la persona cosciente, sia in previsione di una eventuale perdita di coscienza futura. Ciò ha imposto una chiara presa di posizione "ideologica" che può tradursi, in termini sintetici, in una decisa prevalenza dell'autodeterminazione individuale su altri fattori coinvolti nell'ambito del diritto al consenso/dissenso alle cure. La legge in commento, quindi, più che una legge sul consenso informato, può essere definita come una legge sull'autodeterminazione in ambito medico.

La difficoltà nel giungere all'approvazione parlamentare di una legge coinvolgente delicati temi etici ben può essere dimostrata ponendo a raffronto alcuni passaggi della legge n. 219 con il precedente disegno di legge "Calabrò"[30], ispirato ad un'etica diversa da quella dell'attuale legge.

[26] Cass. civ., Sez. III, 20 agosto 2013, n. 19220. Analogamente Cass. civ., Sez. III, 31 luglio 2013, n. 18334.

[27] N. POSTERARO, *Osservazioni sul consenso informato*, cit., 6 s.

[28] Si pensi, in tal senso, a Cass. civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748.

[29] Cfr. U. ADAMO, *Il vuoto colmato. Le disposizioni anticipate di trattamento trovano una disciplina permissiva nella legge statale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 7 s.

[30] Si tratta dell'A.C. 2350, approvato alla Camera il 12 luglio 2011 in prima lettura e decaduto per la fine della legislatura. Per considerazioni critiche su tale disegno G. FERRANDO,

Entrambi pongono "a sistema" la disciplina che intendono dettare con gli art. 2, 13 e 32 Cost. – con ciò recependo le argomentazioni offerte dalla sentenza Corte cost. n. 438/2008 – tuttavia, differiscono nella fissazione del valore preminente che li ispira[31]. Mentre il ddl Calabrò «riconosce e tutela la vita umana, quale diritto inviolabile e indisponibile, garantito anche nella fase terminale dell'esistenza e nell'ipotesi in cui la persona non sia più in grado di intendere e di volere, fino alla morte accertata nei modi previsti dalla legge», la legge n. 219 «tutela il diritto alla vita, alla salute, alla dignità e all'autodeterminazione della persona e stabilisce che nessun trattamento sanitario può essere iniziato o proseguito se privo del consenso libero e informato della persona interessata».

Un secondo aspetto è quello che concerne la definizione dei rapporti di cura tra medico e paziente. Mentre il ddl Calabrò usa una formula dall'effetto semantico più forte, parlando di «*alleanza terapeutica* costituitasi all'interno della relazione tra medico e paziente», la legge n. 219 preferisce la valorizzazione della «relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico». Tale impostazione, pur non riducendo il medico a mero esecutore della volontà del paziente[32], denota un'impostazione nei rapporti di prevalenza: prima viene il paziente, poi il medico.

Entrambi gli atti avevano per scopo di chiarire la collocazione o meno dell'alimentazione e idratazione artificiale tra i trattamenti sanitari, a cui sarebbe seguita la possibilità di porle o meno ad oggetto di rifiuto da parte del paziente. Anche su questo profilo si riscontra una netta contrapposizione nell'impostazione con il ddl Calabrò che le sottraeva dagli oggetti disponibili con dichiarazioni anticipate di trattamento e la legge n. 219 che le equipara agli altri trattamenti sanitari e, al pari di questi, rientranti nella piena disponibilità del paziente[33].

L'ultimo e rilevante profilo di divergenza è quello che riguarda il vincolo derivante dalle dichiarazioni del paziente. Mentre quando si parla di

Diritto alla salute e autodeterminazione, cit., 26 ss.; C. CASONATO, *Lo schema di testo unificato "Calabrò" su consenso e dichiarazioni anticipate*, in *Forum cost.*, 2009.

[31] Al riguardo P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e* advance care health planning*: prime considerazioni riguardo alla legge sul "testamento biologico"*, in *Dir. pubb. europeo rassegna online*, n. 1/2018, 2 s.

[32] Al riguardo B. DE FILIPPIS, *Biotestamento e fine vita*, Napoli, 2018, 88. Contraria a tale lettura R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita: la nuova legge sul biotestamento*, in *Dir. pubb. europeo rassegna online*, n. 2/2018, 14.

[33] Critica, in quanto fallace, il ragionamento seguito dal ddl Calabrò, P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e* advance care health planning, cit., 12.

consenso informato questo è pieno, controversa è stata la rilevanza da attribuire al vincolo derivante dalle disposizioni anticipate. Il ddl Calabrò, infatti, non pare attribuire alle dichiarazioni carattere vincolante, ma meramente "orientativo". Le dichiarazioni cui si riferisce la legge n. 219 sono «manifestazioni di volontà e non di opinioni»[34], per cui «ogni persona maggiorenne e capace di intendere e di volere, in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte, può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche e a singoli trattamenti sanitari», potendo essere disattese soltanto in ipotesi particolari. D'altra parte, anche a tale riguardo è determinante la scelta lessicale in quanto il ddl Calabrò parla di "dichiarazioni", mentre la legge n. 219 di "disposizioni"[35].

Questi aspetti, unitamente al fatto che nella legge n. 219 ricevono disciplina istituti con funzioni diverse, inducono a ritenere che il vero fine della legge non sia stato quello di dare veste organica alla disciplina del consenso informato prima sparsa tra innumerevoli testi legislativi, ma quello di approntare un testo organico in materia di autodeterminazione del singolo in ambito medico.

5. La valorizzazione dell'autodeterminazione del paziente tra "consenso informato", "disposizioni anticipate di trattamento" e "pianificazione condivisa delle cure"

La valorizzazione dell'autodeterminazione è il filo conduttore dell'intera legge n. 219 del 2017 e pervade tutti gli istituti disciplinati.

Il consenso informato, così come regolato dalla legge[36], costituisce sia il "presidio" al rispetto della libertà e dell'autodeterminazione della persona sulla propria dimensione corporea, sia uno strumento di disciplina della re-

[34] P. SERRAO D'AQUINO, *Consenso informato, disposizioni anticipate di trattamento e* advance care health planning, cit., 9.

[35] Criticamente su tale profilo R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 13 s., osserva che una disciplina intesa a dare preminenza alla sola dichiarazione di volontà del malato, pur rispettosa dell'autodeterminazione, vincola il medico anche quando "palesemente assurda o dannosa", senza che al riguardo sia possibile alcuna «forma di controllo giuridicamente rilevante sul bene della persona». Per un'analisi attenta della scelta terminologica v. U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 10 ss.

[36] Va infatti precisato che la legge non fornisce una definizione di consenso informato, dando per presupposto che ve ne sia una univocamente riconosciuta. Cfr. I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato*, cit., 91 s.

lazione tra medico e paziente, il quale appare improntato alla necessaria autorizzazione che deve essere rilasciata dal titolare del diritto[37]. Esso conserva intatta la sua impostazione "duale" comprensiva del momento informativo e di quello dell'accettazione, la quale a sua volta potrà essere intesa nella duplice prospettiva del consenso e del dissenso[38].

Ciò che interessa maggiormente, sotto il profilo dell'autodeterminazione, riguarda l'espressa disciplina non soltanto del consenso informato come fondamento di liceità dell'attività medica, ma della possibilità di «rifiutare, in tutto o in parte, […] qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario indicato dal medico per la sua patologia o singoli atti del trattamento stesso». L'espressa disciplina del "rifiuto informato" assume una duplice funzione: da una parte essa costituisce uno degli strumenti attraverso i quali si manifestano le scelte personalissime del malato sulla propria salute, dall'altra vale a risolvere definitivamente la questione inerente alla responsabilità del medico, il quale, di fronte ad un rifiuto raccolto nelle modalità stabilite dalla legge, non potrà essere soggetto ad alcun addebito di responsabilità[39].

La focalizzazione sull'autodeterminazione, d'altra parte, costituisce il filo conduttore che garantisce l'omogeneità del provvedimento legislativo, consentendo di assimilare istituti ontologicamente distinti. Già in passato era stato evidenziato che il consenso informato e le direttive di trattamento, per quanto riconducibili ad una comune matrice, fossero espressione di distinte esigenze di tutela[40]. La legge n. 219 non solo mantiene tale distinzione, ma addirittura aggiunge un ulteriore istituto – la pianificazione delle cure – che si colloca a metà strada tra i primi due.

Il consenso informato ha carattere di attualità, nel senso che si riferisce ad uno specifico trattamento nell'imminenza della sua realizzazione, pertanto presuppone già una patologia in atto rispetto alla quale il trattamento ha margini più o meno elevati di tempestività. Le disposizioni anticipate di trat-

[37] S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente nel contesto della nuova legge in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento (commento all'art. 1)*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017. Norme i materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, in *Riv. Biodiritto*, n. 1/2018, 21.

[38] E. ROSSI, *Profili giuridici del consenso informato: i fondamenti costituzionali e gli ambiti di applicazione*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Il diritto alla fine della vita. Principi, decisioni, casi*, Napoli, 2012, 81 s.

[39] S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente*, cit., 22, osserva che la disposizione del comma 5 dell'art. 1, relativa appunto al rifiuto delle cure, è formulata ancora in termini eccessivamente vaghi tali da determinare ancora il dubbio sulla responsabilità del medico ove gli sia richiesto di porre in essere una condotta attiva necessaria a dare attuazione alla rinuncia alla prosecuzione del trattamento sanitario.

[40] In questo senso già G.M. FLICK, *A proposito di testamento biologico: spunti per una discussione*, in *Pol. dir.*, 2009, 528.

tamento, invece, non hanno il carattere della attualità e, soprattutto, della necessità. Questo significa che le stesse possono essere adottate da chiunque, anche se non affetto da alcuna patologia, in vista di una eventuale futura patologia che dovesse sopraggiungere quando il soggetto è ormai privo di coscienza.

Intermedia, invece, è la *ratio* della pianificazione condivisa delle cure. Infatti, questa ha in comune con le DAT l'essere rivolta al futuro, per l'ipotesi in cui «il paziente venga a trovarsi nella condizione di non poter esprimere il proprio consenso o in una condizione di incapacità», ma, a differenza di queste, non è rivolta a qualsiasi possibile ed imprevedibile patologia o trattamento che possa riguardare il titolare del diritto, ma presuppone una patologia cronica o invalidante in atto, «caratterizzata da inarrestabile evoluzione verso prognosi infausta».

È evidente che, essendo diverse le condizioni in presenza delle quali si può ricorrere agli istituti sopra richiamati cambieranno anche le condizioni dell'informazione che il medico deve fornire al paziente. Mentre nel caso del consenso e della pianificazione abbiamo una precisa patologia in atto il medico sarà tenuto a dare un tipo di informazione maggiormente dettagliata, sia in merito al possibile evolversi della malattia sia in ordine alle conseguenze dei trattamenti[41]. Nel caso delle DAT la malattia oltre che non attuale è anche imprevedibile, per questo motivo l'informazione non può avere lo stesso livello di completezza[42]. La differenza che, inoltre, caratterizza consenso e pianificazione risiede nel fatto che mentre il primo si riferisce generalmente ad un singolo atto terapeutico, la seconda ha uno spettro più ampio, rivolgendosi ad un "percorso"[43].

In dottrina non è mancato chi abbia rilevato una probabile contraddizione tra consenso informato e DAT, nella misura in cui, se il primo, per il suo valido rilascio, presuppone che il paziente si determini nell'attualità attraverso un bagaglio di informazioni e una comprensione adeguata allo scopo, nel caso delle DAT non potrebbe ritenersi effettivamente rispettato questo principio, visto che sono destinate a trovare applicazione in un momento futuro in presenza di una imprevedibile malattia, non corrispondendo ad esse un vero e proprio consenso, ma al più un "desiderio"[44].

Tale timore mi pare possa essere superato se si riflette sull'esatto oggetto della legge in commento. La legge n. 219 non è tanto una legge sul consenso

[41] F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento (dat) previste dall'articolo 4 della legge 22 dicembre 2017, n. 219*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 54 ss.

[42] P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 66.

[43] P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, cit., 68.

[44] Criticamente, in tal senso, R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 14.

informato, altrimenti non si spiegherebbe l'inserimento della disciplina di istituti completamente diversi, quanto piuttosto una legge "organica" sull'autodeterminazione della persona nella sfera medica che la riguarda. In questo senso non può leggersi contrasto tra consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento sulla base della considerazione che anche le seconde debbano rispettare i medesimi requisiti di effettività ed attualità del primo, ma deve porsi l'accento sulla valorizzazione dell'autodeterminazione la quale prescinde dalla attualità ed è pienamente realizzata anche quando la manifestazione di volontà riguarda un fatto futuro e imprevedibile; ove così non fosse, si finirebbe irrimediabilmente per affidare ad un terzo il compito di interpretare la volontà presunta del malato privo di coscienza, vanificando di fatto l'utilità delle DAT[45].

6. I caratteri dell'informazione e la consapevolezza della scelta personale del paziente

La validità del consenso dipende dall'informazione offerta al paziente. Già in passato era stata evidenziata l'importanza di un'informazione adeguata alla formazione della consapevolezza personale sull'atto medico, infatti, «il medico non è tenuto […] a svolgere per ogni cliente una lezione di scienza medica, che spesso potrebbe non essere neppure capita, [… ma] le spiegazioni vanno adeguate al livello di intelligenza e di istruzione del paziente»[46]. Nel tempo si è quindi assistito ad una progressiva evoluzione del concetto di informazione in campo medico, sempre più inserita in un quadro di condivisione[47], da cui «l'inderogabile esigenza di fornire al singolo un'informazione completa e comprensibile, con il superamento del meccanismo della delega al tecnico come unico modello di rapporto prospettabile»[48].

L'informazione assolverebbe pertanto ad una duplice funzione. In primo luogo, essa è prodromica alla formazione del consenso[49], costituendo, al

[45] In questo senso si v. U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 11 ss.

[46] G. CATTANEO, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, 959 ss.

[47] Si pensi a quanto afferma C. CASONATO, *Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione*, in *Quad. cost.*, 2008, 547, secondo cui il consenso «può definirsi come il risultato di un processo di condivisione degli elementi di certezza e di incertezza legati ad una determinata proposta diagnostica e terapeutica».

[48] B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. soc.*, 1983, 42 s.

[49] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 112, osserva che l'informazione avrebbe un ruolo "servente" rispetto alla formazione del consenso. A sua volta il consenso informato costituisce «la fase pregiudiziale al corretto esercizio del diritto al rifiuto, ma anche del diritto alla cura». U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 19.

tempo stesso, una condizione di liceità di un'attività altrimenti illecita[50].

In secondo luogo, l'informazione è idonea a porsi quale autonomo bene giuridico a garanzia della libertà di cura del paziente, non necessariamente in funzione strumentale alla raccolta del consenso. Si pensi, ad esempio, al caso dei trattamenti sanitari obbligatori che per loro natura prescindono dal consenso della persona che vi è sottoposta, ma, al tempo stesso, non implicano la rinuncia anche al diritto ad ottenere tutte le informazioni sul trattamento[51].

L'informazione in ambito medico, per sua natura, reca però un problema apparentemente insuperabile: l'asimmetria conoscitiva tra medico e paziente in ordine al trattamento vale a configurare il consenso informato come un obiettivo realisticamente raggiungibile, oppure residuano aspetti di puro "formalismo" legati ad un'informazione che rimane incomprensibile?

Il divario conoscitivo tra medico e paziente è un dato di fatto, che può variare sensibilmente in relazione all'età, al livello culturale, alle condizioni cognitive del paziente, ma è un divario per sua natura insopprimibile, neppure attraverso interventi di tipo normativo[52], e, paradossalmente, è destinato a crescere quanto maggiormente si vuole garantire la completezza dell'informazione[53].

Oggi questo problema, che accompagna la problematica del consenso sin dai suoi primi sviluppi, è destinato a confrontarsi con la "disinformazione" medica causata dalla ricerca di informazioni in rete non supportata da consapevole capacità di comprensione tecnico-scientifica, con il rischio che alla "informazione" del medico possa sostituirsi una "disinformazione" diffusa e non verificabile su basi scientifiche.

La riduzione del *gap* informativo può dipendere dall'adozione di norme specifiche, dirette a disciplinare il rapporto tra medico e paziente secondo un approccio dialogico e partecipato, ma pur sempre nel rispetto

[50] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 104.

[51] D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, cit., 114, conclude, quindi, che «il paziente conserva […] un diritto a ricevere informazioni anche se non può parlarsi, in questo caso, di puro e pieno consenso al trattamento: ed il fondamento costituzionale di tale diritto […] può senz'altro individuarsi nel rispetto della persona umana che l'art. 32 introduce come "controlimite" al "limite" dell'obbligatorietà, vincolando il legislatore al suo rispetto».

[52] G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 86.

[53] G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 87, provocatoriamente osserva che «nemmeno se il paziente fosse un medico, visto il grado di specializzazione che regna in campo medico-chirurgico, la sua differenza (ed "inferiorità") con il medico che compie l'intervento medico-chirurgico o che si adopera per un determinato trattamento sanitario, nei suoi confronti, potrebbe azzerarsi».

dell'autonomia di scelta del paziente. In questa direzione parrebbe muoversi la recente legge n. 219.

Si è visto come la Corte di cassazione abbia contribuito in maniera decisiva a delineare i caratteri dell'informazione. Già in dottrina, però, si evidenziava che l'informazione necessaria al consenso fosse adeguata ed effettiva[54].

La legge n. 219 del 2017 ha tentato di fornire una definizione dei contenuti dell'informazione, avendo riguardo alle peculiarità di ciascuno degli istituti disciplinati. Per quanto riguarda il consenso informato l'art. 1, comma 3, stabilisce che «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi». L'obiettivo perseguito dal legislatore, quindi, sembra essere quello di evitare un eccessivo tecnicismo, conservando, per quanto possibile, una relazione "umana" tra paziente e medico. Su quest'ultimo grava un onere che non è meramente tecnico, in quanto ad esso spetta valutare le modalità di comunicazione più adeguate al paziente che possano sortire il miglior effetto in termini di formazione di un consenso/dissenso consapevole[55].

L'onere informativo non riguarda soltanto il profilo del consenso, ma è preso in considerazione anche per gli istituti delle DAT e della pianificazione condivisa delle cure. Come già osservato il livello delle informazioni muta sensibilmente in ragione delle finalità dell'istituto e del grado di prevedibilità delle patologie.

Nel caso delle DAT l'art. 4, comma 1, si limita a prevedere che il paziente acquisisca «adeguate informazioni mediche sulle conseguenze delle sue scelte». La ragione di ciò dipende dal fatto che le DAT non riguardano una patologia specifica o un determinato atto terapeutico, con l'impossibilità di preventivare in astratto che tipo di informazione fornire. Lo scopo della

[54] L'informazione è effettiva quando è diretta a sviluppare la consapevolezza del paziente e non ad ottenere il suo consenso, dopotutto, la sua salute è qualcosa che lo riguarda direttamente e non un interesse esclusivo del medico. R. ROMBOLI, *Art. 5. La libertà di disporre del proprio corpo*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1988, 250.

[55] Sul ruolo del medico nella selezione delle informazioni e sulla scelta delle modalità più adeguate di comunicazione cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT: quali rischi derivanti dalla concreta prassi applicativa?*, in *Rivista di Diritti comparati*, n. 3/2017, 278. Proprio su tale ultimo profilo, S. CANESTRARI, *La relazione medico-paziente*, cit., 24, osserva che la stessa informazione, comunicata in modo di per sé asettico e freddo, è in grado di sortire effetti diversi a seconda del paziente in relazione al suo modo di percepire la realtà.

norma, pertanto, è quello di consentire che il convincimento sulle DAT avvenga comunque sulla base di informazioni mediche e non sulla base di dati privi di scientificità[56].

Nel caso della pianificazione condivisa delle cure l'art. 5, comma 2, offre un'indicazione di maggior dettaglio rispetto alle DAT, in quanto «il paziente e, con il suo consenso, i suoi familiari […] sono adeguatamente informati […], in particolare sul possibile evolversi della patologia in atto, su quanto il paziente può realisticamente attendersi in termini di qualità della vita, sulle possibilità cliniche di intervenire e sulle cure palliative».

In sintesi, nel caso del consenso l'informazione avrà un livello di dettaglio "massimo" perché riferita ad uno specifico trattamento, nel caso della pianificazione il livello può definirsi "intermedio" perché l'oggetto è una malattia in corso, nel caso delle DAT è "minimo" perché non si fa riferimento né a un trattamento né ad una patologia, ma ad imprevedibili condizioni di salute future.

Un secondo aspetto fondamentale è quello dell'attualità e della revocabilità del consenso, anche alla luce delle vicende che nel tempo possono investire l'informazione.

La circostanza che il consenso possa essere revocato in qualsiasi momento è abbastanza intuitiva e si connette direttamente alla possibilità di rifiutarlo sin dall'inizio. La legge si limita a recepire questo dato al comma 5 dell'art. 1, il quale sancisce il diritto di revocare il consenso in qualsiasi momento, anche quando questo comporti l'interruzione delle cure. Se la scelta fatta dalla legge è nel senso della garanzia dell'autodeterminazione la possibilità di revoca del consenso prescinde da ogni rapporto con l'informazione, essendo rimessa esclusivamente al convincimento individuale. D'altra parte, è stato correttamente osservato[57], non potrebbe attribuirsi al consenso alcun valore "contrattuale" che impegna il paziente quasi si tratti di un accordo tra parti.

Più complesso, invece, è il discorso per quanto riguarda l'attualità del consenso e dell'informazione nelle DAT e nella pianificazione delle cure, trattandosi di dichiarazioni di volontà destinate a produrre effetti anche a notevole distanza di tempo.

Tale eventualità è espressamente presa in considerazione dal legislatore che, oltre a prevedere la possibilità di nominare un fiduciario, stabilisce che le DAT possano essere disattese quando non corrispondono alla condizione

[56] La norma appare estremamente generica e rischia di lasciare spazio a fraintendimenti, soprattutto nella parte in cui non specifica le competenze del soggetto che deve fornire l'informazione. F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 55.

[57] G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 20.

clinica attuale del paziente «ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita». Questa è una chiara ipotesi di valutazione sull'attualità del consenso alla luce del mutamento dell'informazione, vale a dire che il consenso conserva sempre intatta la propria attualità finché permangono le medesime condizioni informative che lo hanno originato, quando queste dovessero mutare perché, ad esempio, il progresso scientifico permette di accedere a nuovi tipi di terapia non prevedibili in origine[58], è necessaria una "attualizzazione" della volontà iniziale alla quale possono assolvere o il fiduciario[59] o direttamente il paziente nel caso della pianificazione delle cure[60].

In sintesi, il concetto di "attualità" del consenso vale sempre per tutti gli istituti, ma non alla luce di una valutazione "storica" della volontà, bensì adeguata agli sviluppi della scienza.

7. Rapporto medico-paziente: tra "alleanza terapeutica" e vincolatività delle disposizioni di volontà del paziente sulle cure. Assenza di una disciplina dell'obiezione di coscienza per il medico

Nella quadro disegnato dalla legge n. 219 del 2017 occorre, infine, interrogarsi sul modello scelto dal legislatore per definire i rapporti tra medico e paziente. Il peso riconosciuto all'autodeterminazione porta a connotare il consenso informato, oltre che come modo di esercizio del diritto alla salute del paziente nei confronti del medico, anche come limite invalicabile per quest'ultimo rispetto all'inviolabilità del corpo[61].

Ciò si giustifica alla luce della rilevata inesistenza di un "potere di curare" in capo al medico[62], senza togliere che il proprio ruolo non possa essere

[58] In questo senso anche U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 17. Cfr. B. LIBERALI, *Prime osservazioni sulla legge sul consenso informato e sulle DAT*, cit., 274 s.

[59] Particolarmente delicato è il ruolo del fiduciario proprio in riferimento alla "attualizzazione" del consenso rispetto al mutare delle condizioni informative. Infatti, come osserva U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 30, il fiduciario «non deve mai far prevalere la propria volontà, ma deve "semplicemente" essere un tramite della volontà altrui», ovvero, usando le parole di G. CRICENTI, *I giudici e la bioetica. Casi e questioni*, Roma, 2017, 107 s., il fiduciario non potrà mai decidere "al posto" del paziente.

[60] Anche su suggerimento del medico. Si v. P. VERONESI, *La pianificazione condivisa delle cure*, cit., 69.

[61] G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 10.

[62] Osserva U. ADAMO, *Costituzione e fine vita*, cit., 21, infatti, che «il medico ha la possibilità di rispondere ad una domanda di salute derivatagli dalle sue competenze tecnico-scientifiche, ma senza il consenso all'atto tale capacità basata sulla conoscenza scientifica è

degradato a quello di mero "burocrate della medicina", in quanto può condizionare la formazione del consenso attraverso l'informazione.

La preminenza assegnata alla volontà personale del paziente non vale a privare il medico di ogni mezzo diretto ad incidere sulla volontà del primo. Questi "mezzi" però dovranno arrestarsi sul piano della "persuasione"[63].

Il medico conserva, altresì, una propria "autonomia" operativa nel caso descritto dal comma 7 dell'art. 1, ovvero nelle situazioni di emergenza o di urgenza, ove il paziente si trovi in stato di incoscienza egli «sceglierà secondo un criterio di appropriatezza clinica e di proporzionalità»[64].

La necessità di evitare un eccessivo appiattimento della posizione del medico di fronte alla prevalenza quasi assoluta del paziente ha indotto la dottrina ad interrogarsi sulla portata di alcune disposizioni della legge n. 219 nella parte in cui sembrerebbero lasciare margini per una disciplina dell'obiezione di coscienza del medico.

Il punto di partenza è costituito dall'art. 1, comma 6, che, dopo aver ribadito che il medico è tenuto a rispettare il rifiuto del paziente, stabilisce che questi «non può esigere trattamenti sanitari contrari a norme di legge, alla deontologia professionale o alle buone pratiche clinico-assistenziali; a fronte di tali richieste, il medico non ha obblighi professionali». Disposizione che trova applicazione anche alle DAT e alla pianificazione delle cure[65].

Sul fatto che la legge n. 219 del 2017 non preveda una norma sull'obiezione di coscienza la dottrina pare sostanzialmente unanime[66]; sulla sua necessarietà e sulle possibili soluzioni invece le proposte sono diverse, da chi ha ritenuto di poterla ricavare in via interpretativa dal comma 6 attraverso il rinvio che questo fa alle norme deontologiche[67], a chi ha ritenuto più

confinata ad un'accezione teorica e non pratica, potendo soltanto il paziente legittimare l'esercizio del *facere* medico».

[63] Secondo G. FERRANDO, *Diritto alla salute e autodeterminazione*, cit., 18, «il medico può convincere, ma non può vincere il dissenso che, nonostante la sua opera, persista».

[64] G.R. GRISTINA, *Considerazioni in merito ai commi 5, 6 e 7 dell'art. 1 della legge sul consenso informato e sulle disposizioni anticipate di trattamento*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 29.

[65] Particolarmente critico su tale rinvio è U. ADAMO, *Il vuoto colmato*, cit., 20 ss., il quale osserva che si tratta di un rinvio inutile, ovvero "altamente pericoloso".

[66] Ne ravvisa la sostanziale ambiguità C. Luzzi, *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017 tra fisiologiche esigenze di effettività e nuove prospettive di tutela,* in *Diritti fondamentali*, 1/2019, 10 ss., in quanto anche nelle ipotesi disciplinate dalla legge in questione si riscontra la stretta causalità tra condotta ed evento "eticamente controverso", condizione necessaria per giustificare le altre ipotesi di obiezione previste dal nostro ordinamento.

[67] F.G. PIZZETTI, *Prime osservazioni sull'istituto delle disposizioni anticipate di trattamento*, cit., 59, ritiene che il richiamo al codice deontologico consentirebbe al medico di opporre eventuali questioni di coscienza all'esecuzione, in particolare delle DAT. Tale dubbio

opportuna una dichiarazione di illegittimità costituzionale parziale della disposizione nella parte in cui non disciplina l'obiezione di coscienza[68].

La soluzione preferibile, però, pare quella di una riforma espressa ove si volesse introdurre una disciplina dell'obiezione di coscienza in tale ambito[69].

Le ragioni al riguardo sarebbero essenzialmente due. In primo luogo, si condivide quanto sostenuto circa una differenza incolmabile tra obiezione in senso proprio e semplice rifiuto sul piano della *ratio*[70]. Mentre l'obiezione si fonda su parametri essenzialmente morali/soggettivi, il rifiuto si fonda su parametri tecnici/oggettivi. Ciò che caratterizza l'obiezione, infatti, è dato dalla circostanza che il medico si trova di fronte alla necessità di dar corso ad un trattamento sanitario perfettamente conforme alle regole della scienza medica, ma che per ragioni etiche contrasta con un proprio convincimento interiore; nel caso del rifiuto, invece, il medico si trova di fronte alla richiesta di un trattamento non conforme ai canoni della scienza medica al quale non si può dar corso.

In secondo luogo, occorrerebbe sempre tener conto del fatto che nel caso del rifiuto il medico si opporrebbe all'esecuzione di trattamenti già qualificabili come "illeciti" secondo le norme che regolano la pratica medica; nel caso dell'obiezione il medico si oppone all'esecuzione di atti o trattamenti di per sé perfettamente leciti secondo l'ordinamento e la cui omissione, in caso di mancata disciplina dell'obiezione, lo esporrebbe a forme di responsabilità giuridica.

Qualche dubbio ulteriore era stato avanzato sulla base della lettura del comma 9 dell'art. 1 il quale stabilisce gli obblighi di attuazione della legge in capo alle strutture[71]. Infatti, si è ritenuto che la funzione della disposizione fosse anche quella di consentire al "singolo" medico di obiettare, con la garanzia che la struttura fosse sempre in grado di assicurare il rispetto delle dichiarazioni di volontà del paziente. Ad ogni modo, quando il comma 9 si riferisce alla corretta attuazione dei principi della legge n. 219 fa poi specifico

interpretativo è avanzato anche da C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017*, cit., 3 ss.

[68] R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 17.

[69] Secondo D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT: è consentita l'obiezione di coscienza del medico?*, in *Forum. La legge n. 219 del 2017*, cit., 34, un possibile adeguamento in via interpretativa che pretenda di estrapolare dal testo una norma sull'obiezione di coscienza sarebbe poco aderente alla lettera della legge.

[70] Si condivide il pensiero di D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., 31.

[71] Si interroga sulla funzione dell'art. 1, comma 9, della legge in commento, C. LUZZI, *La questione dell'obiezione di coscienza alla luce della legge 219/2017*, cit., 24, ravvisando che, in genere, le ipotesi di obiezione riconosciute sono ancorate alla garanzia di continuità del servizio, funzione che la norma in questione parrebbe assolvere, essendo altrimenti difficile comprenderne la *ratio*.

riferimento solo agli obblighi informativi e alla formazione del personale, senza alcun riferimento alla sua funzione di "paracadute" dell'obiezione.

Alla luce della disciplina fornita dalla nuova legge n. 219 del 2017, quindi, il consenso informato viene a delinearsi come un procedimento partecipato che, pur dando assoluta preminenza all'autodeterminazione individuale, non vuole sminuire la dignità professionale del medico[72], riconoscendo a questo, in determinate e limitate ipotesi, la possibilità di disattendere la manifestazione di volontà del paziente.

8. Osservazioni conclusive. Una legge necessaria, destinata ad essere integrata dalla prassi

La legge n. 219 del 2017 ha avuto come scopo quello di trovare soluzione a casi di coscienza sulle cure e sulla vita. In questo senso essa si pone come una legge assolutamente necessaria ed imprescindibile. È vero, comunque, che essa non possa essere considerata un punto di arrivo[73], essendo necessario porre la dovuta attenzione a tutti quei profili che ancora non trovano soluzione: si pensi al dubbi legati ancora all'informazione nelle DAT, al rifiuto del medico, alla garanzia di attuazione da parte delle strutture sanitarie[74].

La concreta attuazione che la legge è destinata a ricevere non potrà poi trascurare un'altra necessità. Una sopravvalutazione dell'autodeterminazione rischia, infatti, di lasciare solo il malato che trovandosi «in una condizione di debolezza, vulnerabilità, dipendenza e bisogno» può restare «in balia di chi, nel momento di debolezza, può esercitare un potere, anche solo morale, su di lui»[75]. L'autodeterminazione, fulcro della legge in esame, non può mai tradursi in isolamento, e in questa prospettiva vanno lette tutte quelle disposizioni che in qualche modo coinvolgono i familiari nella formazione della consapevolezza su decisioni tanto delicate.

Questo dato non deve, però, spingere fino al punto da criticare radicalmente la legge perché non riconosce come inviolabile il "diritto alla vita umana"[76]. Su questo aspetto occorre correttamente intendersi perché il rischio di contaminazioni ideologiche è evidente.

Ciò che bisogna capire è il significato da attribuire alla "inviolabilità del-

[72] Come già osservava G. GRASSO, *Consenso informato*, cit., 89.

[73] I. CAVICCHI, *Le disavventure del consenso informato*, cit., 103.

[74] D. PARIS, *Legge sul consenso informato e le DAT*, cit., 35.

[75] M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 464 s.

[76] Criticamente sul punto R. MADDALUNA, *Libertà di cura e scelte di fine vita*, cit., 19.

la vita umana". Cioè se la vita umana debba essere valorizzata con riferimento alla persona come "oggetto corporeo" o piuttosto come "ente sensibile"; se della persona debba essere considerata sacra e inviolabile la sua "materialità" o la sua "sensibilità", secondo il ben noto *cogito ergo sum* cartesiano.

Si tratta indubbiamente di una difficile scelta etica; il diritto non può dare una soluzione valida in ogni caso, può solo fare in modo che la persona sia posta nelle migliori condizioni possibili per decidere serenamente, e questo è lo scopo della valorizzazione dell'autodeterminazione.

L'inviolabilità della vita, assunta su basi non eticamente assolutistiche, è fattore di tolleranza e trova la sua più alta rappresentazione non in una protezione puramente "corporea", ma nella valorizzazione della persona quale "essere senziente", bisognosa in un momento di estrema difficoltà e debolezza di sostegno, ma conservando sempre intatto, come "mente", il dominio sul proprio "corpo".

SECONDA SESSIONE

IL DIRITTO DOVERE ALL'ISTRUZIONE*

di Roberta Calvano

SOMMARIO: 1 Introduzione: istruzione e cittadinanza. – 2. Evoluzione e torsione del concetto di istruzione. – 3. Le norme costituzionali sulla scuola. Quale istruzione? – 4. Diritto all'istruzione e tutela della libertà di insegnamento. – 5. Il sistema dell'istruzione messo alla prova dagli interventi legislativi. – 6. … e dall'Ue del metodo aperto di coordinamento. – 7. Diritto all'istruzione e diritto allo studio. – 8. La doverosità del diritto. L'obbligo scolastico. – 9. La doverosità al di fuori dell'obbligo scolastico, prove INVALSI e alternanza scuola lavoro. Brevi riflessioni su vaccini.

1. Introduzione: istruzione e cittadinanza

Necessariamente preliminare ad una riflessione sulla doverosità del diritto all'istruzione pare il tentativo di procedere ad una identificazione dell'oggetto su cui riflettiamo. Il sistema dell'istruzione risulta infatti aver subito una complessa evoluzione dall'epoca della scrittura degli articoli 33 e 34 della Costituzione. Tale evoluzione ha portato i contenuti stessi del diritto all'istruzione, nell'epoca più vicina a noi, a subire una torsione. Ciò non tanto in ragione del tramonto dello Stato sociale, con la progressiva contrazione di risorse destinate ai diritti cui abbiamo assistito nell'esperienza italiana. Su tale scelta, che il nostro legislatore ha compiuto in risposta ad una crisi cui altri Stati membri dell'Ue reagivano in maniera esattamente opposta, considerando l'investimento in istruzione e ricerca come naturalmente anticiclico e quindi determinante per rilanciare lo sviluppo economico oltre a quello scientifico, si è aperto un ampio dibattito[1]. La torsione tuttavia, tra-

* La presente relazione è all'origine di una ricerca più ampia svolta dall'a. oggi in corso di pubblicazione, dal titolo "Scuola e Costituzione, tra autonomie e mercato", Ediesse Editore. Ringrazio il direttivo del Gruppo di pIsa che mi ha dato occasione di avvicinarmi a questo tema.

[1] In questo contributo si è scelto di non affrontare la questione dal punto di vista della contrazione delle risorse negli anni della crisi ed a partire dall'introduzione del pareggio di bilancio, temi su cui pure il dibattito costituzionalistico si è sviluppato con contributi di grande interesse. Tale fenomeno invero investe ormai stabilmente il nostro paese e le scelte del legislatore italiano e di altri legislatori europei perché se ne possa parlare come di una contingente stagione di crisi e di conseguente contrazione dei diritti sociali. L'idea di chi scrive è dunque che tali fenomeni abbiano prodotto trasformazioni che sembrano investire ormai permanentemente la struttura del nostro sistema di welfare e probabilmente della stessa forma di stato. Naturalmente date le dimensioni della questione non è possibile esaurirne qui

valica i confini della discussione, pur importante, sulle reazioni alla crisi dell'Ue e degli Stati membri, e la conseguente contrazione dei diritti sociali. Vengono in realtà in gioco questioni più generali, inerenti al diverso rapporto che oggi instauriamo con la conoscenza e agli obiettivi che conseguentemente si imputano al sistema dell'istruzione a seguito delle trasformazioni economiche, tecnologiche, sociali e quindi politiche dell'ultimo quarantennio.

Il prevalere di una certa dottrina economica, del suo linguaggio e dei suoi argomenti su ogni altro campo dello scibile e più generalmente dell'economia sulla politica pare essere alla base di questi processi[2]. Il sistema dell'istruzione sembra così, negli ultimi decenni sempre più tormentato dall'esigenza di giustificare la propria esistenza in termini economicistici. Tale senso di inadeguatezza del mondo dell'istruzione naturalmente si aggrava laddove si consideri che esso richiede il ricorso ad ingenti risorse da parte dello Stato per sostenerne il costo. Si vede quindi un'istruzione, sovente oggetto di interventi normativi frammentati e settoriali, in cerca di una identità e quasi di una nuova legittimazione, con il riferimento pressoché esclusivo alla preparazione per il mondo del lavoro[3]; si rischia così di perdere di vista gli obiettivi istituzionali primari dell'istruzione.

Un po' come avvenuto a seguito del processo riformatore che ha investito l'Università italiana a partire dal 2010[4], anche nella scuola si avverte la necessità di fermare il mutamento di senso portato con sè da interventi riformatori a cascata, accompagnati da una burocrazia soffocante che sommerge gli insegnanti, gli alunni, le famiglie in una corsa competitiva, per fermarsi a riflettere su quali debbano essere gli obiettivi dell'istruzione. Stabilire quali

neanche parzialmente una trattazione. La lettura del diritto-dovere all'istruzione che si è preferito tentare di dare si colloca dunque nella contemporaneità, ma non dall'ottica degli effetti della riduzione dei finanziamenti e della perdita di effettività delle garanzie del diritto sociale, quanto con una attenzione alle trasformazioni in atto sul piano legislativo, amministrativo e culturale

[2] Tra i primi sul tema v. *Dibattito sull'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1999. Il quadro delle trasformazioni evocate è descritto in C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Bari, 2005, 41 ss.

[3] Riferimento significativo, che risalta tra gli numerosi obiettivi formativi primari dalla l. n. 107 del 2015 (cd. Buona scuola) è nell'art. 1, c. 7, lett. D, "potenziamento delle conoscenze in materia giuridica ed economico-finanziaria e di educazione all'autoimprenditorialità" degli scolari.

[4] L'istruzione universitaria oggi disciplinata dalla l. n. 240 del 2010 e da numerosi decreti attuativi non sarà qui oggetto di esame. Sul tema rinvio per brevità al mio *La legge e l'Università pubblica. I principi costituzionali e il riassetto dell'Università italiana*, Napoli 2012; *I soggetti della riforma universitaria e la Costituzione,* in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. PICOZZA e A. POLICE, Torino 2013, 61 ss.; nonché soprattutto *L'organizzazione del sistema universitario*, nel volume su *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., 441 ss.; da ultimo sono tornata sul tema in, *I professori universitari tra riforma strisciante dello stato giuridico e processi di valutazione. "Sorvegliare e punire"?* in *Rivista AIC*, 1/2018, 1 ss.

siano contenuti del diritto-dovere all'istruzione, e conseguentemente quali siano i fini primari (per non dire addirittura i fini leciti) da perseguire nel processo di istruzione primaria e secondaria, non pare tuttavia più così agevole.

Il quesito che si sta ponendo richiederebbe troppo spazio, ma in sintesi si può dire che esso attenga al nesso tra istruzione e cittadinanza. Che l'istruzione sia in crisi emerge dal semplice dato per cui molti nostri concittadini hanno difficoltà a leggere il reale. Il dato è ampiamente evidente a chiunque viva immerso nella realtà contemporanea, senza la necessità di richiamare le statistiche dell'OCSE sull'analfabetismo funzionale che vedono l'Italia, insieme alla Spagna in coda alle classifiche che riguardano le capacità di lettura e comprensione di un testo o altre basilari attività[5]. Ciò spinge a riflettere su cosa sia successo alla scuola italiana negli ultimi decenni, oltre a contribuire a definire la rilevanza del tema dell'istruzione nelle democrazie contemporanee.

Invero, il problema dell'istruzione va letto alla luce del preoccupante momento attraversato dalle istituzioni politiche. Ci si riferisce non solo all'Italia del populismo sovranista, ma anche a quella che da metà degli anni '90 ha conosciuto il linguaggio di un primo populismo, campione di un cortocircuito sempre più importante tra mezzi di informazione e politica, anche grazie all'indebolimento dei corpi intermedi e della loro funzione pedagogica. Entrambe le fasi hanno indubbiamente influito sulla nostra capacità collettiva di lettura critica del reale[6].

Più ampiamente, la questione dell'istruzione è emersa come cruciale in Europa e nel panorama globale, via via che l'impatto crescente della comunicazione digitale si accompagnava, a seguito dei processi di trasformazione economica, ad un impoverimento esponenziale delle masse, parallelamente investite dall'impatto dei nuovi media che scaricano su ognuno di noi ondate di informazioni non richieste e sempre più ardue da filtrare e comprendere[7].

[5] In Italia i rapporti su *Le competenze per vivere e lavorare oggi* sono pubblicate su Isfol.it.

[6] L'Italia era un case study per gli studiosi del populismo già dai primi anni '90, come emerge dal fascicolo monografico *Il populismo. Soggetti, culture, istituzioni,* in *Democrazia e diritto*, 3-4/2010. Da ultimo sul tema v. M. MANETTI, *Costituzione, partecipazione democratica, populismo*, in *Democrazia, oggi*, Annuario AIC 2017, Napoli 2018, 3 ss. Sul rilievo, per la questione, della crisi dei partiti v. il bel saggio di C. DE FIORES, *Dai partiti democratici di massa ai partiti post-democratici del leader. Profili costituzionali di una metamorfosi*, in *Costituzionalismo*, 1/2018, 211 ss.; sulla stessa rivista, v. anche il mio *Dalla crisi dei partiti alla loro riforma, senza fermarsi…..*voyage au bout de la nuit*?*., 3/2015, 169ss.

[7] Solo in Italia l'approfondimento del divario sociale ha portato ad avere 18 milioni di cittadini, il 30% sul totale (nel 2015 il 28,7%), a rischio povertà o esclusione sociale. I dati sono del rapporto ISTAT del 2016, in Istat.it.

Si deve dunque tornare al ruolo cruciale del sistema dell'istruzione in relazione all'esogenza di garantire la stabilità e financo la sopravvivenza delle istituzioni politiche e dello Stato costituzionale, e con esso dei diritti fondamentali poiché il dato dell'incidenza dell'istruzione sull'esercizio di una cittadinanza consapevole pare di urgente sottolineatura. Una ricostruzione della cittadinanza, ma anche una costruzione del senso, di sé dell'individuo e della convivenza civile (Moro alla Costituente parlava di "educazione come sviluppo progressivo della personalità mediante una adeguata cognizione del proprio io e del mondo"[8]), non possono che partire dall'istruzione, che si qualifica quindi come compito dello Stato di rilievo sommamente politico. Da questo punto di vista, il concetto stesso di istruzione dovrebbe essere rimeditato alla luce delle complesse trasformazioni avvenute nella società della postdemocrazia[9]. La riflessione dovrebbe infatti tenere conto di nuovi problemi, come quello della "povertà educativa", ovvero del contesto carente di servizi per l'infanzia, nonché di biblioteche, palestre e simili presidi in aree sempre più vaste del territorio nazionale. Sarebbe urgente sviluppare poi una più ampia consapevolezza circa la necessità crescente di un'istruzione informatica, che contrasti le disuguaglianze digitali che inevitabilmente subiscono i soggetti che non riescono ad esercitare diritti connessi a servizi erogati in rete[10].

Significativamente il saggio di Vezio Crisafulli *La Scuola nella Costituzione* si apriva con la riflessione per cui la presenza nella Costituzione delle norme sulla scuola pare coerente col tipo di ordinamento instaurato, "che si pone con chiarezza il problema della società civile, nella sua interna struttura e nei suoi rapporti con la società politica, e al tempo stesso il problema della necessaria unità dei due termini…"[11]. Ad oggi, come sappiamo, più che di unità si può prendere atto della progressiva distanza tra le due realtà, se non di una totale divaricazione e rifiuto, mentre lo Stato di cultura nella Costituzione italiana[12] pare lontano secoli rispetto alla drammatica situazione odierna.

[8]Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, I sottocommissione. Relazione del deputato Aldo Moro su I principi dei rapporti sociali (culturali).

[9] L'evocativo titolo del libro di C. CROUCH, *Postdemocrazia*, cit.

[10] Sottolinea come l'alfabetizzazione digitale dei giovani abbia ricadute poi anche sull'accesso delle famiglie ai servizi offerti in rete A. IANNUZZI, *Diritto all'istruzione e cultura digitale*, in *Informatica e diritto*, 2009, 150; Sul tema v. M. ROSPI, *Il diritto di accesso ad Internet come strumento di mobilità sociale e il ruolo del Governo,* in *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, a cura di L. AZZENA e E. MALFATTI, Pisa 2017, 285.

[11] V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1956, 55. Altrettanto centrale la questione in E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana,* Napoli 1961, 40, per cui "si deve ricercare in via preliminare nella forma di Stato il modo concreto d'essere del rapporto Stato-cultura".

[12] E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, cit.

Allargando per un attimo lo sguardo dal campo della riflessione costituzionalistica, il problema del rapporto tra istruzione e democrazia si può inquadrare in una prospettiva più ampia, quindi, non limitandosi lo stesso al pur rilevantissimo problema di diritti sociali, ed oggi, dell'equilibrio di bilancio quale alibi per i diritti calpestati[13]. Tale tema è stato precocemente avvertito anche nelle fila del pensiero liberale USA, come problema delle democrazie nel libro di John Dewey del 1916. *Democracy and Education* è noto per aver segnato il ribaltamento della prospettiva educativa, portando dalla centralità del programma didattico a quella del soggetto discente. L'istruzione, da allora nella scuola USA, non è vista come trasferimento di nozioni preconfezionate, ma condivisione di idee tramite pratiche pedagogiche aperte, connotate da interscambio e dal rispetto dello sviluppo dell'individuo, mantenendo un rapporto tra scuola e vita e tra insegnamento teorico e quotidianità, coniugando intelligenza pratica ed astratta. Un simile concetto di "educazione" (nel senso anglosassone) a cui mi piace fare riferimento per la sua maggiore ricchezza[14], sebbene esso sia inesatto rispetto al linguaggio utilizzato nella Costituzione e nella giurisprudenza costituzionale italiana,[15] si evidenzia necessario per la costruzione da parte dell'individuo dell'idea di democrazia: una democrazia che quindi è vissuta come sentimento condiviso di appartenenza alla comunità, in cui la centralità della persona non è scissa dal legame di solidarietà sociale, che tornerà al centro del

[13] Come ben segnalato di recente da E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione*, Milano 2014, 378 ss., in particolare 388, quella del legislatore di investire altrove le risorse, pur se ridotte, a sua disposizione è spesso fatta apparire come scelta obbligata, ma è pur sempre una scelta.

[14] Sul punto una significativa consonanza emerge con il pensiero di A. Gramsci, *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, Roma 1996, 71 s., per il quale "Non è completamente esatto che l'istruzione non sia anche educazione: l'aver insistito troppo in questa distinzione è stato grave errore della pedagogia idealistica e se ne vedono già gli effetti nella scuola riorganizzata da questa pedagogia. Perché l'istruzione non fosse anche educazione bisognerebbe che il discente fosse una mera passività, un «meccanico recipiente» di nozioni astratte, ciò che è assurdo e del resto viene «astrattamente» negato dai sostenitori della pura educatività appunto contro la mera istruzione meccanicistica. Il «certo» diventa «vero» nella coscienza del fanciullo. Ma la coscienza del fanciullo non è alcunché di «individuale» (e tanto meno di individuato), è il riflesso della frazione di società civile cui il fanciullo partecipa, dei rapporti sociali quali si annodano nella famiglia, nel vicinato, nel villaggio, ecc. La coscienza individuale della stragrande maggioranza dei fanciulli riflette rapporti civili e culturali diversi e antagonistici con quelli che sono rappresentati dai programmi scolastici (…)".

[15] Mentre la Corte costituzionale, già dalla sent. n. 7 del 1967 distingue, sulla scorta delle espressioni utilizzate nella Costituzione e nell'art. 147 del Codice civile "tra i concetti di insegnamento, di istruzione e di educazione, comprendendo nel primo l'attività del docente diretta ad impartire cognizioni ai discenti nei vari rami del sapere, nel secondo l'effetto intellettivo di tale attività e nel terzo l'effetto finale complessivo e formativo della persona in tutti i suoi aspetti."

discorso nella parte conclusiva di queste riflessioni dedicata ai profili di doverosità del diritto all'istruzione. In Dewey si afferma "una concezione etica della società" nella quale la formazione della personalità dell'individuo così situato non è quindi lasciata in secondo piano nel progetto pedagogico[16]. Se dunque "l'istruzione consiste in un'attività di trasmissione del sapere che non può non essere contrassegnata dall'oggettività e che riguarda ad esempio, le scienze naturali, la matematica e la geografia, al contrario, l'educazione rinvia alla trasmissione di valori e di comportamenti, che rientrano nell'ambito di scelte soggettive"[17].

Privo di questo tipo di esperienza, l'individuo che nasca in un contesto familiare dove spesso non si sperimenta il dialogo, la costruzione dell'identità, del sé in rapporto con l'altro, frequentemente si trova oggi in un ambiente scolastico in cui è spinto surrettiziamente ad una competizione continua. Viene formato quasi esclusivamente in vista di una presunta attività lavorativa futura e sottoposto a prove e, sempre più frequentemente a test il cui superamento costituisce oggetto dell'attività formativa[18].

[16] "Pertanto, l'etica della democrazia consiste nel dare modo a tutti e ognuno di sviluppare pienamente la propria personalità ", così M. BALDACCI, *Democrazia ed educazione una prospettiva per i nostri tempi*, cit., 24.

[17] Così M. MIAILLE, *L'istruzione in Francia*, in *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, cit., 8-9

[18] Il problema del "teaching to the test" sarà ripreso al § 9 per quanto concerne il dibattito sull' INVALSI. Da ultimo, gli artt. 4 e 7 del dlgs n. 62 del 2017, attuativo della l. n. 107 del 2015 (cd. Buona scuola), disciplinano le prove INVALSI nella scuola primaria. Il tema si è già posto da tempo nel dibattito internazionale tra i pedagogisti. È del 2014 la lettera al direttore del *Programme for International Student Assessment* OCSE (PISA) da cento autorevoli accademici di tutto il mondo. La lettera "*OECD and Pisa tests are damaging education worldwide – academics*" pubblicata su *The Guardian* merita di essere riportata: 1) While standardised testing has been used in many nations for decades (despite serious reservations about its validity and reliability), Pisa has contributed to an escalation in such testing and a dramatically increased reliance on quantitative measures. (…). 2) In education policy, Pisa, with its three-year assessment cycle, has caused a shift of attention to short-term fixes designed to help a country quickly climb the rankings, despite research showing that enduring changes in education practice take decades, not a few years, to come to fruition. For example, we know that the status of teachers and the prestige of teaching as a profession have a strong influence on the quality of instruction, but that status varies strongly across cultures and is not easily influenced by short-term policy. 3*) By emphasising a narrow range of measurable aspects of education, Pisa takes attention away from the less measurable or immeasurable educational objectives like physical, moral, civic and artistic development, thereby dangerously narrowing our collective imagination regarding what education is and ought to be about*. 4) As an organisation of economic development, OECD is naturally biased in favour of the economic role of public [state] schools. *But preparing young men and women for gainful employment is not the only, and not even the main goal of public education, which has to prepare students for participation in democratic self-government, moral action and a life of personal development, growth and wellbeing.* 5) Unlike United Nations (UN) organizations such as UNESCO or

Lo sviluppo della curiosità, di un approccio critico al sapere e alla conoscenza, l'educazione al confronto con l'altro anche tramite il gioco e l'accettazione delle differenze regrediscono sullo sfondo, in un panorama nel quale la scuola finisce col diventare meramente sede per una anticipata ed inadeguata formazione professionale.

Alla luce di alcuni elementi che si sono così anticipati, e che troveranno ulteriore svolgimento nelle pagine che seguono dedicate alla torsione subita dal concetto di istruzione (§ 2), in relazione al disegno costituzionale (§ 3), si è ritenuto quindi di svolgere un'analisi del contesto ordinamentale, con una panoramica legislativa sul sistema scolastico (oltre che sulla libertà di insegnamento § 4-5), e sull'influenza su di esso degli orientamenti dell'Ue in materia, in larga parte tributari di indicazioni provenienti dall'OCSE (§ 6). Solo alla luce di tale quadro, infatti, sembra possibile svolgere una riflessione critica circa l'effettività del diritto all'istruzione (par. 7). Ciò in vista di alcune considerazioni conclusive sull'influenza di tali processi sul diritto all'istruzione, la cui torsione influenza lo specifico dovere costituzionale, riconnettendolo col concetto di cittadinanza da cui si è partiti (parr. 8-9).

2. Evoluzione e torsione del concetto di istruzione

Sono ormai diversi anni che, nei sistemi scolastici occidentali, si è riscontrata una diffusa tendenza ad esercitare una pressione omologante sugli studenti[19]. Non sembra esagerata la constatazione di una tendenza "a distruggere un'istruzione in cui si perde tempo dietro la cultura, le conoscenze e le discipline a favore di una scuola totalmente funzionalizzata alla formazione

UNICEF that have clear and legitimate mandates to improve education and the lives of children around the world, OECD has no such mandate. (…) 7) Finally, and most importantly: the new Pisa regime, with its continuous cycle of global testing, harms our children and impoverishes our classrooms, as it inevitably involves more and longer batteries of multiple-choice testing, more scripted "vendor"- made lessons, and less autonomy for teachers. In this way Pisa has further increased the already high stress level in schools, which endangers the wellbeing of students and teachers. These developments are in overt conflict with widely accepted principles of good educational and democratic practice: No reform of any consequence should be based on a single narrow measure of quality. No reform of any consequence should ignore the important role of non-educational factors, among which a nation's socio-economic inequality is paramount. In many countries, including the US, inequality has dramatically increased over the past 15 years, explaining the widening educational gap between rich and poor which education reforms, no matter how sophisticated, are unlikely to redress". Seguivano una serie di proposte per reindirizzare in modo più trasparente e fruttuoso le attività di valutazione, che non risultano essere state accolte.

[19] M. NUSSBAUM, *Non per profitto*, Bologna 2011, 21 ss.

di forza lavoro, ovvero alla costruzione delle cosiddette competenze"[20]. Una nozione di istruzione questa ben lontana da quella "che esclude ogni pretesa a 'formare' secondo un certo orientamento ideologico i soggetti cui essa viene impartita, tale da non influire né sulla libertà del singolo nel suo primo orientamento culturale, né a compromettere (…) quel connotato di libertà che caratterizza l'insegnamento"[21].

Come si vedrà nelle pagine seguenti, gli interventi normativi degli ultimi decenni hanno finito con il depauperare (non solo in termini economici) il rapporto Stato-cultura, informando diffusamente il sistema dell'istruzione ai principi del mercato e quindi connotando il contenuto del diritto in ragione della ritenuta centralità della formazione professionale[22]. Da questo punto di vista pare essere stato disatteso il disegno costituzionale che, introducendo espressamente nella distinta sede dell'art. 35, comma 2, rispetto al diritto all'istruzione di cui all'art. 34 (contenuto nel Titolo II dedicato ai Rapporti etico-sociali), pone col primo il compito per lo Stato della formazione e della "elevazione professionale dei lavoratori", diverso da quello dell'istruzione, e lo colloca infatti nel Titolo III dedicato ai rapporto economici.

L'istruzione insomma, a seguito dell'evoluzione in atto nel sistema scolastico, non pare più primariamente funzionale allo sviluppo della persona e alla sua emancipazione nell'ottica dell'art. 3 comma 2. Si potrebbe quasi azzardare che tramite tali trasformazioni il diritto all'istruzione non si caratterizzi più come un tipico diritto sociale, che coniuga in sé contenuti propri di una libertà, aspetto sovente ritenuto recessivo[23]. Per rinnovare la riflessione su questo diritto, e ad ulteriore sostegno della sua garanzia di irrinunciabile diritto sociale, va ricordato come la Costituzione disegni anche una libertà

[20] G. ISRAEL, *Cicli della vita e cicli della scuola*, in CORNOLDI e ISRAEL, *Abolire la scuola media?* Bologna 2015, 105. Sulla questione della didattica per competenze nel dibattito tra pedagogisti v. almeno la sintesi di G. MARCONATO, *La competenza. Uno stadio avanzato del flusso dell'apprendimento*, e L. MIRONE, *Tre spunti di riflessione a partire da l'appello/Il dibattito 2*, e entrambi in *La letteratura e noi*, rispettivamente 31 dicembre 2018 e 9 gennaio 2018.

[21] Così G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, 444. Proprio perché la scuola è aperta a tutti, "non può non ripercuotersi in essa la posizione di neutralità culturale che caratterizza lo stato, che appunto perché Stato di cultura implica il netto rifiuto di ogni cultura di Stato".

[22] Segnala correttamente come non vi sia alcun riferimento alla stessa nell'art. 34, M. BENVENUTI, cit., 179. Cfr. una lettura invece favorevole a queste trasformazioni in E. FAGNANI, *Tutela dei diritti fondamentali e crisi economica: il caso dell'istruzione*, cit., 173-174.

[23] Su cui si tornerà più diffusamente *infra*, par. 7. V. tuttavia, per una connotazione del diritto all'istruzione esclusivamente come diritto sociale A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, Padova 2003, 143; tra gli altri v. A. IANNUZZI, *Diritto all'istruzione e cultura digitale*, in *Informatica e diritto*, 2009, 134. V. Sul punto M. MAZZIOTTI DI CELSO, voce *Studio (diritto allo)*, in *Enc. giur.*, vol. XXXV, Roma 1993, 1 e 4.

nella scuola, oltre che della scuola, rendendo il soggetto discente titolare sì della pretesa alla predisposizione di risorse atte alla piena effettività del diritto, ma nell'ambito di un contesto in cui possa esercitare una libertà di scelta e seguire le proprie inclinazioni[24].

Ed invece, si può piuttosto osservare come il diritto all'istruzione si avvii a connotarsi sempre più come mezzo per preparare esclusivamente all'accesso nel mercato nel ruolo di consumatore/forza lavoro. Per i pedagogisti, le tecniche elaborate nell'epoca del neoliberismo, insomma, costituirebbero "un potente dispositivo formativo diretto a forgiare un nuovo tipo di uomo, che ha interiorizzato lo spirito concorrenziale, ed è quindi adatto alla vita competitiva del moderno regime sociale-economico. Il regime neoliberista incorpora perciò un preciso progetto pedagogico"[25]. Le scuole rischiano di ridursi ad aziende "in concorrenza tra loro entro una sorta di mercato della formazione"; il sistema dell'istruzione in questo quadro pare destinato ad essere la "fabbrica di capitale umano necessario per la produttività del sistema socioeconomico, e come un'agenzia di socializzazione allo spirito competitivo. In altre parole, il suo compito è quello di formare produttori competenti e competitivi trascurando la formazione dei giovani come futuri cittadini"[26].

L'idea di istruzione-educazione cui si faceva riferimento, che sembra saldarsi benissimo con l'idea alla base della Costituzione, orientata al perseguimento degli obiettivi posti nelle due fondamentali stelle polari rappresentate dagli artt. 2 e 3 comma 2 Cost., è invece caratterizzata diversamente, come attività basilare per la costruzione della cittadinanza e quindi della comunità politica, oggetto non secondario del diritto-dovere fondamentale ed irrinunciabile della persona di cui all'art. 33.

Ulteriore problema, su cui si tornerà incidentalmente nel seguito del discorso, è che questa idea di educazione presuppone un ruolo decisivo per la qualità (della formazione) e lo *status* del docente. Ricordando anche l'idea rousseauviana del contratto sociale, secondo cui le istituzioni democratiche presuppongono un popolo, va rimarcato come questo popolo per non essere solo una massa informe, un "animale pazzo pieno di mille errori" di cui par-

[24] Libertà di scelta che può essere esercitata in merito a diversi aspetti, il tipo di scuola – paritaria o statale, ma anche al tipo di liceo o di istituto tecnico; la scelta se avvalersi dell'istruzione religiosa; la possibilità di esercitare forme di partecipazione studentesca ad assemblee e dibattiti, etc. M. MAZZIOTTI, cit., 1, ricorda la "libertà di studiare, cioè libertà del singolo di consacrare la propria attività all'acquisizione di conoscenze e di attitudini, secondo la propria scelta".

[25] M. BALDACCI, *Democrazia ed educazione una prospettiva per i nostri tempi*, in *John Dewey e la pedagogia democratica del '900*, a cura di M. FIORUCCI e G. LOPEZ, Roma Tre press, 2017, 35.

[26] Ancora M. BALDACCI, cit.

la Guicciardini[27], deve arrivare a pensare ed agire in funzione dell'interesse generale, deve essere "istituito" come popolo. Si deve quindi segnalare che tale processo si riteneva potesse avvenire solo tramite "*les instituteurs*". Un dato che sottolinea ancora una volta la centrale rilevanza della formazione e delle garanzie di un adeguato status degli insegnanti a tali fini[28].

Sarebbe ridondante aggiungere altro sulle plurime implicazioni reciproche tra educazione-istruzione e democrazia, poiché mentre l'educazione-istruzione assicura la massima espansione del potenziale umano degli individui, resi così capaci di contribuire e partecipare pienamente alla vita democratica (si pensi solo ad un esercizio consapevole dei diritti disciplinati agli articoli 39, 40, 48 e 49 Cost.), "la democrazia garantisce la liberazione delle facoltà dell'individuo e quindi la piena educazione di tutti". Da questo punto di vista, Dewey mostra inattesi punti di convergenza con la visione gramsciana[29], sottolineando il rischio che la divisione in classi si possa tradurre nel sistema dell'istruzione in una divisione di campo, tra le scuole che offrano una formazione per le classi dirigenti e quelle destinate ai ceti subordinati, divisione che sarebbe fatale per la democrazia. Un rischio che nel caso italiano già conosce un significativo accentuarsi negli ultimi anni. Anche per questa ragione, è la scuola stessa al suo interno a dover essere democratica, così come le Università[30].

