

**I DOVERI COSTITUZIONALI VISTI DA UN PENALISTA.
CONSIDERAZIONI A PARTIRE DAL *CONTRIBUTO ALLO STUDIO DEI
DOVERI COSTITUZIONALI* DI GIORGIO M. LOMBARDI¹**

di

Roberto D'Andrea*

Dalla lettura del *Contributo allo studio dei doveri costituzionali* di Giorgio M. Lombardi² lo studioso del diritto penale può trarre molti preziosi insegnamenti; può anche imbattersi, nel corso della lettura, in alcuni nodi irrisolti. Nel presente lavoro si cercherà di mettere in luce i primi e di proporre possibili soluzioni ai secondi. Ci si soffermerà, quindi sulle luci e sulle ombre di questo importante classico del diritto costituzionale.

L'Autore dà in primo luogo una chiara risposta ad un insidioso interrogativo sulla natura stessa del parametro costituzionale alla base di tutti i doveri previsti in Costituzione, cioè dell'art. 2 Cost., nella parte in cui sancisce che la Repubblica "richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale". Quantunque campeggiassero ancora teorie volte ad individuare nei "doveri inderogabili" un carattere eminentemente etico-politico (teorie peraltro sorrette dalla derivazione mazziniana della disposizione in esame e dalla natura

* Dottorando in diritto penale presso la Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa.

¹ In argomento, cfr., recentemente, V. TONDI DELLA MURA, *La frontiera aperta da Giorgio Lombardi nella sistematica dei doveri costituzionali: dall'idealismo mazziniano al personalismo costituzionale, in federalismi.it*, 2021 e A. GUSMAI, *(Ri)leggere Lombardi, un esercizio "doveroso"*, in *dirittifondamentali.it*, 2022. Sul "sostanziale deserto della riflessione scientifica" riguardo ai doveri, deserto appunto in buona parte colmato da Lombardi, cfr. E. ROSSI, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, in F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, Atti del Seminario del 19 ottobre 2018 all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli, Quaderni del Gruppo di Pisa, ES, Napoli, 2019, p. 10.

²G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1967.

moralistico-filosofica che storicamente le attribuirono i membri della I Sottocommissione³), Lombardi non esita a rimarcare come, a dispetto delle intenzioni dei Padri e delle Madri costituenti, ormai l'art. 2, nella sua interezza, formi parte integrante del testo costituzionale e vada pertanto inteso a pieno titolo come dato normativo, anche alla luce del "principio di coerenza" e del "criterio di massima operatività della Costituzione"⁴.

Risolta la questione preliminare sulla natura dei doveri ex art. 2 Cost., l'Autore affronta quella logicamente consequenziale, relativa alla portata della normatività dei medesimi. Si può anzi affermare che da questo punto in avanti l'intera opera in esame sia un tentativo di risolvere questo problema. S'affaccia subito all'orizzonte una realtà inquietante: la formulazione sui doveri inderogabili dell'art. 2 non solo si manifesta di una tale latitudine, genericità ed indeterminazione da rischiare di precludere, di primo acchito, qualsivoglia "possibilità di applicazione positiva"⁵, ma i valori ad essa sottesi "si configurano caratterizzati da una assolutezza e, ad un tempo, genericità tali da rappresentare veramente un tendenziale pericolo per la sfera dei diritti, di sorta che la complementarietà che lega gli uni agli altri dovrebbe logicamente risolversi a danno di questi ultimi"⁶. Presi a sé, dunque, i doveri di solidarietà politica, economica e sociale sembrano assumere una portata applicativa sostanzialmente onnivora. Uno dei principali meriti dell'opera del Lombardi consiste proprio nell'aver evitato questo esito mediante un'interpretazione sistematica del testo costituzionale. In particolare, l'Autore si sofferma sulle

³G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 7. L'Autore traccia un interessante parallelismo con l'art. 107 del progetto di costituzione di Weimar, simile per formulazione all'art. 2 Cost. e che fu scartato in virtù del suo asserito carattere "vacuo e declamatorio".

⁴ ID., *op. cit.*, p. 8. Si è sul punto sottolineato un duplice merito dell'Autore: "l'uno, esplicito, consistente nel riconoscimento della forza giuridica e non solo morale accordata dal Costituente a situazioni soggettive sino a quel momento deficitarie di considerazioni specifiche nel settore pubblicistico, specie in campo costituzionale, tali da far emergere la portata autonoma, piuttosto che complementare, delle dichiarazioni costituzionali di dovere rispetto a quelle dei diritti; l'altro, implicito, riguardante i presupposti culturali di una simile prescrittività, da cogliere nel senso del ripudio di ogni forma di teologia politica da parte del medesimo Costituente a vantaggio di un sistema in sé compiuto, plurale e suscettibile di continuo sviluppo nel segno del principio personalistico" (V. TONDI DELLA MURA, *op. cit.*, 2021, p. 3).

⁵ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 6.

⁶ *Ivi*, p. 32.

modalità operative dei doveri costituzionali inderogabili, distinguendoli dai limiti e dagli obblighi (costituzionali o di rilevanza costituzionale), ponendoli in un certo qual modo in rapporto ai diritti inviolabili e ricordandone il fondamento personalistico. Analizziamo ora partitamente ciascuno di questi passaggi logico-giuridici.

