

MASSIMO MONTEDURO
Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze
Giuridiche dell'Università del Salento
massimo.monteduro@unisalento.it

**DOVERI INDEROGABILI
DELL'AMMINISTRAZIONE
E DIRITTI INVIOLABILI DELLA PERSONA:
UNA PROPOSTA RICOSTRUTTIVA**

**THE PUBLIC ADMINISTRATION'S NON-DEROGABLE
DUTIES AND THE HUMAN PERSON'S NON-VIOLABLE
RIGHTS: A WORKING HYPOTHESIS**

SINTESI

L'articolo, ponendosi in distonia con l'interpretazione dell'art. 2 della Costituzione tradizionalmente invalsa nella dottrina maggioritaria, offre e sviluppa argomenti a sostegno di una diversa lettura: lo stesso art. 2 Cost. fonderebbe direttamente, nell'*in*, l'esistenza di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale. Nello scritto, dichiaratamente di carattere esplorativo, si discutono presupposti, antitesi, tesi e corollari di questa diversa interpretazione, mostrando come dall'accoglimento di essa potrebbe discendere un cambio di paradigma, a vari livelli, nel modo di ricostruire le relazioni tra persona e amministrazione.

ABSTRACT

The paper, placing itself in contrast to the interpretation of art. 2 of the Italian Constitution traditionally well established in the major legal literature, offers and develops some arguments in support of a different interpretation: the art. 2 Const. would directly form the basis of the existence of public administration's «non-derogable duties», instrumental to guarantee the «irreducible core» of human person's «non-violable rights», in the light of constitutional solidarity. The paper – just exploratory – discusses assumptions, antitheses, theses and corollaries of this different interpretation, showing how it may lead to a paradigm shift, at various levels, in reconstructing the relationship between human persons and public administrations.

PAROLE CHIAVE: doveri inderogabili, diritti inviolabili, amministrazione pubblica, persona umana, sovranità

KEYWORDS: non-derogable duties, non-violable rights, public administration, human person, sovereignty

INDICE: Le ipotesi di lavoro. – I. Parte prima (§§ 1-9): il problema dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. [sul piano soggettivo]. – II.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

Parte seconda (§§ 10-27): il problema dell'identificazione dei doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona nel prisma dell'art. 2 Cost. [sul piano oggettivo]. – III. Parte terza (§§ 28-46): il problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili nei loro rapporti con la sovranità, la legalità, i poteri amministrativi, gli interessi legittimi e pubblici, l'organizzazione, i vincoli finanziari, le tutele giurisdizionali [sul piano relazionale].

Le ipotesi di lavoro.

Lo studio offre al dibattito alcune ipotesi di lavoro, che possono essere parzialmente anticipate nei seguenti termini:

- l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nell'*an*, l'esistenza di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei «diritti inviolabili» della persona umana nel prisma della solidarietà costituzionale;

- tali doveri inderogabili non hanno solo ad oggetto, in negativo, l'astensione da ingerenze, bensì soprattutto, in positivo, l'intervento sostenuto delle pubbliche amministrazioni; i doveri amministrativi inderogabili corrispondono, in prospettiva sistematica, a quelle che la Corte EDU definisce «*positive obligations*» in capo agli Stati, scaturenti per gemmazione dagli stessi diritti fondamentali dell'uomo i quali, per non restare teorici o illusori, richiedono che le pubbliche amministrazioni si attivino con proprie misure per consentire concretamente l'esercizio e renderne effettivo il godimento;

- i doveri amministrativi inderogabili non sono irrelati, ma integrano situazioni giuridiche soggettive relazionali cui corrisponde, dal lato attivo, la sovranità popolare in una delle sue «forme» costituzionali, ossia la sovranità «impressa» nei diritti inviolabili rispetto al loro nucleo irriducibile;

- i doveri amministrativi inderogabili non si confondono, identificano o esauriscono nei soli obblighi che specifiche disposizioni di legge impongono alle pubbliche amministrazioni; gli obblighi di legge relativi all'esercizio del potere, infatti, sono derogabili da altre, diverse o speciali, disposizioni di legge, mentre non lo sono i doveri amministrativi inderogabili, i quali costituiscono «limiti» permanenti alla sovranità «espressa» – nella forma della legge – dalle maggioranze contingenti;

- i doveri inderogabili rappresentano le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi sono configurabili come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'«adempimento» dei doveri inderogabili.

I. Parte prima (§§ 1-9): il problema dell'imputazione alle pubbliche amministrazioni dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. [sul piano soggettivo].

§ 1 La dottrina costituzionalistica ritiene, in larga maggioranza, che titolari dei «doveri inderogabili di solidarietà» cui si riferisce l'art. 2 Cost. siano soltanto soggetti privati, singoli o associati, escludendo che la previsione costituzionale sia riferibile a soggetti pubblici quali le pubbliche amministrazioni¹.

Una simile visione evidentemente precluderebbe, in radice, lo stesso avvio di uno studio sui doveri *amministrativi* inderogabili che intenda fondarsi sull'art. 2 della Costituzione.

Poiché il presente contributo intende invece tentare di percorrere tale strada, diviene necessario dar conto delle ragioni variamente addotte a sostegno della tesi – come si è detto, tuttora maggioritaria – che tradizionalmente esclude la riferibilità alle pubbliche amministrazioni del dettato dell'art. 2 Cost., ed interrogarsi sull'insuperabilità o meno di tali argomenti.

§ 2 La tesi *sub* § 1 che esclude dal perimetro semantico dell'art. 2 Cost. i soggetti pubblici afferma che questi ultimi sarebbero non già titolari di «doveri inderogabili» bensì attributari di «competenze», di «funzioni», di «interessi pubblici» o sottoposti a «limiti» costituzionali: secondo questo orientamento, i concetti di competenza, funzione, interesse pubblico o limite sarebbero inassimilabili e irriducibili a quello di dovere (costituzionalmente) inderogabile.

Occorre tuttavia considerare quanto segue.

§ 3 In primo luogo, tale tesi è stata sottoposta a critica da una parte, seppur rimasta minoritaria, della stessa dottrina costituzionalistica².

Secondo questo orientamento, possono qualificarsi come doveri costituzionali inderogabili anche quelli al cui adempimento sono chiamati non soggetti privati, ma organi o soggetti pubblici dell'ordinamento costituzionale – tra cui le pubbliche amministrazioni –, in quanto:

(i) non vi sarebbe disomogeneità tra il concetto di *funzione pubblica di rilievo costituzionale* (e quelli, legati alla funzione, di competenza, limite e interesse pubblico) e il concetto di *dovere costituzionalmente inderogabile*; al contrario, il pri-

¹ In tal senso (esemplificativamente, tra i molti autori) G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 10 ss.; C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1968, p. 63 ss.; G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza della Corte*, 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 Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006), Torino, Giappichelli, 2007, p. 365 ss., spec. p. 366; F. GRANDI, *Doveri costituzionali e obiezione di coscienza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014, pp. 52-53; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in www.forumcostituzionale.it, 20 aprile 2015, p. 5.

² B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 232 ss., spec. p. 249 ss.; ID., *Etica repubblicana e Costituzione dei doveri*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 61 ss.

mo dovrebbe ritenersi implicato logicamente e attratto giuridicamente nel secondo³;

(ii) accanto ai doveri inderogabili «individuali» o «personali», imputati ai soggetti privati o in quanto singoli o in quanto associati in formazioni sociali (ad esempio, i doveri di cui agli artt. 4 c. 2, 17 c. 3, 18 c. 2, 30 c. 1, 48 c. 2, 52, 53, 54 c. 1, XII disp. trans. c. 1, Cost.), sarebbero evincibili dal testo costituzionale anche doveri inderogabili «funzionali» o «istituzionali», imputati a organi e soggetti pubblici di rilievo costituzionale in seno alla Repubblica (possono citarsi ad esempio gli artt. 5, 6, 9, 13 c. 3, 21 c. 4, 24 c. 3, 27 c. 3, 31, 32 c. 1, 33 c. 2, 34 c. 4, 35 cc. 1, 2 e 4, 37 c. 3, 38 c. 4, 77 c. 2, 85 c. 2, 86 c. 2, 87 cc. 3 e 6, 94 cc. 1 e 3, 97 c. 1, 111 c. 6, 112, 119 c. 5, 120 Cost.⁴);

(iii) mentre i doveri costituzionali individuali inciderebbero sulla sfera soggettiva delle libertà personali (e sarebbero garantiti nella loro effettività da una sanzione di natura personale a carico dell'inadempiente), i doveri costituzionali funzionali comprimerebbero, piuttosto, le sfere di autonomia e di discrezionalità dei soggetti pubblici (caratterizzandosi per la capacità di neutralizzare le condotte poste in essere in violazione del dovere, in aggiunta alla sanzione personale del singolo preposto all'ufficio).

In una prospettiva non lontana, altra parte della dottrina ha sottolineato come la Costituzione richieda l'«adempimento dei doveri di solidarietà da parte delle persone, delle formazioni sociali e degli apparati pubblici» nel prisma del «principio di solidarietà che lega le persone, le formazioni sociali e gli apparati pubblici nel segno di una nuova sintesi storica tra libertà ed eguaglianza»⁵; in senso analogo, si è aggiunto che «nella solidarietà della Costituzione rientrano [...] i comportamenti doverosi dello Stato, di enti pubblici o di individui»⁶.

§ 4 In secondo luogo, non può ignorarsi come più volte la Corte costituzionale abbia inequivocabilmente intestato anche a soggetti pubblici, e non solo a soggetti privati, la titolarità dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.

³ Nella letteratura amministrativistica, per la dimostrazione del radicamento della funzione – e dell'organizzazione amministrativa – nel dovere, sia pur con accenti diversi e senza riferimenti diretti all'art. 2 Cost., v. F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005 (la quale richiama l'insegnamento di G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2000, p. 81; si v. di recente ID., *Interessi e amministrazioni pubbliche. Gli interessi a soddisfazione necessaria*, in D. PAPPANO [coord.], *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, Vol. I. *Il metodo e la teoria generale. Nozioni elementari e gradazioni* [a cura di D. D'Alessandro e D. Pappano], Torino, Giappichelli, 2019, p. 105 ss., spec. p. 128) e S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; per un radicamento fondato esplicitamente sull'art. 2 Cost. v. invece, di recente, L.R. PERFETTI, *La pubblica amministrazione come dovere* [dattiloscritto inedito destinato agli Scritti in onore di Franco Gaetano Scoca, in corso di pubblicazione], 2020.

⁴ Gli esempi richiamano, con alcune ulteriori integrazioni, l'elenco fornito da B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., pp. 255-256, nt. 75 e 76.

⁵ F. GIUFFRÈ, *I doveri di solidarietà sociale*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 24 ss., citazioni a p. 38 e a p. 44 (corsivi aggiunti).

⁶ L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 44 ss., citazione a p. 50 (corsivi aggiunti).

Si veda in particolare la sentenza n. 208 del 16 dicembre 1971 (Rel. Crisafulli), in cui la Consulta è stata chiarissima nell'affermare che «*tutti* devono animosamente cooperare, nell'adempimento di quei “doveri inderogabili di solidarietà ... sociale” che l'art. 2 della Costituzione ha solennemente posto a base dell'ordinamento vigente e che non concernono i soli individui, ma incombono del pari sui gruppi organizzati e gli enti di qualsiasi specie»⁷, riferendosi, in quel caso, ai doveri costituzionali inderogabili incombenti sullo Stato-apparato «in presenza di catastrofi che commuovono la pubblica opinione, anche internazionale, reclamando la massima concentrazione di energie umane e di mezzi materiali, ivi compresi quelli di cui soltanto lo Stato è in grado di disporre».

In successive sentenze, la Corte costituzionale ha riferito ad altri enti pubblici, quali le regioni, i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.: ad esempio, nella sentenza n. 331 del 3 novembre 2010, ove si legge che «non è immaginabile che ciascuna Regione [...] possa sottrarsi in modo unilaterale al sacrificio [...] in evidente violazione dei doveri inderogabili di solidarietà economica e sociale»; o nella sentenza n. 219 del 16 luglio 2013, in cui la Corte, sempre a proposito delle regioni, ha affermato che «autonomia non significa, infatti, potestà di deviare rispetto al comune percorso definito dalla Costituzione, sulla base della condivisione di valori e principi insensibili alla dimensione territoriale, tra i quali spicca l'adempimento da parte di tutti dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost.)».

§ 5 Anche parte della giurisprudenza amministrativa ha manifestato, in alcune occasioni, piena consapevolezza di ciò.

Meritevole di citazione appare, in particolare, una recente pronuncia del CGARS: «il Collegio, ai fini del decidere, ritiene di richiamare quanto previsto dall'art. 2 della Costituzione, secondo il quale “la Repubblica ... richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”. Secondo la comune interpretazione e conformemente alle parole usate dal Costituente, l'affermato dovere di solidarietà è riferito a tutti i soggetti che operano all'interno della Repubblica, siano essi soggetti privati o soggetti pubblici, persone fisiche o giuridiche, i quali quindi sono chiamati a prestare appoggio, sostegno, aiuto, ovvero a condividere, nel senso di alleviare nei limiti del possibile, le situazioni di svantaggio, di disagio, disofferenza, nella quale possano trovarsi altri soggetti. Peraltro, il compito di rimuovere ostacoli che limitando di fatto l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana è ribadito dal comma 2 del successivo art. 3 della Costituzione. Bene inteso il Collegio non intende disconoscere che le modalità attraverso le quali deve concretizzarsi la solidarietà sono di norma stabilite dalla legge (*quantunque* l'art. 2 non vi faccia nessun rinvio, ma operi una chiamata diretta della Repubblica, ovvero di tutti i soggetti che operano nel suo ambito), ma ciò non toglie che il principio di solidarietà possa essere un principio guida per l'esercizio della discrezionalità e per l'organizzazione dei procedimenti amministrativi e soprattutto di quelli finalizzati ad “alleviare” gravi si-

⁷ Corsivi aggiunti.

tuazioni di svantaggio degli individui. Ciò in estrema sintesi significa che *le amministrazioni, che rappresentano una parte significativa della Repubblica, non possono chiudersi nella difesa degli interessi affidati alla loro cura in un processo di assolutizzazione dei medesimi*⁸.

§ 6 In terzo luogo, vi è un ulteriore percorso argomentativo che meriterebbe di essere esplorato.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionale considerano titolari dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost., oltre alle persone singole, anche le «formazioni sociali» menzionate dallo stesso art. 2⁹.

Ciò posto, va ricordato che, secondo una nota proposta ricostruttiva¹⁰, cui qui si aderisce, anche le pubbliche amministrazioni potrebbero rientrare all'interno della nozione di «formazioni sociali» se intesa in senso ampio: la latitudine di tale nozione, peraltro, sembra in parte riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, secondo la quale «per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico»¹¹. Secondo autorevole dottrina, la stessa «Repubblica» sarebbe da considerarsi formazione sociale, ed anzi «la massima formazione sociale, che permette a tutti i soggetti dell'ordinamento di svolgere la propria personalità individuale»¹².

Ove si condivida questa lettura, non vi sarebbero ostacoli ad imputare i doveri inderogabili di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. anche alle «formazioni sociali pubbliche», oltre ovviamente a quelle private.

Si tratta tuttavia di un passo che, ad oggi, ancora non è stato compiuto neppure dalle posizioni dottrinali più avanzate sul tema, le quali, pur qualificando le pp.aa. come formazioni sociali, restano attestate sulla tesi secondo cui i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. sarebbero riferibili non già alle pubbliche amministrazioni come persone giuridiche, bensì soltanto alle singole

⁸ Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 25 luglio 2017, n. 343 (corsivi aggiunti).

⁹ Per i «doveri delle formazioni sociali in quanto tali», il cui «dato normativo di partenza è l'art. 2 Cost., in quanto applicabile anche alle formazioni sociali, come ha incidentalmente sostenuto la Corte costituzionale nella sent. n. 208 del 1971», v. I. MASSA PINTO, *Doveri e formazioni sociali. Il dovere di fedeltà alla Repubblica come dovere di non rompere l'armistizio tra gruppi portatori di fini non negoziabili (ovvero il dovere di comprendere le ragioni degli altri)*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 52 ss., citazione a pp. 73-74; ma cfr. già A. BARBERA, *Art. 2. Principi fondamentali (artt. 1-12)*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, p. 97, nt. 2; M. VILLONE, *Sciopero e solidarietà nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1980, pp. 48-49.

¹⁰ M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Pol. dir.*, 1975, p. 579 ss., spec. p. 582, la cui impostazione, sul punto, è stata ripresa e sviluppata soprattutto da F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella "formazione sociale" "organizzazione pubblica"*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2003, p. 769 ss.

¹¹ Corte cost., sentenza n. 138 del 15 aprile 2010.

¹² F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, Venezia, Libreria universitaria editrice, 1975, p. 57.

persone fisiche – funzionari e dipendenti –incardinate nell'organizzazione amministrativa¹³.

§ 7 L'ultimo profilo menzionato (*sub* § 6, in fine) merita una riflessione.

È pacifico che nel novero dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. sia da includersi il «*dovere di svolgere*, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, una attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 c. 2 Cost.).

Il riferimento allo svolgimento di una *funzione* come oggetto di un dovere inderogabile di adempimento richiesto dalla Repubblica è vieppiù rafforzato dal testo costituzionale ove si tratti di una *funzione pubblica*: da un lato, l'art. 51 c. 3 impone a «chi è chiamato a *funzioni pubbliche elettive*» il dovere del «loro *adempimento*» (ed è evidente l'identità del lemma «adempimento» rispetto all'art. 2 Cost. che lo riferisce appunto ai doveri inderogabili); dall'altro lato, e soprattutto, l'art. 54 c. 2 stabilisce che «i cittadini cui sono affidate *funzioni pubbliche* hanno il *dovere di adempierle* con disciplina ed onore» e l'art. 98 c. 1 aggiunge che «i pubblici impiegati sono *al servizio esclusivo della Nazione*».

A giudizio di chi scrive, sarebbe un errore ritenere che il dovere inderogabile di adempiere alle funzioni pubbliche al servizio esclusivo dell'intera comunità nazionale resti, per così dire, “segregato” – in una prospettiva particolare – solo nelle limitate sfere individuali dei singoli funzionari, senza invece ascendere, espandersi ed estendersi transitivamente – in una prospettiva sistemica – anche alle pubbliche amministrazioni cui essi appartengono, che tramite essi agiscono, che da essi sono composte e vivificate.

Come è stato condivisibilmente osservato, «il legislatore costituzionale configura un'amministrazione “al servizio esclusivo della Nazione”: l'espressione è rivolta ai dipendenti della P.A. [...] ma è indubbiamente *traslabile all'apparato amministrativo nel suo complesso*»¹⁴.

Un concetto-cerniera che, per il tramite dell'organizzazione amministrativa, può consentire l'irradiazione dei doveri inderogabili dalla persona fisica del funzionario come “singolo” alla persona giuridica pubblica come “formazione sociale”, effondendo, comunicando e amplificando in capo a quest'ultima i medesimi doveri, è quello del «dovere d'ufficio», oggetto di notissimi contributi

¹³ Si v. ad es. F. FRACCHIA, *Il pubblico dipendente nella “formazione sociale” “organizzazione pubblica”*, cit., secondo cui «il riferimento all'art. 2 Cost. non può essere forzato oltre misura nell'impostazione dello studio dell'organizzazione pubblica», dovendosi invece ritenere che «all'uomo, in quanto inserito nella formazione sociale (nel caso: al dipendente o a chi svolge comunque un'attività nell'ambito dell'organizzazione pubblica), vada riferito un catalogo di diritti inviolabili e di doveri inderogabili [...] il riconoscimento di diritti e doveri alla persona consente anzi di delineare una netta distinzione tra amministrazione e dipendente, che si configurano come parti contrapposte».

¹⁴ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit., pp. 82-83 (corsivi aggiunti).

quali quelli di Ledda e Marongiu e recentemente posto al centro di una rinnovata e raffinata riflessione da parte della dottrina amministrativistica¹⁵.

Se si accede a una ricostruzione costituzionalmente orientata nel segno di «una concezione *realistica* dell'amministrazione, intesa come insieme coordinato di istituzioni composte da una pluralità di individui» e volta a «valorizzare il ruolo della persona all'interno della stessa organizzazione amministrativa»¹⁶, ricordando che «“l'amministrazione” è un concetto astratto [...] la realtà dell'amministrazione è invece costituita da tutte le persone in carne ed ossa che, lavorando in modo coordinato, operano per le finalità che giuridicamente vengono considerate proprie dell'amministrazione»¹⁷, può ritenersi che riferire l'adempimento dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. anche alle pubbliche amministrazioni non rappresenti altro, in definitiva, che imputare a queste ultime la “sintesi” giuridica degli adempimenti simultanei e coordinati dei doveri d'ufficio “individuali” da parte di tutti i funzionari che, nel loro complesso, costituiscono realmente¹⁸ le varie organizzazioni amministrative.

§ 8 La tesi maggioritaria *sub* § 1 ritiene che nella struttura dell'art. 2 Cost. occorrerebbe riconoscere una sorta di necessaria identità soggettiva (anche per un'influenza sui costituenti del pensiero mazziniano relativo ai doveri dell'uomo) tra titolari dei diritti inviolabili e titolari dei doveri inderogabili; essendo i primi indubbiamente identificabili nelle persone umane, non nelle pubbliche amministrazioni, non potrebbe logicamente giungersi a conclusioni differenti per i secondi.

Tuttavia, in disparte le considerazioni di cui ai precedenti §§ che obiettivamente si frappongono agli esiti di una tale lettura, anche sul piano testuale occorre rimarcare una differenza tra la prima e la seconda parte dell'art. 2 Cost.

La congiunzione «e» lega due distinti enunciati: in entrambi il soggetto è «*La Repubblica*», ma nella prima frase compare il complemento di specificazione «*dell'uomo*» con la funzione di perimetrare l'ambito soggettivo di titolarità dei «*diritti inviolabili*», mentre ciò non accade nella seconda frase. I «*doveri inderogabili di solidarietà*» non vengono esplicitamente ristretti solo a quelli «*dell'uomo*», nè il predicato «*richiede*» è seguito da alcun complemento di termine: il testo costituzionale, in tal modo, con la sua stessa formulazione letterale lascia spazio a una lettura alternativa che consideri “aperto”, oltre il limite degli individui, il novero dei soggetti che la Repubblica chiama all'adempimento dei doveri inderogabili.