Il primo senso dell'obbligo dell'istruzione e dell'educazione non concerne allora l'accesso e il godimento di un servizio sociale, che è cosa pur rilevantissima, ma "l'attuazione della propria personalità nelle sue esigenze spirituali e morali." Quindi il "diritto a ricevere adeguate prestazioni educative", come "diritto a ricevere un determinato contenuto di essere, il quale sia tutto coe-

[27] La citazione completa dal libro dei *Ricordi* di F. GUICCIARDINI è "Chi disse uno popolo disse veramente uno animale pazzo, pieno di mille errori, di mille confusione, senza gusto, senza diletto, senza stabilità".

[28] M. MIAILLE, cit., 9.

[29] A. GRAMSCI, *Gli intellettuali e l'organizzazione della cultura*, Roma 1996, 68. "In questo periodo infatti lo studio o la parte maggiore dello studio deve essere (o apparire ai discenti) disinteressato, non avere cioè scopi pratici immediati o troppo immediati, deve essere formativo, anche se «istruttivo», cioè ricco di nozioni concrete. Nella scuola attuale, per la crisi profonda della tradizione culturale e della concezione della vita e dell'uomo, si verifica un processo di progressiva degenerazione: le scuole di tipo professionale, cioè preoccupate di soddisfare interessi pratici immediati, prendono il sopravvento sulla scuola formativa, immediatamente disinteressata. L'aspetto più paradossale è che questo nuovo tipo di scuola appare e viene predicata come democratica, mentre invece essa non solo è destinata a perpetuare le differenze sociali, ma a cristallizzarle in forme cinesi", 74.

[30] Così ancora Baldacci, cit. che ricorda come "da questo punto di vista, per Dewey è più in generale il liberalismo a doversi curvare secondo le esigenze della democrazia, per essere capace di promuovere la crescita umana di tutti".

rente a quella promessa di libertà, di dignità e di autonomia della persona dalla quale esso scaturisce"[31].

3. Le norme costituzionali sulla scuola. Quale istruzione?

Non sarebbe possibile pensare il diritto all'istruzione nel nostro ordinamento senza un sistema dell'istruzione al cui soddisfacimento esso sia preposto, i cui caratteri influenzano inevitabilmente l'effettività del diritto e il modo di intenderne i contenuti. La storia della scuola in Italia non può essere naturalmente qui ripercorsa[32]. Sarà sufficiente allora partire da una questione cruciale per l'odierno configurarsi del concetto di istruzione nell'ordinamento. L'art. 33, c. 2,[33] e l'art. 34 u.c. attribuiscono alla Repubblica compiti fondamentali: dettare "le norme generali sull'istruzione", istituire "scuole statali per tutti gli ordini e gradi", e rendere "effettivo questo diritto con borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso". L'interpretazione del senso del termine Repubblica in queste disposizioni pare essere stata, più che in altri casi, dirimente per influenzare le *chances* di tutela del diritto, così come le caratteristiche dell'apparato predisposto alla realizzazione dell'interesse pubblico sotteso. Le norme costituzionali sulla scuola hanno trovato poi svolgimento in quelle sopraggiunte con la legge costituzionale n. 3 del 2001, di riforma del titolo V della II parte della Costituzione, che hanno distribuito parti dei compiti fino ad allora statali in materia di istruzione ad altri livelli ordinamentali, ed in particolare al livello regionale, degli enti locali e delle scuole stesse.

[31] A. MORO, *Relazione* cit., 1.

[32] Lo ha fatto molto bene, tra gli altri, A. SANDULLI, *Il Sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, in particolare 22, ove racconta: "dalla scuola di stato, di tipo burocratico ministeriale – che rinveniva il suo punto di forza nei provveditorati e, quindi, nell'amministrazione periferica dello Stato, ed in cui gli insegnanti erano funzionari statali, inquadrati in un rapporto di servizio di tipo gerarchico, e le scuole costituivano meri terminali di erogazione della prestazione di istruzione – si è passati, ad un modello assai più complesso ed articolato, fondato sul decentramento e sulla sussidiarietà, che rinviene direttamente nelle istituzioni scolastiche, e nella loro autonomia, l'epicentro del rinnovato ordinamento. Con il passaggio ad un siffatto modello orizzontale, costituito dall'insieme delle comunità scolastiche, le scuole sono chiamate a dimostrare di saper camminare senza stampelle, cioè come corpi autonomi, senza appoggiarsi come era avvenuto in passato, ad un ente territoriale".

[33] Sul senso del primo comma e in esso in particolare del termine "scienza" si vedano le belle pagine di A. ORSI BATTAGLINI, *Libertà scientifica, libertà accademica e valori costituzionali*, in *Nuove dimensioni dei diritti di libertà, Scritti in onore di P. Barile*, Padova 1990, 91 ss.; per una storia di tale libertà v. anche U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 732 ss.

A partire dai decreti legislativi delegati dei primi anni '70[34], ma con una serie di interventi normativi che sono andati intensificandosi dalla fine degli anni '90, la scuola ha iniziato a subire una serie di continue e graduali trasformazioni. Tale processo si è svolto secondo tre principali direttrici di mutamento: da un chiaro assetto organizzato intorno al "governo centrale della scuola" ad una "pluralizzazione dei centri di elaborazione delle politiche scolastiche"; da una "istituzione scolastica quale organo dello Stato" si è poi passati alla "attribuzione della personalità giuridica e dell'autonomia alla medesima"; infine un aspetto, su cui non ci si potrà soffermare in questa sede, nonostante la sua rilevanza centrale nel dibattito costituente sulla scuola, è quello che attiene al passaggio dalla "giustapposizione alla integrazione tra scuola pubblica e paritaria privata"[35].

Il processo ha insomma fondamentalmente seguito, nel bene e nel male, la direzione del decentramento e poi quella del regionalismo che è stata propria dell'assetto delle funzioni amministrative nella storia repubblicana[36]. A causa della crucialità delle questioni legate alla funzione dell'istruzione in relazione alla cittadinanza, una lettura aveva visto nel termine Repubblica di cui all'art. 33, comma 2, un riferimento non allo Stato (nel senso di Stato ordinamento o di Stato persona), quanto invece come "espressione che pone l'accento sul carattere rappresentativo della collettività generale che devono rivestire gli organi chiamati a porre le norme generali in materia di istruzione"[37], sottraendo dunque la normazione sulla materia all'esecutivo ed affidandola alla discussione delle assemblee parlamentari e di quelle consiliari regionali. Sebbene la richiamata lettura non ha avuto fortuna, se ne segnala il

[34] Quello allora tentato, in una stagione che non a caso vide una fioritura riformatrice mai più riprodottasi, rimane l'unico processo organico di riforma del sistema dell'istruzione di cui si abbia traccia. Alla l. delega 30 luglio 1973, n. 477, tuttora vigente (Delega al Governo per l'emanazione di norme sullo stato giuridico del personale direttivo, ispettivo, docente e non docente della scuola materna, elementare, secondaria e artistica dello Stato), seguirono il DPR 31 maggio 1974, n. 416: "Istituzione e riordinamento di organi collegiali della scuola materna, elementare, secondaria e artistica"; il DPR 31 maggio 1974, n. 417, recante "Norme sullo stato giuridico del personale docente, direttivo ed ispettivo della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica dello Stato"; il DPR 31 maggio 1974, n. 418: "Corresponsione di un compenso per lavoro straordinario al personale ispettivo e direttivo della scuola materna, elementare, secondaria ed artistica"; il DPR 31 maggio 1974, n. 419: "Sperimentazione e ricerca educativa, aggiornamento culturale e professionale ed istituzione dei relativi istituti"; il DPR 31 maggio 1974, 420: "Norme sullo stato giuridico del personale non insegnante statale delle scuole materne, elementari, secondarie ed artistiche".

[35] A. SANDULLI, *cit*., 33.

[36] Su questa evoluzione e sulle difficoltà provocate da quello che l'A. definisce come "riformismo performativo metacronico" v. S. STAIANO, *Costituzione italiana: art. 5*, Roma 2017, *passim*.

[37] M. GIGANTE, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Politica del diritto*, 1999, 468.

contributo alla riflessione, perché con essa si comporrebbe di un altro tassello il quadro pluralistico della Scuola disegnata nella Costituzione, anche in riferimento alla formidabile ed attualissima formula di cui all'art. 34, comma 1, secondo cui "la scuola è aperta a tutti", su cui si tornerà nel seguito.

Tale disposizione, infatti, oltre a segnalare l'inclusività del contesto scolastico e l'attribuzione universale del diritto all'istruzione a prescindere dalla cittadinanza, implica un diritto di scelta che entra dentro la scuola, collegandosi al potere di scelta dei genitori in relazione all'educazione della prole di cui all'art. 30. L'art. 34 si pone così in stretta relazione agli artt. 2 e 3, comma 2,[38] riguardando un sistema scolastico necessariamente plurale.

4. Diritto all'istruzione e tutela della libertà di insegnamento

Si diceva dunque che il diritto è effettivo se il sistema è funzionante ed equo e se la libertà di insegnamento, su cui si apre l'art. 33, è garantita[39]. Questo rende necessaria una breve digressione sulla libertà di insegnamento, almeno per ricordare come, già dall'epoca di Crisafulli, persino chi ritenesse (in modo apparentemente riduttivo) tale libertà una forma di manifestazione del pensiero "qualificata", riteneva comunque che il diritto garantito dall'art. 33, comma 1, comprendesse altresì una "norma di garanzia dello *status* professionale dell'insegnante", involgente "concrete guarentigie di stato giuridico e di carriera che ne assicurino e tutelino la effettiva indipendenza e quindi libertà".[40] Come noto, anche questa posizione ha trovato una scarsa fortuna, nonostante qualche tentativo della stessa Corte costituzionale di portare avanti una lettura del ruolo della funzione docente che tutelasse la pienezza di contenuto del diritto all'istruzione[41].

Come questo nodo sia centrale e quanto abbia potuto influire sulla pienezza del diritto all'istruzione non sfuggirà. I problemi della formazione degli insegnanti, del loro reclutamento, della stabilizzazione del perso-

[38] Con riferimento alla sent. n. 215 del 1987, v. M. GIGANTE, *cit*., 1999, 468.

[39] U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 723 mette in luce "i due momenti inscindibilmente connessi di un tale principio: da un lato quello dell'insegnamento come espressione eminentemente personale di libertà e, dall'altro, quello del rilievo e delle implicazioni sociali di un insegnamento libero". A ciò si aggiunga che, visto che l'istruzione è normalmente risultato dell'insegnamento, la libertà dell'una richiederebbe come condizione necessaria la libertà dell'altra.

[40] V. CRISAFULLI, *cit*., 69. Più ampia la lettura della libertà di insegnamento di U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento*, cit. che ricordava come già nell'esperienza statutaria si affacciava "il maturarsi della persuasione che solo assicurando in futuro certe garanzie di indipendenza agli insegnanti si sarebbe salvaguardata la libertà di insegnamento", 731.

[41] Sul punto della formazione necessaria del personale docente per garantire la pienezza del diritto all'istruzione del disabile si vedano ad es. le sentenze n. 52 del 2000 e 80 del 2010.

nale docente a tempo determinato sembrano essere stati riaperti, anziché risolti con gli ultimi interventi legislativi. In particolare, va ricordata la vicenda al centro del caso *Mascolo*, riguardante il diritto al risarcimento dei docenti della scuola pubblica a fronte di un annoso e generalizzato abuso dei contratti a tempo determinato da parte dello Stato, in violazione di una direttiva UE, che ha rischiato di costare all'Italia una severa sanzione all'esito di una procedura di infrazione[42]. Il problema, invece di venire sanato, sembra essere stato riaperto dalla l. n. 107 del 2015, che ha addirittura cancellato per il futuro il limite dei 36 mesi per i contratti a tempo determinato previsto dalla direttiva 1990/70/CE[43], con l'effetto di aprire nuovamente un contenzioso potenzialmente dirompente per i suoi effetti sul bilancio dello Stato, oltre che sulla Scuola, oggi nuovamente all'esame della Corte di giustizia[44]. Ma i problemi sollevati dalla cd. Buona scuola, descritta non a torto come una "codificazione anche confusa e arruffata di tante esperienze, aspirazioni e desideri", non si limitano alla mancata soluzione del pregresso abuso dei contratti a tempo determinato, riguardando più ampiamente, l'assegnazione delle sedi agli insegnanti[45], i requisiti per l'accesso all'insegnamento[46], il capitolo del trattamento economico su tale ultimo tema basti riportare quanto sostenuto nell'ultimo rapporto *Educa-*

[42] Nota e nettissima pronuncia della Corte di giustizia, sez. III, sent. del 26 novembre 2014, in cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13 e C418/13, su cui, più ampiamente, il mio *L'abuso dei contratti a tempo determinato nella scuola italiana, tra norme costituzionali e diritto dell'Unione europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2014, e, sul discutibile seguito ???? alla Corte costituzionale, Id. "*Cattivi consigli" sulla "Buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sent. della Corte di giustizia sul Caso Mascolo (nota a sent. n. 187 del 2016)*, in *Rivista Aic*, 4/2016.

[43] Tale limite era previsto dal comma 131, art. 1, della *Buona scuola*, ora abrogato dal decreto-l. 12 luglio 2018, n. 87, convertito in l. n. 96 del 2018.

[44] Questione pregiudiziale in C-494/17 sollevata dalla Corte d'appello di Trento con ordinanza del 17 luglio 2017 di cui si attende la soluzione; le conclusioni della Commissione sono per la violazione della direttiva del Consiglio 1999/70/CE da parte della l. n. 107/2015.

[45] Il Contenzioso sui trasferimenti vede numerosi provvedimenti favorevoli ai ricorrenti ben sette solo il 10 settembre 2018: Tar del Lazio, III sezione *bis*, sentt. nn. 9224/2018, 9225/2018, 9226/2018, 9227/2018, 9228/2018, 9229/2018, 9230/2018, incentrate sulle "procedure informatiche utilizzate per la gestione dei movimenti (l'algoritmo), trattasi di "deleteria prospettiva orwelliana di dismissione delle redini della funzione istruttoria e di abdicazione a quella provvedimentale". Tale orientamento è stato poi confermato dal Consiglio di Stato, VI sezione, sent. n. 2270/2019. Sul tema, M. TRAPANI, *La riforma della scuola: la tela di Penelope ed i suoi intrecci*, in *Poteri normativi del Governo ed effettività dei diritti sociali*, cit., 83 ss..

[46] Dei primi di settembre 2018 è l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, sezione VI, 3 settembre 2018, n. 5134. La questione sottoposta alla Corte costituzionale attiene all'apertura del Concorso riservato ai professori abilitati iscritti nelle graduatorie permanenti a tutti i laureati.

tion at a glance "Le retribuzioni contrattuali dei docenti nella scuola pre-primaria fino alla scuola secondaria nel settore pubblico sono diminuite costantemente tra il 2010 e il 2016, in termini reali; nel 2016 gli stipendi degli insegnanti corrispondevano al 93% del loro valore rispetto al 2005. Gli stipendi erano altresì inferiori alla media OCSE: gli stipendi iniziali variavano tra l'89% (scuola secondaria superiore di indirizzo generale) e il 94% (scuola pre-primaria) della media OCSE. La progressione stipendiale di un docente lungo la sua carriera è altresì inferiore in Italia rispetto alla media degli altri Paesi dell'area OCSE, con uno stipendio che, al massimo della progressione di carriera, raggiunge tra il 79% (scuola primaria) e l'86% (scuola pre-primaria) della media OCSE ad analogo livello di progressione. (…) L'Italia è uno dei Paesi che prevede il più alto compenso retributivo per i dirigenti scolastici rispetto agli insegnanti: le retribuzioni lorde effettive dei dirigenti scolastici sono il doppio di quelle degli insegnanti"[47].

5. Il sistema dell'istruzione messo alla prova dagli interventi legislativi

A sostegno della garanzia della libertà dell'insegnamento all'interno del dettato costituzionale si può esaminare come sia individuabile oggi, a seguito della riforma del Titolo IV, un duplice parallelismo. Da un lato infatti la Costituzione istituisce la libertà di insegnamento sia nella scuola che nell'Università, per prevedere poi che la libertà di insegnamento nelle Università si accompagni all'autonomia concessa alle stesse dall'art. 33, ad essa funzionale. All'autonomia universitaria si è poi sommata, nell'art. 117, comma 3, l'autonomia scolastica[48]. L'interrogativo che si pone a questo punto pare allora cruciale. Ci si deve chiedere insomma se nella scuola sia riscontrabile lo stesso parallelismo, ovvero se sia riuscita l'autonomia scolastica, a diciassette anni dalla sua costituzionalizzazione ed a ventuno dalla sua previsione legislativa, ad essere davvero funzionale alla garanzia dei diritti agiti in contesto scolastico. E la tormentata storia della legislazione scolastica italiana negli ultimi decenni, unita ad un esame delle condizioni materiali in cui si trovano molte scuole pubbliche in Italia, richiederebbe una lunga risposta che non potrebbe però in definitiva che essere negativa[49].

[47] Il testo è tratto dalla scheda paese dedicata all'Italia dal rapporto OCSE pubblicato l'11 settembre 2018 "*Education at a glance 2018*". (OECD indicators), 7-8.

[48] "Sono materie di legislazione concorrente quelle relative a: (…) istruzione, salva l'autonomia delle istituzioni scolastiche e con esclusione della istruzione e della formazione professionale".

[49] L. SALTARI, *La formazione e il reclutamento degli insegnanti in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico,* 2014, 445ss.; nonché, in materia di stato giuridico degli insegnanti

L'ambito dell'autonomia universitaria vede naturalmente lo svolgimento di attività collegate, ma non del tutto assimilabili a quelle svolte nella scuola. Nelle Università le esigenze della ricerca, della produzione di un sapere critico, la maggior libertà attribuita allo svolgimento della didattica, non essendo la stessa rivolta a minori, richiedono e consentono l'autonomia più ampia e la più solida garanzia della libertà di insegnamento, che viene tuttavia oggi sempre più a contrarsi a fronte dei minuziosi interventi ministeriali.

Nel sistema dell'istruzione primaria e secondaria e della formazione professionale l'attribuzione dell'autonomia agli istituti scolastici fa data dalla legge n. 59 del 1997 che, come già si ricordava, all'art. 21 ha anticipato la costituzionalizzazione del principio, introdotta poi nel 2001[50]. Non è questa la sede per sottoporre a verifica tale assunto, ricapitolando venti anni di attuazione del principio autonomistico nella legislazione ordinaria e nell'applicazione amministrativa, ma forse, anche alla luce del passaggio di due decenni, si può azzardare un primo bilancio e chiedersi come abbia funzionato il sistema nazionale dell'istruzione esaltato ai primordi del secolo come sistema a rete, multilivello, plurale e quindi ottimale per dare attuazione al principio di sussidiarietà.

Da molti elementi si ricava l'impressione di un sistema farraginoso, nel quale i frequenti interventi legislativi e regolamentari, noti prevalentemente per il nome dei ministri promotori[51], sono difficilmente riassumibili, se non per il dato comune a tutti, e cioè l'aver prodotto, in maniera episodica, interventi circoscritti, creando spesso fratture rispetto alla normazione precedente. Ma il dato probabilmente più critico è stato quello di non aver mai lasciato emergere un chiaro progetto di lungo periodo che avesse alla base un'intellegibile idea di scuola.

L'evoluzione legislativa si può al più rispecchiare nell'immagine di un'altalena continua tra decentramento e ri-accentramento, non sembrando le diverse riforme aver prodotto i risultati sperati. E del resto, una prima significativa obiezione al modello che, unico dato stabile negli ultimi due de-

negli anni 2000, V. DE MICHELE, *La sent. Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno,* in *Europeanrights.eu*.

[50] Sul punto v. M. GIGANTE, *cit*., 442 che da un lato ritiene si sia prodotta con la l. Bassanini solo una deconcentrazione, più che un decentramento amministrativo, producendo una "rottura dell'uniformità del servizio che mette in discussione il principio di uguaglianza di trattamento e legittima l'erogazione di prestazioni differenziate", 450.

[51] Tra i principali ricorderei le leggi Berlinguer: l. n. 9 del 1999, recante Disposizioni urgenti per l'elevamento dell'obbligo di istruzione e la n. 30 del 2000, l. quadro in materia di riordino dei cicli di istruzione, poi entrambe abrogate dalla l. cd. Moratti (n. 53 del 2003) tuttora largamente vigente; le riforme Gelmini (l. n. 133 e 169 del 2008 – di conversione del dl n. 137 del 2008 che ripristinava, tra le altre novità, l'insegnante unico nella scuola primaria e prevedeva la laurea in scienze della formazione come requisito per l'accesso all'insegnamento nella scuola primaria); la l. n. 107 del 2015 sulla cd. Buona scuola.

cenni, si è portato avanti, era sin troppo facilmente sollevata. Un'autonomia senza dotazione finanziaria adeguata non è autonomia, ma semmai rischia di portare all'affossamento delle istituzioni cui si attribuiscono nuovi compiti senza dotarle degli strumenti per svolgerli[52].

Peraltro, nonostante il decentramento attuato, secondo l'ultimo rapporto OCSE in Italia oltre la metà delle decisioni relative al sistema scolastico sono prese a livello centrale, quindi in sede ministeriale (il 52%), mentre il valore medio nei sistemi di istruzione esaminati nei trentasei Paesi membri risulta essere meno della metà (il 24%).

Un passaggio cruciale nell'evoluzione legislativa in materia è stato forse quello con cui si è definitivamente abbandonata la concezione dei compiti dello Stato in materia di istruzione quali esercizio di funzione pubblica, passando, al fine di porre al centro la garanzia dei diritti sociali costituzionalmente sanciti, a quella oggi prevalente di istruzione come servizio pubblico[53]. L'evoluzione del sistema amministrativo, da questo punto di vista è stata spesso salutata con favore in quanto ritenuta foriera di una trasformazione contraria ad una sorta di ruolo paternalistico ed invadente dello Stato in materia di diritti. Tuttavia, escludere la prevalente considerazione dell'istruzione come pubblica funzione ha forse fatto perdere di vista come essa costituisca fine fondamentale dell'azione dello Stato anche alla luce dell'art. 9 Cost., oltre che dei già più volte richiamati artt. 2, 3 comma 2 che orientano l'interpretazione dei seguenti articoli 33 e 34 e poi 117 Cost. E del resto, se l'istruzione non fosse fine fondamentale dello Stato difficilmente si giustificherebbe l'imposizione dell'obbligo di istruzione a tutti gli individui che risiedono sul territorio[54]. Nel dibattito che ha accompagnato il passaggio da una concezione prevalentemente incentrata sulla funzione pubblica alla prevalenza della ricostruzione dell'istruzione come servizio sociale sembra essersi in qualche misura persa insomma la cognizione della rilevanza costituzionale della funzione dell'istruzione, così come la percezione del suo essere strategica anche in termini politici oltre che di sviluppo economico.

Un ulteriore rilevante passo è stato compiuto con le trasformazioni de-

[52] Non solo i tagli lineari operati dal 2008 in poi, ma il mancato completamento del federalismo fiscale sembrano aver eccitato gli egoismi delle regioni più ricche che premono ora per trattenere le risorse derivanti dal gettito fiscale sul territorio regionale.

[53] Ricostruito da A. SANDULLI, in *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna 2003 e la voce *Istruzione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. IV, Milano 2006, dove si segnala come "l'istruzione riassuma in sé funzione e servizio ovvero che essa sia essenzialmente pubblico servizio accompagnato da taluni momenti di autorità", 3310.

[54] V. S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano,* Napoli 2014.

terminate dalla privatizzazione del pubblico impiego. Successivamente, una volta che i docenti avevano perso lo *status* di pubblici funzionari, anche la scuola ha forse iniziato a perdere identità. Dopo che si era affermato un concetto di "scuola comunità" negli anni '70, legato all'idea di formazione sociale e all'esercizio della libertà "nella scuola" oltre che "della scuola", tale evoluzione del concetto di scuola e di istruzione è poi andata avanti, sino a giungere, negli anni più vicini a noi, in quello che oggi appare come un fallimentare e pericoloso tentativo di far prevalere l'idea di "scuola impresa".

Uno snodo importante in tale processo è stato quello con cui, negli anni che hanno preceduto l'attribuzione dell'autonomia scolastica, nella legislazione ordinaria sembra essersi provveduto ad una sorta di "desoggettivizzazione", ed anche una "destatalizzazione" ovvero si è attribuita centralità all'ottica oggettiva nel sistema dell'istruzione[55], rispetto a quella precedente soggettiva, che si riconnetteva alla soggettività pubblicistica. Questo profilo sembra aver determinato una perdita di rilevanza del sistema dell'istruzione, parallelamente a quanto avveniva nel discorso pubblico circa l'istruzione, la cultura, la ricerca. Da tale concezione è poi derivata come si diceva la lettura della scuola come assimilabile all'impresa, dell'istruzione ricondotta alle altre attività economiche, in definitiva ci si avvicinava al passaggio finale di questo processo che porta ad identificare l'istruzione in una sorta di merce.

In tale quadro, la polverizzazione dei centri decisionali ha portato molti ad interrogarsi sulla "sostenibilità" di una "siffatta frammentazione"[56]. Per non dire che "considerare il sistema di istruzione pubblica completamente integrato in quello privato" pare inoltre essere "espressione di una volontà ancillare nei riguardi proprio del principio di sussidiarietà che, paradossalmente, mostra maggiori difficoltà ad affermarsi … nella sua dimensione verticale"[57].

6. … e dall'Ue del metodo aperto di coordinamento

È importante soffermarsi sul ruolo rivestito dall'intervento dell'UE nella materia che si sta esplorando, poiché esso ha contribuito ad influenzare significativamente l'evoluzione in atto in relazione alla configurazione del di-

[55] M. GIGANTE, cit., 427; U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giurisprudenza costituzionale* 1961, 445 ss. Più di recente v. A. PAJNO, *L'autonomia delle istituzioni scolastiche, in Giornale di diritto amministrativo*, S/1997, 434; M. RENNA, *L'autonomia incompiuta delle istituzioni scolastiche*, in *Le istituzioni del federalismo*.

[56] Così M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in *Le dimensioni costituzionali*, cit. 156.

[57] A. D'ANDREA, *Diritto all'istruzione e ruolo della Repubblica*, in *Scritti in onore di Alessandro Pace*, vol. II, Napoli 2012, 1306

ritto all'istruzione. Le iniziative dell'UE in tale ambito sono state continue negli ultimi decenni e naturalmente, in ragione dell'impronta del Trattato, fondativo di una Comunità economica, non potevano che essere contrassegnate dall'attribuzione di una rilevanza centrale alla formazione professionale, e alla preparazione dei discenti in relazione ai mutamenti del mercato del lavoro e dell'occupazione.

Mentre l'istruzione professionale era già contemplata nel TCE all'art. 128, l'intervento nel campo dell'istruzione ha fatto il suo primo ingresso nel diritto UE, con il Trattato di Maastricht, ed ha per questo probabilmente risentito della temperie politica e culturale propria dell'epoca, dato che con il TUE si apre come noto la fase del processo di integrazione spesso definita come della "Europa dei mercanti" in contrapposizione alla "Europa dei diritti"[58]. L'attenzione crescente per questi profili ha portato poi, nel Trattato di Lisbona, a sganciare le disposizioni in materia di "Istruzione, formazione professionale e gioventù", inizialmente ricomprese nel Titolo XI, da quelle sulla politica sociale[59]. Va poi ricordato che l'art. 6 del TFUE prevede che "l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri", e che nei "settori di tali azioni, nella loro finalità europea" (escludendo quindi qualsiasi intervento di armonizzazione), è prevista la materia della "istruzione, formazione professionale, gioventù e sport". Questo ambito viene distinto da quello della cultura nel Trattato, materia in cui pure l'UE esercita lo stesso tipo di competenza.

L'Unione è intervenuta in una prima fase in materia di istruzione soprattutto per il tramite di programmi volti a favorire lo scambio tra docenti e studenti e il superamento delle barriere linguistiche ed il riconoscimento dei titoli di studio[60]. Una tappa molto importante è stata poi rappresentata dal libro bianco su Istruzione e formazione[61] predisposto dalla Commissione UE nel 1995. Tra i diversi contenuti, tra cui alcuni sicuramente positivi e tuttora apprezzabili, uno dei tratti principali del Libro bianco consisteva

[58] G. AZZARITI, *Il valore della Carta dei diritti fondamentali nella prospettiva della costruzione europea: dall'Europa dei mercanti all'Europa dei diritti?* in *Ripensare lo Stato*, a cura di S. LABRIOLA, Milano 2003, 393 ss.

[59] Il titolo XI su Politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù si è quindi scisso in tre Titoli, rispettivamente il X Politica sociale, l'XI Fondo sociale europeo e il XII intitolato appunto a *Istruzione, formazione professionale e gioventù*, che riunisce gli artt. 165 e 166.

[60] Si ricordano in proposito l'adozione dei programmi Lingua del 1989, Socrates ed Erasmus nel 1995. Rilevante anche la creazione della rete europea Eurydice, finalizzata allo studio dei sistemi educativi e la raccolta, gestione e diffusione di informazioni sui sistemi nazionali di istruzione.

[61] E. CRESSON (*Libro bianco su istruzione e formazione. Insegnare e apprendere. Verso la società conoscitiva)* seguiva l'altro libro bianco di Delors del 1993 su *Crescita, competitività, occupazione*.

nella proposta di introdurre un nuovo sistema di riconoscimento delle competenze tecniche e professionali (si proponeva l'istituzione di una "tessera delle competenze"[62]), nonché nell'avvicinamento tra scuola e impresa. L'auspicio formulato ripetutamente era quello di una crescente interconnessione tra sistema dell'istruzione e della formazione, ritenendosi l'istruzione inscindibile e quasi indistinta dalla formazione professionale. L'approccio adottato nel libro bianco, che presuppone una visione del sistema scolastico come orientato a dare risposte ad una domanda di tipo economico, con in mente quindi la formazione del futuro lavoratore, prevede insomma la costruzione di un curricolo funzionale alla configurazione del mercato e, quindi, all'inserimento nel mondo lavorativo. È agevole constatare come, a partire da allora, si sia assistito ad una progressiva valorizzazione delle discipline tecnico-scientifiche e dei saperi professionali rispetto a quelli umanistici.

Nel decennio successivo è stata poi avviata un'azione volta all'incentivazione del coordinamento tra Stati membri in tale ambito, ma i risultati principali in relazione alla "conformazione" dei sistemi di istruzione nazionali agli standard indicati dall'UE sono stati raggiunti soprattutto per il tramite del cosiddetto metodo aperto di coordinamento[63] inaugurato con la strategia di Lisbona[64]. Tramite tale metodo, come noto, il Consiglio 1) identifica e definisce obiettivi da raggiungere; 2) individua gli strumenti di misura che vengono definiti congiuntamente (statistiche, indicatori, orientamenti); 3) procede ad un'attività di «*benchmarking*» per svolgere poi un'analisi comparativa dei risultati raggiunti dai singoli paesi dell'UE; 4) si addiviene allo scambio delle migliori pratiche. Trattandosi di una procedura intergovernativa di *soft law*, è noto (anche se forse non adeguatamente rimarcato) come essa escluda del tutto il Parlamento europeo, che non viene coinvolto neanche a titolo consultivo, così come non è contemplato l'esercizio delle competenze della Corte di giustizia UE in relazione alla tutela giurisdizionale dei diritti. La regia di tale processo spetta unicamente alla Commissione UE, che ne monitora ogni passaggio[65].

È proprio tramite tale procedura che è stata avviata una serie di processi, sulla falsariga delle indicazioni provenienti dall'OCSE, che hanno poi investito il sistema dell'istruzione in Italia, con una pervasività che sorprende se

[62] *Libro bianco*, cit., 9.

[63] V. F. GIGLIONI, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa 2012, 50 ss.

[64] Sul punto, in relazione al Programma ET2020, v. più diffusamente E. FAGNANI, cit., 198 ss.

[65] Critico nei confronti del metodo G. MARTINICO, *L'impatto del metodo aperto di coordinamento sulla "forma dell'Unione"*, in *Diritto pubblico* 2009, 625 ss.

si riflette sulla natura non vincolante degli strumenti così utilizzati dall'Unione.

Se i contenuti principali del diritto all'istruzione sembrano consentire una pressoché totale assimilabilità dell'art. 14 della Carta dei diritti Ue ai nostri principi costituzionali[66], anche per il rispetto in esso previsto delle competenze dei legislatori nazionali in relazione alla sua garanzia, il discorso si fa più complesso per quanto concerne i contenuti delle raccomandazioni e degli altri documenti prodotti dall'Ue, in particolare a partire dalla strategia di Lisbona, con cui l'UE si era prefissata l'obiettivo di diventare nel decennio successivo "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo", ma anche successivamente al suo fallimento. Tali interventi si segnalano non di rado per contenuti che sembrano proseguire l'opera di creazione di un *continuum* scuola-formazione-impresa, ma anche perché con essi sembra essersi prodotto l'effetto di attrarre sempre più la materia dell'istruzione in seno alle competenze Ue proprio in forza di atti non vincolanti, cui i legislatori nazionali sembrano uniformarsi con zelo persino maggiore rispetto a molti di quelli vincolanti[67].

La strisciante pervasività del metodo aperto di coordinamento è parsa invero suscettibile di produrre una sorta di "*deminutio* programmatica", frutto di "un'impostazione molto efficace e ben più penetrante di quanto non possa di primo acchito sembrare"[68] con cui si è influito sull'impronta complessiva del sistema dell'istruzione[69] con raccomandazioni che hanno operato come "veicoli *soft* di influenza sovranazionale", ma rispetto ai quali

[66] Art. 14, "Ogni persona ha diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua. Questo diritto comporta la facoltà di accedere gratuitamente all'istruzione obbligatoria. La libertà di creare istituti di insegnamento nel rispetto dei principi democratici, così come il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche, sono rispettati secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

[67] Allo stesso tempo, il metodo aperto di coordinamento crea una sorta di effetto indiretto di "impigrimento" delle istituzioni UE rispetto all'attuazione di politiche sociali secondo G. MARTINICO, cit.

[68] F. CORTESE, *L'istruzione tra diritto europeo e diritto nazionale*, in *Unità e pluralismo culturale*, a cura di E. CHITI, Firenze 2016, 161 ss.

[69] V. Raccomandazione 2008/c 111/01/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 aprile 2008 sulla costituzione del Quadro europeo delle qualifiche per l'apprendimento permanente (testo rilevante ai fini del SEE); Raccomandazione del 18 giugno 2009 sull'istituzione di un quadro europeo di riferimento per la garanzia della qualità dell'istruzione e della formazione professionale (Testo rilevante ai fini del SEE) (2009/C 155/01), in GUCE, 8 luglio 2009; Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, su come mobilitare gli intelletti europei: creare le condizioni affinché l'istruzione superiore contribuisca pienamente alla strategia di Lisbona (2005/C 292/01), in GUCE, 24 novembre 2005.

tuttavia la fissazione di "precisi parametri di riferimento" risulta molto più *hard*.

Da ultimo il rapporto della Commissione Ue "Relazione di monitoraggio del settore dell'istruzione e della formazione 2017" riguardante l'Italia dà conto dei risultati raggiunti dal nostro paese a seguito degli interventi legislativi introdotti sulla scorta delle raccomandazioni ricevute. Il rapporto evidenzia innanzitutto quali siano gli indicatori principali in questa materia, sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'OCSE, che traspare dai documenti come la principale fonte di ispirazione per le politiche in questo ambito. Tra i criteri fondamentali rinveniamo il tasso di occupazione dei neodiplomati in relazione al livello di istruzione raggiunto, la partecipazione degli adulti all'apprendimento permanente, oltre naturalmente all'investimento in istruzione in percentuale di PIL (ancora tra le più basse nell'Ue); si fa riferimento poi al tasso di abbandono scolastico degli studenti tra i 18 e i 24 anni, alla percentuale di studenti con risultati insufficienti nei test PISA[70].

Tra i punti più qualificanti introdotti a seguito dell'influenza dei programmi elaborati dall'UE c'è, come già ricordato, la "introduzione dell'obbligo formativo e del diritto-dovere all'istruzione –formazione" che, andandosi a saldare, da un punto di vista organizzativo, con l'autonomia scolastica, sembra porre così "al centro del sistema la competizione tra i soggetti erogatori delle prestazioni e il diritto di scelta dei destinatari", contribuendo ad una "ridefinizione di presupposti valoriali" e ad una "graduale revisione dell'intera disciplina del servizio di istruzione e dei suoi canali con effetti rilevanti nella definizione dei principi ispiratori (anche costituzionali) della materia e delle situazioni giuridiche dei soggetti variamente coinvolti"[71].

L'apporto rappresentato dall'intervento delle istituzioni europee in materia di istruzione risente insomma più che in altri ambiti dell'impronta complessiva dell'azione dell'UE in questi anni, e della sua timidezza in materie connesse alle politiche sociali, oltre che di un significativo appiattimento sulle posizioni assunte dall'OCSE, che paiono in qualche misura viziate da un'analoga visione esclusivamente mercatistica dell'istruzione oltre che da una fiducia eccessiva nella validità dello strumento dei test PISA. Tuttavia, tornando alle considerazioni da ultimo svolte dalla Commissione UE, si deve rilevare come essa giustamente richiami la centralità del tema della disuguaglianza in questa materia, sottolineando quella che è una sua caratteristica essenziale, "la trasmissione intergenerazionale, ovvero l'impatto della

[70] Relazione di monitoraggio del settore dell'istruzione e della formazione 2017, 3.

[71] F. CORTESE, *cit*., che lamenta "l'assenza nell'ordinamento scolastico italiano in mutazione di un progetto culturale vero e proprio alternativo se non antagonistico a quello seguito dalla fine degli anni Novanta in poi", 160.

posizione socioeconomica dei genitori sul livello di istruzione, sulla situazione professionale, sul reddito o sulla salute dei figli"[72].

Un importante segnale di un possibile arricchimento della prospettiva dell'intervento Ue in materia di istruzione sembra ora emergere dalla recente raccomandazione[73] "sulla promozione di valori comuni, di un'istruzione inclusiva e della dimensione europea dell'insegnamento", nella quale una rilevanza significativa viene attribuita al tema dell'educazione alla cittadinanza, su cui ci si è soffermati in apertura. Appare poi un elemento da valutare in modo positivo l'obiettivo che l'Unione intende perseguire attuando uno Spazio europeo dell'istruzione[74].

A completezza del quadro che si è brevemente tratteggiato va poi ricordato, per quanto riguarda l'apporto giurisprudenziale europeo, come la garanzia in esso offerta per i diritti dei singoli in materia di istruzione, siano essi studenti o docenti della scuola, è da decenni un mattone importante nella costruzione di una garanzia del diritto all'istruzione a livello europeo. Essa trova i propri punti salienti nella ricostruzione molto ampia da parte della Corte di giustizia UE della nozione di formazione professionale, come comprensiva di attività di istruzione *tout court*, in vista dell'esigenza di garantire una tutela comunitaria ai diritti connessi, trovandosi altrimenti la materia al di fuori delle competenze comunitarie[75]. In particolare, ciò è avvenuto tramite la previsione del diritto alle provvidenze concesse da uno Stato membro per mantenersi agli studi anche agli studenti comunitari soggiornanti in esso[76], nonché nel divieto di prevedere discriminazioni sulla base della nazionalità nelle tasse di iscrizione ad ogni attività di formazione/istruzione[77].

Tale approccio di ampia garanzia del diritto all'istruzione è stata poi di recente riconfermata inequivocabilmente proprio in relazione al nostro ordinamento, quando il giudice Ue ha affermato che "l'insegnamento è correlato a un diritto fondamentale garantito dalla Costituzione della Repubblica

[72] Relazione, cit., 13.

[73] Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 sulla promozione di valori comuni, di un'istruzione inclusiva e della dimensione europea dell'insegnamento.

[74] Sullo spazio europeo della ricerca, alcune prime notazioni in E. LONGO, *L'Ue e la quinta libertà. Prospettive costituzionali per la ricerca scientifica europea*, in A. IANNUZZI (a cura di), *La ricerca scientifica fra possibilità e limiti*, Napoli 2015, 1 ss.

[75] Corte di giustizia, sent. del 2 febbraio 1988, in C-24/86 (*Blaizot*) che estende la nozione fino a comprendervi gli studi universitari di veterinaria.

[76] Corte di giustizia, sent. del 15 marzo 2005, in C-209/03, (*Bidar*) in base alla quale "Un aiuto concesso, sia sotto forma di prestiti sovvenzionati sia di borse, agli studenti che soggiornano legalmente nello Stato membro ospitante a copertura delle spese di mantenimento rientra nel campo di applicazione del Trattato CE ai fini del divieto di discriminazione sancito dall'art. 12, primo comma, CE. 2).

[77] Caso *Gravier*, deciso dalla Corte di giustizia con sent. del 13 febbraio 1095, C-193/83.

italiana che impone a tale Stato l'obbligo di organizzare il servizio scolastico in modo da garantire un adeguamento costante tra il numero di docenti e il numero di scolari", ricordando poi che "sebbene considerazioni di bilancio possano costituire il fondamento delle scelte di politica sociale di uno Stato membro e possano influenzare la natura ovvero la portata delle misure che esso intende adottare, esse non costituiscono tuttavia, di per sé, un obiettivo perseguito da tale politica…"[78].

7. Diritto all'istruzione e diritto allo studio

Le disposizioni riunite nell'art. 34, tra quelle dedicate alla scuola e all'istruzione, hanno offerto sin dalla discussione alla Costituente[79] una serie di opzioni interpretative di non poco conto, poi oggetto di letture e riletture. Non troviamo al loro interno, né nell'art. 33, una proclamazione chiara del diritto all'istruzione o allo studio, né una distinzione chiara tra i due profili che, da allora, interrogano gli studiosi circa la natura e la funzione della situazione giuridica che i costituenti hanno inteso tutelare. Tali disposizioni determinano tuttavia l'ampiezza complessiva della tutela accordata dalla Costituzione in termini di diritto di accesso all'istruzione; contenuti del diritto di istruzione; significato e durata dell'obbligo scolastico e quindi del diritto-dovere; confini della relativa garanzia; estensione delle provvidenze concesse agli studenti e alle loro famiglie, come riferite ai soli mezzi necessari per la frequenza scolastica o anche a tutto ciò che è ad essa strumentale; lettura dell'accesso ai più alti gradi come garantito ai soli eccellenti o anche a chi, capace e meritevole lo è allo stesso modo di chi, più abbiente, accede ai più alti gradi senza dover mostrare particolari doti di genialità[80]; infine, il dibattito torna ad investire di recente la misura ed il significato di

[78] "…e, pertanto, non possono giustificare l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato"; le citazioni sono tratte dalla già richiamata sent. nel caso Mascolo, cit., punti 94 e 110 della motivazione.

[79] La lettura critica degli articoli 33 e 34 da parte di S. CASSESE, art. 33-34, in *Commentario alla Costituzione,* a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1976, 210 ss., è oggi discussa criticamente, con osservazioni condivisibili, da M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, cit., 150 ss.

[80] Sottolinea come nella disposizione di cui all'art. 34 il riferimento al merito "non è diretto a favore degli studenti che eccellano per merito, ma a favore di quelli che, pur essendo in condizione di continuare negli studi, ne fossero esclusi perché appartenenti a famiglia povera", V. ATRIPALDI, *cit*.; F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione (Il diritto allo studio attraverso la lente del principio personalista)*, in *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa 2015, in www.gruppodipisa.it, 14 ss.

quell'"aperta a tutti", che rappresenta una delle formule più belle e forse allo stesso tempo da ultimo più tradite del testo costituzionale[81].

Come si è già accennato in apertura, i profili di libertà che sembrano connotare il diritto all'istruzione si sommano a quelli che caratterizzano la natura del diritto sociale, che è sua propria[82]. L'andamento dell'interpretazione in relazione a tali temi e problemi non si può che definire altalenante. Ciò sia per quanto attiene al compito del legislatore[83], che al ruolo svolto dalla giurisprudenza costituzionale, così come analogamente è avvenuto per l'apporto della dottrina costituzionalistica. La storia dell'interpretazione di questa disposizione offre infatti uno spaccato, quasi uno squarcio, di significativa importanza sulla storia repubblicana, ed in particolare sulle vicende della lunga involuzione dello Stato sociale in Italia. Dopo le fasi di maggior apertura, nell'epoca di maggior impegno nell'attuazione della Costituzione e nella promozione espansiva dei diritti sociali da parte dello Stato, seguite poi da quelle caratterizzate da un riformismo modernizzatore, preoccupato di tutelare anche il ruolo della scuola privata ed integrarla a pieno titolo nel sistema nazionale di istruzione, forse non esente da intenti di ridimensionamento, si è giunti ad un'epoca dove si alternano ed accompagnano scarsa attenzione al tema della scuola, ed esigenze di equilibrio dei bilanci pubblici ritenute prevalenti su ogni altra istanza[84].

[81] Attuata, in relazione all'estensione della platea degli aventi diritto all'istruzione grazie agli artt. 6 comma 2 e 38, d. lgs n. 286 del 1998 (TU immigrazione) che esonera dall'obbligo di esibizione del permesso di soggiorno i minori ai fini dell'assolvimento dell'obbligo scolastico. In proposito v. sent. n. 2 del 2013 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale la disciplina dettata dalla provincia di Bolzano (art. 14, l. prov. 12 del 2011) in cui si subordinava alla residenza ininterrotta per almeno cinque anni nella provincia l'accesso alle provvidenze regionali per il diritto allo studio.

Gli esempi di esclusione tuttavia nella prassi sono purtroppo molto frequenti. Si pensi al recente caso di esclusione di bambini extracomunitari dalle tariffe agevolate per mense e scuolabus delle scuole del comune di Lodi (tramite la richiesta di documentazione e certificati dei relativi paesi di provenienza impossibile da produrre, v. *Lodi, Stranieri esclusi dalle agevolazioni mensa a scuola: i bambini tornano in classe con il panino,* in *la Repubblica*, il 17 settembre 2018); ma gli episodi sono poi numerosissimi anche nei casi di alunni disabili non ammessi o "dirottati" da una scuola all'altra.

[82] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *voce Studio (diritto allo)*, cit., 1.

[83] Su cui v. *supra*, par. 5.

[84] Vedi tuttavia ora l'affermazione contenuta nella sent. n. 275 del 2016, in materia di diritto allo studio degli studenti disabili, secondo cui "È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione", su cui v. criticamente, A. APOSTOLI, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum costituzionale*, 11 gennaio 2017; nonché I. CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv, giur. del lavoro e della prev.*, 3/2017, 353; Una lettura dell'andamento ciclico della giurisprudenza costituzionale sull'ampiezza del di-

Come si è detto già in apertura, nonostante la centralità che ha rivestito nell'ultimo decennio il tema delle compatibilità finanziarie, ed il connesso mutamento di paradigma che si è venuto a determinare, non potendosi più ritenere "la crisi" un fenomeno transitorio, suggeriscono di non lasciar condizionare la riflessione sul diritto all'istruzione dall'ottica predominante della contrazione delle risorse destinate ai diritti sociali a seguito dell'introduzione dell'equilibrio di bilancio. Tuttavia, accingendosi ad introdurre qualche riflessione sui profili di doverosità del diritto costituzionale all'istruzione, oltre che su alcuni obblighi positivamente stabiliti in materia di istruzione, si deve a questo punto esaminare uno dei principali nodi problematici che sovraintendono alla questione della doverosità, quello rappresentato dal nesso tra obbligatorietà e gratuità che è posto nell'art. 34.

Ci si è sin qui soffermati prevalentemente sull'art. 33, che prevedendo che la Repubblica "istituisce scuole statali per tutti gli ordini e gradi", costruisce il presupposto, ed impegna lo Stato a costruire "l'infrastruttura" necessaria per l'esercizio del diritto all'istruzione. Si è riflettuto sulla natura ed il contenuto del diritto all'istruzione che si desume dallo stesso articolo e dal seguente, valorizzando, tra gli altri profili, quello della libertà del singolo nei confronti di un'istruzione che sia occasione di sviluppo della sua personalità. Ora si deve prendere in esame quel nesso che la norma sembra costruire tra gratuità e doverosità, che è volto ad evidenziare la inscindibilità tra il diritto ed i mezzi per il suo esercizio. Va infatti segnalato, come conferma la posizione pressoché unanime della dottrina[85], che la gratuità è finalizzata ad assistere il diritto e non il dovere di istruzione, non potendosi ritenere che il dovere sia autonomamente configurabile senza la piena garanzia del diritto.

Viene quindi ad emergere l'esigenza di attenuare la separatezza, spesso argomentata, tra diritto all'istruzione e diritto allo studio[86], situazioni che appaiono davvero inestricabili, nonostante la distinzione tra i due profili del diritto all'istruzione, nella sua componente di libertà nell'istruzione, e del diritto alle provvidenze ad essa collegate, soprattutto per quanto concerne quelle necessarie a raggiungere i più alti gradi degli studi, sia stata spesso argomentata anche nella giurisprudenza costituzionale. E ciò va affermato a maggior ragione oggi, ove in un regime di autonomia scolastica "zoppa", ed in una scuola largamente carente di risorse, l'obbligo scolastico rischia di di-

ritto allo studio, così come sul rapporto tra obbligatorietà e gratuità in F. GRANDI, *L'accesso ai più alti gradi dell'istruzione*, cit., 10 ss.; A. POGGI, *Art. 34*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. I, Milano 2006, 704ss.

[85] Che la gratuità appartenga all'istruzione nel suo complesso è ribadito di recente da M. BENVENUTI, *art. 34*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, vol. I, Bologna 2018, 229-230; Cfr. Q. CAMERLENGO, *Art. 34*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di S. BARTOLE-R. BIN, Padova 2008, 343.

[86] S. PENASA, *cit*., 24.

ventare, con le parole di Concetto Marchesi, "una delle tante disposizioni irrisorie che sembrano prese soltanto per dimostrare la mala volontà o la impotenza delle classi dirigenti"[87]. Analogamente, il diritto di raggiungere i più alti gradi degli studi dei capaci e meritevoli privi di mezzi di cui all'art. 34 sembra svuotarsi via via di significato non solo a fronte della contrazione delle risorse stanziate per il diritto allo studio, ma di diverse misure, tra cui l'innalzamento dei requisiti minimi di docenza nelle università[88], o l'estensione ad un numero crescente di classi di laurea della regola dell'accesso programmato nei nostri atenei[89]. Il fatto che l'accesso e l'effettività del diritto allo studio sia limitato ugualmente da misure direttamente riguardanti gli aspetti finanziari, così come da altre attinenti agli aspetti organizzativi della didattica, sembra essere una valida dimostrazione della identica sostanza e quindi della sovrapponibilità del diritto allo studio e all'istruzione[90]. In parallelo con quanto, più in generale, è stato da tempo evidenziato in relazione alla necessità di superare il confine artificioso tra diritti sociali ed altri diritti fondamentali[91], anche qui si evidenzia la necessità di una considerazione unitaria della situazione giuridica del soggetto che accede all'istruzione, avendo diritto ad un'istruzione che sia piena ed effettiva sia per quanto concerne la qualità della prestazione dell'insegnamento, la si-

[87] C. MARCHESI, *Relazione sui principi costituzionali riguardanti la cultura e la scuola*, Relazioni e proposte presentate nella Commissione per la Costituzione, I Sottocommissione.

[88] Da ultimo sono state modificate le numerosità massime applicabili per il calcolo della docenza minima necessaria alla sostenibilità in vista dell'accreditamento periodico dei corsi di laurea da parte di ANVUR. L'Autovalutazione e accreditamento dei corsi e delle sedi (AVA), introdotta nel 2013 (DM 46/2013, DM 1059/2013), è stata modificata con DM 987/2016.

[89] M. BENVENUTI, *cit*., 230, segnala come anche corsi universitari ad accesso programmato e requisiti minimi limitino impropriamente il diritto allo studio; sul punto v. tuttavia di recente la sent. n. 302 del 2013. Sulle limitazioni al diritto allo studio universitario v. lo studio di A. MUSUMECI, *Il diritto allo studio universitario fra Stato, Regioni e Università. Note a margine al d.lgs. 29 marzo 2012, n. 68*, in *Finanziamento competizione ed accountability nel governo delle Università,* III vol., *Criticità del sistema ed incertezze per il futuro*, a cura di G. COLOMBINI, Napoli 2013, 275 ss.

[90] Ed invece la giurisprudenza costituzionale sul punto, sin da epoca risalente è di diverso avviso. Le sentt. nn. 7 del 1967 e 106 del 1968 concordano nel ritenere l'istruzione limitata alla "assunzione del servizio da parte dello Stato e la sua organizzazione", con "esonero dal pagamento di tasse e dal versamento di qualsiasi contributo per l'iscrizione e la frequenza". Successivamente, nella sent. n. 215 del 1987 si apre un varco alla lettura dell'art. 34 in relazione agli artt. 2 e 3, comma 2, ritenendo l'istruzione come strumento fondamentale per il pieno sviluppo della persona ed addivenendo ad una garanzia più ampia del diritto allo studio. In epoca più vicina a noi, le sentenze n. 281 del 1992 (che respinge una questione sul divieto di cumulo delle borse di studio a tutela della possibilità di ampliamento della platea dei beneficiari) e n. 208 del 1996 (ancora relativa al cumulo delle borse di studio durante il dottorato di ricerca) paiono espressive di un orientamento maggiormente restrittivo.

[91] Così M. LUCIANI, cit., 79 ss.

curezza delle aule, i libri di testo, la refezione scolastica, la possibilità più in generale di non essere distolti dall'istruzione in ragione di uno stato di bisogno. Da questo punto di vista allora, si può concordare nel ritenere "la gratuità come condizione di effettività dell'obiettivo di realizzazione della persona attraverso la formazione/istruzione"[92].

Come la disciplina della gratuità e dell'obbligo scolastico siano la storia di un fallimento lo indicano purtroppo le cifre sugli abbandoni e sulla dispersione scolastica[93], da questo punto di vista risultando preoccupanti le recenti iniziative da parte di alcune regioni di ulteriore regionalizzazione della materia dell'istruzione ai sensi dell'art. 116 Cost., che non potranno non avere ripercussioni sulla distribuzione delle risorse tra nord e sud, la garanzia dei diritti e sul soddisfacimento dei livelli essenziali sul territorio nazionale[94].

Del resto, non si può non aderire alla posizione con cui si è evidenziato come "sia le prestazioni didattiche sia quelle organizzative non solo dovrebbero essere sempre ottimali, ma dovrebbero altresì essere erogate in edifici in regola con le norme edilizie, igienico-sanitarie, antincendio, antisismiche ecc."[95].

8. La doverosità del diritto. L'obbligo scolastico

Dalle riflessioni svolte intorno ai contenuti della disposizione di cui all'art. 34, si è visto come in essa sia ritagliata l'area propria del diritto-dovere all'istruzione, che ha un ambito di applicazione più ristretto del di-

[92] S. PENASA, *cit.*, 8, che però sembra interpretare riduttivamente, di conseguenza, l'obbligatorietà come mero onere funzionale a permettere lo svolgimento dell'istruzione.

[93] Si vedano sul punto le preoccupanti cifre di *Education at a glance* 2018, nonché quelle del Rapporto "*La scuola colabrodo*", pubblicato a settembre 2018, di *Tuttoscuola*, che nel periodo 2017-2018 calcola il 24% di dispersione negli istituti superiori italiani.

[94] Le bozze di intese raggiunte tra il Governo e tre regioni (Lombardia, Veneto, Emilia Romagna) sono ad oggi solo parzialmente pubblicate sul sito web del Dipartimento affari regionali della Presidenza del Consiglio. Le norme relative a finanziamenti e investimenti sono alla base di vive preoccupazioni unitamente al trasferimento della competenza sulle norme generali sull'estinzione alle Regioni, idonea a mettere a rischio l'unità culturale del paese che si costituisce, in primis, nel sistema nazionale dell'istruzione. Sui Lep v. L. TRUCCO, *Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, Gruppo di Pisa 2012, 74, che ricorda come il comparto scolastico sia stato tra i primi a sperimentare una l. di delega al Governo "per la definizione delle norme generali" e "dei livelli essenziali delle prestazioni" (nella l. n. 53 del 2003, a cui ha dato solo parziale attuazione il d.lgs. n. 59 del 2004, con riguardo alla scuola dell'infanzia e al primo ciclo di istruzione, ed il d.lgs. n. 226 del 2005 con riferimento al secondo ciclo). Sul tema da ultimo v. E. FAGNANI, cit., 319 ss.

[95] A. Pace, *Il diritto all'istruzione*, cit., 35-36.

ritto all'istruzione *tout court*, sebbene il diritto-dovere abbia come destinatari tutti gli individui sul territorio italiano, cittadini e non. Essa però disegna un sottoinsieme di titolari/obbligati, individuandoli tramite il periodo di tempo di otto anni che seguono il primo accesso alla scuola primaria. Una norma prescrittiva valida dunque *erga omnes*, ma il cui ambito applicativo è temporalmente delimitato in ragione dell'età dei singoli destinatari, sebbene i suoi effetti interessino anche le fasi successive della vita dell'individuo sia in forza della necessaria frequenza e conclusione della scuola dell'obbligo per accedere ai gradi superiori di istruzione, sia in relazione al valore legale del titolo di studio che rimane patrimonio del singolo nel suo curriculum formativo. Nella norma dunque è identificabile un dovere costituzionale di istruzione, ancorato all'interesse individuale del singolo ad istruirsi, connesso al compito della Repubblica di promuovere "lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica" di cui all'art. 9, oltre che al dovere fondamentale di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost[96]. Alla luce della discussione che ha riguardato la natura funzionale o personale/individualistica del diritto all'istruzione, si può ritenere che il profilo della doverosità debba ugualmente essere influenzato dall'opzione interpretativa che si scelga per la lettura del connesso diritto. Una lettura che veda il diritto all'istruzione coniugare profili di libertà a quelli di garanzia di prestazioni indefettibili proprie dello Stato sociale, non può che determinare una concezione del relativo dovere di istruzione come finalizzato ad un tempo agli interessi del singolo ed a quelli della comunità in vista dei principi fondamentali indicati dalle richiamate norme degli artt. 2 e 9.

Il dovere di istruzione è stato attuato a livello legislativo attraverso la disciplina dell'obbligo scolastico[97], proseguendo l'opera già avviata in epoca prerepubblicana con la legge Casati del 1859, e successivamente provvedendo, non sempre in maniera propriamente lineare, ad introdurre gradualmente una serie di contenuti innovativi.

È noto, infatti, come negli ultimi due decenni si siano ripetuti gli interventi del legislatore in materia (in particolare nel passaggio tra XIII e XV legislatura), prima innalzando, poi abbassando, poi nuovamente modificando la durata e persino, come si vedrà, i contenuti, dell'obbligo scolastico istitui-

[96] Così G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, 428 ss.; v. anche ID., voce *Doveri pubblici (dir. Cost.)*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, vol. VI, 2002, 363

[97] Sulla distinzione tra "dovere" e "obbligo" v. F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli 2014, 11-16, ove sottolinea che "la locuzione 'dovere' spetta alle fattispecie passive individuate in Costituzione, essenziali per creare il necessario moto solidale, mentre la parola 'obbligo' si riferisce alla posizione di svantaggio prevista dal legislatore ordinario, quale specificazione della fattispecie doverosa", 16.

to in attuazione del dovere di istruzione[98]. Da ultimo se ne è lasciato il termine conclusivo fissato, in modo quanto meno irrazionale, a metà di uno dei cicli di istruzione, un elemento questo che rischia di produrre una interruzione del percorso di studi in un momento che non prevede l'acquisizione di un titolo e neanche la conclusione di un percorso scientifico-pedagogico compiuto[99]. Nella vigente disciplina, infatti, l'obbligo scolastico si estende per dieci anni, concludendosi con la frequenza del secondo anno della secondaria superiore[100].

Costituzionalisti tra i più sensibili alla natura di diritto fondamentale del diritto all'istruzione si sono soffermati a sottolineare il senso della formula, secondo cui l'istruzione "è impartita per *almeno* otto anni", contenuto nella richiamata disposizione, in relazione alle altalenanti prese di posizione legislative sulla durata del dovere di istruzione. In particolare, è stato segnalato come l'art. 9, promuovendo la cultura e la ricerca scientifica, implichi l'illegittimità costituzionale di quegli interventi legislativi che facessero regredire la durata dell'obbligo scolastico, laddove si deve ritenere che essa dovrebbe essere, al più, tendenzialmente e progressivamente estesa[101]. Si è quindi segnalato, giustamente ad avviso di chi scrive, come l'avverbio "almeno" contenuto nella norma esprima una "fondamentale direzione di senso a cui il legislatore si deve attenere", per cui il "singolare 'balletto' normativo che ha caratterizzato i cicli di istruzione nel corso del primo decennio di questo secolo" contrasterebbe con il dettato costituzionale"[102].

Ad oggi dunque la legge prevede dieci anni di obbligo scolastico, con un

[98] Sottolinea la distinzione tra "doveri inderogabili" e relativi "obblighi", frutto dell'attuazione legislativa dei primi, G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 423-424.

[99] La l. n. 9 del 1999 (Berlinguer) portò l'obbligo da 8 a 10 anni (9 in prima applicazione), rendendo di fatto obbligatorio il primo biennio di scuola superiore, la Moratti a 12, la Gelmini di nuovo a 10. La l. n. 144 del 1999 all'art. 68 istituì l'obbligo formativo. Fermo restando l'obbligo d'istruzione, a decorrere dal 1999/2000 si sarebbe dovuto avviare l'obbligo di frequenza di attività formative fino al compimento del 18° anno di età, da assolvere nel sistema di istruzione, nel sistema di formazione professionale o nell'esercizio di apprendistato. Successivamente, abrogate le l. n. 9 del 99 e 30 del 2000, di riforma dei cicli scolastici, la riforma Moratti previde il prolungamento sia del periodo di "istruzione", inteso come obbligo scolastico, sia della più vasta "formazione" professionale: il "diritto/dovere di istruzione e formazione copriva un periodo di 12 anni. La l. 53 del 2003, istitutiva del Sistema nazionale di istruzione e formazione, introdusse l'alternativa nell'assolvimento dell'obbligo scolastico, ovvero la "possibilità di completare il secondo ciclo mediante il ricorso all'apprendistato o mediante il sistema della alternanza scuola-lavoro".

[100] P. CARETTI e G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali*, Torino 2017, 559. V. anche l'art. 48 comma 8 della L. 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro) in virtù del quale l'obbligo decennale di istruzione di cui all'art. 1 comma 622 della l. n. 296 del 2006 «si assolve anche nei percorsi di apprendistato». Si tornerà infra, § 8, sull'obbligo scolastico.

[101] A. PACE, *Il diritto all'istruzione nel tempo di crisi*, in *Diritto e società*, 1/2013, 32.

[102] M. BENVENUTI, *Art. 34*, cit., 230.

incremento di due anni rispetto a quanto previsto dal dettato costituzionale. Tuttavia, il quadro appare meno roseo se si esamina la disciplina della materia più attentamente. Poiché l'art. 48, comma 8, della legge 183 del 2010 (cosiddetto collegato lavoro) ha previsto che l'assolvimento dell'obbligo scolastico, per quanto concerne i due ultimi anni, possa avvenire anche tramite percorsi di apprendistato e formazione professionale affidati alla competenza delle Regioni. Prescindendo da ogni discussione circa l'effettività di questa seconda parte della previsione legislativa, stanti le criticità che caratterizzano il sistema della formazione professionale affidato alle Regioni[103], la norma desta preoccupazioni poiché in essa sembra trovarsi traccia dell'influenza di quelle trasformazioni del concetto di istruzione di cui si è già discusso ampiamente. La formula legislativa attualmente vigente è del resto ambigua anche da altro punto di vista, prevedendo che "L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria", ma aggiungendo che essa "è *finalizzata a consentire* il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno d'età"[104]. Si coniuga quindi alla doverosità del diritto all'istruzione per dieci anni un diverso dovere, quello definito dal legislatore come "*obbligo formativo*", ossia il diritto/dovere dei giovani che hanno assolto all'obbligo scolastico, di frequentare attività formative fino all'età di 18 anni[105].