Anzitutto l'Autore chiarisce come l'inderogabilità non equivalga ad assenza di limiti alle restrizioni dei diritti (anche, come si vedrà, quando tali diritti siano *diversi* da quelli inviolabili), in quanto una simile equivalenza finirebbe per ribaltare totalmente la prospettiva liberale in cui si colloca la Costituzione⁷: se l'invulnerabilità dei diritti di cui alla prima parte dell'art. 2 Cost. ha una connotazione dinamico-evolutiva, i doveri inderogabili invece "non sono altro che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria [dei doveri inderogabili] [...] e come tali destinati ad individuarla specificando le varie situazioni soggettive ad essa sussumibili"⁸. Il testo costituzionale determina peraltro tali doveri *nominativamente*⁹, talché va condotta una interpretazione sistematica dell'art. 2 in rapporto agli altri articoli in cui *espressamente* siano previsti doveri. D'altronde, non solo il concetto di inderogabilità, ma anche quello di solidarietà "non può essere determinato sulla base del solo art. 2"¹⁰: a precisarne il contenuto materiale socorrerà in prima istanza la stessa Costituzione (e in un secondo momento, come si vedrà, il legislatore). Di questa precisazione il penalista non dovrebbe mai essere dimentico: non bisognerebbe mai (ci soffermeremo meglio a breve su questo punto) appellarsi, per legittimare costituzionalmente un obbligo di garanzia penalmente rilevante *ex art. 40 cpv. c.p.*, al mero dovere di

⁷ *Ivi*, p. 36.

⁸ *Ivi*, p. 40. *Contra*, C. CARBONE, I doveri pubblici individuali nella Costituzione, Giuffrè, Milano, 1968, p. 97: "[s]e il costituente avesse voluto limitare i doveri individuali a quelli che risultano specificamente dalla costituzione, avrebbe fatto a meno di introdurre una disposizione come quella dell'art. 2, con cui sancisce dei doveri generali di solidarietà".

⁹ *Ivi*, p. 42, in virtù della "tangibile esigenza" avvertita da Lombardi "di assicurare la perdurante attuazione del principio della certezza del diritto" (A. GUSMAI, *op. cit.*, p. 13). Lombardi opera poco dopo un riferimento ai doveri costituzionali c.d. propri, dando così ad intendere, *a contrario*, come possano esservi anche doveri costituzionali "impropri" (non nominativamente indicati?). Il tema sarebbe da approfondire, ma non vi è modo di soffermarvisi in questa sede.

¹⁰ *Ivi*, p. 45.

solidarietà di cui all'art. 2 Cost, in quanto quest'ultima disposizione non è appunto costituzionalmente autosufficiente¹¹.

D'altra parte, ai fini della concreta limitazione di determinate posizioni giuridiche soggettive di libertà non sono neppure di per sé stessi sufficienti i singoli doveri nominativamente previsti dalla Costituzione: i doveri devono essere *resi effettivi* mediante "l'organizzazione dei pubblici poteri [...] secondo l'ordine delle competenze costituzionalmente stabilite, precisate e determinate dalle leggi"¹². Un simile assunto, delineato subito dall'Autore nei suoi contorni generali, viene nel corso dell'opera precisandosi e caricandosi di significato, sia pur in relazione soltanto a doveri specifici: in particolare, con riguardo a prestazioni personali o patrimoniali ad opera del privato, l'art. 23 Cost. stabilisce al tempo stesso il principio di certezza degli obblighi (che costituiscono, per così dire, la "materializzazione legislativa" dei doveri costituzionali) e il criterio secondo cui fra Costituzione e attività di esecuzione "si inserisce, quale necessaria fonte di obblighi, l'*auctoritatis interpositio* della legge"¹³. L'art. 23, così, non solo "fissa in modo definitivo il criterio di tassatività dei doveri anche a livello legislativo", ma "esprime in modo indefettibile la regola che, nella misura in cui implica materiali e positive prestazioni limitative della sfera economica e personale, la Costituzione stessa non è suscettibile di venire immediatamente a contatto con le posizioni soggettive individuali. In altre parole, i doveri costituzionali, nella misura in cui implicano positive limitazioni della sfera individuale non possono venire direttamente realizzati mediante l'attività della pubblica amministrazione"¹⁴.

¹¹ Cfr. G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, pp. 32-33: l'art. 2 sarebbe caratterizzato da una *lacuna tecnica o intra legem*, denotativa dell'incompletezza non già dell'ordinamento ma di singole norme in virtù dell'ambito troppo lato di applicazione, sì da autorizzare la sussunzione in esso di condotte antinomiche: non ne deriverebbe, secondo l'Autore, una sfera di libertà, ma solamente una "condizione di incertezza", equivalente alla *mancaza di una norma certa* e trasfigurata così anche in una *lacuna extra legem*. Sull'obbligo di garanzia ex art. 40 cpv. c.p., cfr., *ex multis*, F. ANTOLISEI, *L'obbligo di impedire l'evento*, in *Riv. it.*, 1936, p. 121 ss.; F. SGUBBI, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Cedam, Padova, 1975; A. BATTIATI, *Considerazioni critiche in ordine ai più recenti orientamenti giurisprudenziali sui reati omissivi impropri e sull'obbligo di impedire l'evento*, in *Giust. Pen.*, 2012.

¹² *Ivi*, p. 20.

¹³ *Ivi*, p. 107.

¹⁴ *Ibidem*.

In ordine, poi, all'art. 54, I comma, Cost., l'Autore osserva che la Carta costituzionale è direttamente osservabile solo "in quanto ponga norme dotate di sufficiente determinatezza, tali cioè da fungere univocamente da regole di condotta"¹⁵, riannodandosi concettualmente e giuridicamente all'art. 23 e, in materia penale, all'art. 25 Cost.¹⁶ Pertanto, fatti salvi taluni casi-limite in cui la stessa Costituzione preveda (almeno secondo una certa parte della dottrina, ivi compreso l'Autore del testo in analisi) direttamente regole di condotta con sufficiente precisione ed esaustività (come, secondo l'Autore, l'art. 90 Cost., su cui pur si potrebbe avanzare in proposito qualche riserva¹⁷), si renderà sempre necessaria una legge per trasformare i doveri costituzionali in obblighi e così incidere sulle posizioni giuridiche soggettive di libertà.

Sia pur *en passant*, l'Autore legittima inoltre i doveri costituzionali attraverso il loro *fondamento personalistico*. Esso si radica, in prima istanza, nella contiguità testuale di doveri inderogabili e diritti inviolabili dell'uomo, quantunque sul punto, come si vedrà, permangano, all'esito dell'opera in commento, alcuni aspetti non compiutamente chiariti. Si tornerà a brevissimo sul rapporto fra le due figure. In secondo luogo, le norme sui doveri inderogabili, così come tutte le norme costituzionali di principio, "esprimono [...] quel minimo *standard* sul quale i gruppi costituenti hanno trovato una base di intesa" e che si rende necessario in ragione della disomogeneità politico-sociale della nostra società¹⁸. Si potrebbe osservare

¹⁵ *Ivi*, p. 91.

