

MATTEO MICHELETTI *Istituzioni e persona. Appunti a margine dell'ordinamento di supremazia speciale*

ABSTRACT

Il lavoro che si pubblica si occupa della situazione soggettiva di coloro che si trovano inseriti, volontariamente o meno, in organizzazioni pubbliche (scuole, Forze armate, impiego pubblico, ordinamenti sezionali, ospedali, ecc.).

Esso prende le mosse dalla dogmatica della supremazia speciale, elaborata in Germania a metà dell'Ottocento al fine di giustificare le deroghe ai principi dello Stato di diritto che si verificavano dentro le Pubbliche Amministrazioni (in particolare, restrizioni dei diritti costituzionali di coloro che vi erano inseriti e deroga al principio di legalità), per illustrare i suoi sviluppi attraverso la teoria dell'ordinamento interno e quella dell'ordinamento derogatorio, ed il suo superamento formale – ma non sostanziale – con la dottrina del bilanciamento degli interessi.

Il saggio propone quindi una lettura costituzionalmente orientata della posizione del cittadino all'interno delle Pubbliche amministrazioni, sostenendo che tutte le organizzazioni pubbliche devono informarsi allo spirito democratico della Repubblica, che postula la garanzia per il soggetto inserito in esse di una situazione equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale. Alla luce di tale assunto vengono analizzate alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali attinenti agli antichi settori ricondotti alla supremazia speciale.

MATTEO MICHELETTI

ISTITUZIONI E PERSONA.
APPUNTI A MARGINE DELL'ORDINAMENTO
DI SUPREMAZIA SPECIALE

SOMMARIO

1. *Premessa*. 2. *La supremazia speciale*. 3. *Costituzione, pluralità degli ordinamenti giuridici e spirito democratico della Repubblica*. 4. *Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali*. 5. *Considerazioni conclusive*.

1. Premessa

Il presente studio è dedicato all'analisi delle relazioni che si instaurano tra le Amministrazioni pubbliche e le persone con cui entrano stabilmente in contatto, utilizzando come criterio di osservazione il rapporto tra libertà ed autorità.

Il titolo che si è scelto per questo saggio non può non richiamare alla mente dello studioso di diritto pubblico l'*istituzione* di Santi di Romano, e quindi la figura dell'*ordinamento interno*, o – più precisamente evidenziandone le ascendenze storiche –, di *supremazia speciale*.

Si può dire che la supremazia speciale si è connotata storicamente come sanzione dottrinale del primato dell'autorità sulla libertà umana. Essa ha conosciuto il suo periodo di maggiore fulgore nella Germania di fine Ottocento e nell'Italia della prima metà del secolo XX. Con l'entrata in vigore della Costituzione e con il conseguente affermarsi dell'ordinamento repubblicano, tuttavia, tale figura dogmatica ha incontrato un sempre più crescente disfavore nell'elaborazione scientifica, al punto che essa, oggi, non appare quasi più nei manuali di diritto costituzionale. La supremazia speciale è stata così degradata a mera figura del diritto amministrativo, nelle cui trattazioni viene utilizzata come concetto ad un tempo riassuntivo e descrittivo dei rapporti che si instaurano tra le Amministrazioni e coloro con cui esse entrano stabilmente in contatto, ed al privato che si trova in tale situazione giuridica viene riconosciuta una posizione soggettiva di interesse legittimo.

Peraltro, al disfavore classificatorio non sembra sia corrisposto un disfavore sostanziale, in quanto l'esigenza di riconoscere una prevalen-

za alle organizzazioni pubbliche sulla persona umana appare ancora largamente sentita dalla dottrina, oltre che dal legislatore e dalla giurisprudenza. La stessa tecnica del bilanciamento degli interessi, cui è tributaria larga parte dell'elaborazione di diritto costituzionale, risolve – come si vedrà – la dialettica tra autorità e libertà in favore della prima nel nome delle ragioni della solidarietà politica, economica e sociale.

Questo lavoro si propone allora lo scopo di indagare la nascita e lo sviluppo della dottrina della supremazia speciale, nonché la sua trasfigurazione nella dottrina del bilanciamento degli interessi. Il quesito cui si cercherà di fornire una risposta è se dalla Costituzione si può ricavare un criterio risolutivo del rapporto tra libertà ed autorità diverso dal primato della seconda sulla prima – sia pure attraverso la mediazione della politica, quale strumento di concretazione del consenso ed espressione della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost. –. Alla luce del risultato di tale disamina verranno lette alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali nei settori che più attengono agli antichi rapporti di supremazia speciale.

2. *La supremazia speciale*

Parallelamente all'affermarsi dello Stato di diritto¹, e quindi della sottoposizione dello Stato al diritto, rappresentato dalla legge, si assiste paradossalmente all'insorgere dell'esigenza di garantire alle Amministrazioni pubbliche uno spazio di auto-organizzazione², da riempire con le norme da esse stesse prodotte. La riflessione si appunta in particolare sul fondamento del potere disciplinare – nei suoi due profili, precettivo e sanzionatorio –, che della potestà di auto-organizzazione appare la manifestazione più eclatante.

Nella Germania della seconda metà del XIX secolo, le prime elaborazioni – ad opera di Listz e Schulze – considerano la potestà disciplinare, quale manifestazione della sovranità (generale) dello Stato, pur tenendola distinta dal potere punitivo esercitato da quest'ultimo trami-

¹ Cfr., per tutti, G. BOGNETTI, *La divisione dei poteri*, Milano, 1994, p. 11 ss.

² Sulla nozione di organizzazione, si veda G. PALEOLOGO, voce *Organizzazione pubblica*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXI, p. 135 ss.

te la giurisdizione penale³. Le successive sistemazioni superano tuttavia questa impostazione e, ad opera di Otto Mayer, individuano il fondamento del potere disciplinare, e quindi della potestà di auto-organizzazione dell'Amministrazione, nel *rapporto di supremazia speciale* (*besonderes Gewaltverhältnis*), che si instaura tra il soggetto privato ed il soggetto pubblico. Il rapporto di supremazia speciale è caratterizzato in particolare dal riconoscimento in capo al soggetto pubblico del potere di regolare normativamente i rapporti col soggetto privato con cui il primo entri stabilmente in relazione, indipendentemente da una legge che ne faccia espressa attribuzione (*deroga al principio di legalità*), e dalla riduzione delle garanzie che spettano normalmente al suddito nei confronti dello Stato, in quanto tra le istituzioni pubbliche ed i soggetti in esse incardinati sorge un rapporto di dipendenza inasprita (*deroga ai diritti costituzionalmente garantiti*⁴). La potestà in questione è propria dei soli enti pubblici e si distingue dal più generale potere di sovranità che spetta allo Stato nei confronti dei sudditi⁵. La figura della supremazia speciale così delineata conosce un utilizzo amplissimo: ad essa vengono infatti ricondotti i rapporti che si instaurano tra l'Amministrazione e i suoi impiegati, così come quelli intercorrenti

³ Cfr. A.M. OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, Torino, 1953, p. 71 ss.; G. ZANOBINI, *Le norme interne di diritto pubblico*, in *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, I, p. 328; G. LANDI, voce *Disciplina*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, p. 18; M. CALVERI, *Il sistema delle punizioni disciplinari nel diritto scolastico*, Milano, 1985, p. 5.

⁴ Va tuttavia osservato che i *diritti costituzionalmente garantiti*, per quest'epoca, sono i *diritti pubblici subiettivi*, che, secondo le teorizzazioni di Laband e Jellinek, consistono semplicemente nella pretesa alla *legalità* dell'azione amministrativa, ossia nella pretesa che lo Stato rispetti le regole disciplinanti il suo agire che esso stesso si è imposto autolimitandosi (Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti pubblici soggettivi*, in IDEM, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 313 ss.).

⁵ L'individuazione del potere disciplinare nei confronti di coloro che entrino a far parte volontariamente dell'organizzazione amministrativa quale potestà distinta dalla più generale sovranità dello Stato risale a Jellinek, che lo ritiene di natura non diversa da quella del potere del capofabbrica nei confronti dei suoi operai, e lo riconduce alla categoria dei *rapporti di signoria* (*Herrschaftsverhältnissen*). Lo stesso Autore riconosce tuttavia l'esistenza di casi in cui il soggetto privato è sottoposto a poteri disciplinari pur non essendo entrato volontariamente a far parte dell'organizzazione della Pubblica amministrazione: tali *rapporti di potestà* (*Gewaltverhältnissen*) vengono giustificati tramite la loro riconduzione ad un potere proprio dei soli enti pubblici, ma distinto ancora una volta dalla sovranità dello Stato. Come si è visto la bipartizione viene superata da Mayer. In argomento si veda ZANOBINI, *Le norme interne*, cit., pp. 328-329.

con i militari, con i carcerati e con coloro che godono delle prestazioni dei *pubblici istituti* (scuole, collegi, convitti, accademie, ospedali, musei, biblioteche, manicomi)⁶, sino a giungere a rinvenirvi anche il fondamento del potere di polizia⁷.

La dogmatica della supremazia speciale fa il suo ingresso in Italia alla fine del secolo diciannovesimo, ad opera di Santi Romano, il quale individua nel *besonderes Gewaltverhältniss* il fondamento delle *norme interne di diritto pubblico* – o *interna corporis* –, ossia di quelle disposizioni che le Amministrazioni possono emanare ai fini di disciplinare i rapporti con coloro con cui entrano stabilmente in contatto. Tali norme sarebbero prive del carattere della *giuridicità*, in quanto irrilevanti per l'ordinamento statale, e quindi non invocabili in giudizio.

Lo stesso Autore rifonda poi la dogmatica delle norme interne e quella della supremazia speciale nella sua elaborazione più famosa: la *pluralità degli ordinamenti giuridici*. In opposizione alla dottrina del tempo, che identifica lo Stato con il diritto e il diritto con le norme, egli afferma l'esistenza di *istituzioni*, ossia di gruppi di soggetti organizzati che si danno norme, e che devono essere considerati a tutti gli effetti *ordinamenti giuridici*⁸. Romano definisce poi *ordinamenti interni* quelle istituzioni che sono partizioni di istituzioni maggiori, e che

⁶ Cfr. ZANOBINI, *Le norme interne*, cit., pp. 328 e 363 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 66.

⁷ La possibilità di concepire la figura del *besonderes Gewaltverhältniss* come sin qui descritta viene esclusa dalla *teoria normativista* di Kelsen e Merkl, la quale, costruendo l'ordinamento giuridico come un sistema di norme che si dipartono a piramide dalla *Grundnorm*, e che ad essa, come del resto alle norme superiori, devono essere conformi, riduce la supremazia speciale a semplice norma speciale (Cfr. OFFIDANI, *Studi*, cit., p. 141 ss.; sulla teoria normativista si veda anche L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, p. 146 ss.). La prospettazione in parola non si è tuttavia rivelata in grado di imporsi completamente e di superare la teorizzazione di Mayer.

Va comunque ricordato che la dottrina coeva alla Costituzione di Weimar, facendo leva sul secondo comma dell'art 133 della Costituzione (secondo cui le limitazioni ai diritti fondamentali dei militari potevano essere disposte solo dalla legge in quanto necessarie per l'adempimento dei loro compiti e per il mantenimento della disciplina), afferma la vigenza dei diritti costituzionali anche nei rapporti di supremazia speciale, sostenendo la necessità di una legge per procedere alla loro limitazione (Cfr. P. DE CARLI, *Costituzione e potere disciplinare sugli studenti*, Milano, 1973, p. 38).

⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1917, p. 26 ss.. Si vedano anche F. MODUGNO, voce *Istituzione*, in *Enc. del Dir.*, vol. XIII, p. 88 ss.; LANDI, voce *Disciplina*, cit., p. 26.

sono da queste ultime dominate, pur rimanendo irrilevanti nei confronti dell'ordinamento maggiore di cui sono parte. A tale categoria egli riconduce in particolare gli ordinamenti dell'organizzazione dello Stato e "gli ordinamenti dei suoi singoli organi e istituti, sia in sé e per sé, sia nei rapporti con le persone che sono titolari dei rispettivi uffici o con le persone che, per varie cause possono essere ammesse negli istituti medesimi"⁹. I rapporti che si instaurano negli ordinamenti interni vengono così a coincidere con quelli che in precedenza erano ricondotti alla supremazia speciale: si può dire che nasce così la dogmatica dell'ordinamento di supremazia speciale¹⁰.

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la dottrina, sia pure non in maniera unanime, mostra un crescente disagio ad ammettere che esistano settori dell'ordinamento della Pubblica Amministrazione che costituiscono zone franche nelle quali non trovano applicazione il principio di legalità ed i diritti costituzionalmente garantiti¹¹. Nel corso degli anni '60 l'elaborazione dogmatica sottopone quindi a critica la figura dell'ordinamento interno o di supremazia speciale: si osserva infatti che se anche le norme prodotte dalle istituzioni minori fossero irrilevanti per lo Stato – affermazione della quale si deve comunque dubitare –, non è vero il contrario. Si sottolinea invero che il diritto statale è sempre rilevante nei confronti degli ordinamenti minori, in quanto ne costituisce la norma fondante (*Grundnorm*), e che quindi la dottrina romaniana non è in grado di spiegare in maniera convincente le deroghe ai principi dello Stato di diritto¹².

Non per questo tuttavia si ritiene di poter fare a meno di risolvere il conflitto tra ragioni della persona e ragioni delle organizzazioni pub-

⁹ Cfr. ROMANO, *L'ordinamento*, cit., p. 193 ss.