L'obbligo scolastico, pure disciplinato in attuazione del dovere costituzionale di istruzione, insomma, aprendosi alla intercambiabilità con i percorsi di formazione professionale, sembra venire ad essere in qualche misura sviato dalla sua originaria funzione, orientata al perseguimento di fini precisi: connettere l'interesse individuale del singolo – gravato del dovere – allo sviluppo della sua personalità, a quello generale della collettività (ex art. 9 Cost.), nell'ottica della solidarietà di cui all'art. 2 Cost.

Il dovere dell'art. 34 dovrebbe insomma riguardare l'istruzione *tout court*, o fine a se stessa, si potrebbe dire, pur nella prospettiva della costru-

[103] A. MORELLI - V. PUPO, *Regioni e diritto del lavoro*, in *Diritti e autonomie territoriali*, a cura di A. MORELLI e L. TRUCCO, Torino 2014, 372 ss.

[104] Il corsivo è di chi scrive. Quello riportato nel testo è l'articolo 1, comma 622, L. n. 296 del 2006,

[105] L'ambiguità si protrae sempre sulle pagine web del Miur, ove si spiega "L'istruzione obbligatoria ha la durata di 10 anni, da 6 a 16 anni di età, e comprende gli otto anni del primo ciclo di istruzione e i primi due anni del secondo ciclo (DM 139/2007). Dopo aver concluso il primo ciclo di istruzione, gli ultimi due anni di obbligo (da 14 a 16 anni di età), possono essere assolti nella scuola secondaria di secondo grado, di competenza statale (licei, istituti tecnici e istituti professionali), o nei percorsi di istruzione e formazione professionale di competenza regionale (l. 133/2008). Inoltre, tutti i giovani devono rispettare il diritto/dovere di istruzione e formazione per almeno 12 anni o, comunque, sino al conseguimento di una qualifica professionale triennale entro il 18° anno di età (l. 53/2003)".

zione della parità di *chances* previste dall'art. 3 comma 2. Finalizzare la doverosità dell'istruzione alla mera preparazione del futuro lavoratore per il mercato del lavoro farebbe allora del dovere in questione qualcosa di diverso, non più un adempimento di quel più generale principio di solidarietà che la Costituzione promuove, ma uno strumento che funzionalizza lo sviluppo della persona alle utilità del mercato.

Da questo punto di vista, il collegamento all'art. 3 comma 2 può solo apparentemente fuorviare la riflessione. Esso, nel promuovere la rimozione degli ostacoli di ordine economico che limitano le potenzialità del singolo, potrebbe infatti ingenerare l'equivoco di una lettura incentrata esclusivamente sul profilo economico e della promozione delle *chances* di mobilità sociale della persona[106], ritenendo che tali siano gli unici obiettivi da tutelare nel sistema dell'istruzione ed anche in quella dell'obbligo. Ma gli ostacoli da rimuovere, di cui parla la norma, che si può ritenere l'architrave del rapporto di equilibrio tra libertà ed uguaglianza costruito nella Costituzione italiana, sono quelli che impediscono "il pieno sviluppo della persona umana", con una visione ben più ampia quindi di quella che vuole limitare l'istruzione alla formazione professionale[107].

Il dovere di istruzione, e il concetto di istruzione in sé, come costruito nelle norme riunite negli artt. 30, 31, 33, 34 Cost., riguarda insomma, sì, l'emancipazione da condizioni svantaggiate di partenza ("che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini"), l'uguaglianza, ma anche la libertà. Libertà nella costruzione della personalità, dovendosi comprendere in tale processo anche la libertà di scelta della propria attività sulla base delle proprie inclinazioni e non del bisogno, in definitiva l'istruzione dovrebbe portare con sé il libero sviluppo delle potenzialità individuali. È superfluo ricordare insomma, o almeno dovrebbe esserlo, come il disegno dei costituenti dell'uguaglianza fosse più ricco di un semplice disegno di rivalsa delle classi subordinate, anche perché nascendo dall'intreccio tra le componenti politico culturali presenti nel dibattito di allora, quello emerso alla Costituente era un disegno che esigeva molto di più per il futuro: uguaglianza nei diritti, ma anche nella libertà. Insomma, non ci si fermava a prevedere che non solo il figlio del ricco avrebbe potuto frequentare la scuola, ma si voleva che anche il figlio del povero potesse scegliere cosa studiare, un dato che oggi non pare più così ovvio. Tali riflessioni rendono vieppiù necessaria una

[106] Sulla rilevanza costituzionale della mobilità sociale, ascrivibile alla tutela di cui all'art. 3 comma 2 e più in generale del complesso sistema di tutela dei diritti sociali costruito dalla Costituzione, v. Q. CAMERLENGO, *Diritto superiore e merito,* in *Costituzione e istruzione*, Milano 2016, 352 ss., e ID., *Costituzione e promozione sociale,* Bologna 2013, 235 ss.

[107] Come emerge nella riflessione sui diritti sociali della migliore dottrina. V. A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, XI, Roma, 1989, 6; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino 1994, 79 ss.

lettura unitaria del diritto all'istruzione e allo studio, che non ne sacrifichi i profili di libertà, né quelli di diritto sociale, rinsaldando la convinzione che la perdurante validità della classificazione e separazione classica tra diritti di libertà e diritti sociali, che non sono affatto gli unici che "costano", quanto quelli che si riconnettono con il concetto irrinunciabile di democrazia emancipante prefigurato nella Costituzione italiana, vada ridiscussa.

Allora, le letture che rischino di prestarsi a ridurre l'obbligo scolastico, anche solo in parte, o comunque progressivamente, ad un dovere di formazione professionale, orientando sempre più la crescita umana e culturale del singolo esclusivamente in ragione delle dinamiche del mercato del lavoro, dovrebbero essere ritenute sicuramente al di fuori del quadro del dettato costituzionale.

Un aspetto che merita sicuramente di essere rimarcato riguarda poi lo scarso ausilio che il legislatore ha offerto nel rendere effettivo l'obbligo scolastico, quando ha previsto per la sua violazione la sanzione penale dell'ammenda – salvo l'ipotesi di giustificato motivo – di soli 30 euro[108]. La circostanza per cui tale sanzione sia ora prevista solo nel caso di violazione dell'obbligo durante la frequenza della scuola elementare[109], quindi solo per parte della fascia di età gravata del dovere costituzionale di istruzione (e che ciò sia avvenuto a seguito dell'abrogazione "inconsapevole" con il taglia-leggi della norma che prevedeva la sanzione anche con riferimento alla fre-

[108] Art. 731 codice penale: "Chiunque, rivestito di autorità o incaricato della vigilanza sopra un minore, omette, senza giusto motivo, di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione elementare è punito con l'ammenda fino a euro 30".

[109] La Cassazione aveva inizialmente continuato ad applicare la sanzione anche con riguardo alla frequenza della scuola media inferiore penale (Cass. pen., sez. III 18 settembre 2013, n. 42463); si prevedeva che "la sanzione prevista all'art. 731 c.p. punisce con l'ammenda fino a € 30,00 chiunque, investito di autorità o di potere di vigilanza sopra un minore, omette di impartirgli o di fargli impartire l'istruzione sino al conseguimento della licenza di scuola secondaria di primo grado, ovvero sino al compimento del quindicesimo anno, quando il minore abbia osservato per almeno otto anni l'obbligo scolastico. La riforma scolastica del 2003 (l. n. 53/2003 e d.lg. n. 76/2005) aveva poi esteso l'obbligo scolastico per almeno dodici anni a partire dall'iscrizione alla prima classe della scuola primaria o sino al conseguimento di una qualifica di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età, ma per l'inosservanza di tale obbligo non è stata prevista l'applicazione della sanzione di cui all'art. 731 c.p. (che permaneva quale sanzione solo per l'inadempimento dell'obbligo sino alla licenza di scuola media), come dimostra Cass. Penale, sez. III 23 aprile 2009 n. 25525*;* è sopravvenuta poi Corte di Cassazione, Sezione Terza Penale, con la sent. 31 gennaio 2017, n. 4520 che ha stabilito come, a seguito dell'abrogazione dell'art 8 della l., la violazione dell'obbligo scolastico nella scuola media inferiore non è più sanzionata penalmente, ritenendo ormai definitivamente superato l'orientamento espresso dalla dottrina più tradizionale, secondo la quale l'articolo 731 contiene una sanzione all'inosservanza di un generico obbligo di istruzione minorile. Analogamente Cassazione, III sez., sent. del 13 giugno 2017, 50624

quenza della scuola media statale[110]), contribuisce a segnalare alla riflessione la macroscopica disattenzione per l'importanza della scuola ed in particolare del dovere di istruzione nel nostro paese. Anche quando il legislatore ha volenterosamente stabilito nell'art. 2, lett. c), della legge 28 marzo 2003, n. 53 di innalzare l'obbligo scolastico ad almeno dodici anni a partire dalla iscrizione alla prima classe della scuola primaria o, comunque, sino al conseguimento di una qualifica di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età, nessuna norma penale è stata introdotta a punire l'inosservanza dell'obbligo scolastico della scuola media inferiore[111].

Su altri profili meno centrali, qualche interpretazione dissonante si è mostrata in dottrina, come ad esempio in relazione al tema della titolarità del dovere di istruzione. Ciò in ragione dei dubbi che la minore età dei destinatari della norma introducono in relazione alla loro capacità di essere soggetti di una situazione giuridica di questo tipo, rispetto alla quale tuttavia si può semplicemente ricordare come questo non sia certo l'unico caso di necessaria scissione, dal punto di vista soggettivo, tra titolarità ed esercizio di un obbligo giuridico. Già il tenore letterale proprio della norma, riferendosi anche al comma seguente ai discenti (i capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi), non sembra riguardare in alcun modo i genitori o chi ne fa le veci come destinatari diretti dell'obbligo. Inoltre, proprio alla luce dell'oggetto che essa intende tutelare, al cui centro si colloca la valorizzazione della persona umana del discente, pare inevitabile doversi accedere ad una lettura che imputi direttamente al minore tale situazione giuridica, da non confondere "con l'altro dovere, imputato invece ai genitori, di curare l'adempimento dell'obbligo, dovere che trova la sua fonte di legittimazione nell'art. 30"[112].

9. La doverosità al di fuori dell'obbligo scolastico, prove INVALSI e alternanza scuola lavoro. Brevi riflessioni su vaccini

Sin dalla teorizzazione svolta da Lombardi, come si è visto, i doveri costituzionali sono stati ricostruiti come situazioni giuridiche tassativamente enumerate nel testo costituzionale, dai quali possono derivare obblighi di fonte legislativa, attuazione degli stessi in adempimento dei doveri di solidarietà sociale di cui all'art. 2. La natura tassativa dei doveri costituzionali non

[110] Art. 8 della l. n. 1859 del 1962.

[111] Come segnalato da Cass. Pen, Sez. VII, ord. n. 29439 del 22/11/2015.

[112] V. ATRIPALDI, *Diritto allo studio*, Napoli 1975, 65. Per A. Poggi, cit., invece titolare dell'obbligo sarebbero i genitori esercenti la potestà genitoriale. Analogamente individua in linea di principio "due ordini di destinatari" per il dovere di istruzione e di frequenza scolastica G. LOMBARDI, *Contributo*, cit., 443. Ma sull'ultimo profilo non posso rinviare che alla specifica relazione di E. Lamarque in questo seminario.

è stata successivamente contestata in modo efficace, pur restando chiaramente nella disponibilità del legislatore statale il potere di imporre prestazioni personali o patrimoniali in base alla legge, come previsto dall'art. 23. Recenti interventi legislativi sollevano oggi un quesito legato all'inquadramento delle prestazioni che essi introducono, qualora i comportamenti doverosi previsti si vengano a porre in relazione ai previsti doveri costituzionali. Un profilo di particolare interesse pare poi quello di obblighi suscettibili di rendere più oneroso o addirittura impedire l'esercizio dei doveri, o dei diritti fondamentali ad essi collegati.

Avviandosi a concludere queste riflessioni sul diritto-dovere all'istruzione, si deve quindi provare ora a riflettere brevemente su alcuni obblighi introdotti dal legislatore nell'ultimo periodo, specificamente connessi alla frequenza scolastica ed apparentemente suscettibili di influenzare il concreto inverarsi del diritto-dovere all'istruzione.

Un primo caso è rappresentato dal decreto-legge n. 73 del 2017, nel quale l'obbligo vaccinale è connesso alla frequenza della scuola nel periodo coperto dall'obbligo scolastico. Nel secondo caso, la legge n. 107 del 2015 introduce l'obbligo della alternanza scuola lavoro, riguardante tutti gli studenti dell'ultimo triennio della scuola secondaria superiore cui viene richiesto di prestare una attività lavorativa a titolo gratuito per un numero non trascurabile di ore nel corso dell'anno scolastico. Un terzo esempio di tale tendenza ad imporre obblighi connessi all'esercizio del diritto dovere all'istruzione è rappresentato dall'introduzione dell'obbligo per i discenti della scuola primaria e secondaria (classi II e V della scuola primaria, III della scuola secondaria di primo grado, II e V della scuola secondaria di II grado) di sostenere i test elaborati dall'INVALSI.

Per quanto riguarda il primo tema, il decreto-legge n. 73 del 2017 ha introdotto, com'è noto, l'obbligatorietà di dieci vaccini per i minori fino a 16 anni, collegandolo all'obbligo scolastico. Il nesso deriva dall'onere della necessaria produzione della certificazione vaccinale al momento dell'iscrizione alla scuola da parte dei genitori dei minori. La previsione dell'adempimento di tale obbligo come condizione per l'ammissione alla scuola non è nuova per il nostro ordinamento, risalendo solo al 1999 l'abrogazione delle disposizioni con cui già si subordinava alla presentazione del certificato vaccinale l'ammissione alla scuola dell'obbligo primaria[113]. Nonostante ciò, la reintroduzione dell'obbligo, anche in ragione del numero elevato dei vaccini previsti, ha suscitato un vivace dibattito pubblico nel nostro paese. Le critiche prevalenti si sono incentrate sul dato per cui, nel quadro legislativo dei paesi

[113] L'obbligo prevedeva allora un numero inferiore di vaccini, distintamente disciplinati; esso era previsto tra gli altri dal DPR n. 1518 del 1967, all'art. 47, che è stato fatto venir meno con il DPR 355 del 1999.

dell'Europa occidentale in materia risulta prevalente la tutela della libertà individuale, tendenzialmente discostandosi gli stessi dal principio della prescrittività. Si ritiene cioè preferibile seguire un metodo di persuasione incentivata grazie ad attività di divulgazione ed informazione pubblica in materia. Tuttavia, va anche ricordato come l'obbligatorietà vaccinale sia prevista in numerosi altri paesi occidentali, disponendosi la sanzionabilità tramite la mancata ammissione nelle scuole per difetto di vaccinazioni, ad esempio nella legislazione di alcuni Stati Usa[114].

Poiché la sospensione dell'obbligo vaccinale, a seguito della sua abrogazione, in Italia si è però presto dimostrata fallimentare, portando ad un calo significativo della copertura vaccinale,[115] si è avviato un processo di reintroduzione dell'obbligo vaccinale in connessione all'accesso alla scuola dell'obbligo, partito prima dalle regioni,[116] e approdato poi a livello legislativo, subordinando apparentemente il diritto all'istruzione al "dovere alla salute"[117]. In realtà, ad un esame più attento il decreto-legge n. 73 del 2017 prevede la preclusione per i bambini non vaccinati esclusivamente dell'accesso agli asili nido e alla scuola dell'infanzia, mentre per la scuola dell'obbligo si dispone che lo studente venga comunque ammesso a frequentare la scuola, prevedendosi tuttavia il dovere per il dirigente scolastico di segnalare alla ASL competente la mancata certificazione dell'avvenuta vaccinazione, e la successiva convocazione degli stessi ad opera del SSN. In entrambi i casi ai genitori o a chi esercita la potestà genitoriale possono essere irrogate sanzioni amministrative e pecuniarie[118].

Da questo punto di vista, non parrebbe rinvenibile una aperta violazione del diritto-dovere all'istruzione, che non verrebbe ad essere compressa dal provvedimento. Di fatto, tuttavia, non si può non ritenere che le conseguenze che possono derivare da questa disciplina siano suscettibili di incidere anche solo indirettamente sulla garanzia dell'istruzione dell'obbligo, introducendo un onere su chi esercita la potestà genitoriale, che soprattutto nella fase di primo avvio dell'applicazione della nuova normativa, ha dato luogo a disagi e ritardi[119]. In

[114] M. TOMASI, *Vaccini e salute pubblica: percorsi di comparazione in equilibrio fra diritti individuali e doveri di solidarietà*, in *DPCE* 2017, 463 ss.

[115] Al punto che nel 2014 si è registrato che tutte le vaccinazioni principali erano sotto il 95%, soglia che garantisce la "community immunity". Secondo la ricerca medica (e l'OMS). La regione Veneto ha contestato tale dato nel ricorso che ha portato alla sent. n. 5 del 2018, su cui v. M. SALAZAR, *La Corte costituzionale* immunizza *l'obbligatorietà dei vaccini,* in *Quaderni costituzionali* 2018, 465 ss.

[116] M. TOMASI, cit., 478-479.

[117] Sul tema, che sarà qui solo sinteticamente ricordato, non posso che rinviare per i più ampi riferimenti alla relazione di L. D'Andrea in questo seminario.

[118] Art. 1 comma 4 del decreto-l. n. 73 del 2017.

[119] Si veda in proposito la circolare del Ministero della Salute del 6 luglio 2018 con la quale, in attesa dell'attivazione dell'Anagrafe nazionale Vaccini si è disposta un'attenuazione de-

attesa di verificare a quali modifiche della disciplina stessa potrà portare il cambio di legislatura, l'obbligo introdotto pare indiscutibilmente compatibile col quadro normativo del diritto-dovere all'istruzione, in ragione della necessità di tutelare contemporaneamente il diritto-dovere alla salute, di analogo rango costituzionale. Trattandosi poi, per quattro dei dieci vaccini elencati nel decreto-legge, di un obbligo di durata temporanea, dovendo essere valutata al termine di ogni triennio la perdurante necessità del regime obbligatorio, l'area dello stesso pare in ogni caso destinata a restringersi a breve, ponendosi così in essere quello che appare complessivamente un ragionevole bilanciamento tra le preminenti esigenze di tutela della salute collettiva, con il diritto individuale. Per quanto concerne in particolare il diritto-dovere all'istruzione, esso non pare insomma subire un significativo pregiudizio[120].

Un'ulteriore disposizione che introduce un obbligo connesso alla condizione di studente della scuola è stata introdotta dalla legge n. 105 del 2017, già richiamata precedentemente come legge sulla "Buona scuola", che ha inserito organicamente l'Alternanza scuola-lavoro (d'ora in poi ASL) nell'offerta formativa di tutti gli indirizzi di studio della scuola secondaria di II grado come parte integrante dei percorsi di istruzione. In base all'art. 1, comma 33 della legge n. 107, nell'intento di introdurre una forma di orientamento al lavoro ed un incremento delle future opportunità di lavoro degli studenti, negli ultimi tre anni della scuola secondaria superiore si è previsto l'obbligo per gli studenti di seguire i percorsi di Alternanza scuola-lavoro, per una durata complessiva di almeno 400 ore negli istituti tecnici e professionali, e di 200 ore nei licei. A garanzia dell'adempimento di tale obbligo, l'espletamento dei relativi percorsi era previsto nella legge sulla Buona scuola come requisito di ammissione ai fini dell'accesso all'esame di maturità, fino a quando un emendamento introdotto in sede di conversione dal decreto-legge cd milleproroghe 2018 ha rinviato l'entrata in vigore di tale condizione di accesso alle prove finali della scuola secondaria superiore, in vista di un complessivo ripensamento dell'ASL[121].

Il concreto inverarsi dei percorsi di ASL ha mostrato sin dalla prima attuazione come gli stessi consistano sostanzialmente nello svolgimento di at-

gli obblighi previsti dal DL, rendendo inoperative le norme sulle sanzioni, in un'ottica diciamo "innovativa" in termini di gerarchia delle fonti.

[120] In tal senso F. PIZZETTI, nonché C. SALAZAR e A. SPADARO, in *Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte,* in *BioLaw Journal – Rivista di BioDirit*to, 2/2017, rispettivamente 22, 36 e 28. Cfr. G. SORRENTI, ivi, 34.

[121] Nell'art. 6 è stato inserito un comma 3 *octies* dalla l. n. 108 del 2018, di conversione del decreto-l. n. 91 del 2018: "Nelle more della revisione della disciplina dei percorsi di alternanza scuola-lavoro, il termine di entrata in vigore dell'art. 13, comma 2, lettera c), nonché dell'art. 14, comma 3, sesto periodo, limitatamente alle attività assimilabili all'alternanza scuola-lavoro, del d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, è differito dal 1° settembre 2018 al l° settembre 2019".

tività lavorative a titolo gratuito da parte degli studenti, frequentemente caratterizzate come prive di contenuto formativo, se non del tutto avulse dai percorsi didattici della scuola, con la controindicazione ulteriore di sottrarre tempo all'ordinario percorso di istruzione scolastica. La *ratio* stessa della previsione dei percorsi di ASL sembra destinata a delegittimare indirettamente ed ulteriormente la scuola, quale istituzione che non sarebbe da sola in grado di fornire una preparazione adeguata al futuro dei giovani che la frequentano, oltre a finire addirittura col costituire un'occasione, in alcuni casi, per ridurre l'orario di lavoro (e quindi la paga) e in generale l'occupazione dei lavoratori adulti, cui vengono sostituiti gli studenti in alternanza. Le numerose criticità manifestatesi in fase di prima attuazione della ASL obbligatoria[122] hanno reso evidente la necessità di un ripensamento della stessa. È stata poi dettata una Carta dei diritti e dei doveri degli studenti, con cui si è tentato di predisporre, forse un po' tardivamente, un quadro normativo meno generico rispetto a quello dettato nella legge n. 108[123]. Successivamente, al volgere della legislatura, sono stati annunciati imminenti interventi di modifica della ASL, oltre ad una riduzione del monte ore complessivo[124]. Per quanto attiene alla riflessione sull'impatto degli obblighi introdotti dal legislatore in connessione all'esercizio del diritto-dovere all'istruzione, pareva in contrasto con gli artt. 33 e 34, oltre che con l'art. 2, l'aver concepito lo svolgimento delle attività nei percorsi di ASL come ob-

[122] A seguito degli abusi riscontrati nelle relative attività (ampiamente riportate sui quotidiani, tra gli altri v. *Alternanza Scuola-lavoro, la denuncia degli studenti: "Sfruttati per pulire i bagni dei ristoranti e fare volantinaggio"*, in *Fattoquotidiano.it*, 6 marzo 2017, che riporta una serie di episodi significativi). Da ultimo, *Tecnica della scuola* del 14 giugno 2018 riporta la seguente notizia "*Alternanza scuola-lavoro, studente perde falange. Bussetti: chi ha sbagliato paghi. I sindacati: basta sfruttamento*".

[123] DM 195/2017, entrato in vigore il 5-1-2018, recante il "Regolamento recante la Carta dei diritti e dei doveri degli studenti in alternanza scuola-lavoro e le modalità di applicazione della normativa per la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro agli studenti in regime di alternanza scuola-lavoro", che all'art. 4 prevede l'irrogazione di sanzioni disciplinari nei confronti degli studenti che non ottemperino ai doveri connessi all'ASL, non mostrando tuttavia altrettanto zelo nel disciplinare gli obblighi a tutela della salute e sicurezza degli studenti. La vigilanza sulla sicurezza sul lavoro è affidata a sole 4 ore di formazione, mentre quella sulla salute degli studenti è affidata alla vigilanza delle competenti aziende sanitarie locali.

[124] Il Ministro ha recentemente preannunciato modifiche circa la disciplina dell'ASL: "il Ministero non può tollerare percorsi che non siano di assoluta qualità, rispondenti a standard di sicurezza elevati ma, soprattutto, che non siano affatto coerenti con il percorso di apprendimento dello studente interessato", Linee programmatiche, 11 luglio 2018, Commissioni VII Camera e Senato. L'ASL è stata dunque ribattezzata come "Percorsi per le competenze trasversali e per l'orientamento", mentre la durata è stata ridotta a: non meno di 210 ore nel triennio degli istituti professionali; di 150 negli istituti tecnici; di 90 nei licei. Le modifiche sono recate dalla legge di stabilità 2019 (n. 145 del 2018), art. 1, commi 784-786.

bligatorie ai fini dell'accesso all'esame di maturità, introducendosi irragionevolmente un onere ulteriore per l'accesso alla maturità rispetto ai principi di "libertà nella scuola", della "scuola aperta" oltre a quello dell'obbligatorietà degli esami di stato di cui all'art. 33 comma 5, ai fini dell'accesso ad un titolo di studio che ha ancora valore legale. Allo stato la disciplina continua a suscitare comunque perplessità in relazione alla torsione subita dal diritto all'istruzione di cui si è detto in apertura. Non pare infatti che in questo caso il diritto all'istruzione venga ad essere compresso in nome di istanze di pari rango costituzionale, ed anzi parrebbe che vengano ad essere intaccati altri principi costituzionali rilevanti in materia, oltre a quelli richiamati, proprio in ragione del contenuto esclusivamente lavorativo più che formativo di gran parte dei percorsi di alternanza[125]. Non riguardando tale *istituto* tuttavia la fase dell'obbligo scolastico si può ritenere che l'Alternanza non gravi sul dovere, ma esclusivamente sul diritto all'istruzione, comprimendone gli aspetti di libertà, oltre a proseguire l'opera di surrettizio svuotamento del contenuto dell'istruzione in direzione diversa da quella immaginata dai costituenti, così come si è già indicato in apertura.

Analoghe preoccupazioni suscita infine l'avvenuta introduzione su scala nazionale dei test INVALSI come obbligo il cui adempimento è ripetutamente richiesto nei diversi livelli dei percorsi della scuola primaria e secondaria. I suddetti test, distinti ed aggiuntivi rispetto agli esami di stato, costituzionalmente previsti per la conclusione o l'accesso ai diversi cicli scolastici, consistono in prove standardizzate *computer based* elaborate secondo modelli ed indicazioni, la cui derivazione, come già si ricordava, risulta di matrice sovranazionale[126]. La finalità dei test, inizialmente orientata a consentire una autovalutazione da parte delle scuole stesse ed una valutazione da parte del MIUR dell'andamento del sistema scolastico, pare oggi indirizzarsi verso obiettivi ulteriori, prevedendosi che i risultati individuali vengano comunicati agli interessati, rimangano quale parte del curriculum scolastico individuale, ma soprattutto, il loro superamento costituisca requisito per l'accesso all'esame di conclusione del ciclo scolastico[127].

L'aggiunta di un obbligo che accompagna e condiziona la possibilità di adempimento dell'obbligo scolastico, e più ampiamente dell'esercizio del diritto-dovere all'istruzione pare significativa. Oltre ad influenzare la prepara-

[125] Il diritto-dovere al lavoro degli studenti, ma anche dei lavoratori pretermessi in ragione dei percorsi di ASL; il diritto alla retribuzione dignitosa, obliterato in relazione ai percorsi di ASL; il principio di uguaglianza formale, laddove a parità di mansioni esercitate non è concesso agli studenti alcun compenso per l'attività lavorativa svolta.

[126] Da ultimo in materia è intervenuto il d.lgs. n. 62 del 2017.

[127] D.lgs. n. 62 del 2017, art. 7 comma 4, "Le prove di cui al comma 1 si svolgono entro il mese di aprile e la relativa partecipazione rappresenta requisito di ammissione all'esame conclusivo del primo ciclo di istruzione".

zione per tali prove ed il loro stesso svolgimento il contenuto e la garanzia del diritto-dovere di istruzione, si deve considerare che l'introduzione della previsione di tali test come obbligatori nasce sulla base dell'idea che sia necessario verificare e misurare la validità dell'istruzione scolastica dall'esterno. Non risulta tuttavia che, a seguito dell'introduzione di tali processi, si sia ottenuto un miglioramento della performance del sistema scolastico rispetto ai suoi obiettivi istituzionali, sistema che vede una pessima *performance* complessiva[128], probabilmente anche a seguito della stretta sulle risorse finanziarie destinate all'intero comparto dell'istruzione negli ultimi dieci anni, nonché il palesarsi di problemi strutturali significativi che riguardano l'edilizia scolastica, il reclutamento della docenza, l'inclusione scolastica, la garanzia del diritto allo studio, la formazione degli insegnanti, di cui si è parlato nelle pagine precedenti. Sembra inoltre che, dopo questo primo passaggio, ci si avvii progressivamente a prefigurare un impiego sempre più massiccio dei risultati dei test individuali, che si prospettano come strumento per la valutazione dei singoli scolari e studenti suscettibile di influenzarne poi per tutto il corso della loro formazione e vita lavorativa. Un impiego così massiccio di tali dispositivi di valutazione e controllo[129] pare, tra le altre perplessità, destinato inevitabilmente a minare alle fondamenta il rapporto di fiducia che deve costruirsi nella scuola tra famiglie, alunni e insegnanti.

Sembra in conclusione evidente come la mole e la varietà dei problemi che emergono al solo tentare una riflessione sul diritto dovere all'istruzione interroghino circa la pensabilità stessa di soluzioni che possano nell'immediato riportare ad uno standard accettabile di tutela di tale situazione giu-

[128] Il già richiamato rapporto OCSE, *Education at a glance 2018,* 7 (scheda Italia*),* segnala che "La crisi economica del 2008 è durata più a lungo in Italia rispetto ad altri Paesi, nel senso che la spesa per studente nelle istituzioni scolastiche dalla scuola primaria agli istituti postsecondari terziari ha ritrovato gli stessi livelli del 2010 solo nel 2015", essendo diminuita del 5% nel solo 2011. Nel frattempo, nonostante la valutazione positiva dell'OCSE sulla Buona scuola, l'ASL, il Piano nazionale per la scuola digitale e l'incremento delle iscrizioni agli istituti tecnici e professionali nel nostro paese, nel rapporto "Strategia per le competenze dell'OCSE. Sintesi del Rapporto Italia. 6-9, si riporta che il numero di iscritti alle università italiane è sceso in assoluto dell'8% tra il 2010 e il 2015; il rapporto *PIAAC, Programme for the International Assessment of Adult Competencies (OCSE)* volto a misurare il livello di competenze degli adulti europei per l'elaborazione delle informazioni necessarie per un approccio completo al mondo del lavoro e della vita sociale, che misura, per gli adulti dai 16 ai 65 anni, il livello delle competenze chiave nei campi di alfebetizzazione di base e matematico-scientifica, pur risalendo al 2011-2012 ha riscontrato un preoccupante risultato per i giovani italiani, che non si può che addebitare al sistema scolastico.

[129] Inevitabilmente il pensiero corre alle pagine di M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire, Nascita della prigione*, Torino 2014, in particolare 190 ss, che individua, rispetto a quanto avvenuto nelle istituzioni della pena, lo "stesso movimento nella riorganizzazione dell'insegnamento elementare: specificazione della sorveglianza e integrazione nel rapporto pedagogico", 193-194.

ridica. Così, occorre indagare quali siano i programmi che possano, nel lungo periodo, riportare il sistema scolastico italiano, attualmente in crisi profonda, ad un'ordinata normalità. Ma entrambe le questioni non paiono più procrastinabili, in vista non solo della centralità del diritto-dovere all'istruzione in relazione alle potenzialità di sviluppo della persona umana, ma di un problema forse ancora più grande. Non c'è bisogno di citare Calamandrei per ricordare che cittadini non consapevoli si trasformano facilmente in sudditi. La centralità dell'istruzione nello sviluppo della persona e per la costruzione della cittadinanza torna quindi in evidenza in tutta la sua urgenza. Da questo punto di vista il rischio che si intravede dietro l'angolo si è già palesato tra noi negli anni della crisi: "la prospettiva che si apre è la tutela tecnocratica sulla politica. È una prospettiva realistica, non solo nei casi eccezionali in cui una catastrofe … incombe e la politica si autosospende e, per sortire dalle difficoltà si affida, se non alla Repubblica dei filosofi, almeno alla repubblica dei competenti"[130].

Non può che emergere allora come indifferibile la centralità dei profili di doverosità dei diritti[131], come il direttivo del Gruppo di Pisa ha evidenziato con la scelta del tema di questo seminario. Aderire alla posizione che segnala come il costituzionalismo sia stato "il mondo dei diritti, ma ora il mondo ha bisogno di doveri"[132], pare necessario. Sorge però un paradossale interrogativo: "come si fa ad imporre qualcosa che, come la solidarietà, c'è o, se manca, non può essere «creata» artificialmente in forza di alcun comando giuridico?"[133]

Sarà necessario forse ripartire dalla lettura critica del reale[134], proprio quella che abbiamo appreso sui banchi delle nostre scuole, e che si è tentato di svolgere sin qui, in vista di una rifondazione su di essa del significato e del ruolo che oggi possono rivestire i doveri di solidarietà di cui parla la Costituzione[135].

[130] G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, Torino 2018, 112.

[131] Su cui v., tra tutti, A. RUGGERI e A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, 343 ss.

[132] "Doveri e tecnocrazia fanno paura, non c'è che dire. Ma sono necessari proprio alla luce delle premesse e delle promesse del costituzionalismo, una volta che non lo si intenda come mero egoismo dei viventi" G. ZAGREBELSKY, *Diritto allo specchio*, cit., 112-113. Sul tema della prevalenza dei diritti sui doveri v. anche G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte,* in *I doveri costituzionali, la prospettiva del giudice delle leggi, a cura di* R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO e J. LUTHER, Torino 2007, 371.

[133] A. MORELLI, *I paradossi della fedeltà alla Repubblica*, Milano 2013, 17.

[134] Destinataria dei doveri è "la concreta persona umana, individuata in un certo momento storico del diritto positivo, non un individuo astratto", "i poteri pubblici, infatti, non hanno solo una funzione di 'mediazione statica', bensì di 'sintesi dinamica', ossia di '*reformatio* del corpo sociale'. Così F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, cit., 43.

[135] A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale*, Costituzionalismo 1/2016, "

IL DIRITTO-DOVERE DEI GENITORI DI MANTENERE, ISTRUIRE ED EDUCARE I FIGLI

di Elisabetta Lamarque

1. Come suggerisce il suo titolo, questo contributo si occupa dei connotati costituzionali del rapporto di filiazione e della posizione costituzionale dei bambini e degli adolescenti[1], ma tenta di farlo da una prospettiva per così dire speculare rispetto a quella oggi più considerata, e forse abusata, nelle aule giudiziarie e nei contributi di dottrina, che è, come risaputo, la prospettiva dei figli e dei loro *best interests*. Il contributo intende infatti trattare il tema dalla prospettiva propria del testo della nostra Costituzione, che è innanzitutto la prospettiva dei genitori e della loro posizione complessiva nei confronti dei figli.

È indubbiamente dal punto di vista dei genitori, e non da quello dei figli, che l'art. 30 Cost. in apertura, nei suoi due primi commi, affronta il tema della filiazione[2]. L'art. 30 Cost. si occupa invece direttamente dei figli solo in seconda battuta e, tra l'altro, con un atteggiamento non particolarmente positivo e di favore, dato che il terzo e il quarto comma dell'articolo costituzionale sulla filiazione non fanno altro che prevedere la possibilità per il legislatore di introdurre limiti e ostacoli alla realizzazione delle pretese di alcune categorie di figli nei confronti di coloro che li hanno generati.

Tornare alla prospettiva del testo della Costituzione, naturalmente, non vuole dire tentare una lettura originalista dell'art. 30.

Un tentativo in questo senso sarebbe assurdo perché – bisogna ammetterlo – non c'è forse articolo della nostra Carta costituzionale che più di questo sia stato superato, anzi travolto, dalla rivoluzione della società e dei costumi che si è avuta in questi settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione.

Inoltre, l'idea di restare fedeli alla lettera dell'articolo e all'intenzione dei Costituenti non sembra produttiva perché, come si è già avuto occasione di rilevare[3], e qui se ne fa cenno senza poterne dare dimostrazione, il testo

[1] G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Wolters Kluwer Cedam, 2015.

[2] Da ultima sempre G. MATUCCI, *Articolo 30*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Vol. I, a cura di F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA e G.E. VIGEVANI, Bologna, 2018.

[3] E. LAMARQUE, *Art. 30*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO e M. OLIVETTI, I, Torino, 2006; EAD. *Famiglia (dir. cost.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, III, Milano, 2006; EAD. *Gli articoli costituzionali sulla fami-*

dell'art. 30 Cost. nella sua lunga vita non è mai stato in realtà in grado di dettare le regole fondamentali dell'ordinamento italiano in materia di rapporto di filiazione, e ciò a causa soprattutto della sua ambiguità, e della compresenza nel suo testo di previsioni straordinariamente lungimiranti e di altre invece addirittura retrive.

Così, è accaduto che nei primi venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione la dottrina e la stessa giurisprudenza costituzionale hanno interpretato e applicato l'art. 30 Cost. alla luce delle disposizioni del codice civile, invertendo il più elementare canone esegetico secondo cui le norme inferiori devono essere intese in senso conforme a quelle superiori, e non viceversa[4], e giustificando così in particolare il trattamento deteriore che il codice civile del 1942 riservava ai figli illegittimi (che erano, in ordine decrescente di tutela, di tre categorie: naturali, adulterini e incestuosi).

Ma paradossalmente il tenore letterale dell'art. 30 Cost. non fu considerato neanche in seguito, nel momento stesso in cui si dichiarò di volervi dare finalmente attuazione. Negli anni che hanno preceduto e immediatamente seguito la riforma del diritto di famiglia del 1975, infatti, si è avuto il contrario fenomeno della sua iper (o sovra) interpretazione del suo testo, favorito da una dottrina che pretendeva di utilizzare l'argomento costituzionale come perno e strumento di una politica legislativa volta a favorire, prima, e a legittimare, poi, la riforma del codice civile, presentandola come il necessario e dovuto adempimento dei precetti dell'art. 30 Cost., spacciati per imperativi chiari e univoci (cosa che in realtà non sono e non sono mai stati).

Certamente, il merito di una simile operazione fu quello di iniziare finalmente a leggere l'art. 30 Cost. in combinato disposto con il principio personalista e il principio generale di eguaglianza. Questa operazione, tuttavia, ebbe anche il grave demerito di diffondere l'idea – del tutto errata – che l'art. 30 Cost. fosse tutto rose e fiori, perché volutamente ignorò le dolorose spine in esso contenute, e cioè le esplicite eccezioni a quei principi[5]. Non si deve dimenticare, invece, che l'art. 30 Cost. *testualmente* non solo introduce l'odioso limite all'eguaglianza tra tutti i figli, nati fuori o dentro un rapporto matrimoniale dei genitori, della compatibilità con i diritti dei membri della famiglia legittima, ma mantiene anche, a monte, la stessa distinzione termi-

glia: travolti da un insolito (e inesorabile) destino, in *La "società naturale" e i suoi "nemici"*, a cura di R. BIN, G. BRUNELLI, A. GUAZZAROTTI, A. PUGIOTTO e P. VERONESI, Torino, 2010, 191 ss. Si veda anche A. RUGGERI, *Modello costituzionale e consuetudini culturali in tema di famiglia, tra tradizione e innovazione*, in *Consulta Online*, 2018, p. 526.

[4] I più importanti contributi dottrinari di quella prima fase (Grassetti, Esposito, Giorgianni, Nicolò, Rescigno, Bianchi d'Espinosa, Mengoni) sono raccolti nel volume *Sempre più uguali. I diritti successori del coniuge e dei figli naturali a 70 anni dal Codice civile*, a cura di G. CHIODI, Milano, 2013.

[5] Si vedano i contributi citati *supra* alla nota 3.

nologica tra figli nati fuori e dentro il matrimonio, che smentisce l'idea dell'assoluta eguaglianza tra figli e che per questo oggi è stata superata dalla legislazione ordinaria; e, ancora, dopo avere affermato il dovere-diritto di tutti i genitori nei confronti di tutti i figli, contraddice questa affermazione affrettandosi a precisare, al quarto comma, che vaste categorie di genitori potranno continuare a godere di uno scudo legislativo che li esima da ogni responsabilità.

Oggi, dunque, le previsioni del terzo e del quarto comma dell'art. 30 Cost. sono considerate, dalla giurisprudenza costituzionale e comune, sostanzialmente *tamquam non essent*, perché viene preferita un'interpretazione sistematica del testo costituzionale che fa costantemente prevalere, sulle clausole che limitano i diritti dei figli, la garanzia dei diritti della persona in formazione di cui all'art. 2 Cost., e il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

E tutto ciò senza volere neppure nominare l'onnivoro principio dei *best interests of the child*, che – per molte ragioni che qui non si possono approfondire – sarebbe più utile e corretto rendere in italiano con l'espressione *principio del migliore interesse*, o *del maggior benessere*, *del minore*, invece che principio del preminente o superiore interesse del minore[6]. Un principio a cui da tempo la giurisprudenza assegna valore sostanzialmente costituzionale, o perlomeno sovralegislativo, ricavandolo appunto dagli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost., oltre che dagli impegni internazionali assunti dal nostro Paese.

Soprattutto, tuttavia, un'interpretazione originalista è da respingere perché un articolo della nostra Costituzione che costituisce espressione del principio di solidarietà sociale, come è l'art. 30 quando enuncia il dovere di mantenimento, istruzione ed educazione dei figli, si presta ancor meno di altri articoli costituzionali a una lettura staticamente ancorata al momento storico in cui esso è venuto alla luce.

Come ricordava Stefano Rodotà, la solidarietà è una nozione che per sua natura esige di restare in contatto con il contesto sociale e culturale. La solidarietà, scriveva Rodotà, appartiene «a quei principi o a quelle clausole generali, flessibili, che la tecnica giuridica ha apprestato perché il sistema giuridico possa disporre di finestre aperte sulla società, per tenerne il passo senza che sia necessario un ininterrotto, faticoso, quasi sempre tardivo aggiornamento attraverso nuove norme»[7].

2. Fatte queste avvertenze, e tenendo sempre presente che viviamo in una

[6] Sia consentito il rinvio a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.

[7] S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, 42.

società e in generale in un mondo – si pensi all'evoluzione della scienza medica e della tecnologia – completamente differenti dalla società e dal mondo in cui vivevano i nostri padri costituenti, può comunque essere utile tornare a leggere il testo dell'art. 30 Cost. e alcuni passaggi dei suoi lavori preparatori.

Quali spunti di riflessione si ricavano da queste letture?

Innanzitutto si scopre che fin dall'inizio dei lavori della Costituente il dovere di istruire ed educare la prole è stato ritenuto degno di comparire espressamente nel testo della futura Costituzione.

Il primo giorno in cui si riunì la Prima sottocommissione della Commissione dei 75, il 26 luglio del 1946, infatti, si decise di istituire «un comitato incaricato di preparare l'indice dei lavori» della sottocommissione stessa, «un indice degli argomenti da trattare», «una specie di indice dei diritti e dei doveri del cittadino». Qualche giorno dopo, il 30 luglio, il comitato – composto da Basso, Moro e Cevelotto – presentò ai colleghi il frutto del suo lavoro, che Moro chiamò proprio «elenco sistematico dei diritti e dei doveri del cittadino». In questo elenco comparivano ben 50 diritti e solo 3 doveri: il «dovere del lavoro», l'«obbligo di eseguire prestazioni personali a favore dello Stato e di Enti pubblici a termini di legge» e – appunto – il nostro «*diritto-dovere di istruire ed educare la prole*».

Fu subito notata una sproporzione – troppe libertà e troppo pochi doveri – e ci si impegnò quindi a riequilibrare l'elenco, togliendo diritti e aggiungendo doveri, come ad esempio lo stesso dovere tributario, che inspiegabilmente non era presente in quell'elenco.

Quel che a noi oggi interessa, tuttavia, è fissare questo punto: non fu mai messo in dubbio che tra gli elementi fondativi della nuova società che si voleva costruire ci fosse anche il dovere dei genitori verso i figli.

Il dovere dei genitori, in altre parole, non fu mai relegato in una dimensione esclusivamente domestica, come semplice obbligo privatistico di alcuni cittadini nei confronti di altri, ma fu sempre considerato un *dovere di importanza per la società*, un *dovere di rilevanza sociale*[8]. Un *dovere* appunto, si dirà nell'art. 2 Cost., «*di solidarietà sociale*».

Ripercorrendo i lavori preparatori si scopre poi che nel testo definitivo del Progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei 75 il «diritto-dovere» enunciato in quella primissima lista subisce subito l'inversione e diventa «dovere-diritto» (art. 25)[9], e tale resta fino alla approvazione definitiva

[8] Si veda anche, in questo senso, D. BORGONOVO RE, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE (a cura di), *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza. Un'introduzione*, II ed., Torino, 2015, 61 e 84.

[9] L'art. 25 così recitava: «1. È dovere e diritto dei genitori alimentare, istruire, educare la prole. Nei casi di provata incapacità morale o economica la Repubblica cura che siano adem-

del testo della Costituzione, nonostante alcuni flebili tentativi di riportarlo alla formula diritto-dovere, che è accolta in altre parti del testo costituzionale. La scelta di fare precedere la parola dovere alla parola diritto fu dunque consapevole.

Le ragioni si traggono ancora una volta dall'esame della discussione in Assemblea Costituente. Il 23 aprile 1947, lo stesso giorno in cui l'art. 30 Cost. è approvato nel testo che oggi conosciamo, un deputato constata che «la Commissione … insiste nella inversione delle parole» e aggiunge quanto segue: «se la Commissione ha ciò fatto per affermare in modo preminente il significato morale, il significato soprattutto spirituale che si dà al "dovere" che hanno i genitori di alimentare, istruire ed educare la prole, io penso che la nuova dizione possa essere preferita; non insisto pertanto nella formula proposta»[10] (che era appunto quella iniziale del diritto-dovere).

Anche sulla necessità di porre l'accento sulla natura morale e spirituale, ancora prima che giuridica, del dovere dei genitori nei confronti dei figli, pare quindi che tutti i Costituenti fossero d'accordo. La circostanza è straordinaria perché la frattura tra i cattolici democratici e le sinistre che in Assemblea Costituente si produsse sul resto di quell'articolo, in relazione alla posizione dei figli illegittimi, fu forse più profonda di quella che si ebbe sull'indissolubilità del matrimonio, tanto da lasciare una profonda cicatrice nello stesso testo dell'articolo che, come si è detto, ha contenuti tra loro contraddittori.

Procedendo con l'esame dell'art. 30 Cost., si trova il secondo comma, che stabilisce che «Nei casi di incapacità dei genitori, la legge provvede a che siano assolti i loro compiti».

Questa previsione chiarisce quale è, e quale fosse anche secondo l'intenzione dei Costituenti, la natura del dovere-diritto dei genitori.

Innanzitutto, essa dà vita all'unico caso, tra i casi di ossimoro costituzionale oggetto di studio nel presente volume, in cui le due posizioni – quella di vantaggio e quella di svantaggio – sono talmente collegate tra loro che se cade l'una – se cioè il genitore per qualsiasi motivo, anche senza sua colpa, non riesce ad assolvere al suo dovere (la Costituzione parla proprio di «incapacità») – cade anche l'altra, nel senso che il genitore perde anche il suo diritto.

In secondo luogo, la previsione del secondo comma pone ancora di più l'accento sull'obiettivo finale – quello che il figlio riceva mantenimento,

piuti tali compiti. 2. I genitori hanno verso i figli nati fuori del matrimonio gli stessi doveri che verso quelli nati nel matrimonio. La legge garantisce ai figli nati fuori del matrimonio uno stato giuridico che escluda inferiorità civili e sociali. 3. La Repubblica provvede alla protezione della maternità, dell'infanzia e della gioventù, favorendo ed istituendo gli organi necessari a tale scopo».

[10] Camposarcuno, Atti A.C., Assemblea, seduta del 23 aprile 1947.

istruzione ed educazione – perché dispone che tale obiettivo debba essere raggiunto in ogni caso, e dunque anche eventualmente da un soggetto diverso dal genitore, se il genitore per qualsiasi causa non è capace (il termine utilizzato è, si deve di nuovo sottolinearlo, «incapacità») di farvi fronte.

Ed è proprio questa sorta di fungibilità del soggetto incaricato del mantenimento, dell'istruzione e dell'educazione della persona minore di età, che si ricava inequivocabilmente da una lettura congiunta del primo e del secondo comma dell'art. 30 Cost. [11], che fa definire lo stesso diritto dei genitori nei confronti dei figli più propriamente come una *funzione*, e cioè non come una libertà della persona, ma appunto come un diritto-dovere che trova nella realizzazione del mantenimento, istruzione ed educazione del figlio non solo il suo obiettivo, ma anche il suo limite[12].

3. A sua volta, lo abbiamo visto prima, la Costituzione considera il mantenimento, l'istruzione e l'educazione dei figli come una funzione da svolgersi non solo per la garanzia – immediata – di un interesse individuale, dei figli stessi, ma anche – mediatamente e contemporaneamente – in vista della realizzazione di un preciso interesse dell'intera collettività: l'interesse alla crescita equilibrata di tutte le persone minori di età che della comunità fanno parte[13] o, meglio, l'interesse fondamentale della società a che tutte le persone in formazione possano essere messe in grado di svolgere, una volta completato il loro processo di formazione, «secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società», come afferma l'art. 4 Cost.

Ne consegue, tra l'altro, che il diritto del genitore trova un limite sia nei diritti del figlio considerato come individuo inserito nella trama di relazioni che compongono la società, sia nell'interesse della società alla sua crescita.

L'esempio-limite che si può fare, pur riconoscendo che si tratta quasi di una provocazione, è quell'orientamento consolidato del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria che utilizza i provvedimenti relativi alla decadenza e alla limitazione della responsabilità genitoriale ai sensi degli artt. 330 e 333 cod. civ. allo scopo di offrire ai minori appartenenti alle famiglie coinvolte nella criminalità organizzata «un'alternativa, un'affrancazione dalla 'ndrangheta»[14].

[11] Cfr., per tutti, C. COSSU, *Potestà dei genitori*, in *Digesto IV Discipline privatistiche – Sezione civile*, XIV, Torino, 1996, 117.

[12] In questo senso già C. cost., sentt. n 132 del 1992 e n. 109 del 1981.

[13] V. anche A.C. MORO, *Manuale di diritto minorile*, I ed., Bologna, 1998, 127 e 134.

[14] Su quell'orientamento giurisprudenziale, peraltro, si è espresso favorevolmente lo stesso Consiglio Superiore della Magistratura con la delibera del 31 ottobre 2017 dal titolo «La tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata". Sul tema si veda an-

Lo strumento civilistico è evidentemente utilizzato in un'ottica del tutto inedita. Il presupposto di quei provvedimenti, infatti, con i quali si dispone l'allontanamento del minore dalla sua famiglia, è il concreto pregiudizio per il minore derivante: o dalla sua «assuefazione a modelli culturali e comportamentali criminali del genitore» (dall'indottrinamento mafioso al diretto coinvolgimento nei reati di famiglia); oppure da comportamenti irregolari o illeciti del minore stesso, se sottovalutati o persino approvati dal genitore; oppure ancora il pregiudizio derivante dal fatto che uno dei genitori è collaboratore di giustizia oppure, all'inverso, da molti anni latitante.

Sullo sfondo, come afferma lo stesso presidente del Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria in un suo contributo pubblicato in una rivista scientifica, c'è l'idea che «i provvedimenti *de potestate* appaiono anche espressione di una funzione pubblicistica dei poteri giudiziari, in quanto l'interesse tutelato è pure un interesse eminentemente pubblico: quello dell'educazione di un minore cui la società tutta è massimamente interessata perché la corretta e responsabile formazione della personalità di un giovane è garanzia di un ordinato e progressivo sviluppo della convivenza civile di un paese»[15]. E ciò, precisa lo stesso giudice, senza che ciò significhi aderire a una «ideologia di Stato che tenda a uniformare l'educazione morale e intellettuale dei minori», radicalmente rifiutata dalla Costituzione, ma in virtù proprio dell'art. 2 Cost., che vuole il processo di formazione del minore vincolato «all'integrale sviluppo della sua personalità in un quadro che deve risultate "solidale" con i valori che la Costituzione indica a criterio direttivo dell'intero processo di formazione morale e intellettuale della gioventù»[16].

Un secondo esempio di orientamento giurisprudenziale nel quale il dovere-diritto del genitore assume la veste di funzione da esercitare nell'interesse del figlio ma anche, contemporaneamente, nell'interesse della comunità, è naturalmente quello – anch'esso molto controverso – delle vaccinazioni obbligatorie. In questo ambito la libertà di scelta, la libera autodeterminazione, dei genitori risulta talmente limitata da arrivare sostanzialmente a scomparire[17], perché non solo recede di fronte al diritto fondamen-

che G. CASABURI, *Nota a decr. App. Catania 6 febbraio 2018; decr. Trib. minori Reggio Calabria 31 ottobre 2017; decr. Trib. minori Genova 8 settembre 2017*, in *Foro it*., 2018, 1428 ss.

[15] R. DI BELLA, *Le potenzialità della Giustizia minorile nel contrasto ai sistemi criminali familiari: la tutela dei minori di 'ndrangheta tra prassi giudiziaria e prospettive de iure condendo*, in *Minorigiustizia*, n. 3-2016, 24. Nel medesimo numero di *Minorigiustizia* si vedano anche i contributi di L. BARONE e C. COTTATELLUCCI, *La tutela dei minori nei sistemi di prevenzione e contrasto della criminalità*, 7 ss. e P. TODINI, *La protezione dei minori appartenenti alle famiglie di 'ndrangheta: responsabilità genitoriali, interessi, strumenti*, 63 ss.

[16] R. DI BELLA, *op. cit.*, 21.

[17] Similmente, tra gli altri, L. PEDULLÀ, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forumcostituzionale.it*,

tale del figlio alla salute, come accade nelle altre decisioni relative ai trattamenti sanitari sulla persona del figlio (pensiamo ai noti temi delle trasfusioni salvavita o dei trattamenti antitumorali), ma arretra anche di fronte all'interesse alla salute dell'intera collettività.

Già una risalente sentenza costituzionale relativa alla vaccinazione antipoliomielitica[18] aveva ritenuto che l'interesse alla salute collettiva avesse un peso nella valutazione da parte del giudice chiamato a decidere se limitare o meno la potestà dei genitori che rifiutassero di vaccinare il figlio[19]. In questo senso pare muoversi anche la più recente giurisprudenza di merito: una volta esclusa che la condizione clinica del minore presenti una specifica controindicazione alle vaccinazioni obbligatorie, i giudici provvedono a sospendere la responsabilità del genitore che si oppone pregiudizialmente o ideologicamente alle vaccinazioni, facendo sì che ogni scelta in proposito ricada sull'altro genitore, che intende invece seguire le indicazioni del pediatra del servizio sanitario nazionale[20].

Su tutt'altro piano, è interessante sottolineare come oggi, a oltre settanta anni dall'entrata in vigore della Costituzione, non si sia persa affatto la dimensione collettiva, e non solo individuale, della funzione genitoriale, che emerge dalla lettura congiunta del primo e del secondo comma dell'art. 30 Cost.

11 settembre 2018, 16 e L. MARIANI, E. DE GIOVANNI, M. BORGO, A. TRICARICO, *L'obbligo vaccinale di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73. L'interesse della collettività quale limite alla dimensione individualistica del diritto alla tutela della salute*, in *Rass. Avv. St.*, n. 1/2018, 226 ss.

[18] Corte cost., sent. n. 132 del 1992, su cui si vedano, tra gli altri, O. MORINI e L. Macrì, *Obbligatorietà delle vaccinazioni: aspetti giuridici e medico-legali*, in *Riv. it. med. leg*., 1997, 890 ss. e il richiamo di C. SALAZAR, nella sua risposta per il *Forum* sul tema *Vaccini obbligatori: questioni aperte*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 2/2017, 36

[19] *Ex* art. 333 cod. civ. (Condotta del genitore pregiudizievole ai figli).

[20] Trib. Roma, sez. I civ., ord. 16 febbraio 2017, in *Fam. Dir*. n. 12/2017, con nota di M. DE PAMPHILIS, *La tutela della salute del minore tra autonomia dei genitori e intervento pubblico*, *ivi*, 1106 ss.; Corte app. Napoli, sez. pers. fam. min, decr. 30 agosto 2017 e, indirettamente, Cass., sez. I civ., ord. 16 febbraio 2018, n. 3913. Per altri richiami di giurisprudenza, tutti nel senso indicato nel testo, si veda M. MONTANARI, *Vaccinazione dei figli minori e conflitto genitoriale dopo il D.L. 7 giugno 2017, n. 73*, in *Fam. Dir*. n. 10/2018, 890 ss., che tuttavia commenta un provvedimento nel quale il giudice non era chiamato a pronunciarsi sulla domanda di limitazione della responsabilità del padre *ex* art. 333 cod. civ. per il pregiudizio che sarebbe derivato al figlio dalla sua opposizione alle vaccinazioni obbligatorie, bensì sulla richiesta di risolvere il conflitto genitoriale in ordine alla decisione sulla effettuazione delle vaccinazioni (Trib. Milano, sez. IX, ord. 9 gennaio 2018). In senso difforme si è reperito solo un provvedimento meno recente, tra l'altro anteriore al decreto legge che ha ampliato il novero dei vaccini obbligatori (Trib. Min. Emilia-Romagna, decr. 19 settembre 2013, annotato criticamente da C. AMATO, *L'obbligo di vaccinazione tra libertà di scelta dei genitori e interesse dei figli*, in *Fam. Dir*. n. 4/2014, 372 ss.).

In passato, tra gli istituti legislativi volti all'attuazione della previsione costituzionale che impone che, nel caso di incapacità dei genitori, la loro funzione sia comunque adempiuta, si poteva citate soltanto l'adozione l'affidamento familiare. Oggi invece, grazie alla legge n. 47 del 2017, che istituisce la figura del tutore volontario del minore straniero non accompagnato, la cura del minore – il minore più debole, il minore straniero privo di legami familiari in Italia – viene ufficialmente definita dal legislatore come una attività di volontariato, e per di più altamente qualificata, in quanto necessariamente preceduta da una apposita formazione[21].

Nei confronti di tutti i figli minori di età siamo quindi, come ricorda il contributo di Emanuele Rossi all'interno di questo volume, di fronte a una dimensione della solidarietà sociale che trascende la dimensione del dovere, dato che il volontariato è stato definito dalla Corte costituzionale come «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»[22].

4. Un altro interrogativo che è necessario porsi è il seguente: il dovere del genitore si traduce anche in un obbligo giuridico verso il figlio[23], che acquisisce un corrispondente diritto a essere mantenuto, istruito ed educato dal genitore?

La risposta è indubbiamente sì, se ci si affida a una lettura evolutiva e sistematica dell'art. 30 Cost., primo e secondo comma, alla luce del principio personalista di cui all'art. 2 Cost. Ma le premesse per giungere a questa soluzione si trovano già nel testo dell'art. 30, perché se il dovere del genitore di mantenere, istruire ed educare i figli è talmente pregnante da richiedere addirittura la sostituzione del soggetto obbligato – il genitore incapace – purché l'obbligo verso il figlio sia adempiuto – si potrebbe dire: sia adempiuto a ogni costo –, ciò significa che la pretesa del figlio di essere mantenuto, istrui-

[21] Sull'istituto della tutela volontaria dei minori stranieri non accompagnati si soffermano anche le recentissime raccomandazioni all'Italia del Comitato Onu sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (CRC/C/ITA/CO/5-6 del 1° febbraio 2019), da una parte mostrando di apprezzare la disciplina legislativa, ma dall'altra mostrando seria preoccupazione per il grave ritardo nella sua attuazione.

[22] Così la sentenza n. 75 del 1992 sulla legge quadro sul volontariato.

[23] Distingue tra dovere e obbligo, affermando che l'obbligo deriva dal dovere ma «costituisce figura autonoma, essendo caratterizzato dal fatto che il comportamento di doverosità non è sancito in via generale, ma è previsto rispetto ad un particolare oggetto", C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968, 28.

to ed educato dal suo genitore ha la natura di diritto inviolabile da parte di qualsiasi soggetto, pubblico o privato.

La giurisprudenza civilistica degli ultimi anni ne ha tratto una conseguenza dirompente. Oggi, nei confronti del genitore inadempiente può essere utilizzata, in aggiunta alle misure tipiche del diritto di famiglia e allo strumento penalistico, anche la leva formidabile del diritto civile comune[24], che consente, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ., il risarcimento del pregiudizio di natura non patrimoniale derivante da una grave violazione di un diritto inviolabile protetto dalla Costituzione.

Quando dunque il «disinteresse» del genitore è durato «per lunghi anni», il figlio può chiedere sempre, in aggiunta a quanto gli sarebbe comunque spettato per il mantenimento, anche il risarcimento dei danni non patrimoniali che tale «disinteresse» gli ha causato[25].

5. Si può quindi passare a trattare, in conclusione, il punto che appare cruciale in ogni epoca, tanto nelle discussioni dei Costituenti quanto nella stretta attualità, quando si discute ad esempio di coppie omogenitoriali e delle conseguenze derivanti dalle pratiche di maternità surrogata.

La domanda che esige una risposta è ora la seguente: chi è "genitore" secondo la nostra Costituzione? Chi è, in altri termini, il soggetto a cui spetta quella complessa posizione di dovere-diritto, quella funzione verso il figlio e verso la società, di cui fino a ora abbiamo parlato?

I lavori preparatori della Costituzione sono illuminanti anche sotto questo riguardo.

Nel progetto dell'articolo costituzionale sulla filiazione elaborato dalla Commissione dei 75 non comparivano ancora quelli che sono poi diventati il terzo e il quarto comma dell'art. 30 Cost.: non c'erano dunque né il limite di compatibilità dei diritti dei figli nati fuori del matrimonio con i diritti dei membri della famiglia legittima né la possibilità per la legge di fissare norme e limiti alla ricerca della paternità. Nell'art. 25 del progetto, primo comma, primo periodo, veniva affermato soltanto che «È dovere e diritto dei genitori alimentare, istruire, educare la prole» [26].

Nel progetto, quindi, si stabiliva con chiarezza quello che poi la dottrina civilistica avrebbe denominato "principio di responsabilità per il fatto stesso della procreazione". Secondo il progetto originario, in altre parole, "genito-

[24] Sul punto, per tutti, A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità,* in *Europa e diritto privato*, 2008, 929 ss.

[25] Cass., sez. I civ., 10 aprile 2012, n. 5652.

[26] L'art. 25 del progetto è riprodotto per intero *supra* alla nota 9.

re", con i relativi diritti-doveri, doveva essere ritenuto sempre – senza alcuna eccezione – colui o colei che avevano generato.

Gli attuali terzo e quarto comma furono invece introdotti su richiesta dei cattolici, che in Assemblea Costituente spiegarono una strenua difesa dell'istituto della famiglia legittima, e che ritenevano che il riconoscimento della completa parità tra figli legittimi e illegittimi avrebbe minato alle radici l'istituzione familiare.

In particolare, la disposizione secondo cui «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità» fu voluta dalla maggioranza dei Costituenti per specificare il senso dell'affermazione del primo comma: per limitare cioè i doveri dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio, nei confronti dei soli figli che potessero ottenere, secondo le norme del codice civile, il riconoscimento volontario o giudiziale del rapporto di filiazione[27].