Dal ventaglio di possibilità ermeneutiche così dischiuse dal testo costituzionale può dispiegarsi un'interpretazione sistematica della Carta, che legga

¹⁵ S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio nella logica dell'interdipendenza amministrativa*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, p. 22 ss.

¹⁶ A. CASSATELLA, *La responsabilità funzionale nell'amministrare. Termini e questioni*, in *Dir. amm.*, 2018, p. 677 ss.

¹⁷ D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 9ª ed., Bologna, Il Mulino, 2018, p. 207.

¹⁸ Si vedano, in prospettiva generale, le riflessioni di M. BELLAVISTA, *Legalismo e realismo nella dottrina del diritto amministrativo*, in *Jus*, 1999, p. 741 ss.

l'art. 2 Cost. coordinandolo con altre disposizioni, quali, ad esempio, l'art. 114 e l'art. 119 Cost.

Secondo l'art. 114, «la Repubblica» – si noti, lo stesso soggetto di entrambe le proposizioni contenute nel precedente art. 2 Cost. – «è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato», i quali dunque *devono* esistere *inssu Constitutionis*: gli enti pubblici territoriali, pur non esaurendo la Repubblica (*constituire* non equivale a *coincidere*), rappresentano gli indefettibili contrafforti di sostegno (*constituire* implica *sostenere*) del vasto edificio repubblicano entro il quale coabitano gli uomini, i cittadini e le loro formazioni sociali.

Secondo l'art. 119, tutti gli enti pubblici territoriali, con lo Stato in ultima istanza, sono chiamati a «promuovere [...] la solidarietà sociale [...] rimuovere gli squilibri economici e sociali [...] favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona».

Alla luce di una lettura complessiva dell'ordito costituzionale, sembra perciò plausibile ritenere che «la Repubblica», ai sensi dell'art. 2 Cost., nel momento in cui «richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà», richieda tale adempimento non solo ai soggetti privati ma anche, per così dire, a sé stessa, *rectius* ai propri componenti costitutivi ex art. 114 Cost. ossia agli enti pubblici territoriali, essendo questi ultimi certamente vincolati (come conferma indirettamente la formulazione dell'art. 119 Cost.) alla solidarietà costituzionale per la garanzia dei diritti inviolabili. Come è stato ben osservato, «la solidarietà dell'art. 2» è a ben vedere «doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica»¹⁹.

§ 9 Non sembra che la ricostruzione fin qui proposta sia inficiata dalla distinzione tra solidarietà «orizzontale» o «fraterna» e solidarietà «verticale» o «paterna»²⁰. Secondo questo trasversale orientamento dottrinale, all'art. 2 Cost. sarebbe riferibile la prima forma di solidarietà (privata, orizzontale, fraterna), fondata sulla paritarietà dei rapporti tra le persone e caratterizzata da un moto «dal basso verso l'alto», mentre la seconda forma di solidarietà (pubblica, verticale, paterna) si radicherebbe piuttosto nell'art. 3, comma 2, Cost., chiamando in causa l'esercizio di poteri pubblici (e amministrativi in particolare) per riequilibrare le situazioni di disegualianza sostanziale, secondo un moto «dall'alto verso il basso».

Tuttavia, non vi è una netta cesura tra l'art. 2 (adempimento dei doveri inderogabili) e l'art. 3, comma 2, Cost. (rimozione degli ostacoli che anche di fatto impediscano il godimento dei diritti inviolabili in condizioni di eguaglianza).

¹⁹ G. BASCHERINI, *La solidarietà politica nell'esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, p. 125 ss., citazione a p. 162.

²⁰ G. ALPA, *La solidarietà*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, II, p. 365 ss., spec. p. 372; S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, p. 10 ss.; E. ROSSI, A. BONOMI, *La fraternità fra 'obbligo' e 'libertà'. Alcune riflessioni sul principio di solidarietà nel nostro ordinamento*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città Nuova, 2007, p. 61 ss.

za sostanziale), né conseguentemente vi è una frattura interna che impedisca di riconoscere una sostanziale unitarietà del principio di solidarietà costituzionale.

È stato in proposito sottolineato, da alcuni, come sia «inimmaginabile qualsivoglia forma di separazione» tra le due forme di solidarietà²¹, e come, in ogni caso, «la distinzione tra solidarietà orizzontale e solidarietà verticale, sebbene utile [...] appaia meno netta di quanto possa sembrare *prima facies*»²².

Da altri è stata messa in luce la «rilevanza del comma 2 dell'art. 3 per la ricostruzione del sistema dei doveri [...] la connessione dei doveri è con la solidarietà nei settori (politica economica e sociale) considerati proprio nel comma 2 dell'art. 3. Non può non cogliersi che vi è la stessa identica formulazione utilizzata nel comma 2 dell'art. 3»²³, onde «basterebbe la coincidenza di ambiti materiali prospettata dalle due norme, fra la triplice direzione dei doveri di solidarietà (politica, economica e sociale) e la triplice configurazione dei piani ove si estrinseca l'effettiva partecipazione degli uomini all'organizzazione (politica, economica e sociale) del Paese, per convincersi del collegamento fra le stesse norme»²⁴.

Secondo un'efficace paragone, «come la sussidiarietà non può essere interpretata – a meno di fraintenderla completamente – nel senso di un'alternativa o contrapposizione tra azione pubblica (istituzionale) e azione privata (sociale), ma va letta come il riconoscimento della strutturale, reciproca incompletezza tra società e istituzioni, allo stesso modo la solidarietà pubblica si alimenta della fraternità»²⁵. Si tratta dunque di «ipotizzare una sorta di “alleanza” tra titolari di doveri, cioè lo Stato da un lato e i privati dall'altro», e ciò proprio al fine di rimuovere situazioni lesive del principio di eguaglianza sostanziale²⁶.

II. Parte seconda (§§ 10-27): il problema dell'identificazione dei doveri inderogabili dell'amministrazione in relazione ai diritti inviolabili della persona nel prisma dell'art. 2 Cost. [sul piano oggettivo].

§ 10 Può ritenersi, alla luce di quanto argomentato nella prima parte, che la tesi *sub* § 1 (per quanto maggioritaria) si fondi su argomenti non insuperabili e che, dunque, sul piano soggettivo del *quis*, la titolarità dei «doveri inderogabili

²¹ V. SATTÀ, *La fraternità interterritoriale nella Costituzione italiana*, in A. MARZANATI, A. MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, cit., p. 227 ss., citazione a p. 233.

²² M. COSULICH, *Nuove forme di solidarietà sociale*, in *Il Libro dell'Anno del diritto Treccani*, 2017.

²³ V. COCOZZA, *Relazione di sintesi*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 542 ss., citazione a p. 544.

²⁴ V. TONDI DELLA MURA, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, 2010, p. 1 ss., citazione a p. 10.

²⁵ F. PIZZOLATO, *La fraternità come trama delle istituzioni*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2013, p. 200 ss., citazione a p. 205.

²⁶ 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*, cit., p. 517 ss., citazione a p. 525.

di solidarietà» di cui all'art. 2 Cost. possa essere imputata *anche alle pubbliche amministrazioni*.

Si pone a questo punto la questione, sul piano oggettivo del *quid*, di comprendere quali siano i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost., ossia il problema di come identificare questi ultimi nella loro esistenza e consistenza.

§ 11 Un nodo che immediatamente emerge a questo proposito è rappresentato dal fatto che la dottrina costituzionalistica, in maggioranza, ritiene tuttora che i doveri inderogabili corrispondano non già ad una clausola aperta, bensì a un *numerus clausus*, da limitarsi tassativamente alle sole fattispecie doveristiche contemplate in maniera espressa in specifici articoli della Costituzione, in particolare negli artt. 4 c. 2, 30, 48, 52, 53 e 54 Cost.²⁷.

Minoritaria è rimasta, invece, la dottrina favorevole a riconoscere caratteri “aperto” al catalogo dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost.²⁸.

Accedendo alla tesi restrittiva, lo spazio dei doveri amministrativi inderogabili sarebbe molto limitato, dato che le citate disposizioni costituzionali contemplano specifiche figure di dovere (lavoro, cura dei figli, voto, difesa della Patria, pagamento dei tributi, fedeltà alla Repubblica e osservanza della Costituzione) riferite all'uomo o al cittadino, salvo il dovere di adempiere alle funzioni pubbliche con disciplina ed onore, quest'ultimo riferibile ai funzionari pubblici.

Tuttavia, a tale impostazione si può obiettare quanto segue.

§ 12 Il principale timore che è sotteso alla tesi restrittiva *sub* § 11 si radica in un'esigenza fondamentalmente garantistica: dilatare il novero dei doveri in-

²⁷ Così ad es. G. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, cit., p. 40, secondo cui «i doveri inderogabili dell'art. 2 non sono altro che quelli espressi analiticamente dalle altre norme costituzionali riferibili alla categoria»; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984, p. 68, secondo cui «esistono in Costituzione solo doveri enumerati [...] del tutto inaccettabile è la tesi che vi sia un 'principio di solidarietà' da cui possano scaturire altri doveri non enumerati»; G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza*, cit., p. 368; A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, 5^a ed., Torino, Giappichelli, 2010 p. 460; E. LONGO, *Corte costituzionale, diritti e doveri*, in F. DAL CANTO, E. ROSSI (a cura di), *Corte costituzionale e sistema istituzionale. Giornate di studio in ricordo di Alessandra Concaro*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 341 ss., spec. p. 357; M. CAVINO, *Dignità e Costituzione: la centralità del lavoro per il pieno sviluppo della persona umana*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Dignità, eguaglianza e Costituzione*, Trieste, Università di Trieste, 2019, p. 11 ss., spec. p. 15.

²⁸ In tal senso cfr. C. CARBONE, *I doveri pubblici individuali nella Costituzione*, cit., p. 87 ss; T. MARTINES, *Diritti e doveri ambientali*, in *Panorami*, n. 6/1994, 1 ss., ora in ID., *Opere. Libertà e altri temi*, Milano, Giuffrè, 2000, Tomo IV, p. 189 ss.; A.W. PANKIEWICZ, *I doveri costituzionali degli immigrati extracomunitari*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 424 ss., spec. p. 428, secondo cui «per i doveri costituzionali, occorre domandarsi se all'art. 2 Cost. si debba attribuire solo una funzione introduttiva dei doveri previsti in Costituzione, o se esso si debba considerare, invece, clausola aperta all'individuazione di nuovi doveri inderogabili. Preferiamo questa seconda interpretazione, poiché al continuo ampliarsi dei diritti di libertà non può non corrispondere un ampliamento anche dei doveri di solidarietà».

derogabili, come accadrebbe ove si interpretasse la seconda parte dell'art. 2 Cost. come fattispecie “aperta”, condurrebbe di riflesso a una compressione potenzialmente incontrollabile degli stessi diritti inviolabili. Ciò in quanto, secondo questa tesi, i doveri nel loro complesso rappresenterebbero un limite, un freno e un contraltare ai diritti della persona, ponendosi dunque come un'eccezione alla regola del *favor libertatis* in quanto astringenti le libertà. Come è stato detto, «principio generale del sistema è la liceità e la libertà, non anche la doverosità e l'obbligo»²⁹, ragion per cui vi sarebbe «un principio di tassatività dei doveri che non può essere rintracciato per la categoria dei diritti»³⁰; l'interpretazione dell'art. 2 Cost. dovrebbe rendersi «coerente con la logica garantistica del Testo costituzionale»³¹, onde i diritti inviolabili (di cui alla prima parte dell'art. 2) avrebbero una naturale «capacità espansiva», mentre i doveri inderogabili (di cui alla seconda parte dell'art. 2) invece dovrebbero essere interpretati in modo «rigorosamente restrittivo»³².

Qui emerge un aspetto che occorre evidenziare con chiarezza ai fini del discorso che si sta conducendo.

Le preoccupazioni garantistiche circa l'espansione dei doveri costituzionalmente inderogabili possono condividersi solo se ci si pone – come in effetti fa la quasi totalità della dottrina – nella prospettiva tradizionale che imputa i doveri inderogabili esclusivamente alla persona umana, la cui posizione giuridica originaria è quella della libertà. Solo in questa prospettiva il dovere, limitativo della libertà, si mostrerebbe come eccezione (da restringere) anziché come regola (da espandere).

Peraltro, anche collocandosi da questo punto di vista e volendo privilegiare la salvaguardia dello spazio di operatività dei diritti inviolabili della persona, la tesi del carattere “chiuso” del novero dei doveri inderogabili si esporrebbe ad alcune criticità.

In particolare, come ha sottolineato un'autorevole dottrina³³, sarebbe intrinsecamente contraddittoria un'interpretazione dell'art. 2 Cost. che ritenesse “chiuso” il catalogo dei doveri inderogabili ed “aperto”, invece, quello dei diritti inviolabili.

Pertanto, «se si perviene alla conclusione che in ordine alle libertà l'articolo 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»³⁴; in termini ancor più netti, «se, come ormai ammesso dalla dottrina prevalente e

²⁹ A. CERRI, voce *Doveri pubblici*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1988, p. 1.

³⁰ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit. p. 59.

³¹ G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., p. 40.

³² P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., p. 68.

³³ A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, 3^a ed., Padova, Cedam, 2003, p. 55.

³⁴ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 97.

dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, è possibile riconoscere nuovi diritti, non espressamente menzionati nella legge fondamentale, purché riconducibili alla trama normativa di quest'ultima, si può – ed anzi si deve – ammettere la possibilità di introdurre nuovi doveri, specialmente quando essi risultino necessari allo stesso esercizio dei nuovi diritti³⁵.

§ 13 In ogni caso, le preoccupazioni garantistiche che ispirano la tesi restrittiva *sub* § 11 non sembrano porsi quando (come qui si sostiene) la titolarità dei doveri inderogabili venga riferita a pubbliche amministrazioni, ossia a persone giuridiche pubbliche: siano queste ultime gli enti ed organi pubblici ad esistenza costituzionalmente necessaria³⁶ o gli altri enti pubblici, strumentali, funzionali o autonomi, ad esistenza sub-costituzionalmente necessaria in quanto istituiti con legge pur in assenza di una specifica disposizione costituzionale³⁷, fermo restando che l'esistenza di «enti pubblici» risulta in termini generali contemplata dal testo degli artt. 28, 43 e 117 lett. g) Cost. e, dunque, è postulata come necessità, non come accidente, dalla Costituzione stessa.

La posizione giuridica *originaria* che connota le *pubbliche amministrazioni non è* – a differenza dei soggetti privati – quella della *libertà*.

Pertanto, concepire i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. come catalogo “aperto” non porrebbe problemi di limitazione di libertà delle persone giuridiche pubbliche, proprio perché queste ultime, a differenza della persona umana in carne ed ossa, non sono titolari di diritti inviolabili: esse non sono libere.

Né può obiettarsi che la posizione giuridica originaria delle pubbliche amministrazioni, se non di libertà, sia comunque di *potere*.

Quand'anche si ritenesse ciò, in ogni caso si tratterebbe di «potestà», non antitetica al (ma anzi continente il) dovere³⁸. Di più: parte della dottrina ha messo in luce come la posizione giuridica originaria predicabile in capo alle pubbliche amministrazioni sia proprio quella del dovere, di cui il potere sarebbe strumento di adempimento; in questa condivisibile prospettiva, «il rapporto tra dovere e potere [...] sembra doversi correttamente definire in senso di precedenza del primo rispetto al secondo» e della «sua [*del potere, n.d.r.*] strumentalità rispetto al dovere in ragione del quale quello è concesso», onde «la rilevata compresenza di dovere e potere [...] non va impostata come se le due situazioni costituissero due lati della stessa medaglia, ma, piuttosto, in termini di derivazione e, quindi, su due piani distinti [...] il dovere, allora, si pone come fon-

³⁵ A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, cit., p. 6.

³⁶ Innanzitutto gli enti pubblici territoriali dai quali la Repubblica «è costituita» ai sensi dell'art. 114 Cost., ma anche, ad esempio, le amministrazioni sanitarie presuppunte dall'art. 32 Cost., le amministrazioni scolastiche e universitarie di cui all'art. 33 Cost., gli enti pubblici di previdenza, assistenza e tutela di cui all'art. 38 Cost., le amministrazioni militari di cui all'art. 52 Cost., i ministeri di cui all'art. 95 Cost., le amministrazioni dei servizi relativi alla giustizia di cui all'art. 110 Cost., etc.

³⁷ Cfr. art. 4 l. 20 marzo 1975, n. 70.

³⁸ F.G. SCOCA, M.R. SPASIANO, *Nozioni introduttive*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, Giappichelli, p. 3 ss., spec. p. 22.

te del potere [...] il rapporto di derivazione del potere dal dovere sembra prefigurare, quindi, un avanzamento rispetto all'ottica del potere funzionalizzato [...] il dovere è causa, fine e misura del potere conferito, così variamente conformandolo e limitandolo»³⁹.

§ 14 Si aggiunga che la dottrina costituzionalistica, nelle sue evoluzioni più recenti e sulla base di alcuni spunti variamente offerti dalla giurisprudenza della Consulta, sembra maggiormente aperta all'idea che anche a partire dall'art. 2 Cost. possano ricavarsi doveri inderogabili ulteriori rispetto a quelli tassativamente espressi in puntuali disposizioni costituzionali, vieppiù qualora tali doveri siano riferiti a soggetti pubblici: così, ad es., per il «dovere di solidarietà ambientale»⁴⁰; per il «dovere dei pubblici poteri nella lotta contro la povertà»⁴¹; per il «dovere di accoglienza nei confronti [...] di colui che si trova in una situazione di debolezza [...] come il minore, il disabile, lo straniero [...]»⁴²; per il «dovere pubblico di solidarietà alimentare»⁴³, etc.

³⁹ Così F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, cit., p. 76. Ancor più ampiamente, di recente, S. DETTORI, *Coordinamento e dovere d'ufficio*, cit., pp. 36-38, secondo cui «quando nell'approccio alla dinamica dell'agire amministrativo alla tradizionale prospettiva del potere si preferisca quella del dovere amministrativo ed in particolare del dovere d'ufficio» può pervenirsi a « un cambio di paradigma radicale: non si tratta infatti di anteporre il dovere al potere nel diagramma di flusso che spiega l'agire amministrativo – operazione di per sé già complessa e non unanimemente accettata – ma di andare ancora oltre, riconoscendo che la doverosità dell'agire amministrativo non può esaurirsi nell'esigenza di adozione della decisione provvedimento, così come rappresentata a livello di diritto positivo dall'art. 2 della legge sul procedimento amministrativo, né tantomeno, in via ancora più generale, nel ricorso doveroso all'esercizio del potere per la realizzazione dell'interesse pubblico. Vi è infatti una doverosità che anticipa l'agire amministrativo e ne costituisce il presupposto: essa è data dal dovere d'ufficio [...] il funzionario pubblico agirà in adempimento al proprio dovere a prescindere dalle regole (variabili e contingenti) dell'agire amministrativo che l'ordinamento pone per garantire la realizzazione (doverosa) dell'interesse pubblico». Se si vuole, v. altresì M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: natura e caratteri*, in G. CARLOTTI, A. CLINI (a cura di), *Diritto amministrativo. Tomo primo – Parte sostanziale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014, p. 105 ss., spec. pp. 107-112.

⁴⁰ G. GRASSO, *L'ambiente come dovere pubblico «globale»: qualche conferma nella giurisprudenza del giudice delle leggi?*, in R. BALDUZZI, M. CAVINO, E. GROSSO, J. LUTHER (a cura di), *I doveri costituzionali*, cit., p. 386 ss., sulla scia di F. FRACCHIA, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 e doveri di solidarietà ambientale*, in *Dir. econ.*, 2002, p. 215 ss.

⁴¹ M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto a un'esistenza dignitosa*, in *Dir. pubbl.*, 2011, p. 391 ss.; v. anche Q. CAMERLENGO, *Il senso della Costituzione per la povertà*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1-2/2019, p. 7 ss.

⁴² A. RANDAZZO, *Disabilità e acquisto della cittadinanza. Prime notazioni a margine della sent. n. 258 del 2017 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 1-2/2019, p. 114 ss.

⁴³ M. BOTTIGLIERI, *La protezione del diritto al cibo adeguato nella Costituzione italiana*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2 marzo 2016; M. TROISI, *The Right to Food and Food Diversity in the Italian Constitution*, in A. ISONI, M. TROISI, M. PIERRI (eds.), *Food Diversity Between Rights, Duties and Autonomies. Legal Perspectives for a Scientific, Cultural and Social Debate on the Right to Food and Agroecology*, Cham, Springer International, 2018, p. 485 ss.

§ 15 Riassumendo, quando i soggetti titolari dei doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. corrispondono a pubbliche amministrazioni, non sembrano sussistere esigenze di garanzia del *favor libertatis* che impongano un'interpretazione restrittiva, in termini di *numerus clausus*, dei doveri inderogabili enunciati da tale articolo.

Accogliendo la possibilità di considerare i *doveri amministrativi inderogabili* una fattispecie “aperta”, riceve così risposta un interrogativo: *quanti* doveri?

Resta tuttavia da affrontare l'interrogativo fondamentale: *quali* doveri?

In questo contributo si offre al dibattito la seguente proposta ricostruttiva:

- *i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica sono in rapporto di inerenza e coimplicazione con i diritti inviolabili della persona umana; i primi, pertanto, sono identificabili in corrispondenza dei secondi;*

- *la nomopoiesi dei doveri amministrativi inderogabili si fonda sull'art. 2 Cost. in quanto fonte costituzionale che li genera direttamente e dinamicamente, facendoli scaturire dalla necessità di garantire e rendere effettivi i diritti inviolabili per evitare che questi ultimi restino flatus vocis illusori, declamabili teoricamente ma irrealizzabili praticamente;*

- *l'inderogabilità dei doveri amministrativi si radica nell'imperativo costituzionale di preservare l'invulnerabilità dei diritti umani riferita quanto meno al loro “nucleo irriducibile”.*

Il carattere eterodosso – rispetto all'*acquis* dottrinale – di questa proposta impone di giustificarne la plausibilità a fronte delle numerose obiezioni che potrebbero muoversi avverso la medesima.