¹⁰ In argomento, si vedano OFFIDANI, *Studi*, cit., p. 239 ss.; M. S. GIANNINI, *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1958, p. 219 ss.; G. LANDI, voce *Disciplina*, cit., p. 17 ss.; G. DELLA VALLE, *Il potere disciplinare nei confronti degli alunni*, Milano, 1966, p. 18 ss.; G. LANDI-G. POTENZA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1987, p. 336 ss.; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, p. 87 ss.

¹¹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1956, I, p. 96 e nota 46, secondo cui il terzo comma dell'art. 52 Cost. è un principio più generale, che impone anche negli ordinamenti pubblici minori il rispetto dei principi qualificanti il tipo di Stato e di regime.

¹² Cfr. BACHELET, *Disciplina*, cit., p. 33 ss.; R. BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico nell'ordinamento delle Forze armate*, Milano, 1988, cit., p. 29 ss.

bliche in favore delle seconde: alla figura dell'ordinamento di supremazia speciale si sostituisce così quella dell'*ordinamento derogatorio*. Essa viene applicata in settori dell'organizzazione pubblica la cui disciplina sia stata storicamente caratterizzata da profili derogatori rispetto ai principi dello Stato di diritto e per i quali le norme costituzionali ad essi attinenti non prevedono *espressamente* la presenza delle normali garanzie di cui il cittadino gode nei confronti dello Stato. Si afferma allora che i profili di eccezione rappresentano una necessità in sé del settore stesso e si conclude quindi che la Costituzione non può che averli recepiti. Va comunque osservato che si ritiene che la normazione degli organi preposti al settore possa dispiegarsi solo nel rispetto del principio di legalità (il quale ultimo pare tuttavia concepito più in maniera formale, che sostanziale¹³)¹⁴.

Peraltro, anche la dottrina dell'ordinamento derogatorio non si è provata esente da aporie interne. Si è in particolare rilevato che appare metodologicamente scorretto ricostruire la disciplina costituzionale degli ordinamenti settoriali sulla base della normativa previgente, senza procedere ad una previa interpretazione delle disposizioni della Carta nel sistema della stessa¹⁵, e per giungere così di fatto ad una pietrificazione dell'assetto derogatorio. Più in generale, va osservato che la dottrina dell'ordinamento derogatorio sembra partire dal presupposto che i concetti e gli istituti giuridici siano un che di ontologico, da rinvenire in certo senso nella natura delle cose¹⁶: la scienza giuridica, tuttavia, concorda ormai nel ritenere che il diritto è un prodotto della società. Si riconosce infatti che concetti ed istituti variano insieme alla

¹³ Si intende per principio di legalità in senso formale la presenza di una legge purchessia che attribuisca facoltà normative alla Pubblica amministrazione, mentre con il principio di legalità in senso sostanziale si vuole fare riferimento alla riserva relativa di legge.

¹⁴ A titolo esemplificativo si vedano, per l'ordinamento militare, BACHELET, *Disciplina, cit.*, *passim*; A. PACE, voce *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXIV, p. 299; per l'ordinamento del credito e del risparmio, F. MERUSI, *Problemi pubblicistici della legislazione bancaria*, in *Pol. Dir.*, 1974, p. 475 ss.; IDEM, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, II, p. 1081 ss. Sulla figura dell'ordinamento derogatorio si veda anche E. Rossi, *Il 3° comma dell'art. 52*, nel commento all'art. 52 Cost. del *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Artt. 48-52, Bologna, p. 149 ss.

¹⁵ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 35 ss.

¹⁶ Cfr., ad es. BACHELET, *Disciplina, cit.*, p. 231, nota 21.

comunità umana di cui sono espressione, e non si può quindi giustificare alcuna loro ipostatizzazione¹⁷.

Di fatto, la teoria dell'ordinamento derogatorio viene superata negli anni '70 – durante i quali si assiste allo sviluppo di un largo movimento di opinione teso ad ottenere una maggiore partecipazione democratica nelle decisioni e nelle scelte del potere pubblico ed ispirato ad un nuovo modo di concepire i rapporti tra Stato e cittadino – che vedono l'affermarsi della dottrina del *bilanciamento degli interessi* (o *dei valori*). Quest'ultima si fonda sostanzialmente su di un'interpretazione dell'art. 2 Cost. secondo cui i *doveri inderogabili* hanno una funzione di per sé limitativa dei *diritti inviolabili*. Per diritti inviolabili non si intendono tuttavia quelli esplicitamente o implicitamente considerati come tali dalla Costituzione, ma tutti i *diritti fondamentali*, cioè quelli costituzionalmente garantiti. Analogamente, per doveri inderogabili non si intendono quelli qualificati come tali dalla Carta fondamentale, bensì quelli ricavabili da ogni principio costituzionale che possa ricollegarsi agli artt. 3 e 4 Cost., e dunque alla piena integrazione e realizzazione della persona umana. Si afferma quindi che ai diritti costituzionalmente garantiti, assurti a loro volta al rango di principi, possono essere apposte limitazioni ulteriori rispetto a quelle esplicitamente previste dalla Costituzione, purché siano stabilite da una *legge* che preveda obblighi puntuali, i quali siano specificazione di un principio costituzionale che, in base ad un giudizio di bilanciamento, debba ritenersi prevalente rispetto ai primi¹⁸.

Per addivenire ad un simile risultato sono necessarie due operazioni. In primo luogo, si devono trasformare tutte le regole in principi. Sulla scorta di Ronald Dworkin si afferma quindi che “le regole offrono solo l'alternativa tra integrale applicazione o integrale disapplicazio-

¹⁷ Si vedano, in questo senso, tra gli altri, G. BERTI, *Manuale di interpretazione costituzionale*, Padova, 1994, *cit.*, p. 37 ss.; G. BOGNETTI, *Introduzione al diritto costituzionale comparato*, Torino, 1994, p. 14 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, Giuffrè, 1982, p. 7 ss.; R. PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, Padova, 1997, p. 19 ss.; N. MARZONA, *La sistemazione del diritto pubblico nei manuali recenti*, in *Jus*, 1994, p. 211 ss.; G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 39 ss.

¹⁸ In generale, sul bilanciamento degli interessi si vedano: R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, *passim*; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia Repubblicana*, Padova, 1995, p. 255 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, p. 309 ss.

ne, i principi all'opposto, non si prestano ad un'applicazione altrettanto lineare, poiché di essi diventa necessario considerare il 'peso', la 'dimensione' – fattori che appaiono del tutto trascurabili quando si opera con le regole, mentre sono determinanti nella procedura di 'bilanciamento'"¹⁹. Al fine di tramutare una regola in un principio la principale tecnica utilizzata è costituita dall'interpretazione sistematica delle norme costituzionali, tra loro o in rapporto alla legislazione ordinaria, onde ricavare lo spirito a cui la Costituzione si è ispirata²⁰. In secondo luogo, bisogna sostenere l'identificazione della categoria del *dovere costituzionale* con quella della *limitazione al diritto*.

Una volta compiute queste due operazioni si pone il problema di operare il bilanciamento in concreto: diversi sono i criteri utilizzati, anche in concorrenza tra loro. Il più impiegato è sicuramente l'applicazione del principio di ragionevolezza, il quale può essere definito come il divieto per il legislatore di trattare situazioni uguali in modo diverso e situazioni diverse in modo eguale – esso deriva sostanzialmente dal combinato disposto del primo e del secondo comma dell'art. 3 Cost. –; il sindacato sull'omogeneità o meno delle situazioni che vengono in considerazione avviene – in linea di principio – sul piano fattuale e non sulla base della qualificazione normativa effettuata dal legislatore, sino a giungere, a volte, al controllo di *proporzionalità*²¹. Altro criterio utilizzato è quello secondo cui le limitazioni ai diritti costituzionali non potrebbero intaccarne il *contenuto essenziale* (*Wesengehalt*): il rispetto di quest'ultimo sarebbe garantito dal *principio di inviolabilità ex art. 2 Cost.*²². Meno frequentemente vengono invocati sia il principio per cui "i limiti all'esercizio dei diritti fonda-

¹⁹ BIN, *Diritti e argomenti*, cit., p. 9 ss. Per intendersi, sarebbe una regola il comma 2 dell'art 13 della Cost., mentre sarebbe un principio l'art. 6 Cost.

²⁰ Cfr. BIN, *Diritti*, cit., p. 15 ss.

²¹ In argomento, si vedano BIN, *Diritti*, cit., pp. 44 ss.; 63 e 161; BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 169 ss.; SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit., p. 27 ss.; V. ANGIOLINI, *Riserva di giurisdizione e libertà costituzionali*, Padova, 1992, p. 63 ss.; BERTI, *Manuale*, cit., p. 400 ss.

²² Cfr. G.M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, pp. 288-289 e nota 387; A. BALDASSARRE, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Demo. e Dir.*, 1975, p. 640; S. RIONDATO, *Profili dello stato di attuazione dei principi sulla disciplina militare*, in AA.VV. *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, Padova, 1995, pp. 39-40. Per la verità, il principio del rispetto del contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti sembra atteggiarsi più come limite al bilanciamento degli interessi, che come criterio per la sua realizzazione.

mentali possono ammettersi solo qualora la realizzazione del fine cui è collegato l'eventuale sacrificio sia messa in pericolo" (il quale ultimo deve essere serio e reale)²³, sia quello del rispetto della personalità e dignità dell'uomo, che sarebbe l'intima essenza del nostro ordinamento democratico²⁴.

Con il prevalere, ad oggi, della dottrina del bilanciamento degli interessi si chiude formalmente l'esperienza dogmatica dell'ordinamento di supremazia speciale²⁵. Se tuttavia la prima supera il secondo nella forma, diverso è il discorso che si deve fare con riguardo alla sostanza. Anche il bilanciamento di interessi risponde in fondo alla logica della supremazia speciale, che è quella della chiusura della dialettica tra libertà ed autorità a vantaggio della seconda, sia pure nel nome della solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. La differenza è data semmai dal fatto che se la supremazia speciale si pone in una logica di *deroga alla Costituzione*, il bilanciamento degli interessi svolge invece un discorso di *deroga nella Costituzione*, onerando le libertà individuali di limiti ulteriori rispetto a quelli risultanti dal testo della Carta. Da questo punto di vista pare significativo che una volta risolto il conflitto tra autorità e libertà a favore della prima ed a livello costituzionale, la figura vera e propria della subordinazione speciale degradi nel diritto amministrativo, quale risultato del compiuto bilanciamento e situazione legittimante della posizione di interesse legittimo²⁶. In realtà, lo stesso rispetto ineludibile del principio di legalità – secondo la dottrina del bilanciamento degli interessi spetta infatti al legislatore l'individuazione dei doveri inderogabili limitativi dei diritti inviolabili – è più apparente che reale: esso, in ultima analisi, non è che un principio tra altri principi e niente vieta che un domani venga bilanciato, per es., con quello di buon andamento del-

²³ Cfr. G. MORBIDELLI, *I tre aspetti della democratizzazione delle Forze Armate*, in *Città e Regione*, 1976, I, n. 2, p. 42 e nota 21. Si veda anche BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 96.

²⁴ Cfr. A.M. SANDULLI, *Disciplina militare e valori costituzionali*, in *Dir. e Soc.*, 1978, p. 645. Anche quest'ultimo, tuttavia, più che un criterio con cui operare il bilanciamento degli interessi, deve ritenersi un limite ad esso, cioè un valore che prevale su tutti gli altri. Si veda anche RIONDATO, *Profili*, cit., p. 41.

²⁵ Residuano comunque opinioni contrarie, sia pure minoritarie. Si veda, per es., da ultimo, A. ROMANO, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. Amm.*, 1999, p. 11 ss.

²⁶ Cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, 1999, pp. 173-174.

l'Amministrazione di cui all'art. 97 Cost., e ritenuto soccombente a favore della potestà regolamentare di quest'ultima: con il che verrebbe restaurata la supremazia speciale nei suoi antichi tratti.

Peraltro, al di là di queste considerazioni di ordine generale, anche la dottrina del bilanciamento degli interessi non appare esente da aporie interine. Innanzitutto, non appare convincente l'assunto di base della teoria, secondo cui i doveri costituzionali coinciderebbero con i limiti ai diritti costituzionalmente garantiti. Come è stato osservato²⁷, tale identificazione risale alla dottrina più antica, la quale inquadrava la tematica dei doveri nel contesto dei diritti di libertà, considerandoli – per l'appunto – limiti accessori di questi ultimi. La Costituzione italiana, all'art. 2, tratteggia invece una vera e propria categoria di *dovere inderogabile*, specificandola poi in singole disposizioni, quali ad esempio l'art. 52, primo comma, o l'art. 34, secondo comma²⁸, mentre si occupa della categoria della *limitazione del diritto* in sede di enunciazione delle singole libertà, come ad es. nel secondo comma dell'art. 13. Neppure sembrano emergere, dall'art. 2 cit., elementi testuali che possano far pensare ad un'equivalenza tra le due categorie, tanto più che non pare potersi desumere dal contesto un'accezione avversativa nell'espressione “e richiede”, di cui alla disposizione in esame. Inoltre, se, come si mostrerà meglio in prosieguo, l'ordine giuridico è il prodotto della libertà e della responsabilità della persona e la responsabilità non è un limite alla libertà, ma ne è semplicemente l'altra faccia (è cioè auto-responsabilità), in quanto rappresenta l'apertura del singolo alla dimensione sociale²⁹, non si giustifica più la visione del dovere come limite alla libertà. In altre parole, il primo è una posizione soggettiva equiordanata alla seconda, e quindi non la può comprimere.