In realtà, quella disposizione, proposta da Umberto Merlin, fu votata e approvata senza alcuna discussione né dichiarazione di voto nella fase di chiusura della seduta del 23 aprile 1947, terminata alle tre e mezza di notte, come emendamento aggiuntivo al testo del futuro art. 30 Cost., già approvato nei suoi primi tre commi, ma il problema della ricerca della paternità era emerso a più riprese in tutte le sedi di discussione, e aveva assunto un'importanza cruciale fino a divenire, a tratti, il punto di massimo scontro fra le due opposte fazioni. La posta in gioco era molto alta, perché si trattava proprio di stabilire l'esatto significato del primo comma dell'articolo costituzionale sulla filiazione: nessuno dei cattolici avrebbe mai messo in discussione la norma che stabilisce il dovere morale di coloro che hanno messo al mondo una nuova vita; ma tutti, invece, volevano circoscrivere la portata giuridica di tale disposizione, per evitare che da essa potesse ricavarsi il principio della incondizionata responsabilità giuridica per il fatto stesso della procreazione, che avrebbe portato a ritenere incostituzionali tutti gli ostacoli posti dall'allora vigente codice civile al riconoscimento volontario e alla dichiarazione giudiziale della paternità e maternità naturale, adulterina e incestuosa.

Il risultato finale è proprio questo: grazie al quarto comma dell'art. 30 Cost., la nozione costituzionale di "genitore", con il relativo dovere-diritto, non risponde affatto al principio di automatica responsabilità per il fatto della procreazione, o al principio di verità del rapporto di filiazione, come invece si è iniziato a sostenere a partire dal periodo della riforma del diritto di famiglia del 1975. Al contrario, secondo la Costituzione l'individuazione del "genitore" è completamente rimessa a una scelta del legislatore, che può

[27] E. LAMARQUE, *Le norme e i limiti per la ricerca della paternità. Contributo allo studio dell'art. 30, quarto comma, della Costituzione*, Padova, 1998.

prescindere del rapporto genetico o di procreazione qualora lo richiedano altri diritti individuali o interessi propri della società, che sono naturalmente variabili di epoca in epoca, a secondo dell'evoluzione della società.

Ed ecco qui il punto. Un tempo venivano certamente in rilievo gli interessi dell'istituzione familiare legittima e i diritti e la stessa serenità dei suoi membri. Oggi, invece, in bilanciamento entra piuttosto, e con un notevole peso, il principio del migliore interesse, o maggior benessere, del nato.

Applicazione di questo modo di ragionare è certamente la possibilità, da sempre prevista dalla legge, che colei che ha partorito chieda di non essere indicata nell'atto di nascita del figlio, rifiutando così di assumere il dovere-diritto di madre[28]. Una possibilità che rispondeva e risponde tuttora all'interesse della collettività di evitare ove possibile il ricorso all'aborto, contemporaneamente assicurando che il parto avvenga in condizioni di sicurezza, in ospedale, a tutela della donna che non intenda poi tenere il bambino e del bambino stesso. Nel 2013, come sappiamo, una sentenza della Corte costituzionale ha bilanciato l'anonimato della donna al momento del parto con il diritto del nato alla conoscenza delle sue origini, ma non ha messo in discussione la legittimità costituzionale della norma sul parto anonimo[29].

Secondo la nostra Costituzione, in definitiva, è "genitore" semplicemente colui o colei che la legge – non importa per quale motivo – classifica come tale, e non è "genitore" colui o colei a cui la legge non ricollega tale qualifica. Proprio in questo modo ha ragionato, ad esempio, una singolarissima recente sentenza della Cassazione, che ha confermato il risarcimento del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale ai sensi dell'art. 2059 cod. civ. a favore di un minore che, per l'errore compiuto nell'esecuzione di un test del DNA, aveva goduto per alcuni anni del rapporto con un padre legale, ma che poi l'aveva perso a causa di un nuovo test del DNA che aveva negato il risultato positivo del primo test e aveva portato al disconoscimento di paternità. Il danno risarcibile – ovviamente da parte dell'ospedale che aveva commesso l'errore – è stato ritenuto quello da perdita del "genitore" legale, l'unico degno di questo nome, anche se tale solo per un errore nella lettura di un vetrino[30].

Ma, al di là della singolarità dei casi concreti, questa conclusione – per la quale secondo la Costituzione assume la funzione di genitore chi il legislatore, nella sua discrezionalità, indica come tale – è preziosa anche perché aiuta

[28] L'art. 30, c. 1, del d.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 prevede che «La dichiarazione di nascita è resa da uno dei genitori, da un procuratore speciale, ovvero dal medico o dalla ostetrica o da altra persona che ha assistito al parto, rispettando l'eventuale volontà della madre di non essere nominata».

[29] Corte cost., sent. n. 278 del 2013, a cui hanno fatto seguito Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, e Cass., sez. VI civ., 7 febbraio 2018, n. 3004.

[30] Cass., sez. III civ., 21 agosto 2018, n. 20835.

a ragionare meglio su tutti i temi delicatissimi oggi sul tappeto in tema di riconoscimento del rapporto di filiazione, a partire da quello relativo alle conseguenze nei confronti del nato della violazione del divieto di maternità surrogata.

In proposito il legislatore farebbe bene a recuperare innanzitutto, come semplice indicazione di minima civiltà giuridica, la formula proposta da Togliatti in Prima Sottocommissione, ma subito respinta proprio a causa della necessità di tutelare la famiglia legittima, secondo la quale si sarebbe vietato al legislatore soltanto una cosa: di far gravare sui figli le colpe di coloro che li hanno generati. La proposta di Togliatti, infatti, così recitava: «nessuna norma di legge potrà far ricadere sui figli le conseguenze di uno stato familiare dei genitori che non sia conforme alla legge»[31].

[31] Proposta respinta con 7 voti contrari e 5 favorevoli in sede di Prima Sottocommissione il 12 novembre 1946.

NON OSSIMORO, MA ENDIADI: IL DIRITTO-DOVERE AL LAVORO

di Massimo Cavino*

SOMMARIO: 1. Il concetto unitario di lavoro nella Costituzione repubblicana. – 2. Il lavoro politico. – 3. I doveri inderogabili di solidarietà e l'efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare. – 4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti. – 5. Dovere di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali. – 6. Il lavoro come diritto: dalla conservazione del rapporto di lavoro alla (ricerca della) continuità nel mercato del lavoro. – 7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e politiche attive. – 8. Il lavoro degli stranieri.

1. Il concetto unitario di lavoro nella Costituzione repubblicana

I termini lavoro e lavoratori, nonché il riferimento a specifiche situazioni lavorative, compaiono in diverse disposizioni costituzionali, così che la dottrina fu originariamente impegnata nella identificazione di una concezione unitaria del fondamento stesso della nostra democrazia.

La riflessione sulla definizione del concetto di lavoro accolto dalla nostra Costituzione si è sviluppata, come è noto, intorno alla contrapposizione tra un significato ampio, comprensivo di ogni attività rivolta al progresso materiale o spirituale del paese, ed uno ristretto, che lo riduce alla prestazione d'opera in condizioni di subordinazione economica[1].

Per giungere ad una concezione unitaria del concetto di lavoro si è reso quindi necessario stabilire quale, tra i due significati, sia assiologicamente prevalente e qualifichi l'altro in termini di specialità.

Com'era ovvio sono state proposte due soluzioni[2] fortemente influenza-

* Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico, Università del Piemonte Orientale.

[1] C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Feltrinelli, Milano, 1958, 50 e ss.; M. MAZZIOTTI, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enc. del dir.*, Giuffrè, Milano, 1973, XXIII, 339 e ss.

[2] Estranea all'una e all'altra è la posizione di Giuseppe Ugo Rescigno che prende le mosse da una sua definizione di lavoratori ricomprendendo nella categoria quanti «patiscono col proprio corpo un dispendio di energie fisiche e nervose al fine di procacciare a se stessi i mezzi necessari per la propria vita ed eventualmente per la vita di coloro che sono a loro carico» (*Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico,* 2009, 34). Non si tratta di una concezione del lavoro e dei lavoratori necessariamente collegata alla condizione di soggetti economicamente deboli (Rescigno vi riconduce i dirigenti al vertice delle grandi imprese), ma piuttosto molto vicina a quella propria dei fisici che per lavoro intendono il dispiego di energia. Alla luce di

te dalla posizione pregiudiziale degli interpreti: se propensi ad affermare la priorità del concetto di lavoro limitata alla posizione subordinata del prestatore d'opera, contrapposta al capitale, essi hanno stabilito una relazione stretta tra l'articolo 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 3[3]; se orientati a concepire il lavoro co-

questa definizione Rescigno individua (*Costituzione come progetto apicale e generale, eguaglianza sostanziale, lavoro*, in A. D'ATENA, (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 1062) come lavoratori quanti offrono la propria attività ad altri in cambio di una retribuzione (il lavoratore dipendente di cui all'art. 36 Cost.), i coltivatori diretti (artt. 44 e 47 Cost.), gli artigiani (art. 45 Cost.), gli imprenditori (art. 41 Cost.), i liberi professionisti (art. 33 Cost.). Giunge così ad escludere dall'ambito dei lavoratori alcune categorie di cittadini: a) le persone che non sono lavoratori ma che svolgono una attività che concorre al progresso materiale o spirituale del Paese (art. 4, comma 2, Cost.); b) i minorenni che ancora non lavorino, i pensionati, i disoccupati senza colpa e gli invalidi. A questi pare di poter aggiungere gli studenti maggiorenni. Questa interpretazione sistematica è però lacunosa perché non coinvolge nella attribuzione di senso alle diverse disposizioni costituzionali il secondo comma dell'articolo 3. Rispetto al quadro delineato da Rescigno, il fraseggio del secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione risulta internamente incoerente perché, nell'utilizzare il termine lavoratori per indicare quanti devono poter partecipare alla organizzazione del Paese, escluderebbe le categorie sopra elencate violando il principio di uguaglianza. E Rescigno ne è consapevole; ma di fronte alla impossibilità di ricondurlo al proprio sistema finisce per stabilire (*Lavoro e Costituzione*, cit., 38) che esso sia il frutto di un errore del Costituente: «Mi libero subito del secondo comma dell'art. 3 (naturalmente per il solo aspetto che riguarda la parola «lavoratori» contenuta in tale testo). In questa disposizione la parola «lavoratori» non solo non dice secondo lettera «lavoratori dipendenti» (e cioè non tutti i lavoratori ma soltanto una parte, per quanto estesa), ma deve essere sostituita dalla parola «cittadini» (tutti i cittadini): basta leggere l'intera e complessa frase per capire che, se vi sono ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini (e qui il testo dice proprio «cittadini»), e se la rimozione di tali ostacoli di fatto è necessaria per il pieno sviluppo della persona umana (e quindi di nuovo la frase parla di tutti i cittadini in quanto persone), la effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese di nuovo deve riguardare tutti i cittadini e non solo i lavoratori. Insomma o si tratta di un banale errore (il costituente anziché scrivere semplicemente «tutti» ha scritto «tutti i lavoratori»), o il testo indica una parte per indicare tutto l'insieme, o il costituente ha parlato dei lavoratori (tutti i lavoratori) pensando che questi sono i maggiormente impediti, senza però voler dire che gli altri non lavoratori non hanno diritto a partecipare, etc.; quale che sia la spiegazione della infelice dizione, l'interpretazione sistematica dell'intero testo costituzionale deve far concludere che tutti i cittadini debbono poter partecipare alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese (naturalmente ciascuno secondo le proprie capacità e il proprio impegno)».

[3] C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario alla Costituzione a cura di G. Branca, Artt. 1-12*, Bologna, Zanichelli, 1975, 11 e ss., in particolare 13, riflettendo sulle ragioni che hanno portato a respingere la formulazione dell'articolo 1 della Costituzione che avrebbe voluto l'Italia come "Repubblica di lavoratori nota: «In sostanza il rigetto della formula "Repubblica di lavoratori" aveva obbedito all'intento di escludere un'interpretazione suscettibile di attribuire ai prestatori d'opera subordinati una posizione di classe escludente ogni altra, così da realizzare uno Stato uniclasse, ma non già di disconoscere la speciale posi-

me qualsivoglia attività diretta al progresso sociale del paese, essi hanno ricondotto il fondamento lavoristico della Repubblica al contenuto del secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di agire in tal senso.

Così, tra i primi interpreti della Costituzione, Ugo Natoli prende le mosse dalla considerazione della natura del nuovo regime repubblicano[4] per sostenere la prevalenza assiologica del "fatto lavoro" inteso come la situazione soggettiva del lavoratore subordinato. Ciò lo porta a concludere che «non può apparire dubbio che il significato del termine lavoro adoperato nell'art. 1, I comma, sia da ricollegare piuttosto alla indicazione contenuta nell'art.3 II comma, anziché alla generica nozione di attività socialmente utile delineata nell'art. 4 II comma. Esso indica, perciò, non tanto questa attività (la cui previsione ad oggetto di un dovere di carattere generale, a ben guardare, rappresenta una delimitazione, che incide immediatamente sulla posizione costituzionale delle altre forze componenti il regime, di quelle,

zione rivestita da costoro, per il fatto che il grandioso moto storico di emancipazione, di cui sono stati promotori e sono protagonisti, e che reca in germe una nuova concezione dei rapporti sociali, è ancora in fase di svolgimento, sicché, permanendo tuttora il loro stato di parziale assoggettamento di fronte ad altre classi, viene reso necessario l'impiego di appositi, speciali mezzi di tutela, indirizzati a correggerlo».

[4] U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955, 62 e ss. rileva che in forza dell'articolo 1, comma 1, Cost., lo Stato «viene definito come "una repubblica democratica fondata sul lavoro", sicché vengono messi in evidenza i caratteri generali della sua struttura organizzativa (repubblica) e politica (democrazia), mentre l'ultima specificazione (fondata sul lavoro) deve evidentemente servire a una ulteriore qualificazione di tale struttura […]. Ora sembra indubbio che, dei due momenti strutturali appena accennati, quello che può essere interessato da tale qualificazione, è soltanto il secondo. Il primo, infatti, non è che espressione di una forma istituzionale, il cui contenuto sostanziale si determina in base al secondo. Ciò stesso vale a mettere in evidenza che il tipo di democrazia – val quanto dire, il tipo di regime – instaurato dalla Costituzione assume una particolare configurazione (s'intende sul piano dell'ordinamento giuridico) in relazione al fatto lavoro. Il quale viene prospettato dalla norma come il prevalente momento determinante del regime, in cui si organizza la struttura politica della Repubblica. Più volte è stato osservato come tale regime abbia per la sua origine storica e per il suo profilo giuridico sostanzialmente carattere misto. La formula dell'articolo 1 va, perciò, interpretata tenendo presenti i limiti naturali che ad essa sono imposti da questa realtà storica e giuridica: essa non può, quindi, essere intesa né come affermazione della rilevanza costituzionale del solo fatto lavoro, né come attribuzione della capacità sul piano costituzionale ai soli appartenenti alla classe lavoratrice. Non può allora far meraviglia che nella Costituzione stessa vi siano disposizioni e garanzie che sarebbero in evidente contrasto con una simile concezione. Il che, però, non significa neanche che la formula esaminata sia totalmente priva di valore, per lo meno attuale. Essa, al contrario, ha importanza fondamentale, perché, categoricamente, precisa la posizione di uno degli elementi componenti della struttura politica – cioè del regime – che è propria del nuovo ordinamento, e ciò all'evidente scopo di una più esatta delimitazione della posizione del o degli altri elementi che insieme a quello partecipano alla instaurazione della stessa struttura».

cioè, solitamente note come forze del privilegio economico) quanto, invece, quella particolare specificazione di tale attività in cui si concreta, il fatto lavoro»[5].

Sulla stessa posizione si colloca Luciano Micco: «Dire che è fondata sul lavoro, pur non smentendo che al lavoro in senso lato possa ridursi il contributo sociale di altre (rispetto agli "économiquement faibles") fasce di soggetti, significa operare una scelta, acquisire, coerentemente con i fondamenti materiali del nostro assetto costituzionale, un determinato valore (che ha improntato peculiarmente di sé gli indirizzi direttivi, costituzionalmente fissati, dell'azione dello Stato) il quale appartiene ad una certa esperienza storica e non ad altre, e che anzi serve come valutazione della rilevanza costituzionale di queste ultime, a cui è storicamente estraneo, ma al quale esse sono normativamente ricondotte dalla nostra Carta»[6]. Sarebbe quindi l'emancipazione delle classi sociali economicamente svantaggiate e «la funzione assegnata al lavoro come centro motore di mobilità sociale» l'aspetto positivo dell'articolo 1 della Costituzione, e in questo senso si potrebbe immaginare che l'attribuzione di significato proceda dall'articolo 3, comma 2, all'articolo 1 e poi conclusivamente all'articolo 4 della Costituzione[7]: i valori emancipatorî del lavoro subordinato (articolo 3, comma 2) fondano la Repubblica (articolo 1) e diventano l'unità di misura per valutare il rilievo costituzionale delle altre forme di lavoro (articolo 4, comma 2)[8].

[5] U. NATOLI, *Op. cit.*, 64.

[6] L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Giappichelli, Torino, 1966, 161 e s.

[7] L. MICCO, *Lavoro e utilità sociale cit*., 162.

[8] F. MANCINI, *Lavoro e sindacati nella Costituzione*, in *il Mulino*, 1975, 166 e s., vede nel secondo comma dell'articolo 4 la sintesi dell'accordo politico tra le «forze del lavoro e le forze del privilegio economico» (riprendendo la definizione di M.S. GIANNINI, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 1949-1950, I, 1 e ss.): «Alla borghesia il movimento operaio garantisce i fondamenti del sistema capitalistico, le condizioni della sua sopravvivenza: vale a dire la libertà di iniziativa economica (art. 41), il diritto di proprietà (art. 42) e – col capoverso dell'art. 4, una norma a torto sottovalutata che, da un lato, mette in luce quanto di illuministico c'è ancora nell'ideologia borghese, dall'altro, porta l'adesione dell'ordinamento giuridico all'ethos della produttività – il dovere che incombe su ogni uomo di operare per il progresso. È molto: diciamo pure che è l'essenziale. Almeno a prima vista, tuttavia, sono imponenti anche le garanzie che il movimento operaio riceve in cambio. Giannini le classifica in tre gruppi: diretto, il primo, ad assicurare condizioni d'impiego minime e irrinunciabili ai *singoli lavoratori* subordinati (salario sufficiente, durata massima della giornata lavorativa, ferie e riposi settimanali, parità salariale tra uomo e donna, stabilità del posto ecc.); esigente, il secondo, una vasta opera di protezione sociale nei confronti degli stessi soggetti da parte delle pubbliche autorità (piena occupazione, assistenza, previdenza, istruzione professionale, tutela della salute); rivolto, il terzo, a coinvolgere non più i lavoratori come tali, ma le organizzazioni della *classe lavoratrice* nell'indirizzo politico generale».

La seconda ipotesi di lettura stabilisce, come abbiamo detto, un collegamento diretto tra il contenuto dell'articolo 1, comma 1, e quello dell'articolo 4, comma 2, Cost.

Da subito Carlo Esposito chiarisce che la concezione del lavoro accolta dal primo articolo della Costituzione repubblicana è ampia: «Significa che l'ordinamento giuridico conosce (e riconosce) la importanza fondamentale che ha il lavoro in Italia e che perciò in Italia tutti devono lavorare, ricchi e poveri, indipendentemente dal bisogno personale di trarre dal lavoro il proprio sostentamento. Essa inoltre, dando al lavoro il significato di una attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia, fa che il diritto al lavoro proclamato dall'art. 4 della Costituzione assuma una colorazione pubblicistica. Infine la proclamazione che il lavoro (tutte le specie di lavoro di cui all'art.4) è a base dell'esistenza della Repubblica giustifica che siano in particolare tutelate quelle forme di lavoro e quei lavoratori che ne hanno maggior bisogno; e che sia affermato che quei lavoratori manuali o in genere subordinati, che storicamente sono stati esclusi dalla direzione economica e politica del paese, abbiano diritto di parteciparvi»[9].

È questa l'interpretazione che ha finito col prevalere. Fedele all'intenzione del Costituente, essa è coerente con l'impianto complessivo della Carta costituzionale di cui non contraddice il progetto di emancipazione sancito dal secondo comma dell'articolo 3.

Questo infatti non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione *dei lavoratori* alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione *di tutti i lavoratori*, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica[10].

[9] C. ESPOSITO, *Commento all'art. 1 della Costituzione*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948, e in ID., *La Costituzione italiana. Saggi*, CEDAM, Padova, 1954, da cui traggo la citazione a 12.

[10] F. CAVAZZUTI, *Capitale monopolistico, impresa e istituzioni*, il Mulino, Bologna, 1974, 68 e s.: «Già […] nei principi fondamentali la rilevanza del "lavoro" si presenta con un taglio estremamente indicativo: in particolare il primo dato che viene in considerazione è costituito indubbiamente dalla visione interclassista cui si ispira la carta costituzionale. Dietro la valorizzazione del lavoro in tutte le sue forme si scorge chiaramente come "il patto costituzionale" abbia per contenuto un concreto disegno interclassista dei rapporti sociali. Nello schema costituzionale tutte le componenti sociali sono chiamate alla collaborazione in vista dell'interesse comune, o meglio, per utilizzare l'espressione dell'art. 4, del "progresso materiale e spirituale della società».

Sono quindi lavoratori non soltanto i prestatori d'opera dipendenti, ma anche gli imprenditori (artigiani e non), i liberi professionisti.

Ma lo sono senz'altro anche gli studenti, siano essi minorenni o maggiorenni, posto che lo studio, come avremo di precisare, costituisce la stessa premessa del lavoro.

Sono lavoratori i disoccupati senza colpa (concetto sul quale torneremo a riflettere), purché in cerca di occupazione, posto che la ricerca di occupazione è attività di per sé funzionale al raggiungimento delle finalità indicate dall'articolo 4, comma 2 della Costituzione.

Devono poi essere compresi nella categoria anche i pensionati, che non possono e non devono essere considerati nella nostra società come popolazione inattiva, e che sono chiamati ad assolvere compiti di solidarietà sociale non necessariamente collegati alla logica del mercato del lavoro (sostegno alla famiglia, impegno nel volontariato, partecipazione politica etc.).

E per quanto possa apparire provocatorio, devono essere considerati lavoratori anche i cittadini che traggono il loro reddito esclusivamente dal capitale.

Secondo Rescigno questi ultimi, la categoria dei *rentier*, sono esclusi dal diritto di partecipare alla organizzazione del Paese perché non producono beni o servizi per il mercato e la «loro disuguaglianza è pienamente gradita perché li rende ricchi senza necessità di dare nulla in cambio»[11].

Essi sono compresi nella definizione più ampia di lavoratori semplicemente perché non corrispondono alla descrizione di essi fornita da Rescigno che rimane ancorato alla concezione marxista della contrapposizione tra lavoro e capitale[12].

L'immagine del capitalista col cilindro[13], l'idea per cui il godimento della

[11] G.U. RESCIGNO, *Costituzione come progetto*, cit., 1064 e s.

[12] RESCIGNO, coerentemente con le sue premesse ideologiche, giunge alla critica del programma costituzionale complessivo, *Costituzione come progetto*, cit., 1074 e s.: «Il programma costituzionale complessivo, come consegnato nell'intero testo, e prima ancora come è presente nella realtà legittimata dallo stesso testo, contempla sia l'eguaglianza e la partecipazione di tutti i lavoratori, sia la differenziazione senza limiti tra gli individui in termini di patrimonio e di reddito. Chi vince allora? Chi determina che cosa, quando, dove si produce, quali persone saranno assunte al lavoro, quali sono i livelli di reddito dei lavoratori, e quindi, indirettamente, quali consumi secondo le diverse categorie di reddito, chi domina nella produzione di quotidiani e spettacoli televisivi, e così via per tutte le questioni che comportano mercato e denaro (e cioè la stragrande maggioranza, e comunque quelle decisive per la vita quotidiana)? La risposta mi pare inevitabile e senza dubbi. Chi vuole davvero che vinca il lavoro, e non il capitale, deve chiedersi quale costituzione, e cioè quale società organizzata, è in grado di ottenere davvero questo risultato».

[13] L'immagine del capitalista che emerge dalle considerazioni di Rescigno richiama quella che il partito impone nel capolavoro di Orwell: «I libri di storia dicono che prima della Rivoluzione la vita era completamente diversa da com'è adesso. Dicono che c'era la peggiore delle

rendita del capitale possa prescindere da qualsivoglia organizzazione e attività, non corrisponde alla realtà delle cose. Non è possibile che la rendita del capitale (ove il termine rendita e capitale paiono essere utilizzati da Rescigno più in una prospettiva ideologica che macro-economica) si esaurisca nel mero consumo da parte del *rentier*, senza la produzione di effetti economici ulteriori, che ben possono, e quindi devono, essere orientati al progresso materiale e spirituale della società.

2. Il lavoro politico

Il concetto unitario di lavoro come "attiva partecipazione alla costruzione dell'Italia", attiva partecipazione di tutti i lavoratori, ha una evidente connotazione politica[14].

Essa presuppone però una concezione etica del lavoro che deve essere precisata.

Per coglierne pienamente le implicazioni non è sufficiente dire che essa non è limitata alla contrapposizione tra lavoro e capitale: occorre definirla.

Così è utile prendere le mosse dalla riflessione di Felice Battaglia che nel 1951 scriveva che «tra le due concezioni del lavoro che oggi si dividono il campo, quella idealistica e quella marxistica per cui il lavoro è attività compiuta dell'uomo in un mondo suscettivo di essere razionalizzato, e quella più problematica e critica, per cui il lavoro come l'uomo che lo esprime presenta tutte le antinomie e i contrasti di un'essenza duplice e ambigua, abbiamo mostrato di preferire quest'ultima»[15].

Il lavoro viene concepito da Battaglia come manifestazione della personalità: «lavoro è ogni esplicamento dello spirito, in quanto attività, siano i suoi fini meramente teoretici o altrimenti pratici. L'atto dello spirito che comunque intenda sé o le cose, che le cose ponga o trasformi, è lavoro»[16].

oppressioni, ingiustizie, miseria … peggio di quanto noi possiamo immaginare. Qui a Londra sembra che la gente, da quando nasceva fino a quando moriva, non avesse mai abbastanza di che sostenersi. Metà non potevano nemmeno farsi le scarpe. Lavoravano dodici ore al giorno, smettevano d'andare a scuola a nove anni, e dormivano in dieci in una stanza. E nello stesso tempo c'erano poche persone, appena qualche migliaio … si chiamavano capitalisti … che avevano denari e potere. Possedevano tutto ciò che si poteva possedere. Vivevano in certi splendidi palazzi con trenta servitori ai loro ordini, giravano in automobile e in carrozze col tiro a quattro, bevevano champagne e portavano il cilindro …» (G. ORWELL, *1984*, trad. it., Mondadori, Milano, 1989, 95).

[14] F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1954[7], 16.

[15] F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, Zuffi, Bologna, 1951, 253.

[16] F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., 173. Si vedano anche le riflessioni di V. POSSENTI, *Lavoro, "lavorismo"*, Otium, in *Filosofia*, 1990, 140: «Solo l'uomo lavora, non gli animali. Sempre il lavoro, che porta il segno di una persona operante in una comunità, veicola un

Con il lavoro ciascuno manifesta la sua «individualità profonda ed etica»; indica il posto che desidera occupare nel mondo: «il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita»[17].

Muovendo da questa premessa possiamo pienamente comprendere il senso della concezione del lavoro come partecipazione, accolta dalla nostra Costituzione.

Quando fonda sul lavoro le istituzioni democratiche della Repubblica, e sancisce il dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società, la Costituzione repubblicana disegna l'orizzonte verso il quale deve svolgersi la personalità di ognuno. Essa impone ad ogni cittadino di scegliere il proprio posto nella costruzione della Repubblica.

Nel quadro della Costituzione repubblicana il lavoro è azione politica, è manifestazione pratica della cittadinanza.

Il lavoro è lavoro politico[18] perché la Costituzione, nella valutazione del-

duplice significato: è mezzo necessario per il sostentamento della vita e l'utilità comune; è dispiegamento ed esplicazione del soggetto. Nel processo di lavoro non è possibile separare oggettivazione e soggettivazione».

[17] F. BATTAGLIA, *Filosofia del lavoro*, cit., 176. Per precisare il concetto, Battaglia lo pone in relazione con quello di gioco: «e allora si può pensare che il gioco sia l'attività del soggetto, in quanto, non impegnando tutto sé stesso, non valuti questa come espressione della sua individualità profonda ed etica, non prenda come si suol dire sul serio, mentre il lavoro è l'attitudine che impegna tutto l'essere nostro, epperò non possiamo non prenderla sul serio, espressione della nostra stessa personalità etica. Il gioco, vada bene o vada male, ci è indifferente: ci può dispiacere perdere una partita a tennis, ma in fondo non ci sentiamo menomati come soggetti morali nel perdere; il lavoro ci interessa profondamente, in quanto dal suo esito ci valutiamo e siamo valutati nell'ordine etico della vita. […] Comprendiamo ora come non ci sia lavoro che non si possa abbassare a gioco, gioco che non si possa elevare a lavoro: chi improvvisa dei versi in una serata in società per fare divertire una bella signora quegli gioca e non lavora, come lavora invece il poeta che segue alte immagini e le esprime; chi terzino destro o portiere in una squadra di calcio si travaglia e affina la sua forma in un sudato e metodico allenamento, quegli non gioca bensì lavora». Il gioco si distingue dal lavoro perché, mentre quest'ultimo è manifestazione della volontà di partecipare con pienezza alla vita della comunità, esso rappresenta l'esigenza di isolarsi da quella stessa comunità e dai vincoli doverosi che la partecipazione impone. Il gioco è «un'azione libera: conscia di non essere presa "sul serio" e situata al difuori della vita consueta, che nondimeno può impossessarsi totalmente del giocatore: azione a cui in sé non è congiunto un interesse materiale, da cui non proviene vantaggio, che si compie entro un tempo e uno spazio definiti di proposito, che si svolge con ordine secondo date regole, e suscita rapporti sociali che facilmente si circondano di mistero o accentuano mediante travestimento la loro diversità dal mondo solito» [J. HUIZINGA, *Homo ludens*, (1939), trad. it., Einaudi, Torino, 1946, 31].

[18] Con la formula "lavoro politico" non ci riferiamo al concetto di "politica come professione" (M. WEBER, *Il lavoro intellettuale come professione*, (1918), trad. it., Einaudi, Torino,

la eticità dei suoi fini particolari, impone di partecipare attivamente e consapevolmente ad un progetto politico, nel quale quegli stessi fini particolari si fondono in un orizzonte di senso generale.

Si tratta di una specificazione della natura etica del lavoro.

Il lavoro politico non è infatti soltanto proiezione della personalità del cittadino nella società; è manifestazione della volontà di mutamento, di progresso della società. Esso non può cioè esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale comunque immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso.

3. I doveri inderogabili di solidarietà e l'efficacia immediata del dovere costituzionale di lavorare

Il concetto di lavoro come attiva partecipazione alla realizzazione del progetto politico costituzionale determina la specifica posizione soggettiva del cittadino che trova la sua disciplina all'articolo 4 della Costituzione.

Essa è unitaria malgrado la duplice prospettiva nella quale è calata dalla disposizione costituzionale, sul piano dei diritti e su quello dei doveri.

È anzi tale duplicità che permette di cogliere nella sua unità la posizione soggettiva del cittadino, che ha il diritto di esprimere il contenuto etico della sua personalità e il dovere di metterlo a disposizione della collettività.

Nella nostra riflessione pare utile prendere le mosse dalla doverosità del lavoro, poiché essa definisce gli ambiti di esercizio del diritto.

Una prima questione, che pure aveva suscitato dibattito, può dirsi superata: quella relativa alla natura giuridica dei doveri costituzionali[19], e quindi del dovere di lavorare.

La giuridicità dei doveri costituzionali[20] si può dire definitivamente rico-

1966, 47 e s.), vale a dire alla attività di una classe dirigente capace di guidare o influenzare le decisioni pubbliche. Essa è una parte del lavoro politico.

[19] Per quanto concerne la definizione del concetto aderiamo alla posizione di G. LOMBARDI, *Doveri pubblici (diritto costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Aggiornamento VI, Giuffrè, Milano, 2002, 360 e s. per cui devono essere intesi come doveri costituzionali in senso proprio solo quelli in capo agli individui, non invece quelli degli organi costituzionali che dovrebbero essere definiti come "competenze" o come *officia*. Lombardi riconduce ai doveri in senso proprio anche quelli in capo ai titolari degli organi costituzionali. Sul tema cfr. B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER, (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Giappichelli, Torino, 2007, 232 e ss. che invece non distingue tra doveri degli organi costituzionali e dei titolari degli organi considerandoli unitariamente come doveri funzionali.

[20] Contro la natura giuridica del dovere di lavorare G. D'EUFEMIA, *Le situazioni sogget-*

nosciuta nel momento in cui si afferma il valore normativo di tutte le disposizioni costituzionali, abbandonando la distinzione, sotto questo profilo, tra principi e regole, tra norme programmatiche e norme immediatamente efficaci[21].

Più complesso e non del tutto risolto è il dibattito[22] intorno al rapporto tra il dovere di lavorare, posto al secondo comma dell'articolo 4, e i doveri inderogabili di solidarietà sanciti all'articolo 2 della Costituzione.

tive del lavoratore dipendente, Giuffrè, Milano, 1958, 24

Nel dibattito sulla giuridicità del dovere di lavorare ha assunto un peso rilevante il tema della sua sanzionabilità (G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, in *Commentario della Costituzione italiana a cura di G. Branca*, *Principi fondamentali*, Zanichelli, Bologna, 1975, 257 e ss.) Anche in Assemblea costituente: il testo dell'articolo 4 proposto dalla Commissione dei settantacinque (articolo 31 del progetto) prevedeva in effetti un terzo comma in forza del quale «L'adempimento di questo dovere è condizione per l'esercizio dei diritti politici». La stessa commissione non si dichiarò contraria alla soppressione, chiesta da più parti. Cfr. però P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, CEDAM, Padova, 1953, 151 per il quale «l'interprete deve oggi ritenere che gli oziosi possano essere privati del diritto di voto, in quanto moralmente indegni, ai sensi dell'art. 48[3] Cost.».

In effetti l'esistenza di una sanzione ad assistere l'efficacia di una norma è argomento classico per definirne la natura giuridica. Questo che rappresenta «uno dei retaggi più profondi del positivismo giuridico» (F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2002, 219) può essere superato ove si accolga la posizione di N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 1960, 14 e ss. che muovendo dalla considerazione che la norma giuridica si distingue dalle altre per la esteriorità e la istituzionalizzazione della sanzione che la assistono afferma che «se sanzione giuridica è solo quella istituzionalizzata, è segno che, affinché ci sia diritto, occorre che ci sia, grande o piccola, un'organizzazione, cioè un completo sistema normativo». È dunque l'ordinamento a garantire l'esecuzione delle singole norme. Così può essere risolto anche il problema delle norme giuridiche prive di sanzione: «quando si parla di una sanzione organizzata come elemento costitutivo del diritto ci si riferisce non alle norme singole ma all'ordinamento normativo nel suo complesso, ragion per cui il dire che la sanzione organizzata contraddistingue l'ordinamento giuridico da ogni altro tipo di ordinamento, non implica che tutte [sottolineato nel testo] le norme di quel sistema siano sanzionate, ma soltanto che lo siano la maggior parte [sottolineato nel testo]» (*Ibid.*). È del resto questa la posizione sostenuta da C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., 63 e da G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., 361, quando afferma che «essendo la Costituzione il vertice dell'ordinamento, la tavola dei valori e l'insieme dei principi che qualificano il modo di esistenza politica di un popolo, la garanzia dei doveri che la qualificano non può che ripercuotersi su ogni ambito dell'ordinamento in relazione ai modi di tutela, con la conseguenza che le altre branche dell'ordinamento (penale, civile, amministrativo ecc.) assumono una funzione vicaria, saldandosi con il precetto costituzionale e con quelli posti dalle altre fonti che, ai diversi livelli, danno ad esso attuazione»

[21] Cfr. da ultimo G. SILVESTRI, *L'interpretazione nel diritto del lavoro*, in *Diritto pubblico*, 2018, 23 e ss.

[22] Per una ricostruzione puntuale cfr. A. CERRUTI, *Il dovere di concorrere al progresso materiale o spirituale della società nello Stato costituzionale di diritto*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, (a cura di), *Costituzione e lavoro oggi*, il Mulino, Bologna, 189 e ss.; F. GRANDI,

La dottrina costituzionalistica ha assunto posizioni differenti sulla natura delle disposizioni costituzionali di cui all'articolo 2 della Costituzione: se esse debbano essere intese come espressione di norme di apertura piuttosto che di chiusura, rispetto al catalogo dei diritti e dei doveri.

Alla prima posizione aderisce Augusto Barbera che muovendo da una interpretazione aperta dell'articolo 2 per quanto concerne i diritti giunge a sostenere che: «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'art. in commento si pone come una norma anche di apertura verso altri valori che emergono dalla realtà sociale sottostante, altrettanto bisogna concludere per i doveri. Nella misura in cui sarà quindi 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 tale prospettiva i doveri vengono rappresentati come un limite generale funzionale al godimento dei diritti[23].

Giorgio Lombardi mostra però come questa proposta interpretativa nasconda un'insidia: sostenere che il catalogo dei doveri sia aperto quanto quello dei diritti rischia di compromettere il confine tra clausola di doverosità e clausola di libertà senza giungere «ad una sorta di funzionalizzazione immanente dei diritti, perché con questo ci si limiterebbe ad aprire uno spazio "conformativo" al legislatore, risolvendo la doverosità in una apertura tendenzialmente illimitata al potere discrezionale del detentore momentaneo

Doveri costituzionali e obiezione di coscienza, Editoriale Scientifica, Napoli, 2014, 52 e ss.

[23] Cfr. P. BARILE, *Le libertà nella Costituzione. Lezioni*, CEDAM, Padova, 1966, 51 e ss. «Gli obblighi, o doveri, recepiti nella costituzione sembrano da costruire, dogmaticamente, come limiti generali delle situazioni soggettive di vantaggio, […], in modo che tali situazioni ne risultano potenzialmente affievolite nel loro contenuto. Tali doveri, che sono imposti nell'interesse pubblico, rientrano infatti nel concetto del "rapporto di soggezione" del soggetto privato rispetto allo Stato […]. Tale rapporto si concreta e si articola in una serie di doveri, aventi per oggetto un comportamento del soggetto privato, non soltanto negativo, ma talora anche positivo. Questo comportamento prescritto viene costruito mediante l'istituzione di rapporti di corrispondenza o di connessione fra le figure dell'esperienza giuridica. Tutte tali figure hanno peraltro, si tratti di doveri generali, o di doveri speciali, un minimo comune denominatore, che è il concetto fondamentale, espresso anche in forma di dovere specifico, del c.d. dovere di fedeltà al regime costituzionale vigente. Il preciso fondamento positivo di ciò si trova nell'articolo 2 Cost.: il costituente ha infatti posto su di uno stesso piano i diritti inviolabili e i doveri "inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale"; esso ha voluto in tal modo, con ogni evidenza, costruire i doveri come limiti essenziali dei diritti, configurando in tal modo un concetto unitario, funzionale, del comportamento del soggetto privato nella vita costituzionale». Rispetto a questa posizione si ricordi l'invito alla cautela di C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1962[6], 887: «Molta cautela deve mettersi quando ci si richiama al dovere di fedeltà come fonte diretta di limitazioni alle situazioni di vantaggio dei cittadini; esso può piuttosto valere quale criterio di interpretazione di norme particolari onde poterne dedurre motivi circa la loro estensibilità in via di analogia».

della maggioranza. Da un'attribuzione di competenza si passerebbe insensibilmente ad una frustrazione dello spazio di garanzia che la costituzione, invece, dovrebbe rappresentare, e da un fondamento di legittimità collegato al modo d'essere dell'obbligo politico, ci si ridurrebbe a mera legalità. La clausola di doverosità renderebbe operanti a vuoto (*leerlaufende*) i diritti che la costituzione, enunciandoli, vorrebbe, invece, garantire»[24].

Secondo Lombardi l'impostazione criticata deve essere respinta «poiché il *proprium* dei doveri costituzionali, come del resto è caratteristica comune di tutte le situazioni limitative, è quello di una serie di precetti che la costituzione contiene per permettere la loro attuazione evitando il pericolo di una serie di interventi lasciati all'arbitrio del legislatore». E ciò lo porta a concludere per la posizione costituzionale «tendenzialmente illimitata» dei diritti e per la tipicità dei doveri[25]: la prestazione di doverosità descritta genericamente all'art. 2 Cost. «diviene determinabile soltanto in relazione alla puntuale individuazione di specifici e tassativi doveri […]. La conseguenza è dunque che i doveri riconosciuti nella Costituzione sono quelli di cui agli art. 4, 30, 48, 52, 54 e 53»[26].

Ma se questo è il rapporto che intercorre tra libertà e doverosità, se non esiste una clausola aperta di doverosità capace di conformare in via generale i diritti perché i doveri costituzionali sono solo quelli stabiliti espressamente dalla Costituzione, questi ultimi devono essere concepiti *magis ut valeant*.

Se si deve respingere l'idea di una generale funzionalizzazione dei diritti come conseguenza di una lettura aperta del catalogo dei doveri, non si può d'altro canto negare la portata conformativa di quei doveri[27] che sono stati l'oggetto di una precisa scelta costituente.

Diversamente da quanto viene generalmente affermato, i doveri costituzionali possono avere una immediata efficacia normativa che si manifesta, in termini negativi, nella possibilità di stabilire limiti al godimento di diritti dei consociati.

Ferma la distinzione tra doveri e obblighi, vero che solo i secondi sono

[24] G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., 360.

[25] Alla impostazione di Lombardi aderisce M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, in *Diritto e società*, 1980, in particolare 781.

La tipicità dei doveri costituzionali è invece argomento che ha portato A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, CEDAM, Padova, 1990^2, 14, a sostenere la tesi, contraddetta dallo sviluppo della realtà costituzionale, della chiusura del catalogo dei diritti.

[26] G. LOMBARDI, *Doveri pubblici*, cit., 362 e s., *passim*. Con particolare riferimento al dovere di lavorare cfr. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967, 457.

[27] Che G. LOMBARDI, *Contributo*, cit. (ma anche in *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi Tributaria*, 1964), proponendo una tesi poi accolta dalla dottrina costituzionalistica (F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*) riconduce al principio di solidarietà.

strutturalmente idonei ad imporre prestazioni, non si deve trascurare la forza conformativa che i primi possono esercitare negativamente sulle libertà.

Così l'intervento del legislatore, come prescritto dall'art. 23 Cost., occorre per definire, se necessario[28], contenuti obbligatori del dovere; quando cioè ai consociati sia positivamente richiesta una prestazione personale o patrimoniale.

Non quando il dovere, di per sé, costituisce il limite negativo che conforma il godimento di un diritto.

4. Il dovere di lavorare come limite al godimento di diritti

L'immediata efficacia del dovere di lavorare si misura concretamente in relazione a specifiche fattispecie.

Si consideri il diritto al mantenimento dei figli maggiorenni da parte dei genitori.

L'articolo 337 septies, comma 1, del codice civile stabilisce che «il giudice, valutate le circostanze, può disporre in favore dei figli maggiorenni non indipendenti economicamente il pagamento di un assegno periodico. Tale assegno, salvo diversa determinazione del giudice, è versato direttamente all'avente diritto»[29].

Questa disposizione, in relazione alla situazione dei figli di genitori separati, specifica un principio che la giurisprudenza ha affermato come diritto vivente in termini generali: l'obbligo di concorrere al mantenimento ex artt. 147 e 148 del codice civile, come adempimento del dovere imposto dall'art. 30, comma 1, Cost., non viene meno col raggiungimento della maggiore età dei figli, ma permane fino a quando essi non abbiano raggiunto l'indipendenza economica.

La giurisprudenza civile è però costante anche nell'affermare che il diritto al mantenimento viene meno quando il figlio, messo nelle condizioni di poter accedere alla indipendenza economica opponga un rifiuto ingiustifica-

[28] Come avremo modo di vedere al § 5, la possibilità di imporre obblighi in applicazione del dovere di lavorare è limitata ad ipotesi eccezionali, o comunque speciali. Rispetto al dovere di lavorare riesce quindi difficile seguire qui il pensiero di G. LOMBARDI, *Obbligo scolastico e inderogabilità dei doveri costituzionali*, in *Giur. It.,* 1967, parte I, Sez. I, 14 dell'estratto, che rileva «a proposito della nota di *inderogabilità,* propria dei doveri costituzionali, come essa determini la necessità di attuazione del dovere, in modo completo e senza residui, attraverso *obblighi* stabiliti da leggi».

[29] La disposizione, introdotta dall'articolo 55, comma 1, del d. lgs. n.154 del 2013, riproduce il contenuto dell'articolo 155 *quinquies* del codice civile, a sua volta introdotto dall'articolo 1 della legge n. 54 del 2006.

to; oppure quando il figlio manifesti una inerzia colpevole (protraendo senza profitto gli studi nel tempo)[30].

I giudici civili non si riferiscono esplicitamente al dovere di lavorare; pare però evidente che il giudizio sul rifiuto del figlio o sulla sua inerzia possono essere connotati giuridicamente solo in relazione ad esso.

Particolare attenzione merita poi la disciplina introdotta al comma 4 dell'articolo 18 della legge n. 300 del 1970 dalla legge n. 92 del 2012 per la quale, nel caso di licenziamento senza giustificato motivo o senza giusta causa, il giudice «annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione nel posto di lavoro di cui al primo comma e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, *dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione*».

Il legislatore del 2012 ha recepito il principio della deducibilità dell'*aliunde perceptum* che la giurisprudenza aveva elaborato sulla base dell'interpretazione dell'articolo 1223 del codice civile e costantemente applicato.

Ma la novella del 2012 ha ampliato l'ambito della deducibilità a quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire "dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione": non solo quindi l'*aliunde perceptum* ma anche l'*aliunde percipiendum*.

Anche la deducibilità dell'*aliunde percipiendum* era stata elaborata dalla giurisprudenza del lavoro sulla base di una interpretazione degli articoli 1175 e 1227 del codice civile. Essa è stata però applicata con cautela[31] e, comunque, nella ricostruzione sistematica del quadro normativo, non è mai stato preso in considerazione l'articolo 4, comma 2, della Costituzione.

Anche la Corte costituzionale, pronunciandosi sulla legittimità costituzionale della norma su cui stiamo riflettendo, non ha ritenuto di prendere in considerazione il dovere costituzionale di lavorare. Con la sentenza n. 86 del 2018 ha affermato – non considerando la differenza concettuale che distingue l'*aliunde perceptum* dall'*aliunde percipiendum* – «Ed è appunto (e solo) in tale prospettiva risarcitoria (ed in applicazione del principio della *compensatio lucri cum damno*) che si spiega e si giustifica l'ulteriore previsione della detrazione, dall'indennità dovuta dal datore di lavoro a titolo di risarcimento del danno, di quanto il lavoratore abbia percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché di

[30] Da ultimo cfr. Cassazione civile, Sez. VI, n. 5088 del 5 marzo 2018.

[31] Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno nel nuovo art.18 dello Statuto dei lavoratori: l'ospite sgradito*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona*, 180/2013, 19.

quanto il medesimo avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione».

Ciò dipende dal disagio che la dottrina e la giurisprudenza (comune e costituzionale) hanno sempre manifestato rispetto ad una interpretazione del dovere di lavorare che potesse condurre all'affermazione di un obbligo positivo[32].

Si è così preferita una interpretazione sistematica fondata sui principi di correttezza del diritto civile che male si adattano al rapporto tra datore di lavoro e lavoratore licenziato senza giustificato motivo o giusta causa.

La diligente ricerca di una nuova occupazione non è tuttavia imposta da alcun obbligo: essa deve però essere valutata al fine di definire l'operatività del limite che il dovere costituzionale di lavorare pone al diritto al risarcimento del danno.

5. Dovere di lavorare e obbligo di lavorare. Ipotesi eccezionali e speciali

Disponendo che ogni cittadino ha il dovere di lavorare secondo le sue possibilità e la sua scelta (cfr. § 7) l'articolo 4, comma 2, della Costituzione stabilisce che, generalmente, non possa essergli imposto alcun obbligo.

Il diritto alla scelta impedisce di configurare l'imposizione dell'obbligo a svolgere una attività determinata; e l'ipotesi che non si presentino concrete occasioni di lavoro, contemplata dall'articolo 38 della Costituzione, impedisce di stabilire un obbligo a svolgere qualsivoglia attività (§ 7).

Questo rapporto tra doverosità e libertà disegnato dalla norma costituzionale può però essere alterato in casi eccezionali ed essere declinato in forme diverse in relazione a situazioni speciali.

[32] Cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi*, cit., 20: «Sebbene le complessità interpretative segnalate siano certamente da ricondurre anche alla difficoltà di attribuire un significato univoco al concetto di "ordinaria diligenza", criterio intrinsecamente elastico, ma anche unico vero limite di esigibilità della condotta del creditore, lascia a tutt'oggi quanto meno perplessi la possibilità di addebitare al lavoratore il proprio (eventuale) atteggiamento di negligente passività, rilevabile in tutte quelle ipotesi in cui quest'ultimo non si sia attivato per cercare una nuova occupazione. Che il comportamento del prestatore sia ispirato da finalità di "mera iattanza o di ingiustificabile neghittosità", appare in ogni caso difficile ipotizzare di poter imporre al lavoratore un impegno positivo rispetto alla ricerca di un nuovo posto di lavoro; e ciò ancor più se si considera che, sul piano probatorio, *aliunde perceptum* e, a maggior ragione, *aliunde percipiendum* costituiscono circostanze ontologicamente estranee alla sfera di conoscenza del datore di lavoro, sostanzialmente insuscettibili di accertamenti o controlli *ex lege* (segnatamente si fa riferimento al divieto imposto al datore di lavoro dall'art. 8 St. Lav.)».

Si può certamente immaginare che un obbligo di lavorare, spinto fino all'imposizione di una determinata mansione, possa essere imposto dalla deliberazione dello stato di guerra da parte delle Camere[33].

Come abbiamo detto il legislatore, nel rispetto dell'articolo 23 della Costituzione, può però stabilire un obbligo di lavoro anche in relazione a situazioni che si presentano, non già eccezionali, ma speciali, nel quadro dei normali rapporti tra autorità e libertà.

Era questo il caso del lavoro dei detenuti.

«Con l'espressione "lavoro dei detenuti", "lavoro carcerario" e "lavoro penitenziario" si intende, tradizionalmente, l'attività – consistente nello svolgimento di compiti strumentali al funzionamento delle carceri o alla produzione di beni e/o servizi ulteriori – imposta con finalità rieducativa ai soggetti in stato di detenzione in istituti penitenziari per adulti, cioè i *condannati* e gli *internati*»[34].

Conformemente ai principi sanciti dall'art. 27 della Costituzione[35] la legge n. 354 del 1975 (c.d. ordinamento penitenziario) orienta il trattamento del condannato e dell'internato al suo reinserimento sociale. Così all'articolo 15 dispone che «1) Il trattamento del condannato e dell'internato è svolto avvalendosi principalmente dell'istruzione, del lavoro, della religione, delle attività culturali, ricreative e sportive e agevolando opportuni contatti con il mondo esterno ed i rapporti con la famiglia. 2) Ai fini del trattamento rieducativo, salvo casi di impossibilità, al condannato e all'internato è assicurato il lavoro».

E all'articolo 20 disciplinava puntualmente il lavoro carcerario stabilendo che esso fosse obbligatorio (comma 3), non avesse carattere afflittivo e dovesse essere remunerato (comma 2), che dovesse essere organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera (comma 5)[36].

[33] Cfr. G. DE VERGOTTINI, *Guerra e costituzione. Nuovi conflitti e sfide alla democrazia*, il Mulino, Bologna, 2004, 231 e ss.

[34] F. MARINELLI, *ll lavoro dei detenuti*, in *WP CSDLE "Massimo D'antona".IT*, 234/2014, 2.

[35] Per una ricca ricostruzione del dibattito sulla evoluzione del modo di concepire il lavoro carcerario cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., 4, nota 13. Sulla compatibilità della disciplina del lavoro carcerario con le norme di diritto internazionale cfr. le considerazioni critiche di G. CAPUTO, *Detenuti-lavoratori o lavotatori-detenuti?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

[36] L'articolo 20 (commi 7-10) disciplina il collocamento al lavoro dei detenuti stabilendo come criterio generale (comma 6) che «Nell'assegnazione dei soggetti al lavoro si deve tener conto esclusivamente dell'anzianità di disoccupazione durante lo stato di detenzione o di internamento, dei carichi familiari, della professionalità, nonché delle precedenti e documentate attività svolte e di quelle a cui essi potranno dedicarsi dopo la dimissione, con l'esclusione dei detenuti e internati sottoposti al regime di sorveglianza particolare di cui all'art. 14- bis della presente legge».

La giurisprudenza costituzionale ha chiarito che i principi costituzionali sul lavoro devono trovare applicazione anche in relazione a quello svolto in regime carcerario, pur nella specificità che lo caratterizza.

Con la sentenza n.158 del 2001 la Corte costituzionale ha affermato che la stessa obbligatorietà, che rappresentava evidentemente il carattere oggettivo di maggiore differenziazione rispetto al lavoro nella società libera, «si pone come uno dei mezzi al fine del recupero della persona, valore centrale per il nostro sistema penitenziario non solo sotto il profilo della dignità individuale ma anche sotto quello della valorizzazione delle attitudini e delle specifiche capacità lavorative del singolo. La legge prevede, perciò, che al condannato sia assicurato un lavoro, nella forma consentita più idonea, ivi comprese quella dell'esercizio in proprio di attività intellettuali, artigianali ed artistiche (art. 49 del d.P.R. 29 aprile 1976, n. 431) o quella del tirocinio retribuito (quattordicesimo e quindicesimo comma dell'art. 20 in esame)»[37].

[37] La Corte in quella occasione ha pronunciato una sentenza additiva dichiarando la illegittimità costituzionale dell'art. 20, sedicesimo comma, dell'ordinamento penitenziario nella parte in cui non riconosce il diritto al riposo annuale retribuito al detenuto che presti la propria attività lavorativa alle dipendenze dell'amministrazione carceraria. Essa ha sottolineato che «La Costituzione sancisce chiaramente (art. 35) che la Repubblica tutela il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni", e (all'art. 36, terzo comma) che qualunque lavoratore ha diritto anche alle "ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi"; garanzia che vale ad assicurare il soddisfacimento di primarie esigenze del lavoratore, fra le quali in primo luogo la reintegrazione delle energie psicofisiche. È ovvio che le rilevate peculiarità del rapporto di lavoro dei detenuti comportano che le concrete modalità (di forme e tempo) di realizzazione del periodo annuale continuativo retribuito (con sospensione dell'attività lavorativa), dedicato al riposo o ad attività alternative esistenti nell'istituto carcerario, devono essere compatibili con lo stato di detenzione. Esse possono, quindi, diversificarsi a seconda che tale lavoro sia intramurario (alle dipendenze dell'amministrazione carceraria o di terzi), oppure si svolga all'esterno o in situazione di semilibertà; diversificazioni che spetta al legislatore, al giudice o all'amministrazione precisare». Rispetto al lavoro carcerario la Corte costituzionale aveva già avuto modo di affermare, con la sentenza n. 1087 del 1988, che «per quanto non possa ritenersi che tale genere di lavoro sia del tutto identico, specie per la sua origine, per le condizioni in cui si svolge, per le finalità cui è diretto e che deve raggiungere, non può assolutamente affermarsi che esso non debba essere protetto specie alla stregua dei precetti costituzionali (artt. 35 e 36 Cost.)». Per questo motivo la Corte, pur ricordando che il compenso dovuto al detenuto al detenuto per il suo lavoro non è una retribuzione ma una remunerazione o mercede, ha concluso che «una remunerazione di gran lunga inferiore alla normale retribuzione sarebbe certamente diseducativa e controproducente; il detenuto non troverebbe alcun incentivo ed interesse a lavorare e, se lavorasse egualmente, non avrebbe alcun interesse ad una migliore qualificazione professionale. Gran parte delle finalità attribuite al lavoro carcerario sarebbero frustrate e vanificate. Il che in concreto non è alla stregua della legislazione in esame. Infatti, la norma censurata stabilisce anzitutto il principio della equa remunerazione. Essa sancisce che la mercede per ciascuna categoria di lavoratori è equitativamente stabilita. Inoltre, sono specificamente richiamati i contenuti del precetto costituzionale (art. 36 cost.). Si prevede, infatti, che la mercede debba essere determinata in relazione alla quantità ed alla

L'obbligatorietà del lavoro carcerario incontrava per altro limiti significativi.

Il secondo comma dell'articolo 15 dell'ordinamento penitenziario subordina l'assicurazione di un lavoro ai detenuti alle concrete possibilità dell'amministrazione penitenziaria; non sono poi previste sanzioni per il detenuto che rifiuti di adempiere all'obbligo di lavoro.

Per questo, a oggi, i detenuti lavoratori non superano il 25% della popolazione carceraria[38].

Alla luce di queste criticità deve essere letta la nuova disciplina del lavoro carcerario introdotta con il d.lgs. n. 124 del 2018, in attuazione della legge delega n. 103 del 2017. L'articolo 2 del decreto riscrive l'art. 20 dell'ordinamento penitenziario confermando che il lavoro carcerario non ha carattere afflittivo, deve essere remunerato e organizzato in modo da riflettere l'organizzazione e i metodi del lavoro nella società libera.

Viene però eliminata l'obbligatorietà muovendo dalla considerazione che l'efficacia del trattamento volto al reinserimento sociale sia fortemente condizionata dalla adesione spontanea del condannato[39].

Altra ipotesi di lavoro obbligatorio è quella che concerne le prestazioni di pubblica utilità, ovvero prestazioni di attività non retribuite in sostituzione di pene detentive.

L'istituto[40] trova la sua disciplina nell'articolo 54 della legge n. 274 del

qualità del lavoro effettivamente prestato, alla organizzazione ed al tipo di lavoro del detenuto. Infine, si prende in considerazione il trattamento previsto dai contratti collettivi. Vero è che è stabilito un trattamento minimo non inferiore ai due terzi del salario previsto da quest'ultimi, ma trattasi solo di una determinazione nel minimo, mentre non può escludersi l'osservanza del criterio della relazione con la quantità e la qualità del lavoro prestato e nemmeno possono trascurarsi, secondo il precetto costituzionale, i bisogni della famiglia di chi lavora».

[38] Cfr. F. MARINELLI, *Il lavoro dei detenuti*, cit., 9

[39] Il novellato articolo 20 dell'ordinamento penitenziario estende la possibilità accedere al lavoro anche ai soggetti ospitati nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza; chiarisce che l'amministrazione penitenziaria può organizzare e gestire attività di produzione di beni o servizi, sia all'interno che all'esterno dell'istituto; prevede la possibilità per gli organi centrali e territoriali dell'amministrazione penitenziaria di stipulare apposite convenzioni di inserimento lavorativo con soggetti pubblici o privati interessati a fornire opportunità di lavoro a detenuti e internati; introduce la possibilità di vendita dei prodotti delle lavorazioni penitenziarie o dei servizi delle prestazioni dei detenuti e degli internati a prezzo pari o anche inferiore al loro costo, tenuto conto, per quanto possibile, dei prezzi praticati per prodotti o servizi corrispondenti nella zona in cui è situato l'istituto. Prevede (anche in alternativa alla normale attività lavorativa) la possibilità per i detenuti o internati di esercitare attività di produzione di beni da destinare all'autoconsumo e riconosce ai detenuti e agli internati, in considerazione delle loro attitudini, la possibilità di essere ammessi per proprio conto, a svolgere attività artigianali, intellettuali o artistiche, nell'ambito del programma di trattamento.

[40] Ipotesi di prestazione di attività lavorative in sostituzione di pene pecuniarie erano già

2000 che, al secondo comma dispone «Il lavoro di pubblica utilità non può essere inferiore a dieci giorni né superiore a sei mesi e consiste nella prestazione di attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato».

Inizialmente limitato alle fattispecie di reato di competenza del giudice di pace, l'ambito applicativo del lavoro di pubblica utilità è stato esteso a diverse ipotesi[41].

Il lavoro di pubblica utilità, nella sua originaria concezione, rappresentava esclusivamente una forma di esecuzione della pena: per questo motivo esso non è remunerato e la sua applicazione è subordinata alla volontà dell'imputato. E per la stessa ragione esso deve essere svolto con «modalità e

presenti negli articoli 19, comma 5, e 24, comma 2, del Codice Zanardelli del 1889 in relazione alla multa e all'ammenda. L'articolo 49 dell'ordinamento penitenziario del 1975 prevedeva poi che venissero espiate «in regime di semilibertà le pene detentive derivanti dalla conversione di pene pecuniarie, sempreché il condannato non sia affidato in prova al servizio sociale o non sia ammesso al lavoro alle dipendenze di enti pubblici». Tale ultima disposizione è stata abrogata dall'articolo 110 della legge n. 689 del 1981 che, a sua volta, ha introdotto (all'art. 102), in sostituzione delle pene pecuniarie la misura del lavoro sostitutivo definito (all'art. 102) come «prestazione di un'attività non retribuita, a favore della collettività, da svolgere presso lo Stato, le regioni, le province, i comuni, o presso enti, organizzazioni o corpi di assistenza, di istruzione, di protezione civile e di tutela dell'ambiente naturale o di incremento del patrimonio forestale, previa stipulazione, ove occorra, di speciali convenzioni da parte del Ministero di grazia e giustizia, che può delegare il magistrato di sorveglianza. 2) Tale attività si svolge nell'ambito della provincia in cui il condannato ha la residenza, per una giornata lavorativa per settimana, salvo che il condannato chieda di essere ammesso ad una maggiore frequenza settimanale». Sul lavoro sostitutivo cfr. C.F. GROSSO, *I principi ispiratori e le linee di tendenza della legge*, in *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, n. 689*, a cura di Magistratura Democratica, Sezione Piemonte e Valle d'Aosta e dell'Istituto Piemontese di Scienze Economiche e Sociali A. Gramsci, Franco Angeli, Milano, 1982, 23 e ss.; R. BERTONI, E. LUPO, G. LATTANZI, L. VIOLANTE, *Modifiche al sistema penale. Legge 24 novembre 1981, N. 689. II, Querela, oblazione, pene pecuniarie, pene accessorie e altre misure*, Giuffrè, Milano, 1982, 174 e ss.

[41] Nei casi di violazione del Codice della strada, previsti all'art. 186 comma 9-*bis* e art. 187 comma 8-*bis* del d.lgs. 285/1992; nei casi di violazione della legge sugli stupefacenti, ai sensi dell'art. 73 comma 5 *bis* del D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309; come obbligo dell'imputato in stato di sospensione del processo e messa alla prova, ai sensi dell'art. 168-*bis* del codice penale, introdotto dalla legge 28 aprile 2014 n, 67; congiuntamente alla pena dell'arresto o della reclusione domiciliare, ai sensi dell'art. 1, comma 1, lett. i) della legge 28 aprile 2014 n, 67, ancora in attesa della regolamentazione prevista dai decreti legislativi in corso di emanazione; come obbligo del condannato ammesso alla sospensione condizionale della pena, ai sensi dell'art. 165 codice penale e art. 18-*bis* delle Disposizioni di coordinamento e transitorie del codice penale modalità di attuazione del programma di trattamento del detenuto ammesso al lavoro all'esterno ai sensi dell'art. 21, comma 4-*ter* dell'ordinamento penitenziario introdotto dal decreto legge 1 luglio 2013, n. 78, convertito nella legge n. 94/2014.

tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato» (art. 54, comma 3, della legge n. 274 del 2000).