¹⁶ *Ivi*, pp. 92-93.

¹⁷ Sulla questione della responsabilità del Presidente della Repubblica *ex art. 90 Cost.*, cfr. G. RAGNO, *I delitti di alto tradimento e di attentato alla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1967; G. ZUCALÀ, *Irresponsabilità del Presidente della Repubblica e tutela penale*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Cedam, Padova, 1975; S. ANTONELLI, *Le immunità del Presidente della Repubblica italiana*, Giuffrè, Milano, 1971; M. LAUDI, *Responsabilità penale del Presidente della Repubblica ex art. 90 Costituzione e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 460 ss.; U. DE SIERVO, *Responsabilità penale del Capo dello Stato*, in *Indice pen.*, 1996, p. 629 ss.; P. VERONESI, *Responsabilità penale costituzionale del Presidente della Repubblica (giudizio sulla)*, in *Dig. discipl. pubbl.*, XIII, 1997, p. 273 ss.

¹⁸ *Ivi*, p. 48. La considerazione inerente al *minimo standard* costituzionalmente garantito in una società fortemente disomogenea "attesta come la vera linea d'indagine del metodo prescelto sia stata spinta ben oltre il dato meramente positivo, sino a dare conto della realtà costituzionale per come effettivamente riflessa dal testo scritto. Più ancora, evidenzia l'essenzialità di un'interpretazione sistematica decisamente proiettata sul piano della legittimità; con ciò, per

peraltro che anche in una società fortemente omogenea si renderebbe quanto mai necessaria l'esistenza di una costituzione a tutela delle minoranze *disomogenee*, in quanto queste ultime sarebbero tanto più in pericolo quanto maggiore sia il loro isolamento (che, a sua volta, sarebbe tanto maggiore quanto più elevato è il grado di omogeneità della società di riferimento).

Ancora: i doveri costituzionali si colorano, potremmo dire, di ulteriori contenuti personalistici, tra cui, segnatamente, il principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma II, ed il disposto dell'art. 4 cpv. Cost.: la solidarietà si traduce, per via di essi, nella "integrazione della persona nella vita dello Stato e della comunità sociale", integrazione di cui il cittadino non è esclusivamente il destinatario ma anche il "centro operante"¹⁹. Se è vero che a rimuovere gli ostacoli *politici* al pieno sviluppo della persona umana provvede già la seconda parte della Costituzione (ragion per cui, forse, non si è inserito l'aggettivo "politico" accanto ad "economico e sociale" nel cpv dell'art. 3), per la rimozione di quelli *economici e sociali*, invece, serviranno anche ulteriori interventi della Repubblica²⁰. A complemento dell'integrazione si aggiunge, ancora, l'accezione di solidarietà intesa come *tolleranza* e come perno attorno al quale ruota la "nozione costituzionale di convivenza"²¹. Si allontana, infine, dalla accezione personalistica la solidarietà legata all'*utilità sociale*, sfuggente concetto di cui all'art. 41 cpv Cost. che assume "portata unificatrice" dei "postulati economici e sociali" anche in relazione agli artt. 43, 44 e 45 Cost.²²: qui, però, lo si vedrà, secondo l'Autore *si fuoriesce* dall'area della doverosità costituzionale in senso stretto.

inciso, dando conferma delle critiche al giuspositivismo mosse dalla successiva dottrina, a proposito dell'irruzione nel diritto della categoria della "legittimazione" quale necessaria conseguenza del passaggio dallo Stato di diritto classico allo Stato costituzionale" (V. TONDI DELLA MURA, *op. cit.*, p. 7).

¹⁹ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 50 ss.

²⁰ *Ivi*, pp. 53-54. Curiosamente, tuttavia, l'Autore conclude poi nel senso di ritenere i doveri di solidarietà politica più estesi rispetto a quelli di solidarietà economica e sociale: dalle premesse appena tracciate nel testo parrebbe potersi dedurre esattamente l'opposto.

²¹ *Ivi*, pp. 54-56. Si è al riguardo efficacemente parlato della funzione della solidarietà *ex art. 2* di "strutturare o arricchire la trama di doveri finalizzati a rafforzare condizioni di pacifica convivenza" (A. GUSMAI, *op. cit.*, p. 9).

²² *Ivi*, p. 58.

Il carattere personalistico si spiega infine anche con il riferimento dei doveri inderogabili, insieme con i diritti inviolabili, all'*uomo* (come singolo e nelle formazioni sociali "ove si svolge la sua personalità", secondo la formulazione dell'art. 2 Cost.), da cui consegue che la titolarità dei doveri sorge in capo al soggetto *privato*, cittadino o straniero, persona fisica o ente giuridico²³. Se, sul piano meramente letterale, *dell'uomo* sono soltanto i diritti inviolabili che la Repubblica riconosce e garantisce, sul piano logico-sistematico si riconnettono all'uomo, secondo l'impostazione lombardiana, anche i doveri inderogabili il cui adempimento la Repubblica richiede.

I doveri si distinguerebbero poi, oltre che, come si è visto, dagli obblighi, anche dai meri *limiti* delle attività costituzionali: questi ultimi, unitamente, dal lato attivo, alle competenze, "concorrono ad individuare, da un lato, gli strumenti organizzativi destinati, tra l'altro, a determinare la specifica attuazione dei doveri postulati dall'art. 2 Cost. e, d'altro canto, ad accompagnarne e indirizzarne la realizzazione circoscrivendo per un verso il contenuto – non tanto sul piano astratto, quanto su quello concreto – e tracciando limiti di forma e di procedura alle attività in cui le competenze in parola si estrinsecano"²⁴. La distinzione, tuttavia, come si vedrà più avanti, non sembra poter reggere fino in fondo.