A contrario, a conferma di quanto sin qui sostenuto, si potrebbe argomentare dalla formulazione letterale dell'art. 19, comma 1, della Costituzione tedesca, il *Grundgesetz*, secondo il quale “nella misura in cui un diritto fondamentale possa essere limitato, in base alla presente Legge Fondamentale, con una legge od in base alla legge, tale legge deve valere in generale e non per il caso singolo”, o da quella dell'art. 2, comma 2, della medesima, secondo cui “ognuno ha diritto alla vita

²⁷ BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 94, nota 58.

²⁸ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 495 ss.

²⁹ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 39 ss. e p. 253; PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, p. 7 ss.

e all'incolumità fisica" e "la libertà della persona è inviolabile" ma "questi diritti possono essere limitati soltanto in base ad una legge": in tali casi si può davvero parlare di *dovere* come *limitazione* di un diritto di libertà, tanto più che la citata Costituzione non sembra conoscere una categoria generale di *dovere*. Prova ne sia che quando essa prevede qualcosa di simile al dovere, come nel caso dell'art. 12-a, ove si afferma che gli uomini a partire dai diciotto anni possono essere obbligati a prestare servizio nelle Forze Armate, nella polizia confinaria federale od in una formazione della protezione civile, si premura di stabilire espressamente i limiti ai diritti costituzionali – derivanti dalla legge – che esso può comportare: si veda l'art. 17-a³⁰.

La scelta del *Grundgesetz* come termine di paragone del ragionamento qui proposto non è casuale. Alla dottrina tedesca sembra infatti da far risalire la lettura della Costituzione come testo composto da principi, i quali devono poi essere specificati dalla legge al fine di trarne obblighi puntuali. In particolare a Carl Schmitt può essere ricondotta la tesi secondo cui i doveri non possono esplicitare la loro funzione di limite ai diritti, se non in base ad un'espressa previsione legislativa, non potendo essere realizzati direttamente mediante l'attività della Pubblica amministrazione³¹. Sia consentito citare anche qui, a conferma della lettura proposta, gli articoli 2, secondo comma, 12-a, primo comma, 17-a e 19, primo comma, del *Grundgesetz*. A ragione, si è però osservato che la suscettibilità o meno delle norme costituzionali di disciplinare direttamente situazioni soggettive non dipende dalla natura costituzionale o meno delle disposizioni stesse, ma dalla loro struttura, cioè dalla maggiore o minore precisione della fattispecie³².

Si tocca così un altro dei punti critici della dottrina del bilanciamento degli interessi. Come si è visto, l'interpretazione per principi della Costituzione presuppone l'insuscettibilità delle norme della Carta di trovare diretta applicazione senza l'intermediazione della legge. Si è

³⁰ Tale norma stabilisce che "Le leggi relative al servizio militare ed al servizio compensativo possono stabilire che siano limitati, per gli appartenenti alle Forze armate e per coloro che prestano servizio compensativo, il diritto fondamentale di esprimere e di diffondere liberamente le proprie opinioni con parole, scritti ed immagini... e il diritto fondamentale delle libertà di riunione... e che il diritto di petizione..., pur rimanendo garantito, sia limitato nella possibilità di presentare richieste o reclami in unione con altri".

³¹ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 59, nota 130.

³² Cfr. *ibidem*.

tuttavia rilevato in dottrina³³, che la confutazione dell'assunto secondo cui le norme della Costituzione sarebbero insuscettive di diretta applicazione è stato in Italia lo scopo ultimo dell'adozione dell'interpretazione per principi della Carta (e quindi del bilanciamento degli interessi). Tale dottrina può infatti essere letta come l'ultimo approdo della critica all'interpretazione della Costituzione per *norme precettive* e *norme programmatiche* operata dalla Corte di Cassazione, dal Consiglio di Stato e da altri Giudici durante il periodo in cui la Corte Costituzionale non era ancora entrata in funzione. Secondo tale teoria le norme costituzionali avrebbero infatti dovuto essere distinte in precettive e programmatiche a seconda della loro determinatezza: le prime avrebbero avuto effetti abroganti sulla legislazione previgente alla Carta del 1947, le seconde non avrebbero posseduto tale efficacia, in quanto dirette solo al legislatore, che avrebbe dovuto dare loro attuazione³⁴.

Contro un'interpretazione così riduttiva della Carta veniva a reagire la dottrina. In particolare, Vezio Crisafulli, in primo luogo, affermava che la Costituzione, in quanto legge, non aveva come destinatario il solo legislatore, ma anche la Corte Costituzionale e, in mancanza di riserva di legge, anche gli altri Giudici, la Pubblica amministrazione e tutti i soggetti di diritto. In secondo luogo, egli dava una nuova definizione dei principi rispetto a quella del diritto privato: non reputava cioè più necessario astrarli da norme particolari, ma riteneva che essi potessero anche essere *espresi*, infatti ciò che li definiva era – da un lato – una fattispecie più ampia rispetto alle regole e – dall'altro – la loro capacità di esprimere un significato diverso e più comprensivo rispetto a quello di queste ultime. I principi avrebbero avuto così una funzione interpretativa e integrativa nei confronti della legislazione vigente, e quindi anche efficacia abrogante. Di conseguenza, a proposito

³³ Cfr. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., p. 203 ss.

³⁴ Nella concreta esperienza applicativa, la distinzione si mostrò piuttosto oscura, tanto che gli articoli 24 e 113 Cost. che erano stati considerati programmatici dal Giudice ordinario, vennero invece qualificati precettivi dal Giudice amministrativo, con conseguenti effetti abroganti: Cfr. ANGIOLINI, *Costituente*, cit., 189 ss. A ragione si è dunque osservato che le tesi della giurisprudenza sulle norme precettive e le norme programmatiche risultavano incomprensibili, "a meno di non ridurre le proposizioni della carta del 1948, recidendo ogni legame tra la loro interpretazione e quella della legge, a proposizioni dotate di effetti solo nell'ambito dell'organizzazione del potere legislativo" (*ibidem*, p. 193).

di quelle che venivano definite norme programmatiche dalla giurisprudenza, Crisafulli distingueva tra disposizioni prive di contenuto normativo che non sarebbero state giuridiche se non nel senso di servire come motivazione per altre norme, e disposizioni che si sarebbero distinte dai principi solo per avere come unico destinatario il legislatore, tuttavia con effetti per esso vincolanti, come i principi per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico³⁵.

Con la sua prima sentenza, la n. 1 del 1956, la Corte Costituzionale accoglieva sostanzialmente la dottrina dell'Autore citato, affermando in linea di principio che le norme in precedenza definite "programmatiche" erano vincolanti per il legislatore e che dunque potevano essere parametro del giudizio di costituzionalità, mentre negava ad esse efficacia abrogante solo nel caso in cui fossero destinate ad agire unicamente tramite la legislazione³⁶.

Su questa piattaforma si è poi sviluppata la teoria dell'interpretazione della Costituzione per principi, con il connesso bilanciamento degli interessi. Appare chiaro che le contaminazioni della dottrina tedesca che si sono illustrate sin qui hanno snaturato l'originaria impostazione di Crisafulli, in quanto è stato stravolto il rapporto tra regole e principi, facendo prevalere i secondi sulle prime, che sono state poi a loro volta trasformate in principi³⁷. L'ascendenza germanica della dottrina in parola risulta del resto anche da quello che viene indicato come criterio limite del bilanciamento degli interessi, cioè il rispetto del contenuto essenziale dei diritti costituzionalmente garantiti. La trasposizione è palese, poiché la dottrina ne cita il corrispondente termine, *Wesengehalt*, ed invoca un parallelismo tra il principio di *inviolabilità* dei diritti costituzionali, enunciato nell'art. 2 Cost., ed il secondo comma dell'art. 19 del *Grundgesetz*³⁸.

Alla luce di quanto osservato, pare allora che la dottrina del bilanciamento degli interessi come schema generale di interpretazione del rapporto tra diritti e doveri costituzionali possa essere qualificata

³⁵ Cfr. ANGIOLINI, *Costituente, cit.*, p.194 ss.; si veda anche V. CRISAFULLI, *La scuola, cit.*, p. 58 ss.

³⁶ Cfr. ANGIOLINI, *op. ult. cit.*, p. 197.

³⁷ Cfr. IDEM, *Costituente, cit.*, p. 203 ss.; BIN, *Diritti, cit.*, p. 17 ss.

³⁸ Si veda LOMBARDI, *Contributo, cit.*, p. 289, nota 387. Critico sulla corrispondenza del *Wesengehalt* al sistema del diritto costituzionale italiano si mostra infatti BALDUZZI, in *Principio, cit.*, p. 60.

come *trapianto* (si parla anche di circolazione dei modelli giuridici)³⁹. Poiché tuttavia i modelli, le formule e i concetti sono al servizio dei valori ed hanno delle condizioni di funzionamento, sembra si possa concludere che tale trapianto non deve ritenersi compatibile con la nostra Costituzione, la quale ai fini di tutela delle libertà personali, è ricca di riserve di legge (assolute e relative)⁴⁰, a differenza della clausola generale di cui all'art. 19 del *Grundgesetz*, ed attribuisce un ruolo di primo piano alle riserve di giurisdizione⁴¹, mentre nella sistematica della Costituzione tedesca tale ultimo istituto pare rivestire una portata più limitata⁴². Come si è detto, inoltre, nel *Grundgesetz* non sembra esistere una categoria unitaria ed autonoma di dovere costituzionale; viceversa, è contemplato l'istituto della *privazione del diritto*, che non pare avere corrispondenti della Costituzione italiana^{43 44}.

Contro la teoria del bilanciamento degli interessi depone infine la fondamentale slealtà della concezione del potere pubblico ad essa sottesa: una sorta di forza che non conosce limiti e che travalica i vincoli

³⁹ Sulla circolazione-trapianto dei modelli giuridici si veda BOGNETTI, *Introduzione*, cit., p. 110 ss.

⁴⁰ Cfr. A.M. SANDULLI, *La potestà regolamentare nell'ordinamento vigente*, in *Foro It.*, 1958, IV, p. 58 ss.; R. GUASTINI, voce *Legge (riserva di)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, p. 163 ss.

⁴¹ Sulla riserva di giurisdizione si vedano ANGIOLINI, *Riserva*, cit., *passim*; BERTI, *Manuale*, cit., p. 419 ss.

⁴² Il *Grundgesetz* contempla la riserva di legge per libertà di domicilio di cui all'art. 13 e per limitazioni della libertà personale ai sensi dell'art. 104 (si noti che quest'ultima norma, dal punto di vista sistematico, non è situata tra "I diritti fondamentali", ma è posta tra le disposizioni dedicate a "La giurisdizione").

⁴³ Fa forse eccezione l'art. 48 Cost., per il diritto di voto, il quale tuttavia parla di *limitazioni* e non di *privazione*. La stessa libertà personale di cui all'art. 13 Cost. può essere soggetta solo a "restrizioni" e non a *privazione*: prova ne sia che il penultimo comma della disposizione cit. prescrive la punizione di ogni *violenza fisica e morale* sui ristretti.

Da questa ultima osservazione si può trarre un argomento per affermare che è comunque garantito il rispetto del nucleo essenziale del diritto di libertà personale, che deriva dal testo della Carta e non da un incompatibile trapianto dal *Grundgesetz*. Se si tiene inoltre presente che la nozione di libertà personale deve essere intesa come libertà da ogni condizionamento fisico e spirituale, deriva che da essa discendono tutti i diritti costituzionali - inviolabili e non - (BERTI, *Manuale*, cit., pp. 421-422) e che ad essi deve essere garantita la sopravvivenza di un nucleo essenziale contro le limitazioni legislative, nella misura in cui siano strumentali all'esercizio della prima libertà.

⁴⁴ Sul bilanciamento degli interessi in Germania si veda SCACCIA, *Gli "strumenti"*, cit., p. 283 ss.

imposti dalla Costituzione, la quale è il documento in cui sono espressi i valori fondanti della società⁴⁵. In ultima analisi, la colpa della dottrina del bilanciamento degli interessi è cioè quella di non riuscire ad affrancarsi da una concezione della potestà e dell'interesse pubblico che si identificano con la sovranità di J. Bodin, cioè una "*summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas*"^{46 47}.

3. Costituzione, pluralità degli ordinamenti giuridici e spirito democratico della Repubblica

Come si è visto sopra, la dottrina del bilanciamento degli interessi non appare in grado di risolvere in maniera soddisfacente il problema della supremazia speciale. C'è da chiedersi allora se una diversa lettura delle norme della Costituzione non possa portare a risolvere la dialettica di autorità e libertà in modo più corretto, non vedendo sempre la seconda soccombente in favore della prima.

Se la supremazia speciale si è sviluppata storicamente come divaricazione dalla sovranità generale dello Stato che si concreta in un potere particolare proprio delle Pubbliche amministrazioni nei confronti di coloro con cui entrano stabilmente in contatto – e per il quale è rinvenuto un fondamento in ragioni organizzatorie consistenti nel peculiare atteggiarsi dell'apparato che di volta in volta viene in considerazione come ordinamento giuridico dotato di propri principi –, ogni discorso su di essa non può che prendere la mosse dalla nozione di sovranità accolta dalla Costituzione.