A questa impostazione è però stata affiancata la concezione del lavoro di pubblica utilità come forma di trattamento carcerario.

Il decreto legge n. 78 del 2013, all'art. 2, comma 1, lettera a), ha infatti introdotto il comma 4 ter all'articolo 21 dell'ordinamento penitenziario in forza del quale i detenuti e gli internati di norma possono essere assegnati a prestare la propria attività a titolo volontario e gratuito, tenendo conto anche delle loro specifiche professionalità e attitudini lavorative, nell'esecuzione di progetti di pubblica utilità in favore della collettività. Norma ripresa dal decreto legislativo n.124 del 2018.

L'efficacia di queste misure pare essere molto al di sotto delle aspettative[42].

6. Il lavoro come diritto: dalla conservazione del rapporto di lavoro alla (ricerca della) continuità nel mercato del lavoro

Nella relazione al progetto di Costituzione Ruini sottolineava che «l'affermazione del diritto al lavoro, e cioè ad una occupazione piena per tutti, ha dato luogo a dubbi da un punto di vista strettamente giuridico, in quanto non si tratta di un diritto già assicurato e provvisto di azione giudiziaria; ma la commissione ha ritenuto, e anche giuristi rigorosi hanno ammesso, che, trattandosi di un *diritto potenziale*, la Costituzione può indicarlo, come avviene in altri casi, perché il legislatore ne promuova l'attuazione, secondo l'impegno che la Repubblica nella Costituzione stessa si assume»[43].

Pertanto, che il diritto al lavoro, sancito dal primo comma dell'articolo 4 della Costituzione, non rappresenti il fondamento per positive[44] pretese in-

[42] Nel dossier del Servizio studi del Senato del giugno 2018, relativo allo schema del d.lgs. n. 124 del 2018, reperibile all'URL http://documenti.camera.it/leg18/dossier/pdf/gi0012.pdf?_1540874164316 (ultimo accesso il 30 ottobre 2018) si legge «il lavoro di pubblica utilità, come modalità di trattamento penitenziario sembra aver trovato fino ad oggi scarsa attuazione pratica. Come mostrano le statistiche, infatti, dal 2013 ad oggi i lavori pubblica utilità sono svolti a titolo di sanzione accessoria per i reati stradali».

[43] Per la ricostruzione del dibattito in Assemblea costituente cfr. M. SALVATI, *Art. 4*, Carocci, Roma, 2017, 59 e ss., e, ancora assai utilmente, V. FALZONE, F. PALERMO, F. COSENTINO, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Colombo, Roma, 1949, 26 e ss.

[44] C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, in Camera dei Deputati, Commissione parlamentare di inchiesta sulla disoccupazione, Vol. IV, Roma, 1953, 81, sottolinea come il diritto al lavoro «tende a garantire una delle libertà personali e quindi assume un contenuto negativo, di pretesa all'astensione da ogni intervento esteriore

dividuali ad ottenere un posto di lavoro è chiaro fin da subito. Contrastano con una lettura di questo tipo ragioni di carattere materiale ma, evidentemente, anche ragioni di carattere politico-costituzionale che discendono dal modello economico scelto dai costituenti.

Non possono quindi essere condivise quelle ricostruzioni che, recentemente, hanno tentato di affermare una "necessità costituzionale" del reddito di cittadinanza facendola discendere da un presunto inadempimento della Repubblica[45].

diretto ad impedire l'esplicamento di un'attività lavorativa o la scelta e il modo di esercizio della medesima (salvo per quest'ultimo punto i divieti di ordine pubblico) ed ha una estensione generale, riferendosi a tutti i cittadini». Per quanto concerne il contenuto positivo del diritto al lavoro Mortati afferma che si sostanzia «nella pretesa ad ottenere lavoro, oppure a che siano suscitate occasioni di lavoro. […] Esso […] si concreta nella pretesa ad un'occupazione che presenti il duplice carattere di essere insieme retribuita e continuativa o stabile, e ciò perché se l'occupazione fosse saltuaria e intermittente assumerebbe un carattere aleatorio che lascerebbe insoddisfatta la pretesa. Ora presupposto necessario perché il diritto così inteso trovi realizzazione è l'esistenza di un meccanismo regolatore dell'offerta e della domanda di lavoro, in modo da adeguare costantemente, almeno entro un certo grado di approssimazione, l'una all'altra: o, in altri termini l'esistenza di un'organizzazione o impresa produttiva di beni e servizi, capace di retribuire il lavoro in essa impiegato ed idonea a procedere con la necessaria tempestività alla modificazione dell'entità e direzione della produzione in corrispondenza alla richiesta dei beni e servizi medesimi. Allo stesso tempo occorre altresì postulare una certa fungibilità e adattabilità del lavoro, tale da renderlo capace di passare da uno ad altro impiego per adeguarsi alle oscillazioni della domanda». Sul punto G.F. MANCINI, *Commento all'art. 4*, cit., 203 e ss.

[45] Cfr. C. TRIPODINA, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino, 2013. L'autrice (in particolare 251 e ss.) contesta quello che definisce "il tabù del lavoro" come argomento contrario al reddito di cittadinanza. Il ragionamento (che non prende in considerazione gli strumenti che il legislatore ha sviluppato per le politiche attive del lavoro né gli ammortizzatori sociali) è piuttosto semplice (p. 255): è vero che «il lavoro – il lavoro dignitoso – è insostituibile nella vita di un uomo: fonte non solo di sussistenza, ma anche di elevazione intellettuale e morale, di dignità, identità, socialità […] Tuttavia, quando non si può lavorare perché il lavoro non c'è, non si può – pur di non cadere nella trappola della resa al fallimento delle politiche occupazionali –, far gravare per intero il fardello di quel fallimento sulle spalle dei cittadini che, senza loro colpa, sono rimasti tagliati fuori dall'occupazione (o da un'occupazione stabile) relegandoli nel "ghetto dei superflui"». In altri termini: se la Repubblica non riesce ad assicurare lavoro deve risarcire il cittadino con il reddito di cittadinanza.

Tripodina omette di considerare che l'articolo 35, comma 4, della Costituzione riconosce la libertà di emigrazione e assicura la tutela del lavoro italiano all'estero (sul tema ancora assai utilmente cfr. M. OFFEDDU, *Commento all'art. 35*, in T. TREU, M. NAPOLI, M. OFFEDDU, M. PERSIANI, G. GIUGNI, U. ROMAGNOLI, *Rapporti economici. Tomo I. Commentario della Costituzione a cura di G. Branca*, Zanichelli, Bologna, 1979, 69 e ss.). Il cittadino che non trova lavoro in Italia è libero di emigrare. Se si trascura il valore di questa libertà si colloca il ragionamento sul diritto al lavoro fuori da ogni orizzonte concreto, storico e attuale. A meno che non si voglia condividere la posizione espressa il 9 agosto 2018, dal Ministro del Lavoro Luigi Di Maio, ricordando la tragedia di Marcinelle: «La riflessione che suscita in me Marcinelle è

Non è compito della Repubblica creare lavoro, ma promuovere le condizioni che consentano uno sviluppo economico e sociale capace di rendere effettivo il diritto al lavoro per tutti[46].

che non bisogna partire, non bisogna emigrare e dobbiamo lavorare a non far più emigrare i nostri giovani»; posizione che tradisce il pregiudizio per il quale il fenomeno migratorio riguardi e debba riguardare soltanto gli stranieri; pregiudizio che divide l'umanità tra liberi (di restare) e servi (costretti a migrare), secondo un criterio che pensavamo di avere superato da secoli.

[46] È questa la lettura che la giurisprudenza costituzionale fornisce fin da subito. Si veda la sentenza n. 78 del 1958 della Corte costituzionale in tema di imponibile di mano d'opera nelle aziende agricole: «Nel secondo comma sono posti limiti di ordine negativo alla libera iniziativa privata: essa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale in senso collettivo, essa non può comunque recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (attività nocive alla sanità e incolumità dei cittadini o che importino umiliazione o sfruttamento dei lavoratori). Dispone il terzo comma del citato articolo che siano determinati programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Non gioverebbe, a sostegno di tesi opposta a quella che viene dalla Corte accolta nella presente sentenza, invocare la locuzione costituzionale per ravvisare in essa l'ammissibilità di una compressione dell'iniziativa economica privata così penetrante da dar fondamento al sistema dell'imponibile di mano d'opera. Nel terzo comma, invero, la Corte ravvisa possibilità di norme idonee a delineare, da un punto di vista della generale utilità, programmi di retti a stimolare, indirizzare, coordinare l'attività economica al fine di dare effettivo incremento alla produzione, agganciandosi eventualmente anche a nuove risorse offerte dal mercato internazionale, e di creare, come è auspicabile, una situazione tale che possa naturalmente determinare fruttuoso assorbimento di mano d'opera. Non può pertanto la Corte riconoscere la legittimità di norme le quali, anziché informate a una generale visione nelle prospettate direzioni, siano congegnate in modo da interferire nell'attività economica di singoli operatori, turbando e comprimendo quell'iniziativa privata che é garantita dal primo comma dello stesso articolo. L'obbligo imposto ad operatori di assumere prestatori d'opera anche contro la valutazione da essi fatta della organizzazione della propria azienda resta estraneo al disposto del terzo comma e non può inquadrarsi nelle provvidenze di ordine generale ivi previste». Sul punto cfr. però LUCIANO VENTURA, *Il principio di eguaglianza nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1984, 75 e ss. che sottolinea come «Le "condizioni" che rendono effettivo il diritto al lavoro sono infatti anzitutto di ordine economico, ma possono essere anche di ordine giuridico e di conseguenza tra esse vanno ricomprese le previsioni contenute non solo nelle norme che garantiscono o facilitano l'accesso al lavoro di particolari categorie protette, come quelle della legge 2 aprile 1968, n. 482, ma anche nelle norme che vietano ogni discriminazione nell'accesso al lavoro, come l'art. 15 dello statuto dei lavoratori, o nelle norme che sono volte a promuovere un'equa ripartizione delle occasioni di lavoro, come quelle contenute nella legge n.264 del 1949». In effetti la promozione delle condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro non può non esplicarsi che sul piano giuridico normativo. Particolarmente interessante è, da questo punto di vista, la sentenza n. 49 del 2000 della Corte costituzionale con la quale essa ha dichiarato inammissibile un referendum abrogativo della legge n. 877 del 1973, recante la disciplina del lavoro a domicilio. La Corte ha affermato, guardando al parametro fornito dall'art. 35 Cost., che: «Va evidenziato come il lavoro a domicilio, avuto riguardo sia al luogo ed alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa che ai criteri di retribuzione, costituisca una di quelle forme speciali di lavoro che

L'orizzonte nel quale deve collocarsi la sua azione è dunque la piena occupazione. Si faccia però molta attenzione: essa, teoricamente inaccettabile e concretamente irrealizzabile in una economia di mercato, rappresenta, appunto, un orizzonte.

Le politiche per il lavoro dovranno quindi essere orientate alla piena occupazione ma potranno dirsi efficaci quando riusciranno a mantenere la disoccupazione entro i limiti fisiologici che impediscono di considerare i disoccupati come definitivamente estromessi dal mercato del lavoro.

Nella interpretazione del primo comma dell'art. 4 della Costituzione sono così emersi, fin dalle prime letture, due temi: quali dovessero essere le politiche di favore alla piena occupazione, e in quale misura potessero limitare l'iniziativa privata[47]; se accanto ad una pretesa alla creazione di condizioni favorevoli alla instaurazione di rapporti di lavoro fosse possibile ricavare dalla disposizione costituzionale il diritto al mantenimento del rapporto di lavoro[48].

la Repubblica, secondo quanto dispone l'art. 35 della Costituzione, deve tutelare. La doverosità, espressa da tale precetto, di una tutela del lavoro non già generica ed indistinta, ma articolata e coerente con la specificità delle varie forme (ed applicazioni) del lavoro si pone, dunque, alla base di quella disciplina speciale del lavoro a domicilio, già introdotta dal legislatore con la legge n. 264 del 1958, (poi sostituita appunto dalla legge n. 877 del 1973) e che la proposta referendaria vorrebbe ora abrogare, così eliminando una specifica e diretta attuazione di un principio costituzionale. I modi e le forme dell'attuazione della tutela costituzionale sono ovviamente rimessi alla discrezionalità del legislatore, cosicché le leggi attraverso le quali di volta in volta si realizza la tutela del lavoro, nelle sue diverse manifestazioni, pur essendo costituzionalmente necessarie, non sono a contenuto vincolato. Esse, in quanto dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento (si veda, sul punto, con specifico riferimento all'abrogazione referendaria, la sentenza n. 35 del 1997, nonché le sentenze n. 134 del 1994 e n. 106 del 1992). Tale limite si oppone all'abrogazione della vigente normativa di tutela speciale del lavoro a domicilio e determina l'inammissibilità della proposta referendaria».

[47] U. NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, cit.

[48] Cfr. C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema*, cit., 63 e s. che rispetto alle garanzie di tutela del lavoratore nel rapporto di lavoro afferma: «La prima e, in certo senso, più importante garanzia di questo tipo è, indubbiamente, quella relativa alla *conservazione del posto di lavoro*. Come si è accennato, è questo un ulteriore aspetto del diritto al lavoro, prescindendo dal quale qualsiasi altra forma di tutela appare scarsamente efficiente. Non vi è pari dignità ed eguaglianza fra i soggetti del rapporto di lavoro quando uno di essi (il lavoratore) è sottoposto alla incombente eventualità della risoluzione del rapporto stesso ad arbitrio dell'altro, e conseguentemente alla perdita del posto di lavoro, cioè della fonte da cui egli ritrae i mezzi di sostentamento per sé e per la propria famiglia». Sul tema cfr. G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1967, 27 e ss.: «[…] anche l'art. 4, […] sperimentò un allargamento della propria sfera di efficacia in sede interpretativa. Vero

Occorre peraltro chiarire che il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato fu il modello ritenuto più idoneo per realizzare le finalità sancite dalla Costituzione; possiamo anzi dire che quel modello fu presupposto dallo stesso costituente, così che i due temi di cui abbiamo detto sono stati declinati nel dibattito pubblico in modo specifico: come incrementare l'accesso dei disoccupati ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato; come tutelare i lavoratori occupati nell'ambito di quel rapporto.

La prima questione è stata oggetto di particolare attenzione nei primi anni della storia repubblicana.

Nel corso della prima legislatura la disoccupazione rappresentava un problema drammatico. In tal senso deve essere letta l'istituzione della Commissione Parlamentare di Inchiesta sulla Disoccupazione presso la Camera dei Deputati dal 21 giugno 1952 al 24 giugno 1953. La dottrina costituzionalistica notava come l'attuazione del diritto al lavoro, di cui al primo comma dell'art. 4 Cost. e il corrispondente obbligo dello Stato a renderlo effettivo, non avessero senso se non in presenza di una pianificazione economica. Si sottolineava come l'art. 4 Cost. ponesse il lavoro tra le finalità preminenti dello Stato, e che pertanto la piena occupazione dovesse essere inclusa tra i "fini sociali" rispetto ai quali l'attività economica pubblica e privata avrebbe dovuto essere indirizzata e coordinata per mezzo dei programmi stabiliti dal legislatore, secondo quanto dispone l'art. 41, comma 3, Cost.[49]

La prospettiva è però mutata rapidamente con il boom economico.

La capacità di assorbire manodopera da parte del sistema industriale, l'ottimismo generato dalla possibilità di creare posti di lavoro con una razionale politica del reddito, illustrata nel piano presentato al Parlamento da Ezio Vanoni nel 1955, hanno fortemente sdrammatizzato il tema della disoccupazione nel dibattito pubblico; anche presso la dottrina costituzionalistica e giuslavoristica.

Ciò ha spostato l'interesse prevalentemente sull'altra questione, ovvero sul diritto alla tutela del lavoratore nell'ambito del rapporto di lavoro, e quindi sul necessario[50] superamento della disciplina codicistica del licenzia-

che – ancor più dell'art. 36 – esso appare in linea di principio destinato ad operare all'interno dell'organizzazione statale: ma altrettanto incontestabile che anch'esso gradualmente, attraverso una interpretazione volta nel senso di riconoscergli una efficacia *anche* nei rapporti interindividuali, giunse ad offrire il fondamento proprio di quelle tesi che, elevandone il relativo principio ispiratore a limitazione dell'esercizio del potere di recesso *ad nutum*, ravvisarono in esso la garanzia fondamentale della *conservazione* del posto di lavoro.»

[49] C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica*, cit., 75.

[50] Per il vero il superamento della disciplina codicistica del licenziamento *ad nutum* non è stato considerato unanimemente necessario dalla nascente dottrina giuslavoristica. Così R. CORRADO, *Studi sul licenziamento*, Giappichelli, Torino, 1950, 145 e s., riteneva utile che tale

mento individuale che consentiva il libero recesso unilaterale da parte del datore di lavoro; anzi, come avremo modo di vedere, il tema della conservazione del rapporto di lavoro finirà per assorbire quello delle politiche per la piena occupazione

Il primo tentativo di superare la disciplina codicistica si deve, come è noto, all'iniziativa dei sindacati che stipularono, il 7 agosto 1947, l'accordo confederale sulla disciplina dei licenziamenti nell'industria, seguito dagli accordi confederali del 21 aprile 1950 sui licenziamenti per riduzione del personale e del 18 ottobre 1950 sui licenziamenti individuali, recepiti dai decreti legislativi 1011 e 1019 del 1960, ai sensi della legge n.741 del 1959, cosiddetta "Legge Vigorelli", e infine modificati con gli accordi del 5 maggio e del 29 aprile 1965.

Ma certamente in questo percorso riveste una importanza decisiva la sentenza n.45 del 1965 della Corte costituzionale che ha chiarito (n.3 e 4 del *Considerato in diritto*) come «dal complessivo contesto del primo comma dell'art. 4 della Costituzione – […] – si ricava che il diritto al lavoro, riconosciuto ad ogni cittadino, è da considerare quale fondamentale diritto di libertà della persona umana, che si estrinseca nella scelta e nel modo di esercizio dell'attività lavorativa. A questa situazione giuridica del cittadino – l'unica che trovi nella norma costituzionale in esame il suo inderogabile fondamento – fa riscontro, per quanto riguarda lo Stato, da una parte il divieto di creare o di lasciar sussistere nell'ordinamento norme che pongano o consentano di porre limiti discriminatori a tale libertà ovvero che direttamente o indirettamente la rinneghino, dall'altra l'obbligo – il cui adempimento é ritenuto dalla Costituzione essenziale all'effettiva realizzazione del descritto diritto – di indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro. Da siffatta interpretazione deriva che l'art. 4 della Costituzione, come non garantisce a ciascun cittadino il diritto al conseguimento di un'occupazione (il che è reso evidente dal ricordato indirizzo politico imposto allo Stato, giustificato dall'esistenza di una situazione economica insufficiente al lavoro per tutti, e perciò da modificare), così non garantisce il diritto alla conservazione del lavoro, che nel primo dovrebbe trovare il suo logico e necessario presupposto. Con ciò non si vuol dire che la disciplina dei licenziamenti si muova su un

superamento fosse assistito da importanti cautele per non «irrigidire eccessivamente la struttura economica delle imprese, togliendo la possibilità di mantener fermo il rapporto fra produzione e consumo». Si tratta di posizioni fortemente influenzate dal pensiero di L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Società editrice libraria, Milano, 1901. Sul tema cfr. P. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1985, in particolare 179 e ss.

piano del tutto diverso da quello proprio dell'art. 4 della Costituzione. Se, infatti, è vero che l'indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro, dettato nell'interesse di tutti i cittadini, non comporta la immediata e già operante stabilità di quelli di essi che siano già occupati, ciò non esclude, ma al contrario esige che il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro».

Il legislatore ha seguito il monito della Corte costituzionale con la legge n. 604 del 1966, accogliendo il principio della necessaria giustificazione del licenziamento e riconoscendo il diritto del lavoratore di adire il giudice avverso un licenziamento arbitrario. Ma anche la soluzione adottata con l'articolo 8 della legge 604/1966, l'alternativa tra la riassunzione o il risarcimento, non è stata ritenuta sufficiente e ha portato la dottrina giuslavoristica a sostenere che «la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto restava pur sempre assai scarsa»[51]. Solo con l'articolo 18 della n. 300 del 1970, lo "Statuto dei lavoratori", con l'introduzione della tutela reale, si ritenne che tale interesse avesse trovato un effettivo riconoscimento[52].

Si faccia però molta attenzione: la Corte con la sentenza n. 45/1965 aveva definito l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti come uno strumento per «assicurare a tutti la continuità del lavoro».

La necessità dell'intervento legislativo è quindi stata intesa dalla Corte costituzionale, non già come risposta ad una esigenza di tutela individuale, ma piuttosto come elemento di una politica della piena occupazione. E in effetti, a partire dalla seconda metà degli anni sessanta, giungendo al culmine con l'approvazione dello Statuto, le politiche di piena occupazione si sono risolte nella tutela dei lavoratori occupati.

Ma «Come mai nell'alternativa tra una regolamentazione del mercato del lavoro basata sulla tutela dei lavoratori occupati (ostacolandone il licenziamento) e una basata sul sostegno dei lavoratori disoccupati (con sussidi di disoccupazione e agenzie per il matching) in Italia, nel 1970, si è scelto di tutelare gli occupati?»[53].

Le risposte non possono che essere molteplici; pare tuttavia di poter affermare che quella più convincente debba essere trovata nella particolare congiuntura economica e sociale.

[51] M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di Diritto del lavoro*, diretto da L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, II, CEDAM, Padova, 1971, 697.

[52] Cfr. M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti: profili problematici e prospettive di evoluzione*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1983, in particolare 76 e ss.

[53] Cfr. G. RODANO, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il jobs act*, in www.pietroichino.it, 29 aprile 2015, 9 e ss.

Abbiamo già detto che il ventennio che precede l'approvazione dello Statuto è una stagione di grande crescita economica nella quale, sia pure con drammatiche differenze tra nord e sud del Paese, la domanda di lavoro è pari, e spesso superiore, all'offerta, così che il problema dell'accesso al rapporto di lavoro sostanzialmente non si pone.

È però anche un ventennio che evolve verso forti tensioni sociali, in un clima di conflittualità permanente, così che sul versante delle imprese la stabilizzazione del rapporto di lavoro viene accolta come un utile strumento di pace sociale.

Il modello di tutela apprestato dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori è un prodotto della storia, e nella storia deve essere correttamente collocato.

Con il superamento del contesto economico e sociale in cui era maturato, già a partire dalla seconda metà degli anni ottanta, esso mostrò i suoi limiti strutturali che consistevano «a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico); c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l.108/90), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria»[54].

L'articolo 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e all'uso del licenziamento come strumento di pressione nelle relazioni sindacali.

Ma con la piena legittimazione della presenza dei sindacati in azienda, e più in generale con le trasformazioni delle relazioni sindacali[55], anche il valore simbolico della norma si è progressivamente dissolto, giustificando sempre meno i costi che imponeva alle imprese in termini di rigidità nella gestione delle risorse umane.

Così il modello costruito essenzialmente sulla tutela reale del lavoratore ha iniziato ad essere messo in discussione.

[54] S.B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it*, 265/2015, 7 e s.; nello stesso senso v. P. ALBI, *La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e "interpretazione costituzionalmente orientata"*, in *Lavoro e diritto*, 2014, 526 e ss.

[55] Cfr. A. CESSARI, *Pluralismo, neocorporativismo, neocontrattualismo*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1981, parte prima, in particolare 181 e ss.; T. TREU, *Le relazioni industriali nell'impresa: il protocollo IRI*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1986, parte prima, in particolare 396 e ss.

Emblematica è la vicenda del referendum abrogativo del 15 e 16 giugno 2003.

Il quesito referendario concerneva le norme relative all'ambito (volendolo ampliare) e ai limiti di operatività della tutela reale apprestata dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970 in favore del lavoratore illegittimamente licenziato. Esso ha rappresentato, con la partecipazione del solo 25,7% dell'elettorato, un clamoroso insuccesso[56].

L'esito di quella vicenda referendaria ha mostrato con chiarezza che le politiche orientate a rendere effettivo il diritto al lavoro dovevano cambiare segno: che il problema non era rappresentato dalla necessità di estendere le tutele dei lavoratori occupati ma di ridurre il numero dei disoccupati.

Problema posto drammaticamente dalla inadeguatezza del sistema produttivo italiano a reggere la competizione su un mercato di cui il nuovo secolo aveva concluso la globalizzazione.

Il sistema produttivo italiano è costituito nella sua quasi totalità da microimprese e da piccole e medie imprese[57] che faticano a raggiungere la soglia della competitività[58]. E certamente la rigidità del "modello articolo 18", inducendo le imprese a rimanere fuori dal suo ambito applicativo dimensionale, ha rappresentato uno degli ostacoli organizzativi più rilevanti al raggiungimento di quella soglia. L'effetto complessivo della rigidità del sistema era quello di rendere difficili le nuove assunzioni e di mettere a rischio – in

[56] A. MORRONE, *L'invito a disertare le urne, tra storia, costituzione e regole di correttezza costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2003, 597 e ss.

[57] V. il report ISTAT *Struttura e competitività del sistema delle imprese industriali e dei servizi*, anno 2013. Esso fotografa il sistema produttivo tra la "riforma Fornero" e il "Jobs Act" e ci dice: «Le microimprese (quelle con meno di 10 addetti) sono circa 4,1 milioni e pesano per il 95,3% delle imprese attive, il 47,4% degli addetti e il 30,6% del valore aggiunto realizzato. Tra le microimprese, quelle con meno di un addetto sono più di 2,4 milioni e contribuiscono per circa un terzo al valore aggiunto di questo segmento di imprese. Le piccole e medie imprese (quelle con 10-249 addetti) impiegano il 32,9% degli addetti e contribuiscono per il 38,4% al valore aggiunto, mentre nelle grandi imprese (quelle con almeno 250 addetti) si concentrano il 19,7% degli addetti e il 31,0% del valore aggiunto».

[58] V. ISTAT, *Rapporto sulla competitività dei settori produttivi*, 2017, reperibile all'URL https://www.istat.it/storage/settori-produttivi/2017/Rapporto-competitivita-2017.pdf, ove si sottolinea, 69, che «dall'inizio del decennio a oggi la capacità di operare sui mercati esteri ha costituito un fattore cruciale per l'attività economica delle imprese italiane. In questo contesto, la crescente complessità dei processi produttivi, il progressivo sviluppo delle catene globali del valore e l'aumento della competitività sui mercati internazionali rendono l'attività estera delle imprese fortemente legata alla capacità di disegnare assetti produttivi (e organizzativi) in grado da un lato di soddisfare le condizioni strutturali per l'accesso ai mercati esteri e, dall'altro, di raggiungere i livelli di performance necessari per operare con successo su scala internazionale. A tale proposito, la letteratura economica ha da tempo mostrato come, ai fini della tenuta competitiva del sistema produttivo italiano, la ricerca delle condizioni strutturali e dei livelli di performance richieda un recupero in termini di dimensioni d'impresa e produttività».

ragione della scarsa competitività delle imprese – anche i posti di lavoro esistenti.

In questa prospettiva si devono leggere gli interventi legislativi della "riforma Fornero" (legge 92/2012) e del "Jobs Act" (d. lgs. n. 22 del 2015, d. lgs. 23 del 2015, d. lgs. n. 150 del 2015 in attuazione della legge 183/2014)[59] quali misure[60] adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro in relazione

[59] Sul tema v. P. BOZZAO, *I primi passi del Jobs Act: ambizioni, incertezze e difficili equilibri*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015.

[60] La Corte costituzionale, con la sentenza n. 194 del 2018, ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti) limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,». La Corte ha ritenuto che il meccanismo di protezione a tutele crescenti sia illegittimo in ragione della disparità di trattamento realizzata dall'automatismo su cui si fondava. Tale automatismo rappresentava l'elemento qualificante della riforma (non a caso ad esso si è ispirato anche il legislatore francese con l'ord. 2017-1387 del 22 settembre 2017, ratificata dalla legge 2018-217 del 29 marzo 2018). La Corte ha ritenuto che «che la rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla sola crescita dell'anzianità di servizio mostra la sua incongruenza soprattutto nei casi di anzianità di servizio non elevata» e che tale rigidità avrebbe impedito all'indennità medesima di assicurare un adeguato ristoro al lavoratore ingiustamente licenziato e di assumere una valenza dissuasiva per il datore di lavoro. Il giudice delle leggi afferma che «L'irragionevolezza del rimedio previsto dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 assume, in realtà, un rilievo ancor maggiore alla luce del particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, primo comma, 4 e 35 Cost.), per realizzare un pieno sviluppo della personalità umana (sentenza n. 163 del 1983, punto 6. del Considerato in diritto). Il "diritto al lavoro" (art. 4, primo comma, Cost.) e la "tutela" del lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni" (art. 35, primo comma, Cost.) comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona, quando si intenda procedere a licenziamenti, emerge nella già richiamata sentenza n. 45 del 1965, che fa riferimento ai «principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa» (punto 4. del Considerato in diritto), oltre che nella sentenza n. 63 del 1966, là dove si afferma che «il timore del recesso, cioè del licenziamento, spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia a una parte dei propri diritti» (punto 3. del Considerato in diritto)». E giunge così a concludere che «Nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, il giudice terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n. 23 del 2015 – nonché degli altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

Ci pare di poter affermare che la sentenza non abbia tenuto in adeguata considerazione alcuni aspetti di particolare interesse. Ci si riferisce soprattutto a quanto dispone l'articolo 2, comma 31, della legge n.92/2012 che impone al datore di lavoro che abbia intimato il licenziamento di contribuire al finanziamento della Assicurazione sociale per l'impiego (ASPI, ora NASPI). Contributo che certamente acuisce l'effetto dissuasivo della disciplina del licenziamento. Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne il valore compensativo a van-

alle mutate esigenze di competitività del sistema produttivo[61] tutelando la

taggio del lavoratore. Si deve valutare il quadro normativo complessivo di cui gli articoli 3 e 4 del d. lgs. 23/2015 (che pure assicurano la tutela risarcitoria più alta in Europa) non sono che una parte. Esso prevede che il lavoratore che abbia perduto involontariamente la propria occupazione sia destinatario della già citata assicurazione sociale per l'impiego, la NASPI di cui al d. lgs. 22/2015, condizionata al solo onere (articolo 7 dello stesso decreto) di partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale; onere che trova la sua copertura nell'art. 4, comma 2, della Costituzione e che viene sostenuto dall'impegno pubblico a facilitare la ricollocazione (d. lgs. n.150/2015).

La Corte ha inoltre trascurato il profilo della effettività del meccanismo risarcitorio, sul piano della certezza, che il criterio delle tutele crescenti assicurava e che aveva visto precipitare il numero dei processi, con indubbio vantaggio per le imprese, ma anche per i lavoratori. Gli unici lavoratori che trarranno un beneficio dalla sentenza n. 194 del 2018 sono gli avvocati lavoristi.

In argomento sulla ordinanza di rimessione del Tribunale di Roma cfr. V. SPEZIALE, *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, II, 333 e ss.; M. MARTONE, *Tanto tuonò che piovve*: *a proposito della legittimità costituzionale del* "Jobs act", in *ADL*, 2017, I, 1039 e ss.; F. CARINCI, *Una rondine non fa primavera: la rimessione del contratto a tutele crescenti alla Corte costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 2017, 902 e ss.; P. TOSI, F. LUNARDON, *Cronaca di Un'ordinanza … annunciata*, in *Giur. it.*, 2017, 2174 e ss.; E. GRAGNOLI, *La questione di legittimità costituzionale del decreto legislativo n. 23/2015 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2017, pp.1195 e ss.; S. D'ASCOLA, *Appunti sulla questione di costituzionalità del licenziamento a tutele crescenti*, in *Labor*, 2018/2, 228 e ss.

Sulla sentenza sia consentito rinviare a M. Cavino, *La illegittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti: una conclusione coerente a premesse sbagliate*, in *Studium iuris*, 2019/6.

[61] Sulla efficacia del Jobs Act sul piano dell'incremento della occupazione e della competitività delle imprese il dibattito è aperto. Trattandosi di una riforma strutturale pare ragionevole rinviare al medio periodo il giudizio sulla sua efficacia (v. I. FELLINI, Jobs Act *e contratto a tutele crescenti: alcuni effetti attesi sul mercato del lavoro*, in *Politiche Sociali*, 2015, 331 e ss). Non mancano però elementi che permettono di formulare un giudizio positivo sulla riforma (G. CROCE, *Il* Jobs Act *due anni dopo: obiettivi, fatti, prospettive*, in *Economia & Lavoro*, 2/2017, 23 e ss.).

In particolare risulta di particolare interesse lo studio di T. BOERI, P. GARIBALDI, *Graded Security and Labor Market Mobility. Clean Evidence from the Italian Jobs Act*, pubblicato il 19 febbraio 2018 sul sito dell'INPS all'URLhttps://www.inps.it/docallegati NP/Mig/InpsComunica/WorkInps_Papers/10_WorkINPS_Papers_19febbraio_2018.pdf e sintetizzato dagli stessi autori nel breve articolo *Effetto Jobs Act: cosa dicono i dati*, ne *lavoce.info*, del 27 marzo 2018. Essi notano che «Lo studio ha selezionato tutte le imprese che tra gennaio 2013 e dicembre 2016 sono entrate almeno una volta nel corridoio tra 10 e 20 addetti. Si tratta di circa 220 mila imprese. Sono poi state seguite le carriere lavorative di tutti i 6,2 milioni di lavoratori che hanno lavorato in queste imprese, in modo da analizzare un data-base con più di 250 milioni di osservazioni. Gli effetti del nuovo contratto sono scientificamente identificabili dal momento che oltre alla differenza tra imprese sopra e sotto la soglia, si può anche distinguere il comportamento delle aziende prima e dopo il 7 marzo 2015, il giorno in cui il contratto a tutele crescenti è stato introdotto in Italia. Il metodo delle "differenze delle differenze" è internazionalmente e scientificamente riconosciuto come un approccio rigoroso

posizione del lavoratore nel mercato del lavoro piuttosto che nel singolo rapporto di lavoro[62].

Rispetto a queste ultime si manifestano però i limiti di quello che potrebbe essere definito come il peccato originale delle politiche del lavoro in Italia.

La disattenzione per le politiche attive, determinata, come abbiamo detto, dall'enfasi per la tutela dei lavoratori[63] occupati, ha avuto conseguenze di lungo periodo che si traducono nella inadeguatezza delle strutture che do-

e naturale alla valutazione delle politiche economiche. I risultati dello studio sono i seguenti. Innanzitutto, la mobilità delle imprese intorno alla soglia è aumentata. Il numero di quelle che supera la soglia dei 15 addetti è passato da 10 mila al mese prima della riforma a circa 12 mila al mese nei 15 mesi dopo la sua introduzione, anche se i passaggi di soglia dopo il dicembre 2016 – quando la decontribuzione è stata fortemente ridotta – hanno subito una sensibile decelerazione. La parte scientificamente più rigorosa riguarda però gli effetti del nuovo contratto sulle assunzioni e sui licenziamenti a tempo indeterminato con i nuovi contratti. Lo studio mostra che le imprese sopra la soglia (quelle che indubbiamente operano con maggior flessibilità) hanno aumentato le assunzioni a tempo indeterminato del 50 per cento in più rispetto alle imprese più piccole dopo marzo 2015. Le piccole imprese – va ricordato – non hanno subito alcun cambiamento sostanziale dal nuovo contratto. Inoltre, la decontribuzione non influisce sul risultato dal momento che si applica uniformemente sia alle piccole che alle grandi imprese. Simili risultati e simili differenze tra piccole e grandi imprese si applicano anche alle conversioni di contratti a termine in contratti a tutele crescenti. Quando lo studio guarda ai licenziamenti, il risultato è molto simile e viene evidenziato un aumento dei licenziamenti di circa il 50 per cento tra le imprese più grandi rispetto alle piccole prima e dopo il marzo 2015. Il nuovo contratto ha chiaramente reso più flessibile il mercato del lavoro e aumentato la mobilità di imprese e lavoratori. Va peraltro ricordato che l'aumento di assunzioni del 50 per cento corrisponde a un numero molto più grande rispetto all'aumento dei licenziamenti del 50 per cento e che l'occupazione totale è aumentata nel triennio analizzato».

[62] Questa evoluzione ha acceso un vivace dibattito nell'ambito della dottrina giuslavoristica intorno al "posto" che dovrà assumere il Diritto del lavoro nel nuovo contesto. Sul tema si rinvia a A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e 23*, Giappichelli, Torino, 3 e ss.; U. ROMAGNOLI, *Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i trent'anni di Lavoro e diritto. Introduzione*, in *Lavoro e diritto*, 2017, 567 e ss.; ID., *Quel diritto che dal lavoro prende il nome*, in *il Mulino*, 2018, 690 e ss.; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 322/2017; V. BAVARO, *Lineamenti sulla costituzione materiale dei diritti sociali del lavoro*, in *Lavoro e diritto*, 2018, 243 e ss.; A. SOMMA, *Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi*, in *Lavoro e diritto*, 2018, 307 e ss.; P. PASSANITI, *Diritto del lavoro e rappresentanza politica. Una riflessione sulla storicità dei diritti sociali*, in *Lavoro e diritto*, 2018, 291 e ss.

[63] Per un'analisi dei tentativi compiuti negli anni ottanta del secolo scorso cfr. T. TREU, *Il quadro normativo ed istituzionale a sostegno della creazione di occupazione e di nuove imprese*, in *Rivista italiana di Diritto del lavoro*, 1987, parte prima, 333 e ss.

vrebbero assicurare l'incontro tra la domanda e l'offerta, rispetto alla quale anche gli ultimi interventi normativi paiono insufficienti[64].

Ciò ha condotto il dibattito più recente sulle politiche del lavoro verso esiti paradossali. Anziché insistere sulla necessità di procedere ad un generale ripensamento delle strutture di gestione dell'entrata[65], si è tornati ad invocare la rigidità normativa dell'uscita: l'atteggiamento di chi, per non perdere tempo, decide di fermare le lancette dell'orologio.

7. L'effetto conformativo del dovere di lavorare sul diritto al lavoro: scelta del lavoro, disoccupazione involontaria e condizionalità delle politiche attive

Il secondo comma dell'articolo 4 della Costituzione stabilisce che ogni cittadino ha il dovere di svolgere una attività che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, secondo le proprie possibilità e la propria scelta.

La scelta del cittadino non è libera; il dovere di lavorare la condiziona, conformando il diritto al lavoro, sotto il profilo soggettivo e oggettivo.

Rispetto al primo il cittadino deve comprendere quali sono le sue attitudini e in base ad esse valutare la direzione del suo contributo al progresso della società; se agire nell'ambito materiale o spirituale trovando un proprio spazio di azione nell'uno o nell'altro[66].

[64] Cfr. M. AIMO, *Contratto di lavoro «dominante» e flessibilità in entrata: qualche riflessione a margine della legge n. 92/2012*, in M. CAVINO, I. MASSA PINTO, *Lavoro e Costituzione*, cit., 219 e s.; A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione nel* "welfare *attivo" e nei "mercati del lavoro* transizionali", in *RDSS*, 2012, in particolare, 561 e ss.; ID., *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di* security *nel* Jobs Act *del Governo Renzi*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 249/2015.

[65] In tal senso è significativa la disciplina introdotta con il decreto legge n. 87 del 2018, cosiddetto "decreto dignità" che intervenendo sui contratti a termine e sulla somministrazione ha determinato una significativa perdita di posti di lavoro. In argomento cfr. L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 377/2018, in particolare 11 e ss.

[66] P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, cit., 149 e s., sottolinea che l'inciso: «"secondo la propria scelta" lascia un margine discrezionale di libertà al cittadino, il quale può indirizzare la propria capacità lavorativa verso il ramo che gli è più congeniale, ma senza annullare gli effetti della proclamazione del dovere del lavoro, nel qual caso tale libertà dovrebbe intendersi come libertà di ozio. Questa libertà di scelta trova un'applicazione concreta ed una conferma nella libertà dell'iniziativa privata (art. 41 Cost.) e nella libertà di insegnamento (art. 33 Cost.): ed un'altra conferma nell'ultima parte dello stesso secondo comma dell'art. 4 Cost., là dove si accenna, appunto, alle due grandi categorie fra le quali il cittadino opera una prima scelta, cioè fra le attività (o funzioni) che concorrono al "progresso materiale" e quelle che concorrono al "progresso spirituale" della società».

Sotto il profilo oggettivo egli dovrà considerare quali sono le concrete occasioni che il mercato del lavoro gli offre e riguardo ad esse operare la sua scelta.

Le possibilità del lavoratore dipendono dal combinarsi di questi profili soggettivi e oggettivi che delimitano l'ambito della sua scelta[67].

[67] La consapevolezza rispetto alle proprie possibilità è essenziale alla scelta del cittadino. E nella formazione della consapevolezza assume un ruolo fondamentale la scuola. Essa è «organo centrale della democrazia, perché serve a risolvere quello che secondo noi è il problema centrale della democrazia: la formazione della classe dirigente. La formazione della classe dirigente, non solo nel senso di classe politica, di quella classe cioè che siede in parlamento e discute e parla (e magari urla) che è al vertice degli organi più propriamente politici, ma anche classe dirigente nel senso culturale e tecnico: coloro che sono a capo delle officine e delle aziende, che insegnano, che scrivono, artisti, professionisti, poeti. Questo è il problema della democrazia, la creazione di questa classe, la quale non deve essere una casta ereditaria, chiusa, una oligarchia, una chiesa, un clero, un ordine. No. Nel nostro pensiero di democrazia, la classe dirigente deve essere aperta e sempre rinnovata dall'afflusso verso l'alto degli elementi migliori di tutte le classi, di tutte le categorie. Ogni classe, ogni categoria deve avere la possibilità di liberare verso l'alto i suoi elementi migliori, perché ciascuno di essi possa temporaneamente, transitoriamente, per quel breve istante di vita che la sorte concede a ciascuno di noi, contribuire a portare il suo lavoro, le sue migliori qualità personali al progresso della società» (P. CALAMANDREI, *Difendiamo la scuola democratica*, (1950), in *Scritti e discorsi politici*, a cura di N. BOBBIO, La Nuova Italia, Firenze, 1966, I, 389). Ma la scuola ha una funzione più ampia rispetto alla selezione della classe dirigente, come ci viene del resto confermato dalla struttura dello stesso articolo 34 della Costituzione che si regge su una duplice logica, universalistica per l'istruzione inferiore, meritocratica per l'istruzione superiore (A. POGGI, *Commento all'articolo 34*, n *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Torino, 2006, 709). La possibilità di divenire parte della classe dirigente, compiendo una ascesa sociale, nel caso si provenga da una classe umile, o mantenendo la propria posizione quando già si appartenga ad un ceto medio-alto, è riservata dal terzo comma dell'articolo 34 ai soli capaci e meritevoli. Ma il secondo comma dell'articolo 34 vuole una istruzione inferiore obbligatoria e gratuita impartita a tutti per almeno otto anni. Non tutti possono divenire classe dirigente. La scuola non rappresenterà che per una parte soltanto la possibilità di ascesa sociale. Per la maggior parte essa sarà qualcosa di diverso, essa sarà lo strumento di acquisizione di consapevolezza. L'istruzione inferiore deve permettere a ciascuno di valutare le proprie capacità, ma deve anche permettere a ciascuno di comprendere il progetto sociale e politico della Costituzione. Quanti, per le proprie caratteristiche personali, non potranno accedere ai gradi più alti degli studi avranno comunque gli strumenti critici per comprendere quale attività da loro ci si attenda perché possano contribuire al progresso materiale o spirituale della società. Nel progetto costituzionale chi non diverrà classe dirigente non sarà messo ai margini della società, perché la consapevolezza delle proprie attitudini condurrà ciascuno a migliorare, se non la propria condizione sociale, il modo di vivere la propria condizione sociale; ad attingere ad una dignità del lavoro e nel lavoro che costituisce l'elemento soggettivo di quel che abbiamo chiamato lavoro politico. In questo senso deve essere letto il secondo comma dell'articolo 35 della Costituzione che impone alla Repubblica di curare la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori (D. BIFULCO, *Commento all'articolo 35*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, cit., 728): il lavoratore che si fermi all'istruzione inferiore non cessa di crescere

Il cittadino è quindi chiamato a scegliere rispetto a ciò che concretamente può fare: se il mercato del lavoro non gli consentirà di occuparsi nell'attività che egli vorrebbe svolgere non potrà comunque rimanere inoperoso.

Egli potrà pertanto essere considerato disoccupato involontario, e beneficiare della tutela accordata dall'articolo 38, comma 2, della Costituzione[68], solo quando, malgrado la sua disponibilità, non gli sia concretamente possibile svolgere alcun tipo di lavoro.

In tale prospettiva deve essere letta la definizione dello stato di disoccupazione accolta dal legislatore, anche sulla base delle sollecitazioni ricevute sul piano internazionale[69] e sovranazionale.

L'articolo 1 del d. lgs. n. 181 del 2000 definiva «c) "disoccupati di lunga durata", coloro che, dopo aver perso un posto di lavoro o cessato un'attività di lavoro autonomo, siano alla ricerca di nuova occupazione da più di dodici

come persona e come cittadino, ma continua il proprio percorso di protagonista della vita sociale.

In tale prospettiva si deve ricordare che la legge n. 296 del 2006, all'articolo 1, comma 622, ha stabilito (estendendo il limite costituzionalmente fissato in otto anni dall'art. 34 Cost.) che l'istruzione è obbligatoria per almeno dieci anni e deve essere finalizzata al conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. Tale obbligo di istruzione-formazione si coordina con quanto disposto dal d.lgs. n. 345 del 1999 che ha stabilito (facendo seguito alla direttiva europea 94/33/CE) il principio generale per cui l'età minima di ammissione all'impiego deve coincidere con quella in cui cessano gli obblighi scolastici (stabilita, a seguito dell'intervento legislativo del 2006, a 16 anni). E sempre in tale prospettiva deve essere considerata la legge n.107 del 2015 che (all'articolo 1, commi dal 33 al 43) ha stabilito l'obbligatorietà di percorsi di alternanza scuola lavoro che prevedono negli istituti tecnici e professionali 400 ore di attività, nel secondo biennio e nell'ultimo anno, e nei licei di almeno 200 ore nel triennio.

[68] Rispetto alla quale la Corte costituzionale (sentenza n. 215 del 2014) ha precisato che «l'art. 38, secondo comma, Cost., che è immediatamente operante nell'ordinamento giuridico e rilevante, in particolare, ai fini del sindacato di costituzionalità sulle leggi ordinarie, attribuendo valore di principio fondamentale al diritto dei lavoratori a che siano "preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria", impone che, in caso di eventi, i quali incidono sfavorevolmente sull'attività lavorativa, siano ai lavoratori assicurate provvidenze atte a garantire la soddisfazione delle loro esigenze di vita (sentenza n. 22 del 1969). Ma tale disposizione non va intesa in senso letterale e con valore assoluto. È il sistema delle assicurazioni nel suo complesso, infatti, che è chiamato a far fronte e obbedisce alle esigenze garantite dal precetto costituzionale (sentenza n. 80 del 1971). Per cui questo non risulta violato se, […], in maniera specifica siano poste regole, con cui, nel rispetto degli altri precetti e principi costituzionali, viene condizionata l'insorgenza di dati diritti o di questi è disciplinato l'esercizio».

[69] Cfr., sui contributi forniti dall'ILO, E. VIVIANO, *Un'analisi critica delle definizioni di disoccupazione e partecipazione in Italia*, in *Politica economica*, 2003, 161 e s. Sugli *inputs* dell'Unione Europea cfr. A. ALAIMO, *Servizi per l'impiego e disoccupazione*, cit., 557 e ss.

mesi;» «d) "inoccupati di lunga durata", coloro che, senza aver precedentemente svolto un'attività lavorativa, siano alla ricerca di un'occupazione da più di dodici mesi;» «f) "stato di disoccupazione", la condizione del disoccupato o dell'inoccupato che sia immediatamente disponibile allo svolgimento di un'attività lavorativa»[70].

È la disponibilità allo svolgimento di una attività lavorativa che permette di qualificare il cittadino come disoccupato.

Essa ha il suo fondamento nel dovere di lavorare.

Ed è sempre nel dovere di lavorare che si giustifica il regime della condizionalità e della decadenza dei benefici di sostegno al reddito, predisposti dal legislatore in applicazione del secondo comma dell'articolo 38 della Costituzione[71], così come delle misure di politica attiva adottate per rendere effettivo il diritto al lavoro[72].

[70] L'art. 19 del d. lgs. n. 150 del 2015, nel fare salvi (comma 2) i riferimenti normativi allo stato di disoccupazione ai sensi dell'articolo 1, comma 2, lettera c), del decreto legislativo n. 181 del 2000, fornisce una ulteriore definizione (comma 1, come modificato dal d. lgs. n. 185 del 2016) per la quale «*Sono considerati disoccupati i soggetti privi di impiego che dichiarano, in forma telematica, al sistema informativo unitario delle politiche del lavoro di cui all'articolo 13, la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa e alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con il centro per l'impiego*».

[71] Si veda l'articolo 7 del d. lgs. 22 del 2015, in relazione alla nuova prestazione di assicurazione sociale per l'impiego (NASpI) che ne condiziona l'erogazione alla regolare partecipazione alle iniziative di attivazione lavorativa nonché ai percorsi di riqualificazione professionale. E l'articolo 4, commi 41 e 42 della legge n. 92 del 2012, per il quale (riprendendo la disciplina già contenuta nel d.l. n. 249 del 2004) «41. Il lavoratore destinatario di una indennità di mobilità o di indennità o di sussidi, la cui corresponsione è collegata allo stato di disoccupazione o di inoccupazione, decade dai trattamenti medesimi, quando: a) rifiuti di partecipare senza giustificato motivo ad una iniziativa di politica attiva o di attivazione proposta dai servizi competenti di cui all'articolo 1, comma 2, lettera g), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni, o non vi partecipi regolarmente; b) non accetti una offerta di un lavoro inquadrato in un livello retributivo superiore almeno del 20 per cento rispetto all'importo lordo dell'indennità cui ha diritto. 42. Le disposizioni di cui ai commi 40 e 41 si applicano quando le attività lavorative o di formazione ovvero di riqualificazione si svolgono in un luogo che non dista più di 50 chilometri dalla residenza del lavoratore, o comunque che è raggiungibile mediamente in 80 minuti con i mezzi di trasporto pubblici». In argomento cfr. P. PASCUCCI, *Servizi per l'impiego, politiche attive, stato di disoccupazione e condizionalità nella legge n. 92 del 2012*, in *RDSS*, 2012, 479 e ss.; F. LISO, *Il "nuovo" trattamento di disoccupazione*, in *RDSS*, 2013, 1 e ss.; R. SALOMONE, *Le prestazioni di politica attiva del lavoro al tempo del Jobs act*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 287 e ss.

[72] L'articolo 20 del d. lgs. n. 150 del 2015 prevede la stipula di un patto di servizio personalizzato tra disoccupato e centro per l'impiego che permetta di definire e controllare le attività di effettiva ricerca di una occupazione e che riporti la disponibilità dell'interessato a) alla partecipazione a iniziative e laboratori per il rafforzamento delle competenze nella ricerca attiva di lavoro quali, in via esemplificativa, la stesura del curriculum vitae e la preparazione per sostenere colloqui di lavoro o altra iniziativa di orientamento; b) alla partecipazione a iniziative di carattere formativo o di riqualificazione o altra iniziativa di politica attiva o di atti-

8. Il lavoro degli stranieri

Abbiamo già avuto modo di ragionare intorno al rapporto tra dovere di lavorare, diritto al lavoro e cittadinanza quando abbiamo definito il concetto di lavoro politico (§§ 1 e 2).

Alla luce di quelle considerazioni possiamo affermare che, se per lavoro politico intendiamo la fusione tra l'orizzonte etico del lavoratore e l'orizzonte di valore espresso dal progetto costituzionale, la limitazione ai soli cittadini del diritto al lavoro e del dovere di lavorare compiuta all'articolo 4 della Costituzione deve essere intesa in senso stretto.

La posizione del lavoratore straniero trova il suo fondamento costituzionale altrove: per il lavoratore extracomunitario all'articolo 10, comma 2, come elemento della sua condizione giuridica rimessa alla disciplina del legislatore, in conformità delle norme e dei trattati internazionali; per il lavoratore comunitario al primo comma dell'articolo 117, che impone all'attività legislativa dello Stato e delle regioni il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

Per quanto concerne la posizione del lavoratore extracomunitario la giurisprudenza della Corte costituzionale ha distinto i due momenti, precedente e successivo all'ingresso dello straniero, affermando (sentenza n. 62 del 1994, ultima parte del considerato in diritto n. 4), rispetto al primo, che «la diversa posizione dello straniero, caratterizzata dall'assoggettamento, in via di principio, a discipline legislative e amministrative, che possono comportare, in casi predeterminati, anche l'espulsione dallo Stato, ha una ragione nel rilievo, […], secondo il quale la regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale è collegata alla ponderazione di svariati interessi pubblici, quali, ad esempio, la sicurezza e la sanità pubblica, l'ordine pubblico, i vincoli di carattere internazionale e la politica nazionale in tema di immigrazione. E tale ponderazione spetta in via primaria al legislatore ordinario, il quale possiede in materia un'ampia discrezionalità, limitata, sotto il profilo della conformità a Costituzione, soltanto dal vincolo che le sue scelte non risultino manifestamente irragionevoli (v. sentt. nn. 144 del 1970 e 104 del 1969)».

vazione; c) accettazione di congrue offerte di lavoro (definite come tali dal successivo articolo 25 in relazione alla coerenza con le esperienze e le competenze maturate; alla distanza dal domicilio e ai tempi di trasferimento mediante mezzi di trasporto pubblico; alla durata della disoccupazione; alla retribuzione che deve essere superiore di almeno il 20 per cento rispetto alla indennità percepita nell'ultimo mese precedente, da computare senza considerare l'eventuale integrazione a carico dei fondi di solidarietà). In argomento cfr. S. CAFFIO, *Il progressivo ritorno alle origini: dall'indennità di disoccupazione alla NASpI*, in E. GHERA, D. GAROFALO, *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel* Jobs Act 2, Cacucci, Bari, 2015, in particolare 275 e ss.

Rispetto al secondo ha però riconosciuto (sentenza n. 206 del 2006, considerato in diritto n. 6) che « qualora "i lavoratori extracomunitari siano autorizzati al lavoro subordinato stabile in Italia, godendo di un permesso rilasciato a tale scopo […] e siano posti a tal fine in condizioni di parità con i cittadini italiani […] essi godono di tutti i diritti riconosciuti ai lavoratori italiani" (sentenza n. 454 del 1998, relativa al caso di un extracomunitario aspirante al collocamento obbligatorio)».

La condizione del lavoratore comunitario è disciplinata dall'articolo 45 del TFUE che sancisce il principio di libera circolazione (par. 1), implica l'abolizione di ogni forma di discriminazione (par. 2) e importa il diritto di rispondere a offerte di lavoro effettive, di spostarsi liberamente, a tal fine, nel territorio degli Stati membri, di prendere dimora in uno degli Stati membri al fine di svolgervi un'attività di lavoro, conformemente alle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che disciplinano l'occupazione dei lavoratori nazionali di rimanere, a condizioni che costituiranno l'oggetto di regolamenti stabiliti dalla Commissione, sul territorio di uno Stato membro, dopo aver occupato un impiego (par. 3).

Il paragrafo 4 dello stesso articolo stabilisce però che le norme relative all'applicazione del principio di libera circolazione non si applicano agli impieghi nella pubblica amministrazione.

Rispetto a tale ultima disposizione si pone la questione relativa alla interpretazione dell'articolo 51 della Costituzione: se esso stabilisca o meno una eccezione di nazionalità rispetto all'assunzione di incarichi nella pubblica amministrazione.

Il d.P.C.M. 174 del 1994, "Regolamento recante norme sull'accesso dei cittadini degli Stati membri dell'Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche", ha operato una distinzione stabilendo (art. 1) che il possesso della cittadinanza italiana sia imprescindibile solo in relazione a: a) i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato, anche ad ordinamento autonomo; b) i posti con funzioni di vertice amministrativo delle strutture periferiche delle amministrazioni pubbliche dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, degli enti pubblici non economici, delle province e dei comuni nonché delle regioni e della Banca d'Italia; c) i posti dei magistrati ordinari, amministrativi, militari e contabili, nonché i posti degli avvocati e procuratori dello Stato; d) i posti dei ruoli civili e militari della Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Ministero degli affari esteri, del Ministero dell'interno, del Ministero di grazia e giustizia, del Ministero della difesa e del Ministero delle finanze e del Corpo forestale dello Stato. Esso ha inoltre stabilito (art. 2) che le funzioni delle amministrazioni pubbliche per il cui esercizio si richiede il requisito della cittadinanza italiana sono le seguenti: a) funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; b) funzioni di controllo di legittimità e di merito.

Le norme del d.P.C.M. 174 del 1994 sono state oggetto di recenti pronunce da parte del giudice amministrativo in relazione alla vicenda del conferimento a cittadini stranieri dell'incarico di direttore di importanti musei italiani.

Con la sentenza n. 3666 del 24 luglio 2017 la Sesta sezione del Consiglio di Stato, riprendendo l'orientamento già manifestato in sede consultiva (parere del Cons. di Stato, Sez. II, n. 234 del 20 gennaio 1990), ha stabilito che l'articolo 51 della Costituzione non deve essere interpretato nel senso dell'esclusione dei cittadini stranieri dal conferimento di incarichi pubblici, ma piuttosto nel senso di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di accedervi senza discriminazioni. Per quanto poi concerne l'eccezione di nazionalità, di cui al paragrafo 4 dell'articolo 45 TFUE, il giudice amministrativo ha affermato che il concetto di pubblica amministrazione al quale esso si riferisce non deve essere inteso in senso "strutturale e statico", ma piuttosto "funzionale e dinamico", considerando la natura e le caratteristiche delle attività effettivamente svolte.

E con la sentenza n. 9 del 15 giugno 2018, l'Adunanza Plenaria, richiamando la giurisprudenza della Corte di giustizia[73], ha affermato che nella va-

[73] Il Consiglio di Stato richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia che ha stabilito che le eventuali misure nazionali volte ad affermare la riserva di nazionalità devono essere limitate a "quanto strettamente necessario" a salvaguardare gli interessi sottesi all'adozione di tale misura (in tal senso: CGUE, sent. 3 luglio 1986 in causa C-66/85, Lawrie Blum,; CGUE, sent. 10 settembre 2014 in causa C-270/13 – Iraklis Haralambidis).

Il Consiglio di Stato ricorda inoltre che «5.2.1.2. Un consolidato orientamento della Corte di giustizia ha altresì chiarito che gli Stati membri possono legittimamente invocare la riserva di nazionalità per i soli impieghi nell'amministrazione pubblica "che hanno un rapporto con attività specifiche della pubblica amministrazione in quanto incaricata dell'esercizio dei pubblici poteri e responsabile della tutela degli interessi generali dello Stato" (in tal senso: CGUE, sent. 26 maggio 1982 in causa C-149/79 – Commissione c/ Regno del Belgio; id., sentenza 27 novembre 1991 in causa C-4/91 – Bleis c/ Ministère de l'Éducation Nationale; id., sentenza 2 luglio 1996 in causa C-290/94 – Commissione c/ Repubblica Ellenica). I criteri in questione sono stati richiamati - con valenza evidentemente ricognitiva – dalla Commissione europea attraverso la Comunicazione interpretativa dal titolo "Libera circolazione dei lavoratori – realizzarne pienamente i vantaggi e le potenzialità" (Documento COM(2002) 694 def. dell'11 dicembre 2002). Con tale documento l'Esecutivo comunitario – attraverso puntuali richiami alla giurisprudenza della Corte di giustizia – ha ricordato che "gli Stati membri sono autorizzati a riservare gli impieghi nella pubblica amministrazione ai loro cittadini solo se questi impieghi sono direttamente collegati ad attività specifiche della pubblica amministrazione, vale a dire quando questa sia investita dell'esercizio dell'autorità pubblica e della responsabilità di salvaguardare gli interessi generali dello Stato". La stessa Commissione europea, con la Comunicazione dal titolo "Libera circolazione di lavoratori e accesso agli impieghi nella pubblica amministrazione degli Stati membri: l'azione della Commissione in materia di applicazione dell'articolo 48, paragrafo 4 del trattato CEE" (Documento 88/C 72/02 in GUCE C72 del 18 marzo 1988), ha chiarito che possono essere ricondotti alla 'riserva di nazionalità' "gli impieghi dipendenti dai ministeri statali, dai governi

lutazione delle funzioni attribuite con l'incarico dirigenziale deve essere considerata la prevalenza tra quelle, autoritative o gestionali: qualora le seconde prevalgano sulle prime l'esclusione dall'incarico dirigenziale non può essere giustificata.

regionali, dalle collettività territoriali e da altri enti assimilati e infine dalle banche centrali, quando si tratti del personale (funzionari e altri) che eserciti le attività coordinate intorno ad un potere pubblico giuridico dello Stato o di un'altra persona morale di diritto pubblico, come l'elaborazione degli atti giuridici, la loro esecuzione, il controllo della loro applicazione e la tutela degli organi dipendenti". 5.2.2. La Corte di Giustizia ha poi chiarito che l'eventuale esercizio di taluni compiti di interesse pubblicistico non giustifica di per sé la c.d. 'riserva di nazionalità. 5.2.2.1. In particolare, nell'esaminare la normativa italiana in tema di rilascio della licenza per l'esercizio dell'attività di vigilanza privata e di guardia privata giurata (articoli 134 e 138 del Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza – R.D. 18 giugno 1931, n. 773) la Corte, pur non negando che tali figure professionali svolgono attività di interesse pubblicistico, ha tuttavia negato che ciò sia sufficiente al fine di giustificare la 'riserva di nazionalità' di cui al più volte richiamato paragrafo 4 dell'articolo 45 del TFUE. Al riguardo la Corte ha fatto riferimento alla giurisprudenza secondo cui, al fine di richiamare in modo legittimo la sopra indicata eccezione in relazione a talune figure, è necessario che queste siano connotate da "una partecipazione diretta e specifica all'esercizio di pubblici poteri" (in tal senso: CGUE, sentenza 31 maggio 2001 in causa C-283/99 – Commissione c/ Repubblica italiana -; id., sentenze 29 ottobre 1998, in causa C-114/97 – Commissione c/ Spagna e 9 marzo 2000, in causa C-355/98, Commissione c/Belgio). 5.2.2.2. La Corte ha inoltre esaminato la questione se, anche ad ammettere che talune figure professionali esercitino in maniera diretta e specifica taluni poteri di carattere pubblicistico, tale circostanza legittimi di per sé il ricorso alla c.d. 'riserva di nazionalità', ovvero se – a tal fine - l'esercizio di tali poteri debba assumere un carattere del tutto prevalente in relazione al complesso delle funzioni e dei compiti demandati alla figura professionale di cui si discute. Come è stato da taluni osservato, la Corte di Giustizia si è dunque domandata se, al fine di applicare legittimamente la riserva di nazionalità debba trovare applicazione il c.d. 'criterio del contagio' (secondo cui è sufficiente che la figura di che trattasi eserciti anche un solo potere di carattere pubblicistico nel complesso dei compiti attribuiti), ovvero se debba trovare applicazione il diverso 'criterio della prevalenza' (secondo cui è invece necessario che i poteri di matrice pubblicistica, autoritativa e coercitiva assumano valenza prevalente in relazione al complesso dei compiti attribuiti). Ebbene, la Corte di giustizia ha risolto la questione nel secondo dei sensi richiamati. In particolare, con la sentenza 10 settembre 2014 in causa C-270/13 - Iraklis Haralambidis la Corte di giustizia, pur non negando che talune delle funzioni demandate ex lege al Presidente di un'Autorità portuale italiana comportino l'adozione di provvedimenti di carattere coattivo intesi alla tutela degli interessi generali dello Stato (e che quindi rientrino – a rigore – nell'area di possibile esenzione propria della c.d. 'riserva di nazionalità'), ha nondimeno escluso che tale circostanza legittimi ex se l'attivazione di tale riserva».