§ 16 Una prima obiezione che si potrebbe muovere all'ipotesi di lavoro *sub* § 15 risiede nella convinzione, espressa dalla dottrina costituzionalistica a proposito dell'art. 2 Cost., secondo cui non vi sarebbe un rapporto di correlatività tra diritti inviolabili e doveri inderogabili: i secondi non potrebbero essere considerati, cioè, l'altra faccia di un'unica medaglia rispetto ai primi.

Questa obiezione è ben rappresentata da autorevoli affermazioni quali quella secondo cui «la figura del dovere [...] non è un mero risvolto, un mero rovescio della medaglia, di figure di situazioni giuridiche attive contrapposte [...] il dovere costituzionale non è un correlativo di diritti (costituzionali) [...] la negazione della correlazione necessaria fra diritto e dovere trova poi ulteriore riscontro nella previsione di doveri costituzionali. Non c'è bisogno di spendere molte parole per dimostrare che doveri come quello di voto o di fedeltà alla Repubblica, per esemplificare, non sono correlati a diritti [...] in conclusione, può essere condotto un discorso significativo sui doveri costituzionali perché la correlazione fra questi e i diritti o interessi pubblici non è una corrispondenza automatica e perciò una trattazione sui doveri non rappresenta un'appendice, una mera conseguenza, della riflessione relative alle situazioni giuridiche attive»⁴⁴. In termini simili, è stato di recente ribadito che «l'art. 2 Cost., in relazione ai doveri, come ai diritti, provvede ad individuare in via generale un certo tipo di situazione, evidenziando il collegamento tra gli uni e gli altri [...] tuttavia, alla giustapposizione “topografi-

⁴⁴ G. GEMMA, *Doveri costituzionali e giurisprudenza*, cit., pp. 367-368 (corsivi aggiunti).

ca” dei diritti e dei doveri *non corrisponde una simmetria necessaria tra le due situazioni fondata su una presunta (ed ineliminabile) correlazione* tra posizioni attive e passive⁴⁵. Come si è detto, si tratta di opinione ben radicata in dottrina⁴⁶.

Tuttavia, se posta in relazione ai doveri inderogabili i cui titolari siano pubbliche amministrazioni, tale obiezione appare superabile, sotto più profili, come si tenterà ora di argomentare.

§ 17 Una delle ragioni principali che spinge i fautori della tesi *sub* § 16 a negare la correlatività tra diritti inviolabili e doveri inderogabili (ossia l'idea della simmetria tra due facce della stessa medaglia) è rappresentata dal fatto che questi autori rifiutano una risalente impostazione teorica: quella⁴⁷ che postula una concezione unitaria e “funzionale” del comportamento complessivo del *soggetto privato*, in cui i doveri inderogabili imposti *all'individuo* avrebbero la funzione di “mitigare” in senso sociale i principi individualistici propri dei diritti; se si accedesse a questa impostazione, infatti, i doveri finirebbero per assumere una posizione del tutto subalterna rispetto ai diritti, in quanto sarebbero ridotti a mero “rovescio” di questi ultimi, perdendo dunque ogni autonomia concettuale rispetto ai diritti medesimi.

Questa preoccupazione è condivisibile ma solo se, e finché, si resta ancorati alla prospettiva tradizionale secondo cui i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. andrebbero a comprimere, gravare e limitare sempre *lo stesso soggetto* – ossia *la persona umana* – titolare dei diritti inviolabili.

Non vi è dubbio che forzare il binomio diritti-doveri costituzionali rispetto alla persona umana, per tentare di costringerlo nelle maglie di una sorta di sinallagma funzionale del tipo *cuius commoda eius et incommoda*, si porrebbe in contrasto con il «modello liberale», in cui tra diritti e doveri «il rapporto è asimmetrico e non sinallagmatico» e «i diritti precedono i doveri», in netta antitesi con il «modello totalitario», in cui «il rapporto appare invece simmetrico e quasi sinallagmatico» e «l'esercizio dei diritti è dovere e l'adempimento dei doveri diritto, con precedenza dei doveri sui diritti come dimostra la biblica massima “chi non vuol lavorare neppure mangi”»⁴⁸.

⁴⁵ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 54 (corsivi aggiunti).

⁴⁶ Ad es. v. in questo senso G. LOMBARDI, *Contributo allo studio*, cit., p. 568; F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Diritti e doveri*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 679 ss., spec. p. 684; A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri*, cit., p. 2.

⁴⁷ C. SCHMITT, *Grundrechte und Grundpflichten* (1932), in ID., *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1958, p. 208 ss.; seppur su diverse basi, cfr. altresì P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953, p. 148.

⁴⁸ Così, molto efficacemente, 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*, cit., p. 394 ss., citazione a p. 401: Luther richiama in proposito lo studio di V. GÖTZ, H. HOFMANN, *Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension* (Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Konstanz vom 6. bis 9. Oktober 1982), in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 41, Berlin, De Gruyter, 1983, p. 7 ss.

Tuttavia, questa preoccupazione non sembra potersi estendere *tout court* ai casi in cui i diritti inviolabili e i doveri inderogabili siano in posizione di “asimmetria soggettiva”, ossia quando i primi vedano come titolare la persona umana e i secondi, invece, le pubbliche amministrazioni.

Ove cioè si ammetta la configurabilità di doveri *amministrativi* inderogabili ex art. 2 Cost., non sembra che porre tali doveri *in rapporto di inerenza e di complicazione con i diritti inviolabili della persona* (secondo la proposta qui avanzata *sub* § 15) comporti rischi di compressione dei diritti inviolabili: sembra piuttosto di poter affermare il contrario, giacché (come si propone in questo contributo) l'art. 2 Cost., nel fondare direttamente l'esistenza di doveri inderogabili *in capo alle pubbliche amministrazioni*, li configura al contempo come *presidi dei diritti inviolabili della persona umana*.

I doveri amministrativi inderogabili, pertanto, lungi dal porsi come reagenti di “mitigazione” dei diritti inviolabili, rappresenterebbero agenti di “anti-riduzione” dei medesimi a salvaguardia quanto meno del loro nucleo irriducibile.

§ 18 La proposta ricostruttiva *sub* § 15 qui delineata, nel configurare tra i doveri inderogabili dell'amministrazione pubblica e i diritti inviolabili della persona umana un rapporto di inerenza e complicazione, non priva di autonomia concettuale i primi né li riduce a mera appendice o pallido riflesso dei secondi.

I doveri amministrativi inderogabili, infatti, non appaiono essere né “echi” né “ombre” dei diritti inviolabili ma, al contrario, “motori” di garanzie per l'effettività dei medesimi.

Come è stato detto, in termini generali, da attenta dottrina, «i diritti [...] sono anche la ragion d'esistere dei doveri. I doveri [...] sono tutti funzionali nel senso che fungono da “garanzia sociale” dei diritti civili, sociali e politici. Perfino il dovere di difesa può essere inteso come funzionale alla garanzia dei diritti di vita, libertà, proprietà ecc. altrui. I doveri inderogabili sono “fondamentali” per quelle prestazioni dello Stato che risultano indispensabili perché i cittadini possano esercitare i propri diritti fondamentali [...] in questo senso, i doveri sono non semplici limiti dei diritti, ma anche contributi subordinati alla loro garanzia effettiva. Si pongono in un rapporto asimmetrico rispetto ai diritti fondamentali perché la stessa interpretazione “funzionale” che risulta incompatibile con lo spirito dei diritti sembra invece doverosa e l'unica compatibile con lo spirito dei doveri. Nulla esclude peraltro che singoli doveri siano poi legati a singoli diritti fondamentali, per lo più sociali e culturali, come ad es. quello dei trattamenti sanitari di prevenzione al diritto alla salute, l'obbligo di frequenza con il diritto allo studio o il dovere di salvaguardare l'ambiente al diritto ad un ambiente salubre»⁴⁹. E recentemente si è ricordato che «l'articolo 2 Cost. declina al plurale e in coppia con i diritti inviolabili dell'uomo, nel medesimo comma, senza punti, né punti e virgola» i «do-

⁴⁹ Così ancora J. LUTHER, *I doveri*, cit., pp. 401-402 (corsivi aggiunti).

veri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale [...] come *precondizione per il godimento di quei diritti*⁵⁰.

§ 19 I fautori della tesi *sub* § 16 escludono la reciprocità tra «diritti inviolabili» e «doveri inderogabili» richiamandosi, per altro verso, all'autorevole magistero di Santi Romano, ampiamente recepito dalla dottrina italiana successiva.

Poiché il rinvio al pensiero del maestro palermitano si ripete ormai tralattivamente in molti dei contributi giuspublicistici sul tema dei doveri, sembra opportuno soffermarsi su di esso, per tentare di comprendere se, ed in che limiti, risulti ostativo alla formulabilità della proposta ricostruttiva avanzata nel presente lavoro.

Ai problemi posti dall'analisi di Santi Romano, e soprattutto alla necessità di riconsiderare i medesimi alla luce dell'evoluzione dello scenario giusfilosofico e costituzionale, saranno dedicati i successivi §§ 20-26, ove si tenterà di contestualizzare, chiarire ed approfondire, tanto sul piano della teoria generale quanto su quello del diritto positivo, la proposta qui delineata *sub* § 15.

§ 20 Come è noto, nella voce *Doveri. Obblighi* dei Suoi *Frammenti di un dizionario giuridico*⁵¹, Santi Romano proponeva una *summa divisio* concettuale tra «doveri» e «obblighi», con queste parole: «ci sono dei doveri [...] che *non sono correlativi*, in nessuno dei sensi in cui questa correlazione può aversi, *a diritti di altri soggetti* e che quindi rimangono *fuori l'orbita di ogni rapporto giuridico* [...] *con singole persone*, e doveri che *al contrario costituiscono uno dei termini di questi rapporti* e appaiono *corrispondenti ad altrui diritti soggettivi* [...] è per conseguenza necessario proporre i nomi con cui si potrebbero designare le suddette due specie di doveri. Sembra che *i primi potrebbero dirsi doveri senz'altra specificazione*, cioè adoperando questa parola in senso stretto [...] *i secondi invece potrebbero dirsi obblighi*, nome questo che appare appropriato [...] sembra opportuno che [...] si parli di *doveri in senso stretto quando ad essi non sono correlativi dei diritti*, si parli invece di *obblighi nell'ipotesi contraria*⁵².

Nella successiva e connessa voce dei *Frammenti*, altrettanto nota, *Poteri. Potestà*⁵³, nell'operare una netta distinzione tra «potere in senso stretto (o potestà)» e «diritto soggettivo», Santi Romano affermava che «il *diritto soggettivo* si svolgerebbe sempre *in un concreto e particolare rapporto giuridico o con una data cosa o verso date persone* che viceversa avrebbero *obblighi corrispondenti*», mentre invece il «*potere in senso stretto* [...] si svolgerebbe *in una direzione o aspetto generico, non avrebbe oggetti singolarmente determinati, non si risolverebbe in pretese verso altri soggetti e perciò non*

⁵⁰ C. TRIPODINA, *Aporofobia. Paura e povertà*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2019, 1 ss., citazione a p. 17 (corsivi aggiunti).

⁵¹ S. ROMANO, *Doveri. Obblighi*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, p. 91 ss.

⁵² ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 104-105 (corsivi aggiunti).

⁵³ S. ROMANO, *Poteri. Potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 172 ss.

sarebbe correlativo ad obblighi⁵⁴; dunque «il potere si svolge, non in un particolare e concreto rapporto giuridico, ma in una direzione più o meno generale»⁵⁵.

Sempre a proposito della distinzione tra diritti soggettivi e poteri, il chiaro Autore criticava aspramente il tentativo di configurare come «diritti» situazioni giuridiche soggettive non inserite in un rapporto giuridico particolare (ossia tra persone identificate) e concreto (ossia riferito ad oggetti specifici), definendo «sterile» ogni sforzo in questo senso e ravvisando la necessità di espungere teoricamente, per una sistematica rigorosa, «diritti astratti», «diritti che sarebbero tali perché servirebbero a tradurre in atto diritti latenti» o che si svolgerebbero in «rapporti giuridici ipotetici»: secondo Santi Romano, «simili espressioni» sarebbero da rifiutare perché con esse «si insinua evidentemente per lo meno il dubbio che questi “diritti” siano incompleti, non effettivi, soltanto potenziali, non ancora sviluppati, più germi di diritto e di rapporti che diritti e rapporti concreti»; l'errore di simili tesi consisterebbe, a giudizio di Santi Romano, nel fatto che «la verità è che come diritti non esistono affatto, ma esistono invece come poteri»⁵⁶.

In base a questa proposta, dunque, i «doveri» in senso stretto non sarebbero in correlazione con «diritti»; potrebbe semmai accadere che ai doveri «corrispondano invece dei poteri, che abbiano soprattutto la funzione di assicurarne l'adempimento: senonché questi poteri non danno luogo, assieme ad essi, ad alcun rapporto giuridico»; uno di questi casi si configurerebbe «quando si ha la figura della funzione a cui è inerente quella del cd. potere discrezionale: in questo caso [...] potere e dovere si uniscono e si accentrano nello stesso soggetto»⁵⁷.

Santi Romano aggiungeva infine che «nel diritto pubblico, la figura del dovere disgiunto da un altrui diritto è più frequente e, in taluni casi, più evidente. Sono, infatti, numerosissimi i doveri che sono sanciti a protezione di interessi del tutto oggettivi o che non si impersonano in soggetti diversi da quelli cui tali doveri sono imposti, in modo che il loro adempimento è garantito mediante l'esercizio di funzioni e, in genere, di poteri che non assumono la figura di diritti soggettivi [...] un dovere senza che ci sia un beneficiario di esso che abbia la qualità di persona e si possa quindi considerare come soggetto di un diritto correlativo. La consistenza di questo dovere deve allora ricercarsi nel potere, di cui è investito qualche altro soggetto, di pretendere il suo adempimento. Siffatto potere non è un diritto [...] e, tanto meno, è col dovere in una relazione di correlatività: il potere non è, in questa ipotesi, che una garanzia dell'osservanza del dovere e il soggetto di essi non entra col soggetto del dovere in un rapporto giuridico [...] e neppure un rapporto giuridico può rinvenirsi nel dovere considerato in sé e per sé, perché mancherebbe uno dei due termini fra cui ogni rapporto giuridico deve intercedere»⁵⁸.

§ 21 Ferma l'indiscussa autorevolezza dell'impostazione fornita da Santi Romano, non sembra tuttavia che un mero rimando ad essa basti a risolvere negativamente il problema del nesso tra diritti inviolabili e doveri inderogabili

⁵⁴ ID., *Poteri. Potestà*, cit., pp. 173-174 (corsivi aggiunti).

⁵⁵ ID., *Poteri. Potestà*, cit., pp. 180-181 (corsivi aggiunti).

⁵⁶ ID., *Poteri. Potestà*, cit., p. 187 (corsivi aggiunti).

⁵⁷ ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 106-107 (corsivi aggiunti).

⁵⁸ ID., *Doveri. Obblighi*, cit., pp. 95-96 (corsivi aggiunti).

in seno all'art. 2 Cost., nel senso di far ritenere i doveri irrelati ed avulsi da un rapporto giuridico con i diritti.

Secondo la nota parabola evangelica, «nessuno mette vino nuovo in otri vecchi; altrimenti il vino nuovo fa scoppiare gli otri, il vino si spande, e gli otri vanno perduti [...] il vino nuovo va messo in otri nuovi» [Luca 5, 37-38].

Nel caso di specie, vi è un punto da sottolineare, per quanto possa apparire ovvio: Santi Romano scriveva le pagine sopra riportate in un contesto *pre-costituzionale*⁵⁹.

La Costituzione non era perciò presente agli occhi dell'Autore che vergava i *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947) e che morì prima che la Carta vedesse la luce. Non si tratta di una precisazione meramente cronologica, ma di un aspetto che appare rilevante sul piano sistematico e ricostruttivo.

La Costituzione, nell'art. 2 Cost., scolpisce infatti due formule lessicali che segnano una netta discontinuità rispetto allo *status quo ante*: diritti riferiti all'«uomo» e qualificati come «inviolabili» – che non vengono creati ma riconosciuti dal Costituente – e doveri «di solidarietà» qualificati come «inderogabili» di cui «richiede l'adempimento» la stessa «Repubblica» nel suo complesso.

Di fronte alla novità rappresentata dall'avvento della Costituzione e del suo inedito linguaggio, non dovrebbe darsi per scontato che le definizioni stipulative di diritto, dovere ed obbligo proposte da Santi Romano *ante Constitutionem* siano “otri” concettuali idonei al meccanico riversamento in essi, *tout court*, del “vino” nuovo dei diritti inviolabili e dei doveri inderogabili enunciati dalla Carta costituzionale. Vi è, all'opposto, il rischio che operando acriticamente un travaso del genere, come nella parabola evangelica, si determini una rottura della forma di tali recipienti concettuali per l'incapacità dei medesimi di contenere la sostanza dei nuovi istituti forgiati dal diritto positivo.

L'interprete, nel momento in cui si trova di fronte a una Costituzione scritta e rigida che, al vertice dell'ordinamento positivo, impiega in maniera espressa e consapevole la formula testuale «doveri inderogabili», è dunque chiamato a ‘prenderla sul serio’: la provocatoria espressione dworkiniana, pensata per i diritti, vale anche per i doveri e, almeno a giudizio di chi scrive, rende non plausibile ritenere che i doveri costituzionalmente inderogabili siano de-quotabili, in sede di ricostruzione teorica, a chimeriche non-situazioni, postulando cioè che al *nomen* “doveri” non corrisponda in realtà alcuna *rosa* nel giardino delle posizioni giuridiche soggettive. Altrimenti si perverrebbe a una sorta di *interpretatio abrogans* del testo costituzionale, che non è consentita neppure dilatando al massimo la latitudine delle possibilità di manovra dell'interprete. Per queste ragioni, almeno rispetto ai «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost., non sembra che possa essere accolta neppure quella critica radicale alla figura del dovere che una raffinata dottrina, portando (coerentemente) alle sue estreme conseguenze l'impostazione di Santi Romano circa il carattere non-relazionale del dovere a fronte del carattere relazionale dell'obbligo, ha così sin-

⁵⁹ La voce *Poteri. Potestà* reca la data del dicembre 1945-gennaio 1946; la voce *Doveri. Obblighi* la data del marzo-aprile 1946.

tetizzato: poichè i doveri verso *tutti in generale* rischiano di (non) essere verso *nessuno in particolare* e quindi appaiono irrelati, «il dovere come situazione soggettiva non esiste: perché se è situazione è obbligo, se non è obbligo non è situazione»⁶⁰.

§ 22 Restando sul piano della teoria generale, la tormentata questione del rapporto di correlatività tra diritti e doveri ha formato oggetto di ampia discussione nella letteratura della seconda metà del Novecento che, come è noto, ha preso le mosse dalle seminali tavole di Hohfeld⁶¹ e, in particolare, dalla scomposizione del prisma del diritto soggettivo in distinte situazioni giuridiche “atomiche” – pretesa; libertà; potere; immunità – e dall’individuazione delle situazioni giuridiche “atomiche” ad esse rispettivamente correlative – dovere; non-diritto; soggezione; incompetenza –⁶².

L’aspetto più interessante del dibattito scaturito dall’opera hohfeldiana, e tuttora in corso, è la progressiva presa di coscienza della complessità e multidimensionalità dei concetti di «diritto» e di «dovere», della difficoltà di ridurli a relazioni puramente bilaterali tra individui in relazione ad oggetti specifici: problema che si acuisce nei contesti costituzionali, in cui emergono al centro della scena i diritti fondamentali, inviolabili, dell’uomo.

In questa evoluzione si coglie la necessità di andare oltre la visione di Santi Romano secondo cui il rapporto giuridico sarebbe sempre una relazione concreta e particolare, onde soltanto gli obblighi si collocherebbero dialetticamente all’interno di rapporti giuridici con i diritti, mentre i doveri vi resterebbero inesorabilmente estranei.

A ciò si può obiettare, come è stato notato ad altri fini in sede giusfilosofica, che un rapporto giuridico tra diritti e doveri è configurabile anche a fronte di *diritti e doveri connotati da diversi gradi di specificità*, purchè i diritti e doveri che si fronteggiano abbiano, *tra loro*, lo stesso grado di specificità: in altri termini, *un diritto generale è in rapporto di correlazione con un dovere generale, così come un diritto specifico è in rapporto di correlazione con un dovere specifico*⁶³. In tali casi, semmai, «sarà necessario esperire un’operazione di concretizzazione, magari mediata da passaggi intermedi in cui da un diritto molto generico e indeterminato si passa

⁶⁰ Così L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione. La dissoluzione del concetto di interesse legittimo del nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 130 e p. 132.

⁶¹ W.N. HOHFELD, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, New Haven, Yale University Press, 1923 [trad. it. *Concetti giuridici fondamentali* (a cura di M. LOSANO), Torino, Einaudi, 1969].

⁶² Per questa traduzione italiana della terminologia di Hohfeld (come è noto, ve ne sono anche di differenti) e per una perspicua sintesi, v. G. PINO, *Diritti soggettivi*, in G. PINO, A. SCHIAVELLO, V. VILLA (a cura di), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 220 ss.

⁶³ Così, specificando la sistematica di Hohfeld, si esprime M.H. KRAMER nel noto saggio *Rights without Trimmings*, in M.H. KRAMER, N.E. SIMMONDS, H. STEINER, *A Debate over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 7 ss., spec. pp. 42-43, il quale ivi aggiunge: «il diritto astratto è correlato soltanto a un dovere astratto, mentre ogni dovere concreto è correlato solo al corrispondente diritto concreto».

all'elaborazione di un altro diritto meno generico e indeterminato, e infine ad un diritto esattamente specificato»⁶⁴.