L'Autore lumeggia da ultimo la fisionomia della relazione fra doveri inderogabili e diritti inviolabili. Passaggio logico preliminare è una innovativa e rigorosa definizione (oltre che, come si è esposto, dei doveri inderogabili) del secondo termine della relazione, cioè dei diritti inviolabili: essi *non si identificano semplicemente nei diritti menzionati in Costituzione e perciò qualificabili come costituzionalmente garantiti*. Si tratta invece di una categoria più circoscritta e corrispondente, essenzialmente, all'insieme dei diritti *della personalità*. Riportiamo per esteso il fondamentale passo: "[d]iritti inviolabili sembrano [...] essere *soltanto* quelli propri dell'individuo visto nella sua essenza di persona umana, incentrandosi quindi su quelli che, nelle consuete classificazioni dei diritti pubblici

²³ *Ivi*, p. 10.

²⁴ *Ivi*, p. 21.

subiettivi, vengono configurati come *diritti della personalità* [corsivo nostro]. Sembra quindi possibile rilevare [...] una posizione costituzionalmente *privilegiata* proprio a quel nucleo primigenio di garanzie di libertà collaudato dalla ininterrotta serie delle dichiarazioni costituzionali: quelli che, soprattutto, la dottrina di lingua tedesca [...] definisce [...] come *echte Grundrechte* [e che] trovano nel testo costituzionale italiano una espressione di garanzia normativa, che vale ad isolarli dai restanti 'diritti fondamentali'²⁵.

Così definiti i diritti inviolabili, si fa più nitido il quadro della relazione fra questi ed i doveri inderogabili: sulle posizioni giuridiche soggettive, "opposte per contenuto", di *diritto* e di *dovere*, l'Autore chiarisce che si riferiscono ambedue alla persona umana ma "le une per garantirne la sfera di privata autonomia, le altre per comprimerla e circoscriverla, in funzione dei superiori interessi della collettività"²⁶. Si delinea così un aspetto fondamentale dell'impostazione lombardiana, discendente dalla (pur, si ritiene, imprecisa) premessa appena esposta: è da rigettarsi qualunque funzionalizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo "nel quadro del comportamento complessivo del soggetto privato della vita costituzionale", in quanto sarebbero "[a]ffermazioni, queste, collegantisi con molta chiarezza ad un certo qual moralismo costituzionale, ma altrettanto chiaramente rivelatrici di una tendenza volta ad offuscare la portata giuridica autonoma delle dichiarazioni costituzionali di dovere"²⁷. Ne deriva l'impossibilità giuridica di conferire nell'ordinamento la cittadinanza alle bislacche figure dei cc.dd. "diritti-doveri", ossia situazioni giuridiche soggettive funzionalizzate ad interessi altrui od oggettivi: "situazioni soggettive sicuramente qualificabili come diritti soggettivi

²⁵ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 34. La centralità dei diritti inviolabili (così definiti) potrebbe comportare precise conseguenze anche sul terreno penalistico: i diritti inviolabili potranno costituire il grimaldello risolutivo del macro-problema relativo alla necessità di rinvenire nel sistema costituzionale un criterio di delimitazione della potestà punitiva statale. Il tema meriterebbe, tuttavia, una trattazione a sé, giusta la sua complessità.

²⁶ *Ivi*, p. 13.

²⁷ *Ivi*, p. 24. Ad essere funzionalizzati dunque non sono i diritti, ma esclusivamente i "doveri costituzionali in vista della ricerca di condizioni minimali di integrazione "solidale", senza degenerare in asfittiche logiche impositive" (GUSMAI A., *op. cit.*, p. 12.

pubblici – e compresi, come tali, fra i diritti inviolabili di cui all'art. 2 – non sono in alcun caso suscettibili, per nostro diritto positivo, di funzionalizzazione”²⁸.

Quand'anche nei diritti di libertà costituzionalmente presidiati difetti, come si è appena detto, qualsiasi funzionalizzazione, essi, nondimeno, racchiudono in sé non solamente un profilo individualistico (cfr. artt. 3, comma 1; 15, comma 1; 21, comma 1 e 33 Cost.), ma anche una dimensione collettiva (cfr. 21, comma 2; art. 22; art. 49; art. 18; art. 52 u.c.; artt. 98, 67, comma 1 e 3; art. 97 Cost.), la quale si radica in una “progressiva integrazione delle opinioni [e libertà] individuali in una sintesi più articolata e complessa atta a favorire l'influenza nella vita politica dello Stato”²⁹.

Un importante corollario di tutto quel che si è detto si incentra sul modo in cui va inteso il dovere costituzionale di difesa della patria, previsto dall'art. 52, comma 1 Cost. L'Autore in proposito rigetta la c.d. teoria, di matrice teutonica, della “democrazia militante”, secondo cui il dovere costituzionale di fedeltà (di cui all'art. 54, comma 1 Cost) si dissolverebbe in quello di difesa dello Stato, trasfigurandosi in una richiesta ai consociati, da parte dell'ordinamento, di una “adesione totale” ai valori costituzionali. Il dovere di difesa è invece meno esigente, e si riannoda agli artt. 11 e 78 Cost., insorgendo dunque con esclusivo riferimento alla sfera internazionale e ai rapporti fra il nostro e gli altri Stati, con la conseguenza che nessuna limitazione, *ex artt. 78 (e 77) Cost.*, delle posizioni giuridiche costituzionalmente garantite può ritenersi costituzionalmente legittima se non è volta alla difesa dello Stato da *minacce esterne*³⁰. Da qui (242-243) la “nettissima” differenza fra dovere di difesa e dovere di fedeltà, operando quest'ultimo in ogni ambito giuridico, e non solo nei rapporti internazionali dello Stato)³¹.

²⁸ *Ivi*, p. 28.

²⁹ *Ivi*, p. 64.

³⁰ *Ivi*, p. 240.