LE MISURE DI SOSTEGNO AL REDDITO NEL SISTEMA COSTITUZIONALE DI GARANZIA SOCIALE

di Maria Antonella Gliatta

SOMMARIO: 1. La condizionalità quale caratteristica principale delle misure di sostegno al reddito. – 2. La disoccupazione involontaria nella previsione dell'art. 38 Cost. – 3. Esiste un dovere al lavoro? Il principio lavorista in Costituzione.

1. La condizionalità quale caratteristica principale delle misure di sostegno al reddito

Il d.l. n. 4 del 28 gennaio 2019 denominato *Disposizioni urgenti in materia di reddito di cittadinanza e di pensioni*, in continuità con un precedente disegno di legge presentato nel 2013[1], istituisce il c.d. reddito di cittadinanza, prevedendo l'erogazione di un trasferimento monetario in favore dei potenziali beneficiari, finanziato dalla fiscalità generale e condizionato all'assunzione degli obblighi elencati nel Patto del lavoro e dell'inclusione sociale, il cui contenuto è riportato nell'art. 4 della nuova disciplina.

Emerge da subito come l'elemento della condizionalità, che meglio definiremo in seguito, rafforzata dalla sanzione della perdita del beneficio, rappresenti cifra assai caratterizzante, evidenziando alcuni aspetti problematici della misura sotto l'aspetto costituzionale.

L'erogazione del beneficio è, infatti, subordinata ad una lunga serie di condizioni indicate nel c.d. Patto del lavoro che, tuttavia, non corrispondono ad una logica univoca.

In un primo elenco, si annoverano gli obblighi legati al reinserimento lavorativo dei destinatari della provvidenza e, per questa via, la misura condivide le logiche di molti altri interventi legislativi precedenti.

Questo primo significato della condizionalità, già noto alla dottrina lavorista[2], è andato assumendo un ruolo prioritario nella configurazione del modello di mercato del lavoro che, per la combinazione – diremmo, non

[1] Ci riferiamo al disegno di legge 1148 del 2013 comunicato alla presidenza il 29 ottobre 2013, recante Istituzione del reddito di cittadinanza nonché delega al Governo per l'introduzione del salario minimo orario.

[2] P. A. VARESI, *La protezione sociale del lavoratore tra sostegni al reddito e politiche attive*, in *Diritto Lavoro Mercati*, 2014; L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità (al tempo della crisi)*, in *Dir lav. rel. ind.*, 2012; E. EICHENHOFER, *Diritti sociali e benefici condizionati*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013; F. GIUBILEO, *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2011.

equilibrata – fra obiettivi di flessibilità contrattuale e obblighi di sicurezza nei confronti del lavoratore[3], ha ottenuto la denominazione di modello di *flexsecurity*.

Senza che qui si abbia la possibilità di approfondire la descrizione del modello nelle sue più ampie ricadute, ai fini della comprensione degli aspetti qui rilevanti, basti tenere a mente come, già per il *Libro Verde* sulla modernizzazione del diritto del lavoro del 2006[4] e per la *Comunicazione* sulla *flexicurity* della Commissione europea del 2007[5], le politiche attive del lavoro sono «uno degli elementi cardine dei modelli di *flexicurity*» dal momento che la «libertà di assumere e licenziare deve essere accompagnata da transizioni sicure da un lavoro all'altro».

In tale quadro, appare evidente come la condizionalità delle misure di sostegno per chi versi in uno stato di disoccupazione rappresenti, più che un dato ricorrente, un elemento costitutivo del modello di mercato del lavoro verso cui si dirigono le scelte legislative.

Assicurare al lavoratore il reinserimento lavorativo diviene un obiettivo da realizzare in uno con quello della flessibilità contrattuale, al fine di garantire il funzionamento dell'intero modello.

Il carattere condizionale delle misure di sostegno di cui si va discorrendo ha conosciuto un rafforzamento rilevante ad opera della legge delega l. 10 dicembre 2014, n. 183 la quale conteneva, tra le altre disposizioni, una specifica delega per la riforma sui servizi per il lavoro e le politiche attive[6].

Il decreto legislativo n. 150/2015, di attuazione della segnalata delega, recante: "Disposizioni per il riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive" predisponeva una complessiva risistemazione della normativa in materia di servizi per il lavoro, ancorando l'accesso alle misure finalizzate alla ricollocazione, nonché la fruizione di alcune delle garanzie oggetto degli ammortizzatori sociali, al "coinvolgimento attivo" dei soggetti protetti e, quindi, all'ottemperanza di precisi obblighi di attivazione in capo a questi ultimi. Gli artt. 21 e 22 dello stesso d.lgs. n. 150/2015 (ed anche, con riferimento agli ammortizzatori sociali in costanza di lavoro, l'art. 8 del d.lgs. n. 148/2015) davano chiaramente alla parola "attivazione" il significato di "condizionalità".

Tale ultimo elemento assumeva, dunque, la qualità di fattore costitutivo

[3] L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Napoli, 2012.

[4] COM (2006) 708 *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo.*

[5] COM (2007) 359 *Verso principi comuni di flessicurezza: posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza.*

[6] L'attuazione della delega è avvenuta con il d.lgs. n. 22/2015, il d.lgs. n. 148/2015 e, soprattutto, il d.lgs. n. 150/2015, in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive.

dello *status* di disoccupato. Nell'art. 19 del decreto appena citato si prevedeva, infatti, che potessero definirsi disoccupati i lavoratori privi di impiego che avessero dichiarato in forma telematica al Portale unico per la registrazione alla Rete nazionale dei servizi per le politiche del lavoro "la propria immediata disponibilità allo svolgimento di attività lavorativa" ed "alla partecipazione alle misure di politica attiva del lavoro concordate con i centri per l'impiego"[7].

In tal modo, la stessa delineazione della condizione soggettiva di disoccupazione si arricchiva di elementi ulteriori, non risultando più integrata solo dalla carenza involontaria di lavoro, come sembra prescrivere – invece – la Costituzione all'art. 38, quando riserva ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale.

L'erogazione dei trattamenti economici oggetto degli ammortizzatori sociali previsti (Naspi, DISS-COLL, etc. …) veniva condizionata alla partecipazione da parte del soggetto protetto a tutte le iniziative di attivazione previste dal decreto in commento. In particolare, gli interessati erano obbligati ad attenersi ai comportamenti previsti nel patto di servizio personalizzato ai sensi dell'art. 20 del d.lgs. n. 150/2015.

Alla luce di questi dati, il punto che risulta fin da ora necessario sottolineare riguarda il rovesciamento di piano – di ben ampie ricadute – tra la protezione del lavoratore disoccupato e gli obblighi costituenti una nuova sua posizione di responsabilità[8].

Le disposizioni costituzionali ci descrivono il lavoratore come il soggetto (passivo) della tutela[9]. Il passaggio dalla titolarità di una esclusiva situazione passiva di protezione ad una posizione allo stesso tempo attiva di obbligo (o – come si vedrà – di dovere) segna un mutamento nella configurazione della posizione del lavoratore che ci suggerisce di interrogare il testo costituzionale.

In maniera del tutto analoga a quanto previsto nel d.lgs. 147 del 2017 istitutivo del reddito di inclusione (Rei), anche nell'ultima versione il sostegno è concesso purché il beneficiario si attivi alla ricerca di un lavoro[10].

[7] Sulla condizionalità come prova del carattere involontario della disoccupazione, cfr., tra gli altri, L. CORAZZA, *Il principio di condizionalità al tempo della crisi*, in *Giornale di Diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 1 del 2013.

[8] B. CARUSO, *Occupabilità, Formazione*, *e*Capability, *nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Rivista Diritto delle Relazioni Industriali*, 2007.

[9] F. GIUBILEO, *Uno o più modelli di politiche del lavoro in Europa? I servizi al lavoro in Italia, Germania, Francia, Svezia e Regno Unito*, in *Rivista Diritto delle Relazioni Industriali*, 2011.

[10] Sul carattere della condizionalità, F. SCUTO, *"Reddito minimo", contrasto all'esclusione sociale e sostegno all'occupazione tra Pilastro europeo dei diritti sociali ed evoluzioni dell'or-*

In tal modo, la situazione soggettiva di bisogno non risulta sufficiente per costituire il diritto al beneficio, ma deve coesistere con l'assunzione di un comportamento attivo, che consenta alla misura di assolvere alla sua duplice funzione, assistenziale da un lato e di politica attiva, dall'altro.

In questo primo significato la condizionalità è intesa come prova dei mezzi, ovvero come prova della ricorrenza delle condizioni che fanno scattare il beneficio assistenziale.

In questo senso, tutte le sperimentazioni risultano, pur con qualche modulazione, assimilabili. Un dato che merita di essere sottolineato è la scelta di individuare il bisogno sulla base della condizione del nucleo familiare che – in tutti i modelli sperimentati – costituisce il naturale destinatario delle misure.

Solo a titolo esemplificativo si considerino l'equivalenza sul punto delle principali esperienze. Per il d.lgs. 18 giugno 1998, n. 237 il reddito minimo di inserimento è costituito da interventi volti a perseguire l'integrazione sociale e l'autonomia economica dei soggetti e delle famiglie destinatari, attraverso programmi personalizzati, e da trasferimenti monetari integrativi del reddito. Allo stesso modo, la poco successiva legge quadro n. 328 del 2000 all'art. 1 prevedeva che la Repubblica assicura alle persone e alle famiglie un sistema integrato di interventi e servizi sociali, promuove interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia, in coerenza con gli articoli 2, 3 e 38 della Costituzione. L'art. 60 d.l. n. 5/2012, c.d. «Decreto semplificazioni» introduceva una carta acquisti anch'essa rivolta ai nuclei familiari in condizioni economiche e lavorative di estremo disagio, in cui fosse presente un componente minore di età, e si concretizzava in un beneficio economico mensile differenziato in funzione della composizione del nucleo familiare. Il nucleo familiare è ancora, il destinatario principale del SIA come previsto nella l. n. 208/2015 (legge di stabilità per il 2016). I decreti ministeriali in seguito approvati hanno, infatti, definito i requisiti di accesso al beneficio avendo riguardo alla composizione del nucleo familiare (la necessaria presenza di un componente di età minore di 18 anni o di un componente con disabilità e di un suo genitore, o di una donna in stato di gravidanza accertata).

Anche l'approvazione della l. delega n. 33/2017 istitutiva del Rei individuava i destinatari prioritariamente tra i nuclei familiari con figli minori o con disabilità grave o con donne in stato di gravidanza accertata o con per-

dinamento italiano, in (a cura di) P. BILANCIA, *I diritti sociali fra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in Federalismi.it, numero speciale n. 4 del 2018, 147 e ss.

sone di età superiore a 55 anni in stato di disoccupazione, ai sensi dell'articolo 19 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 150.

In perfetta continuità con i precedenti, anche la misura qui in esame individua nelle famiglie in possesso dei requisiti richiesti i naturali destinatari della provvidenza.

A questa prima declinazione della condizionalità se ne sovrappone, poi, un'altra.

Rispetto al significato di condizionalità come prova dei mezzi, l'attuale versione del reddito di cittadinanza insiste su di un secondo significato di condizionalità, intesa come l'esistenza di ulteriori obblighi gravanti sul beneficiario. Oltre a quelli più strettamente finalizzati alla ricerca del lavoro e al progressivo inserimento o reinserimento lavorativo che abbiamo visto in apertura rappresentare elementi costitutivi delle scelte in materia, il legislatore pone obblighi ulteriori a carico dei soggetti beneficiari.

Le critiche di parte della dottrina nei confronti di una simile versione della condizionalità sono state severe.[11]

Ai sensi dell' art. 4 del d.l. n. 4 del 2019 il destinatario della misura è obbligato ad accettare le condizioni previste dal Patto stesso e, in special modo, ad accettare una delle offerte di lavoro considerate congrue secondo i criteri indicati, salvo il caso in cui si usufruisca del beneficio da oltre 12 mesi ed in caso di rinnovo. In tale situazione, il rispetto dei principi costituzionali applicabili in materia, a cominciare dalla previsione dell'art. 36 Cost.[12], viene messa a dura prova dall'obbligo di accettare, a pena di decadenza, la prima offerta di lavoro.

La stessa congruità dell'offerta è – illegittimamente – perimetrata sulla durata del beneficio stesso. Ed, infatti, ai sensi dell'art. 9 solo nei primi sei mesi è considerata congrua una offerta di lavoro entro 100 km dalla residenza del beneficiario; oltre i sei mesi la congruità è considerata propria anche delle proposte entro i 250 km.

La doppia condizionalità è, invece, descritta nell'art. 4, comma 15 il quale riprende quasi fedelmente la vecchia formulazione del 2013.

[11] G. BRONZINI, *Il reddito di cittadinanza*, Napoli, 2011, 47, per il quale «i lavori aggiuntivi previsti per disoccupati o sottoccupati sono, infatti, 'fuori mercato' perché altrimenti verrebbero retribuiti o accettati attraverso i normali sistemi di reclutamento della manodopera. È, dunque, la legge a crearli, ma retribuendoli con un sotto-salario, inferiore agli standard ordinari. Sono evidenti l'arbitrarietà e la poca trasparenza di questa gigantesca operazione di costruzione di attività che qualcuno ha etichettato come un nuovo lavoro servile, in cui si è costretti dallo Stato, in cambio della sussistenza, a fare qualcosa che non viene definito dall'ordinario gioco economico».

[12] Per un commento, da ultimo, M. DELLA MORTE, *Art. 36*, in (a cura di) F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G. E. VIGEVANI, *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018.

Il beneficiario, in coerenza con il profilo professionale, con le competenze acquisite in ambito formale, non formale e informale, nonché in base agli interessi e alle propensioni emerse nel corso del colloquio sostenuto presso il centro per l'impiego, è tenuto ad offrire la propria disponibilità per la partecipazione a progetti gestiti dai comuni, utili alla collettività, in ambito culturale, sociale, artistico, ambientale, formativo e di tutela dei beni comuni, da svolgere presso il medesimo comune di residenza o presso quello più vicino che ne abbia fatto richiesta, mettendo a disposizione un numero di ore compatibile con le altre attività del beneficiario stabilite dalla presente legge e comunque non superiore al numero di otto ore settimanali. La partecipazione ai progetti è facoltativa solo per disabili o soggetti non più in età lavorativa.

L'art. 7 del decreto prevede fra le cause di decadenza del beneficio l'inadempimento anche degli obblighi appena menzionati.

A questo punto due sono le considerazioni da farsi.

L'obbligo di prestare servizi socialmente utili previsto dal decreto, in aggiunta agli obblighi già previsti, non testimonia solo di una trasformazione politica del mercato del lavoro, ma sembra partecipare ad una vera e propria revisione dello stato sociale delineato in Costituzione[13].

La previsione di un obbligo di fare, come condizione di accesso alla prestazione, implica la possibilità di lasciare senza tutela il diritto all'assistenza di chi, per chiunque ragione, non dovesse adempiere agli obblighi previsti.

Le perplessità provocate dal regime di doppia condizionalità derivano dalla circostanza per la quale gli obblighi previsti non sono solo quelli collegati alla buona riuscita della misura assistenziale, secondo il modello da al-

[13] Sugli aspetti generali e senza pretesa di esaustività, più recentemente, F. LOSURDO, *Lo Stato sociale condizionato. Stabilità e crescita nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 2016. Più ampiamente, I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in, Costituzionalismo.it 3/2012; A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XI, Roma, 1989, 30, che – diversamente dalle ricostruzioni contemporanee – definiva i diritti sociali condizionati come qui diritti il cui godimento «dipende dall'esistenza di un presupposto di fatto, vale a dire la presenza di un'organizzazione erogatrice delle prestazioni oggetto dei diritti stessi o, comunque, necessaria per rendere possibili i comportamenti o le condotte formanti il contenuto di quei diritti»; sulle proposte "revisioniste", A. IANNUZZI, *La garanzia dei diritti sociali fra ipotesi di "nuovi doveri" e richieste di assunzione di maggiori responsabilità individuali. Riflessioni sul* Welfare *generativo e sulla comunicazione dei costi delle prestazioni sanitarie*, in *Diritto e società*, 2014; E. ROSSI, *La sostenibilità del* welfare *al tempo della crisi. Una proposta*, in *Diritto e società*, 2014 in cui, con l'obiettivo di alleggerire il carico economico del costo dei servizi sulla spesa pubblica, viene avanzata la proposta di collegare, «l'erogazione di una prestazione resa dal sistema integrato (nelle varie forme di integrazione pubblico-privato possibili) e tesa a garantire un diritto sociale, ad una "attivazione", nei termini di un impegno sociale a vantaggio della collettività, da parte del soggetto destinatario della prestazione stessa».

cuni definito di *welfare* generativo[14], ma obblighi ulteriori che – in maniera indiretta – riflettono la crisi dello stato sociale su cui tante considerazioni sono state fatte[15]. I lavori socialmente utili richiesti in aggiunta alle altre condizioni più strettamente legate alla fuoriuscita dallo *status* di disoccupazione o inoccupazione rappresentano perfettamente lo sfilacciamento del modello di protezione sociale previsto in Costituzione.

Il duplice legame di condizionalità, insomma, colloca la misura all'interno di un modello di assistenza sociale che non pare pienamente compatibile con quello costituzionale[16]; in cui, al contrario, l'assistenza copre i bisogni derivanti dalla disoccupazione involontaria, in cui il lavoro è tale per il suo costitutivo collegamento con l'art. 36 Cost. e in cui né la solidarietà né il dovere al lavoro possono fondare obblighi (per di più sanzionabili con la decadenza dal beneficio) di prestazioni corrispettive a fronte del godimento di diritti sociali[17].

Per questi motivi, risulta necessario definire, sintetizzando in via funzionale agli obiettivi di questo studio, quale sia il modello di garanzie sociali apprestato dalla Costituzione e quale il significato della nozione di lavoro ricavabile dal complesso delle disposizioni costituzionali.

2. La disoccupazione involontaria nella previsione dell'art. 38 Cost.

Dal punto di vista che qui più pare più corretto, le misure di sostegno al reddito, sono uno degli strumenti utilizzabili per fronteggiare le conseguenze derivanti da uno stato di disoccupazione o di in-occupazione.

Tuttavia, lo slittamento di cui si diceva tra tutele ed obblighi del lavora-

[14] E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in Giurcost.org.

[15] Tra gli altri, I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2012; A. MORELLI, *Il ruolo dei diritti sociali nella democrazia contemporanea*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 21 ottobre 2018; L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, spec. 163 e ss.

[16] V. CASAMASSIMA, E. VIVALDI, Ius existentiae *e politiche di contrasto della povertà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2018, 115 e ss., chiariscono perfettamente come il modello costituzionale sia lontano dalla prospettiva del c.d. *workfare*, nel quale l'accesso alle misure di contrasto alla povertà sono condizionate all'adempimento dell'obbligo del beneficiario di accettare nella versione estrema, qualsiasi offerta di lavoro e lontano dalla prospettiva di un coinvolgimento dei beneficiari della misura comunque ispirato alla rigida logica della condizionalità.

[17] Ritengono invece che, alla luce del dettato costituzionale, sia necessario allontanarsi dalla prospettiva di un coinvolgimento dei beneficiari che sia ispirato alla rigida logica della condizionalità, V. CASAMASSIMA, E. VIVALDI, *op. ult. cit*., 119 ss.

tori, rafforzato dall'opzione per la condizionalità, conduce a configurare diversamente gli interventi di sostegno al reddito, provocando una frizione con il modello costituzionale.

In dottrina può rintracciarsi una interpretazione del modello di garanzia sociale previsto in Costituzione in cui le misure assistenziali sono strettamente legate alla figura dei doveri costituzionali, anche al dovere del lavoro[18], nella ipotizzata formulazione dell'art. 4, secondo comma Cost.

Dall'intersezione fra prestazioni sociali e doveri costituzionali, ne derivano conseguenze di rilievo su cui è necessario assumere qualche cautela.

La prima: l'intersezione con la dimensione doveristica potrebbe portare ad accettare la configurazione delle misure di sostegno al reddito come azioni a corrispettivo, da intendersi come prestazioni sociali rese a fronte di una controprestazione onerosa da parte dello stesso soggetto beneficiario della misura assistenziale. È agevole verificare, fin da subito, come questo rappresenti il modello presente al legislatore del 2018, riflesso dall'ultima versione di reddito di cittadinanza.

Un tale schema, condizionando l'erogazione della prestazione assistenziale ad una controprestazione a carico del destinatario, provoca effetti assai problematici, anche in considerazione del fatto che si verte senza dubbio in materia di diritti fondamentali[19].

[18] E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, in Giurcost.org., il quale si riferisce espressamente ad alcuni servizi per i quali la prestazione corrispettiva risulti possa funzionale alla stessa garanzia del diritto: ad esempio ad alcuni servizi connessi all'assistenza sociale, ovvero alle forme di tutela previdenziale nei confronti dei disoccupati temporanei, ma anche alle prestazioni rivolte ad alcune categorie di soggetti deboli (tossicodipendenti, disabili, carcerati); F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, 2004, 26 e ss., che richiama gli interventi di Dossetti nella I Sottocommissione dell'Assemblea Costituente e due scritti di La Pira del 1950, dai quali si desume l'inesistenza di un diritto generale e in-condizionato al mantenimento pubblico, «se non v'è, in capo al destinatario, disponibilità al lavoro o, alternativamente, inabilità al lavoro stesso».

[19] E. ROSSI, *Prestazioni sociali con "corrispettivo"? Considerazioni giuridico-costituzionalistiche sulla proposta di collegare l'erogazione di prestazioni sociali allo svolgimento di attività di utilità sociale*, *op. cit*., 7, il quale espressamente pone «il problema di quali conseguenze giuridiche possano immaginarsi nel caso di mancato adempimento di tale prestazione: la soluzione di prevedere sanzioni (anche di tipo pecuniario) non sembra in effetti percorribile, stante in linea generale la situazione di chi si trovi in condizione di richiedere una prestazione sociale (oltre che risultare scarsamente compatibile con la logica solidaristica che dovrebbe ispirare l'intera costruzione). Ed allora mi pare che l'unica soluzione concretamente ed operativamente percorribile sia di prevedere tale corrispettivo soltanto in caso di servizi che abbiano le caratteristiche di continuità nel tempo, e per i quali dunque il mancato adempimento della prestazione richiesta possa avere come effetto l'impossibilità di continuare ad usufruire del servizio in questione. Ciò limitatamente alle ipotesi, come di seguito specifiche-

L'utilizzo della previsione costituzionale dell'art. 4, secondo comma, Cost., come limite o condizionamento alla fruizione della misura assistenziale[20] finisce per avvallare una operazione non pienamente compatibile con il modello costituzionale.

Il primo obiettivo di una proposta interpretativa che assuma la prescrittività del testo costituzionale consiste nel riportare le misure di sostegno al reddito nell'alveo del modello ipotizzato dal Costituente, distante dalle logiche di (doppia) condizionalità.

Sul piano costituzionale, le suddette misure rientrano senza forzature nelle misure apprestabili nei casi di disoccupazione involontaria. In altre parole, la disoccupazione o l'inoccupazione rappresentano l'unica condizione di erogazione del sussidio da considerare assieme ai presupposti soggettivi e di reddito. Questa precisazione ha effetti di rilievo per quanto riguarda la configurazione delle misure e più specificamente dell'elemento di condizionalità che le caratterizza.

Proprio a tal riguardo, può accogliersi la proposta interpretativa di ampliare il significato e la portata delle condizioni previste dall'art. 38, secondo comma Cost.: inabilità al lavoro e disoccupazione involontaria[21].

Sulla inabilità al lavoro – come giustamente evidenziato – già l'art. 59, co. 47, l. n. 449/1997 istitutivo del c.d. reddito minimo di inserimento (nonché l'art. 1 d.lgs. n. 237/1998) e poi l'art. 23 l. n. 328/2000, con la previsione di una misura generale di contrasto alla povertà, avevano accolto un significato ampio della previsione costituzionale, idoneo a dare copertura alle misure in questione. L'inabile al lavoro veniva definito come colui che si trovasse nelle condizioni di non poter "provvedere per cause psichiche, fisiche e sociali al mantenimento proprio e dei figli", con una estensione del concetto di inabilità «fino a ricomprendervi anche una sua dimensione sociale»[22].

Con il medesimo obiettivo di rinvenire un più chiaro fondamento costituzionale alla necessità di una misura di sostegno al reddito, la stessa dottrina propone di ampliare il significato del riferimento alla disoccupazione involontaria, posta all'art. 38, co. 2, Cost. quale condizione per il riconoscimento del diritto dei lavoratori a che siano previsti ed assicurati mezzi ade-

remo, di servizi che non riguardino il livello essenziale delle prestazioni».

[20] Espressamente in tale senso, F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, *op. cit*., 82, per il quale lo svolgimento di attività socialmente utili è necessario a garantire la compatibilità della misura con i principi costituzionali. Per l'Autore, al contrario, una erogazione reddituale incondizionata finirebbe con il relegare il lavoro alla dimensione della libera scelta del soggetto, «smarrendo così la dimensione qualificante di dovere che quello ha nella nostra Costituzione».

[21] M. BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in *Diritti, Lavori, Mercati*, 2016, 179.

[22] *Ibidem.*

guati alle loro esigenze di vita. In tal modo, l'elemento della (in)volontarietà rappresenterebbe un dato costitutivo per il fondamento costituzionale di un eventuale reddito di base.

Un conforto a tale proposta viene, del resto, dall'analisi degli stessi lavori preparatori.

La linearità del modello costituzionale è perfettamente delineata dalle parole di Dossetti nei lavori della I Sottocommissione sull'art. 36 Cost. in cui si sottolineava come il diritto di avere i mezzi per una esistenza libera e dignitosa non deriva «dal fatto di essere uomini, ma dall'adempimento di un lavoro, *a meno che* non si determinino quelle altre condizioni da cui derivi l'impossibilità di lavorare per i motivi che saranno indicati negli articoli concernenti l'assistenza e la previdenza (Seduta I S. C. per la Costituzione dell'8 ottobre 1946).

La configurazione delle misure di sostegno al reddito come azioni a corrispettivo etico, che fa leva sull'impianto solidaristico della Costituzione, finisce per fraintendere l'idea ampia di lavoro, ovvero idonea – si dice – a garantire una funzione emancipatrice, di realizzazione della dignità umana. Inserendola, infatti, in una logica di condizionalità, ne tradisce la natura attribuendole un connotato che, invece, è solo tipico della nozione di lavoro in senso proprio, ovvero la dimensione di obbligo derivante dal vincolo contrattuale.

Queste precisazioni ci permettono di individuare dei punti fermi nella discussione sulle misure di sostegno al reddito e di poterle collocare entro il sistema di protezione sociale costituzionalmente delineato.

Intese come misure di assistenza sociale, né diverse né alternative ad altre misure del *welfare*, esse trovano agevole copertura costituzionale.

In dottrina, chi si è occupato del tema ha esaminato le misure di sostegno al reddito a partire da un interrogativo. Esiste un diritto *generale* ad una esistenza libera e dignitosa?

È, in altre parole, diritto solo di coloro che hanno un lavoro, retribuito in misura sufficiente a garantire a sé stessi ed alla loro famiglia un'esistenza libera e dignitosa, o è diritto anche di coloro che un lavoro non l'hanno (o non retribuito in misura sufficiente)?[23]

Gli esiti sono stati diversi e non indagabili nella loro interezza in questa sede[24].

[23] C. TRIPODINA, *Reddito di cittadinanza come "risarcimento per mancato procurato lavoro". Il dovere della Repubblica di garantire il diritto al lavoro o assicurare altrimenti il diritto all''esistenza*, in Costituzionalismo.it, fasc.1 del 2015.

[24] M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Diritto pubblico*, n. 2 del 2011, 391 ss.

È, infatti, assai nota la lettura selettiva – propria di alcune indagini condotte nel campo lavorista – delle disposizioni che dagli art. 1, 3 e 4 passando per l'art. 36 e 38 della Carta Repubblicana, collocano il lavoratore – o meglio il lavoratore dipendente – al centro del sistema di tutela costituzionale[25].

Pur considerando condivisibili le avvertenze di autorevole dottrina a non considerare priva di significato la scelta dell'art. 1 Cost.[26], è pur vero che la fondazione della Repubblica democratica sul lavoro vada intesa nella sua storicità, quale pilastro del compromesso democratico-sociale alla base del nuovo ordine costituzionale e, quindi, incapace di rinchiudere in un elenco chiuso gli obblighi gravanti sulla Repubblica al fine di inverare il programma di emancipazione sociale e di liberazione dal bisogno che il secondo comma dell'art. 3 Cost. iscrive nei connotati del sistema.

Può dirsi che i principi costituzionali contenuti negli art. 3, 4, 36 e 38 Cost. delineano un sistema di protezione sociale strettamente connesso agli equilibri economico-sociali e sottoposto ai cambiamenti che *di fatto* intervengono.

L'art. 3 della Cost. rappresenta, secondo autorevole lettura, una supernorma proprio in quanto informa la nozione di democrazia costituzionale, intrisa di diritti che «investono i rapporti di produzione capitalistica e le relazioni fra classi e provano a civilizzare gli uni e le altre garantendo a chi, proprio dai rapporti di produzione e dalla collocazione di classe che ne conseguiva e ne consegue era ed è posto nella situazione di non poter assicurare a se stesso ed alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa»[27].

Se così non fosse, la Costituzione perderebbe la sua funzione propria di strumento di trasformazione, per limitarsi ad una sterile descrizione dell'esistente. Le misure assistenziali di cui parliamo trovano appoggio nel programma di emancipazione dal bisogno inscritto innanzitutto sull'art. 3, secondo comma della Costituzione.

Con le parole di Leopoldo Elia: «se i costituenti pensavano ai lavoratori dipendenti, alla classe lavoratrice, occorre oggi considerare i non occupati, altri gruppi sociali in stato di emarginazione»; e occorre «immaginare nuovi sacrifici collettivi, nuovi doveri se davvero non vogliamo rassegnarci a una società in cui i due terzi delle persone vivono dignitosamente e un terzo, invece, versa in gravi disagi» (ma la sproporzione è oggi ulteriormente aggravata). Perché «chi ha scelto i mezzi, ha scelto i fini; e se i mezzi sono impropri,

[25] M. BENVENUTI, *Quali misure per assicurare un'esistenza libera e dignitosa? Lavoro e reddito in una prospettiva costituzionale*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2016, spec. 172 e ss.

[26] C. PINELLI, *"Lavoro" e "progresso" nella Costituzione, Nel lungo andare. Una costituzione alla prova dell'esperienza*. Scritti scelti, 1985-2011, 182, parla di «peculiarità non irriducibile», di un «unicum» nel panorama delle Costituzioni democratiche europee.

[27] G. FERRARA, *Revisione e Costituzione. Risposte a Franco Modugno*, in *Studi in onore di Franco Modugno*, II, Napoli, 2011, 1463.

gli obiettivi diventano inconsistenti. Questa è la lezione di razionalità pratica che in questi anni abbiamo potuto approfondire e che dobbiamo tenere sempre presente, se davvero crediamo nell'attuazione dello "stato sociale"»[28].

Il fondamento costituzionale delle misure di sostegno al reddito è, quindi, facilmente rintracciabile in quel sistema di principi che colloca al centro la solidarietà politica, economica e sociale e che grava la Repubblica dell'obiettivo di realizzare il programma di emancipazione sociale[29].

Sulla lettura restrittiva (selettiva) dell'art. 38 Cost. per la quale l'assistenza sociale non può che riferirsi solo ai cittadini che versino in uno stato di disoccupazione per inabilità fisica (in forza della congiunzione "e" prevista nel testo) la dottrina parla esplicitamente di una distorsione dello Stato del benessere in Italia[30]. È difficile negare che la mancanza di interventi diretti a garanzia del reddito abbia prodotto un misto di crescenti esclusioni e di sperequazioni tra le classi sociali più deboli.

In tal modo, pur considerando non prive di significato le scelte dei Costituenti e la successiva sedimentazione interpretativa[31], lo scarto non può non essere colmato dal principio di uguaglianza sostanziale.

Il nesso tra diritti sociali e principio di uguaglianza sostanziale è la chiave interpretativa imprescindibile per intendere la necessità costituzionale delle misure di sostegno al reddito[32], sganciate da logiche di condizionalità.

[28] L. ELIA, *Si può rinunciare allo "Stato sociale"?*, in R. ARTONI, E. BETTINELLI, *Povertà e Stato*, Roma, Fondazione Adriano Olivetti, 1987, 107.

[29] G. AZZARITI, *Ipotesi sui diritti sociali*, in AA.VV. *Ai confini dello Stato sociale*, Roma, 1995, 27 e ss.

[30] C. PINELLI, «Social Card», *o del ritorno della carità di Stato,* in *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti*, 1985-2011, 257; in senso analogo, S. CASSESE, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in *Politica del diritto*, n. 2 del 1986.

[31] V. CASAMASSIMA, Ius existentiae *e politiche di contrasto della povertà*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 del 2018, 118-119, per il «risulta dunque indispensabile approfondire la riflessione, al fine di provare a superare gli ostacoli frapposti da quella che non è solo una lettura letterale dell'art. 38, comma 1, Cost., bensì il frutto di "una sedimentazione interpretativa, storicamente risalente ai lavori dell'Assemblea costituente, che ha fatto del modello assicurativo il perno normativo dello Stato sociale italiano, dando con ciò una tendenziale preferenza ad una concezione (e ad una conseguente configurazione) anche molto selettiva dell'intervento di protezione sociale, imperniandolo sulla impostazione "meritocratica", la quale finisce per porre in ombra il valore della persona in quanto tale».

[32] C. PINELLI, «Social Card», *o del ritorno della carità di Stato*, *op. cit*., sottolinea il nesso inscindibile tra attuazione degli enunciati costituzionali sui diritti sociali e principio di uguaglianza, ricordando come – prima dell'approvazione delle legge istitutiva del Sistema sanitario nazionale (l.m. 833 del 1978), Lorenza Carlassare desumesse dagli artt. 32 e 38 "un sistema completo, in base al quale ad ogni individuo vengono assicurate l'assistenza medica e in genere le cure necessarie al suo stato; le due disposizioni si integrano e vicenda: l'art. 32 – garantendo cure gratuite agli indigenti – viene a ricoprire quelle ipotesi che rimarrebbero fuori

Per essere più chiari, «tra gli *ostacoli* che limitano di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, si colloca anche l'impossibilità, generabile non solo da inabilità al lavoro, di svolgere un'attività produttiva di reddito in grado di assicurare l'accesso a condizioni di vita dignitose. In tal modo l'art. 3, secondo comma, opera come «una clausola di aggiornamento automatico dei compiti redistributivi della Repubblica al variare delle condizioni socio economiche di contesto»[33].

3. Esiste un dovere al lavoro? Il principio lavorista in Costituzione

Il distacco dal modello costituzionale si consuma, poi, su di un altro fronte e riguarda la nozione di lavoro, nel sistema delineato dagli art. 1, 3, secondo comma e 4 Cost.

La distanza è originata dall'adozione di una nozione di lavoro intesa come attività in senso lato emancipatrice del cittadino, declinata in chiave doveristica. Infatti, il soggetto beneficiario della misura di sostegno è gravato dell'obbligo, duramente sanzionato con la misura della decadenza dal beneficio, di prestare una attività socialmente utile corrispondente – come visto – ad una attività settimanale non superiore alle otto ore presso gli enti comunali. In tal modo, viene costituita una figura di dovere che – come chiariremo – consegue ad una interpretazione costituzionale non del tutto condivisibile, per gli effetti di sistema potenzialmente disgregratori dell'unità di azione politica voluta dai Costituenti.

L'interpretazione della nozione di lavoro accolta in Costituzione e con essa la comprensione di una parte ampia e assai rilevante del progetto costituzionale sono state oggetto di ricostruzioni la cui autorevolezza ci offre in questa sede il vantaggio di poterle considerare note[34].

La complessità delle ricadute di ogni opzione interpretativa non può, del resto, scoraggiare un confronto necessario, nel convincimento per cui

dall'art. 38 relativo alle previdenze ai soli lavoratori indipendentemente dalle loro condizioni economiche) ed entrambe costituiscono la prima ed immediata realizzazione del più vasto programma contenuto nel principio generale della tutela della salute». Così, L. CARLASSARE, *L'art. 32 della Costituzione e il suo significato*, in (a cura di) R. ALESSI, *L'amministrazione sanitaria. Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967, 118.

[33] F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, cit., 23.

[34] C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di), G. BRANCA, Artt. 1- 12, Bologna, Zanichelli, 1975; C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977; G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1 del 2009; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 3, 2010.

l'ampiezza del progetto costituzionale non sia tale da poter offrire sostegno ad interpretazioni che contrastano con le sue stesse ragioni fondative. Non può far dirsi alla Costituzione tutto[35], a maggior ragione se quel tutto riguarda il nucleo duro del programma di emancipazione iscritto nell'art. 3, secondo comma Cost.

Il lavoro in Costituzione rappresenta davvero un insuperabile tabù interpretativo e, per questa ragione, vanno arginate quelle tendenze interpretative che, «disconoscendo, in ultima analisi, la contrapposizione capitale/lavoro, considerata di matrice ideologica», danno al principio lavorista un significato non pienamente conforme al programma di emancipazione delle classi subalterne.

Il significato della nozione di lavoro va, infatti, ricercata a partire da quel nucleo di senso comune rappresentato dall'indivisibile triade degli artt.1, 2 e 3, secondo comma. Cost.[36]

Proprio la frammentazione dell'unicità del discorso politico che parte dall'art. 1 per, poi, dare senso all' 3, secondo comma Cost., è – a mio parere – uno degli effetti meno desiderabili di una certa postura interpretativa che, riflettendo sulla nozione di lavoro, tocca punti assai pregnanti del programma costituzionale.

Ci si riferisce a quell'orientamento che – con l'obiettivo di dare al lavoro in Costituzione una declinazione unitaria – rintraccia il significato del principio lavorista dell'art. 1 Cost. nella previsione di cui all'art. 4, secondo comma, Cost., istitutiva di un asserito dovere in capo ad ogni cittadino di svolgere una attività che concorra al progresso materiale o spirituale della società[37].

In questa prospettiva, inteso il lavoro come qualsivoglia attività diretta al progresso sociale del paese, il significato del fondamento lavoristico della Repubblica ha da rinvenirsi nel contenuto del secondo comma dell'art. 4 Cost., che pone in capo ai cittadini il dovere di agire in tal senso.

Nella sua accezione doveristica, il lavoro esercita la funzione di fondamento della Repubblica. Questo – si dice – «non è infatti soltanto proiezio-

[35] Sulle questioni generali, M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione Repubblicana*, in *osservatoriosullefonti.it*, fasc. 1/2013.

[36] I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, in (a cura di) M. CAVINO, I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro oggi*, Bologna, 2013, 41 e ss, spec. 46; F. PIZZOLATO, *Finalismo dello Stato e sistema dei diritti nella Costituzione italiana*, Milano, 1999, 127, il quale afferma che «l'art. 3 c. 2, che con l'art. 2 [...] forma un corpo organico, sancisce il fine del pieno sviluppo della persona umana e, al contempo, indica nella trasformazione della concreta realtà dei rapporti economici e sociali la condizione del suo raggiungimento».

[37] M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, in Seminario del Gruppo di Pisa: *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Università degli Studi "Suor Orsola Benincasa di Napoli, 18 Ottobre 2018.

ne della personalità del cittadino nella società; è manifestazione della volontà di mutamento, di progresso della società. Esso non può, cioè, esaurirsi in una attività interna alla società, che collochi il lavoratore in una specifica posizione, o gli consenta di salire o scendere i gradi di un ordine sociale comunque immutabile; ma piuttosto deve consistere nel perseguimento di finalità ad essa esterne, che conducano alla sua trasformazione, al suo progresso».

Partendo da tali premesse interpretative, il progetto costituzionale non affida alla Repubblica il compito di «rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così un'identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica»[38].

In tal modo, alla nozione di lavoro contenuta nella previsione di cui all'art. 4, secondo comma, Cost. inteso come doverosa attività in senso ampio emancipatrice, viene affidato non solo il significato del lavoro come fondamento della Repubblica, ma anche – e di conseguenza – il senso del programma iscritto nell'art. 3, secondo comma, Cost. in questa ricostruzione non più rivolto all'emancipazione delle classi subordinate, ma a quella di tutti i cittadini[39].

Una tale impostazione presuppone una equivalenza di senso fra i cittadini e i lavoratori soggetti delle previsioni costituzionali che, disconosciuta la direzione data dalla contrapposizione fra capitale e lavoro, trasforma (fraintendendolo) l'intero disegno costituzionale in una fotografia dell'esistente[40].

Se è pur vero che in Assemblea Costituente si optò per una nozione am-

[38] M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, *op. cit*., 4.

[39] M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 3, 2010, 635, nota 31, per il quale «il riferimento ai lavoratori nell'ultima parte del secondo comma dell'art. 3 Cost. non implica affatto la riserva ad essi soli del diritto di partecipare effettivamente all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, ma – semplicemente – chiarisce che sono i lavoratori i soggetti per i quali la partecipazione effettiva incontra i maggiori ostacoli e che, dunque (…), sono «privilegiati» nell'attuazione delle misure che la Repubblica deve adottare per la rimozione di tali ostacoli. Non ha commesso, dunque, alcun errore la Costituzione nell'aver parlato di lavoratori, anziché di cittadini (...)».

[40] Di tale opinione è, del pari, G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto Pubblico*, n. 1 del 2009, 21 e ss. per il quale il testo costituzionale «riflette con sorprendente esattezza la realtà economica e sociale e proprio per questo legittima sia il lavoro che il capitale (…)».

pia di lavoro idonea a fornire al programma costituzionale una dimensione interclassista[41], non identificabile solo con il lavoro operaio, non è fraintendibile il significato del principio lavorista quale principio di azione del nuovo ordine costituzionale.

Nonostante sia innegabile, contrariamente a quanto ritenuto[42], che «la nostra non è una costituzione socialista e che è garantita la libertà di iniziativa privata come atto di destinazione del capitale a finalità produttive, non è meno vero che (…) la pretesa "sinergia" di capitale e lavoro passa per la cruna del conflitto (…) e che proprio quello delle politiche di piena occupazione è l'esempio migliore della difficoltà di costruire *a priori* un rapporto armonico fra capitale e lavoro (…)»[43].

I lavoratori soggetti delle previsioni costituzionali «erano, e sono, sicuramente il movimento operaio, la classe sociale da riscattare, gli esclusi da includere: oggi, più in generale, si dovrebbe dire che sono tutti coloro che prestano il proprio lavoro in condizioni di dipendenza socio- economica (…)».

Intorno a questo programma di progressiva realizzazione dell'eguaglianza «ruota l'intera Costituzione che chiamiamo, non a caso, compromissoria, perché rappresenta la formalizzazione del grande compromesso socialdemocratico» all'interno del quale i servizi resi dallo stato sociale hanno reso accettabile il sistema economico capitalistico[44].

«La fondazione sul lavoro, insomma, non si collega solamente al riconoscimento del diritto al lavoro da parte del successivo art. 4 (…), ma anticipa il riconoscimento del principio di eguaglianza da parte dell'art. 3 e fa di questo la logica conseguenza della scelta fondativa compiuta *in apicibus*». Questo sia per il profilo dell'eguaglianza formale di cui al primo comma, per il significato universalista del lavoro, «sia per il profilo dell'eguaglianza sostanziale di cui al secondo comma (perché è solo con l'emancipazione dei lavoratori che il progetto di società «nuova» disegnato dalla Costituzione può essere realizzato)»[45].

La dottrina ha – così – da tempo chiarito che il principio lavorista di cui all'art. 1 Cost. altro non mostra se non la volontà delle forze politiche costi-

[41] C. PINELLI, *"Lavoro" e "progresso" nella Costituzione*, in *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti*, 1985-2011, 181 e ss., il quale ricorda quale peso abbia nell'interpretazione costituzionale la scelta dei Costituenti di rigettare l'emendamento delle sinistre rivolto a definire l'Italia una "Repubblica di lavoratori".

[42] C. LAVAGNA, *Costituzione e socialismo*, Bologna, 1977, *passim.*

[43] M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *op. ult. cit*., 640, nota 47.

[44] I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro, totem e tabù*, *op. cit*., 56.

[45] M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la repubblica democratica sul lavoro*, *op. cit*., 635.

tuenti di generare un ordine sociale nuovo e scardinare la pregressa società del privilegio e della rendita[46].

I lavori sia in Prima che in Seconda Sottocommissione sono chiaramente rivelatori del tratto rivoluzionario – in quanto teso all'istituzione di un nuovo ordine sociale – proprio della Carta repubblicana del 1948.

Come si diceva, le conseguenze di una tale opzione teorica non posso essere colte nella loro interezza in questa sede. Ma per quanto qui direttamente riguarda, appare chiaro che la base materiale del compromesso sociale rappresentato dal lavoro in Costituzione debba orientare i processi interpretativi che procedono dall'art. 1 Cost. in avanti, e non diversamente.

Proporre, ad esempio, il dovere di lavorare di cui all'art. 4, secondo comma Cost. come schema di conformazione del medesimo diritto non corrisponde al nucleo di senso più profondo del programma costituzionale e, anzi, comporta il rischio dell'abbandono del proposito di emancipazione iscritto nella trama costituzionale, perché intende superare quel conflitto su cui è nata la nuova Repubblica.

Su questi luoghi della Carta è di certo sensato formulare dei tabù interpretativi non revisionabili.

In considerazione con quanto detto, anche ai fini di una riflessione sulle misure di sostegno al reddito, risulta chiara la necessità di contrastare quegli orientamenti interpretativi che mutano il significato del lavoro in Costituzione e l'origine del patto costituzionale.

Per questo motivo, pare molto più che preferibile quell'interpretazione che intende per lavoro quello reso in condizioni di dipendenza socio-economica, a fronte di una giusta retribuzione, così come previsto nell'art. 36 Cost.

La coincidenza del concetto di lavoro, non più solo con la posizione subordinata del prestatore d'opera, ma comunque contrapposta al capitale, permette di tenere insieme l'articolo 1, comma 1, Cost., e il progetto di emancipazione sociale di cui al secondo comma dell'art. 3 e preservare l'unità dell'azione programmatica[47].

A questa nozione, ma distinta e separata, segue la declinazione in senso ampio contenuta nell'art. 4, secondo comma, Cost.

La Costituzione, infatti, tiene ben distinte la nozione di lavoro, quale fondamento della Repubblica, da quella in senso ampio declinata come ogni attività o funzione con cui concorrere al progresso anche spirituale di cui all'art. 4 Cost[48]. Ed, infatti, solo a quella in senso proprio riserva una rela-

[46] L. CARLASSARE, *Conversazioni sulla Costituzione*, Milano, 2011, 88 e ss.

[47] È la definizione offerta da C. MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di), G. BRANCA, Artt. 1-12, Bologna, Zanichelli, 1975, 11 e ss.

[48] M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei*

zione sinallagmatica come scambio di beni e servizi a fronte di retribuzione, mentre a quella in senso ampio mai fa corrispondere un obbligo se non in senso etico.

Per questo motivo, risulta necessario che «il riferimento al dovere dell'art. 4 vada inteso sì come un dovere, benché prevalentemente morale: infatti l'espressione usata, "dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società", esclude l'applicabilità di qualsiasi sanzione come d'altronde risulta, sia dal fatto che per sanzionare tale dovere lo Stato dovrebbe stabilire esso quali siano le attività o funzioni socialmente utili, il che, in un ordinamento ispirato a princìpi liberali come il nostro, appare impossibile, sia dall'espressa volontà dei Costituenti»[49]. Dal che dobbiamo desumere che, non essendo configurabile come obbligo, entra con molta problematicità in una relazione di condizionalità.

L'impropria assimilazione fra le due nozioni finisce per trasfigurare il modello costituzionale[50], riducendo la portate emancipante dell'intero programma[51].

La ricercata unità della nozione[52], al di là della contrapposizione fra capi-

fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa, in *Diritto Pubblico*, fasc. 2 del 2011, 411, sottolinea l'equivoco per cui «il dovere di cui al secondo comma dell'art. 4 Cost. sarebbe mero risvolto del diritto al lavoro di cui al primo comma della medesima disposizione. In realtà, il secondo comma riferisce la doverosità allo svolgimento, «secondo le proprie *possibilità* e la propria *scelta*» di «una *attività* o una *funzione*» – non dunque, necessariamente, di una prestazione lavorativa – che *concorra* al *progresso materiale o spirituale della società*», costituendo semmai il fondamento di quel principio di sussidiarietà orizzontale poi formalizzato nell'art. 118, ultimo comma, Cost.».

[49] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lavoro* (dir. Cost.), in *Enciclopedia del diritto*, 1973.

[50] M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, *op. cit*., per il quale l'art. 3 Cost. «non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica».

[51] L'espressione democrazia emancipante è di A. DI GIOVINE, M. DOGLIANI, *Dalla democrazia emancipante alla democrazia senza qualità?*, in *Questione Giustizia*, n. 2 del 1993.

[52] M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, *op. cit*., per il quale l'art. 3 Cost. «non afferma che è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono l'effettiva partecipazione dei lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del Paese, stabilendo così una identità tra il concetto di lavoratore e quello di soggetto socialmente debole. Il riferimento è agli ostacoli che impediscono la partecipazione di tutti i lavoratori, dal che si conclude che il concetto di lavoratore sia più ampio, comprensivo dei cittadini che già sono in grado di partecipare alla organizzazione del Paese e di quelli che invece abbisognano dell'intervento perequativo della Repubblica».

tale e lavoro, rischia di rompere la base materiale unitaria della Costituzione che sulla quella contrapposizione sociale ed economica ha costruito le sue fondamenta, al fine – non nascosto – di rivederle. Del resto, come intendere se non come la necessità di riformulare il compromesso alla base del programma costituzionale la difesa del superamento del modello di tutela apprestato dall'art. 18 dello Statuto dei lavoratori?[53]

Le ben note involuzioni del diritto del lavoro, con la cancellazione tra alcune delle principali garanzie dello Statuto dei lavoratori[54], sono il frutto dell'indebolimento del compromesso costituzionale che reca con sé anche la trasformazione del lavoro in quanto tale[55].

Il discorso andrebbe oltre il tema di queste considerazioni, ma senza dubbio rimangono quale sfondo anche della nostra analisi i fenomeni di trasformazione che hanno colpito il rapporto di lavoro. Si pensi, ad esempio, alla crisi del lavoro salariale[56], svelato dal sistema dei voucher o della c.d. gig economy.[57]

Una simile involuzione riceve una spinta ulteriore dalle scelte operate sul modello di reddito minimo in discussione, cosicché anche questo rischia di assumere un ruolo nelle trasformazioni regressive che interessano il diritto al lavoro.

Non è il reddito minimo in quanto tale ad operare secondo una logica post-lavorista o, come affermato, attraverso un cambio di paradigma e il superamento della centralità sociale del lavoro[58], ma – ad esempio – l'idea (qui

[53] M. CAVINO, *Il diritto-dovere al lavoro*, *op. ult. cit*., per il quale «il modello di tutela apprestato dall'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori è un prodotto della storia, e nella storia deve essere correttamente collocato» (…) «L'articolo 18 ha così finito per esaurirsi nella sua valenza meramente simbolica di strumento di reazione alla limitazione delle libertà dei lavoratori e all'uso del licenziamento come strumento di pressione nelle relazioni sindacali. Ma con la piena legittimazione della presenza dei sindacati in azienda, e più in generale con le trasformazioni delle relazioni sindacali, anche il valore simbolico della norma si è progressivamente dissolto, giustificando sempre meno i costi che imponeva alle imprese in termini di rigidità nella gestione delle risorse umane».

[54] U. ROMAGNOLI, *Tornare allo Statuto*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2010, 39-48

[55] L'attacco al lavoro quale fondamento della Repubblica è una delle cause di crisi della democrazia costituzionale in L. FERRAJOLI, *La democrazia attraverso i diritti*, Roma-Bari, 2013, 161 e ss., il quale sottolinea perfettamente come il lavoro sia stato il terreno di principale violazione dei diritti fondamentali.

[56] L. CORAZZA, *Industria 4.0: lavoro e non lavoro di fronte alla quarta rivoluzione industriale*, in *Economia & lavoro, Rivista di politica sindacale, sociologia e relazioni industriali*, 2/2017, 15-22.

[57] F. MARTELLONI, *Individuale e collettivo: quando i diritti dei lavoratori digitali corrono su due ruote*, in *Labour and Law Issues*, vol. 4, n. 1, 2018.

[58] Per questa impostazione, più diffusamente, M. FERRERA, *Le trappole del Welfare*, Bologna 1998.

sottoposta a critica) che si possa essere obbligati ad offrire una prestazione lavorativa per ricevere il beneficio di una misura assistenziale.

Per questo motivo, il reddito di cittadinanza appare come una misura pienamente conforme alla cornice costituzionale, ma lo stesso non può dirsi per le soluzioni apprestate che – come si diceva – rischiano di sortire gli stessi effetti che vorrebbero scongiurare.

Dall'intersezione con i doveri deriva, quindi, una declinazione di lavoro inteso come attività *in senso ampio* emancipatrice che, se da un lato, si fa espressione dei principi di solidarietà, dall'altro entra in una relazione di condizionalità – o meglio – di obbligo con la prestazione sociale, con la prima contraria.

Se quanto detto in precedenza è vero, la proposta di reddito minimo in discussione tradisce il significato del lavoro accolto in Costituzione, non solo perché sanziona con la perdita del beneficio l'obbligo di prestare una attività socialmente utile che – in quanto tale – non può entrare in schemi di corrispettività, ma perché riduce enormemente la funzione di liberazione sociale ed economica propria di misure simili.

In tal modo, tradendo il significato della nozione, tradisce il programma di emancipazione ad essa collegato.

(PRIMA) IL DOVERE E (POI) IL DIRITTO: ALLA RICERCA DEGLI "OSSIMORI COSTITUZIONALI" NELLA CURA DEI FIGLI

di Benedetta Liberali*

SOMMARIO: 1. Il "diritto-dovere" o il "dovere-diritto" dei genitori di curare i figli? Una prospettiva di analisi alla ricerca degli "ossimori costituzionali". – 2. Le ipotesi di "frizione" fra dovere e diritto dei genitori al cospetto dei diritti dei figli. – 2.1. La chirurgia e le marchiature estetiche: quale margine di autonomia riconoscere ai figli?. – 2.2. L'intersessualismo: se e come orientare la scelta del sesso dei figli? – 2.3. Le vaccinazioni: il diritto di cura dei genitori e le scelte dell'ordinamento, fra evoluzione scientifica e tutela della salute. – 2.4. L'interruzione di gravidanza: quale ruolo per i genitori? – 3. Le ipotesi di "scissione" fra dovere e diritto dei genitori condannati. – 3.1. L'accesso a determinati benefici per la cura dei figli. – 3.2. L'eliminazione dell'automatismo della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale. – 4. Il dovere-diritto di cura da parte di entrambi i genitori anche nella "crisi" della famiglia: il diritto paritario di cura di ciascun genitore ("l'un contro l'altro armati" nella crisi di coppia) prevale sul diritto dei figli (e, quindi, sul dovere dei genitori)? – 5. Osservazioni conclusive.

1. Il "diritto-dovere" o il "dovere-diritto" dei genitori di curare i figli? Una prospettiva di analisi alla ricerca degli "ossimori costituzionali"

Ragionare sul rapporto fra genitori e figli e sui principi che ne regolano i relativi profili, al fine specifico che pone questo seminario, ossia al fine di ricercare e interrogarsi sui possibili "ossimori costituzionali" e, dunque, sul contrasto fra la dimensione dei diritti e quella dei doveri genitoriali, impone di richiamare le disposizioni che a quel medesimo complesso rapporto fanno riferimento[1].

* Ricercatore di Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

La versione estesa dell'intervento programmato svolto in occasione del Seminario dell'Associazione Gruppo di Pisa *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Università deli Studi Suor Orsola Benincasa, 19 ottobre 2018, è pubblicata in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2018, III.

[1] Per un generale inquadramento dei principi costituzionali sottesi alla disciplina della famiglia si vedano in particolare M. D'AMICO, *I diritti contesi. Problematiche attuali del costituzionalismo*, Milano, 2016, F. BIONDI, "Quale modello costituzionale", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, Napoli, 2014, 3 ss., e T. AULETTA, "Dai principi costituzionali al 'diritto vivente'. Riflessioni sullo sviluppo del diritto di fami-

Tenendo conto di tali disposizioni e della declinazione che di questo stesso rapporto ne emerge è innanzitutto possibile soffermarsi sullo specifico "ordine" e, dunque, sull'importanza che viene assegnata dal nostro ordinamento ai doveri e ai diritti dei genitori nei confronti dei figli.

Dalle disposizioni costituzionali, infatti, emerge un chiaro ordine che antepone il profilo dell'adempimento dei doveri rispetto al riconoscimento della titolarità dei corrispondenti diritti.

Tenendo conto di questo preciso e non casuale ordine di riconoscimento (prima) dei doveri e (poi) dei diritti dei genitori, si può assegnare ai primi una posizione non solo formalmente, ma anche sostanzialmente preminente, in ragione del loro carattere servente rispetto alla posizione dei figli e alla garanzia del loro diritto a ottenere l'adempimento dei corrispondenti doveri genitoriali.

A fronte della stretta connessione fra doveri genitoriali e diritto dei figli al loro adempimento è possibile individuare i "casi" in cui si può determinare un "ossimoro" fra doveri e diritti genitoriali, ossia ipotesi di contrasto, a volte anche irriducibile, fra adempimento ed esercizio degli stessi[2].

L'art. 30 Cost. stabilisce che sia "dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli"[3], riconoscendo uno specifico ordine di priorità fra il riconoscimento della necessità dell'adempimento dei doveri genitoriali rispetto alla titolarità dei corrispondenti diritti[4]. In tale disposizione costituzionale si riflette l'importanza che l'ordinamento ha inteso assegnare innanzitutto ai doveri dei genitori cui corrispondono, come si vedrà oltre, il diritto a essere curati dei figli e, quindi, l'obiettivo di garantirne l'effettività[5].

glia e sulle prospettive future", ivi, 625 ss. Con specifico riguardo alla posizione del minore nella famiglia si veda G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015, 49 ss.

[2] Sottolinea che "non è mai opportuno scindere il diritto dei genitori dal relativo dovere, perché lo stesso diritto non è altro che una 'funzione' da svolgere nell'interesse dei figli" E. LAMARQUE, "Art. 30", in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, vol. I, 622 ss. Nello stesso senso, anche F. PATERNITI, "Lo *status* costituzionale dei figli", in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2013, 23 s., che rileva anche che "la funzionalizzazione del diritto dei genitori pare trovare il suo fondamento in una lettura che affianchi al 1° comma dell'art. 30 Cost. anche la *ratio* sottesa al 2° comma della medesima disposizione".

[3] Su tali nozioni si rinvia a G. GIACOBBE, "Educazione della prole, progetto educativo e ruolo della famiglia: spunti per una riflessione", in *Iustitia*, 2012, IV, 432 ss.

[4] Si veda M. BESSONE, "Art. 30-31", in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1976, 98, sullo *status* di genitore, che, "lungi da essere puro e semplice riflesso di una funzione sociale", "integra in modo perfetto la fattispecie del diritto soggettivo" e "il carattere di doverosità del suo ruolo familiare ne risulta perciò ulteriormente esaltato, in coerenza con il rigoroso principio di procreazione responsabile positivamente espresso dall'art. 30 I° comma".

[5] Rispetto al dovere dei genitori nei confronti dei figli, E. LAMARQUE, "Art. 30", cit.,

La preminenza del riconoscimento del dovere genitoriale e, dunque, l'importanza della garanzia (innanzitutto) dei diritti dei figli, rispetto all'esercizio dei diritti dei genitori si confermano anche alla luce del secondo comma dell'art. 30 Cost., secondo cui la legge provvede a che vengano assolti i loro compiti in caso di incapacità, e dell'art. 31 Cost., che impegna la Repubblica ad agevolare concretamente (con misure economiche e altre provvidenze) il loro stesso adempimento[6].

Questo ordine funzionale fra doveri e diritti dei genitori trova ulteriore conforto in una serie di disposizioni del codice civile di analogo tenore rispetto alla previsione costituzionale, della quale specificano taluni profili.

Si pensi, innanzitutto, all'art. 147 c.c., che riconduce al matrimonio l'obbligo per entrambi i genitori non solo di mantenere, istruire ed educare i figli (in ciò riprendendo precisamente la formulazione dell'art. 30 Cost.), ma anche di assisterli moralmente, "nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni".

Lo stretto collegamento fra i doveri dei genitori (imposti dagli artt. 30 Cost. e 147 c.c.) e i diritti dei figli emerge in modo ancora più diretto dall'art. 315-*bis* c.c. Tale disposizione, peraltro richiamata dall'art. 147 c.c., riconosce al figlio il "diritto di essere mantenuto, educato, istruito e assistito moralmente dai genitori, nel rispetto delle sue capacità, delle sue inclinazioni naturali e delle sue aspirazioni", oltre che il "diritto di essere ascoltato in tutte le questioni e le procedure che lo riguardano".

Le capacità, inclinazioni e aspirazioni dei figli orientano l'adempimento dei doveri (e l'esercizio dei diritti) genitoriali e, dunque, la stessa "responsabilità genitoriale" (art. 316 c.c.), che ha sostituito le precedenti espressioni di "patria potestà" e "potestà genitoriale" e che, di conseguenza, pone l'accento, ancora una volta, sulla dimensione (preponderante) dei doveri[7].

In relazione alla responsabilità genitoriale (cui, occorre sottolinearlo, la

sottolinea che una "lettura della disposizione costituzionale alla luce degli artt. 2 e 3 della stessa Carta costituzionale suggerisce che esso non abbia comunque una natura meramente patrimoniale, ma implichi al contrario una generale 'cura della persona' del minore".

[6] Sul carattere funzionale del diritto del genitore rispetto all'effettivo assolvimento dei doveri si veda E. LAMARQUE, "Famiglia e filiazione", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia*, cit., 597.

[7] Rispetto alla nozione di responsabilità genitoriale introdotta dalla legge n. 219 del 2012 si vedano A. D'ALOIA - A. ROMANO, "I figli e la responsabilità genitoriale nella Costituzione (art. 30 Cost.)", in G. F. BASINI - G. BONILINI - P. CENDON - M. CONFORTINI (a cura di), *Codice commentato dei minori e dei soggetti deboli*, Torino, 2011, 3 ss., e A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Padova, 2017. M. SESTA - A. ARCERI, *La responsabilità genitoriale e l'affidamento dei figli*, Milano, 2016, 89, sottolineano che con tale termine di intende porre l'accento sui doveri di cura tesi ad attuare l'interesse dei figli, rispetto al quale il ruolo dei genitori è funzionale.

Corte costituzionale aveva fatto riferimento prima della riforma del 2012[8]), l'ordinamento prevede che possa esserne pronunciata la decadenza, laddove il genitore violi o trascuri i doveri a essa inerenti o quando abusi dei relativi poteri con grave pregiudizio per i figli (art. 330 c.c.).