Già questo mostra come non sia esatto ritenere, in una logica *on/off*, che solo l'obbligo (e mai il dovere) si correli al diritto: occorre, invece, concepire gradualisticamente⁶⁵ sia il diritto che il dovere, distribuendoli lungo uno spettro, in cui da diritti a più basso grado di specificità si passa via via a diritti a più alto grado di specificità, con doveri che si correlano a tali diritti variando, a loro volta, da un grado più basso (i «doveri in senso stretto», nella terminologia romaniana) a un grado più alto (gli «obblighi», in senso romaniano) di specificità.

I «diritti astratti» criticati da Santi Romano non sono, dunque, entità necessariamente estranee all'orbita del rapporto giuridico; e i «doveri in senso stretto», che secondo Santi Romano sarebbero anch'essi fuori dal rapporto giuridico per la loro non riferibilità a soggetti specifici, in realtà sono suscettibili di correlarsi a quei «diritti astratti»⁶⁶, così come gli «obblighi» lo sono rispetto a «diritti concreti» ancorati a soggetti singoli e oggetti determinati.

Si aggiunga che si riconosce, ormai, come solo raramente i «diritti» corrispondano a singole situazioni giuridiche hohfeldiane, giacchè invece, di regola, si tratta di «diritti a grappolo»⁶⁷, ossia di un «aggregato molecolare più o meno complesso di posizioni soggettive atomiche»⁶⁸; i «diritti», a dispetto dell'apparente semplicità del loro nome, si rivelano cioè quasi sempre «*cluster-rights*»⁶⁹, fasci inestricabilmente intrecciati di situazioni multiformi. Si è parlato in questo senso della necessità di distinguere «micro-diritti» da «macro-diritti»⁷⁰, onde potrebbe ipotizzarsi che, come a «micro-diritti» sono correlativi «micro-doveri», così a «macro-diritti» siano correlativi «macro-doveri».

§ 23 Quanto osservato nel precedente § 22 esige ulteriori precisazioni qualora, in luogo di diritti soggettivi «ordinari», vengano in gioco diritti *costituzionali* qualificati come *inviolabili, fondamentali o umani*.

In simili casi, infatti, può ritenersi – parafrasando una nota terminologia – che si tratti non tanto di «diritti contro» [*rights against*], ossia dei diritti soggettivi in senso tradizionale di un singolo nei confronti di un altro singolo e ad oggetto determinato [*special rights*], quanto piuttosto di «diritti a» [*rights to*], di

⁶⁴ G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 248.

⁶⁵ Per la prospettiva del metodo gradualista, si vedano le opere scientifiche di G. ROSSI, da ultimo selezionate nei tre volumi (con il coordinamento di D. PAPPANO) *Il diritto amministrativo nell'evoluzione della scienza giuridica. Saggi e scritti scelti di Giampaolo Rossi*, cit.

⁶⁶ V. *supra*, nota 63.

⁶⁷ F. FERRARO, *Diritti*, in M. RICCIARDI, A. ROSSETTI, V. VELLUZZI (a cura di), *Filosofia del diritto: norme, concetti, argomenti*, Roma, Carocci, 2015, p. 131 ss., citazione a p. 134: l'Autore riprende l'espressione da J. FEINBERG, *Social Philosophy*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1973 [trad. it. *Filosofia sociale* (a cura di L. ANDREOZZI), Milano, Il Saggiatore, 1996], pp. 124-125.

⁶⁸ G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 247.

⁶⁹ J.J. THOMSON, *The Realm of Rights*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 51 ss.

⁷⁰ M. BARBERIS, *Una filosofia del diritto per lo stato costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 39-42.

portata ben più generale [*general rights*]⁷¹: come esempio di «diritto a», di portata generale e di rango costituzionale, «il diritto alla salute genera il dovere, in capo alle autorità statali, di garantire l'accesso alle cure agli indigenti [...] con l'istituzione e il mantenimento di un efficiente sistema sanitario pubblico; ma può anche, successivamente, generare il dovere da parte delle stesse autorità di tutelare l'ambiente e di sanare situazioni potenzialmente pericolose per la salute degli individui»⁷².

Risultati di notevole rilievo si determinano, soprattutto, ove si abbracci una «concezione dinamica dei diritti»⁷³ connotata dalla seguente tesi distintive: «1) un diritto non è (non necessariamente) una relazione elementare fra una coppia di individui determinati; 2) non è neppure un aggregato di simili relazioni; 3) v'è, effettivamente, un elemento comune alle diverse cose che chiamiamo «diritti»; 4) non necessariamente v'è correlatività fra diritti e doveri; piuttosto 5) un diritto è, tipicamente, una ragione per l'imposizione o il riconoscimento di un dovere (o di doveri, o in generale di ulteriori posizioni normative: soggezioni, incapacità, poteri, ecc.) ad esso riconducibili. Il diritto è, cioè, un criterio di individuazione, e un principio di giustificazione, di doveri, o ulteriori posizioni soggettive; è questo, precisamente, l'elemento unificatore del vocabolario dei diritti. Dunque 6) i diritti stanno in una relazione di priorità (concettuale, logica, assiologica, e talvolta cronologica) rispetto ai doveri – o, in generale, alle posizioni normative soggettive – da essi giustificati o giustificabili»⁷⁴.

Assumendo questa concezione, i diritti inviolabili fungono, come è stato detto, da «diritti-ragioni»⁷⁵, in quanto operano «nel senso di fondare e di giustificare doveri»⁷⁶. E si è aggiunto che «quando si parla di diritti fondamentali sembra che, generalmente, ci si riferisca a diritti-ragioni, che giustificano la creazione di sempre nuovi doveri [...] in accordo con il mutare delle circostanze [...] è il caso di notare, però, che i diritti fondamentali così considerati non sembrano più il prodotto di norme, per quanto di norme peculiari (i principi): sembrano costituire, invece, essi stessi delle norme, dei principi, dei valori da perseguire»⁷⁷.

Il rapporto tra diritti inviolabili e doveri inderogabili scolpito dall'art. 2 Cost., in questa cornice teorica, sembra riconducibile al modello generale teorizzato da un illustre studioso⁷⁸ secondo cui «*diritti generano doveri*»: in questa prospettiva, «i diritti devono essere considerati come generatori non solo di un singolo dovere, ma di ondate successive di doveri» [*waves of duties*] e «anche un

⁷¹ H.J. McCLOSKEY, *Rights*, in *The Philosophical Quarterly*, vol. 15, no. 59, 1965, p. 115 ss., spec. p. 118.

⁷² L'esempio è di F. FERRARO, *Diritti*, cit., p. 135.

⁷³ Cfr. B. CELANO, *I diritti nello Stato costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2013, spec. p. 23 ss.

⁷⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 66.

⁷⁵ M. BARBERIS, *Introduzione allo studio del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 84-87.

⁷⁶ F. FERRARO, *Il linguaggio dei diritti tra inflazione e scetticismo*, in *Etica & Politica*, XV, 2013, 1, p. 25 ss., citazione a p. 33.

⁷⁷ F. FERRARO, *Diritti*, cit., p. 137.

⁷⁸ J. WALDRON, *Rights in Conflict*, in *Ethics*, vol. 99, no. 3, 1989, p. 503 ss.

particolare dovere, pensato come associato a un diritto, genera esso stesso ondate di doveri»; secondo questa tesi, «i diritti contrassegnano il modo in cui interessi generano doveri [...] un unico diritto può generare doveri sia negativi che positivi: alcuni richiederanno omissioni mentre altri richiederanno azioni e utilizzo di risorse. Ciò significa che può essere impossibile affermare in maniera certa che un dato diritto abbia carattere puramente negativo [...] o puramente positivo»⁷⁹.

Una costruzione particolarmente esplicitiva al riguardo, elaborata dalla dottrina internazionalistica relativamente ai diritti umani⁸⁰ e fatta propria dal Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali⁸¹, è quella che mostra come tali diritti generino vari tipi di doveri dei soggetti pubblici, *in primis* degli Stati, classificati come doveri «di rispettare» [*to respect*], «di proteggere» [*to protect*] e «di realizzare» [*to fulfil*] i diritti umani; i doveri pubblici «di realizzare» sono, a loro volta, articolabili in doveri «di facilitare» [*to facilitate*], «di provvedere» [*to provide*] e «di promuovere» [*to promote*] i diritti⁸².

Si noti che, secondo la stessa dottrina, tra i doveri in capo allo Stato generati dai diritti umani vi sarebbe anche il «dovere di allestire le strutture istituzionali indispensabili alla realizzazione dei diritti», oltre al «dovere di fornire beni e servizi per soddisfare i diritti»⁸³: si tratta di doveri il cui assolvimento chiama in causa, con ogni evidenza, anche le pubbliche amministrazioni.

§ 24 Tutto quanto fin qui esposto sembra confermare la (non im)plausibilità dell'ipotesi di lavoro esposta *sub* § 15: ritornando al testo dell'art. 2 Cost., che resta il fulcro di questa indagine, il quadro teorico che precede consente, a questo punto, di compiere un ulteriore progresso nell'analisi.

Il passo in avanti che qui si propone consiste nell'interrelare, agli specifici fini di una migliore decifrazione del rapporto tra diritti inviolabili delle persone e doveri inderogabili delle amministrazioni, il tessuto costituzionale con il sistema della CEDU.

Non si intende sconfinare in questa sede in quel vero e proprio campo minato, costellato di insidie e pullulante di contrasti dottrinali e giurispruden-

⁷⁹ ID., *op. ult. cit.*, pp. 510-512 (corsivi aggiunti).

⁸⁰ H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence and U.S. Foreign Policy*, 2nd ed., Princeton, Princeton University Press, 1996; A. EIDE, *Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights*, in A. EIDE, C. KRAUSE, A. ROSAS (eds.), *Economic, Social and Cultural Rights: A Textbook*, 2nd ed., Dordrecht-Boston-Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, p. 9 ss.; H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context. Law, Politics, Morals*, 3rd ed., New York-Oxford, Oxford University Press, 2007.

⁸¹ Cfr. K.G. YOUNG, *Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content*, in *Yale International Law Journal*, vol. 33, 2008, p. 113 ss.

⁸² Per questa classificazione, che il Comitato ONU sui diritti economici, sociali e culturali ha trasfuso nel *General Comment No. 12* e nel *General Comment No. 14*, v. l'ampia disamina di M.M. SEPÚLVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia Publishers, 2003, p. 157 ss.

⁸³ H.J. STEINER, P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights in Context*, cit., pp. 186-189.

ziali, che è divenuta la discussione del rapporto tra Costituzione e CEDU e, in conseguenza, tra Corte costituzionale e Corte EDU.

Tuttavia, sembra di poter fissare con sufficiente serenità almeno un punto. Anche a non voler aderire a quelle tesi che predicano una sostanziale equiordinazione “assiologico-sostanziale” tra CEDU e Costituzione in una prospettiva “intercostituzionale” basata sul “principio di apertura” della Costituzione e sul concorso armonico e “circolare” delle diverse Carte alla più intensa tutela dei diritti⁸⁴, e ribadire, invece, la subordinazione “gerarchica” alla Costituzione della CEDU in quanto fonte “subcostituzionale” e parametro “interposto” in una prospettiva di “predominio” della prima fonte sulla seconda (secondo quanto affermato sinora dalla giurisprudenza costituzionale, seppur con qualche oscillazione), può dirsi comunque, con le parole della stessa Consulta, che il sistema CEDU e la Costituzione «*si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione*»⁸⁵, onde occorre «*garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione*»⁸⁶.

In questa prospettiva, la giurisprudenza sviluppata dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nell'interpretazione della CEDU, rispetto alla portata dei diritti fondamentali di cui alla Convenzione, soprattutto ove stabilizzatasi in un orientamento consolidato della stessa Corte di Strasburgo, può e deve essere «presa in considerazione»⁸⁷ come ausilio per proporre una rinnovata interpretazione del testo dell'art. 2 Cost. rispetto al nesso tra diritti inviolabili dei soggetti privati e doveri inderogabili dei soggetti pubblici.

Non si intende in alcun modo sostenere, ovviamente, che la giurisprudenza della Corte EDU sia utilizzabile per *imporre* una data interpretazione del testo costituzionale, ma solo che essa possa contribuire ad *argomentare* la plausibilità di una delle interpretazioni rese possibili dalla formulazione dell'art. 2 Cost. D'altra parte, anche chi si oppone all'idea che la giurisprudenza della Corte EDU divenga «un vincolo nell'interpretazione della Costituzione» (affermando che, se ciò accadesse, si sarebbe «in presenza di un vero e proprio ordinamento concorrente, rispetto al quale sarebbe forse bene definire dei “controllimiti”»), ammette invece, senza particolari riserve, che comunque «la CEDU possa e debba costituire un criterio di interpretazione delle norme dell'ordinamento

⁸⁴ Si tratta della nota posizione, per tutti, di Antonio Ruggeri, ribadita dal chiaro Autore in numerosi scritti, tra i quali A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, in *Pol. dir.*, n. 3/2010, p. 3 ss.; ID., *CEDU, diritto “eurounitario” e diritto interno: alla ricerca del “sistema dei sistemi”*, in *www.diritticomparati.it*, 19 aprile 2013, p. 1 ss.; ID., *La oscillante “forza normativa” della CEDU, vista dalla Consulta*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2020, p. 193 ss. Come è noto, tale posizione è condivisa da vari studiosi ma è aspramente criticata da altri: tra questi ultimi, in particolare, R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, FrancoAngeli, 2018; ID., *Cose e idee. Per un consolidamento della teoria delle fonti*, in *Dir. cost.*, 1, 2019, p. 11 ss.

⁸⁵ Corte cost., 22 ottobre 1999, n. 388.

⁸⁶ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

⁸⁷ Per questa espressione, v. P. ROSSI, *L'interpretazione conforme alla giurisprudenza della Corte EDU: quale vincolo per il giudice italiano?*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2018, p. 1 ss., da p. 24.

interno, e anche di quelle di rango costituzionale»⁸⁸. Dunque, la «apertura del tessuto costituzionale agli apporti sovranazionali» può avvenire conciliando «primato della Costituzione e “integrazione” con la CEDU», e ciò proprio «per il tramite privilegiato dell'interpretazione costituzionale, nella logica di un completamento reciproco tra Carte dei diritti e Costituzioni nazionali, che non pregiudichi il primato di queste ultime»⁸⁹, come d'altronde accade da tempo nell'ordinamento tedesco, ove il sistema CEDU opera «quale strumento di ausilio interpretativo (*Auslegungshilfe*) per la esatta determinazione di contenuti e portata di diritti fondamentali e di principi fondamentali dello stato di diritto recati dal *Grundgesetz*, nella misura in cui ciò non comporti comunque una limitazione o un ridimensionamento della tutela dei diritti fondamentali secondo la Costituzione»⁹⁰.

§ 25 La giurisprudenza della Corte EDU fornisce un contributo prezioso a proposito del nesso tra doveri pubblici e diritti umani: si tratta della teoria delle cd. «*positive obligations*» degli Stati.

Consolidato da oltre un cinquantennio, questo orientamento della Corte di Strasburgo si traduce in un'interpretazione della Convenzione che può così sintetizzarsi: laddove la CEDU consacra diritti fondamentali e ne esige il rispetto, questi ultimi non possono restare solo teorici o illusori, onde *dai diritti dell'uomo scaturiscono doveri positivi degli Stati*, che sono *implicati* dai diritti e quindi sono *enucleabili per deduzione giusgenerativa* da essi (considerati sia singolarmente che nel loro complesso): doveri che investono *lo Stato in tutte le sue articolazioni*, centrali e locali, e *in tutti i suoi apparati e organi*, siano essi legislativi, giudiziari o amministrativi; doveri sia di carattere *sostanziale* che di carattere *procedurale*; doveri che la Corte EDU definisce *positivi* in quanto essi consistono non già in mere astensioni da interferenze, bensì nella *necessità che i soggetti pubblici che compongono lo Stato si mobilitino e intervengano per proteggere, realizzare e rendere effettivo il godimento e l'esercizio dei diritti fondamentali*, non solo attraverso atti giuridici formali ma *anche attraverso prassi, comportamenti, informazioni, organizzazioni, prestazioni*, soprattutto quando sia a rischio il *nucleo essenziale* dei diritti medesimi⁹¹.

⁸⁸ F. MARONE, *La CEDU da parametro di legittimità costituzionale della legge a fonte concorrente con la Costituzione?*, in *www.giurcost.org, Studi*, 2014, p. 1 ss., citazioni a p. 11 (corsivi aggiunti).

⁸⁹ M. RUOTOLO, *L'incidenza della CEDU sull'interpretazione costituzionale. Il “caso” dell'art. 27, comma 3, Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 19 aprile 2013, citazioni alle pp. 7-8 (corsivi aggiunti); ma v. già ID., *La “funzione ermeneutica” delle Convenzioni internazionali sui diritti umani nei confronti delle disposizioni costituzionali*, in *Dir. soc.*, 2000, pp. 291 ss.

⁹⁰ V. BALDINI, *Tutela interna e tutela internazionale dei diritti umani tra sovranità democratica e Jurisdiktionsstaat (i limiti della Völkerrechtsfreundlichkeit nell'ordinamento costituzionale italiano)*, in *Rivista AIC*, n. 2/2013, 5 aprile 2013, citazione a p. 5 (corsivi aggiunti).

⁹¹ Per un'ampia analisi della teoria delle «*positive obligations*» nella vastissima casistica giurisprudenziale della Corte EDU, che può farsi partire dalla celebre sentenza *Affaire Linguistique Belge* del 23 luglio 1968, v. P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1998; K. STARMER, *Positive Obligations under the Convention*, in J. JOWELL, J. COOPER (eds.), *Understanding Human Rights Principles*, Oxford, Hart Publishing, 2001, p. 139 ss.; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights : A Guide to the Implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe, 2007; R. SAPIENZA, *Art. 1 -*

Un'acuta dottrina, nell'esaminare la giurisprudenza della Corte EDU, ha proposto in maniera illuminante di rintracciare il fondamento delle «*positive obligations*» degli Stati, pur nel silenzio della Convenzione, nella «*teoria dell'inerenza*» ai diritti⁹²: la Corte, in questa prospettiva, non crea *ex nihilo* i doveri pubblici né opera un'interpretazione estensiva della Convenzione, ma *enuclea i doveri dello Stato dal loro rapporto di stretta e coesistente inerenza ai diritti fondamentali*.

La stessa Corte EDU aggiunge, però, che le operazioni interpretative che ricavano le «*positive obligations*» dall'inerenza ai diritti fondamentali devono rispettare alcuni invalicabili limiti: «*non imporre alle autorità un onere insostenibile o eccessivo*»; riconoscere ai soggetti pubblici «*un ampio potere di apprezzamento nella scelta del metodo da utilizzare*» per adempiere al loro dovere; considerare che le autorità pubbliche sono «*legate da un obbligo di mezzo e non di risultato*» alla protezione attiva dei diritti della Convenzione⁹³. La Corte ha aggiunto, coerentemente, che «*non rientra nelle attribuzioni della Corte sostituirsi alle autorità nazionali ed operare al posto di quest'ultime una scelta tra la vasta gamma di misure idonee a garantire il rispetto delle positive obligations*»; tuttavia, resta fermo che «*la Corte deve vigilare affinché gli Stati adempiano correttamente al loro dovere di proteggere i diritti delle persone*», onde «*la questione dell'adeguatezza della risposta delle autorità può sollevare un problema rispetto alla Convenzione*»⁹⁴.

§ 26 Il sistema CEDU, nel cui seno si è consolidata la teoria della «*inerenza*» ai diritti umani delle «*positive obligations*» quali doveri pubblici (in particolare, amministrativi) di garanzia e protezione attiva dei medesimi diritti da parte degli Stati, si integra nell'interpretazione con l'art. 2 Cost. e, per questa via, fornisce una chiave ermeneutica fondamentale per la decrittazione del rapporto che lo stesso art. 2 della Costituzione istituisce tra riconoscimento dei «*diritti inviolabili*» e richiesta di adempimento dei «*doveri inderogabili*».

Nella prospettiva dell'integrazione e del completamento reciproco, sul piano interpretativo, tra le due Carte, se i «*diritti inviolabili*» di cui all'art. 2 della Costituzione presentano un'evidente omologia con gli «*human rights*» della CEDU, allora sembra plausibile sostenere che i «*doveri inderogabili*» di cui all'art. 2 Cost. si prestino a ricomprendere in sé anche le «*positive obligations*», di cui al sistema CEDU, incumbenti sui soggetti pubblici.

Obbligo di rispettare i diritti dell'uomo, in S. BARTOLE, P. DE SENA, V. ZAGREBELSKY (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 13 ss.; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London-New York, Routledge, 2013; L. LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State: Rethinking the Relationship Between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge, Intersentia, 2016.

⁹² F. SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des Droits de l'homme*, 1995, p. 363 ss., spec. p. 367, seguito da P. PUSTORINO, *op. ult. cit.*, e da L. LAVRYSEN, *op. ult. cit.*

⁹³ Così, *ex multis*, la sentenza *Esterina Marro e altri* dell'8 aprile 2014, §§ 40 e 45.

⁹⁴ Così, *ex multis*, la sentenza *Talpis* del 2 marzo 2017, § 103.

L'integrazione interpretativa tra Convenzione e Costituzione può pertanto consentire:

- di superare la tradizionale lettura che restringe i «doveri inderogabili» di cui all'art. 2 Cost. ai soli doveri intestati a soggetti privati, liberando tutte le potenzialità semantiche latenti nel testo dell'enunciato costituzionale nel senso di attrarre, all'interno della sua cornice di significati, *non solo i doveri individuali inderogabili ma anche i doveri* (pubblici e, in particolare, per quel che in questa sede più rileva) *amministrativi inderogabili*;

- di ricostruire il rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e diritti umani inviolabili non secondo un modello di correlatività speculare (come se fossero, cioè, due facce della stessa medaglia, ciascuna il mero rovescio dell'altra e reciprocamente convertibili in negativo), bensì secondo il modello (già esaminato supra, nel § 23) dei «diritti-ragioni» della persona umana che generano, in capo alla p.a., «ondate di doveri», questi ultimi «garanzie» amministrative per l'effettività dell'esercizio e del godimento dei diritti, alimentando un circolo positivo in cui *diritti della persona attivano doveri dell'amministrazione che catalizzano diritti della persona*.