L'art. 1 Cost. afferma che l'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro e che la sovranità appartiene al popolo, il quale la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione. Come è stato rilevato in dottrina, tale norma, connotando la Repubblica come *democratica*, pone immediatamente l'accento sulla persona umana che è il centro dell'ordinamento, e che – venendo in considerazione nella disposizione nella sua manifestazione collettiva costituita dal popolo o comu-

⁴⁵ Si trascura qui il problema delle Costituzioni non scritte, su cui si veda BIGNETTI, *Introduzione, cit.*, p.147 ss.

⁴⁶ In argomento si veda E. CORTESE, voce *Sovranità (storia)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLIII, p. 205 ss.

⁴⁷ Per altre critiche alla dottrina del bilanciamento degli interessi, si veda SCACCIA, *Gli "strumenti, cit.*, p. 362 ss.

nità – è la vera esercente della sovranità⁴⁸. Tale scelta di fondo viene poi confermata dagli articoli 2 e 3 Cost. Il primo contiene il *ricoscimento* e la *garanzia* dei diritti inviolabili dell'uomo, che non sono più una concessione dello Stato, ma sono un *prius* rispetto ad esso, e quest'ultimo non può che procedere da essi. Nella stessa disposizione, l'organizzazione pubblica, si connota invece come il momento dell'autorità e dell'obbligo, poiché la Repubblica richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Nel sistema del testo, come si è visto sopra, non pare però potersi riscontrare una reale contrapposizione tra diritti e doveri: questi ultimi non si connotano cioè come dei limiti ai primi, in armonia con le elaborazioni più classiche del diritto pubblico. Il dovere sembra invece proporsi come dimensione sociale del diritto: la libertà dell'individuo, in altre parole, nell'incontro con le libertà dei consociati diventa responsabilità, e quindi l'organizzazione non appare altro che come la proiezione della stessa personalità umana nel suo profilo comunitario⁴⁹. Questa conclusione è confermata dal disposto della seconda norma richiamata, che al comma 2 individua, quali scopi fondamentali per cui si costituisce l'ordinamento che corrisponde alla Repubblica italiana, il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti i cittadini all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese⁵⁰.

La Repubblica non è l'unica comunità in cui si esprime la dimensione sociale della persona umana. Quest'ultima è infatti naturalmente portata ad associarsi per raggiungere, tramite l'organizzazione di un gruppo, scopi che altrimenti le sarebbero preclusi come individuo: l'ordinamento riconosce quindi, accanto ai diritti inviolabili dell'uomo, anche le formazioni sociali (art. 2 Cost.), che sono costituzionalmente tutelate, ed in relazione alla garanzia delle quali si parla di *pluralismo*

⁴⁸ In argomento, si vedano, BERTI, *Manuale, cit.*, p. 252 e 405 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 7 ss.; C. MORTATI, *Art. 1*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Artt. 1-12, Bologna, p. 1 ss. Cfr. anche M.S. GIANNINI, voce *Sovranità (diritto vigente)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLIII, p. 224 ss.

⁴⁹ Cfr. BERTI, *Manuale, cit.*, p. 52 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 7 ss.

⁵⁰ Il comma 2, dell'art. 3 Cost., nella parte in cui fa riferimento ai "lavoratori", deve essere interpretato alla luce dell'ampia nozione di lavoro fornita dall'art. 4 Cost., e quindi la nozione di *lavoratore* viene di fatto a coincidere con quella di *cittadino*. In argomento, si vedano BERTI, *Manuale, cit.*, p. 400 ss. U. ROMAGNOLI, *Il principio d'uguaglianza sostanziale*, nel commento all'art. 3 del *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, Bologna, artt. 1-12, p. 162 ss.

*sociale*⁵¹. Alla luce dei lavori preparatori e dell'elaborazione dottrinale le formazioni sociali possono essere considerate *ordinamenti giuridici*, dotati dei classici elementi⁵²: *plurisoggettività* (cioè un insieme di soggetti che compongono l'ordinamento; è la normazione a stabilire chi sia soggetto, oppure no); *organizzazione* (che consiste nelle strutture e nell'attività⁵³ degli uffici⁵⁴ creati dall'ordinamento per il perseguimento dei suoi fini); *normazione* (la quale si occupa di tutte e tre gli elementi, essendovi quindi una normazione sulla plurisoggettività, una sull'organizzazione e una sulla stessa normazione); *scopi* (gli ordinamenti giuridici si costituiscono per il perseguimento di determinati scopi, più o meno generali⁵⁵). La garanzia delle formazioni sociali implica, in linea di principio, anche la *rilevanza* per l'ordinamento repubblicano del diritto da esse prodotto, che è invocabile in giudizio di fronte ai Tribunali dello Stato⁵⁶.

⁵¹ In argomento, tra i tanti contributi, si vedano, senza alcuna pretesa di esaustività: T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1998, p. 38 ss.; A. PIZZORUSSO, *La comunità scolastica nell'ordinamento repubblicano*, in *Foro It.*, 1975, V, p. 221 ss.; SALVATORE ROMANO, *Presentazione*, in W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963 (ma 1929), p. IX ss.; F. MODUGNO, voce *Pluralità degli ordinamenti*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIV, pp. 55 e 58; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 377 ss.; IDEM, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 64-65 e 191 ss.; G. VIGNOCCHI, *Aspetti e problemi degli organismi di fatto con particolare riferimento al diritto pubblico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1972, I, p. 803 ss.; ROSSI, *cit.*, p. 155 ss.; A. BARBERA, Art. 2, in *Commentario della Costituzione, cit.*, Artt. 1-12, p. 109 ss.; M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, p. 3 ss.; PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 1 ss.

⁵² In argomento, si vedano GIANNINI, *Gli elementi, cit.*, p. 219 ss.; IDEM, *Le relazioni tra gli elementi degli ordinamenti giuridici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1990, II, p. 997 ss.

⁵³ La teoria classica della pluralità degli ordinamenti giuridici include in questo elemento unicamente le strutture, tuttavia, se si pone mente al fatto che è attraverso l'attività che l'ordinamento si rende effettivo, e che quindi manifesta le strutture, si comprende come anch'essa deve essere iscritta nell'*organizzazione*. Cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione, cit.*, p. 74 ss.; IDEM, *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986 (ma 1961), p. 109 ss.

⁵⁴ L'ufficio è la "personificazione di una funzione non esclusivamente individuale, ma di rilevanza di gruppo": GIANNINI, *Le relazioni, cit.*, p. 1003.

⁵⁵ Cfr. PINI, *Persona Comunità Istituzioni, cit.*, p. 12 ss. e 157 ss.; LANDI, voce *Disciplina, cit.*, p. 24; CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1962, vol. I, p. 9 ss.

⁵⁶ Tale conclusione è stata argomentata sulla base degli articoli 1, 2 e 18 Cost. (Cfr. BASILE, *L'intervento, cit.*, p. 3 ss. e 190 ss.), tuttavia sembra che con buona ragione debba anche essere menzionato il secondo comma dell'art. 8 Cost., per il quale

In questo senso rimangono superate sia le dottrine che affermano che, essa pur essendovi formale attribuzione della sovranità al popolo appartiene in buona parte ancora allo Stato, che la esercita tramite il suo apparato⁵⁷, sia quelle che risolvono il concetto di partecipazione nell'intervento del popolo alla determinazione delle deliberazioni nei procedimenti in cui si esercita il pubblico potere⁵⁸. Se si mette al centro dell'ordinamento la persona umana, riconosciuta quale fonte dell'ordine giuridico, in realtà la sovranità si concreta nella partecipazione di tutti i cittadini alla costruzione dell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese, al fine di raggiungere il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, comma 2, Cost.). Tale svolgersi della sovranità popolare è dato oltre che dall'azione del singolo, attraverso un'attività o funzione che concorra al progresso materiale e spirituale della società (art. 4 Cost.), anche mediante l'attiva partecipazione all'azione svolta dalle formazioni sociali, non ultima delle quali è la Repubblica. Lo Stato-apparato non diviene esso stesso altro che una formazione sociale, nella quale si svolge la personalità umana. Del resto, come è stato

le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano (in argomento, C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna, 1992, p. 126 ss.; F. FINOCCHIARO, *Art. 8*, nel *Commentario della Costituzione*, cit., Artt. 1-12, p. 383 ss.). La norma deve cioè essere intesa quale espressione del principio più generale della *rilevanza* per l'ordinamento repubblicano del diritto prodotto dalle formazioni sociali, che acquista così *efficacia giuridica*. Non pare viceversa che la disposizione possa essere interpretata nel senso che è rilevante quella parte del diritto delle formazioni sociali che non contrasti con i principi fondamentali dell'ordinamento civile (così invece, a proposito delle confessioni religiose, la dottrina citata sopra, nonché C. Cost. 21 gennaio 1988, n. 43, in *Giur. Cost.*, 1988, I, p. 114 ss. – su cui si vedano F. FINOCCHIARO, *Norme statutarie garantite dalla Costituzione come presupposto dell'illegittimità di norme di legge*, *ibidem*, p. 118 ss.; S. LARICCIA, *Limiti costituzionali alla libertà delle confessioni religiose*, *ibidem*, p. 120 ss.). In altre parole, il comma 2 dell'art. 8 Cost. accoglie positivamente ciò che si è sempre predicato in dottrina, e cioè che l'ordinamento c.d. generale è comunque rilevante nei confronti degli ordinamenti c.d. particolari – per lo meno dal suo punto di vista – (Cfr. BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 29; BACHELET, *Disciplina*, cit., p. 54; OFFIDANI, *Studi sull'ordinamento giuridico speciale*, cit., p. 235 ss.). Il suo significato è quindi semplicemente quello di negare che possa acquistare rilevanza la norma di una formazione sociale che si ponga in contrasto con una norma dell'ordinamento italiano avente il medesimo oggetto.

⁵⁷ Cfr. G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Milano, 1976, p. 108 ss.

⁵⁸ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Democrazia partecipativa e attività giurisdizionale*, in *Quale Giustizia*, 1975, p. 340 ss.

notato, un ordinamento è effettivo nella misura in cui la prevalenza degli atti dei suoi componenti tendono alla realizzazione dei fini che esso persegue⁵⁹, ma i soggetti che compongono lo Stato-ordinamento sono anche quelli che interagiscono nelle formazioni sociali ed essendo unitaria la personalità dell'uomo, le comunità in cui essi operano contribuiscono a comporre ed integrare lo stesso ordinamento repubblicano⁶⁰.

Appurato che la Costituzione fa positivamente propria la teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, conferendo rilevanza al diritto prodotto dalle comunità in cui si svolge la personalità dei consociati, ci si deve chiedere, per quanto riguarda le formazioni sociali che si formano all'interno dell'organizzazione pubblica⁶¹, se esse possano essere improntate alla supremazia speciale, derogando alla vigenza dei diritti costituzionalmente garantiti nella loro pienezza ed al principio di legalità.

La risposta deve essere senz'altro negativa. La norma che sovviene in questo caso è il terzo comma dell'art. 52 Cost., secondo cui "l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica". Come si avrà modo di illustrare nel prosieguo di questa esposizione, la disposizione in parola è espressione di un principio più generale, secondo cui tutta l'Amministrazione pubblica italiana si informa allo spirito democratico della Repubblica.

Cominciando con ordine, e partendo dalla regola contenuta nel terzo comma dell'art. 52 Cost., si deve osservare come lo "spirito democratico" sia concetto diverso sia dal "metodo democratico", di cui all'art. 49 Cost.⁶², sia da quello di "ordinamento a base democratica",

⁵⁹ Cfr. G. BOGNETTI, *Introduzione*, cit., p. 19 ss.

⁶⁰ Si veda BERTI, *La Pubblica Amministrazione*, cit., p. 191 ss.

⁶¹ Non vi sono elementi per negare che quelle articolazioni dell'Amministrazione pubblica che ne hanno le caratteristiche possano essere considerate formazioni sociali: la riserva relativa di legge consente ad esse di darsi un'organizzazione che sia espressione della personalità di coloro che la compongono. A questo proposito, si vedano BERTI, *La Pubblica Amministrazione*, cit., pp. 191 ss., 253 ss., 383 ss.; IDEM, *Il principio*, cit., p. 139; G. GUARINO, *L'organizzazione pubblica, parte prima*, Milano, 1977, cit., p. 98 ss.; L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, 1997, p. 37 ss. Tuttavia, gli ordinamenti interni all'Amministrazione pubblica ben possono dirsi *particolari*, poiché creati dalla legge (art. 97 Cost.) per il perseguimento di fini speciali all'interno del fine più generale della Repubblica, che è il pieno sviluppo della persona umana.

⁶² Su cui BERTI, *Manuale*, cit., p. 386 ss.

di cui all'art. 39 Cost.⁶³, sia, infine, da quello di "forma repubblicana" di cui all'art. 139 Cost.⁶⁴.

In particolare, tre appaiono i significati che si possono rinvenire nella norma che afferma l'informazione delle Forze Armate allo spirito democratico della Repubblica.

In primo luogo, dalla disposizione si può ricavare il riconoscimento che l'ordinamento generale non tollera all'interno della Pubblica Amministrazione ordinamenti particolari con un *fondamento* diverso da quello dell'intera comunità⁶⁵, che, come si è visto, è la persona umana. In questo senso, il terzo comma dell'art. 52 Cost. è una conferma dell'assunto secondo cui l'ordinamento di cui all'art. 1 e segg. Cost. riconosce la persona quale centro e fonte dell'ordine giuridico, poiché si riconosce la sua unità in tutti i frangenti: identiche sono infatti le esigenze dell'uomo sia che esso entri a far parte di un'Amministrazione pubblica, nella specie, le Forze armate, sia che esso operi come privato all'esterno di essa.