³¹ *Ivi*, pp. 242-243. L'Autore distingue poi il dovere di difesa anche da quello di prestazione militare (art. 52, comma II, Cost.), non gravando quest'ultimo, a differenza del primo, su tutti i cittadini, ma solamente su coloro che siano ritenuti idonei alla prestazione dell'obbligo militare, ed essendo “esplicato col mezzo delle armi”, laddove invece del diritto di difesa la Carta costituzionale non specifica le modalità di adempimento.

È giunto ora il momento, evidenziati i principali meriti, ad avviso di chi scrive, del testo in esame sul piano generale (senza, dunque, essersi inoltrati in tutti singoli doveri costituzionali trattati nell'opera, su una parte soltanto dei quali si farà ancora riferimento quando ciò si riveli utile all'economia del discorso), sottolineare taluni profili di criticità, che riposano, essenzialmente, nelle seguenti questioni teoriche: la relazione intercorrente fra i diritti inviolabili e i doveri inderogabili e, ancor più in generale, fra diritti e i doveri³², meritevole di alcune ulteriori osservazioni; il rapporto fra doveri e meri limiti o fra doveri e "raccomandazioni"; la distinzione, non delineata nel testo, fra piano precettivo e piano sanzionatorio nell'ambito dei doveri costituzionali.

Dal punto di vista della relazione diritti-doveri, per quanto l'Autore abbia operato, come si è visto, diverse e rilevanti distinzioni fra diritti inviolabili e doveri inderogabili, un punto sembra da mettere più nettamente in rilievo: l'inderogabilità dei doveri si differenzia qualitativamente dall'invulnerabilità dei diritti in quanto della prima il legislatore è autorizzato o talora anche vincolato a delimitarne l'estensione e la misura, circoscrivendone così la portata applicativa; la seconda invece ha, a giudizio dello scrivente, carattere assoluto, con il solo limite, normativo ma prima ancora logico, della pacifica coesistenza fra più diritti inviolabili in capo ai diversi soggetti dell'ordinamento. Così, se i doveri inderogabili possono, nel tramutarsi in obblighi per via legislativa, rinvenire propri limiti *interni* legislativamente tracciati (pur non fino a dissolverli, naturalmente, a pena di sopprimere gli interessi costituzionali cui i doveri si funzionalizzano), i diritti inviolabili, al contrario, non possono trovare alcun limite interno (se non quello, naturalmente, derivante dalla loro stessa fisionomia logico-letterale), ma arrestano il proprio cammino solamente incontrando altri diritti o interessi *esterni*. La Corte costituzionale ne ha dato esplicita, sia pur non ampiamente sviluppata né sistematica, conferma³³.

³² Su tale grande questione, cfr. in generale F. MARONE (a cura di), *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale?*, cit.

³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 9 del 1965, punto 1 *Considerato in diritto*: "non si nega che una libertà garantita dalla Costituzione possa trovare dei limiti al suo esercizio, ma codesti limiti devono

Lo stesso rapporto, in generale, fra diritti e doveri abbisogna forse di qualche ulteriore precisazione. Nel testo in analisi, ad esempio, non si dà conto di come sia possibile che i compiti genitoriali di cui all'art. 30 Cost. siano qualificati *al contempo* come diritti e doveri, analogamente al diritto/dovere al lavoro e, anche se non è espressamente stabilito in costituzione che si tratta di un diritto, al voto. Ancora: a determinate condizioni, quando cioè entri in gioco l'interesse della collettività inteso come tutela della salute *altrui*³⁴, anche il diritto alla salute si colora di doverosità (*ex art. 32, comma 2 Cost.*). Ciò sembra confliggere con la necessità, ben rimarcata dall'Autore, di non funzionalizzare mai i diritti e le libertà costituzionali a fini eteronomi e segnatamente a fini ordinamentali: questo assunto sembrerebbe appunto, in assenza di ulteriori notazioni, contraddetto dalla stessa Carta costituzionale, nella misura che si è detta. Ebbene, si ritiene che le cose non stiano così. Lo si può evincere, ci si augura, dal seguente ragionamento: una singola posizione giuridica soggettiva può, sì, talora dispiegarsi sia sotto forma di diritto che nelle fogge di dovere; tuttavia, mai si potrà avere al contempo un diritto ed un dovere sotto il medesimo profilo, nella medesima situazione e con riferimento alla medesima condotta, a pena di *contradictio in adiecto*: il diritto può infatti *esercitarsi* ma anche *non esercitarsi*. In assenza della possibilità di esercitarlo, si avrà un *limite* al medesimo, ovvero sia una sua *violazione* (se siano questi costituzionalmente legittimi o meno è altra questione; cfr. quanto si dirà a breve circa la differenza fra limiti e violazioni); in assenza della possibilità di *non* esercitare la condotta che ne forma oggetto, si avrà un *dovere*.

Un esempio è offerto dallo stesso Autore, quando afferma come il *dovere* di istruzione costituisca il perno attorno a cui ruotano anche l'insegnamento e la scuola (sebbene fra i tre elementi intercorra un nesso di reciproca strumentalità)³⁵.

Vero è che l'insegnamento (art. 33 Cost.) è *libero*, ma il suo alveo operativo è

nascere da diritti e beni 'concorrentemente' tutelati dalla Costituzione o da questa posti contestualmente alla concessione del diritto di libertà, il quale nasce, così, subordinato al rispetto di determinate condizioni".

³⁴ Cfr. al riguardo Corte cost., sent. 307 del 1990.

³⁵ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 427: "è l'istruzione il concetto normativo fondamentale in materia. E ad esso il Testo costituzionale subordina, in funzione di strumentalità, sia pure su piani e con gradazioni diverse, gli altri due: insegnamento e scuola".

appunto circoscritto dal *dovere di istruire* il minore. È solo al di fuori dei confini di doverosità dell'istruzione che può dispiegarsi la libertà (quindi il diritto) di insegnamento. Lo stesso schema opera con riguardo ai diritti/doveri genitoriali *ex art. 30*, al diritto/dovere legato al lavoro (dovere di cercare un lavoro, diritto di ottenerlo ove possibile; diritto di scegliere, in quanto possibile, il proprio lavoro, dovere di svolgerlo una volta conseguito), alla salute (diritto di essere in salute nella generalità dei casi, dovere di curarsi quando possa derivare dall'omesso assolvimento al medesimo un pregiudizio alla salute altrui) al voto (dovere di votare, diritto di scegliere un determinato partito o una determinata coalizione, così come di non sceglierne alcuno/alcuna³⁶).