§ 27 Si ritiene di aver fin qui fornito argomenti, sul piano della teoria generale e del diritto positivo, a sostegno della plausibilità della proposta ricostruttiva delineata supra, nel § 15.

Questo contributo si prefigge di offrire un'ipotesi di lavoro iniziale, aperta alla falsificabilità nel successivo e plurale dibattito che auspica di poter innescare, al fine di poterne registrare le reazioni e coglierne le feconde retroazioni. L'intenzione di chi scrive è quella di destinare una successiva indagine allo studio delle molteplici dimensioni, problematiche e sistematiche, che l'ipotesi qui esposta dischiude, dato il suo potenziale di innovazione dello *status quo* sia al livello sostanziale che al livello processuale.

Avendo assolto alla sua limitata missione “introduttiva”, la presente riflessione potrebbe perciò, per ora, arrestarsi.

Tuttavia, sembra corretto non sottrarsi a un “inventario”, seppur incompleto, di alcuni interrogativi che la sopra prospettata ipotesi di lavoro pone: si tratta di nodi che, in questa sede, possono essere solo indicati e, in una fase successiva della ricerca, richiederanno un approfondimento ulteriore rispetto ai pochi cenni di cui subito *infra*.

I problemi principali che restano aperti possono riassumersi – non esaustivamente – nei seguenti:

1. significato da attribuire alla formula «inderogabili» riferita ai doveri;
2. perimetro e limiti della inderogabilità dei doveri;
3. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e sovranità popolare;
4. distinzione di regime, in relazione al *favor libertatis*, tra i doveri inderogabili dei soggetti privati e i doveri inderogabili delle pubbliche amministrazioni;
5. distinzione tra fondamento/attribuzione (*an* e *quia*) e determinazione/specificazione (*quid*, *quomodo*, *quantum* e *quando*) dei doveri amministrativi inderogabili, in relazione al principio di legalità e alla *interpositio legislatoris*;

6. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili, poteri amministrativi e interessi legittimi;
7. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e «interesse pubblico»;
8. rapporto tra doveri amministrativi inderogabili e organizzazione amministrativa;
9. «costo dei doveri» amministrativi inderogabili e possibilità di considerarli o meno finanziariamente condizionati o condizionabili;
10. sedi e rimedi per la giustiziabilità dell'inadempimento di doveri amministrativi inderogabili.

III. Parte terza (§§ 28-46): il problema della perimetrazione dei doveri amministrativi inderogabili nei loro rapporti con la sovranità, la legalità, i poteri amministrativi, gli interessi legittimi e pubblici, l'organizzazione, i vincoli finanziari, le tutele giurisdizionali [sul piano relazionale].

§ 28 Iniziando dalla questione *sub* 1) di cui al precedente § 27, basti in questa sede annotare quanto segue.

Il qualificativo «inderogabili» con cui l'art. 2 Cost. testualmente connota i doveri, e tra essi i doveri amministrativi ai fini che qui rilevano, richiede di essere 'preso sul serio'.

Lo esige il rispetto che l'interprete deve al linguaggio della Costituzione, in quanto fonte suprema dell'ordinamento (v. *supra*, § 21, in fine).

La struttura a due pilastri dell'art. 2 Cost. evidenzia una simbiosi tra *inderogabilità dei doveri* e *inviolabilità dei diritti* ivi menzionati⁹⁵: per quanto si è argomentato nei §§ precedenti, la disposizione costituzionale può essere interpretata nel senso che i doveri sono inerenti e coimplicati nei diritti, in quanto presidi costituzionali di sostegno per l'effettiva realizzazione di questi ultimi; se è così, tuttavia, ne discende che i diritti dell'uomo non potrebbero essere davvero *invulnerabili* se non trovassero garanzia in doveri – per quanto qui interessa, amministrativi – davvero *in-derogabili*.

Se, cioè, non fosse scolpito in Costituzione il divieto di (rimuovere la *in*)derogabilità, ogni facoltà di introdurre deroghe ai doveri che fungono da garanzie fondamentali dei diritti dell'uomo si ripercuoterebbe in un corrispondente aumento dei rischi di violazione dei diritti medesimi, nel senso di un *vulnerus* non tanto al riconoscimento dei diritti in termini formali, nell'empireo degli enunciati, quanto alla loro effettività in termini sostanziali, intesa come realizzabilità nel mondo delle persone in carne ed ossa.

Se occorre 'prendere sul serio' il lessico costituzionale, un dovere qualificato dalla Costituzione come «inderogabile», semplicemente, non può essere derogato (se non dalla – o in base alla – stessa Costituzione).

⁹⁵ Cfr. V. ONIDA, *La Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 57, ove si sottolinea che «ai diritti “inviolabili” la Costituzione associa i doveri “inderogabili” dove il termine è *analogo* nel senso che la garanzia del loro adempimento è *altrettanto essenziale* per la Repubblica» (corsivi aggiunti).

Il divieto costituzionale racchiuso nell'art. 2 Cost., ultima parte, colpisce perciò ogni atto giuridico subordinato gerarchicamente alla Costituzione che pretenda di introdurre una deroga ai doveri di cui allo stesso art. 2.

Il divieto costituzionale, in questa prospettiva, si irradia su *atti normativi, atti giurisdizionali, atti amministrativi, atti negoziali*: in ogni caso, una violazione della Costituzione operata attraverso la decisione di derogare a ciò che costituzionalmente è qualificato come inderogabile determina, a rigore, l'*invalidità per incostituzionalità* di tale atto sub-costituzionale di deroga (ferme, ovviamente, le differenze tra i regimi di invalidità e di giustiziabilità dei diversi tipi di atti, in base alla loro natura giuridica).

Questo modo di concepire il carattere della «inderogabilità» dei doveri può apparire, forse, radicale; tuttavia, non sembrano preferibili a questa interpretazione altre tesi che, senza una base testuale nell'art. 2 Cost. (ed anzi, forse, *contra litteram*) all'opposto riducono drasticamente la portata della inderogabilità, sia sul piano soggettivo, riferendola esclusivamente «*al legislatore*», sia sul piano oggettivo, nel senso di ritenere che la Costituzione, con la qualificazione di inderogabilità, abbia «*inteso non tanto prescrivere al legislatore di stabilire determinati doveri, quanto piuttosto imporgli, nel caso in cui decida liberamente di prevederli, di metterli in capo a tutti, senza alcuna distinzione tra i destinatari delle norme relative*», onde l'art. 2 Cost. sarebbe una direttiva «*d'ordine tecnico-legislativo mirante a condizionare il legislatore ordinario affinché disciplini i doveri in questione in maniera assolutamente generalizzata*»⁹⁶. Secondo altri studiosi, invece, il riferimento alla inderogabilità andrebbe riferito al legislatore costituzionale, nel senso della sottrazione dei doveri di cui all'art. 2 Cost. alla revisione costituzionale⁹⁷.

In ogni caso, l'interpretazione della inderogabilità (dei doveri) ripropone alla dottrina un dilemma di fondo che Guastini ha rilevato per l'interpretazione della inviolabilità (dei diritti): «è una mera formula declamatoria – caratteristica del linguaggio retorico comunemente impiegato dai redattori dei testi costituzionali – e come tale priva di qualunque preciso contenuto normativo, o al contrario è gravida di effetti giuridici?»⁹⁸.

In questa sede si opta, decisamente, per la seconda risposta.

§ 29 Tuttavia, 'prendere sul serio' la «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. richiede anche, per converso, un'estrema cautela nel perimetrare l'area della inderogabilità sul piano interpretativo e ricostruttivo.

Se infatti l'inderogabilità non è dequotabile a una retorica quanto innocua declamazione ma, al contrario, reca in sé la massima carica ordinamentale di

⁹⁶ Così A. VIGNUDELLI, *Diritto costituzionale*, cit., p. 461 (alcuni dei corsivi sono aggiunti).

⁹⁷ Ad es. P. BARILE, *Diritti dell'uomo*, cit., p. 68, secondo cui «l'aggettivo "inderogabili" ha un significato identico a quello di "inviolabili" (che è l'attributo dei diritti), cioè di non emendabilità, altro che in via di dettaglio, neppure da parte del legislatore costituzionale»; in senso analogo anche B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., pp. 259-260.

⁹⁸ R. GUASTINI, *Esercizi d'interpretazione dell'art. 2 cost.*, in *Ragion pratica*, 29, 2007, p. 325 ss., citazione a p. 334.

cogenza, precludendo qualsiasi atto di deroga, allora occorre evitarne disinvolve e incontrollate dilatazioni: il problema diviene quello di individuare il limite entro il quale lo spazio giuridico dell'inderogabilità costituzionale è racchiuso, e oltre il quale, invece, si riespande la derogabilità secondo gli ordinari criteri che governano i rapporti tra fonti e tra atti sub-costituzionali.

Venendo così alla questione *sub* 2) prefigurata nel § 27, basti in questa sede annotare quanto segue.

L'ipotesi che qui si avanza è la seguente:

- nella struttura dell'art. 2 Cost., come si è detto, i doveri inderogabili sono garanzie di effettività inerenti e coimplicate nei diritti inviolabili;

- ne deriva che vi è omotopia tra l'area dell'inderogabilità e l'area dell'invio- labilità nella geometria costituzionale (all'*ubi* dell'invio- labilità corrisponde l'*ibi* dell'inderogabilità a presidio di essa);

- il problema diviene quindi quello di individuare con rigore se, e quando, si sia in presenza di un «diritto inviolabile»⁹⁹;

- per un verso, infatti, non tutti i «diritti» sono «inviolabili», essendovi ovviamente e per differenza anche diritti «non inviolabili», ossia non ascrivibili all'art. 2 Cost., sui quali però – non sorprendentemente – la dottrina si mostra meno propensa ad organiche indagini¹⁰⁰; il riferimento a questi ultimi compare talora in giurisprudenza¹⁰¹;

- per altro verso, e soprattutto, la «inviolabilità» degli stessi «diritti invio- labili» ex art. 2 Cost. deve tener conto del fatto che «ogni macro-diritto è composto da un *nucleo* [...] e da un *perimetro protettivo*»¹⁰²;

- viene in gioco, sul punto, un concetto senz'altro controverso e complesso, ma radicatissimo da decenni nel linguaggio della giurisprudenza costituzionale, ossia quello di «*nucleo irriducibile* del diritto [...] protetto dalla Costituzione come ambito *invio- labile* della dignità umana, il quale impone di impedire la *co- stituzione di situazioni prive di tutela, che possano appunto pregiudicare l'attuazione di quel diritto*»¹⁰³, altre volte denominato dalla Consulta «*nucleo incompressibile*» del diritto

⁹⁹ Ovviamente la questione è resa ancor più complessa, a monte, dal notissimo dibattito sulla natura di “fattispecie aperta”, o meno, dell'art. 2 Cost. e sui cd. “nuovi diritti”, sul quale v. almeno A. BARBERA, *Art. 2*, cit.; F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., spec. p. 4 ss.; M. LUCIANI, *Positività, metapositività e parapositività dei diritti*, in G. BRUNELLI, A. PUGIOTTO, P. VERONESI (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, vol. III, Napoli, 2009, p. 1055 ss.

¹⁰⁰ Ma v. G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 29 ottobre 2018, p. 4, che distingue nettamente tra un «diritto fondamentale [...] ascrivibile ad un principio costituzionale» e un «diritto soggettivo *tout court*, introdotto dal legislatore e da questo sempre eliminabile».

¹⁰¹ Ad es., per gli «interessi inerenti la persona non aventi il rango costituzionale di diritti inviolabili», cfr. Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972.

¹⁰² G. PINO, *Diritti soggettivi*, cit., p. 243.

¹⁰³ Corte cost., sentenze nn. 509/2000; 252/2001; 111/2005; 432/2005; 162/2007; 219/2008; 354/2008; 10/2010; 269/2010; 299/2010; 61/2011; 62/2013; 203/2016.

PA PERSONA E AMMINISTRAZIONE

Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia

inviolabile¹⁰⁴, «nucleo intangibile»¹⁰⁵, «nucleo indefettibile»¹⁰⁶, «nucleo essenziale»¹⁰⁷, «nucleo minimo»¹⁰⁸, «contenuto minimo essenziale»¹⁰⁹, «misura minima essenziale»¹¹⁰, et similia;

- come in proposito ha osservato un autorevole maestro, «con qualche forzatura si potrebbe dire che ogni diritto fondamentale ha un contenuto essenziale che inerisce appunto alla sua essenza o alla sua natura, che preesiste alla Costituzione e attorno al quale la Costituzione costruisce una sua disciplina; senza che questo nucleo possa essere intaccato dal legislatore anche quando, magari sfruttando un'autorizzazione costituzionale, limita il diritto»¹¹¹;

- alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale, può dunque ipotizzarsi che la «inviolabilità» di un diritto ex art. 2 Cost. sia da intendersi come «centripeta», riferita cioè alla garanzia assoluta del «nucleo» centrale di quel diritto (*in-violabilità costituzionale nel senso di presenza di uno spazio-limite invalicabile, interno al diritto, raggiunto il quale non è tollerata alcuna ulteriore riduzione del diritto da parte di qualsivoglia atto sub-costituzionale*);

- il «perimetro protettivo» del diritto, esterno al «nucleo», a differenza di quest'ultimo sarebbe assistito da una garanzia non assoluta ma relativa, ossia sarebbe elastico, duttile e parzialmente cedevole; questo consentirebbe contemperamenti tra diritti che sarebbero impossibili se, invece, l'inviolabilità fosse erroneamente intesa come «centrifuga», ossia tale da effondersi radialmente dal centro del diritto verso il suo perimetro senza alcun limite, rendendo invulnerabile ed intoccabile qualsiasi proiezione e dimensione del diritto;

- questa impostazione può evitare il rischio di un approccio «irenico»¹¹² alla massimizzazione dei diritti *ad infinitum* che darebbe luogo, in definitiva, al paradosso contrassegnato da combattiva dottrina come «diritti insaziabili»¹¹³;

¹⁰⁴ Corte cost., sentenze nn. 222/2004; 45/2014; 95/2016; 275/2016; 260/2020; 83/2019.

¹⁰⁵ Corte cost., sentenze nn. 222/2013; 259/2017; 104/2018; 240/2019; 263/2020.

¹⁰⁶ Corte cost., sentenze nn. 240/1974; 251/2008; 80/2010; 162/2014; 206/2019; 152/2020.

¹⁰⁷ Corte cost., sentenze nn. 248/1974; 366/1991; 467/1991; 37/1992; 81/1993; 304/1994; 356/1995; 267/1998; 33/1999; 78/2002; 29/2003; 182/2008; 10/2010; 119/2012; 85/2013; 173/2016; 192/2017; 20/2018; 103/2018.

¹⁰⁸ Corte cost., sentenze nn. 226/2000; 342/2006; 293/2011; 87/2013; 55/2019.

¹⁰⁹ Corte cost., sentenza n. 184/1993.

¹¹⁰ Corte cost., sentenza n. 27/1998.

¹¹¹ G. CORSO, *La Costituzione come fonte di diritti*, in *Ragion pratica*, 11, 1998, p. 87 ss., citazione a p. 98.

¹¹² M. LUCIANI, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 1644 ss.

¹¹³ A. PINTORE, *Diritti insaziabili*, in *Teoria politica*, n. 2, 2000, p. 3 ss.: l'Autrice (p. 11) osserva che «l'idea della pura e semplice estensione di un diritto può acquistare un senso non problematico [...] solo nel quadro di alcune assunzioni molto impegnative. Essa deve presupporre che lo spazio morale dei diritti sia illimitato, dunque indefinitamente espandibile; deve presupporre inoltre che la «superficie» occupata da ciascun diritto, all'interno dello spazio morale, sia pensata come sempre precisamente delimitata; deve presupporre infine l'idea che nessuna delle superfici-diritti abbia mai punti di intersezione con le altre, talché l'ampliamento dell'una possa avvenire senza detrimento per le altre [...] il più grave limite di una concezione del genere è che essa, quantunque attraente nella sua semplicità assertiva dei diritti, collide con l'intuizione comune, che i diritti confliggano. I diritti possono in realtà confliggere tra loro e spesso entra-

- come è stato lucidamente osservato, in definitiva, «la teoria (o molto più vagamente l'idea) del *contenuto essenziale* dei diritti fondamentali, pur inaccettabile nelle sue formulazioni più ingenuie e “cognitiviste” [...] può offrirci un utile *insegnamento sulla struttura dei diritti*: la disciplina di un diritto è cosa alquanto complessa, e *non tutto quello che vi sta dentro ha la stessa vicinanza con il nucleo centrale del diritto*, la stessa importanza strumentale alla realizzazione del valore che giustifica quel diritto. *Non sembra appropriato allora sostenere che ogni limitazione o sacrificio di un diritto sia per ciò stesso una soppressione di quel diritto* [...] da un punto di vista logico si può sostenere che *un diritto fondamentale DF (inteso come abstract right) include una serie indefinita di diritti più specifici (concrete rights) DF₁, DF₂, DF₃ ecc. [...] e che a seguito di bilanciamento alcuni di questi diritti specifici impliciti cedano completamente a fronte di un altro diritto ritenuto più importante [...] questo equivale a dire che il diritto DF, senza ulteriori qualificazioni, è stato sacrificato?»¹¹⁴;*

- da tutto ciò deriva una conclusione, rilevante ai fini di questa indagine: *anche l'area della «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. deve essere delimitata, in quanto corrisponde alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti in cui consiste la «inviolabilità» dei medesimi.*

§ 30 Occorre naturalmente essere consapevoli della problematicità del concetto di «nucleo irriducibile» di un diritto inviolabile, del quale potrebbe ben dirsi, come Olinto nel Demetrio: «che vi sia, ciascun lo dice; dove sia, nessun lo sa».

In dottrina sono frequenti gli scetticismi, e vi è chi ha parlato di «concetto sfuggente [...] in realtà inafferrabile come l'immagine di una fata morgana»¹¹⁵.

Non solo nella letteratura italiana ma anche in quella straniera, si contrappongono sul punto tesi “assolutizzanti”, secondo cui l'identificazione del nucleo essenziale di un diritto sarebbe un *a priori* che precede e dunque limita le operazioni di bilanciamento con altri diritti, e tesi “relativizzanti” che invece

no in un gioco di rapporti reciproci a somma zero; questo ci costringe ad ammettere che lo spazio morale da essi occupato non è illimitato (per ragioni normative e non solo fattuali). Nel quadro di queste meno attraenti ma più realistiche considerazioni, l'idea di estensione del contenuto dei diritti finisce per perdere tutta la sua intuitiva autoevidenza e semplicità».

¹¹⁴ G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 113-114 (corsivi aggiunti) ed ivi nt. 49, il quale fa l'esempio (come *abstract right*) della «libertà di espressione» che «include» (come *concrete rights*) «il diritto di scrivere romanzi, di fare inchieste giornalistiche, di scrivere sui muri con una bomboletta, di insultare, di raccontare in pubblico fatti privati e imbarazzanti su altre persone, ecc.»; l'Autore aggiunge che «l'unica possibile replica a quanto affermato [...] potrebbe consistere nel sostenere che ad ogni diritto corrisponda un solo obbligo a carico di terzi», ma obietta condivisibilmente che questa sarebbe una «concezione dei diritti [...] piuttosto implausibile specialmente se applicata ai diritti fondamentali».

¹¹⁵ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 11 ottobre 2013, citazione a p. 10.

ritengono che l'identificazione del nucleo sia un *a posteriori* del bilanciamento, ossia un risultato e non un presupposto di quest'ultimo¹¹⁶.

Pur riconoscendo tutto ciò, il giurista osservatore del diritto positivo non può comunque negare che il concetto di «nucleo irriducibile» (con tutti i suoi sinonimi) è obiettivamente presente, in maniera radicata e copiosa, nel lessico della Corte costituzionale e, dunque, non può essere in alcun modo ignorato né dequotato a dato irrilevante ai fini dell'interpretazione della Costituzione; anche sul piano comparatistico, peraltro, è noto che altre Costituzioni vi fanno un riferimento diretto ed espresso (ad es., l'art. 19, c. 2, della Costituzione tedesca¹¹⁷; l'art. 53, c. 1, della Costituzione spagnola¹¹⁸; l'art. 18 della Costituzione portoghese¹¹⁹); anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea contiene un'analogia formula testuale¹²⁰.

In ultima analisi, è la Corte costituzionale a tracciare volta per volta la linea di questo confine del giuridicamente intangibile, il che pone problemi di indeterminabilità *ex ante* e, dunque, di certezza del diritto: non sembra, tuttavia, che vi siano a ciò alternative ragionevoli, perché rimettere al legislatore *in toto* il potere di tracciare tale linea significherebbe sacrificare, sull'altare di una (presunta) certezza del diritto – da realizzare attraverso la (supposta, ma tutta da dimostrare) precisione determinata dalle formule della legge – la «certezza dei diritti»¹²¹, ossia la loro difesa costituzionale da abusi e soprattutto da omissioni o inazioni dello stesso legislatore.

¹¹⁶ Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, Giappichelli, 1997, spec. p. 96 ss.; A.L. MARTÍNEZ PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; I. MASSA PINTO, *La discrezionalità politica del legislatore tra tutela costituzionale del contenuto essenziale e tutela ordinaria caso per caso dei diritti nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, n. 2/1998, p. 1309 ss.; ID., *Il contenuto minimo essenziale dei diritti costituzionali e la concezione espansiva della Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2001, p. 1095 ss.; R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 14, 2000, p. 15 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, cit., p. 147 ss.; D. MESSINEO, *La garanzia del "contenuto essenziale" dei diritti fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹¹⁷ Ove si stabilisce che «in nessun caso un diritto fondamentale può essere leso nel suo *contenuto essenziale*».