In secondo luogo, e quale conseguenza della prima affermazione, si deve riconoscere che la Costituzione statuisce nei confronti del cittadino militare la garanzia di una *situazione soggettiva*⁶⁶ *equivalente* a quella che gli viene assicurata nell'ordinamento generale⁶⁷. Se il fondamento dell'ordinamento militare è lo stesso di quello dell'ordinamento generale, e cioè la persona umana, non si può poi ragionevolmente sostenere che la situazione soggettiva di un soggetto venga a modificarsi radicalmente a seconda dell'organizzazione pubblica in cui viene ad essere inserito.

In terzo luogo, e quale conseguenza della prima e della seconda affermazione, al cittadino deve essere garantita una *situazione soggettiva equivalente* a quella di cui viene a godere nell'ordinamento generale

⁶³ In argomento, si veda MARTINES, *Diritto costituzionale, cit.*, p. 794.

⁶⁴ La forma repubblicana si identifica con l'assetto dato all'ordinamento della Repubblica dagli artt. 1-12 (Principi Fondamentali): BERTI, *Manuale, cit.*, p. 90 ss. *Contra*, nel senso che la forma repubblicana attiene unicamente alla forma di governo, Cfr. MARTINES, *Diritto costituzionale, cit.*, p. 375.

⁶⁵ Si veda BERTI, *Manuale, cit.*, p. 222 ss.

⁶⁶ Con tale termine si vogliono intendere sia le posizioni soggettive vere e proprie (diritti soggettivi e interessi legittimi), sia ogni garanzia che il privato può invocare nei confronti dell'ordinamento, (in particolare, come si vedrà, la riserva di legge in materia di organizzazione amministrativa).

⁶⁷ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 11 ss.

in ogni ordinamento pubblico particolare in cui viene a trovarsi inserito nelle varie vicende della sua esistenza⁶⁸. Se cioè al cittadino inserito nell'ordinamento militare, che è sempre stato quello più ispirato a principi di separazione, deve essere garantita una situazione equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale, a maggior ragione questo varrà per gli altri ordinamenti particolari pubblici, che storicamente sono stati caratterizzati da profili di minore deroga ai principi dello Stato di diritto.

Appare ora necessario chiarire che cosa si debba intendere esattamente per informazione allo "spirito democratico della Repubblica", si deve cioè determinare in che consista concretamente la garanzia per equivalente di cui si è detto sopra.

Un primo significato della garanzia per equivalente è di tipo procedurale: esso attiene cioè alla *maniera* in cui gli ordinamenti pubblici si informano allo spirito democratico della Repubblica. A questo proposito va osservato che, dal punto di vista della formulazione letterale, il terzo comma dell'art. 52 Cost. non è che un doppione del primo comma dell'art. 10 Cost., il quale afferma che "l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute": nella lingua italiana infatti "informarsi" e "conformarsi" sono sinonimi⁶⁹. Ora, se si afferma concordemente che il primo comma dell'art. 10 Cost. prevede l'adattamento *automatico* del diritto italiano al diritto internazionale consuetudinario⁷⁰, è giocoforza ritenere che anche l'ordinamento militare si adegui *in maniera automatica* allo spirito democratico della Repubblica⁷¹.

⁶⁸ Cfr. *ibidem*, p. 11 ss. e p. 135.

⁶⁹ Si veda la voce *Informare* de *Il Nuovo Zingarelli*, Bologna, 1986, p. 939.

⁷⁰ Si vedano, a mero titolo esemplificativo, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1997, p. 293 ss.; BERTI, *Manuale*, cit., p. 199 ss.; M. GIULIANO - T. SCOVAZZI - T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, 1983, p. 631 ss.; CRISAFULLI, *Lezioni*, cit., p. 69.

⁷¹ Pare che, da questo punto di vista, affermare che il terzo comma dell'art. 52 Cost. impone l'adattamento *graduale* dell'ordinamento militare ai principi di quello generale, accostandola al secondo comma dell'art. 3 Cost. (così BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 103) costituisca una riproposizione, sia pure non voluta, della tesi della sua separazione.

Il legislatore non deve pertanto rimediare gradualmente con legge al divario tra "diritto" e "fatto" nell'organizzazione delle Forze armate, ma deve tutt'al più "acclarare" - sia pure con qualche margine di discrezionalità - quale deve essere la situazione cui l'ordinamento militare si deve conformare.

Ci si può ora occupare del significato sostanziale della garanzia per equivalente, o, il che è lo stesso, del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica. A questo proposito, se è vero che l'ordinamento militare e quello generale non sono separati ma integrati, che gli artt. 1-12 Cost. disegnano immediatamente il volto dell'ordinamento costituzionale⁷², e che l'espressione "spirito" è diversa da quella di "forma" di cui all'art. 139 Cost., della quale sembra essere più comprensiva, pare allora si possa concludere che l'informazione allo spirito democratico della Repubblica impone l'applicazione *diretta* nell'ordinamento militare dei Principi fondamentali (art. 1-12 Cost.) e l'applicazione per *equivalente* dei principi⁷³ che da essi derivano, sul modello, per intendersi, dell'*analogia iuris* di cui all'art. 12 delle Preleggi.

Quanto detto sin qui a proposito dell'ordinamento militare, che si è sempre connotato come il più separato da quello generale, vale anche per tutti gli altri ordinamenti pubblici, i quali dovranno a loro volta informarsi allo spirito democratico della Repubblica nel senso indicato.

Alcune esemplificazioni chiariranno meglio quanto sostenuto: esse verranno condotte alla stregua dell'ordinamento militare che rende più evidenti gli effetti dell'applicazione della lettura ora proposta. Per quanto riguarda l'applicazione diretta degli artt. 1-12 Cost., ad esempio, *ex art. 2 Cost.*, si avrà l'applicazione nell'ordinamento militare di tutti i diritti inviolabili, con lo stesso regime cui essi sono sottoposti nell'ordinamento generale (e quindi con gli stessi tipi di limitazioni, e adottate con le identiche procedure, dell'ordinamento generale); *ex art. 5*, anche nell'ordinamento militare varranno i principi del riconoscimento e della garanzia delle autonomie e del decentramento, che derivano del resto dagli artt. 1 e 2 Cost. (con il loro riconoscimento generale dell'autonomia della persona umana), al fine di consentire, *ex art. 3 Cost.*, la partecipazione dei suoi membri alla concreta organizzazione del suddetto ordinamento. Per quanto riguarda invece l'applicazione della garanzia per equivalente, si può fare l'esempio della necessità della fissazione di una durata massima della giornata di lavoro: la

⁷² Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 90 ss.

⁷³ Il termine "principio" viene qui utilizzato nel significato ad esso attribuito da Crisafulli, non in quello indicato da Dworkin.

Repubblica ex art. 1 Cost. è “*fondata sul lavoro*”⁷⁴ e “riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto” (art. 4 Cost.), e da questi articoli deriva il principio della fissazione della durata massima della giornata di lavoro da parte della legge, di cui all’art. 36, secondo comma, Cost. Poiché, ex art. 4 Cost., “lavoro” è ogni attività o funzione che contribuisca al progresso materiale o spirituale della società, tale deve ritenersi anche il servizio militare, e quindi il principio risulta applicabile anche all’ordinamento militare: anche con riferimento ai turni di servizio va pertanto fissata una durata massima giornaliera e settimanale, la quale ultima dove aggirarsi intorno alle 40 ore (è ammissibile una certa discrezionalità del legislatore nella fissazione della durata dell’impiego, purché nel complesso possa ritenersi appunto “equivalente” a quella dell’ordinamento generale, il che implica una certa adattabilità). Deriva sempre dall’art. 1 Cost. l’applicabilità della riserva di legge – poiché è attraverso la legge che si esplica precipuamente la sovranità nei confronti degli ordinamenti della Pubblica amministrazione (cfr. art. 97 Cost.) –, e in misura equivalente a quella necessaria per le altre Amministrazioni⁷⁵. Ciò che non è coperto dalla legge, potrà essere disciplinato da regolamento, tuttavia con la partecipazione alla sua formulazione, ex art. 3 Cost., dei militari. Si viene così a riconoscere all’Amministrazione uno spazio di autonomia, ma in una versione più corretta e democratica di quella proposta invece dalla dottrina dell’ordinamento di supremazia speciale.

Più argomenti sostengono la lettura sin qui proposta del terzo comma dell’art. 52 Cost. Innanzitutto, militano a favore di tale risultato gli artt. 1 e 2 Cost., i quali, riconoscendo che l’ordine giuridico si basa sulla libertà e sulla responsabilità della persona umana, non tollerano eccezioni all’unità di quest’ultima, e quindi alla identità di esigenze che essa manifesta in ogni frangente, indipendentemente dal suo inserimento, o meno, in un’organizzazione pubblica.

In secondo luogo, l’interpretazione sostenuta deriva dalla concezione dinamica dell’ordinamento giuridico di cui si è parlato sopra: gli ordinamenti pubblici particolari contribuiscono, insieme a quelli priva-

⁷⁴ Il principio diventa interpretativo di tutta la Costituzione e della legislazione: Cfr. in argomento MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 10 ss.

⁷⁵ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 115 ss.

ti, ad integrare e costruire l'ordinamento generale⁷⁶. Tuttavia, mentre nel caso degli ordinamenti privati il diritto che non è riconosciuto dall'ordinamento repubblicano, nella parte in cui non sia *disconosciuto* (ossia represso⁷⁷) ma solo *irrilevante* (cioè non invocabile in giudizio), continua vivere nell'ordinamento di provenienza nella misura in cui riesca a sostenersi attraverso il comportamento dei suoi membri, questo non può avvenire per gli ordinamenti pubblici, che (avendo come fondamento diretto l'art. 97 Cost.), è impensabile che derogino ai principi costituzionali. In questo senso, attraverso il terzo comma dell'art. 52 Cost., si conferma che tutto il diritto dell'ordinamento militare e degli ordinamenti pubblici, è rilevante per l'ordinamento generale, e dunque non si può giustificare più la supremazia speciale come fondamento del potere pubblico diverso da quello dell'ordinamento generale, né la teoria delle norme e fatti interni che da essa trae fondamento.

In terzo luogo, una conferma si trae anche dall'art. 1 Cost., nella parte in cui afferma che la Repubblica è fondata sul lavoro: si è detto in dottrina che tale principio realizza la "sintesi tra principio personalistico (che implica la pretesa all'esercizio di un'attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)" e che esso deve essere utilizzato come criterio di interpretazione di tutta la Costituzione⁷⁸. Se questo è vero, come sembra, allora c'è da chiedersi per quale motivo i principi del diritto del lavoro non dovrebbero essere ritenuti applicabili anche all'ordinamento militare, e più in generale agli ordinamenti pubblici (tanto più che spesso tali principi, come nel caso dello Statuto dei lavoratori⁷⁹, non sono che l'applicazione dei principi costituzionali all'interno dell'impresa). Attraverso l'applicazione dei principi tratti dalla legislazione lavoristica, si trova la fonte più consistente per l'esatta precisazione del contenuto dello spirito democratico della Repubblica, poiché se – come si afferma in

⁷⁶ Si veda in questo senso BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 396 ss., ove su questa base si afferma esattamente che non sono più giustificabili né la *supremazia speciale*, né la dottrina dei *fatti interni*, i quali ultimi sarebbero irrilevanti per l'ordinamento generale.

⁷⁷ Si pensi alle associazioni che perseguono fini vietati ai singoli dalla legge penale: art. 18, comma 1, Cost.

⁷⁸ Si veda MORTATI, *Art. 1*, cit., p. 12 ss.

⁷⁹ Cfr. F. CARINCI-R. DE LUCA TAMAJO-P. TOSI -T. TREU, *Diritto del lavoro*, Torino, vol. I, 1994, p. 146 ss.; IDEM, *Diritto del lavoro*, vol. II, Torino, 1992, p. 246 ss.

dottrina – il lavoro è il fattore collegamento tra Stato e società civile⁸⁰, esso non può non permeare anche l'ordinamento militare, e più in generale tutti gli ordinamenti pubblici. Una conclusione differente condurrebbe ancora una volta a considerare l'ordinamento militare e quelli pubblici come separati dall'ordinamento generale, in quanto basati su principi differenti. Alla luce di quest'ultima osservazione, si comprende come anche i principi che sono esplicitazione degli artt. 1-12 Cost. debbano essere applicati agli ordinamenti di cui ci si sta occupando, pena altrimenti l'aggiramento del disposto del terzo comma dell'art. 52.

Un ulteriore avallo si trae dai lavori preparatori della Costituzione, infatti il comma in esame fu approvato in opposizione all'organizzazione previgente delle Forze armate⁸¹. In particolare sia che si segua l'impostazione del proponente Moro – il quale aveva inteso il comma come garanzia della dignità della persona anche all'interno dell'ordinamento militare –, sia che si segua l'impostazione del relatore Merlin⁸² – il quale intendeva con esso garantire la libertà e la dignità umane all'interno di tale ordinamento –, il risultato cui si giunge è il medesimo: se rettamente intesa, la garanzia della dignità umana implica che il cittadino goda nell'organizzazione delle Forze armate della stessa situazione che possiede nell'ordinamento generale, altrimenti si verrebbero a creare categorie differenti di cittadini, con diverse dignità sociali, e quindi anche in violazione del primo comma dell'art. 3 Cost.⁸³. Peraltro la garanzia della libertà specifica quella della dignità, riconoscendo anche all'interno dell'ordinamento militare la dimensione fondamentale dell'uomo, che non si riduce ai semplici diritti costituzionalmente garantiti. Sempre dai lavori preparatori risulta che, secondo la formulazione originale del comma, l'ordinamento militare avrebbe dovuto riflettere la struttura dello Stato: con la formulazione definitiva si è ribadita allora la non separatezza dell'ordinamento militare – in quanto l'utilizzo del termine "riflettere" avrebbe potuto far pensare che esso avesse un fondamento diverso da quello dell'ordinamento ge-

⁸⁰ Cfr. MORTATI, *Art. 1, cit.*, p. 10; CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI -TREU, *Diritto del lavoro, cit.*, vol. II, p. 8 ss.