Dalla considerazione appena svolta in ordine all'insussistenza di limiti *interni* ai diritti ed alla necessità che i diritti trovino gli unici limiti *all'esterno*, discende l'imprescindibilità di mettere meglio a fuoco il rapporto fra doveri costituzionali e meri limiti. L'Autore li distingue rigidamente, come si è visto sopra. Per esemplificare, gli artt. 41, commi 2 e 4, e 42, commi 2 e 4 Cost. (ma anche 43, 44, 45, 46 e 47, sui quali non è il caso di soffermarsi), pongono, ad avviso dell'Autore, esclusivamente dei *limiti* (talora addirittura mere *raccomandazioni* derivanti da principi e direttive) ai diritti ivi riconosciuti (rispettivamente, libera iniziativa economica e proprietà): mancherebbe, perché siano configurati autentici doveri, il riferimento soggettivo tipico del dovere; le norme avrebbero inoltre confini troppo labili per dar luogo a doveri, e sarebbero piuttosto denotative di mere situazioni di soggezione³⁷.

Si ritiene che le cose non stiano esattamente così. In particolare, occorre prendere le mosse da un'assunzione: se è vero che tutti i doveri costituzionali sono, come si è visto, *nominativamente indicati* dalla Costituzione, è altrettanto vero che sussiste nel sistema costituzionale un *primo, grande dovere*, che presuppone tutti gli altri: non violare i diritti inviolabili. Solo mediante questo assunto si può comprendere come i diritti inviolabili siano limitati dagli altri diritti inviolabili. La Costituzione detta,

³⁶ *Ivi*, p. 345.

³⁷ *Ivi*, p. 449 ss.

naturalmente, solo i criteri di massima ed i valori di fondo cui deve ispirarsi il legislatore ordinario nel bilanciare i diversi diritti inviolabili in gioco (se ne farà subito un esempio con riguardo all'art. 41), e spetta, nei limiti del rispetto della Costituzione, alla sfera di discrezionalità politica esercitare l'*actio finium regundorum* dei medesimi.

Se però si unisce quest'ultimo rilievo con la sopra riportata impossibilità di coesistenza nella medesima situazione giuridica e sotto il medesimo profilo di un diritto e di un dovere, ne deriva che a ben vedere il diritto finisce proprio quando subentra il dovere (nel concreto, come si è detto spetterà poi al legislatore determinarlo) di rispettare i diritti inviolabili (o quando subentra un altro dovere costituzionale non immediatamente legato ai diritti inviolabili ma a questi strumentale), i quali fungono perciò da *limiti*, in questo senso, al diritto in questione. Ecco dunque perché in realtà doveri e limiti non sono (o almeno non sono sempre) posizioni giuridiche ontologicamente distinte ma piuttosto due differenti aspetti della medesima dinamica, due differenti angolature da cui guardare al rapporto fra diritti inviolabili e doveri inderogabili: si discorre consuetamente di un dovere se si guarda solo alla condotta cui è tenuto il soggetto in capo al quale esso incombe, e di limite se invece si guarda anche al diritto che egli avrebbe in assenza del limite che lo comprime.

Un esempio chiarirà subito quanto si è detto: l'art. 41, comma 2 Cost. prevede che l'iniziativa economica "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana". La norma in questione segna, a giudizio di chi scrive, un autentico *dovere costituzionale in senso stretto*, ribadendo qui esplicitamente il *primo dovere costituzionale implicito*, cioè la necessità di rispettare i diritti inviolabili³⁸ (e addirittura, anche l'utilità sociale e l'ambiente, che ai diritti inviolabili sono o devono intendersi come direttamente strumentali): essa ha un valore rafforzativo di un dovere già immanente nel sistema in quanto l'iniziativa economica costituisce

³⁸ Tale dovere si differenzia da quello, contiguo ma distinto, di rispettare i *valori* della Repubblica, di cui all'art. 54, comma I, Cost., per come interpretato da Lombardi (*op. cit.*, p. 129 ss.).

una tipica modalità di violazione di detti doveri. Questi ultimi possono essere peraltro riguardati anche come appunto *limiti* all'estensione del diritto soggettivo legato alla libera iniziativa economica. La Costituzione non segna certo direttamente e precisamente la *misura* di tale limite, ma dall'art. 41 cpv si può enucleare il *criterio* al quale il legislatore ordinario dovrà improntare la propria attività ed i propri bilanciamenti, e cioè il criterio della *prevalenza*, in linea di principio, di utilità sociale, salute, ambiente, sicurezza, libertà e dignità umana sulla libera iniziativa economica³⁹.

Non vale obiettare che la vaghezza dell'art. 41 osterebbe alla configurazione di un dovere in senso stretto⁴⁰. Siffatta obiezione finirebbe infatti per provare troppo: come non riproporla anche, ad es., con riguardo all'art. 52 Cost., che sancisce un generale (e generico) dovere di difesa della patria, senza specificarne le modalità? Si potrebbe anzi rimarcare che l'intera Carta costituzionale non contiene, nella maggior parte dei casi, disposizioni così puntuali da poter essere applicate indipendentemente dall'approvazione di fonti primarie che ne riempiano i (plurimi) coni d'ombra.