¹¹⁸ Ove si stabilisce che «i diritti e le libertà riconosciuti nel capitolo secondo del presente Titolo vincolano tutti i pubblici poteri. Soltanto mediante legge, che in ogni caso dovrà rispettare il loro *contenuto essenziale*, si potrà regolare l'esercizio di tali diritti e libertà».

¹¹⁹ Ove si stabilisce che «i precetti costituzionali in materia di diritti, libertà e garanzie sono direttamente applicabili e vincolanti per enti pubblici e privati. La legge può limitare i diritti, le libertà e le garanzie solo nei casi espressamente previsti dalla Costituzione e le restrizioni dovrebbero essere limitate a quanto necessario per salvaguardare altri diritti o interessi tutelati dalla Costituzione. Le leggi che limitano i diritti, le libertà e le garanzie devono essere di natura generale e astratta e non devono avere effetto retroattivo o diminuire l'estensione o la portata del *contenuto essenziale* dei precetti costituzionali».

¹²⁰ Art. 52, c. 1: «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il *contenuto essenziale* di detti diritti e libertà».

¹²¹ L'espressione è di A. RUGGERI, *La garanzia dei diritti costituzionali tra certezze e incertezze del diritto*, in *Consulta OnLine* (www.giurcost.org), I, 2020, p. 161 ss., spec. p. 163 ss.

Se si disconoscesse il concetto di «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili, cioè, si aprirebbero enormi rischi di «abuso del diritto costituzionale»¹²² da parte del legislatore, giacchè per «tutti i diritti fondamentali enunciati e tutelati nella Costituzione [...] il “nucleo essenziale” è, di volta in volta, individuato dal giudice delle leggi in base a criteri non prefissati, ma comunque riferibili al dato costituzionale [...] questa “flessibilità”, legata a situazioni storiche di natura culturale, economica e sociale, non è in contrasto con la “certezza del diritto”, da molti invocata per ridurre al massimo l’incidenza dei principi costituzionali nell’ordinamento giuridico, ma al contrario, serve a garantire la certezza e l’effettività del diritto costituzionale, che possiede – non lo si dimentichi! – la peculiarità di dettare un dover essere normativo anche al potere legislativo. Negare ciò significherebbe negare le basi stesse dello Stato costituzionale»¹²³.

Sembra perciò potersi concludere nel senso della necessità di mantenere, come perno, il concetto di «nucleo irriducibile», per quanto imperfetto, tormentato e problematico, anche perchè proprio il «*criterio della soglia elementare* potrebbe essere un’utile guida per mantenere una linea di demarcazione tra il ruolo di garanzia operato dai giudici, in relazione alla *soglia elementare che non può essere sacrificata*, e il ruolo delle istituzioni politiche che ben possono essere chiamate a decidere su questioni relative ai diritti fondamentali, quando queste non hanno a che vedere con quel *nucleo* [...] in tal modo si manterrebbe intatta l’alterità dei diritti fondamentali rispetto alla decisione politica e al circuito maggioritario, senza però attrarre nella sfera giurisdizionale ogni decisione riguardante i diritti, anche quando il problema non è garantire, ma decidere»¹²⁴. Per riprendere la nota metafora degli ombrelli di Bin, il nucleo irriducibile di un diritto inviolabile è, al fondo, il «punto di massima protezione di esso [...] la testa sotto l’ombrello»¹²⁵.

§ 31 Nella prospettiva che qui si accoglie, dunque, l’art. 2 Cost. garantisce il *nucleo irriducibile* dei diritti inviolabili imponendo a protezione del medesimo *doveri inderogabili sui quali il legislatore stesso non può incidere in peius*, pena l’incostituzionalità (giustiziabile anche, in ipotesi, tramite pronunce “additive” della Consulta).

Ovviamente *il legislatore* è chiamato ad *estendere e massimizzare* la tutela di ciascun diritto andando *oltre il nucleo irriducibile* direttamente garantito dall’art. 2 Cost., e ciò normalmente avviene, ma in tal caso occorre riconoscere che si tratta di *scelte del legislatore incoercibili costituzionalmente*, nel senso che esse possono essere o non essere assunte nella sfera della discrezionalità legislativa e *possono*

¹²² L’espressione è di G. SILVESTRI, *L’abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2016, 17 giugno 2016, p. 6 e p. 9.

¹²³ ID., *L’abuso*, cit., pp. 7-8.

¹²⁴ M. CARTABIA, *La Costituzione italiana e l’universalità dei diritti umani* (Relazione al Convegno *La Costituzione italiana 60 anni dopo*, Roma, Accademia dei Lincei, 28-29 febbraio, 2008), in *Astrid* (www.astridonline.it), 2008, p. 23 ss., citazione a p. 34 (corsivi aggiunti).

¹²⁵ R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, cit., p. 44.

essere derogate da scelte successive di segno riduttivo dello stesso legislatore in base al criterio *lex posterior derogat priori*.

Questa differenza marca una linea distintiva netta tra:

- i *doveri generali originati dall'art. 2 Cost. a garanzia del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili*, doveri che trovano la loro fonte diretta nel testo costituzionale e la cui inderogabilità si traduce in divieto di deroga da parte di qualsiasi atto subordinato alla Costituzione (normativo, giurisdizionale, amministrativo, negoziale), inclusa la legge;

- *gli obblighi specifici imposti dalla legge per l'espansione oltre il nucleo irriducibile della tutela dei diritti inviolabili*, obblighi che sono inderogabili da parte di qualsiasi atto subordinato alla legge (giurisdizionale, amministrativo, negoziale), ma restano pur sempre derogabili dal legislatore con legge successiva.

Il *discrimen* tra doveri e obblighi costituzionali si colloca, dunque, lungo un preciso crinale: «nella materia costituzionale [...] la locuzione “dovere” viene impiegata per le fattispecie individuate in Costituzione e la parola “obbligo” per le successive specificazioni del dovere costituzionale operate dalla legge»¹²⁶.

Questa differenza, come si vedrà, è particolarmente importante a proposito dei doveri *amministrativi* inderogabili.

Un paradigma della distinzione che intercorre tra doveri inderogabili ex art. 2 Cost. e obblighi di fonte legislativa, anche quando entrambi riguardino le amministrazioni pubbliche, si può ricavare dall'art. 117, lett. m), Cost., ove si attribuisce al legislatore il compito di disciplinare con legge la «*determinazione dei livelli essenziali* delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

Una cosa, infatti, è il «nucleo irriducibile» di un diritto inviolabile che, in base all'art. 2 Cost., ove minacciato per commissione o omissione fa sorgere direttamente, *iussu Constitutionis*, un «dovere inderogabile» a contenuto minimo, invariabile e generale, gravante anche sulle pubbliche amministrazioni, di mobilitarsi in ogni caso per proteggere quel nucleo.

Altra cosa sono i «*livelli essenziali*», modulabili, variabili e specifici, che spetta nel dettaglio al legislatore di volta in volta tipizzare, con la «*determinazione*» di dettagliate «*prestazioni*» le quali mirano a proteggere il diritto inviolabile anche oltre il suo nucleo irriducibile.

Sul punto, «la dottrina e la giurisprudenza hanno da tempo chiarito che *i livelli essenziali delle prestazioni possono superare il contenuto minimo essenziale di un diritto* – giacché il concetto di *livello essenziale* è *difforme da quello di nucleo essenziale* del diritto – ma in ogni caso *i livelli essenziali devono garantire almeno il contenuto minimo essenziale del diritto sociale*»¹²⁷.

¹²⁶ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 171.

¹²⁷ M. BERGO, *I nuovi livelli essenziali di assistenza. Al crocevia fra la tutela della salute e l'equilibrio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, 19 maggio 2017, citazione a p. 4 (corsivi aggiunti); ma v. già C. PINELLI, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 887 ss.

§ 32 Una volta lumeggiata la distinzione *sub* § 31, si pone un interrogativo: quale rapporto intercorre tra doveri amministrativi inderogabili e *interpositio legislatoris*? Quei doveri sorgono e vincolano all'azione le pubbliche amministrazioni a prescindere dal fatto che (o prima che) intervenga la *interpositio legislatoris* o sono, invece, subordinati ad essa e, dunque, non sono operanti né giustiziabili prima di essa? In altri termini, i doveri amministrativi ex art. 2 Cost. precedono e fondano gli obblighi amministrativi *ex lege* o, all'inverso, sono giuridicamente *tamquam non essent* se, e fino a quando, non sopravvengano questi ultimi a determinarli e specificarli?

A queste domande si tenterà di dare una possibile risposta nei paragrafi che seguono.

§ 33 Occorre tuttavia, preliminarmente, affrontare la questione *sub* 3) di cui al § 27, che chiama in causa il rapporto tra i doveri amministrativi inderogabili e la sovranità popolare.

Questo contributo si alimenta e trae ispirazione dall'insegnamento di quella dottrina¹²⁸ la quale, muovendo da un'interpretazione sistematica degli artt. 1, 2 e 3 Cost., osserva come «con la Costituzione sia stata invertita la struttura tradizionale della sovranità, sicché la sua appartenenza al popolo (art. 1) la sottrae allo Stato; muovendo da questo [...] presupposto, sembra possibile rendersi conto che nel nostro ordine costituzionale *la sovranità delle persone si esprime primariamente con il trattenersi in esse, attraverso l'esercizio delle libertà e dei diritti fondamentali, senza che ciò avvenga solo con trasferimento allo Stato attraverso il circuito della rappresentanza* [...] poiché la sovranità viene esercitata nelle forme fissate dalla Costituzione e quest'ultima riconosce e non pone i diritti inviolabili, non resta che considerare che questi vivono nell'ambito dell'esercizio diretto della sovranità. *I titolari della sovranità (le persone)*, quindi, nel momento in cui costituiscono l'ordinamento e fondano lo Stato *trattengono nell'ambito della (loro) sovranità i diritti inviolabili* [...] un fondamento unitario dei diritti nella sovranità [...] si registra nel combinarsi delle disposizioni di cui ai primi tre articoli del testo costituzionale [...] in essa ciascuno sarà garantito e protetto quanto al suo nucleo essenziale ed incompressibile e dovrà essere bilanciato con gli altri lungo le due direttive della garanzia delle libertà e della creazione delle condizioni dell'uguaglianza nel loro godimento»¹²⁹. Ed ancora: «l'art. 1 della Costituzione riserva al popolo la sovranità [...] la disposizione appena evocata chiarisce

¹²⁸ L.R. PERFETTI, *Pretese procedurali come diritti fondamentali. Oltre la contrapposizione tra diritto soggettivo ed interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 850 ss.; ID., *I diritti sociali. Sui diritti fondamentali come esercizio della sovranità popolare nel rapporto con l'autorità*, in *Dir. pubbl.*, 2013, p. 61 ss.; ID., *Sull'ordine giuridico della società e la sovranità*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Padova, Cedam, 2016, p. 1153 ss.; ID., *Discrezionalità amministrativa e sovranità popolare*, in S. PERONGINI (a cura di), *Al di là del nesso autorità/libertà: tra legge e amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 119 ss.; ID., *L'ordinaria violenza della decisione amministrativa nello stato di diritto*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 3 ss.; ID., *Organizzazione amministrativa e sovranità popolare. L'organizzazione pubblica come problema teorico, dogmatico e politico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2019, p. 7 ss.

¹²⁹ ID., *I diritti*, cit., p. 101, p. 113 e pp. 118-119 (corsivi aggiunti).

ch'essa si esercita nelle forme stabilite dalla Costituzione. È, tuttavia, altrettanto innegabile che la Costituzione stessa contiene la smentita dell'idea che l'esercizio della sovranità popolare coincida con la legittimazione dei poteri dello Stato attraverso la rappresentanza. Quel che non pare facile negare è che l'art. 2 Costituzione "riconosce" i diritti inviolabili. Il che val quanto dire che nell'esercizio del potere sovrano (costituente) il popolo legittima le istituzioni repubblicane (che, come tali, non coincidono con l'autorità pubblica) e, tuttavia, *trattiene* all'esterno di esse *una porzione della sovranità* (costituente), *radicandola nei diritti inviolabili* [...] poiché *la sovranità è trasferita alle istituzioni repubblicane solo parzialmente ed in parte si trattiene, permanentemente, nell'ordine (giuridico) dei diritti inviolabili*, non sembra arbitrario concludere che *l'intero sistema dei poteri pubblici è funzionale alla massimizzazione del godimento di quei diritti della persona*¹³⁰.

Riprendendo questa concettualità con lievi variazioni, sembra di poter dire che:

- la sovranità «appartiene» in maniera permanente e necessaria al popolo nel senso che il popolo non può privarsene, spogliarsene o delegarla irrevocabilmente nelle mani dell'autorità;

- fermo questo inestirpabile radicamento nel popolo, nel momento del suo «esercizio» la sovranità deve tuttavia assumere le «forme» e i «limiti» della Costituzione;

- vi sono, dunque, diverse «forme» di esercizio della sovranità popolare;

- queste «forme» si limitano reciprocamente; coesistono come forze in equilibrio e si bilanciano l'una con l'altra, evitando che il magma rovente della sovranità si coaguli in un unico canale e dividendolo in più direzioni per moderarne la potenza; ne discende che, in termini relazionali, le «forme» sono anche «limiti» e viceversa;

- proponendo stipulativamente, in questa sede, un lessico inconsueto, tra le «forme» costituzionali della sovranità può operarsi una distinzione tra sovranità *espressa* e sovranità *impressa*;

- vi è, infatti, una porzione di sovranità che la Costituzione richiede al popolo di *esprimere* con il voto, attraverso il circuito della rappresentanza e della maggioranza che genera la legge e, per il tramite del principio di legalità, fonda il potere amministrativo;

- vi è, al contempo, un'altra porzione di sovranità popolare che la Costituzione si incarica di *imprimere* essa stessa, direttamente e permanentemente, in ciascuna delle persone umane le quali sono, nel loro insieme, il popolo, precludendone la delegabilità tramite il voto e, in tal modo, vietando che tale porzione possa essere alla mercé della sovranità espressa nella legge dalle maggioranze contingenti; *la sovranità impressa coincide con i «diritti inviolabili» di cui all'art. 2 Cost.*

I diritti inviolabili, dunque, sono frammenti di sovranità popolare impressi, incisi indelebilmente e marchiati a fuoco nel codice genetico costituzionale di ogni persona: particelle elementari di sovranità intrasferibili, irrinunciabili, irriducibili, proprio per questo connotate dal vincolo della «inviolabilità».

¹³⁰ ID., *L'ordinaria*, cit., pp. 41-42 (corsivi aggiunti).

Come è stato autorevolmente ribadito, «la sovranità appartiene al popolo, dice ancora l'articolo 1 della Costituzione. Ma questa norma equivale a una garanzia: a una *garanzia negativa*, dato che stabilisce che la sovranità appartiene al popolo e a nessun altro e nessun potere costituito, né assemblea rappresentativa, né governi o presidenti eletti, può usurparla e appropriarsene; ma anche a una *garanzia positiva*, giacché *il popolo non esiste come macrosoggetto ma come l'insieme di tutti noi*, cioè di milioni di persone, sicché *la sovranità popolare equivale alla somma di quei frammenti di sovranità che sono i diritti fondamentali*, politici, civili, di libertà e sociali, *di cui tutti e ciascuno siamo titolari*»¹³¹.

Se si condividono queste premesse, emerge uno schema delle relazioni tra sovranità popolare e pubbliche amministrazioni:

- sovranità impressa → popolo/persona → diritti inviolabili → doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale

- sovranità espressa → popolo/corpo elettorale → voto → leggi → obblighi amministrativi di fonte legale → poteri amministrativi autoritativi

Possono enuclearsi, a partire da questo schema, alcune tesi.

(i) *La sovranità impressa* (in quanto si incardina, *ante legem*, direttamente nella Costituzione) *precede la sovranità espressa* (dato che quest'ultima si incardina nella deliberazione legislativa delle maggioranze politiche).

(ii) *La sovranità impressa è condizione e presupposto della sovranità espressa*, giacché il voto stesso è diritto inviolabile della persona e postula, per poter essere esercitato liberamente ed egualmente, che siano riconosciuti e garantiti, a monte, anche gli altri diritti inviolabili.

(iii) *La sovranità espressa è sussidiaria alla sovranità impressa*, in quanto *la prima* (con la legge) *non può mai ridurre la seconda* (il «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili), *ma soltanto accrescerla*, il che può accadere secondo due modalità, non alternative ma concorrenti:

(iii.a) *l'estensione in ampiezza*, quando la legge detta *obblighi specifici* che aumentano la tutela dei diritti inviolabili elevandola oltre il loro nucleo irriducibile, oppure danno protezione a diritti non inviolabili;

(iii.b) *la determinazione in profondità*, quando la legge detta *obblighi specifici* miranti ad aumentare il grado di determinatezza – definendo strumenti, misure organizzative, procedimenti, risorse, tempi e modi – dei *doveri generali* originati dalla sovranità impressa, precisando e concretizzando, cioè, il contenuto dei doveri inderogabili a garanzia della protezione del nucleo irriducibile dei diritti inviolabili.

In questo quadro, affermare che i doveri amministrativi inderogabili sono serventi alla garanzia e alla realizzazione effettiva dei diritti inviolabili ex art. 2 Cost. equivale, giuridicamente, ad affermare che i doveri amministrativi inderogabili sono serventi alla sovranità popolare ex art. 1 Cost., nella sua forma impressa.

¹³¹ L. FERRAJOLI, *Legalità*, in M. RUOTOLO (a cura di), *La Costituzione ... aperta a tutti*, Roma, Roma Tre Press, 2019, p. 17 ss., citazioni alle pp. 18-19 (corsivi aggiunti).

Sono altresì serventi alla sovranità popolare, nella sua forma espressa, i poteri amministrativi autoritativi.

Si recupera in tal modo la vocazione più profonda dell'amministrazione. Essa rileva appunto come *ad-ministrare*, istituzione deputata a fungere strumentalmente da *minister* (da *minus*, con il significato di servitore, colui che 'vale meno' rispetto al *magister*, da *magis*, ossia il capo, colui che 'vale di più'): l'amministrazione esercita teleologicamente (*ad*) il suo ufficio a servizio delle persone, titolari della sovranità, le quali sono, nel loro insieme, il popolo (il *magister*) ex art. 1 Cost.

§ 34 Venendo al punto *sub* 4) di cui al § 27, emerge un'importante differenza, all'interno del *genus* dei doveri inderogabili ex art. 2 Cost., tra la *species* dei doveri *individuali* e quella dei doveri *amministrativi*, differenza che riguarda proprio il rapporto dei doveri con la legge (*interpositio legislatoris*).

Come si è sottolineato *supra* nel § 12, i doveri inderogabili individuali, ossia gravanti *sul soggetto privato*, si innestano sull'originaria posizione di *libertà* di quest'ultimo e la *limitano*: il principio del *favor libertatis* richiede, perciò, di circondare di particolari tutele l'imposizione al privato dei doveri.

Per questo *la stessa Costituzione* ha previsto, proprio al fine di evitare rischi di incontrollabile erosione delle libertà da parte dei doveri, la *necessità di una interpositio legislatoris quando si tratti di doveri individuali*¹³²; l'art. 23 Cost., infatti, stabilisce che solo «in base alla legge» possa essere «imposta» al privato qualsivoglia «prestazione personale o patrimoniale» specifica.

È questa la ragione che conduce la netta maggioranza della dottrina costituzionalistica a ritenere che «il dovere è sempre un'*eccezione* alla regola del *favor libertatis* che costituisce, come è a tutti noto, la stella polare del costituzionalismo contemporaneo»¹³³, ed a trarne la conseguenza «dell'*indispensabile intermediazione della legge tra la previsione costituzionale e l'insorgenza del dovere giuridico per l'individuo*, [nonché] dell'ampia discrezionalità del legislatore, chiamato a scolpire i contenuti dei doveri costituzionali *personali* e a fissare i modi attraverso cui questi diventano *esigibili*»¹³⁴; «i doveri costituzionali, siano essi di solidarietà politica, economica e sociale, sono destinati a tradursi a livello delle posizioni giuridiche individuali tramite obblighi puntuali stabiliti, nel quadro del testo costituzionale, dal legislatore ordinario [...] i doveri fondamentali non possono esplicare la loro funzione tendenzialmente limitatrice dei diritti inviolabili se non in base ad una espressa previsione legislativa»¹³⁵; «i doveri di solidarietà sono "inderogabili", nel senso che *le leggi che ne impongono l'adempimento (e che solo le leggi possono imporre secondo un costante indiriz-*

¹³² Cfr. A. PACE, *Problemativa delle libertà costituzionali. Parte generale*, cit., p. 58.

¹³³ B. DE MARIA, *Sanzionabilità e giustiziabilità dei doveri costituzionali*, cit., p. 235 (corsivi aggiunti).

¹³⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 258 (corsivi aggiunti).

¹³⁵ A. BARBERA, *Art. 2*, cit., p. 99 (corsivi aggiunti).

zo della Corte costituzionale) non possono essere derogate»¹³⁶; l'art. 23 Cost. renderebbe evidente un «principio di tassatività dei doveri giuridici» che richiede «la legge come necessario supporto di qualsiasi attività dei pubblici poteri volta ad incidere sulle situazioni individuali di garanzia»¹³⁷; se «i doveri costituzionali [...] implicano la *limitazione della sfera individuale*», allora «*la disposizione di cui all'art. 23 esprime la volontà della Costituzione di non venire in immediato contatto con le situazioni soggettive individuali, assegnando invece tale compito alle fonti di rango primario, nonché all'occorrenza anche a quelle di rango secondario (tale è il significato della riserva di legge relativa)*»¹³⁸.

La stessa Corte costituzionale ha più volte ribadito che «solo al legislatore, nell'esercizio della sua sfera di discrezionalità, compete l'individuazione dei doveri inderogabili di solidarietà *cui i cittadini sono tenuti*, nonché dei modi e limiti relativi all'adempimento di tali doveri»¹³⁹.

Tuttavia, le sopra citate affermazioni della dottrina e giurisprudenza costituzionale sono sempre riferite all'ipotesi in cui il dovere inderogabile ex art. 2 Cost. sia individuale, ossia gravi sulla persona umana in quanto soggetto privato.