⁸¹ Cfr. BETTINELLI, *Il 1° e il 2° comma dell'art. 52*, nel *Commentario della Costituzione* a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Artt. 48-52*, Bologna, p. 71; BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 91.

⁸² Sul dibattito in sede costituente si veda ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 157 ss.

⁸³ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 107 ss.

nerale -, e si è allargata la garanzia dell'equivalenza al di là della semplice organizzazione⁸⁴. Si osservi inoltre che la Costituzione, quando ha voluto introdurre delle deroghe riguardanti l'ordinamento militare, lo ha fatto espressamente, come nell'ultimo comma dell'art. 27 - peraltro la legge n. 589 del 13 ottobre 1994 ha espunto la pena di morte dal codice penale militare di guerra - e nell'ultimo comma dell'art. 98 - ove si è sancita la possibilità che la legge stabilisca delle limitazioni al diritto di iscriversi ai partiti politici per i soli militari di carriera in servizio attivo -.

Un'altra conferma all'interpretazione proposta si trae dalle disposizioni costituzionali in materia di guerra⁸⁵. L'art. 78 Cost. stabilisce un mutamento solo di competenze dal Parlamento a favore del Governo in caso di guerra⁸⁶, mentre l'art. 87 mantiene il comando delle Forze armate in capo al Presidente della Repubblica anche in tempo di guerra, confermando così l'unitarietà dell'ordinamento, ed escludendo che in caso di eventi bellici l'ordinamento militare riviva come istituzione con un fondamento diverso da quello della comunità generale⁸⁷. Inoltre, gli artt. 103 e 111 Cost. prevedono rispettivamente che in tempo di guerra la giurisdizione dei tribunali militari sia stabilita dalla legge, e che solo nel medesimo frangente si possa derogare al principio della ricorribilità per Cassazione avverso i provvedimenti giurisdizionali dei tribunali militari in materia di libertà personale: da essi si evince che in tempo di pace l'ordinamento militare non è sicuramente derogatorio.

Un argomento ulteriore deriva dall'applicazione che è stata fatta di principi tratti dal diritto del lavoro all'ordinamento scolastico⁸⁸, o dal-

⁸⁴ Per questa argomentazione si veda BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 117, nota 135.

⁸⁵ In argomento si veda BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 145 ss.

⁸⁶ Se la libertà e responsabilità dell'uomo sono il fondamento dell'ordine giuridico non si può aderire alle tesi che affermano che attraverso l'art. 78 Cost. si potrebbero apportare deroghe ai principi costituzionali, poiché il principio di tutela della personalità umana deve sempre prevalere.

⁸⁷ Peraltro, le attribuzioni in materia del Capo dello Stato devono ritenersi meramente formali, spettando anche in caso di guerra l'indirizzo politico al Governo. Sui problemi pratici che pone la disposizione si veda ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 180 ss.

⁸⁸ Cfr. DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 39 e segg.; S. DE SIMONE, *Il sistema del diritto scolastico italiano*, vol. I, Milano, 1973, p. 308 ss., ove si anticipa la capacità di agire in ordine ai rapporti scolastici alla medesima età a cui si acquista in materia di lavoro. Si ricordi inoltre l'indirizzo giurisprudenziale prevalente nel periodo della "contestazione", che ha ritenuto non applicabile alle "occupazioni" di scuole l'art. 633

la configurazione dell'ordinamento carcerario secondo i principi che governano l'ordinamento generale⁸⁹. Questi due ultimi ordinamenti, come si è visto, sono stati anch'essi ricondotti alla dogmatica della supremazia speciale: non esiste quindi una reale separazione tra ordinamento generale e ordinamenti particolari, ma un rapporto di integrazione, poiché identico è il fondamento di entrambi, cioè il riconoscimento della libertà umana che è allo stesso tempo responsabilità.

Un'ultima conferma della soluzione proposta si trae dalla neutralità politica che si sostiene concordemente essere tratto caratterizzante delle Forze armate⁹⁰: se nell'ordinamento militare non si applicano regole equivalenti a quelle dell'ordinamento generale, esso diviene la prefigurazione di un assetto diverso che si vuole dare alla società, perseguendo così fini politici. Tale fu l'esperienza del fascismo, in cui l'organizzazione delle Forze armate fu l'archetipo dell'ordine che si sarebbe voluto instaurare anche nell'ordinamento generale.

Da tutti questi rilievi, si può dedurre che la supremazia speciale, come non esiste nelle formazioni sociali private, ove vige la garanzia dei diritti inviolabili e dello sviluppo della personalità umana, non esiste nemmeno nell'ordinamento militare, ove la Costituzione prevede delle garanzie addirittura maggiori⁹¹, imponendo la presenza di una situazione di diritto equivalente a quella di cui il soggetto gode complessivamente nell'ordinamento generale.

È quasi superfluo a questo punto osservare che seppure il princi-

c.p. – che reprime l'invasione di immobili – nel caso in cui gli studenti occupanti non impediscano l'accesso agli altri soggetti (Cfr. N. DANIELE, *Istituzioni di diritto scolastico*, Milano, 1976, p. 548; da ultimo si veda Cass. Pen., II sez., 22 febbraio-30 marzo 2000, PM-Faggi, in *Diritto e Giustizia*, n. 17, 2000, p. 53 ss.). Non si può non notare l'analogia con la giurisprudenza e la dottrina lavoristiche, tese a legittimare le occupazioni di azienda (su cui CARINCI-DE LUCA TAMAJO-TOSI-TREU, *Diritto del lavoro*, cit., vol. I, p. 501 ss.)

⁸⁹ Cfr. S. BELLOMIA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXX, p. 919 ss.; L.R. PERFETTI, *Libertà costituzionali e potere dell'amministrazione nei rapporti di supremazia speciale. Il caso del visto sulla corrispondenza dei detenuti*, in *Foro Amm.*, 1994, p. 9 ss.

⁹⁰ Si vedano, per tutti, BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 93 e p. 104, nota 93; ROSSI, *Il 3° comma*, cit., p. 177.

⁹¹ Tale conclusione, è naturale per le Amministrazioni pubbliche, poiché in esse tutti i tipi di personalità umana devono potere svolgersi, a differenza delle formazioni sociali private, ove ciascuno può scegliere quella che più si adatta alla sue inclinazioni.

pio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica è sancito espressamente solo per l'ordinamento militare, esso vale *a fortiori* anche per tutte le altre Amministrazioni pubbliche⁹². Se infatti il precetto dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica vale per l'ordinamento militare, che è sempre stato l'ordinamento particolare più separato, considerato l'incarnazione stessa della supremazia speciale, a maggior ragione esso varrà per gli altri ordinamenti interni alla Pubblica amministrazione, tradizionalmente considerati meno separati. Prova di quanto detto si può trarre dall'osservazione che la Costituzione, quando ha voluto porre deroghe ai principi che governano l'ordinamento generale in favore delle ragioni organizzatorie delle Pubbliche amministrazioni, lo ha fatto espressamente: si vedano, ad esempio, il secondo e il terzo comma dell'articolo 98 Cost., i quali prevedono rispettivamente il divieto per i pubblici impiegati che siano membri del Parlamento di conseguire promozioni non dovute all'anzianità, e la possibilità di introdurre con legge limiti alla possibilità di iscrizione ai partiti politici nei confronti di magistrati, funzionari ed agenti di polizia, e rappresentanti diplomatici e consolari all'estero. Si osservi inoltre che, poiché la Pubblica amministrazione è organizzata in modo da essere imparziale (art. 97, primo comma Cost.)⁹³, e poiché i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione (art. 98, primo comma, Cost.), ne deriva che, analogamente a quanto accade a proposito della neutralità politica delle Forze armate, anche all'interno delle Amministrazioni pubbliche deve essere garantita al cittadino una situazione complessiva equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale⁹⁴, altrimenti si instaurerebbe anche qui un modello di società diverso da quello voluto dalla Costituzione. *Ex* art. 2 Cost., nelle formazioni sociali si deve svolgere la personalità dell'uomo, e poiché, *ex* art. 3, secondo comma, Cost., è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana, ne deriva che nelle Amministrazioni pubbliche – formazioni sociali, le quali sono imparziali, tutte le persone devono poter sviluppare la propria personalità. La Pubblica amministrazione pertanto non deve avere nes-

⁹² Cfr. CRISAFULLI, *La scuola*, cit., p. 96 e nota 46; BALDUZZI, *op. cit.*, p. 135.

⁹³ Si noti che è un principio di organizzazione: cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit., p. 99 ss.

⁹⁴ Si veda anche BALDUZZI, *Principio*, cit., p. 135, ove l'autore giunge alla medesima conclusione ragionando in ordine all'imparzialità.

suna colorazione ideologica⁹⁵, e l'unico mezzo per raggiungere un simile risultato, è garantire ai soggetti inseriti negli ordinamenti che si formano nel suo seno una situazione equivalente a quella di cui godono nell'ordinamento generale: la P.A. deve cioè informarsi allo spirito democratico della Repubblica⁹⁶.

È superfluo aggiungere che il diritto prodotto dagli ordinamenti della Pubblica Amministrazione è rilevante per l'ordinamento generale.

Da quanto sin qui osservato emerge che la Costituzione ha predisposto un criterio dinamico, cioè quello del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica, per impedire discontinuità tra i principi che reggono l'ordinamento generale e quelli che reggono gli ordinamenti particolari. Si è definito il criterio dinamico, in quanto lo spirito democratico della Repubblica assume volta a volta un contenuto – in precetti concreti – diverso a seconda delle modifiche normative che subisce l'ordinamento generale: si garantisce così in ogni momento la rispondenza degli ordinamenti pubblici alle esigenze storiche della comunità di cui sono espressione.

Sino a qui si è parlato di ordinamenti interni a quello generale, a modesto avviso di chi scrive, comunque, il principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica deve ritenersi valevole anche per gli ordinamenti sovranazionali, ponendosi quale condizione di legittimità per la partecipazione dell'Italia a tali organizzazioni⁹⁷. Ai sensi dell'art. 11 Cost., infatti, quest'ultima consente in condizioni di parità con gli altri Stati alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni e promu-

⁹⁵ Tale affermazione deve essere intesa in senso ampio, per cui sarebbe comunque risultato di una scelta ideologica configurare gli ordinamenti interni all'Amministrazione pubblica secondo principi differenti da quelli su cui si basa l'ordinamento generale.

⁹⁶ Nel senso che una volta inserite nelle organizzazioni amministrative, tutti i tipi di personalità devono essere in grado di potersi svolgere pienamente, si leggano anche il secondo comma dell'art. 32 Cost. (il quale stabilisce che la legge che preveda trattamenti sanitari obbligatori non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana; per una lettura di tale disposizione nel senso dell'imporre un bilanciamento di interessi tra tutela della persona del singolo ed esigenze della collettività, si veda però D. VINCENZI AMATO, *Il 2° comma dell'art. 32, nel Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, *Artt. 29-34*, Bologna, p. 167 ss.) ed il primo comma dell'art. 34 Cost. (secondo cui la scuola è aperta a tutti, e sul quale si veda M. SALAZAR, *La gestione sociale della scuola*, Milano, 1995, pp. 6 e 7).

⁹⁷ Si veda PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, cit., pp. 38-39.

ve e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo. Si è a questo proposito osservato che la pace e la giustizia a livello internazionale non sono reali in assenza del rispetto della dignità umana e della giustizia sociale anche all'interno degli Stati che vengono a far parte della Comunità internazionale⁹⁸. La capacità delle organizzazioni internazionali, o quanto meno sopranazionali⁹⁹, di dare pace e giustizia non sembra quindi poter prescindere da un'omogeneità dei principi che reggono i vari ordinamenti che si incontrano, sia nazionali che internazionali^{100 101}.

4. Recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali

Delineato il quadro di insieme, che fa perno sul principio dell'informazione degli ordinamenti pubblici allo spirito democratico della Repubblica, sembra non sia privo di un qualche interesse procedere ad una breve disamina delle recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali negli antichi settori dominati dalla subordinazione speciale, al fine di saggiarne la maggiore o minore conformità con la lettura della Costituzione proposta in questo breve saggio.

A tale scopo sia consentito seguire un percorso illustrativo in certa misura al di sopra delle righe. La dottrina tedesca, in relazione all'ampiezza che aveva assunto l'applicazione della figura dogmatica di cui si è discusso in questo lavoro, ebbe ad affermare che l'uomo comincia la sua vita nel rapporto di supremazia speciale dell'ospedale e la termina

⁹⁸ Cfr. C. PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini umanitari*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 61 ss.

⁹⁹ Tali sono quelle nelle quali il legame tra gli Stati membri è più forte, ed in cui quali l'organizzazione stessa dispone di una massa di poteri propri alquanto rilevante.

¹⁰⁰ Cfr. anche G. BOGNETTI, voce *Federalismo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, p. 299 ss.