A fronte di queste brevi considerazioni preliminari, ci si propone di verificare se siano individuabili "zone di possibile conflitto" nell'adempimento e nell'esercizio di quei medesimi doveri-diritti dei genitori verso i figli e, dunque, in definitiva, nell'esercizio della stessa responsabilità genitoriale.

In particolare, ci si intende interrogare sulla possibilità e, quindi, sulle modalità con cui si può determinare un vero e proprio "ossimoro" nell'esercizio dei diritti di cura e di protezione dei genitori rispetto all'adempimento dei corrispondenti doveri, per come essi sono riconosciuti dall'art. 30 Cost. e dall'art. 147 c.c. in funzione di garanzia della cura e dei diritti dei figli.

Il riferimento alla posizione (e ai diritti) dei figli consente innanzitutto di determinare i contenuti dei (corrispondenti) doveri dei genitori e di richiamare la regola generale che deve guidare ogni decisione che li riguardi, ossia la preminente considerazione del loro concreto interesse[9], oltre alla necessità di tenere conto delle loro capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni e per il giudice di ascoltare i minori nell'adottare i provvedimenti che li riguardano.

In secondo luogo (ed è questo il profilo che in questa sede interessa), il diritto a essere curati permette di individuare i casi in cui l'esercizio dei diritti dei genitori può entrare in contrasto con l'adempimento dei corrispondenti doveri, in ragione della connessione di questi ultimi con la posizione dei figli.

I doveri genitoriali, infatti, sono funzionali all'effettiva garanzia del diritto di essere curati dei figli, come si evince dagli artt. 30 Cost. e 315-*bis* c.c.[10]. Dalla disposizione costituzionale, come si è già visto, può trarsi il carattere servente dei doveri genitoriali rispetto ai diritti dei figli e la loro priorità rispetto ai diritti dei genitori. In tal modo, la Costituzione pone un preciso

[8] Corte cost., sentt. nn. 99 del 1997, 166 del 1998, 394 del 2005 e 308 del 2008; ord. n. 125 del 1999.

[9] Sul principio dei cd. *best interests of the child* si rinvia a E. LAMARQUE, *Prima i bambini. Il principio dei* best interests of the child *nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016.

[10] Al riguardo M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 108, ritiene che le attitudini dei figli siano un "fondamentale criterio delle valutazioni necessarie per conformare l'educazione familiare alle garanzie di integrale sviluppo dei valori individuali". G. MATUCCI, "Articolo 30", in F. CLEMENTI - L. CUOCOLO - F. ROSA - G. E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, Bologna, 2018, I, 205, sottolinea che "La responsabilità dei genitori non è mera espressione di doveri di cura e di protezione, ma è manifestazione, altresì, dell'impegno a promuovere la personalità del figlio secondo le sue attitudini e le sue potenzialità".

ordine di priorità funzionale fra doveri e diritti dei genitori e sottolinea il carattere strumentale dell'adempimento dei doveri rispetto alla posizione dei figli e alla garanzia dei loro diritti, laddove stabilisce che è (prima) "dovere" e (poi) "diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli".

La preminenza del diritto dei figli di essere curati (e di vedere garantiti ulteriori diritti) consente di individuare le ipotesi in cui l'esercizio del diritto dei genitori (relativo al progetto educativo dei figli) può entrare in contrasto con l'adempimento del corrispondente dovere di cura.

Questa prospettiva, che rende unico l'art. 30 Cost. rispetto a tutte le altre disposizioni costituzionali nell'anteporre il dovere al diritto, può essere verificata a partire da alcuni specifici casi, che possono essere ordinati tenendo conto del diverso grado di problematicità che si determina a seconda dei diritti dei figli che vengono in rilievo.

Il primo gruppo di casi è riconducibile a ipotesi di vera e propria "frizione" fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori.

L'adempimento dei doveri genitoriali è funzionale a garantire ulteriori e specifici diritti dei figli, anch'essi riconducibili in generale al diritto di essere curati[11]. Si pensi, innanzitutto, alla salute, all'autodeterminazione e alla libertà religiosa, la cui garanzia può essere in alcuni casi compromessa dalle concrete modalità di esercizio del diritto di cura dei genitori.

A questo proposito risultano significativi i casi dell'intersessualismo, delle vaccinazioni, della chirurgia e della marchiatura estetiche, del trattamento interruttivo della gravidanza, oltre che del cd. fine vita. Ancora, vengono in rilievo il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione anche nelle ipotesi di mutilazioni genitali femminili, di circoncisione maschile e di rifiuto delle trasfusioni di sangue.

Si pensi poi, in generale, a tutta una serie di opzioni quotidiane e forse meno problematiche, che incidono sulla posizione dei figli, come la scelta della scuola o delle attività sportive o extradidattiche oppure le valutazioni genitoriali circa la possibilità e i limiti della cd. autodeterminazione informativa, con riguardo all'accesso a *internet*.

In tutte queste ipotesi si può misurare il diverso grado di problematicità (anche irriducibile) nella "composizione" del potenziale o effettivo conflitto che può determinarsi nell'esercizio della responsabilità genitoriale e, dunque, fra dovere e diritto di cura dei genitori.

Nella stessa prospettiva, risulta interessante un secondo gruppo di casi, che potrebbero essere definiti di vera e propria "scissione" fra la dimensione

[11] T. AULETTA, *Diritto di famiglia*, Torino, 2016, 359 ss. e 367 ss., sottolinea come i genitori, cui è attribuita ampia discrezionalità nelle scelte che riguardano i figli, debbano "*tenere conto* non solo delle proprie convinzioni ma anche delle capacità, *inclinazioni naturali ed aspirazioni del minore, rispettandone la personalità*".

del diritto e quella del dovere dei genitori. Si tratta di ipotesi in cui l'ordinamento (che concorre, come si è detto, ai sensi dell'art. 31 Cost., a garantire l'adempimento dei doveri dei genitori[12]), valorizzando la posizione dei figli minori e, dunque, il loro diritto alla cura, consente ai genitori detenuti di accedere ad alcuni benefici.

Tali benefici permettono non solo di garantire quel medesimo diritto del figlio alla cura, ma anche di porre il genitore detenuto nella condizione di adempiere al dovere di cura. Come si vedrà oltre alla luce di alcune decisioni della Corte costituzionale, il diritto alla cura del genitore detenuto resta invece del tutto sullo sfondo, assumendo rilievo assorbente la dimensione del dovere nei confronti dei figli.

La scissione fra dimensione del dovere e quella del diritto dei genitori appare invece più sfumata nel caso dell'eliminazione dell'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale. In tali ipotesi la Corte se pure ha valorizzato la posizione del figlio (e, dunque, la dimensione del dovere dei genitori) ha tenuto conto anche della specificità del delitto commesso.

Da ultimo, poiché i principi che governano il rapporto fra genitori e figli ispirano anche la disciplina della "crisi" della famiglia, è possibile svolgere ulteriori considerazioni sul cd. disegno di legge Pillon, che ne modifica l'assetto, accordando tutela preminente al diritto di cura di ciascun genitore nei confronti dell'altro, senza che assuma (più) valore centrale l'interesse del figlio (e, dunque, il dovere genitoriale).

2. Le ipotesi di "frizione" fra dovere e diritto dei genitori al cospetto dei diritti dei figli

2.1. La chirurgia e le marchiature estetiche: quale margine di autonomia riconoscere ai figli?

Un primo settore in cui vengono in rilievo ipotesi di frizione fra l'esercizio del diritto di cura dei genitori e il corrispondente dovere è costituito dalla chirurgia e dalle marchiature estetiche (quali *piercing* e tatuaggi).

Se la prima può svolgere anche una funzione tesa alla tutela della salute (in particolare, nella sua accezione psichica) ed è perciò svolta da soggetti abilitati all'esercizio della professione sanitaria, le seconde soddisfano una personale preferenza estetica, potendosi porre profili connessi alla tutela

[12] Sulla relazione fra artt. 30 e 31 Cost. si veda F. PATERNITI, "Lo *status* costituzionale dei figli", cit., 27.

della salute nella fase della loro esecuzione e anche rispetto agli effetti che si possono dispiegare sul corpo[13].

Le riflessioni sulla possibilità di riconoscere ai figli la libertà di scegliere intorno alla loro applicazione (e, dunque, sul se e su quali limiti possano incontrare i genitori nell'esercizio del loro diritto di cura) si inseriscono nel più generale contesto che ha a oggetto la stessa liceità di simili pratiche.

Esse consentono di autodeterminarsi nella scelta di modificare in senso estetico il corpo e, quindi, nello sviluppo della personalità (artt. 2, 3, 13 e 32 Cost.). Si pongono, però, profili problematici connessi alla necessità di porre requisiti e limiti all'esercizio delle relative attività professionali, sempre al fine di garantire la salute e l'integrità psico-fisica (artt. 32 Cost. e 5 c.c.)

In mancanza di un'organica disciplina che regoli l'accesso dei minori a tali trattamenti, si segnalano ai fini della individuazione delle regole igienico-sanitarie per l'applicazione delle procedure di *piercing* e tatuaggio le due Circolari del Ministero della Sanità, che tengono conto dei rischi di trasmissione di infezioni[14].

Tenendo conto del diritto di autodeterminazione e del diritto alla salute (fisica, per i rischi derivanti dall'esecuzione di tali trattamenti, e psicologica, laddove se ne impedisse l'applicazione) sembra che per i genitori sia necessario valutare se il figlio possa esprimere in modo maturo la scelta di sottoporsi al trattamento e se quest'ultimo non determini alcuna lesione dell'integrità psico-fisica (con riguardo alle concrete modalità di applicazione e alla tipologia).

La valutazione del grado di maturità, quindi, può consentire di non sovrapporre personali posizioni o preferenze dei genitori in ordine alle determinazioni estetiche che incidono sul corpo del figlio[15].

2.2. L'intersessualismo: se e come orientare la scelta del sesso dei figli?

Un caso in cui l'esercizio del diritto dei genitori può presentare notevoli punti di frizione con la posizione dei figli e, dunque, con l'adempimento dei

[13] In materia si vedano M. PICCINNI, "Il corpo artefatto: le «marchiature artistiche» tra integrità e autodeterminazione", in S. CANESTRARI - G. FERRANDO - C. M. MAZZONI - S. RODOTÀ - P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, in S. RODOTÀ - P. ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2011, 601 ss., e G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 176.

[14] Circolari n. 2.9/156 e n. 2.8/633 1998. Si segnalano i disegni di legge AC 4169 del 2016 e AC 662 del 2018, che pongono limitazioni a seconda delle età per l'applicazione di *piercing*. Per ulteriori riferimenti alle iniziative di altre Regioni si rinvia a G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale*, cit., 177 ss.

[15] Si veda, in generale, F. PATERNITI, "Lo *status* costituzionale dei figli", cit., 28 s., sull'influenza della capacità di discernimento dei figli sulla funzione educativa dei genitori.

corrispondenti doveri di cura nei loro confronti si determina laddove, al momento della nascita, siano presenti i caratteri di entrambi i sessi, con ciò non potendosi attribuire in modo univoco l'appartenenza all'uno o all'altro[16].

In tale ipotesi, è possibile intervenire chirurgicamente, "valorizzando" in una direzione o nell'altra la presenza dei caratteri sessuali del nato[17] e sottoponendolo a una "medicalizzazione forzata per tutta l'esistenza"[18].

Si pongono al riguardo, con tutta evidenza, profili estremamente problematici.

In ragione delle conseguenze derivanti dall'applicazione di questi trattamenti chirurgici e ormonali, vengono in particolare rilievo il diritto alla salute del nato, sia nella sua accezione fisica sia in quella psichica, quest'ultima strettamente connessa con la libertà di autodeterminazione nelle scelte di cura e, specificamente, in quella sulla determinazione del proprio sesso[19].

La delicatezza del fenomeno e le conseguenze (anche non immediate) che si possono determinare per la vita del minore sia nel caso in cui si decida di intervenire, sia nel caso opposto, in questo contesto caratterizzato dal problematico bilanciamento fra il diritto alla salute e la libertà di autodeterminazione e dall'intervento di diversi soggetti (i genitori e i medici) fanno emergere con particolare drammaticità non solo la posizione del nato che, evidentemente, non può esprimersi sul "se" e in "quale direzione" intervenire, ma anche l'importanza dell'adempimento del dovere dei genitori, che non dovrebbero sovrapporre personali esigenze o preferenze rispetto al preminente interesse del figlio.

In tale contesto, reso ancora più complesso dalle stesse incertezze circa gli esiti di questi trattamenti nel medio-lungo periodo[20], un ruolo essenziale

[16] Si rinvia su tali problematiche a A. LORENZETTI, "La problematica dimensione delle scelte dei genitori sulla prole: il caso dell'intersessualismo", in F. GIUFFRÉ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia*, cit., 485 ss.

Si veda anche COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi della differenziazione sessuale nei minori: aspetti bioetici", 25 febbraio 2010.

[17] G. CERRINA FERONI, "Intersessualismo: nuove frontiere", in *Dir. pub. comp. ed eur.*, 2015, II, 335, sottolinea come la pratica dell'intervento correttivo "su neonati per forzare in un senso o in un altro un'identità genitale-cromosomica ambigua" debba considerarsi "a tutti gli effetti un trattamento inumano e degradante", non essendo altro che "mutilazioni genitali e corporee dettate dal dogma del binarismo sessuale".

[18] S. STEFANELLI, "Responsabilità genitoriale e tutela del minore intersessuale", in *GenIus*, 2018, I, 21.

[19] Si pensi alla disciplina del (pur diverso) caso della rettificazione di sesso dalla legge n. 164 del 1982 e alle decisioni della Corte costituzionale (sentt. nn. 98 del 1979, 161 del 1985, 221 del 2015 e 180 del 2017 e ord. n. 185 del 2017).

[20] G. VIGGIANI, "Appunti per un'epistemologia del sesso anagrafico", in *GenIus*, 2018, I, 37, si sofferma sui margini di errore connessi all'attribuzione del sesso al momento della nascita.

è certamente svolto dai medici, che affiancano i genitori nella valutazione e nella scelta dell'assegnazione del sesso al momento della nascita. Fondamentali, quindi, risulteranno non solo tutte le informazioni sull'opportunità o necessità di intervenire e sulle relative modalità, ma anche la diagnosi, che può porre ulteriori criticità laddove intervenga non solo in fase prenatale, ma anche in età adolescenziale (o addirittura adulta), quando il figlio è in grado di esprimere la sua posizione al riguardo.

In tale prospettiva, se pure la possibilità di differire i trattamenti chirurgici e ormonali potrebbe essere ritenuta ragionevole, poiché permette di tenere conto non solo dello sviluppo psichico e fisico del minore, ma anche e soprattutto della sua libertà di autodeterminazione e di scelta, sembrano in ogni caso difficilmente superabili gli oneri di registrazione imposti all'atto della nascita, ai sensi dell'art. 29 del D.P.R. n. 396 del 2000[21].

A tale proposito si sono avanzate diverse proposte nel caso in cui si intenda differire la decisione intorno al trattamento chirurgico e ormonale, fra cui, in particolare, quella di assegnare un "terzo genere" o genere neutro.

Simile ipotesi conduce necessariamente ad ampliare la riflessione su questi temi, giungendo a porre in discussione la tradizionale dicotomia fra sessi e introducendo ulteriori prospettive di analisi sulla possibilità di riconoscere giuridicamente una terza identità sessuale (intersessuale)[22].

Si consideri, peraltro, come la stessa applicazione dei trattamenti possa considerarsi priva di finalità strettamente sanitarie e, anzi, fondata sulla "presunta 'normalità' sulla base del presupposto (a-criticamente assunto ma) non dimostrato, per cui diversamente ne sarebbe compromesso il benessere della persona coinvolta"[23].

Tenendo conto di questi profili, sembrano addirittura accentuarsi le notevoli problematicità che caratterizzano le determinazioni genitoriali rispetto al sesso del figlio intersessuale, poiché sia la scelta sia la (pur temporanea) non-scelta (con relativo differimento dei trattamenti) possono determinare in ogni caso conseguenze di non poco momento per la successiva vita di relazione, pur conservandosi nella seconda ipotesi la possibilità di dare effettivo rilievo all'autodeterminazione del figlio.

[21] Si vedano anche gli artt. 30 e 35, in relazione ai limiti temporali della dichiarazione di nascita e al nome che deve corrispondere al sesso.

[22] Sul punto il COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, "I disturbi", cit., 22, ritiene "inaccettabile" l'ipotesi della registrazione all'anagrafe dei nati "*come tali*", così come G. CERRINA FERONI, "Intersessualismo: nuove frontiere", cit., 336. Si veda anche A. D'ALOIA, "Il 'terzo' sesso", in *Forum cost.*, 26 aprile 2014.

[23] A. LORENZETTI, "Il 'trattamento' giuridico della condizione intersessuale", in *GenIus*, 2018, I, 7.

2.3. Le vaccinazioni: il diritto di cura dei genitori e le scelte dell'ordinamento, fra evoluzione scientifica e tutela della salute

Il diritto alla salute dei figli (e, dunque, il relativo dovere dei genitori di garantirne l'effettività) viene in rilievo anche in relazione alle vaccinazioni obbligatorie, raccomandate o solo facoltative[24].

Anche in questi casi si possono verificare, come dimostrano le recenti vicende relative all'introduzione degli obblighi di vaccinazione per l'ingresso agli asili nido e alle scuole primarie, ipotesi di frizione fra l'esercizio del diritto dei genitori di decidere le modalità di cura dei figli e il corrispettivo dovere di garantirne la salute.

Tale evenienza risulta problematica considerando non solo la dimensione individuale di protezione della salute, ma anche quella collettiva, sia per le vaccinazioni obbligatorie, sia per quelle raccomandate[25].

Con specifico riguardo alle prime[26], la Corte costituzionale ha in più occasioni giustificato simile scelta, soffermandosi sulla dimensione individuale e collettiva della garanzia del diritto alla salute. In particolare, la Corte ha ritenuto che l'imposizione di un trattamento sanitario non è di per sé incompatibile con l'art. 32 Cost., quando sia teso a tutelare sia colui che vi si sottopone, sia la collettività, con ciò giustificandosi la compressione della sfera di autodeterminazione individuale[27].

In questo contesto si inserisce, da ultimo, la sentenza n. 5 del 2018 della Corte con cui sono state dichiarate inammissibili e infondate le questioni sollevate dalla Regione Veneto sul decreto legge n. 73 del 2017, convertito

[24] Si considera raccomandata la vaccinazione promossa con campagne informative, mentre è facoltativa quella "rimessa alla mera volontà dell'assistito, la cui scelta non è né coartata né orientata con azioni positive di convincimento (ancorché incentivata con campagne di comunicazione)" (A. FEDERICI, "L'indennizzo delle conseguenze irreversibili da vaccinazioni non obbligatorie", in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2012, III, 607).

[25] Si veda, da ultimo, Corte cost., sent. n. 268 del 2017, secondo cui le tecniche della raccomandazione e dell'obbligo perseguono "il comune scopo di garantire e tutelare la salute (anche) collettiva attraverso il raggiungimento della massima copertura vaccinale".

[26] Sui profili sottesi si rinvia a M. CARTABIA, "La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana", in *Quad. cost.*, 2012, II, 455 ss., F. MODUGNO, "Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione (a proposito del rifiuto delle trasfusioni di sangue)", in *Dir. e soc.*, 1982, II, 303 ss., e V. MARCENÒ, "I trattamenti sanitari obbligatori nel circuito legislatore, Corte costituzionale e giudici comuni: il ruolo della argomentazione nella risoluzione di un 'caso difficile'", in M. CAVINO - C. TRIPODINA (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: "casi difficili" alla prova*, Milano, 2012, 229 ss.

[27] Corte cost., sent. n. 307 del 1990, e, anche, sent. n. 107 del 2012. Sui limiti relativi al sacrificio imposto al singolo si vedano sentt. nn. 258 del 1994, 118 del 1996 e 27 del 1998. Sul diritto all'indennizzo in caso di vaccinazione (solo) raccomandata antinfluenzale si veda sent. n. 268 del 2017.

dalla legge n. 119 del 2017, che ha introdotto l'obbligo di dieci vaccinazioni per i minori di sedici anni, per l'accesso alle scuole dell'infanzia e non per gli altri gradi di istruzione[28].

A questo riguardo si sono registrate rilevanti problematicità, connesse innanzitutto al diritto alla salute dei minori nella sua accezione individuale (considerando sia che la vaccinazione obbligatoria evita di contrarre la relativa patologia sia che, alla luce della specifica condizione fisica, essa può essere sconsigliata o impedita) e collettiva (si pensi agli effetti della copertura vaccinale che tutela coloro che non possono vaccinarsi).

La posizione dei minori in relazione alle vaccinazioni, però, interessa anche il diritto all'istruzione e all'educazione. Se viene garantito il diritto di istruzione anche ai minori non vaccinati, non possono non considerarsi le conseguenze che si dispiegano per coloro che non possono, per lo specifico quadro clinico, sottoporsi al trattamento.

In secondo luogo, viene in rilievo la posizione dei genitori, cui viene imposta la sottoposizione dei figli alle vaccinazioni, nonostante possano avere convinzioni personali che li inducono a ritenere che la salute possa esserne compromessa e niente affatto tutelata. L'ordinamento, dunque, imponendo i trattamenti di vaccinazione a tutela della salute collettiva e individuale, sulla base di dati scientifici, si sostituisce ai genitori[29].

Tali profili sono stati affrontati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 132 del 1992, con cui sono state decise le questioni di legittimità costituzionale sollevate sulla legge n. 51 del 1966, relativa all'obbligatorietà della vaccinazione antipoliomielitica per i bambini entro il primo anno di età, per contrasto con gli artt. 32 e 34 Cost.

Secondo il giudice rimettente tale disciplina sarebbe stata incostituzionale laddove, "prevedendo come unica sanzione la pena pecuniaria, non dispone, ai fini della tutela del diritto del minore alla salute e all'istruzione, e del diritto della collettività alla salute, la coercibilità della vaccinazione obbligatoria sui minori non sottoposti a tale trattamento" dai genitori[30].

La Corte nel dichiarare infondate le questioni ha ritenuto in primo luogo che la sanzione rientrasse nella discrezionalità del legislatore e, pertanto, non fosse censurabile. Nel rilevare che "Tale rimedio va peraltro considerato nel quadro delle altre misure previste dall'ordinamento per la tutela del diritto alla salute della collettività rispetto ai rischi connessi al mancato adempi-

[28] Sui profili sottesi si rinvia a AA. VV., "Forum: Vaccini obbligatori: le questioni aperte", in *BioLaw Journal*, 2017, II, 15 ss., e A. IANNUZZI, "L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche", in *Consulta OnLine*, 2018, I, 87 ss.

[29] Si veda ancora Corte cost., sent. n. 5 del 2018.

[30] Corte cost., sent. n. 132 del 1992.

mento dell'obbligo alla vaccinazione, nonché delle misure che l'ordinamento prevede per la tutela degli interessi del bambino", si è sottolineato che queste sono poste "anche nei confronti dei genitori che non adempiano i compiti inerenti alla cura del minore", con ciò confermando il carattere servente dei doveri genitoriali rispetto ai figli.

In secondo luogo, rispetto al requisito della vaccinazione per l'ingresso alla scuola dell'obbligo, la Corte si è soffermata anche sul diritto all'istruzione del minore, sottolineando che, come per il diritto alla salute, il giudice può adottare i provvedimenti idonei per sottoporre il bambino alla vaccinazione (artt. 333 e 336 c.c.), in tal modo superando decisioni pregiudizievoli per il minore[31].

In relazione alla posizione dei genitori e al loro diritto di scelta nella cura dei figli, la Corte ha sottolineato come non si possa nemmeno configurare un'ipotesi di "restrizione della libertà personale dei genitori", poiché la "potestà dei genitori nei confronti del bambino" è riconosciuta dall'art. 30 Cost. "non come loro libertà personale, ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite"[32].

Benché l'art. 30 Cost. non sia stato evocato quale parametro delle censure sollevate sul decreto legge n. 73 del 2017, risultano significative le considerazioni svolte nella già citata sentenza n. 5 del 2018.

Con riguardo ai profili di violazione degli artt. 2, 3 e 32 Cost., la Corte ricorda che quest'ultimo postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo con l'interesse della collettività e, nel caso di vaccinazioni obbligatorie, con l'interesse del minore, che "esige tutela anche nei confronti dei genitori che non adempiono ai loro compiti di cura"[33].

L'interesse del minore risulta centrale nelle argomentazioni della Corte, che ritiene che debba essere perseguito "anzitutto nell'esercizio del diritto-dovere dei genitori di adottare le condotte idonee a proteggere la salute dei figli (artt. 30 e 31 Cost.), garantendo però che tale libertà non determini scelte potenzialmente pregiudizievoli per la salute del minore"[34].

Rispetto a tale limite posto alle scelte dei genitori in materia, peraltro, la Corte aveva già affermato che non può ammettersi "una totale libertà dei genitori di effettuare anche scelte che potrebbero essere gravemente pregiudizievoli al figlio", dovendo "adottare le misure e le condotte idonee a evitare pregiudizi o concreti pericoli alla salute dello stesso minore"[35].

[31] *Ibidem*.
[32] Corte cost., sent. n. 132 del 1992.
[33] Corte cost., sent. n 5 del 2018.
[34] *Ibidem*.
[35] Corte cost., ord. n. 262 del 2004.

2.4. L'interruzione di gravidanza: quale ruolo per i genitori?

La materia dell'interruzione di gravidanza offre un campo di indagine del rapporto fra genitori e figli e, dunque, fra dimensione del dovere di cura e quella del diritto di cura dei genitori particolarmente interessante, poiché la legge n. 194 del 1978, nel disciplinarne le modalità e i requisiti di accesso, pone in preminente rilievo la scelta della minorenne a partire dalla sua iniziativa e assegna un ruolo solo eventuale e non vincolante ai genitori.

L'art. 12 della legge n. 194 richiede in generale l'assenso dei genitori per l'accesso al trattamento, ma, se entro i primi tre mesi di gestazione vengono rilevati seri motivi che impediscano o sconsiglino la loro consultazione o in caso di rifiuto del consenso o di pareri difformi, la procedura prosegue con l'invio da parte del consultorio, della struttura sanitaria o del medico di fiducia di una relazione al giudice tutelare.

La legge n. 194, quindi, riconosce la possibilità di accedere al trattamento senza il consenso dei genitori, pur come si vedrà con l'intervento del giudice tutelare.

Le condizioni che legittimano gli operatori a coinvolgere il giudice tutelare sono certamente molto ampie, dovendosi valutare il carattere "serio" dei motivi per la mancata consultazione dei genitori.

Questa clausola è stata oggetto di giudizio da parte della Corte costituzionale, laddove si era dubitato della legittimità costituzionale dell'art. 12, nella parte in cui prevede che i genitori non siano informati dello stato di gravidanza, in presenza di seri motivi che ne sconsiglino la consultazione, e in subordine, nella parte in cui consentirebbe di interpretare quale serio motivo l'espressa opposizione dei genitori "per ragioni di ordine morale o religioso, alle pratiche abortive"[36].

Secondo il giudice *a quo* il mancato coinvolgimento dei genitori avrebbe impedito di aiutare la figlia in una scelta molto difficile e traumatica, risultando anche discriminatorio "sulla base dei convincimenti di ordine religioso o morale che incidono sull'esercizio della patria potestà". Si sarebbe determinata un'irragionevole discriminazione fra categorie di minorenni, a seconda delle convinzioni personali dei genitori, ossia di un "dato estraneo alla loro determinazione, quale l'attitudine morale o religiosa, nei confronti dell'aborto". Di conseguenza, sarebbe stata rimessa alle "sole ed interessate affermazioni della gestante" e al giudice tutelare la decisione sulla prosecuzione della procedura[37].

La Corte costituzionale chiarisce che, sebbene non sia prescritta la consultazione dei genitori, essa non è impedita, bensì "lasciata alla valutazione

[36] Corte cost., sent. n. 109 del 1981. Si veda anche Corte cost., ord. n. 47 del 1982.
[37] Corte cost., sent. n. 109 del 1981.

del consultorio, della struttura socio-sanitaria o del medico di fiducia" e anche "al prudente apprezzamento del giudice". Tale previsione mira a prevenire l'aborto clandestino[38].

Alle conseguenze negative derivanti da quest'ultimo, peraltro, la Corte aveva dedicato uno specifico richiamo nella sentenza n. 27 del 1975, laddove aveva riportato le argomentazioni del giudice rimettente, secondo cui la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 546 c.p. avrebbe consentito "a moltissime donne di poter ricorrere all'opera dei sanitari, anziché a quella pericolosissima delle fattucchiere"[39].

La valutazione dei seri motivi, dunque, assume una connotazione definita e centrata sulla donna minorenne, dovendosi verificare se sia "ragionevole presumere" che il coinvolgimento dei genitori "aggravi il rischio del ricorso all'aborto clandestino"[40].

In secondo luogo, la Corte chiarisce che "L'esercizio del diritto - dovere sancito nell'art. 30 non è precluso, ma è consentito", laddove il giudice tutelare ritenga insostituibile il rapporto affettivo fra genitori e figli[41].

Non si tratta, dunque, di escludere l'esercizio del diritto di cura dei genitori, ma di limitarlo in via eventuale a fronte, in ogni caso, di una valutazione concreta sulle possibili conseguenze che potrebbero derivarne.

La Corte, peraltro, concede che "l'ausilio paterno" ben possa esplicarsi, "secondo i convincimenti morali e religiosi […], anche nel senso di sconsigliare l'aborto e di indurre la minore ad un[a] responsabile accettazione della maternità"[42].

Il progetto educativo dei genitori, dunque, può dispiegarsi anche in questo ambito, a seguito della già citata valutazione degli operatori e, ancora prima, dopo la preliminare scelta della minorenne di coinvolgerli.

Quest'ultima considerazione, secondo cui il coinvolgimento dei genitori può essere assicurato fin dall'inizio se la minorenne lo vuole, contribuisce a rafforzare il quadro complessivo del rapporto con i figli, che si costruisce nel corso del tempo valorizzando i profili di responsabilità genitoriale e, dunque, la capacità di tenere conto dei loro desideri e aspirazioni, guidandone le determinazioni senza sovrapporre personali preferenze.

In questo contesto, anche il ruolo del giudice tutelare è limitato dalla necessità di garantire la libertà di autodeterminazione della minorenne.

Se pure deve sentire quest'ultima e, "tenuto conto della sua volontà, del-

[38] *Ibidem*. Si veda anche Corte cost., ord. n. 14 del 1989.

[39] Corte cost., sent. n. 27 del 1975. Sui profili problematici sottesi si rinvia a M. D'AMICO, *Donna e aborto nella Germania riunificata*, Milano, 1994, 28 s.

[40] Corte cost., sent. n. 109 del 1981.

[41] *Ibidem*.

[42] *Ibidem*.

le ragioni che adduce e della relazione trasmessagli, può autorizzar[la]" a interrompere la gravidanza, egli deve solo accertare l'effettiva capacità della minorenne di autodeterminarsi nella scelta, non potendosi configurare un'ipotesi di obiezione di coscienza che impedisca l'accesso al trattamento richiesto[43].

3. Le ipotesi di "scissione" fra dovere e diritto dei genitori condannati

3.1. L'accesso a determinati benefici per la cura dei figli

Ulteriori settori in cui è possibile apprezzare l'inscindibile connessione fra dimensione del dovere e quella del diritto di cura sono costituiti dalla disciplina di accesso ad alcuni benefici per i genitori detenuti che consentono di espiare una parte di pena fuori dal carcere per la cura dei figli[44] e dal regime di applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale.

Un ruolo essenziale è stato svolto dalla Corte costituzionale che, nel decidere alcune questioni, ha fatto riferimento al preminente interesse del minore a intrattenere un rapporto continuativo ed equilibrato con i genitori, richiamando gli artt. 30 e 31 Cost.

Rispetto al primo profilo, risulta significativo l'istituto della detenzione domiciliare speciale, di cui all'art. 47-*quinquies*, primo-*bis* comma, della legge n. 354 del 1975, che prevede che l'espiazione di almeno un terzo della pena o di almeno quindici anni, prevista dal primo comma, possa avvenire in un istituto a custodia attenuata per detenute madri o, se non vi è un concreto pericolo di commissione di ulteriori delitti o di fuga, nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora, o in luogo di cura, assistenza o accoglienza, per garantire l'assistenza dei figli.

Simile possibilità era esclusa dalla stessa disposizione per le madri condannate per uno dei delitti di cui all'art. 4-*bis* della legge n. 354 del 1975[45].

Tale esclusione è stata oggetto di una questione di legittimità costituzio-

[43] Su tali profili si veda Corte cost., sent. n. 196 del 1987, e, volendo, B. LIBERALI, *Problematiche costituzionali nelle scelte procreative. Riflessioni intorno alla fecondazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria di gravidanza*, Milano, 2017, 601 ss.

[44] Al riguardo si vedano F. PETRANGELI, "Tutela delle relazioni familiari ed esigenze di protezione sociale nei recenti sviluppi della normativa sulle detenute madri", in *Rivista AIC*, 2012, IV, e S. TALINI, "Famiglia e carcere", in F. GIUFFRÈ - I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia*, cit., 537 ss.

[45] Sulla *ratio* di tale disposizione si veda G. LEO, "Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario", in *Dir. pen. cont.*, 8 maggio 2017.

nale sollevata rispetto a plurimi parametri fra cui l'art. 30 Cost. e definita nel senso dell'incostituzionalità con la sentenza n. 76 del 2017[46].

Sebbene la Corte abbia riconosciuto la fondatezza della questione solo in relazione all'art. 31 Cost., le motivazioni della decisione sembrano confermare la tesi secondo cui l'istituto mira a porre nelle condizioni di adempiere al dovere di cura dei figli le madri condannate e, quindi, garantisce il diritto dei figli a essere curati, restando sullo sfondo il profilo della garanzia dell'esercizio del diritto di cura.

Nel bilanciamento individuato prima dal legislatore e poi dalla Corte costituzionale, dunque, sembra emergere come si sia inteso assicurare in via preminente la posizione del figlio (rispetto sia al diritto di cura delle madri detenute sia alle esigenze di sicurezza sociale), con una misura idonea a garantire la tutela del rapporto con la madre.

La Corte ricorda che la disposizione censurata è tesa ad ampliare la possibilità di scontare la pena con modalità extracarcerarie per tutelare il rapporto con i figli minori. In ragione di tale obiettivo, valorizzato dal "rilievo prioritario" che riveste "la tutela di un soggetto debole, distinto dal condannato e particolarmente meritevole di protezione, qual è il minore"[47], la misura è applicabile anche al padre detenuto, laddove la madre sia deceduta o impossibilitata[48].

Richiamando i propri precedenti con cui ha sottolineato "la speciale rilevanza dell'interesse del figlio minore a mantenere un rapporto continuativo" con i genitori, dai quali ha il diritto di ricevere cura, educazione e istruzione, e che risulta complesso e articolato in diverse situazioni giuridiche[49], la Corte ha ricordato come esso non sia sottratto a un possibile bilanciamento con altri interessi di rilievo costituzionale (come quello di difesa sociale).

La necessità di bilanciare fra i diversi interessi coinvolti induce la Corte a ritenere preclusa al legislatore la scelta di sacrificare del tutto la posizione del minore, come nel caso dell'esclusione di una categoria di madri condannate dal beneficio[50].

L'art. 31, secondo comma, Cost., quindi, risulta violato laddove viene pretermesso l'interesse del minore a instaurare "un rapporto quanto più

[46] A commento della decisione si rinvia a D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, "Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?", in *Rivista AIC*, 2017, IV.

[47] La sent. n. 76 del 2017 richiama il precedente con cui la Corte aveva fatto espresso riferimento non solo all'art. 31 Cost., ma anche all'art. 30 Cost. (sent. n. 239 del 2014).

[48] A questo proposito si veda Corte cost., sent. n. 215 del 1990.

[49] In particolare Corte cost., sentt. nn. 17 del 2017, 239 del 2014, 7 del 2013 e 31 del 2012.

[50] Si veda, per le problematiche sottese alla tecnica degli automatismi legislativi, S. LEONE, "Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento", in *Riv. Gruppo di Pisa*, 2018, I.

possibile 'normale' con la madre, nonché la stessa finalità di reinserimento sociale della condannata". Le esigenze di sicurezza e gli obiettivi di politica criminale non possono essere assicurati attraverso il sacrificio assoluto del rapporto con i figli.

La centralità dell'art. 31 Cost., peraltro, era stata riconosciuta dalla stessa Corte già con la sentenza n. 215 del 1990. Nell'estendere anche al padre detenuto la possibilità di accedere all'istituto della detenzione domiciliare al pari della madre di prole di età inferiore ai tre anni, si era sottolineato che l'incostituzionalità rispetto all'art. 3 Cost. emergeva "particolarmente" a fronte del "collegamento con i principi" di cui agli artt. 29, 30 e 31 Cost. La Corte aveva sottolineato come si trattasse di "compiti doverosi che la Costituzione affida" a entrambi i genitori. È precisamente l'art. 31, secondo comma, Cost. a porre la protezione dell'infanzia "in primo piano come valore centrale"[51].

L'accoglimento della questione (con riferimento all'art. 31, secondo comma, Cost.) da parte della sentenza n. 76 del 2017 pone in particolare rilievo il compito assegnato all'ordinamento di farsi carico dell'effettiva tutela del rapporto fra genitori e figli, anche laddove i primi si trovino in determinate condizioni (come quella carceraria) che potrebbero compromettere il diritto a essere curati dei secondi.

In tale prospettiva, l'accesso alla detenzione domiciliare consente di porre il genitore nelle condizioni di adempiere al dovere di cura[52], rimuovendo l'ostacolo che ne impedirebbe di fatto l'assolvimento.

Tali conclusioni sembrano ricevere ulteriore conferma se si considera la più recente sentenza n. 174 del 2018, con cui la Corte (ancora una volta assorbendo diversi parametri costituzionali evocati, fra cui l'art. 30 Cost.) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-*bis* della legge n. 354, laddove non permetteva alle madri detenute condannate per determinati reati l'accesso all'assistenza all'esterno dei figli di età non superiore ai dieci anni o lo subordinava alla previa espiazione di una quota di pena salvo l'accertamento di alcune condizioni previste dall'art. 58-*ter*. L'art. 21-*bis*, in-

[51] Corte cost., sent. n. 215 del 1990.

[52] In questo senso D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, "Eppure qualcosa si muove", cit., 17, ricordano come, "Secondo la lettura prevalsa in dottrina, sarebbe la specialità del parametro costituzionale invocato e utilizzato dalla Corte (che 'assorbe' tutti gli altri prospettati dai giudici *a quibus*) a giustificare la crepa così provocata nel monolite dell'art. 4-*bis* ord. penit. Ma fuori dall'orbita dell'art. 31, comma 2, Cost., il regime dell'ostatività ai benefici penitenziali si confermerebbe regola legittima nel sistema carcerario degli adulti: «non essendo per essi invocabile l'art. 31, comma 2, Cost., restano verosimilmente affidati a un legislatore ordinario che può, in singoli casi, subordinare la finalità rieducativa della pena ad esigenze diverse la cui tutela sia ritenuta preponderante»".

fatti, rinviava all'art. 21 che stabilisce le condizioni di accesso al beneficio del lavoro all'esterno che attengono alla quota di pena da espiare in carcere.

Attraverso questo istituto il legislatore ha specificamente inteso "ampliare le modalità che assicurano la continuità della funzione genitoriale" e ha ritenuto che "i compiti di cura dei figli minori abbiano «lo stesso valore sociale e la stessa potenzialità risocializzante dell'attività lavorativa»"[53].

Considerando questi profili, la Corte si interroga sulla compatibilità a Costituzione della comune disciplina che regola i requisiti di accesso all'assistenza all'esterno dei figli e al lavoro all'esterno, preordinato al reinserimento sociale del condannato[54].

L'accoglimento della questione (con riferimento all'art. 31, secondo comma, Cost.) si fonda sulla posizione dei figli, che non può essere sacrificata in via assoluta da una disciplina che subordina l'accesso al beneficio (di cui è diretta destinataria la madre detenuta) alla collaborazione con la giustizia. Questo requisito può condizionare l'accesso al ben diverso beneficio del lavoro all'esterno, che mira in via esclusiva alla risocializzazione[55].

L'interesse del figlio a un "rapporto quanto più possibile normale con la madre (o, in via subordinata, con il padre)"[56], invece, pone in evidenza il contrasto della disposizione censurata con l'art. 31, secondo comma, Cost., pur riservandosi al magistrato la valutazione delle esigenze di difesa sociale.

3.2. L'eliminazione dell'automatismo della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale

Il medesimo interesse del minore costituisce il fondamento delle note decisioni della Corte costituzionale con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui stabiliva l'automatica applicazione della pena accessoria della perdita della responsabilità genitoriale a fronte della commissione dei reati di cui agli artt. 567, secondo comma, e 566, secondo comma, c.p., precludendosi al giudice una valutazione del preminente interesse del figlio[57].

Sebbene in entrambi i casi le questioni siano state sollevate, fra gli altri parametri, anche rispetto all'art. 30 Cost., la Corte solo nella sentenza n. 31 del 2012 fa espresso riferimento a tale parametro per motivare le ragioni dell'accoglimento in relazione all'art. 3 Cost., ragionando altresì intorno al

[53] Corte cost., sent. n. 174 del 2018.
[54] *Ibidem*.
[55] *Ibidem*.
[56] *Ibidem*.
[57] Corte cost., sentt. nn. 31 del 2012 e 7 del 2013.

mutamento del quadro normativo di riferimento per giustificare il proprio precedente di manifesta infondatezza[58].

Il rigido automatismo impedisce una valutazione del caso concreto, con specifico riguardo al reato di alterazione di stato che, secondo la Corte, "diversamente da altre ipotesi criminose in danno di minori, non reca in sé una presunzione assoluta di pregiudizio per i loro interessi morali e materiali, tale da indurre a ravvisare sempre l'inidoneità del genitore"[59], così come pure il reato di soppressione di stato (art. 566, secondo comma, c.p.)[60].

Anche in questa seconda decisione le questioni vengono accolte in relazione all'art. 3 Cost. e, se è pur vero che l'art. 30 Cost. non viene menzionato, la peculiare esigenza di tutela preminente del minore viene comunque valorizzata alla luce dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione ai relativi obblighi internazionali[61].

Il rigido automatismo censurato assume "una dimensione di particolare acutezza, proprio perché viene a proporsi in tutto il suo risalto […] la salvaguardia delle esigenze educative ed affettive del minore", che potrebbero ammettere l'interruzione del rapporto con i genitori solo laddove fosse funzionale alla tutela dei suoi interessi.

L'eliminazione dell'automatica applicazione della pena accessoria, dunque, risulta fondata sulla necessità di garantire un margine di flessibile valutazione del giudice, pur considerando la commissione del reato quale "'indice' per misurare la idoneità o meno del genitore" in ordine al "fascio di doveri e poteri sulla cui falsariga realizzare in concreto gli interessi del figlio minore"[62].

In entrambe le decisioni il rilievo dell'adempimento del dovere di cura e della garanzia dei corrispondenti diritti dei figli è decisivo per motivare l'eliminazione del rigido automatismo, a favore di una valutazione concreta centrata sul medesimo interesse del minore (che non esclude affatto che la pena accessoria venga applicata).

La Corte nel decidere sulla base di quali parametri accogliere le questioni sceglie l'art. 3 Cost., assorbendo l'art. 30 Cost. che di quei medesimi principi è direttamente espressivo. Per questo, in fondo, esso risulta in ogni caso sostanzialmente necessario e funzionale a sorreggere l'intero impianto delle motivazioni delle due decisioni, ponendo in particolare rilievo le peculiari

[58] Corte cost., ord. n. 723 del 1988.

[59] Corte cost., sent. n. 31 del 2012.

[60] Corte cost., sent. n. 7 del 2013.

[61] Sul ricorso anche all'art. 117, primo comma, Cost. in tale decisione si veda V. MANES, "La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la 'dottrina' del 'parametro interposto' (art. 117, comma primo, Cost.)", in *Dir. pen. cont.*, 2013, II, 202.

[62] Corte cost., sent. n. 7 del 2013.

specificità dell'irragionevole automatismo dell'applicazione della pena accessoria, alla luce delle conseguenze sulla preminente posizione del minore.

4. Il dovere-diritto di cura da parte di entrambi i genitori anche nella "crisi" della famiglia: il diritto paritario di cura di ciascun genitore ("l'un contro l'altro armati" nella crisi di coppia) prevale sul diritto dei figli (e, quindi, sul dovere dei genitori)?

Un ulteriore profilo contribuisce ulteriormente a comporre il complessivo quadro normativo relativo al rapporto fra genitori e figli e, dunque, fra adempimento del dovere ed esercizio del diritto di cura nei loro confronti, confermando la preminenza della dimensione del dovere di cura e, dunque, dell'interesse dei figli: si tratta, in particolare, della disciplina che governa i medesimi rapporti laddove intervengano separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento o nullità del matrimonio.

Anche in tali ipotesi è possibile che si verifichino frizioni fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura nei confronti dei figli, sempre tenendo conto della loro preminente tutela.

La recente proposta di legge AS 735 del 2018 in materia di affido condiviso, mantenimento diretto e garanzia della "bigenitorialità" (cd. disegno di legge Pillon) offre l'occasione per richiamare, sia pur brevemente, i tratti salienti dell'attuale disciplina in materia e, conseguentemente, per porre in luce alcuni aspetti di problematicità della proposta di riforma, alla luce dei principi che, come si è detto, governano il rapporto fra genitori e figli e che guidano i primi nell'adempimento dei doveri e nell'esercizio dei diritti di cura nei confronti dei secondi.

Come si è visto, dalle disposizioni costituzionali e codicistiche emerge un quadro normativo che riconosce il dovere-diritto di cura nei confronti dei figli da parte di entrambi i genitori, parimenti destinatari dell'attribuzione della responsabilità genitoriale (art. 316 c.c.)[63].

In questa prospettiva, il codice civile disciplina specificamente le modalità di esercizio della responsabilità genitoriale nei casi di separazione della coppia, al fine di garantire il preminente interesse dei figli.

In particolare, l'art. 337-*ter* c.c. riconosce al figlio "il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori, di ricevere cura, educazione, istruzione e assistenza morale da entrambi", disciplinando le modalità con cui assumere le decisioni di maggiore interesse per il

[63] Si vedano le osservazioni di M. MANETTI, "Famiglia e Costituzione: le nuove sfide del pluralismo delle morali", in *Rivista AIC*, 2010, 0, 16 ss., rispetto al "diritto ad avere un padre e una madre" e al paradigma "bigenitoriale ed eterosessuale della genitorialità".

minore e il regime di mantenimento cui ciascun genitore contribuisce "in misura proporzionale al proprio reddito", potendo il giudice imporre la corresponsione di un assegno periodico "al fine di realizzare il principio di proporzionalità".

Questi profili rappresentano i cardini di una disciplina che mira a garantire l'esercizio congiunto della responsabilità genitoriale e una sufficiente continuità nel rapporto con entrambi i genitori, senza una rigida divisione paritaria dei tempi di frequentazione.

Il disegno di legge interviene modificando molteplici disposizioni del codice civile e sembra presentare due specifici profili di criticità relativi al riconoscimento di un vero e proprio diritto alla "perfetta" bigenitorialità.

Da un lato, infatti, la riforma intende assicurare tempi paritetici o equipollenti con entrambi i genitori, imponendo che, salvo diverso accordo fra le parti, debba "in ogni caso essere garantita alla prole la permanenza di non meno di dodici giorni al mese, compresi i pernottamenti, presso il padre e presso la madre". Se la divisione paritaria del tempo fosse difficoltosa, si prevedono "adeguati meccanismi di recupero".

Dall'altro lato, il disegno di legge mira a modificare l'obbligo di mantenimento. Sempre in misura proporzionale al reddito ciascuno dei genitori provvede al mantenimento "diretto" dei figli sia per le spese ordinarie sia per quelle straordinarie, con previsione di "specifici capitoli di spesa" attribuiti a ognuno.

L'eventuale riconoscimento di un assegno periodico per un tempo determinato a favore di uno dei due genitori può intervenire solo laddove strettamente necessario e in via residuale, dovendosi in ogni caso indicare le misure tese a garantire il mantenimento diretto da parte di entrambi.

Se pure con tali previsioni si intenda garantire la posizione del figlio (e, in particolare, il suo diritto alla bigenitorialità) sembra che le stesse introducano elementi di complicazione e di irrigidimento per l'assetto dei rapporti non solo fra i genitori, ma anche (e soprattutto) nei confronti del figlio.

In particolare, si garantisce un (asserito) pari diritto di cura di un genitore contrapposto all'altro, posponendo la concreta valutazione del preminente interesse del figlio alla luce delle circostanze concrete (o, comunque, ritenendo in via automatica che un assetto di rapporti paritario corrisponda di per sé a tale interesse).

Tali elementi di rigidità rischiano di non tenere conto del preminente interesse del minore, che si caratterizza alla luce delle specificità di ogni singolo caso concreto e che impone provvedimenti individualizzati.

La dimensione del diritto dei genitori (o, meglio, del diritto di entrambi i genitori "l'un contro l'altro armati" nella crisi di coppia) sembra prevalere rispetto al profilo di adempimento del dovere, con conseguenti possibili effetti destabilizzanti sui figli.

5. Osservazioni conclusive

La riflessione intorno al rapporto fra la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori nei confronti dei figli e, dunque, intorno alla possibile frizione che si può determinare nell'adempimento dei primi e nell'esercizio dei secondi, come si è visto, richiede di considerare la specifica posizione e i diritti dei figli (a essere curati e a veder garantite le condizioni per l'esercizio di tutta una serie ulteriore di diritti fondamentali, quali innanzitutto i diritti alla salute e all'autodeterminazione), alla luce della prospettiva delineata dall'art. 30 Cost., oltre che dalle connesse disposizioni civilistiche.

Dai diversi casi considerati non sembra emergere (né forse può esserci) un'unica soluzione che indirizzi in concreto e nel merito le determinazioni genitoriali.

Cionondimeno alla luce dei principi costituzionali e, soprattutto, della giurisprudenza della Corte, è possibile trarre una precisa indicazione di "metodo" in grado di orientare in concreto il "mestiere" di genitore, oltre che le scelte del legislatore rispetto a determinati istituti suscettibili di incidere sulla posizione dei figli.

In tale prospettiva, infatti, solo l'esercizio da parte dei genitori del diritto di cura "orientato/influenzato" dai diritti dei figli (e, dunque, "centrato" sulla loro posizione e sul loro preminente interesse, senza che vengano anteposte personali esigenze o preferenze dei genitori) può coincidere con l'adempimento del dovere, eliminando i profili di eventuale "ossimoro" o contrasto fra le due dimensioni.

Se ai genitori può essere riconosciuta un'ampia discrezionalità nell'esercizio del diritto di cura nei confronti dei figli e, dunque, nel progetto educativo, le relative modalità dovranno pur sempre essere orientate dal principio del loro preminente interesse, dalla necessità di tenere conto delle loro aspirazioni e inclinazioni e, ovviamente, dallo stesso riconoscimento di diritti fondamentali quali la salute e l'autodeterminazione.

In tal modo, sembra possibile superare l'(apparente) antitesi espressa dall'art. 30 Cost., che, come si è già sottolineato, se pure affianca i termini "dovere" e "diritto", li pone secondo un preciso ordine funzionale all'effettiva garanzia dei diritti dei figli. In definitiva, sembra che possa darsi effettiva attuazione a quel disegno costituzionale che "interpreta l'educazione familiare del minore come un momento del più generale processo di formazione del cittadino"[64]. Pur riconoscendosi indubbi margini di discrezionalità ai genitori nella cura dei figli, tale diritto, al fine di garantire al minore il suo integrale sviluppo della personalità, non può avere un carattere incondizio-

[64] M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 105.

nato, "essendo istituzionalmente «vincolato negli obiettivi» di formazione morale ed intellettuale del minore"[65].

Secondo l'evocativa immagine richiamata dal Prof. Rossi nella sua relazione introduttiva, sembra che la dimensione del dovere e quella del diritto di cura dei genitori più che facce della stessa medaglia siano piuttosto due gambe che consentono di stare in equilibrio[66].

E, del resto, come la Corte costituzionale ha sottolineato, la stessa nozione di responsabilità genitoriale non è da intendersi quale "libertà personale" dei genitori, "ma come diritto-dovere che trova nell'interesse del figlio la sua funzione ed il suo limite"[67]. A tali medesimi principi e criteri, peraltro, deve uniformarsi anche il legislatore, chiamato a disciplinare gli istituti tesi a garantire l'assolvimento dei compiti genitoriali[68].

Non un'unica rassicurante soluzione di merito, dunque, ma una precisa indicazione di metodo, che, a partire dalle disposizioni e dalla giurisprudenza costituzionali, contribuisce a sostanziare la responsabilità (e non più potestà) genitoriale, con riferimento (prima) all'adempimento dei doveri e (poi) anche all'esercizio dei corrispettivi diritti, nel "duro mestiere" di genitore.

[65] M. BESSONE, "Art. 30-31", cit., 104 s., secondo cui "l'intero processo di formazione morale e intellettuale della gioventù ha un vincolo di scopo che consiste nel garantire al minore l'integrale sviluppo della personalità prefigurato dall'art. 2" Cost. e "il disegno costituzionale […] necessariamente interpreta l'educazione familiare del minore come un momento del più generale processo di formazione del cittadino".

Ritiene che nei confronti dei figli "il ruolo dei genitori si caratterizza non come diritto, ma come funzione, orientata alla realizzazione dei diritti di questi ad una compiuta formazione personale", da cui deriva la "più volte ribadita «prevalenza» dei diritti del figlio su quelli del genitore, che deriva proprio dal carattere funzionale delle prerogative spettanti a questi ultimi", G. FERRANDO, "Interesse del minore e status del figlio", in *Giur. it.*, 1999, V, 1110 ss.

Si veda ancora E. LAMARQUE, "Art. 30", cit., secondo cui la "funzione educativa affidata ai genitori […] consiste nell'assicurare al figlio uno sviluppo e una maturazione integrale della personalità conformi ai precetti di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione e deve svolgersi nel rispetto delle libertà che la Costituzione garantisce anche ai minori (artt. 8, 13, 14, 21, 49 ecc.)".

[66] E. ROSSI, "La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?", Relazione introduttiva al Seminario del Gruppo di Pisa, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit., 5.

[67] Corte cost., sent. n. 132 del 1992.

[68] A questo proposito E. LAMARQUE, *Prima di bambini*, cit., 16, sottolinea le specifiche caratteristiche del principio del superiore o preminente interesse dei bambini, che "esige rigidità" e "pretende flessibilità".

IL DIRITTO/DOVERE ALL'INCLUSIONE SCOLASTICA

di Giuditta Matucci

SOMMARIO: 1. La progressiva affermazione dell'inclusione scolastica fra Costituzione e legislazione ordinaria. – 2. Il diritto/dovere all'inclusione scolastica.

1. La progressiva affermazione dell'inclusione scolastica fra Costituzione e legislazione ordinaria

Scopo del presente intervento è indagare sul diritto/dovere all'inclusione scolastica quale declinazione del diritto/dovere all'istruzione. Prima di esplorare la duplice dimensione di diritto/dovere di tale situazione giuridica soggettiva, s'impone, tuttavia, di chiarire cosa s'intenda per inclusione scolastica. Esso, intanto, non è un mero problema giuridico, ma anche, e, forse, prima ancora, un problema pedagogico. Non si tratta, peraltro, di un concetto statico, ma di un concetto dinamico, risultato di un lungo e articolato processo evolutivo, che si ritiene tuttora in divenire.

Non essendo questa la sede per illustrare il significato che l'inclusione scolastica ha assunto nell'ambito pedagogico, si procederà a ricostruirne la portata a partire dal quadro giuridico-costituzionale[1].

[1] Per un'introduzione, M. FALANGA, *Diritto scolastico. Analisi e profilo*, Brescia 2017, 261 ss. Cfr., altresì, C. HANAU, S. NOCERA, voce *Handicap*, in *Dig. disc. pubbl.*, Agg., Torino 1999, 402 ss.; G.A. FERRO, *Diritto allo studio e integrazione scolastica dei soggetti diversamente abili*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, Torino 2010, III, 1373 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli 2011; L. NANNIPIERI, *Il diritto all'istruzione del disabile nelle fonti nazionali tra problemi definitori, giurisprudenza costituzionale e giudici di merito*, in *Rivista AIC* 3/2012, 1 ss.; S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, Milano 2012; C.S. VIGILANTI, *Il diritto all'istruzione dei disabili come paradigma della tutela dei diritti sociali*, in *Forum Quad. cost.* 2012, 1 ss.; G. ARCONZO, *Il diritto allo studio delle persone con disabilità dalla Riforma Gentile ai giorni nostri*, in E. BORGONOVI, R. GARBO, L. SBATTELLA (a cura di), *Cald. Una rete per l'inclusione. Scritti in ricordo di Walter Fornasa*, Milano 2016, 21 ss., e Id., *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in G. ARCONZO, M. D'AMICO (a cura di), *Università e persone con disabilità. Percorsi di ricerca applicati all'inclusione a vent'anni dalla legge n. 104 del 1992*, Milano 2013, 17 ss.; E. BOSCOLO, *Istruzione e inclusione*, in *Munus* 2014, 165 ss.; S. PENASA, *La persona e la funzione promozionale della scuola: la realizzazione del disegno costituzionale e il necessario ruolo dei poteri pubblici. I casi dell'istruzione delle persone disabili e degli alunni stranieri*, in F. CORTESE (a cura di), *Tra amministrazione e scuola. Snodi e crocevia del diritto scolastico italiano*, I, Napoli 2014, 1 ss.; P. ADDIS, *Il diritto all'istruzione delle persone con di-*

La giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, definisce l'inclusione scolastica come condizione preliminare e indispensabile per la realizzazione dell'inclusione sociale[2]. In tal senso, essa s'inquadra, anzitutto, nell'ambito del progetto costituzionale, delineato dagli artt. 2, e 3, secondo comma, della Carta fondamentale, volto a costruire una società *altra* rispetto a quella uscita "martoriata" dall'esperienza fascista, una società *aperta*, capace di accogliere le tante forme di diversità presenti nella realtà sociale e di valorizzarle quale espressione di ricchezza[3].

Ma è all'interno della cosiddetta "Costituzione scolastica" che tale esigenza di tutela trova un più esplicito riconoscimento. Così è a partire dall'art. 34, primo comma, Cost., per cui «la scuola è aperta a tutti», principio che dottrina e giurisprudenza hanno ricostruito nel senso del diritto all'accesso indiscriminato e effettivo alla istituzione scolastica[4], posto che la

sabilità, in E. CATELANI, R. TARCHI (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli 2015, 147 ss.; L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC* 4/2015, 1 ss.; G. MATUCCI, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova 2015, 95 ss.; ID., *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, in G. MATUCCI, F. RIGANO (a cura di), *Costituzione e istruzione*, Milano 2016, 298 ss.; ID., *"Buona Scuola": l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi, in Osservatorio AIC* 3/2017, 1 ss., e ID., *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, in M. FERRARI, G. MATUCCI, M. MORANDI, *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, Milano 2019, 97 ss.; F. MASCI, *L'inclusione scolastica dei disabili*, in *Costituzionalismo.it* 2/2017, 133 ss.; M. BENVENUTI, *"La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi.it* 4/2018, 99 ss., e M. BRUSCHI, S. MILAZZO, *L'inclusività parcellizzata nella scuola italiana tra paradigma normativo e scelte inclusive*, in *Federalismi.it* 2/2018, 2 ss.

[2] Cfr., nella giurisprudenza costituzionale, *ex plurimis*, le sentt. Corte cost., 21 maggio 1975, n. 125, in *Giur. cost.* 1975, 1297 ss.; Id., 2 giugno 1983, n. 163, *ivi* 1983, I, 907 ss.; Id., 8 giugno 1987, n. 215, *ivi* 1987, 1615 ss., con nota di R. Belli, *Servizi per le libertà: diritto inviolabile o interesse diffuso?*, e Id., 26 febbraio 2010, n. 80, *ivi* 2010, 879 ss.; nella giurisprudenza amministrativa, fra le tante, la sent. Cons. St., Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2023, in *Diritto & Giustizia* 2017 (s.m.).

[3] Cfr., da ultimo, M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art. 3 Costituzione italiana*, Roma 2017, spec. 6.

[4] In giurisprudenza, v., per tutte, la sent. Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, cit., 1615 ss. Secondo il par. 6 del *Considerato in diritto*, «statuendo che "la scuola è aperta a tutti", e con ciò riconoscendo in via generale l'istruzione come diritto di tutti i cittadini, l'art. 34, primo comma, Cost. pone un principio nel quale la basilare garanzia dei diritti inviolabili dell'uomo "nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità" apprestata dall'art. 2 Cost. trova espressione in riferimento a quella formazione sociale che è la comunità scolastica. L'art. 2 poi, si raccorda e si integra con l'altra norma, pure fondamentale, di cui all'art. 3, secondo comma, che richiede il superamento delle sperequazioni di situazioni sia economiche che sociali suscettibili di ostacolare il pieno sviluppo delle persone dei cittadini. Lette alla luce di questi principi fondamentali, le successive disposizioni contenute nell'art. 34 palesano il si-

stessa Costituzione provvede a declinarlo in due direzioni: l'una, riferita alle situazioni di disagio socio-economico e culturale, contemplate dall'art. 34, ai commi secondo, terzo e quarto, e l'altra, rappresentata dalle situazioni di disagio psicofisico e intellettivo, oggetto di tutela espressa all'art. 38, terzo comma, Cost.[5]

È, però, a livello di legislazione ordinaria che l'inclusione scolastica si è andata progressivamente affermando secondo un processo che, ad avviso di chi scrive, deve ritenersi articolato in tre tappe fondamentali: la prima, volta a promuovere l'inserimento degli alunni/studenti con disabilità all'interno dell'istituzione scolastica; la seconda, diretta a assicurarne l'integrazione, e la terza, destinata a garantire l'inclusione[6].

La prima tappa coincide, per lo più, con le riforme degli anni Settanta, in particolare con l'entrata in vigore della legge 4 agosto 1977, n. 517[7], che, abolendo le classi cosiddette "differenziali"[8], consente l'inserimento degli alunni/studenti con disabilità nelle classi "comuni". Per *inserimento* s'intende «la presenza di un soggetto con caratteristiche specifiche in un contesto ordinario»[9], quindi la mera giustapposizione dell'individuo in un am-

gnificato di garantire il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona». In dottrina, A. POGGI, *Art. 34 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino 2006, 704, e Q. CAMERLENGO, *Art. 34 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 341 s. Più di recente, M. BENVENUTI, *Art. 34 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, Bologna 2018, 228 s., e ID., *"La scuola è aperta a tutti"? Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, cit., 99 ss. Nella letteratura più risalente, U. POTOTSCHNIG, voce *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir*., XXIII, Milano 1973, 96 ss.

[5] Su cui L. Violini, *Art. 38 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 790 s.; C. TRIPODINA, *Art. 38 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 374, e G. ARCONZO, *Art. 38 Cost.*, in F. CLEMENTI, L. CUOCOLO, F. ROSA, G.E. VIGEVANI (a cura di), *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, I, cit., 255 s.

[6] Per una ricostruzione in tal senso, cfr. G. Matucci, *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, cit., 97 ss.

[7] Legge 4 agosto 1977, n. 517 («Norme sulla valutazione degli alunni e sull'abolizione degli esami di riparazione nonché altre norme di modifica dell'ordinamento scolastico»).