Come, infine, si sono ricondotti doveri e limiti ad una medesima medaglia, così bisogna, al contrario, *separare* concettualmente in modo netto i *limiti* ai diritti dalle relative *violazioni*. Il limite indica una *assenza* del diritto (l'impossibilità, cioè, che questo si estenda al di là del confine segnato) al di là di tale limite. La violazione, invece, *presuppone proprio la presenza e persistenza del diritto*, che viene tuttavia, *appunto, violato*, risultandone *leso il libero esercizio*: se il diritto non vi fosse, non avrebbe infatti alcun senso parlare di una sua violazione. Un esempio chiarirà subito quanto si è detto: sul piano precettivo, una norma penale determinerà una condotta *vietata*: tale divieto, ove sia costituzionalmente legittimo⁴¹, vale a stabilire

³⁹ È chiaro che tale prevalenza non si può sicuramente, a pena di vanificare il primo comma dell'art. 41 (che sancisce appunto la *libertà* della iniziativa economica), risolvere in una compressione totale o irragionevole dell'iniziativa economica. Non si può però d'altro canto neppure negarla.

⁴⁰ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 449, che, come si è anche ricordato nel testo, fa riferimento alla mancanza di un riferimento soggettivo tipico del dovere e alla labilità dei contorni della norma.

⁴¹ Ché altrimenti il limite si trasforma, sul piano costituzionale, in una violazione del diritto costituzionalmente illegittima.

che non vi è alcun diritto di libertà di porre in essere quella condotta, in quanto appunto il diritto di libertà personale *ex art. 13 Cost. termina*, cioè non sussiste, proprio dove comincia il perimetro applicativo della norma penale. La norma, nel dettare il divieto, enuncia dunque un *limite*. Ove, invece tale limite sia illegittimamente oltrepassato, ne seguirà una *sanzione*, tipicamente *detentiva* e quindi *restrittiva della libertà personale*: in questo secondo caso, il diritto alla libertà personale *permane* ma è *violato*, cioè ne è *leso il libero esercizio*, e la violazione sarà legittima solo nella misura in cui la sanzione (o a monte il precetto) non risulti in contrasto con la Costituzione. Con un'immagine, si può concludere che il limite comprime il diritto *a monte*, cioè impedisce che sorga o, in caso di limite sopravvenuto, semplicemente cancella il diritto e quindi ne erode *ex tunc*, nella misura del limite, non solo il libero esercizio ma la stessa titolarità⁴²; la violazione, invece, lo comprime *a valle*, cioè ne lede il libero esercizio una volta che sia sorto, senza però pregiudicare in alcun modo la titolarità del diritto: il detenuto rimane infatti titolare della diritto alla libertà personale, che è solo (momentaneamente, nella fisiologia dell'ordinamento⁴³) compresso nel suo libero esercizio, in attesa (sempre, beninteso, nella fisiologia del sistema) della relativa riespansione.

Si intende concludere l'analisi con un'ultima notazione critica dell'opera: un *fil rouge* che sembra interamente permearla si radica nella costante sovrapposizione, dal punto di vista dei doveri costituzionali, fra piano *precettivo* e piano *sanzionatorio*: ogniqualvolta, infatti, ad avviso dell'Autore, la Costituzione ponga in essere un

⁴² In caso di modificazioni legislative del perimetro del diritto, è chiaro che un limite introdotto successivamente *fa vanir meno un diritto precedentemente sorto*: più che comprimerlo, però, semplicemente lo "toglie dal campo"

⁴³ Ecco una importante ragione in più per negare cittadinanza nel nostro ordinamento al c.d. ergastolo ostativo: arrogarsi il potere di tenere imprigionato un individuo per la sua intera esistenza è incompatibile con uno Stato di diritto, in quanto equivarrebbe a recare al medesimo un pregiudizio totale alla libertà personale tutelata dall'art. 13 Cost: finirebbe in sostanza per sottrargli persino la titolarità su tale diritto, operazione giuridicamente non consentita, potendo l'ordinamento esclusivamente comprimerne l'esercizio. Una compressione, tuttavia, *definitiva* dell'esercizio non può non assimilarsi ad una sottrazione anche della titolarità sul diritto in parola. Sul tema degli ergastoli cfr., in particolare, T. PADOVANI, *Ergastolo in luogo della pena di morte: un'eredità giacente*, in C. E. PALIERO-F. VIGANÒ-F. BASILE-G. L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, tomo II, Giuffrè, Milano, 2018, p. 29 ss.; S. ANASTASIA-F. CORLEONE- A. PUGIOTTO (a cura di), *Contro gli ergastoli*, Futura, Roma, 2021.

dovere inderogabile, sembra potersi ricavare in automatico⁴⁴ la legittimità costituzionale di una sanzione penale per la violazione di tale dovere. L'Autore infatti conferisce il crisma di costituzionalità a numerose norme incriminatrici per il sol fatto che queste vadano a presidiare un dovere inderogabile: attraverso il dovere di fedeltà alla Repubblica, ad esempio, egli giustifica costituzionalmente il reato di vilipendio alla bandiera, anche oggi punito ex art. 292 c.p.: secondo l'Autore, verrebbe meno persino "quel minimo di accettazione dei postulati di legittimità dello Stato, espressi dalla forza integratrice dei simboli"⁴⁵; ancora: l'Autore legittima costituzionalmente *tutti i reati volti a presidiare il dovere di difesa*⁴⁶, o, addirittura, profila anche una possibile incriminazione del mancato esercizio del dovere di voto⁴⁷; lumeggia, infine, finanche un possibile *obbligo costituzionale di incriminazione*⁴⁸ rispetto all'inadempimento del dovere di istruzione⁴⁹, oggi presidiato dalla blanda sanzione penale contenuta nell'art. 731 c.p.

⁴⁴ Esemplarmente, G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 164, ove l'Autore afferma: "occorre distinguere, nelle varie ipotesi penalistiche che vengono in considerazione, se esse si basano sulla fedeltà, di cui attraverso lo strumento dell'obbligo penalmente sanzionato, tendono ad atteggiarsi come specificazione, oppure se loro supporto concettuale siano altri valori", concludendo che "nel primo caso il problema della legittimità costituzionale sembra da risolversi positivamente".

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ivi*, p. 250, con riferimento agli artt. 295, 296, 297, 299, 244 e 288 c.p. L'Autore legittima anche i reati che puniscono le relazioni illecite intrattenute con lo straniero, le condotte di spionaggio, di utilizzazione di segreti di stato etc., individuando nella *ratio* di tutela il connubio fra il dovere di difesa e quello di fedeltà.