¹⁰¹ Non paiono in questo senso da condividere sentenze come la n. 232 del 21 aprile 1989 della Corte Costituzionale, che ha affermato la sostanziale recessività del diritto costituzionale italiano di fronte al diritto comunitario, fatti salvi solo i principi fondamentali. In argomento, si vedano, E. PICOZZA, *Il diritto pubblico dell'economia nell'integrazione europea*, Roma, 1996, p. 113 ss.; CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., p. 321 ss. La decisione della Corte Costituzionale citata è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1989, I, p. 1001 ss.

in quello della medesima natura del cimitero: è pertanto intenzione di chi scrive seguire, senza alcuna pretesa di esaustività, l'esistenza tipo di un individuo, per così dire, dalla culla sino alla tomba, al fine verificare a quanta supremazia speciale o bilanciamento degli interessi va incontro nel corso della sua vita.

Ora, il primo scontro tra libertà e autorità nell'esistenza dell'individuo avviene ben prima della culla, ed ha riguardo allo stato di embrione. Con sentenza n. 27 del 18 febbraio 1975¹⁰², la Corte Costituzionale ha proceduto al bilanciamento del diritto alla vita del nascituro con quello alla salute fisica e psichica della madre, venendo a ritagliare per l'aborto uno spazio di irrilevanza penale più ampio di quello corrispondente allo stato di necessità¹⁰³. A tale decisione ha fatto seguito l'approvazione della L. n. 194 del 22 maggio 1978, la quale, pur formalmente inserendosi nelle prescrizioni della Corte, ha riconosciuto all'aborto uno spazio di liceità ancora maggiore di quello delineato dalla sent. n. 75. Esattamente è stato dunque affermato che tale legge "instaura un rapporto tra libertà e responsabilità, in riferimento alla donna, che è rovesciato rispetto a quello che si attaglierebbe ad una visione del diritto alla vita in termini di libertà oggettiva, e cioè di libertà - responsabilità"¹⁰⁴. In questo senso, la legge sull'interruzione volontaria della gravidanza si rivela come derogatoria rispetto ai normali principi che reggono l'ordinamento. In essa infatti lo "stato di necessità" assume dimensioni abnormi ed il procedimento amministrativo di accertamento del pericolo per la salute della gestante della prosecuzione della gravidanza (art. 4) non sembra garantire - contrariamente a quanto stabilito dai principi di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241 - un adeguato ingresso, ai fini della ponderazione, di interessi diversi da quello della libertà della donna, ed in specie ai diritti del nascituro. Non pare in grado di superare queste obiezioni la recente sentenza della Corte Costituzionale n. 35 del 10 febbraio 1997, dalla quale pure si evince in maniera abbastanza chiara l'intenzione di attribuire alla posizione dell'embrione la consistenza di vero diritto soggettivo alla vita, in quanto tale diritto continua ad essere bilanciato con

¹⁰² Pubblicata in *Giur. Cost.*, 1975, I, p. 117 ss.; su tale decisione si veda R. D'ALESSIO, *L'aborto nella prospettiva della Corte Costituzionale*, ibidem, p. 538 ss.

¹⁰³ Sullo stato di necessità si veda M. ROMANO, *Art. 54*, in IDEM, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Milano, 1995, p. 532 ss.

¹⁰⁴ BERTI, *Manuale*, cit., p. 480 ss.

quello della madre, invece di riconoscere che l'unico spazio di liceità dell'aborto possibile nel sistema è quello dello stato di necessità¹⁰⁵.

Una volta nato, l'ipotetico individuo cui si è fatto riferimento, all'età di sei anni si trova di fronte all'adempimento dell'obbligo scolastico di cui all'art. 34, secondo comma, Cost. Secondo tale disposizione, l'istruzione inferiore, impartita per almeno otto anni, è obbligatoria e gratuita. Si è detto che scopo dell'obbligo scolastico è quello di far acquisire al minore quel minimo di conoscenze necessarie per far progredire la società dal punto di vista morale e sociale, rinviando agli artt. 2, 3 e 4 Cost.¹⁰⁶. Ora, la L. 20 gennaio 1999, n. 9, all'art. 1, ha elevato l'obbligo scolastico a nove anni¹⁰⁷: tale previsione desta perplessità, in quanto la dottrina, traendo lo spunto dal fatto che l'obbligo di istruzione è funzionale al raggiungimento del minimo di cultura necessario alla persona per partecipare attivamente alla costruzione dell'ordinamento, ha negato – anche alla luce del tenore letterale del secondo comma dell'art. 34 Cost. – che l'imposizione di tale dovere possa riguardare la frequenza di scuole secondarie superiori o di Università. Le perplessità aumentano se si pone mente al fatto che la L. 10 febbraio 2000, n. 30, ha previsto il riordino dei cicli scolastici, riunendo le scuole elementari e medie nell'unica scuola di base, obbligatoria ed avente durata di sette anni, e sostituendo alla scuola secondaria superiore un scuola superiore di durata sempre quinquennale, ma obbligatoria per i primi due anni. Il massimo della violenza dell'organizzazione pubblica sul diritto di perseguire autonomamente la propria realizzazione¹⁰⁸, si configura comunque nel settore in esame con l'imposizione di un obbligo di frequenza ad attività formative – istruzione

¹⁰⁵ La sentenza è pubblicata in *Giur. Cost.*, 1997, I, p. 281 ss. Su di essa si vedano i commenti di C. CASINI, *Verso il riconoscimento della soggettività giuridica del concepito?*, *ibidem*, p. 293 ss., e di M. OLIVETTI, *La Corte e l'aborto, fra conferme e spunti innovativi*, *ibidem*, p. 312 ss.

¹⁰⁶ Cfr. N. DANIELE, *L'ordinamento scolastico italiano*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da G. SANTANIELLO, vol. XI, Padova, 1988, p. 368 ss.; IDEM, voce *Ordinamento scolastico*, in *Nss. Dig. It.*, vol. XII, p. 55; IDEM, *Istituzioni*, *cit.*, p. 199; S. MANZIN MAESTRELLI, voce *Istruzione dell'obbligo*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, pp. 1 e 2; R. LUCIFREDI, *I principii costituzionali dell'ordinamento scolastico italiano*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1964, p. 4 ss.; LOMBARDI, *Contributo*, *cit.*, p. 441 ss.

¹⁰⁷ Con previsione di un ulteriore elevamento a dieci anni, in relazione al riordino del sistema scolastico e formativo.

¹⁰⁸ Si è anche parlato, a questo proposito, di raggiungimento della felicità: PINI, *Persona Comunità Istituzioni*, *cit.*, p. 4 ss.

scolastica, formazione professionale, apprendistato – fino al diciottesimo anno di età, stabilito prima dalla legge 9/99 cit. e rafforzato poi dall'art. 68 della L. n. 144 del 17 maggio 1999¹⁰⁹. Quest'ultima disposizione specifica chiaramente che scopo del legislatore non è quello di elevare l'obbligo perché richiesto dalle necessità della civiltà, bensì quello di potenziare la crescita culturale e professionale dei giovani, fine quest'ultimo confermato dall'osservazione che la formazione professionale è l'insieme degli interventi volti all'ingresso nel mondo del lavoro (cfr. art. 141, D.Lgs. n. 112 del 31 marzo 1998¹¹⁰): la norma si propone quindi espressamente di eterodeterminare la realizzazione della personalità del singolo, e realizza un chiaro sviamento dallo *ratio* del disposto del secondo comma dell'art. 34 Cost.

Fatta questa premessa, si può passare ora all'analisi della situazione dello studente una volta che è stato inserito nell'organizzazione scolastica. Da questo punto di vista, si può dire che a partire dagli anni '70 la posizione del discente all'interno delle scuole è qualitativamente migliorata, grazie all'emanazione della L. n. 477 del 30 luglio 1973 e dei decreti delegati nn. 416-420 del 31 maggio 1974, con i quali si è realizzata la cosiddetta *gestione sociale della scuola*¹¹¹, riconoscendo la partecipazione di tutte le componenti sociali, compresi gli studenti, al governo dell'ordinamento scolastico. In linea di principio, tale partecipazione risulta accresciuta da ultimo dall'art. 21 della L. 15 marzo 1997, n. 59, che ha previsto il riconoscimento di personalità giuridica e di autonomia – organizzativa, didattica e finanziaria – alle istituzioni scolastiche¹¹². Dalla combinazione di tale disposizione con

¹⁰⁹ Cfr. N. DANIELE, *Obbligo scolastico ed obbligo di formazione professionale*, in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, pp. 215-216.

¹¹⁰ In argomento, si veda G. SCIULLO, *Articolo 141*, in *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel decreto legislativo n. 112 del 1998 di attuazione della legge Bassanini n. 59 del 1997*, a cura di G. FALCON, Bologna, 1998, pp. 474-476.

¹¹¹ In argomento, si vedano, *ex multis*, SALAZAR, *La gestione, cit., passim*; IDEM, voce *Scuola (ordinamento scolastico)*, in *Nss. Dig. It., App.*, vol. VI, p. 1094 ss.; G. PAUCIULLO DELLA VALLE, *I Consigli di Circolo e di Istituto*, Milano, 1978, *passim*; L. CALCERANO-G. MARTINEZ Y CABRERA, voce *Scuola (ordini e gradi)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XLI, p. 864 ss.; PIZZORUSSO, *La comunità scolastica, cit.*, p. 22 ss.

¹¹² Su cui si vedano A. PAJNO, *Articolo 135*, in *Lo Stato autonomista, cit.*, p. 442 ss.; A. CORPACI, *Articolo 136, ibidem*, p. 453 ss.; A. MAROLLA, *L'autonomia scolastica*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1999, p. 399 ss.; A. ROSANO, *Decentramento e autonomia scolastica, ibidem*, 1998, p. 241 ss.; N. DANIELE, *L'autonomia scolastica alla luce del D.P.R. 8 marzo 1999 n. 275* (nota a Corte dei Conti, Sez. controllo Stato, 7 giugno 1999, n. 43), in *Riv. Giur. Scuola*, 2000, p. 341 ss.

gli artt. 135 e segg. del D.Lgs. n. 112 del 31 marzo 1998 – di riassetto delle funzioni di Stato, Regioni ed enti locali –, con il D.Lgs. n. 233 del 30 giugno 1999 – di riforma degli organi collegiali territoriali –, con il D.P.R. n. 233 del 18 giugno 1998 – recante norme per il dimensionamento delle istituzioni scolastiche –, con il D.P.R. n. 275 del 8 marzo 1999 – regolamento sull'autonomia delle istituzioni scolastiche –, e con il D.P.R. n. 249 del 24 giugno 1998 – regolamento dei diritti degli studenti e delle studentesse –, la nuova scuola italiana è una rete¹¹³ di enti, e non di semplici organi, che non possono essere più considerati solo statali, ma che sono esponenziali delle comunità di riferimento, avvicinandosi in questo al modello dell'ente locale¹¹⁴. Si è detto che l'ente è esponenziale della comunità di riferimento, in quanto ne tutela – sia pure parzialmente – gli interessi culturali, ed è governato dai suoi componenti – studenti, genitori, personale docente e non ed enti locali –.

Se questo è il quadro d'insieme – conforme allo spirito democratico della Repubblica –, si possono tuttavia rilevare alcune disarmonie che a tale disegno contraddicono. In primo luogo, si deve segnalare l'interpretazione del D.Lgs. n. 59 del 6 marzo 1998¹¹⁵ fornita dalla Seconda Sezione del Consiglio di Stato con parere n. 1603 del 27 ottobre 1999¹¹⁶, che ha ritenuto abrogate tutte le competenze dei Consigli di Istituto (e di Circolo, deve ritenersi) in materia di gestione finanziario-contabile stabilite dal T.U. 16 aprile 1994, n. 297, in quanto attribuite al dirigente scolastico. Essa spoglia infatti gli organi di autogoverno di parte delle competenze che spetterebbero loro in base al principio di informazione dello spirito democratico della Repubblica, che vuole una piena partecipazione dei membri alla gestione dell'istituzione.

In secondo luogo, e con riferimento particolare alla situazione dello studente all'interno delle istituzioni scolastiche, pare di dover osservare che la sua posizione ha fatto un salto di qualità rispetto a quella

¹¹³ Sul servizio scolastico a rete, si veda S. CASSESE, *La scuola italiana tra Stato e società: servizio pubblico statale e non statale*, in *Foro It.*, 1991, V, p. 213 ss.

¹¹⁴ Sia consentito rinviare, in argomento, a M. MICHELETTI, *Il riparto di funzioni fra Stato, Regioni ed enti locali nel settore dell'istruzione: il caso del diritto di mensa degli insegnanti statali*, in *Nuova Rass.*, 2000, p. 1159 ss.

¹¹⁵ Contenente attribuzione della qualifica dirigenziale ai Capi di istituto.