Non sembra però, almeno a chi scrive, che le stesse conclusioni possano estendersi automaticamente all'ipotesi in cui si tratti, invece, di doveri amministrativi inderogabili, gravanti su soggetti di diritto pubblico quali le pp.aa.

Ciò in quanto:

- le pubbliche amministrazioni non si collocano in una posizione giuridica originaria di libertà, a differenza dei soggetti privati, bensì, all'opposto, in una posizione giuridica originaria di dovere (si rinvia a quanto già argomentato *supra*, nei §§ 12 e 13);

- l'imposizione alle pubbliche amministrazioni di doveri inderogabili ex art. 2 Cost. non comprime i diritti inviolabili delle persone bensì, all'opposto, ne garantisce l'incomprimibilità rendendone effettivo il godimento e l'esercizio (v. ancora *supra*, nel § 17, ove si è mostrato come i doveri amministrativi inderogabili sono presidi dei diritti inviolabili della persona umana e, pertanto, lungi dal porsi come reagenti di “mitigazione” dei diritti inviolabili, rappresentano agenti di “anti-riduzione” dei medesimi a salvaguardia quanto meno del loro nucleo irriducibile);

- non opera in favore della p.a. il principio del *favor libertatis*, dato che esso protegge il soggetto privato dal soggetto pubblico, non il soggetto pubblico dal soggetto privato;

- l'art. 23 Cost., allo stesso modo, appresta la garanzia della riserva di legge (ossia la necessità della *interpositio legislatoris*) per evitare che prestazioni per-

¹³⁶ C. PINELLI, *Questioni di frontiera. Cittadini, stranieri, persone*, in ID., *Nel lungo andare. Una Costituzione alla prova dell'esperienza. Scritti scelti 1985-2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 169 ss., citazione a p. 178 (corsivi aggiunti).

¹³⁷ F. POLACCHINI, *I doveri inderogabili di solidarietà*, cit., p. 721.

¹³⁸ F. GRANDI, *Doveri costituzionali*, cit., p. 58 (corsivi aggiunti).

¹³⁹ Corte cost., sentenza n. 426/1993; ma v. già le sentenze nn. 12/1972, 29/1977, 252/1983.

sonali o patrimoniali vengano imposte arbitrariamente *dal* soggetto pubblico al soggetto privato; l'art. 23 non riguarda invece le fattispecie, del tutto differenti, in cui la prestazione sia imposta *al* soggetto pubblico per fornire garanzie di effettività ai diritti inviolabili della persona rispetto al loro nucleo irriducibile.

Parte della stessa dottrina costituzionalistica, seppur non relativamente ai doveri amministrativi ma in prospettiva generale, riconosce in proposito che «l'intermediazione della legge appare però necessaria solo quando il dovere incida su diritti di libertà, e ciò in forza del disposto dell'art. 23 Cost., a norma del quale, com'è noto, nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge. Negli altri casi [...] non è dato escludere un'applicazione diretta degli stessi enunciati prescriventi doveri costituzionali»¹⁴⁰.

Sembra dunque di poter enunciare, riprendendo tutte le considerazioni svolte nei §§ precedenti anche in ordine al significato della inderogabilità, la seguente tesi: *l'art. 2 Cost. fonda direttamente, nel quia e nell'an, l'esistenza e la precettività di «doveri inderogabili» in capo alle pubbliche amministrazioni, serventi alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili della persona umana e, dunque, esigibili da quest'ultima: ciò anche ante legem, ossia senza che occorra necessariamente attendere, perché tali doveri inderogabili sorgano in capo alle pp.aa. e le vincolino all'azione, la interpositio legislatoris ex art. 23 Cost.*

§ 35 Quanto affermato nel precedente paragrafo richiede alcune precisazioni, per evitare possibili fraintendimenti. Ciò consentirà anche di affrontare la questione *sub* 5) di cui al precedente § 27.

Richiamando quanto già esposto nei §§ 31, 33 e 34, i *doveri amministrativi inderogabili, generali e non puntualmente determinati, di fonte costituzionale* – quelli generati dall'art. 2 Cost. a garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti «inviolabili» – *non si confondono con gli obblighi amministrativi, specifici e puntualmente determinati, di fonte legale* – ad es., quelli generati dalle leggi statali ex art. 117, lett. m], Cost. rispetto ai LEP –.

Tra i primi e i secondi vi è però una forte connessione che, ferma la loro distinzione, li federa solidalmente.

I doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, in quanto proiezioni della sovranità impressa, precedono gli obblighi amministrativi di fonte legale, in quanto proiezioni della sovranità espressa; gli obblighi sono sussidiari ai doveri, nel senso che ne accrescono la portata, o per estensione in ampiezza, o per determinazione in profondità (v. ancora *supra*, § 33).

Non si può certamente disconoscere la fondamentale funzione del legislatore nell'elevare, attraverso la fissazione degli obblighi amministrativi, il tasso di determinatezza nel *quid*, nel *quomodo*, nel *quantum* e nel *quando* del contenuto dei doveri amministrativi inderogabili.

¹⁴⁰ A. MORELLI, *I principi costituzionali relativi ai doveri*, cit., pp. 5-6.

L'*an* e il *quia* dei doveri inderogabili non dipendono, tuttavia, dall'esistenza o meno di obblighi di legge, radicandosi direttamente nella Costituzione.

Non potrebbero esistere obblighi amministrativi *ex lege se*, a monte di essi, non vi fossero presupposti doveri amministrativi *ex Constitutione*. Non è vero, però, il contrario, giacchè i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost. resterebbero sussistenti, ed opererebbero vincolando le pp.aa., anche ove, per avventura, mancasse una disciplina legislativa di attuazione recante obblighi di dettaglio per la loro specificazione.

Quest'ultima evenienza normalmente non accade nel diritto positivo: basta osservare l'attuale quadro normativo per rendersi conto dell'abbondanza di leggi introduttive di obblighi a specificazione dei doveri. Nella situazione che ricorre più frequentemente, dunque, non vi sono doveri costituzionali "orfani" di obblighi legali che li determinino.

Tuttavia, *se in ipotesi il legislatore omettesse di intervenire, non fissando con legge obblighi amministrativi puntuali, questo di per sé non giustificerebbe l'amministrazione pubblica a rimanere inerte, ove essa si trovi di fronte a situazioni in cui il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili sia esposto a minaccia di lesione o di ineffettività: in tali casi, infatti, l'art. 2 Cost., anche sine lege, impone alla p.a. doveri inderogabili di intervento, a protezione e garanzia di quel «nucleo irriducibile».*

A quei doveri l'amministrazione non potrebbe perciò sottrarsi invocando la mancanza di una *interpositio legislatoris*: se fosse altrimenti, infatti, l'omissione legislativa giustificerebbe un'inammissibile deroga a ciò che è, invece, costituzionalmente «inderogabile».

L'«adempimento» dei doveri amministrativi inderogabili è pienamente esigibile dalla persona umana, titolare del diritto inviolabile il cui nucleo venga vulnerato dal non adempimento: l'*esigibilità dell'adempimento* implica, a sua volta, la *giustiziabilità* nelle sedi giurisdizionali, su iniziativa del titolare del diritto inviolabile, *dell'eventuale inadempimento* amministrativo al dovere inderogabile.

Conviene delineare, prima di procedere oltre, *tre scenari alternativi* in cui può porsi la dialettica tra doveri amministrativi inderogabili e obblighi amministrativi di legge.

§ 36 Nel primo scenario astrattamente ipotizzabile (*interposizione legislativa positiva*), il legislatore:

- interviene dettando con legge obblighi in capo all'amministrazione, che specificano e precisano i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost.;

- non vulnera l'inderogabilità dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost., ossia non riduce la soglia di protezione dei diritti inviolabili al di sotto del loro nucleo irriducibile.

Si tratta dello scenario ottimale, fisiologico, normale, in cui la sussidiarietà degli obblighi rispetto ai doveri è rispettata, federando armonicamente entrambi.

In questa situazione-tipo, non vi è alcun conflitto tra obblighi e doveri: l'amministrazione, ottemperando ai primi (ossia agendo *secundum legem*), adempie anche ai secondi (ossia agisce *secundum Constitutionem*).

§ 37 Nel secondo scenario (*interposizione legislativa negativa*), il legislatore:

- interviene dettando con legge obblighi in capo all'amministrazione, che specificano e precisano i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost.;

- nel farlo, tuttavia, vulnera l'inderogabilità dei doveri amministrativi ex art. 2 Cost., in quanto pretende di ridurre la soglia di protezione dei diritti inviolabili al di sotto del loro nucleo irriducibile.

Si tratta di uno scenario patologico, anormale, in cui la legge con i suoi obblighi si pone in conflitto con la Costituzione ed i suoi doveri.

In questa situazione, la p.a. non può disapplicare la legge che le impone tali obblighi, sebbene questi ultimi siano incostituzionali perchè derogatori all'inderogabilità dei doveri ex art. 2 Cost. Nel conflitto tra obblighi e doveri, l'amministrazione è costretta ad ottemperare ai primi perchè non le è consentito ergersi, direttamente, a giudice della costituzionalità della legge che impone gli obblighi.

Tuttavia, la persona titolare del diritto inviolabile, il cui nucleo irriducibile sia vulnerato per insufficienza degli obblighi di fonte legislativa a tutelarlo, potrà agire in giudizio contro l'amministrazione per far valere la violazione dell'art. 2 Cost., chiedendo al giudice di sollevare questione di costituzionalità della legge impositiva degli obblighi.

A questo punto, sarà la Corte costituzionale a valutare se il legislatore abbia leso il nucleo irriducibile del diritto inviolabile e, in tal caso, a pronunciare l'incostituzionalità della legge impositiva degli obblighi, rimuovendo così l'"ostruzione" rappresentata dall'interposizione legislativa negativa nei confronti dei doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost.

§ 38 Nel terzo scenario (*omissione legislativa*), il legislatore semplicemente non interviene, restando del tutto inerte e sottraendosi al compito di dettare, con legge, obblighi che specifichino e precisino i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost.

Si tratta della situazione più insidiosa, perchè pone ineludibilmente l'amministrazione pubblica di fronte a un *aut-aut*. Ed infatti:

(i) o si ritiene che la mancanza di obblighi amministrativi specifici di fonte legislativa (sul *come* agire) comporti una paralisi dei doveri amministrativi generali di fonte costituzionale (sul *se* agire), sicchè la p.a. potrebbe – ed anzi dovrebbe – omettere ogni intervento volto a tutelare il nucleo irriducibile di diritti inviolabili, dichiarandosi non legittimata ad attivarsi ed incapace di agire proprio a causa del silenzio della legge; in tal caso, *l'omissione legislativa giustificerebbe l'omissione amministrativa*;

(ii) o si ritiene, invece, che i doveri amministrativi generali di fonte costituzionale (sul *se* agire) non possano, proprio in ragione della loro inderogabilità

consacrata ex art. 2 Cost., tollerare inerzie, inazioni, omissioni di intervento quando ad essere minacciato sia il «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili, sicchè la p.a., anche in mancanza di obblighi specifici di fonte legislativa, dovrebbe comunque intervenire esercitando la propria *discrezionalità amministrativa* (sul *come* agire) *nell'adempimento del dovere costituzionale* (inderogabilmente incombente sull'amministrazione); in tal caso, *l'azione amministrativa compenserebbe l'omissione legislativa*.

In coerenza con tutto quanto si è finora argomentato in questo contributo, chi scrive ritiene che il dilemma debba essere risolto in favore dell'opzione *sub* (ii), dato che che aderire all'opzione *sub* (i) equivarrebbe ad avallare la derogabilità (per omissione legislativa e amministrativa) dell'inderogabilità (per Costituzione), svuotando di qualsiasi significato non retorico la qualificazione dei doveri amministrativi di cui all'art. 2 Cost. come «inderogabili» e riducendo tale aggettivo a poco più del vano strepito di grida manzoniane.

§ 39 Lo scenario dell'*omissione legislativa* delineato *supra*, nel § 38, pone la questione della *discrezionalità nel dovere amministrativo*.

Il tema può qui essere solo evocato e sommariamente accennato, non affrontato dati i limiti di questo studio introduttivo. Vi è, però, almeno un aspetto che sembra necessario mettere in evidenza.

Gli studi sulla *discrezionalità amministrativa* hanno sempre correlato quest'ultima al *potere amministrativo* e al rapporto tra quest'ultimo e la *legge* attributiva e disciplinatrice del potere stesso¹⁴¹.

L'indubbia rilevanza della *discrezionalità nel potere* ha tuttavia posto in ombra, spesso, la *discrezionalità nel dovere*. L'attenzione della dottrina al *potere discrezionale* non è stata cioè pari a quella al *dovere discrezionale*¹⁴².

Se normalmente queste due forme di discrezionalità “coabitano”, tuttavia è *ipotizzabile che in taluni casi il dovere amministrativo discrezionale emerga in assenza di potere amministrativo discrezionale*, come accade proprio nel caso dell'omissione legislativa, quando la mancanza di una disposizione di legge attributiva di potere amministrativo determini (in forza dei principi di legalità e tipicità) la mancanza

¹⁴¹ In una letteratura immensa, cfr. di recente L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa*, cit., spec. p. 126 ove si sottolinea come «il problema del potere di determinare il precetto integrando il comando contenuto nella legge, pone il potere discrezionale al confluire di una relazione istituzionale decisiva, vale a dire (A) quella tra l'amministrazione e la giurisdizione, nell'ipotesi in cui si affermi che la discrezionalità consiste nell'interpretazione ed è quindi pienamente rivedibile dal giudice, ovvero (B) tra l'amministrazione e la legge, nella prospettiva in cui il comando incompleto del legislatore sia integrato dall'amministrazione, con limitate possibilità di revisione giurisdizionale (sostanzialmente limitate alle ipotesi di irragionevolezza, iniquità, ecc.), oppure (C) tra l'amministrazione e la politica, ove si faccia coincidere la discrezionalità con la scelta, appunto, politica tra alternative lecite». Si v. inoltre l'ampio e limpido saggio di G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 107 ss.

¹⁴² Concetto purtuttavia lumeggiato da significativi studi sia giusprivatistici che giuspubblicistici: si cfr. da ultimo le osservazioni di G. POLI, *L'interesse legittimo (di diritto amministrativo) nel prisma del diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2012, p. 81 ss., spec. p. 138 ss. (ivi anche puntuali riferimenti bibliografici).

di quest'ultimo (carenza di potere). In simili casi, l'interprete può osservare contemporaneamente la *sussistenza di un dovere amministrativo inderogabile* (che rinvenga direttamente la sua fonte nell'art. 2 della Costituzione) e la *carenza di un potere amministrativo* (per silenzio della fonte legislativa). Ciò vale a dimostrare che il dovere discrezionale, pur correlandosi normalmente al potere discrezionale, è concettualmente autonomo rispetto a quest'ultimo.

Indagare la discrezionalità amministrativa quando essa si manifesta, per così dire, "in purezza", ossia si riferisce al dovere in assenza di potere, potrebbe schiudere orizzonti di ricerca interessanti e forse fecondi: ad esempio, sul ruolo giocato dai *principi* nel perimetrare la discrezionalità nel dovere amministrativo in assenza di legge¹⁴³; sul tormentato concetto di *merito*¹⁴⁴ ove declinato con riferimento all'adempimento del dovere; sulla non utilizzabilità, per il dovere, del concetto di *eccesso di potere* come vizio della discrezionalità¹⁴⁵, che dovrebbe essere in tal caso rimeditato come *difetto nell'adempimento del dovere*; sulla sindacabilità in sede giurisdizionale del cattivo esercizio, da parte della p.a., della discrezionalità nel dovere in assenza di potere, ove si osservi che, ad esempio, l'art. 34 c. 2 del codice del processo amministrativo vieta al giudice di pronunciarsi «con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati», ma non reca analogo divieto di pronuncia con riferimento a doveri amministrativi inderogabili non ancora adempiuti.

§ 40 Quanto appena osservato conduce alle questioni *sub* 6) e 7) poste nel precedente § 27: le relazioni tra *dovere amministrativo inderogabile*, da un lato, e *potere amministrativo*, *interesse legittimo*, *interesse pubblico*, dall'altro.

I limiti di questo contributo, oltre che un istinto elementare di prudenza, consiglierebbero vivamente a chi scrive di arrestarsi sulla soglia del pluriverso di problemi implicati da questi rapporti, dato che ognuno degli istituti-chiave coinvolti, già di per sé, negli ultimi due secoli è stato oggetto di generazioni di studi che potrebbero riempire intere biblioteche.

Assumendo tutti i pericoli della palese insufficienza di una mera evocazione per ellissi, sembra tuttavia di non poter ritrarre lo sguardo da alcune suggestioni, accennate di seguito.

§ 41 La Repubblica «richiede l'adempimento» dei doveri amministrativi «inderogabili» ex art. 2 Cost.: a fronte di tale imperativo costituzionale, la p.a. dispone, a ben vedere, di *una vasta e variegata gamma di strumenti giuridici per*

¹⁴³ Cfr. sul punto F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, Cedam, 2017, spec. p. 273 ss.

¹⁴⁴ Si vedano le lucide riflessioni critiche di B. GILBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, Cedam, 2013.

¹⁴⁵ Si rinvia in argomento ancora alla poderosa indagine di F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità*, cit., nonché ai saggi raccolti nella pregevole opera collettanea di S. TORRICELLI (a cura di), *Eccesso di potere e altre tecniche di sindacato sulla discrezionalità. Sistemi giuridici a confronto*, Torino, Giappichelli, 2018; si vedano inoltre gli spunti recentemente offerti dalla monografia di A. CADAURO, *Eccesso di potere e abuso del diritto nella pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene, 2018.

l'adempimento dei doveri medesimi. Il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili potrebbe infatti essere tutelato dall'amministrazione, alternativamente o cumulativamente:

- mettendo a disposizione della persona, in termini di accesso, fruizione ed uso condiviso, *beni pubblici*;
- fornendo alla persona prestazioni materiali attraverso l'erogazione di *servizi*;
- stipulando con la persona, o a favore della persona, *contratti*;
- adottando nei confronti della persona (non provvedimenti bensì) *comportamenti*, ad esempio fornendo *informazioni* o *interpretazioni* a supporto conoscitivo, agendo attraverso la *prassi amministrativa*, o attraverso la cd. attività amministrativa informale;
- infine, esercitando *poteri amministrativi* connotati da autoritatività/imperatività, ma in quest'ultimo caso solo in presenza di una *interpositio legislatoris*, ossia solo se sussista un'attribuzione in sede legislativa del potere (principio di legalità), dato che il potere come situazione giuridica soggettiva¹⁴⁶ limita le libertà individuali, onde il potere amministrativo autoritativo esige (a differenza del dovere amministrativo inderogabile direttamente fondato sull'art. 2 Cost.: v. *supra*) l'intermediazione previa, necessaria e indefettibile della legge, in virtù di quanto disposto dall'art. 23 Cost.

Da questo inventario, certamente non esaustivo, emerge come il potere amministrativo sia *solo uno, ma certamente non l'unico*, strumento possibile per l'adempimento di doveri amministrativi inderogabili.

Ne deriva soprattutto un'ipotesi, da esplorare. Se si concepisce il potere amministrativo come uno strumento, tra i molti composibili, per l'adempimento del dovere amministrativo inderogabile, allora può ritenersi che:

- i doveri amministrativi inderogabili rappresentino le situazioni giuridiche soggettive fondamentali, primarie ed originarie che connotano le pubbliche amministrazioni, mentre i poteri amministrativi autoritativi si configurino come situazioni giuridiche soggettive strumentali all'adempimento dei doveri inderogabili, a questi ultimi causalmente subordinate;
- i doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 della Costituzione rappresentino non solo il fondamento causale (in termini di *ratio* e ai fini dell'interpretazione) ma anche il canone di misura (in termini di proporzionalità e ai fini dell'applicazione) per l'esercizio dei poteri amministrativi autoritativi contemplati da fonti sub-costituzionali;
- i doveri amministrativi inderogabili continuino ad essere connotati dall'inesauribilità, a differenza di quanto (secondo acuta dottrina) può predicarsi dei poteri amministrativi autoritativi¹⁴⁷ loro strumenti.

¹⁴⁶ Sul punto, si veda di recente la profonda indagine, in chiave critica e ricostruttiva, di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo. I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento (Premesse allo studio dell'oggetto del processo amministrativo)*, Torino, Giappichelli, 2020, spec. p. 57 ss.

¹⁴⁷ Il riferimento, naturalmente, è alla densa ed elegante monografia di M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

§ 42 Circa l'interesse legittimo, esso è notoriamente (anche se non da tutta la dottrina) costruito come *situazione giuridica soggettiva della persona che dialoga con il potere*¹⁴⁸.

Ciò è senz'altro vero: tuttavia qualcosa di profondo, in questa costruzione, potrebbe forse mutare se si accedesse all'ipotesi di cui sopra, concependo cioè il *potere amministrativo autoritativo come situazione giuridica strumentale* – attraverso il “filtro” dell'*interpositio legislatoris* che specifica i doveri amministrativi generali in obblighi amministrativi puntuali ed attribuisce/disciplina i poteri amministrativi – *all'esercizio di una situazione giuridica principale e originaria rappresentata dal dovere amministrativo inderogabile*.