[8] Le classi "differenziali" sono state istituite dagli artt. 11 e 12 della legge 31 dicembre 1962, n. 1859 («Istituzione e ordinamento della scuola media statale»). La legge 18 marzo 1968, n. 444 («Ordinamento della scuola materna statale») creava, invece, sezioni o, per i casi più gravi, scuole "speciali" per i bambini dai tre ai cinque anni afflitti da disturbi dell'intelligenza o del comportamento o da menomazioni fisiche o sensoriali.

[9] Così, A. CANEVARO, D. IANES, *Liberi commenti alle Leggi 517/77 e 104/92*, in D. IANES, A. CANEVARO (a cura di), *Lontani da dove? Passato e futuro dell'inclusione scolastica in Italia*, Trento 2017, 112.

biente standardizzato che non subisce trasformazioni o adattamenti particolari in risposta ai suoi peculiari bisogni.

Vero è, d'altra parte, che la legge 517/1977 già istituiva l'insegnante specializzato con funzioni di sostegno, ma sarà soltanto con la legge 5 febbraio 1992, n. 104[10] che tale figura raggiungerà la sua più compiuta espressione[11].

Si tratta di un periodo di grande fermento culturale, lo stesso, per intendersi, che vedrà l'approvazione della legge 13 maggio 1978, n. 180[12], meglio nota come legge "Basaglia", che promuove il superamento del sistema manicomiale e della logica della segregazione.

Significativo, in tale periodo, è anche il contributo della giurisprudenza costituzionale: il riferimento va, anzitutto, alla nota sent. Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215[13], che influenzerà in modo determinante l'evoluzione dell'ordinamento in materia. Muovendo dal superamento in sede scientifica dell'idea della totale irrecuperabilità delle persone con disabilità, la Corte costituzionale afferma che la partecipazione di tali persone ad un processo educativo con insegnanti e compagni normodotati ne favorisce la socializzazione e il recupero; precludere a tali soggetti l'accesso agli istituti d'istruzione superiore sulla base di una mera presunzione d'incapacità senza aver predisposto misure idonee a rimediare alla loro iniziale posizione di svantaggio significa considerare come insuperabili ostacoli che, al contrario, la Repubblica e le istituzioni hanno il dovere di eliminare ai sensi dell'art. 3, secondo comma, Cost.

Si pongono, così, le basi per il passaggio a quella che si è riconosciuta essere la seconda tappa del cammino del nostro ordinamento verso l'inclusione, ovvero l'integrazione.

La legge 104/1992 promuove l'integrazione scolastica dell'alunno/studente con disabilità in un quadro più ampio volto, in ultima istanza, ad assicurarne l'integrazione sociale. Per *integrazione* s'intende la presenza di un soggetto con bisogni particolari in un contesto ordinario cui egli è in

[10] Legge 5 febbraio 1992, n. 104 («Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate»).

[11] Il modello d'integrazione scolastica che si regge sulla figura dell'insegnante di sostegno specializzato, già introdotto, invero, dalla legge 517/1977, rimarrà a lungo disatteso, data l'ampia discrezionalità della pubblica amministrazione e il valore meramente orientativo delle rispettive norme legislative. Così, S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, cit., 180 s. Cfr. B. CAVALIERE, *Il diritto allo studio e all'istruzione dei soggetti handicappati. Quale diritto?*, in *Riv. giur. scuola* 1992, 652.

[12] Legge 13 maggio 1978, n. 180 («Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori»).

[13] Sent. Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, cit., 1615 ss.

grado di adattarsi attraverso la fruizione di una serie di misure di tutela, di "correttivi", che gli vengono riconosciuti dall'ordinamento stesso in attuazione del principio di uguaglianza sostanziale sancito dall'art. 3, secondo comma, Cost.[14] Tali strumenti, secondo la nota logica delle azioni positive o delle discriminazioni "a rovescio", consentono di riportare coloro i quali versano in una posizione iniziale di svantaggio ai medesimi punti di partenza degli altri che si trovano in una (presunta) condizione di normalità sì da poter realizzare appieno la propria personalità e partecipare effettivamente allo sviluppo della società[15].

Sono tali il Piano Educativo Individualizzato, meglio noto come PEI, e l'insegnante di sostegno specializzato[16]. Se il primo consente di calibrare gli obiettivi del percorso formativo del singolo sulla base dei suoi specifici bisogni[17], il secondo rappresenta la figura volta a coadiuvare i docenti della

[14] Per A. CANEVARO, D. IANES, *Liberi commenti alle Leggi 517/77 e 104/92*, cit., 112, l'integrazione è «la presenza di un soggetto con caratteristiche specifiche in un contesto ordinario che viene adattato ai bisogni del soggetto integrato». La fruizione di misure di tutela rappresenterebbe, allora, una forma di adattamento del contesto scolastico ai bisogni specifici degli alunni/studenti con handicap. Diversamente, secondo l'opinione di chi scrive, la predisposizione in via soltanto eccezionale di queste misure non presuppone la trasformazione dell'ambiente educativo in funzione dei bisogni particolari di tali studenti, ma comporta, ancora, l'adattamento degli svantaggiati, attraverso tali strumenti, ad un ambiente che rimane pur sempre quello *standard*.

[15] Cfr., ancora, la sent. Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, cit., 1615 ss.

[16] Su cui, rispettivamente, gli artt. 12, quinto comma, e 13, sesto comma, della legge 104/1992. Per approfondimenti in tema, sia consentito rinviare a G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., 315-319, e ID., *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, cit., 112-116.

[17] Secondo la versione originaria dell'art. 12, quinto comma, della legge 104/1992, il PEI presuppone la "diagnosi funzionale" e il "profilo dinamico funzionale" (su cui, rispettivamente, gli arti. 3 e 4 del d.p.r. 24 febbraio 1994, «Atto di indirizzo e coordinamento relativo ai compiti delle unità sanitarie locali in materia di alunni portatori di handicap»). La "diagnosi funzionale" è la «la descrizione analitica della compromissione funzionale dello stato psicofisico dell'alunno in situazione di handicap»: essa è redatta da un'unità di valutazione multidisciplinare, composta dal medico specialista nella patologia segnalata, dal neuropsichiatra infantile, dal terapista della riabilitazione, dagli operatori dei servizi sociali. Secondo l'art. 12, quinto comma, della legge 104/1992, il "profilo dinamico funzionale" «indica le caratteristiche fisiche, psichiche e sociali ed affettive dell'alunno e pone in rilievo sia le difficoltà di apprendimento conseguenti alla situazione di handicap e le possibilità di recupero, sia le capacità possedute che devono essere sostenute, sollecitate e progressivamente rafforzate e sviluppate nel rispetto delle scelte culturali della persona handicappata». In definitiva, esso illustra «il prevedibile livello di sviluppo che l'alunno in situazione di handicap dimostra di possedere nei tempi brevi (sei mesi) e nei tempi medi (due anni)» (così, l'art. 4, primo comma, del d.p.r. 24 febbraio 1994). Se la "diagnosi funzionale" è, dunque, per così dire, la "fotografia" dello stato di handicap, il "profilo dinamico funzionale" è la sua "proiezione evolutiva" (così,

classe con l'apporto delle sue competenze[18]: una figura, la cui coessenzialità rispetto all'effettività del diritto all'istruzione dell'alunno/studente con disabilità è stata ampiamente ribadita dalla giurisprudenza costituzionale e amministrativa, anche a fronte di esigenze di bilancio[19].

Secondo la Corte costituzionale, il personale docente specializzato adempie alle «ineliminabili (anche sul piano costituzionale) forme di integrazione e di sostegno» a favore di chi abbia una disabilità[20]: per quanto ampia sia la discrezionalità di cui gode il legislatore nell'individuare tali misure[21], tale potere non ha carattere assoluto e trova un limite nel «rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati»[22].

A. AVON, voce *Handicap*, in S. AURIEMMA (a cura di), *Repertorio 2005: dizionario normativo annuale della scuola*, Napoli 2005, 393; cfr. S. TROILO, *Tutti per uno o uno contro tutti? Il diritto all'istruzione e all'integrazione scolastica dei disabili nella crisi dello Stato sociale*, cit., 271).

[18] Secondo l'art. 13, sesto comma, della legge 104/1992, «gli insegnanti di sostegno assumono la contitolarità delle sezioni e delle classi in cui operano, partecipano alla programmazione educativa e didattica e alla elaborazione e verifica delle attività di competenza dei consigli di interclasse, dei consigli di classe e dei collegi dei docenti». Per la sent. Cass. civ., SS. UU., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Giur. cost.* 2015, 1475 ss., l'insegnante di sostegno specializzato è «una figura che - assumendo la contitolarità della classe o delle sezioni in cui opera, partecipando a pieno titolo alla programmazione educativa e didattica - è chiamata a compiere la sua attività, non rapportandosi isolatamente con l'alunno disabile, ma a favorirne, in collaborazione con l'insegnante curricolare, l'integrazione con l'intera classe» (così, il par. 2.5 del *Considerato in diritto*).

[19] Nella giurisprudenza costituzionale, oltre alla citata sent. Corte cost., 8 giugno 1987, n. 215, si rammentano, in particolare, le sentt. Corte cost., 15 febbraio 2000, n. 52, e Id., 22 giugno 2000, n. 226, entrambe in *Giur. cost.* 2000, rispettivamente alle pp. 413 ss. e 1773 ss.; Id., 4 luglio 2008, n. 251, e Id., 23 dicembre 2008, n. 431, entrambe in *Giur. cost.* 2008, rispettivamente alle pp. 2931 ss. e 4877 ss., e Id., 26 febbraio 2010, n. 80, cit., 879 ss. Quest'ultima dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 414, della legge finanziaria 2008, «nella parte in cui esclude la possibilità, già contemplata dalla legge 27 dicembre 1997, n. 449, di assumere insegnanti di sostegno in deroga, in presenza di classi di studenti con disabilità grave, una volta esperiti gli strumenti di tutela previsti dalla normativa vigente». Nella giurisprudenza amministrativa, fra le altre, la sent. Cons. St., Sez. VI, 21 aprile 2010, n. 2231, in *Giur. cost.* 2010, 1827 ss., con nota di F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave* (cfr., altresì, F. GIRELLI, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, appendice a C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, cit., e ID., *Sul seguito delle decisioni d'incostituzionalità: il caso delle ore di sostegno per gli studenti disabili*, in *Rivista AIC* 1/2011, 1 ss.).

[20] Così la sent. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, cit., par. 4 del *Considerato in diritto*. Cfr., altresì, la sent. Corte cost., 15 febbraio 2000, n. 52, cit., par. 3 del *Considerato in diritto*.

[21] Così, ancora, la sent. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, cit., par. 4 del *Considerato in diritto*. Cfr., altresì, le sentt. Corte cost., 4 luglio 2008, n. 251, cit., 2931 ss.; Id., 23 dicembre 2008, n. 431, cit., 4877 ss., e l'ord. Id., 23 ottobre 2009, n. 269, *ivi* 2009, 3796 ss.

[22] Così, ancora, la sent. Corte cost., 26 febbraio 2010, n. 80, cit., par. 4 del *Considerato in*

Negli stessi anni, a livello internazionale ed europeo sono approvati alcuni documenti che saranno destinati a modificare ulteriormente lo scenario culturale. Fra questi, la Dichiarazione di Salamanca del 1994 in tema di *Special Educational Needs*[23] e la Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità del 2006[24]. Quest'ultima, in particolare, introduce un nuovo concetto di disabilità e fissa alcuni principi destinati a ispirare la legislazione dei paesi aderenti in materia.

Per ciò che concerne il primo profilo, il documento, intanto, segna il superamento della rigida concezione medico-clinica della condizione di disabilità, che a lungo ha dominato il retroterra culturale del nostro come di altri ordinamenti, per abbracciare l'idea secondo la quale tale condizione avrebbe, in realtà, una connotazione "mista", in parte, medico-clinica, e, in parte, socio-culturale. Essa, cioè, non è più intesa come espressione di una condizione patologica imputabile esclusivamente al singolo, ma è il prodotto dell'interazione fra individuo e ambiente, sicché, per usare il linguaggio della nostra Costituzione, ove s'intendano rimuovere gli ostacoli che si frappongono al pieno sviluppo della personalità del singolo e alla sua effettiva partecipazione sociale, occorre agire, anzitutto, sull'ambiente[25].

A inibire la realizzazione piena ed effettiva della personalità individuale all'interno della società non è soltanto la particolare situazione sanitaria in cui versa l'individuo, che lo pone in uno stato di minorità rispetto ad una

diritto. Cfr., altresì, le sentt. Corte cost., 22 giugno 2000, n. 226, cit., 1773 ss.; Id., 4 luglio 2008, n. 251, cit., 2931 ss., e Id., 23 dicembre 2008, n. 431, cit., 4877 ss. Ancor più esplicita è la sent. Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, *ivi* 2016, 2330 ss., con note di L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalicabili" alla discrezionalità del legislatore*, e di A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, che, invero, affronta il tema, diverso ma affine, del servizio di trasporto degli studenti con disabilità: «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione». Cfr., nella giurisprudenza amministrativa, la sent. Cons. St., Ad. Plen., 12 aprile 2016, n. 7, in *Foro it.* 2016, 11, III, 585 ss.

[23] Il *Salamanca Statement and Framework for action on Special Needs Education*, meglio noto come *Salamanca Declaration*, firmato dall'UNESCO il 10 giugno 1994, reca principi, politiche e pratiche in materia di educazione e di esigenze educative speciali.

[24] La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità è stata adottata dall'ONU a New York il 13 dicembre 2006. In argomento, v. anche G. MATUCCI, *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, cit., 104-107.

[25] Per approfondimenti, L. BUSATTA, *L'universo delle disabilità: per una definizione unitaria di diritto diseguale*, in F. CORTESE, M. TOMASI (a cura di), *Le definizioni nel diritto*, Napoli 2016, 335 ss., e A. LORENZETTI, *Dis-eguaglianza e disabilità*, in M. DELLA MORTE (a cura di), *La diseguaglianza nello Stato costituzionale*, Napoli 2016, 173 ss. Cfr., altresì, A. DI CARLO, E. STRADELLA, *Disabilità e tecnologie innovative: alcuni spunti di riflessione*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà. Il dopo di noi tra regole e buone prassi*, Bologna 2012, 347 ss.

presunta condizione di normalità in cui versa la generalità dei consociati, ma è la situazione personale calata in un preciso contesto socio-culturale e ambientale: questo, infatti, è il significato da attribuire all'art. 1 della Convenzione ONU del 2006 là dove, mentre definisce il concetto di disabilità, pone l'accento sull'«interazione con varie barriere» e, dunque, sul rapporto fra l'individuo e l'ambiente.

La trasformazione del concetto di disabilità si riflette, altresì, nel linguaggio, giacché soggetto di diritto non è il minorato, l'handicappato o il disabile, come il legislatore ha usato definirlo nel tempo, ma è la *persona* con disabilità. La disabilità, cioè, non va intesa come condizione che assorbe, fino a neutralizzare totalmente, l'identità dell'individuo, ma è una delle tante variabili dell'essere umano: così, chi ne sia afflitto, quale che sia la forma di disabilità interessata, è, anzitutto, *persona*, ossia un soggetto dotato di risorse e di potenzialità che debbono potersi esprimere appieno, nel rispetto delle proprie peculiarità.

Oltre ad essersi fatta portatrice di un nuovo modo d'intendere la disabilità, la Convenzione, si diceva, ha introdotto due criteri, apparentemente opposti ma complementari, che valgono ad ispirare la legislazione e le pratiche degli Stati aderenti in materia: il principio dell'accomodamento ragionevole e quello della progettazione universale.

Secondo l'art. 2 del presente trattato, l'accomodamento ragionevole «indica le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato o eccessivo, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per assicurare alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e libertà fondamentali». Detto principio, declinato nell'ambito dell'istruzione, impegna le istituzioni a mettere in atto tutte le misure che si rendono necessarie «per andare incontro alle esigenze individuali», sempre che vi sia un rapporto di proporzionalità fra mezzi e fini[26].

La progettazione universale indica «la progettazione (e realizzazione) di prodotti, ambienti, programmi e servizi utilizzabili da tutte le persone, nella misura più estesa possibile, senza il bisogno di adattamenti o di progettazioni specializzate». In ogni caso, la progettazione universale «non esclude dispositivi di ausilio per particolari gruppi di persone con disabilità ove siano necessari».

In definitiva, la creazione di un modello educativo accogliente e inclusivo presuppone il bilanciamento fra tali esigenze, opposte ma complementari. Se, infatti, il principio dell'accomodamento ragionevole non importa una

[26] Così, l'art. 24, par. 2, lett. *c)*, della Convenzione internazionale dei diritti delle persone con disabilità.

trasformazione dell'ambiente educativo in funzione dei bisogni specifici del singolo, che, tuttavia, sono appagati attraverso il riconoscimento di una serie di misure di tutela, di "correttivi", che consentono allo stesso soggetto di adattarsi a quell'ambiente, il principio della progettazione universale presuppone, all'opposto, di creare uno spazio educativo che sia capace di adattarsi *ab initio*, preventivamente, alle tante, e varie, situazioni di diversità presenti all'interno del gruppo-classe. Non è, dunque, l'individuo che si adatta all'ambiente, ma è l'ambiente che si adatta all'individuo, essendo congegnato per poter accogliere la più vasta gamma di situazioni possibili. Tale ultimo principio è alla base, come si vedrà, dell'*Education for all* e del *Universal Design for Learning*[27].

Mentre muta lo scenario giuridico internazionale, nuovi fermenti si registrano nel dibattito pedagogico sulla scorta degli sviluppi delle neuroscienze. Si prepara, così, l'ingresso in quella che si è definita essere la terza tappa nel cammino verso la realizzazione di una scuola «aperta a tutti»: l'inclusione.

Secondo la più attenta dottrina pedagogica, l'*inclusione* non è una esigenza propria ed esclusiva dell'area della disabilità, ma va interpretata nel senso più ampio del termine con riguardo a tutti gli alunni, nessuno escluso, pena il rischio di trascurare problemi di altra natura ma ugualmente impattanti sulla sfera di apprendimento individuale: si pensi alle tante situazioni che possono nascere dalle relazioni, dalle culture o, più in generale, dai contesti di riferimento[28].

In definitiva, la specificità dello stile di apprendimento inizia ad essere interpretata come una condizione propria dell'essere umano, vi sia, o meno, una situazione patologica in atto, e la diversità inizia ad essere finalmente intesa come una caratteristica *costitutiva* dell'individuo[29].

Ebbene, in questo nuovo clima di apertura, all'interno del nostro ordinamento sono approvati due documenti di sicuro rilievo: la legge 8 ottobre 2010, n. 170, recante «Nuove norme in materia di disturbi specifici di apprendimento in ambito scolastico», e la dir. min. 27 dicembre 2012, in tema di «Strumenti di intervento per alunni con Bisogni Educativi Speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica».

Secondo la legge 170/2010, si definiscono disturbi specifici di apprendimento (di seguito, DSA) la dislessia, la disgrafia, la disortografia e la discal-

[27] Su cui A. MEYER, D.H. ROSE, D. GORDON, *Universal Design for Learning. Theory and Practice*, Wakefield, MA, CAST Professional Publishing, 2014.

[28] Così, T. BOOTH, M. AINSCOW, *L'index per l'inclusione*, trad. it., Trento 2008, 107.

[29] Si veda, in tal senso, l'interessante contributo di M. FERRARI, *Promuovere la consapevolezza della costitutiva diversità nell'uguaglianza: una questione pedagogica*, in M. FERRARI, G. MATUCCI, M. MORANDI, *La scuola inclusiva dalla Costituzione a oggi. Riflessioni tra pedagogia e diritto*, cit., 27 ss.

culia. Si tratta di condizioni che possono ben manifestarsi in presenza di capacità cognitive adeguate e in assenza di patologie neurologiche e di *deficit* sensoriali, ma possono in ogni caso costituire una limitazione importante per alcune attività della vita quotidiana[30].

La normativa riconosce una serie di misure finalizzate ad assicurare il godimento effettivo del diritto all'istruzione degli alunni/studenti certificati DSA, e a favorirne il successo scolastico, riducendo i disagi relazionali ed emozionali connessi. Principale strumento di tutela è il cosiddetto Piano Didattico Personalizzato (PDP): esso consente di accedere a un percorso formativo ritagliato "su misura" dell'interessato, che tenga conto, cioè, delle sue caratteristiche personali e del suo stile di apprendimento, aprendogli la possibilità di fruire di misure compensative ed eventualmente dispensative[31]. Tale strumento opera quale garanzia del principio di flessibilità didattica che, secondo le «Linee guida per il diritto allo studio degli alunni e degli studenti con disturbi specifici dell'apprendimento», allegate al decr. min. 12 luglio 2011, si esprime, anzitutto, attraverso il riconoscimento del diritto a una didattica individualizzata e personalizzata: diritto, questo, che si ritiene essere il "nucleo forte" del diritto all'istruzione inclusiva[32].

Accanto alla legge 170/2010 v'è poi, si diceva, la dir. min. 27 dicembre 2012, provvedimento che estende il principio della flessibilità didattica, e il diritto ad una didattica individualizzata e personalizzata, all'intera area dei cosiddetti Bisogni Educativi Speciali (di seguito, BES). Così, la possibilità di

[30] Così, l'art. 1, primo comma, della legge 8 ottobre 2010, n. 170.

[31] In argomento, G. ARCONZO, *Il diritto all'istruzione dei soggetti affetti da dislessia o da altro disturbo specifico dell'apprendimento. Prime osservazioni in margine alla legge n. 170 del 2010*, in *Forum Quad. cost.* 2011, 1 ss., e ID., *I diritti delle persone con dislessia e altri disturbi specifici dell'apprendimento. Un bilancio a quattro anni dalla entrata in vigore della legge n. 170 del 2010*, in A. CARDINALETTI, F. SANTULLI, E. GENOVESE, G. GUARALDI, E. GHIDONI (a cura di), *Dislessia e apprendimento delle lingue. Aspetti linguistici, clinici e normativi*, Trento 2014; G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., 298 ss.

[32] Secondo le «Linee guida per il diritto allo studio degli alunni e degli studenti con disturbi specifici di apprendimento», allegate al decr. min. 12 luglio 2011, individualizzazione e personalizzazione non sono sinonimi. L'individualizzazione presuppone il raggiungimento di mete comuni attraverso percorsi d'insegnamento differenziati: l'obiettivo, in questo caso, è l'acquisizione delle competenze fondamentali del curricolo. La personalizzazione prevede il raggiungimento di mete personali diversificate, in quanto espressione di aree di eccellenza dell'alunno, attraverso percorsi d'insegnamento differenziati: lo scopo, in questo caso, è lo sviluppo da parte di ciascuno dei propri personali talenti. Sul significato e la portata del diritto a una didattica individualizzata e personalizzata secondo il diritto vigente, G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., 298 ss. Cfr., altresì, ID., *Costituzione e inclusione scolastica: origini e prospettive di sviluppo della «scuola aperta a tutti»*, cit., 97 ss.

fruire del PDP, e di un percorso formativo calibrato sui propri specifici bisogni, è estesa non solo agli alunni/studenti con disabilità certificata ai sensi della legge 104/1992, e agli alunni/studenti con DSA certificati alla stregua della legge 170/2010, ma anche a coloro che versino in una condizione di svantaggio socio-economico, linguistico e culturale (è il caso, ad esempio, degli stranieri e degli adottati)[33].

In generale, a meno che non integrino forme di disabilità certificabili ai sensi della legge 104/1992, l'accertamento di tali condizioni non consente di accedere alle provvidenze e alle misure di tutela previste dalla stessa legge (si pensi all'insegnante di sostegno): si realizza, piuttosto, un diverso canale di "cura educativa" nella prospettiva della presa in carico dell'alunno/studente con BES da parte di tutti e ciascuno dei docenti assegnati alla classe, non solo da parte dell'insegnante di sostegno[34].

In sintesi, secondo la ricostruzione svolta in queste pagine, l'inclusione non è una esigenza propria ed esclusiva dell'area della disabilità certificata, ma è un bisogno che investe l'intera, e variegata, utenza scolastica, posto che tante, e molteplici, sono le situazioni capaci di interferire con il processo di apprendimento dell'individuo. Questa, in effetti, era una delle ambizioni espresse dalla riforma cosiddetta della "Buona Scuola", di cui alla legge 13 luglio 2015, n. 107[35]: ambizioni che, in buona parte, sono rimaste disattese dai successivi decreti attuativi[36].

[33] Così, il par. 1, p. 2, della dir. min. 27 dicembre 2012. Cfr., altresì, la circ. min. 6 marzo 2013, n. 8 («Direttiva ministeriale 27 dicembre 2012: "Strumenti d'intervento per alunni con bisogni educativi speciali e organizzazione territoriale per l'inclusione scolastica". Indicazioni operative») e la Nota prot. 22 novembre 2013, n. 2563 («Strumenti di intervento per alunni con Bisogni Educativi Speciali. A.S. 2013/2014. Chiarimenti»).

[34] Così, ancora, la Nota prot. 22 novembre 2013, n. 2563, p. 2.

[35] Secondo l'art. 1, settimo comma, lett. *l)* e *p)*, della legge 13 luglio 2015, n. 107 («Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti»), fra gli obiettivi delle istituzioni scolastiche vi sono il potenziamento dell'inclusione e del diritto allo studio degli studenti con BES e la valorizzazione di percorsi formativi individualizzati riferiti, in generale, a tutti gli alunni/studenti.

[36] Non solo, infatti, il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 66 circoscrive le novità in tema d'inclusione scolastica agli studenti con disabilità certificata, ma anche gli altri decreti d'interesse - ossia il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 62, in tema di valutazione, certificazione delle competenze ed esami di Stato, e il d.lgs. 13 aprile 2017, n. 59, sulla formazione degli insegnanti della scuola secondaria - si allontanano in misura significativa dal concetto di inclusione in senso lato intesa: il primo, escludendo ogni riferimento agli studenti con BES non certificati; il secondo, riservando i percorsi di formazione specializzata sulle tematiche dell'inclusione ai soli insegnanti di sostegno specializzati. Per approfondimenti, sia consentito rinviare a G. MATUCCI, *"Buona Scuola": l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi,* cit., 1 ss. Cfr. M. BRUSCHI, S. MILAZZO, *L'inclusività parcellizzata nella scuola italiana tra paradigma normativo e scelte inclusive*, cit., 2 ss.

Ebbene, l'*excursus* condotto fino ad ora fornisce gli elementi indispensabili per esplorare la duplice dimensione, di diritto e dovere, della situazione giuridica soggettiva in esame. Ciò sarà oggetto del prossimo paragrafo.

2. Il diritto/dovere all'inclusione scolastica

La digressione storica compiuta nelle pagine precedenti consente di svolgere alcune riflessioni concernenti, anzitutto, l'inclusione scolastica intesa come situazione giuridica soggettiva *attiva*, ossia quale espressione di un diritto individuale riconosciuto all'interno della Carta fondamentale. Si ritiene, infatti, che tale diritto abbia subìto una progressiva espansione, tanto sotto il profilo soggettivo, quanto sotto il profilo oggettivo. Sotto il profilo *soggettivo*, il diritto, dapprima riconosciuto in via eccezionale agli alunni/studenti con disabilità certificata, è stato via via riconosciuto agli alunni/studenti con DSA certificati e agli studenti con BES. Sotto il profilo *oggettivo*, quello che inizialmente si palesava come diritto al mero *inserimento* degli alunni/studenti con disabilità certificata nelle classi "ordinarie", insieme agli alunni normodotati, ha prima lasciato spazio al diritto all'*integrazione* e, quindi, al diritto all'*inclusione*.

Gli studi compiuti nel dibattito pedagogico nel solco dei progressi maturati nel campo delle neuroscienze pongono ora le basi per compiere un passaggio ulteriore nel processo evolutivo che ha interessato il diritto all'inclusione scolastica. Studi autorevoli dimostrano che ciascuno di noi ha uno stile ed un modo di apprendere che gli deriva da una molteplicità di fattori, quali sono la fisionomia cerebrale e l'ambiente di vita: ciò, indipendentemente dalla sussistenza di una condizione patologica[37]. In tale prospettiva, quella che si assume essere una situazione di "normalità" appare, in realtà, una mera presunzione. Così, il diritto in esame, classicamente ricondotto sul

[37] Fra gli altri, E. MORIN, *La conoscenza della conoscenza*, trad. it., Milano 1989; E. FRAUENFELDER, *Pedagogia e biologia: una possibile alleanza*, Napoli 2001; E. FRAUENFELDER, F. SANTOIANNI, M. STRIANO, *Introduzione alle scienze bioeducative*, Roma-Bari 2004; A. OLIVERIO, *Geografia della mente. Territori cerebrali e comportamenti umani*, Milano 2008; ID., *Neuropedagogia. Cervello, esperienza, apprendimento*, Firenze 2015, e ID., *Neuroscienze e Educazione*, in *Research Trends in Humanities. Education & Philosophy* 5/2018, 1 ss.; F. CAMBI, *Neuroscienze e pedagogia: quale rapporto?*, in *Studi sulla formazione* 1/2011, 19 ss.; P.C. RIVOLTELLA, *Neurodidattica. Insegnare al cervello che apprende*, Milano 2012; E. FRAUENFELDER, P.C. RIVOLTELLA, P.G. ROSSI, M. SIBILIO, *Bio-education, simplexity, neuroscience and enactivism. A new paradigm?*, in *Education Science & Society* 4(1)/2013, 11 ss., e J.G. GEAKE, *Il cervello a scuola. Neuroscienze e educazione tra verità e falsi miti*, trad. it., Trento 2016.

piano *soggettivo* alla sola area della disabilità, si avvia ad essere riconosciuto a tutti gli studenti, senza eccezioni, ma con particolare attenzione a coloro che versano in condizioni di fragilità.

Sul piano *oggettivo*, il percorso compiuto sino ad oggi, che si è sintetizzato attraverso i tre passaggi fondamentali: inserimento/integrazione/inclusione, spinge verso il raggiungimento di una meta ulteriore: quella della *universalizzazione* o, se si preferisce, della *accessibilità universale*. Così, se il modello inclusivo presuppone comunque, attraverso il riconoscimento *ex post* di appositi "correttivi", un'opera di adattamento dell'alunno/studente con difficoltà ad un contesto che rimane quello *standard*, un sistema che aspiri a definirsi universale muove dalla prospettiva opposta: che sia la scuola, cioè, a trasformarsi, ad adattarsi *ex ante* alle esigenze di tutti e di ciascuno. Un ambiente educativo universale deve essere preventivamente immaginato e costruito, sì da accogliere il numero più ampio di utenti possibili, e da aprirsi ai tanti, e vari, bisogni presenti nella realtà sociale[38]. Ciò, secondo la teoria del *Universal Design for Learning*, si realizza attraverso l'adozione di una pluralità di strategie didattiche differenziate, ossia attraverso la messa in atto di tante, e varie, modalità di approccio didattico, sì che tutti, e ciascuno, all'interno del gruppo-classe siano messi nelle condizioni di accedere al tema proposto, in condizioni di parità con altri e, dunque, indipendentemente dalle condizioni di partenza[39].

Tale modello, sul piano giuridico-costituzionale, trova la sua ispirazione, ed il suo fondamento, nel principio, sancito dall'art. 34, primo comma,

[38] Se, infatti, ai sensi dell'art. 34, primo comma, Cost., la scuola è aperta a *tutti*, essa deve essere aperta a *ciascuno*: così, «ribaltando l'assunto idealistico secondo il quale dovrebbe lo studente adeguarsi alla scuola» (F. COCOZZA, *Accentramento e decentramento nell'amministrazione della pubblica istruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1975, 1112, nt. 25), deve essere la scuola ad adeguarsi allo studente, valorizzando le potenzialità di ognuno (G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., 304; cfr. M. BENVENUTI, *L'istruzione come diritto sociale*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli 2014, 158).

[39] La teoria del *Universal Design for Learning* nasce negli Stati Uniti d'America presso il Centre for Applied Special Technology (CAST). Tale modello promuove la progettazione di materiali, metodi e strategie d'istruzione capaci di facilitare l'apprendimento e la partecipazione scolastica di tutti gli studenti. Muovendo dalle ricerche compiute nel campo delle neuroscienze, tale approccio pedagogico riconosce che, considerate le differenze presenti fra gli stili di apprendimento degli studenti, sia necessario adottare diverse modalità d'insegnamento per andare incontro ai bisogni di tutti a partire dalle emozioni e dall'affetto che motivano gli studenti nel processo di apprendimento (per approfondimenti, CAST, *Universal Design for Learning Guidelines Version 2.2*, in http://udlguidelines.cast.org). In argomento, C.A. TOMLINSON, *Differentiation of instruction in the elementary grades*, in *ERIC Digest* 2000. Cfr. A. MEYER, D.H. ROSE, D. GORDON, *Universal Design for Learning. Theory and practice*, cit.

Cost., per cui la «scuola è aperta a tutti» e a ciascuno, e, come si vedrà qui appresso, nella vocazione solidal-universalistica della nostra Carta fondamentale. In tal senso, le due dimensioni, di diritto e dovere, della situazione giuridica soggettiva appaiono intimamente collegate fra loro. Anzi, si può dire che il processo di progressiva espansione che ha interessato il diritto (la dimensione attiva di tale situazione) abbia comportato il crescente rafforzamento della sua dimensione (passiva) di doverosità.

Un riscontro in tal senso è già presente, invero, nella nostra giurisprudenza costituzionale là dove afferma il principio dell'edilizia accessibile. Secondo la sent. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167[40], «l'accessibilità […] è divenuta una *qualitas* essenziale degli edifici privati di nuova costruzione ad uso di civile abitazione, quale conseguenza dell'affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, *preventivamente*, ogni possibile ostacolo alla esplicazione de diritti fondamentali delle persone affette da handicap fisici»[41].

In ciò si delinea il principio della progettazione universale che, si è visto, trova espresso riconoscimento all'interno della Convenzione ONU dei diritti delle persone con disabilità quale esigenza di portata *generale*, valevole, cioè, anche oltre i campi dell'edilizia e dell'architettura.

Tale orientamento trova eco, più in generale, si diceva, nella lettura solidal-universalistica dell'art. 3, secondo comma, Cost., ossia quella concezione che proietta la solidarietà nel futuro in rapporto con le generazioni a venire[42]. Posto, infatti, che la disabilità/fragilità non è più inteso come un mero problema dell'individuo, ma come il prodotto dell'interazione fra individuo e ambiente, spetta alla Repubblica, alle istituzioni e all'intera comunità il dovere di agire *in via preventiva* per la rimozione dei tanti ostacoli, di varia na-

[40] Sent. Corte cost., 10 maggio 1999, n. 167, in *Giur. cost.* 1999, 1607 ss., con nota di P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*.

[41] Così, il par. 5 del *Considerato in diritto*. Il corsivo è nostro.

[42] La vocazione solidal-universalistica della Carta fondamentale scaturisce, in particolare, dalla lettura combinata degli artt. 2 e 3, secondo comma, Cost. (cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari 2017, spec. 48-56). Sul principio di solidarietà, nell'ampia letteratura dedicata, A. BARBERA, *Art. 2 Cost.*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, 50 ss.; G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano 1967, 32 ss.; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.* 1996, 1 ss.; F. GIUFFRÈ, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano 2002, e ID., *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino 2007, 3 ss.; B. PEZZINI, C. SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano 2005; A. D'ANDREA, *Solidarietà e Costituzione*, in *Jus* 2008, 193 ss.; E. ROSSI, *Art. 2 Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, cit., 38 ss.; A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano 2012.

tura, che incidono sul percorso di sviluppo dell'individuo e la sua effettiva partecipazione sociale[43]. Tale dovere, nel campo dell'istruzione, si traduce nell'attivazione, a scuola e in classe, di tutte misure necessarie per prevenire la formazione di ogni ostacolo inibente, quale che sia la sua matrice: così, senza escludere la possibilità che all'interno dello stesso ambiente educativo continuino ad operare i "correttivi" volti a colmare *a posteriori* il divario che separa gli studenti che versano in condizioni di fragilità rispetto ai loro "pari", s'impone, *a priori*, l'adozione di un atteggiamento generale di *apertura* verso la molteplicità di situazioni presenti nella realtà sociale, sì da accoglierle tutte, senza discriminazione alcuna.

Quali, nel dettaglio, le implicazioni di tale atteggiamento? E quali i soggetti chiamati ad adempiere i doveri che ne discendono?

Se si condivide l'idea, già sostenuta in altra sede[44], che i protagonisti della "scena educativa" siano molteplici e vadano rinvenuti, secondo una lettura combinata degli artt. 2, 3, secondo comma, 30, primo comma, 33, 34, e 38, terzo comma, Cost., nella Repubblica, negli insegnanti, nei genitori e, in generale, nell'intera comunità scolastica, diverse sono le posizioni che scaturiscono dal dovere di solidarietà come sancito dalla nostra Carta fondamentale.

Così, la Repubblica è chiamata espressamente dagli artt. 2, e 3, secondo comma, Cost., ad attivarsi per ridurre/eliminare situazioni di disuguaglianza sociale e favorire la promozione della personalità di tutti, e ciascuno dei

[43] Il principio di solidarietà è «posto dalla Costituzione tra i valori fondanti dell'ordinamento giuridico, tanto da essere solennemente riconosciuto e garantito, insieme ai diritti inviolabili dell'uomo, dall'art. 2 della Carta costituzionale come base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente» (così, sent. Corte cost., 28 febbraio 1992, n. 75, in *Giur. cost.* 1992, 404 ss., par. 2 del *Considerato in diritto*). «La solidarietà, […] oltre essere posta alla base della convivenza tra i membri di una comunità, diviene un presupposto indefettibile della sua stessa esistenza, ponendosi quale elemento essenziale, insieme al principio di uguaglianza, alla tutela della *dignità* dei singoli. Infatti, l'indirizzo programmatico di cui al secondo comma dell'art. 3, che impone alla Repubblica di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" che limitano la libertà e l'eguaglianza - e quindi la "pari dignità" sociale - degli individui non può realizzarsi se non mobilitando il valore della solidarietà sancito dall'art. 2 […]. Pertanto il sistema giuridico della solidarietà, che si definisce in molteplici figure di doveri costituzionali e in previsioni di situazioni giuridiche soggettive a carattere sociale, da un lato "incorpora" il concetto di uguaglianza sostanziale e dall'altro assume una particolare rilevanza e trova una sua prima specificazione proprio attraverso l'art. 3 Cost., contribuendo a definire il principio solidaristico in termini di *integrazione* della persona – di *ogni* persona – nella vita dell'ordinamento e della collettività» (così, A. APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, cit., 9 s.; cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Dem. dir.* 4/1994-1/1995, 51).

[44] G. MATUCCI, *Scuola, genitori, figli. A proposito dell'educazione alla parità di genere e al rispetto delle differenze*, in *Osservatorio AIC 2/2018*.

consociati, come individui e "esseri sociali". Al tempo stesso, essa s'impegna, altresì, ai sensi dell'art. 33, secondo comma, Cost., a svolgere una funzione unificante dettando «le norme generali sull'istruzione».

Gli insegnanti, che, secondo l'art. 33, primo comma, Cost., sono titolari della libertà d'insegnamento – garanzia essenziale per il pluralismo ideologico – , sono comunque tenuti a programmare la loro attività didattica nell'ambito delle cosiddette "indicazioni nazionali", impegnandosi, ai sensi degli artt. 2, 3, secondo comma, 34, primo comma, 38, terzo comma, Cost., nell'adozione di un atteggiamento generale di accoglienza verso le tante realtà presenti all'interno del gruppo-classe e ponendo in atto strategie didattiche che, coerentemente con le riflessioni fatte finora, si potrebbero definire "universali", vale a dire capaci di assicurare l'accessibilità da parte di tutti, e di ciascuno, delle questioni di volta in volta affrontate.

Ciò presuppone l'impegno a formarsi continuativamente, posto che l'acquisizione, e l'affinamento, di tecniche didattiche da sole non bastano, se non accompagnate dalla maturazione di una consapevolezza adeguata circa il percorso di sviluppo del bambino ed i fattori che possono condizionarne le relative dinamiche.

I genitori, che, ai sensi degli artt. 30, primo comma, Cost., e 2 Prot. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sono titolari del diritto di educare i figli secondo le loro convinzioni personali, sono comunque chiamati ad assicurargli un'istruzione e ad accompagnarli in un percorso di crescita che ne favorisca l'inclusione e non l'isolamento o, peggio ancora, l'esclusione. Dovere, questo, che grava tanto sui genitori dei bambini fragili, spesso troppo preoccupati di esporre il figlio ai pericoli della realtà circostante e, dunque, tendenzialmente inclini ad adottare scelte eccessivamente protettive, quanto sui genitori degli altri bambini, che, animati da grandi ambizioni e ansiosi di evitare ai figli "intralci" nel loro percorso di formazione, finiscono per sollecitare il dirigente scolastico e gli stessi insegnanti ad adottare scelte escludenti. Si pensi, ad esempio, al proliferare delle "classi-ghetto", che nascono spesso dietro le pressioni delle famiglie.

Gli studi di pedagogia dimostrano, per vero, che l'interazione con alunni con disabilità, o comunque caratterizzati da una condizione di fragilità, consente di sviluppare competenze reputate fondamentali per l'ingresso nel mondo del lavoro e delle professioni: si pensi anche solo alla capacità di *problem solving*, ossia a quella forma di abilità che consiste nell'elaborare strategie destinate, di volta in volta, a individuare la soluzione ad ogni problema.

Nondimeno, l'approccio didattico differenziato consente di bilanciare il diritto all'istruzione dell'alunno che parta, per varie ragioni, da una condizione iniziale di svantaggio con il diritto di chi, all'opposto, desideri intraprendere un percorso formativo destinato a condurlo a mete di "eccellenza":

si ritiene, infatti, come già sostenuto in altra sede, che la possibilità di fruire di una didattica individualizzata e personalizzata non sia un diritto proprio ed esclusivo dell'alunno in difficoltà, ma rappresenti, altresì, una garanzia di effettività del diritto all'istruzione in sé e per sé, e, dunque, possa essere riconosciuto a tutti gli alunni, nessuno escluso[45]. Tale orientamento ha trovato conferma di recente nella Nota MIUR 3 aprile 2019, n. 562, per cui gli alunni ad alto potenziale intellettivo, definiti *gifted children* in ambito internazionale, rientrano legittimamente nell'area dei BES, potendo avvalersi del PDP[46].

In generale, poi, secondo una lettura dell'art. 3, secondo comma, Cost. che muove da un'interpretazione estesa del concetto di «Repubblica», che non ne restringe la portata in riferimento ai soggetti istituzionali in senso stretto, il dovere d'inclusione grava sull'intera comunità scolastica, chiamata a parteciparvi attivamente anche secondo la normativa vigente: così è, seppur coi limiti a suo tempo già illustrati[47], per il dirigente scolastico, per gli insegnanti, per il personale amministrativo, tecnico e ausiliario (meglio noto come personale ATA), per gli studenti e le loro stesse famiglie.

L'assunzione generale di tale dovere rappresenta, a ben vedere, una conseguenza diretta dell'impegno, gravante su tutti, e ciascuno, i membri della comunità a portare avanti il progetto costituzionale volto a realizzare una società più *giusta*, fondata sul rispetto dell'altro e la valorizzazione delle differenze, come previsto proprio dagli artt. 2, e 3, secondo comma, della nostra Carta fondamentale[48].

Quello all'inclusione scolastica non è, dunque, un dovere che spetta in via esclusiva a soggetti "qualificati", quali sono, per intendersi, in ragione del proprio ruolo, gli insegnanti e, più in generale, il personale scolastico, ma è un dovere *diffuso*, espressione di quel preciso atto di responsabilità che ciascuno dei consociati ha assunto di fronte alla Costituzione ed ai valori di cui essa è portatrice. Un dovere al quale nessuno può sottrarsi, dunque, pena la violazione di quel *patto* che è sintesi, e emblema, dell'intesa di governanti e governati ad attivarsi *insieme* per la realizzazione dei principi, e degli obiettivi, fatti propri dalla Carta fondamentale.

[45] In tal senso, G. MATUCCI, *Il diritto a una didattica individualizzata e personalizzata*, cit., spec. 319-324.

[46] Così, la Nota MIUR 3 aprile 2019, n. 562, intitolata «Alunni con bisogni educativi speciali. Chiarimenti», p. 3.

[47] Per cui si rinvia a G. MATUCCI, *"Buona Scuola": l'inclusione scolastica alla prova dei decreti attuativi*, cit.

[48] Fra gli altri, M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Art. 3 Costituzione italiana*, cit., *passim*; cfr. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 46.

CONCLUSIONI

di GLADIO GEMMA

1. L'interrogativo se possa configurarsi una "doverosità dei diritti" o se l'abbinamento delle due situazioni giuridiche soggettive costituisca un ossimoro può porsi su un duplice piano. Più esattamente, il problema può porsi su un piano di teoria generale, oppure su quello dogmatico, intendendo tale termine con il significato attribuitovi dalla dottrina del passato, cioè riferito ad uno specifico ordinamento positivo ed alla dinamica del medesimo. Inoltre il problema può essere sollevato e trattato con riferimento ai vari diritti e doveri, oppure a quelle ipotesi nelle quali i primi ed i secondi, a differenza degli altri casi, risultano più strettamente intrecciati. Ai diversi interrogativi in oggetto le ricche ed elaborate relazioni hanno dato, implicitamente od esplicitamente, una risposta positiva. Con le presenti osservazioni conclusive vorrei spendere qualche parola con un duplice scopo: da un lato, motivare la validità di detta risposta positiva, dall'altro lato, prospettare un'ipotesi di riflessione circa la dinamica dei rapporti fra i diritti e doveri quali risultano intrecciati nel testo costituzionale ed oggetto di trattazione nel nostro convegno.

2. Volgiamo lo sguardo, con poche citazioni, al profilo della coesistenza di diritti e doveri sul piano della teoria generale.

La prefigurazione di diritti e doveri, senza stretta correlazione tra essi, è un dato quanto mai diffusamente riconosciuto. Vero è che non è mancato un indirizzo dottrinale, sia pur variegato, che ha negato la figura del diritto soggettivo[1]. Nondimeno, il riconoscimento della figura del diritto, sia a livello dottrinale che legislativo (ivi ben compreso il settore costituzionale), costituisce oggetto di una (quasi) *communis opinio*, dalla quale non sembra ci siano motivi per discostarsi[2]. Su tale tematica non necessita spendere ulteriori parole, pena il rischio di "sfondare delle porte aperte".

La coesistenza delle due situazioni giuridiche soggettive antitetiche è stata riconosciuta (sempre dalla dottrina dominante) anche nell'ambito dei diritti funzionali. Come noto, si tratta di quella categoria di diritti, i cui titolari

[1] Per una lucida esposizione di tale dottrina, con riferimento ad illustri esponenti quali Duguit e Kelsen, v. J. DABIN, *Le droit subjectif*,, Paris, 1952, 5 ss.

[2] A titolo puramente indicativo, v. sempre J. DABIN, *Le droit*, cit. 18 ss.

perseguono sì un interesse proprio personale, ma svolgono pure una funzione nell'interesse altrui (un campo importante di questi è costituito dai rapporti familiari)[3]. Assunta la connotazione di doverosità di dette situazioni giuridiche soggettive e la contraddittorietà fra esercizio di un diritto (nell'interesse del titolare) e quello di una funzione (nell'interesse altrui), si è negato da taluni che manchi il requisito necessario per la configurazione di un diritto soggettivo. Tale motivazione, addotta per la negazione del diritto funzionale in quanto svolto a tutelare un interesse altrui, non è risultata convincente per la dottrina dominante (ed a ragione).

Infatti si può obiettare – ed è stato obiettato – che, se è vero che i diritti funzionali con le due componenti antitetiche del diritto e del dovere, investono una medesima sfera di rapporti intersoggettivi, nondimeno detta sfera è scomponibile in due aree (se è consentito tale termine), nelle quali operano separatamente la componente del diritto e quella del dovere. Per esemplificare con riferimento ai rapporti familiari, il profilo funzionale riguarda la doverosità dei genitori di allevare ed educare i figli in base a certe finalità, mentre il profilo del diritto concerne le pretese dei genitori di svolgere la funzione educativa e con certe modalità (sottinteso con i limiti posti dalla legge). Con la differenza di aree di operatività sussiste, senza antinomie, una coesistenza di situazioni giuridiche soggettive attive e passive e quindi è logicamente configurabile la figura del diritto funzionale[4].

Quanto detto, con fugaci osservazioni, in precedenza comprova che, in sede di teoria generale, non costituisce un ossimoro la formula "doverosità dei diritti" (quale appare nell'intitolazione dell'oggetto del presente convegno) e che è operazione perfettamente lecita, sul piano della razionalità giuridica, l'assunzione da parte dei legislatori costituzionali, tra cui quello italiano, di situazioni giuridiche nelle quali si verifichi la compresenza delle figure del diritto e del dovere dei titolari delle medesime.

[3] Bene è stato colto il senso di questi diritti, allorché si è configurata una duplice teleologia, "*fin égoiste*" e "*fin altruiste*"; cfr. J. DABIN, *Le droit*, cit., 221 ss..

[4] Per una trattazione più articolata, v. J. DABIN, *Le droit*, cit., 229 ss., cioè il par. 3, intitolato*: En quoi le droit-function reste droit subjectif*.

Come s'è detto il richiamo della citata dottrina è puramente emblematico. Per comprovare la diffusa convinzione nella dottrina italiana circa la coesistenza di diritto e doveri anche in una medesima sfera di operatività si può rilevare l'impiego pacifico del termine "diritto funzionale" nella cultura costituzionalistica (e non solo quella): a titolo indicativo, v. S. ROMANO, *Principii di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 113; C. LAVAGNA, *Istituzioni di diritto pubblico*, Torino, 1979, 431, 432.

Sembra superfluo far presente che la tematica affrontata nel testo non va confusa con la tematica della funionalizzazione o meno dei diritti di libertà (*in primis* quello della libertà di manifestazione del pensiero), su cui v., sempre a titolo indicativo, A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 83 ss.

3. Poste le ipotesi di coesistenza, su medesime sfere i rapporti, di diritti e di doveri costituzionali, è stato compito dei costituzionalisti intervenuti nel convegno illustrare le linee di evoluzione delle statuizioni costituzionali nell'ambito *de quo*, con un'indagine che è assai più utile, sul piano pragmatico, delle osservazioni di teoria generale (delle quali non c'è molta traccia nelle relazioni presentate). La ricostruzione della dinamica di diritti e doveri nella loro relazione reciproca si deve muovere su due piani. Dapprima occorre verificare quale si stata la dinamica delle due categorie di situazioni giuridiche soggettive (costituzionali) in generale e considerate a se stanti. In seguito si possono formulare considerazioni sulle vicende della "doverosità dei diritti", cioè di quelle situazioni giuridiche intrecciate, caratterizzate dalla compresenza di diritti e doveri, le quali sono state sottoposte all'attenzione del nostro convegno.

Entrando nel merito della prima verifica si può richiamare il quadro offerto dalla bella relazione introduttiva di Emanuele Rossi[5]. Le considerazioni dell'Autore in oggetto si possono, per quanto interessa in questa sede, riassumere schematicamente nei seguenti termini.

Posta una relazione stretta fra il principio della solidarietà ed i doveri, i Costituenti hanno ritenuto che fra diritti e doveri, lungi dalla sussistenza di una disarmonia, intercorra una "stretta connessione". Ciò dà conto della disciplina dei diritti, con i loro limiti (soprattutto in materia economica, ma non solo) e della proclamazione dei diversi doveri. Le trasformazioni sociali, culturali e politiche sopravvenute nella storia repubblicana e la genesi di una diversa cultura giuridica hanno travolto quella concezione di armonia fra diritti e doveri, che era all'origine della fondazione della Repubblica e della Costituzione. Si è verificato, cioè, un processo di espansione e di arricchimento dei diritti, costituzionalmente sanciti, a livello sia di indirizzo politico legislativo sia di giurisprudenza (*in primis* quella costituzionale). In direzione opposta si è registrata una svalutazione dei doveri costituzionalmente sanciti. Più esattamente, si è affermata una "ideologia" dei diritti, in linea con la filosofia che caratterizza "l'età dei diritti" (per riprendere la famosa formula di Bobbio), mentre, in direzione opposta, si è verificata una recessione della cultura dei doveri (e della solidarietà).

Nella relazione di Emanuele Rossi si rinviene un quadro interessante (e, in notevole parte, condivisibile) dei fattori che hanno determinato questa divaricazione fra la cultura ed il progetto dei Padri costituenti da un lato, e l'indirizzo politico-culturale, nonché i suoi effetti, seguito dai loro discendenti. Non è necessario diffondersi sull'esposizione di questi fattori, ma essi si possono concisamente elencare.

[5] V. *supra*.

Anzitutto, si è verificato, con l'incremento del benessere sociale ed economico e della qualità della vita, un aumento consistente dei bisogni individuali e l'istanza di una loro traduzione giuridica, cioè in aumento dei diritti e di una loro tutela ai diversi livelli. In secondo luogo, c'è stata una permanente sfiducia dei cittadini verso le istituzioni pubbliche, *in primis* nei confronti dello Stato. Questa sfiducia risale nel tempo, poiché già lo Stato liberale italiano nel XIX secolo era sentito come lontano, e spesso come oppressore, da molti strati sociali (soprattutto quelli meno abbienti). Ma anche nel periodo repubblicano si è mantenuta detta sfiducia – si può dire ostilità – e ciò anche in seguito a vicende di corruzione ed al discredito persistente della politica e dei governanti. Infine è stata prospettata una "attenuazione della sensibilità solidaristica" con la diffusione del benessere sì, ma con crescenti squilibri e diseguaglianze con conseguente ribellione verso il dovere di sentirsi solidali.

Non importa in questa sede discutere se l'elenco dei fattori della divaricazione della cultura dei diritti e quella dei doveri – nonché dell'impatto dell'una o dell'altra – sia esaustivo e se si debba convenire su tutte le cause menzionate (specialmente sull'ultima). Rimane fermo il giudizio positivo sulla registrazione del fenomeno e delle cause in complesso delineate. Vero è che, specialmente a livello di giurisprudenza, *in primis* quella costituzionale, erano naturali una valorizzazione ed una tutela dei diritti ben maggiori di quelle dei doveri, in quanto, mentre si è verificato (e si verifica) spesso la violazione dei diritti costituzionalmente sanciti, ben più rara è risultata (e risulta) la violazione, mediante atti legislativi, di norme costituzionali, che sanciscono doveri. Nondimeno qualcosa di più la Corte costituzionale poteva fare, come comprovano, a tacer d'altro, le convincenti osservazioni critiche nei confronti della giurisprudenza della Corte sui doveri in generale[6] o su qualche dovere in particolare[7], avanzate qualche anno fa.

4. Come s'è anticipato, la dinamica dei diritti e dei doveri costituzionali e lo scarto, che si è delineato fra l'espansione dei primi e la recessione dei secondi in generale, hanno avuto una ricaduta sulla dinamica della categoria

[6] Senza potermi diffondere sull'argomento, v., per tutti, A. POGGI, *Corte costituzionale e doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, 2011, 39 ss. Incidentalmente si può rilevare che il "gruppo di Pisa" è stato attento alla tematica dei doveri costituzionali, come prova anche un volume precedente, che riproduce gli atti del Convegno tenutosi ad Acqui Terme nel 2006: v. A. BALDUZZI, M. CAVINO, I. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi*, Torino, 2007.

[7] V., in tema di dovere al lavoro, il meditato scritto di S. SCAGLIARINI, *Dovere al lavoro e giurisprudenza costituzionale. Per una Corte (anche) dei doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte*, cit., 323 ss.

dei diritti strettamente intrecciata ai doveri, oggetto del nostro convegno. La conclusione della… conclusione, cioè l'ultima parte del presente scritto sarà volta a cercare di dimostrare questa ricaduta, con l'avvertenza che quanto sarà detto costituisce una tesi, che si sottopone all'attenzione dei costituzionalisti e che potrà essere convalidata o confutata in base ad una più approfondita riflessione sui dati e sulla deduzione quale è stata tratta da questi.

La dimostrazione della tesi qui prospettata muove da un assunto. I diritti-doveri in oggetto possono avere più classificazioni in base a diversi parametri. La classificazione, che interessa in questa sede, si fonda sulla distinzione fra soggetti (usiamo il termine con significato generico) beneficiari dei doveri, cioè titolari diretti di pretese verso coloro che hanno una doverosità di comportamenti.

Da un lato, si configurano doveri, l'adempimento dei quali va a beneficio della comunità (usiamo in senso generico tale termine, anche se sarebbe possibile parlare di stato o di soggetti pubblici). In questa ipotesi il soggetto beneficiario è direttamente una collettività, con un numero indeterminato di componenti: costituiscono esempi il dovere al lavoro o quello di voto. Dall'altro lato, ci sono doveri, l'adempimento dei quali va a beneficio diretto di singoli, determinati, individui: un esempio è costituito dal dovere dei genitori di mantenere, istruire ed educare i figli. Sia chiaro che, con questa distinzione, non si nega l'esistenza di un beneficio della comunità in qualsiasi caso si configuri un dovere. Si vuole soltanto rilevare che esiste un beneficio diretto della comunità nella prima categoria di doveri, mentre nella seconda il beneficio della stessa è solo indiretto, in quanto direttamente è soddisfatto un interesse individuale.

Data la diversa gamma di beneficiari dei doveri in esame, si può verificare se questi ultimi abbiano avuto la medesima intensità nei diversi ambiti, o se ci sia stato un diverso sviluppo in base alla cultura politico-giuridica corrente. Orbene sembra che detta cultura politico-giuridica dominante, volta alla valorizzazione dei diritti ed alla tendenziale svalutazione dei doveri in generale, abbia giocato un ruolo anche nella differenziata configurazione dei rapporti fra diritti e doveri nell'ambito della "doverosità dei diritti".

Da un sommario sguardo appare la configurazione assai ridotta del dovere al lavoro e di quello di voto.

Per quanto riguarda il primo, e con particolare riferimento alla giustizia costituzionale, le considerazioni svolte dalla relazione di Massimo Cavino confermano la riluttanza della Corte costituzionale a dar rilievo all'art. 4, 2° c, Cost., anche quando era ben possibile farlo. Una riprova di ciò può trarsi dalla contestazione di un "disagio" che "la giurisprudenza (comune e costituzionale)" ha "sempre manifestato rispetto ad una interpretazione del dovere di lavorare che potesse condurre all'affermazione di un obbligo positi-

vo"[8] e conferma quanto già rilevato dalla dottrina, già citata, in un precedente convegno del gruppo di Pisa[9]. Circa poi il dovere di voto non sembra che dalla relazione della Lara Trucco[10] emerga qualche valutazione discordante da quanto osservato in precedenza, cioè che, nella giurisprudenza della Corte, "il voto assume significato e spessore [soltanto] in relazione alla sua dimensione di diritto"[11] (e non anche di dovere).

Ben diverso appare il quadro, se si prendono in esame i doveri, che i genitori hanno nei confronti dei figli. In verità la stessa lettera dell'art. 30, 1° c., Cost., rimarca i doveri dei genitori nei confronti dei figli, sancendoli, testualmente, prima dei diritti. Comunque c'è una copiosa giurisprudenza, sempre, *in primis* della Corte costituzionale che ha configurato estensivamente, e con notevoli effetti normativi, la portata della normativa costituzionale a favore dei figli, legittimi o naturali. Nella materia *de qua*, la giurisprudenza costituzionale appare "di tutt'altro tono"[12] (se confrontata con la svalutazione dei doveri nei casi citati in precedenza), in quanto ha fatto valere estensivamente il principio del *favor minoris*, ricollegandolo alla normativa costituzionale e censurando varie disposizioni legislative contrastanti. Un'abbondante letteratura giuridica, dedicata alla consistente giurisprudenza costituzionale in tema di diritti e doveri dei genitori, comprova quanto detto ed un'eco di ciò si rinviene anche nella relazione di Elisabetta Lamarque in questo convegno[13].

Alla notazione di ordine generale poc'anzi avanzata, si può aggiungere, ad ulteriore rafforzamento, un'osservazione relativa ad una vicenda recente, nella quale si è registrata un'azione di contenimento di un (preteso) diritto dei genitori dannoso per i figli. Nella vicenda delle vaccinazioni obbligatorie, più esattamente dell'abolizione di queste, è stata sostenuta la sciagurata tesi no vax, e, in termini giuridici, è stata prospettata la configurazione del diritto dei genitori di non vaccinare i propri figli. Questa tesi aberrante – che pur ha avuto accoglimento presso qualche settore del mondo politico (prono agli umori popolari ed all'ignoranza scientifica) e, *horribile dictu!*, nonché qualche giurista (perfino un ex giudice costituzionale) – ha incontrato una forte resistenza, oltre che nei settori più avveduti del mondo politico (attento ai dettami della scienza), pure nella giurisprudenza costituzionale (supportata anche dal parere di vari giuristi). Quindi, pur essendo ancora in corso il conflitto, appare una tendenza recessiva del (preteso ed infondato)

[8] V. relazione di Massimo Cavino, *supra*.
[9] V. A POGGI, *Corte*, cit., 54, 55; S. SCAGLIARINI, *Dovere*, cit., 323 ss.
[10] V. relazione di Lara Trucco, *supra*.
[11] Cfr. A. POGGI, *Corte*, cit., 44.
[12] Per riprendere le parole di A. POGGI, *Corte*, cit., 55.
[13] V. relazione di Elisabetta Larmarque, *supra*.

diritto dei genitori di rifiutare la vaccinazione dei loro figli e la tendenziale affermazione di un dovere dei genitori in funzione della realizzazione del diritto alla salute dei propri ed altrui figli. Anche su questo profilo particolare dell'accentuata "doverosità" del diritto dei genitori di allevare i figli si richiamano le lucide pagine della citata relazione[14].

Le sintetiche considerazioni, che concludono questo breve ed incompleto intervento finale, riecheggiano in termini quanto mai parziali l'ampio materiale offerto dalle relazioni svolte nel convegno e mirano a costituire spunti di riflessione per chi voglia approfondire sotto il profilo culturale, la tematica della "doverosità dei diritti" verificando, si ribadisce, anche l'attendibilità o meno di quanto detto. L'autore di queste conclusioni ha aggiunto, pertanto, qualcosa di suo, ma spera che le considerazioni aggiunte siano in armonia con lo spirito e con la elaborazione di idee del presente convegno.

[14] V. relazione di Elisabetta Larmarque, *supra*.

Collana del Gruppo di Pisa

1. E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, 2013
2. E. CATELANI, F. DONATI, M.C. GRISOLIA (a cura di) *La giustizia elettorale*, 2013
3. M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *La tecnica normativa tra legislatore e giudici*, 2014
4. F. GIUFFRÈ, I. NICOTRA (a cura di), *La famiglia davanti ai suoi giudici*, 2014
5. B. PEZZINI, S. TROILO (a cura di), *Il valore delle autonomie. Territorio, potere e democrazia*, 2015
6. LORENZA VIOLINI (a cura di), *Il ruolo del Capo dello Stato nella giurisprudenza costituzionale*, 2015
7. MICHELE DELLA MORTE (a cura di), *La dis-eguaglianza nello Stato costituzionale*, 2016
8. GIORGIO GRASSO (a cura di), *Il governo tra tecnica e politica*, 2016
9. VINCENZO BALDINI (a cura di), *Cos'è un diritto fondamentale?*, 2017
10. M. CAVINO, L. CONTE (a cura di), *Le trasformazioni dell'istituzione parlamentare. Da luogo di compromesso politico a strumento tecnico della divisione del lavoro*, 2017
11. M. D'AMICO, F. BIONDI (a cura di), La *Corte costituzionale e i fatti: istruttoria ed effetti delle decisioni*, 2018
12. A. APOSTOLI, M. GORLANI (a cura di), *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, 2018

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
Presso la *Grafica Metelliana* Mercato San Severino (Sa)