⁴⁷ *Ivi*, p. 312, ove l'Autore precisa che i costituenti intesero "aprire al legislatore la possibilità di configurare l'esercizio del voto come 'obbligo' giuridico, e perciò munito di sanzione, libero rimanendo di disporre variamente la natura di quest'ultima, a seconda della sua operatività, sul piano penale o amministrativo"; *ivi*, pp. 340-341, secondo cui il legislatore "può configurare, stabilendo le opportune sanzioni, il voto come obbligatorio, in quanto, essendo esso previsto in sede costituzionale come dovere, tale vincolo non può legittimamente essere vanificato in sede di legislazione ordinaria: libera la legge elettorale di presidiare con sanzioni di varia natura l'obbligo di voto, scegliendo *tra quelle penali* [corsivo nostro] o, altrimenti, tra le varie gradazioni che possono assumere quelle amministrative, o, ancora, quelle costituzionali [cioè?], ma illegittima sarebbe in ogni caso da ritenere la legge per la quale fosse indifferente, sotto il profilo giuridico, il mancato esercizio del voto".

⁴⁸ Sull'ampio tema degli obblighi costituzionali di incriminazione, cfr. C. PAONESSA, *Vincoli costituzionali e tutela penale: l'occasione per fare il punto, a partire da alcune recenti vicende giurisprudenziali*, in *discrimen.it*, 2021; ID., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Edizioni ETS, Pisa, 2009; D. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 484 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, vol. I, 3^a ediz., Milano, Giuffrè, 2001, p. 501 ss.

⁴⁹ G. M. LOMBARDI, *op. cit.*, p. 438.

Va senz'altro valorizzato il merito dell'Autore di avere, in buona parte, anche *circoscritto* il potere legislativo di incriminazione, escludendo dal novero dei reati costituzionalmente legittimi quelli non riconducibili ad alcun dovere costituzionale inderogabile o alla tutela di un valore o interesse costituzionale (l'Autore sembra qui preconizzare la notissima teoria bricoliana sull'aggancio del bene giuridico a interessi o valori di ordine costituzionale)⁵⁰; tuttavia, va rimarcato che se la non riconducibilità dei reati ai doveri e ai valori costituzionali conferisce alle disposizioni che li prevedano una indubbia patente di *illegittimità*, non vale la proposizione inversa, secondo cui la semplice conformità di una incriminazione all'esigenza di tutela di un valore costituzionale conferirebbe *ex se* una patente di *legittimità* costituzionale. Ché altrimenti, se non altro, si valorizzerebbe, dal punto di vista del fondamentale principio costituzionale di ragionevolezza, esclusivamente l'elemento teleologico, e non anche quello, imprescindibile, della necessità e proporzionalità dei mezzi adoperati per perseguirlo. Privare della libertà personale⁵¹ chi vilipenda una bandiera è forse una risposta sanzionatoria ragionevole per il semplice fatto che il fine perseguito è il valore di fedeltà alla Repubblica? In ogni caso, prima di affermare la legittimità costituzionale di una norma incriminatrice, occorrerà fare i conti con tutti i principi costituzionali in materia penale, anche ricavati implicitamente dalla Carta fondamentale (come ad

⁵⁰ *Ivi*, p. 168 ss., ove l'Autore ha ritenuto costituzionalmente illegittime le disposizioni incriminatrici incompatibili con i valori costituzionali, come ad es. i delitti contro l'ordine pubblico, in quanto la Costituzione farebbe riferimento soltanto alla incolumità e sicurezza pubblica, "concetti più circoscritti e meno arbitrariamente dilatabili". I doveri costituzionali renderebbero quindi superfluo il concetto *costituzionale* di ordine pubblico, mentre la sua variante amministrativistica si ridurrebbe alla nozione di convivenza e "coesistenza fra le varie sfere di libertà", ragion per cui "viene nettamente respinta quella concezione volta a ravvisare [nell'ordine pubblico] un limite immanente a tutto l'ordinamento delle garanzie individuali", con conseguente illegittimità costituzionale di tutte quelle fattispecie non riconducibili ai doveri costituzionali (in particolare, di osservanza, fedeltà e difesa) o alla nozione di convivenza. Attraverso tale circoscrizione l'Autore sembra, come si è sostenuto nel testo, anticipare la notissima teoria generale del reato elaborata da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, Tipografia Sociale Torinese, Torino, 1974, p. 14 ss.

⁵¹ Vero è che l'arsenale sanzionatorio penale non comprende solo pene detentive, ma non può trascurarsi che tale tipo di pena costituisce ancor oggi lo strumento privilegiato in materia penale.

es. il principio di offensività, di materialità, di diritto penale come *extrema ratio* etc.)⁵².

L'Autore ha, nella sua celebre opera, ricostruito (e ne si sono evidenziati gli elementi salienti e, ad avviso dello scrivente, talune criticità) il volto costituzionale del dovere. Rimane da ricostruire, anche, auspicabilmente, sulla base delle riflessioni qui tracciate, il volto costituzionale del dovere e della sanzione per il relativo inadempimento in campo *penale*.

⁵² Cfr. T. Padovani-L. Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 66: "il modulo organizzativo adottato dal codice Rocco nella strutturazione della parte speciale riflette una realtà politica e istituzionale non conciliabile con l'ordinamento costituzionale repubblicano. Vero è che l'assetto normativo originario ha subito nel corso degli oltre sessant'anni di vigenza e, a partire dal 1944, rimaneggiamenti e modifiche talvolta profondi. [...] Ma tali rimaneggiamenti e tali modifiche, nonché modificare la trama originaria, ne hanno vieppiù denunciato l'obsolescenza, riducendola ad un ammasso di orrendi cascami sfilacciati e consunti. La bussola del codice Rocco è letteralmente impazzita, e sulle sue mappe corrose dal tempo non è più possibile decifrare alcuna rotta. [...] Si è, per così dire, versato il vino nuovo in botti vecchie, anzi vetuste".