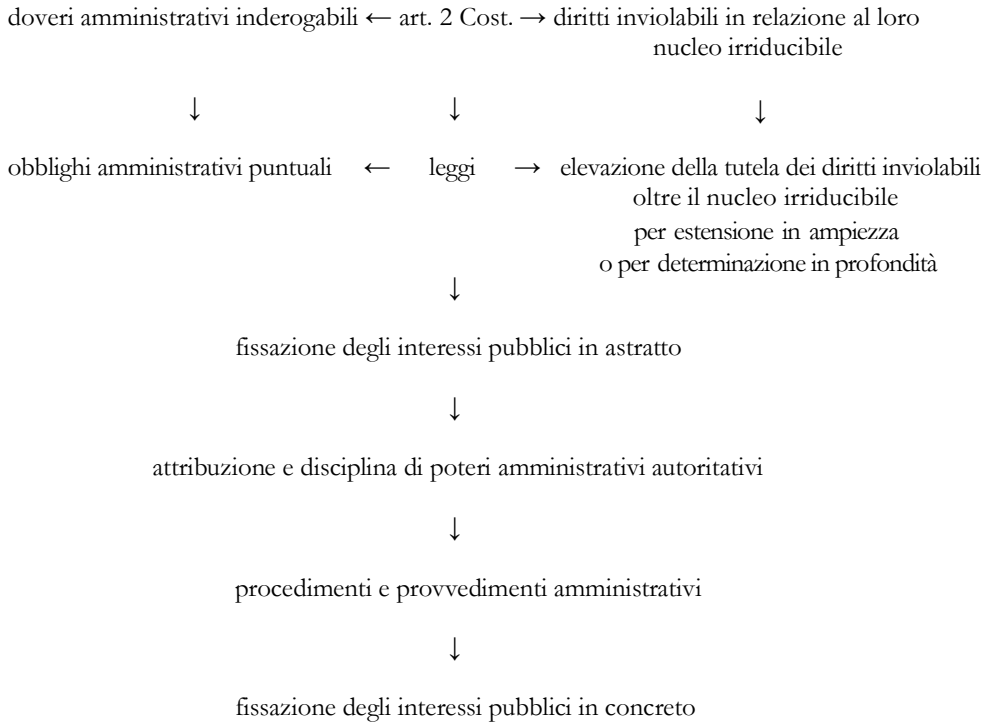
Accogliendo questa ipotesi, infatti, l'interesse legittimo si mostra come *situazione giuridica soggettiva della persona che dialoga, contemporaneamente, con il dovere amministrativo inderogabile (di fonte costituzionale) e con il potere amministrativo autoritativo (di fonte legislativa) il quale “serve” il dovere*.

Poiché dietro i doveri amministrativi inderogabili vi sono, nel prisma dell'art. 2 Cost., i diritti inviolabili della persona, può ulteriormente ipotizzarsi che *dentro* il poliedro dell'interesse legittimo vi siano, quindi, i diritti inviolabili che appartengono senza distinzione ad ogni uomo e che pretendono tutela anche da parte delle pubbliche amministrazioni. Sicché *la persona, simultaneamente, attraverso l'interesse legittimo, per un verso dialoga con il dovere amministrativo inderogabile e, rispetto a quest'ultimo, vanta una pretesa all'adempimento del dovere amministrativo inderogabile che corrisponde all'irrinunciabile ed indisponibile («irriducibile») nucleo dei propri diritti inviolabili; per altro verso, e nello stesso tempo, dialoga con il potere amministrativo autoritativo quando esso sia utilizzato dalla p.a. come strumento di adempimento del dovere amministrativo inderogabile, e, rispetto al potere, vanta una pretesa a che quest'ultimo non esorbiti dai limiti strettamente necessari*

¹⁴⁸ È ovvio il riferimento all'insegnamento di F.G. SCOCA, da ultimo compendiato nell'opera fondamentale *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017. Si vedano comunque di recente, su versanti diversi, le osservazioni di A. CARBONE, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo*, cit., spec. p. 174 ss.; L. FERRARA, *Le ragioni teoriche del mantenimento della distinzione tra diritto soggettivo e interesse legittimo e quelle del suo superamento*, in *Dir. pubbl.*, 2019, p. 723 ss.; S. LICCIARDELLO, S. PERONGINI (a cura di), *L'interesse legittimo. Colloqui con Franco Gaetano Scoca*, Torino, Giappichelli, 2019; G. GRECO, *Presentazione de “Il provvedimento amministrativo” (R. Villata - M. Ramajoli) e de “L'interesse legittimo” (F.G. Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 763 ss.; N. PAOLANTONIO, *Centralità del cittadino ed interesse legittimo (oltre le categorie, per una tutela effettiva: l'insegnamento di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, p. 1527 ss.; M. MAGRI, *L'interesse legittimo oltre la teoria generale. Neutralità metodologica e giustizia amministrativa: per una piena realizzazione dello Stato di diritto*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2017; M. MAZZAMUTO, *L'interesse legittimo: profili di teoria generale (a proposito di una recente monografia di Franco Gaetano Scoca)*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, p. 1639 ss.; A. PIOGGIA, *Per una “ridrammatizzazione” della questione dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 113 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'interesse legittimo: teoria e prassi*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, p. 1005 ss.; F.M. NICOSIA, *L'interesse legittimo come pretesa a una quota del bene comune in regime di scarsità*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2012, p. 427 ss.; G. POLI, *Potere pubblico, rapporto amministrativo e responsabilità della P.A. L'interesse legittimo ritrovato*, Torino, Giappichelli, 2012; L. IANNOTTA, *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 935 ss.; P.L. PORTALURI, *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti-Ranelletti?*, in *Urb. app.*, 2007, p. 1463 ss.

all'adempimento del dovere, né in difetto rispetto al dovere (interesse legittimo pretensivo) né in eccesso rispetto al dovere (interesse legittimo oppositivo).

§ 43 Circa l'interesse pubblico¹⁴⁹ (sperando che le osservazioni che seguono non appaiano troppo ingenuo o criptiche) sembra di poter trarre da quanto fin qui argomentato un'idea embrionale, illustrabile con la sequenza:



Questa sequenza consente di porre in evidenza un punto fondamentale.

Secondo un'autorevole dottrina, in una visione realistica, «per quanto si debba auspicare che vengano considerati pubblici interessi almeno tendenzialmente generali, ciò che conta dal punto di vista giuridico è che sono da considerare “interessi pubblici” quelli qualificati tali dagli apparati politici (nel nostro ordinamento, organizzati secondo il principio democratico) e, talvolta, dalle stesse amministrazioni autonomamente. In altre parole, all’“interesse pubblico” non si può attribuire un significato sostanziale ma soltanto giuridico-formale»; è questa stessa dottrina ad aggiungere che «spesso non appare possibile distinguere, dal punto di vista sociale ed economico, l’“interesse pubblico” dagli “interessi privati” [...] possono essere qualificati come interessi pubblici interessi di privati (nell’ipotesi migliore, della

¹⁴⁹ Tormentatissimo meta-concetto, sul quale (riprendendo propri precedenti studi) è tornato, di recente, M. STIPO, *Itinerari dell'interesse pubblico nell'ordinamento democratico nel quadro generale degli interessi*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, F. SAITTA, N. SAITTA, A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2017, p. 2439 ss. Sempre fondamentale, pur a distanza di un cinquantennio, resta il saggio di A. PIZZORUSSO, *Interesse pubblico e interessi pubblici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 57 ss.

maggioranza dei cittadini) che contrastano con gli interessi di altri privati [...] *normalmente, dunque, un "interesse pubblico" altro non è che un insieme di interessi privati*¹⁵⁰.

Entrambe le affermazioni fanno riflettere in profondità.

Da un lato, esse mostrano come il concetto di «interesse pubblico» non possa essere «misticamente» eretto ad entità aliena al mondo degli interessi privati né concepito come irriducibile alle pretese della persona umana, singola o associata¹⁵¹.

Dall'altro lato, disvelano come tanto il legislatore quanto le pp.aa. compiano, rispettivamente in sede normativa (interesse pubblico «astratto») e in sede procedimentale (interesse pubblico «concreto»), operazioni di selezione tra i variegati interessi delle persone, per poi qualificare *ex lege* o *ex actu* solo alcuni di essi con il *nomen* di «interesse pubblico».

Tuttavia, la sequenza sopra schematizzata suggerisce che:

- dietro le leggi che attribuiscono e disciplinano i poteri amministrativi, a loro fondamento causale e giustificativo sul piano costituzionale, vi sono i doveri amministrativi inderogabili;

- dietro i doveri amministrativi inderogabili vi sono i diritti inviolabili delle persone;

- se è così, *il concetto di "interesse pubblico", fine dell'attribuzione e dell'esercizio dei poteri amministrativi nelle leggi che espressamente regolano questi ultimi, in quanto necessariamente da riannodare all'adempimento dei doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost., esige di essere ricostruito quale sintesi di compatibilità di diritti inviolabili garantiti in condizioni di eguaglianza sostanziale;*

- ne discende che l'interesse pubblico, sia nella sua accezione di interesse pubblico astratto, sia nella sua accezione di interesse pubblico concreto, non può essere dequotato a mera risultante, *a posteriori*, di una ponderazione devoluta completamente e senza limiti al legislatore, in sede normativa, o alla pubblica amministrazione, in sede procedimentale;

- l'interesse pubblico è certamente «duttile», per essere adattabile alla varietà delle fattispecie, in sede legislativa o amministrativa, ma ha anch'esso un «nucleo duro», costituzionalmente non modificabile (e, per questa parte, non rimesso a scelte contingenti di atti sub-costituzionali), che coincide in definitiva con lo stesso «nucleo irriducibile» dei diritti inviolabili dei quali l'interesse pubblico, appunto, è formula di sintesi giuridica.

§ 44 Con riferimento alla questione *sub* 8) di cui al precedente § 27, sembra di poter delineare la seguente ipotesi, rinviando a un precedente tentativo di esplorazione del problema¹⁵².

¹⁵⁰ D. SORACE, *Diritto*, cit., pp. 26-27 (corsivi aggiunti).

¹⁵¹ Si veda sul punto P. FORTE, *Enzimi personalisti nel diritto amministrativo*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2017, p. 63 ss., spec. p. 77.

¹⁵² M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa: riflessioni sul pensiero di Domenico Sorace*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n. 1/2020, p. 545 ss., spec. p. 560 ss.

I doveri amministrativi inderogabili di cui all'art. 2 Cost. si irradiano sull'intera sfera dell'amministrare: non sono limitabili alla sola *azione amministrativa*, ma investono anche l'area, troppo spesso in penombra, dell'*organizzazione amministrativa*.

Fermo il principio di legalità che, ex art. 97 Cost., richiede l'intervento del legislatore in materia organizzativa, deve infatti rilevarsi come la riserva di legge relativa di cui allo stesso art. 97 Cost. copra soltanto l'«organizzazione [...] nel suo nucleo essenziale»¹⁵³, mentre invece «per quanto sta al di fuori di tale nucleo, la Costituzione si limita a prescrivere l'individuazione legislativa di una o più regole in grado di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, coerentemente con la natura relativa della riserva in questione», in quanto «una “esasperazione” del principio di legalità può rivelarsi incompatibile con la ragion d'essere profonda dell'organizzazione, poiché rischia di mascherare un suo più intenso assoggettamento alla politica: in questo senso si può comprendere la ragione di una limitazione dell'intervento della legge»¹⁵⁴.

Da questo punto di vista, sono attratte nella sfera decisionale dell'amministrazione, e non del legislatore, sia le «scelte organizzative sulle competenze» cd. di «macro-organizzazione», che attengono alla «fondamentale articolazione organizzativa dell'ente», sia le «scelte sui compiti» cd. di «micro-organizzazione», che attengono «all'organizzazione interna agli organi, che è in parte organizzazione di uffici (meri uffici) e in parte organizzazione del lavoro»¹⁵⁵.

A fronte di questo scenario, si aprono vasti spazi per lo studio dei *doveri amministrativi inderogabili di organizzazione* e del loro adempimento, ancora scarsamente esplorati essendo finora prevalente, in dottrina, l'interesse per i *poteri organizzativi*, siano questi ultimi di diritto pubblico (macro-organizzazione autoritativa) o di diritto privato (micro-organizzazione manageriale); spazi per lo studio delle correlate *pretese all'organizzazione amministrativa da parte delle persone*, titolari di diritti inviolabili che necessitino dell'organizzazione, in concreto, per essere garantiti almeno nel loro nucleo irriducibile; e così, ancora, spazi per aumentare la profondità del sindacato sulla cd. *discrezionalità organizzativa*¹⁵⁶.

§ 45 Con riferimento alla questione *sub* 9) di cui al precedente § 27, ossia quella del “costo dei doveri” amministrativi inderogabili e della possibilità di considerare questi ultimi “finanziariamente condizionati” o condizionabili, ci si limita in questa sede alla seguente riflessione.

¹⁵³ Corte cost., sentenza n. 309/1997.

¹⁵⁴ P. CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, 20 dicembre 2007, citazioni alle pp. 12-13.

¹⁵⁵ Così F. MERLONI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 98; si veda comunque A. PIOGGIA, *La competenza amministrativa. L'organizzazione fra specialità pubblicistica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2001.

¹⁵⁶ Sia consentito ancora il rinvio a M. MONTEDURO, *L'organizzazione amministrativa*, cit., e soprattutto al pensiero di Domenico Sorace ivi esaminato.

Nella fisiologia dei rapporti tra Costituzione e leggi, normalmente i doveri amministrativi generali, costituzionalmente inderogabili ex art. 2 Cost., vengono specificati in obblighi amministrativi puntuali ad opera del legislatore. In questi casi, è la legge stessa a compiere in sede politica le valutazioni di sostenibilità dei costi derivanti dall'attuazione degli obblighi amministrativi, in termini di compatibilità con le risorse di bilancio disponibili. La Corte costituzionale ha più volte chiarito che, da un lato, «si deve escludere [...] che possa essere la stessa Corte costituzionale a statuire [...] in contrasto con le determinazioni del legislatore [...] a quest'ultimo spettano le valutazioni di politica economica attinenti alle risorse disponibili nei diversi momenti storici», ma, dall'altro lato, che «è compito di questa Corte vigilare sul rispetto del nucleo essenziale dei diritti fondamentali, in ipotesi incisi da interventi riduttivi dello stesso legislatore [...] il rovesciamento di ruoli [...] si pone in contrasto con il sistema costituzionale»¹⁵⁷. Ed ancora, *ex multis*: «alla Corte costituzionale non è dato sovrapporre le proprie valutazioni di merito a quelle che spettano e sono riservate al legislatore nelle determinazioni volte a predisporre i mezzi necessari a far fronte alle obbligazioni dello Stato nella materia dei cosiddetti diritti sociali. Solo il legislatore è, infatti, costituzionalmente abilitato a compiere gli apprezzamenti necessari a comporre nell'equilibrio del bilancio le scelte di compatibilità e di relativa priorità nelle quali si sostanziano le politiche sociali dello Stato. Nel rispetto dell'ampia discrezionalità che deve essere riconosciuta al legislatore, a questa Corte, nell'esercizio del controllo di costituzionalità sulle leggi, compete tuttavia di garantire la misura minima essenziale di protezione delle situazioni soggettive che la Costituzione qualifica come diritti, misura minima al di sotto della quale si determinerebbe, con l'elusione dei precetti costituzionali, la violazione di tali diritti»¹⁵⁸.

Di recente, la Corte costituzionale ha rivolto in proposito un forte monito, ampiamente commentato dalla dottrina, nei seguenti termini: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione»¹⁵⁹; ed ha aggiunto che occorre «separare il fabbisogno finanziario destinato a spese incompressibili da quello afferente ad altri servizi [...] suscettibili di un giudizio in termini di sostenibilità finanziaria», proprio per evitare di ingenerare «situazioni prive di tutela in tutti i casi di mancata erogazione di prestazioni indefettibili, in quanto l'effettività del diritto ad ottenerle non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo diritto»¹⁶⁰.

Questo monito della Consulta vale a determinare l'incostituzionalità delle leggi che, specificando i doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost. in obblighi amministrativi puntuali, vulnerino però il nucleo irriducibile dei diritti inviolabili.

Non sembra che si possa giungere a conclusioni diverse nei casi di omissione legislativa, ossia quando (v. *supra*, § 38) il legislatore ometta di dettare,

¹⁵⁷ Corte cost., sentenza n. 119/2012.

¹⁵⁸ Corte cost., sentenza n. 27/1998.

¹⁵⁹ Corte cost., sentenza n. 275/2016.

¹⁶⁰ Corte cost., sentenza n. 169/2017.

con legge, obblighi che specificchino e precisino i contenuti e le modalità di adempimento dei doveri amministrativi inderogabili ex art. 2 Cost.

Come si è detto, infatti, anche in mancanza di obblighi specifici di fonte legislativa, la p.a. è tenuta comunque ad adempiere ai doveri amministrativi inderogabili di fonte costituzionale, esercitando la propria discrezionalità amministrativa nel dovere, in modo che l'azione amministrativa compensi l'omissione legislativa.

Tuttavia, si è altresì sottolineato (v. *supra*, § 29) che la «inderogabilità» dei doveri ex art. 2 Cost. ha un perimetro rigoroso: essa è limitata alla garanzia del «nucleo irriducibile» dei diritti in cui consiste la «inviolabilità» dei medesimi; non è volta ad una loro dilatazione *ad infinitum*.

Questo dovrebbe scongiurare l'evocazione di rischi di implosione o di scardinamento dei vincoli di bilancio, essenziali¹⁶¹ per salvaguardare la tenuta del sistema stesso di garanzie costituzionali dei diritti: il “costo” dei doveri amministrativi inderogabili, infatti, dovrà essere sostenuto “senza se e senza ma” dalle pubbliche amministrazioni qualora venga in gioco una minaccia al «nucleo irriducibile» di diritti inviolabili, restando invece affidate alla discrezionalità del legislatore le scelte sull'incremento, o meno, dei costi in relazione al rafforzamento del «perimetro protettivo» dei diritti medesimi.

§ 46 Infine, la questione *sub* 10) di cui al precedente § 27 chiama in causa le sedi, e i rimedi, per la giustiziabilità dell'inadempimento di doveri amministrativi inderogabili.

Le conseguenze sul piano processuale dell'ipotesi di lavoro in questa sede delineata, ove si ritenesse di accoglierla e di svilupparla, necessiterebbero di un'analisi dedicata la cui possibilità supera i limiti di questo scritto.

Ciò che qui si può sommariamente dire è che *non vi è un solo giudice dei doveri amministrativi inderogabili, così come non vi è un solo giudice dei diritti inviolabili* ai quali tali doveri sono inerenti in rapporto di complicazione.

Come di recente è stato sottolineato, «il diritto inviolabile non è altro che una categoria costituzionale descrittiva di un interesse, il quale, per essere fatto oggetto di protezione giurisdizionale, necessita di essere sottoposto ad un processo di qualificazione nei limiti della forma delle due situazioni giuridiche dell'art. 24 Cost.», onde «potrà essere riconosciuta a tale situazione giuridica, in funzione della riconducibilità nell'alveo di una disposizione costituzionale sui

¹⁶¹ E per questo presidiati da un articolato sistema di responsabilità a salvaguardia del corretto uso delle risorse pubbliche: cfr. in argomento A. SAITTA, *Dal bilancio quale “bene pubblico” alla “responsabilità costituzionale democratica” e “intergenerazionale”*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 216 ss.; F. SUCAMELLI, *La “iurisdictio” contabile e la tutela degli interessi diffusi nell'ottica dell'attuazione “domestica” del principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 21/2017, 8 novembre 2017; P.L. PORTALURI, *Immagini dell'amministrazione: leggi finanziarie e responsabilità*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo alla prova delle leggi finanziarie* (Annuario AIPDA 2008), Napoli, Editoriale Scientifica, 2009, p. 57 ss.

diritti inviolabili, la natura di *diritto soggettivo fondamentale* o di *interesse legittimo fondamentale*¹⁶².

Sia il giudice ordinario che il giudice amministrativo, dunque, possono concorrere su questo terreno, a seconda della diversità delle situazioni che possono configurarsi¹⁶³. Solo a titolo di esempio, non vi è chi non veda la differenza tra *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti in assenza di poteri amministrativi* (ad es., per mancata erogazione di una prestazione nell'ambito di un contratto, o di un servizio pubblico); *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti attraverso l'esercizio di poteri amministrativi in senso sfavorevole alla persona* (ad es., nell'ambito di un diniego di autorizzazione o dell'irrogazione di una sanzione); *doveri amministrativi inderogabili non adempiuti attraverso il mancato esercizio di poteri amministrativi in senso favorevole alla persona* (ad es., nell'ambito del silenzio inadempiuto su domanda di provvedimento), etc.

I terreni di indagine che si aprono sono molteplici e, in larga parte, incogniti.

Restando al processo amministrativo, numerose conseguenze potrebbero discendere dall'ipotesi qui delineata nel modo di concepire, ad esempio, l'azione di accertamento, l'azione di adempimento, il giudizio sul silenzio, il giudizio di ottemperanza.

Soprattutto il tema del silenzio e della sua sindacabilità sembra poter risentire maggiormente dell'accoglimento, dal punto di vista ricostruttivo, della sussistenza di doveri amministrativi inderogabili direttamente fondati sull'art. 2 Cost.

La locuzione «ove il procedimento consegua *obbligatoriamente* ad un'istanza, ovvero *debba* essere iniziato d'ufficio», presente nell'art. 2 della l. 241/1990, se letta *secundum Constitutionem* potrebbe condurre infatti a un'interpretazione in parte eterodossa rispetto all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante: laddove emerga in capo alla p.a. un dovere amministrativo inderogabile ex art. 2 Cost., chiamato in causa da una minaccia riferita al nucleo irriducibile di un diritto inviolabile, si potrebbe ritenere che la domanda della persona lesa, a prescindere dalla presenza o assenza di specifiche disposizioni di legge che tipizzino tale domanda, attivi comunque nell'an un dovere di risposta amministrativa, giustiziabile in caso di inadempimento proprio attraverso il rito del silenzio, fermi i margini di discrezionalità nell'adempimento del dovere riservati alla p.a. nel *quid*, nel *quomodo* e nel *quantum*.

Si tratta solo di esempi che confermano l'insufficienza delle frammentarie notazioni qui svolte ma, forse, anche della potenziale fecondità di un percorso da proseguire, su queste basi, in successive analisi.

¹⁶² N. PIGNATELLI, *I diritti inviolabili nel riparto di giurisdizione: la resistenza di un "falso" costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 12/2020, p. 177 ss., citazioni alle pp. 185-186.

¹⁶³ Si rinvia, per un'aggiornata ricostruzione sistematica, a M.C. CAVALLARO, *Riflessioni sulle giurisdizioni. Il riparto di giurisdizione e la tutela delle situazioni soggettive dopo il Codice del processo amministrativo*, Padova, Cedam, 2018.