¹¹⁶ Pubblicato in *Educazione & Scuola*, rivista reperibile all'indirizzo internet www.edscuola.it.

di cui godeva sino a pochi anni fa: il D.P.R. 249/98 ha infatti abrogato il capo III del titolo I del R.D. 4 maggio 1925, n. 653, che disciplinava il sistema delle punizioni scolastiche in maniera più adeguata ad uno Stato autoritario, che ad uno democratico¹¹⁷. Tuttavia, seppure la nuova sistemazione della materia si caratterizzi per una maggiore adesione allo spirito democratico della Repubblica, *in primis* tramite la fissazione organica dei diritti degli studenti (artt. 1 e 2)¹¹⁸, essa non risulta aliena da ombre. Intanto una certa vena moraleggiante sembra pervadere il provvedimento: il Governo pare infatti aver voluto fissare una serie di valori di cui gli studenti si dovrebbero appropriare, in violazione del disposto del primo comma dell'art. 34 Cost., secondo cui la scuola è aperta a tutti, nonché del principio dell'informazione dell'ordinamento scolastico allo spirito democratico della Repubblica¹¹⁹. Lo stesso titolo del provvedimento, "Regolamento recante lo statuto *delle studentesse e degli studenti* della scuola secondaria", suscita perplessità, in quanto non risulta chiaro quale sia l'utilità di distinguere i due generi. Ispirato all'imposizione di un determinato sistema di

¹¹⁷ In questo senso, si vedano DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 49 ss.; CALCERANO-MARTINEZ, voce *Scuola, cit.*, p. 853; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, p. 398. Si vedano anche, in generale, sul sistema disciplinare di cui al R.D. 653/25, DELLA VALLE, *Il potere, cit.*, p. 40 ss.; CALVERI, *Il sistema, cit.*, p. 45 ss.; L. MOLINARI, *Il sistema delle responsabilità nella scuola*, Milano, 1995, p. 227 ss.

¹¹⁸ Il riconoscimento della titolarità e dell'esercizio dei diritti agli studenti suppone l'affermazione di una *capacità di diritto pubblico* distinta da quella di diritto privato, la cui *titolarità*, come si è visto sopra a proposito dell'aborto, si acquista già prima della nascita. Si ritiene invece che l'*esercizio* dei diritti connessi si acquisti col raggiungimento della capacità naturale relativa ai rapporti che di volta in volta vengono in considerazione. In argomento, si vedano A. PACE, voce *Libertà personale, cit.*, p. 301; Crisafulli, *La scuola, cit.*, p. 97; DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 35 ss.; LANDI-POTENZA-ITALIA, *Manuale, cit.*, p. 98. *Contra*, nel senso che la capacità di diritto pubblico si acquista con il compimento di diciotto anni, si veda G. LANDI, voce *Persona (diritto pubblico)* in *Enc. del Dir.*, vol. XXXIII, p. 224 ss.

Tra i diritti degli studenti si segnala l'assenza di quello di sciopero, che pure andrebbe riconosciuto a mente della sentenza della C. Cost. 27 dicembre 1974, n. 290 (pubblicata in *Foro It.*, 1975, I, p. 259 ss.): cfr. M. SALAZAR, *Lo sciopero nell'ordinamento scolastico*, Milano, 1986, p. 21 ss. *Contra*: G. LACOPPOLA, *Le punizioni disciplinari nel diritto scolastico*, in *Riv. Giur. Scuola*, 1994, p. 250-251.

¹¹⁹ Lo Stato, nelle scuole che ad esso fanno capo, ai sensi dell'art. 33 Cost. può fornire unicamente *istruzione* e non *educazione*, la quale ultima può essere invece dispensata dai privati negli istituti da essi creati: cfr., in questo senso, LOMBARDI, *Contributo, cit.*, p. 422 ss.; DE CARLI, *Costituzione, cit.*, p. 11; DANIELE, voce *Ordinamento, cit.*, p. 61; IDEM, *Istituzioni, cit.*, p. 198; IDEM, *L'ordinamento, cit.*, p. 39.

valori sembra poi il comma 1 dell'art. 1, che definisce la scuola luogo di "educazione", oltre che di formazione, quando le scuole statali, ai sensi dell'art. 33 Cost., devono fornire solo l'"istruzione"¹²⁰. Parimenti dubbi suscitano la prefissione tra gli scopi della scuola quello della "formazione alla cittadinanza" (art. 1, comma 2) e "l'educazione alla consapevolezza e alla valorizzazione della identità di genere" (art. 1, comma 3). L'affermazione che vi sia una concezione ideologizzante dietro la nuova scuola del D.P.R. 249/98 pare confermata anche dal comma 4 dell'art 1, secondo cui "La vita della comunità scolastica si basa sulla libertà di espressione, di pensiero, di coscienza e di religione, sul rispetto reciproco di tutte le persone che la compongono, quale che sia la loro età e condizione, nel ripudio di ogni barriera ideologica, sociale e culturale": tale disposizione è dettata per la scuola-ordinamento e non per la scuola-organizzazione pubblica. Ora, la scuola come ordinamento o comunità è composta da tutti i soggetti che gravitano intorno all'istituto: cioè, oltre che dagli impiegati pubblici (docenti e non)¹²¹, anche da studenti e genitori. Imporre a queste due ultime categorie di soggetti il divieto di regolare il loro comportamento sulla base di determinate concezioni ideologiche, sociali e culturali, viola il precetto di apertura della scuola a tutti di cui all'art. 34 Cost.: il principio della neutralità vale per le strutture pubbliche, non per i loro utenti. Non è chiaro poi perché solo "Gli studenti stranieri hanno diritto al rispetto della vita culturale e religiosa della comunità alla quale appartengono" (art. 2, comma 7). La concezione moraleggiante della scuola sembra giunge al suo acme nel comma 2 dell'art. 3, il quale dispone che "Gli studenti sono tenuti ad avere nei confronti del capo d'istituto, dei docenti, del personale tutto della scuola e dei loro compagni lo stesso rispetto, anche formale, che chiedono per se stessi": ove alla contestazione della mancanza a tale dovere il discente allegasse di non richiedere per se stesso alcun rispetto, per poter procedere legittimamente all'irrogazione della sanzione disciplinare correlata si dovrebbe ricollegare la disposizione citata all'art. 3, primo comma, Cost., al fine di poter sostenere che la "pari dignità sociale" ha un contenuto essenziale che non è rinunciabile¹²².

¹²⁰ Si vedano gli autori citati alla nota precedente.

¹²¹ E dagli enti locali.

¹²² Tra i doveri dei discenti si segnala anche un poco perspicuo obbligo di accoglienza: "Gli studenti condividono la responsabilità di rendere accogliente l'ambiente

Il regolamento in parola appare censurabile anche con riferimento all'autonomia attribuita alle istituzioni scolastiche in materia di regolamentazione della potestà disciplinare sugli alunni: ai sensi del comma 1 dell'art. 4, spetta alle scuole nei loro regolamenti stabilire quali comportamenti violino i doveri di cui all'art. 3 e le relative sanzioni. È evidente la violazione al principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica, che impone la tipicizzazione dell'illecito amministrativo, sul modello di quello penale¹²³; non convince, in questo senso, l'argomento della differenziazione a seconda delle realtà scolastiche che vengono in considerazione, parendo che gli artt. 3 e 97 Cost. impongano da una parte l'uniformità delle sanzioni su tutto il territorio, e dall'altra il rispetto della riserva di legge¹²⁴. Il comma 1 dell'art. 4 demanda alle singole istituzioni anche la disciplina del procedimento disciplinare, giova tuttavia ricordare che i procedimenti amministrativi sono regolati dalla L. n. 241 del 7 agosto 1990.

Più in generale, si deve lamentare che nell'ordinamento scolastico il principio di partecipazione, nonostante le innovazioni che ha conosciuto, nei confronti di studenti e genitori continua a mantenere una consistenza modesta, prevalendo complessivamente negli organi collegiali di cui agli artt. 5 e segg. del T.U. 297/94 e nei nuovi organi collegiali territoriali di cui al D.Lgs. 233/99 il principio di autogestione da parte del personale scolastico professionale¹²⁵.

Analoghe considerazioni valgono nei confronti degli organi collegiali universitari¹²⁶. In relazione alle Università si pone altresì un problema di garanzia dell'autonomia garantita dall'ultimo comma dell'art. 33 Cost., che, secondo l'interpretazione da ultimo proposta dalla Cor-

scolastico e averne cura come importante fattore di qualità della vita della scuola" (art. 3, comma 6, D.P.R. 249/98).

¹²³ Si vedano BALDUZZI, *Principio, cit.*, pp. 181-182; G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, p. 11 ss.

¹²⁴ Il D.P.R. 249/98 ha natura regolamentare.

¹²⁵ Cfr., in argomento, PIZZORUSSO, *La comunità, cit.*, p. 221 ss.; PAUCIULLO DELLA VALLE, *I consigli, cit.*, p. 9 ss.; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 396 ss.; CALCERANO-MARTINEZ, voce *Scuola, cit.*, p. 864 ss.; DANIELE, *Istituzioni, cit.*, p. 69; IDEM, *L'ordinamento, cit.*, p. 19 ss.

¹²⁶ Cfr. A. BARETTONI ARLERI-F. MATARAZZO, voce *Università degli studi*, in *Enc. del Dir.*, vol. LXV, pp. 837-838; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, p. 96 ss.; BERTI, *Manuale, cit.*, p. 396 ss.. Sulle sanzioni disciplinari nei confronti degli studenti universitari, sia consentito rinviare a CALVERI, *Il sistema, cit.*, p. 85 ss.; DANIELE, *L'ordinamento, cit.*, pp. 428-429; IDEM, *Istituzioni, cit.*, pp. 525-526.

te Costituzionale n. 383 del 27 novembre 1998, consentirebbe l'intervento – previsto dalle leggi – dei regolamenti governativi nella suddetta materia, fermo solo il limite del rispetto del contenuto essenziale dell'autonomia delle istituzioni universitarie¹²⁷.

Terminata la scuola, la persona tipo si trova di fronte al disposto dell'art. 1 del D.Lgs. 30 dicembre 1997, n. 504, secondo cui "I cittadini italiani maschi sono chiamati alla leva nel trimestre in cui compiono il diciottesimo anno di età e comunque non prima del raggiungimento della maggiore età"¹²⁸, ed i soggetti ritenuti idonei a seguito di visita sono chiamati ad un servizio militare. Tale imposizione sembrerebbe apparentemente ricollegarsi al disposto del secondo comma dell'art. 52 Cost., per il quale "Il servizio militare è obbligatorio nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge", sennonché si palesa un vizio macroscopico di violazione del principio di eguaglianza, in quanto il decreto impone l'assolvimento di tale dovere solo ai cittadini maschi. In sede di Costituente, fu adombrato una sorta di argomento "fisiologico", allegando che per le cittadine di sesso femminile si sarebbe tutt'al più potuto prevedere un servizio di tipo sostitutivo, ma il ragionamento non convinse della sua bontà, sicché non si volle stabilire una deroga espressa al principio di eguaglianza¹²⁹. L'argomento fisiologico è stato riproposto con affermazioni semplicemente sconcertanti dalla sentenza n. 526 del 28 luglio 1982 della IV sezione Consiglio di Stato¹³⁰: in tale decisione, al fine di negare l'idoneità delle donne ad impieghi di tipo militare si asserisce che esse sarebbero prive di requisiti indispensabili quali "la forza muscolare o la resistenza alla fatica o al dolore, ... la refrattarietà agli shock e la capacità di vincere la paura... l'istinto di sopraffazione e propensione ad offendere ed uccidere altri esseri umani". La presunta incapacità delle donne a impieghi di tipo militare appare comunque smentita dalle esperienze di altri ordinamenti, come per esempio quello statunitense, e, più recentemente, anche dal legislatore italiano. La L. 20 ottobre 1999, n. 380, ha infatti delegato il Governo ad emanare un decreto per la partecipazione delle

¹²⁷ La sentenza è pubblicata in *Corriere Giuridico*, 1998, p. 554 ss., con nota critica di V. ANGIOLINI, *Numero chiuso e autonomia universitaria*, *ibidem*, pp. 558-560. In argomento si veda anche A. MARI, *Lo statuto universitario nel sistema delle fonti*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1993, II, p. 1063 ss.

¹²⁸ Si vedano gli artt. 2 ss. del D.Lgs. 504/97 sui ritardi per motivi di studio.

¹²⁹ In argomento si veda BETTINELLI, *Il 1° e il 2° comma*, cit., pp. 73-74.

¹³⁰ Pubblicata in *Cons. Stato*, 1982, I, p. 846 ss.

cittadine di sesso femminile al reclutamento del personale delle Forze Armate, e tale delega è stata esercitata con il D.Lgs. n. 24 del 31 gennaio 2000¹³¹. A questo punto il quesito sul fondamento dell'imposizione del servizio militare ai soli cittadini maschi sembra rimanere senza risposta.

Non migliore si presentava sino a poco tempo fa la situazione con riferimento al reclutamento volontario. L'art. 2, comma 2, del già citato D.Lgs. 24/2000, nella sua formulazione originaria, stabiliva infatti che "La partecipazione ai concorsi per l'ammissione ai corsi regolari delle accademie e a quelli degli istituti e delle scuole di formazione è consentita ai cittadini e alle cittadine italiane, celibi o nubili, vedovi o vedove e senza prole. Detti requisiti debbono essere posseduti all'atto dell'ammissione ai corsi ed essere mantenuti fino al transito in servizio permanente o all'acquisizione della qualifica di aspirante...". La disposizione ora citata conteneva una violazione abbastanza cristallina della direttiva dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica: se esso, come si è detto, consiste nella garanzia per il cittadino inserito in un ordinamento particolare pubblico del godimento di una situazione soggettiva complessivamente equivalente a quella di cui beneficia nell'ordinamento generale, non si può non rilevare che per quest'ultimo è evenienza assolutamente normale che l'individuo contragga matrimonio, formando una famiglia ad allevando dei figli (artt. 29-31 Cost.), in quanto tali aspirazioni derivano dalla sua posizione naturale – costituzionalmente riconosciuta – di libertà e responsabilità (art. 2 e 13 Cost.)¹³². Esattamente quindi, la sentenza n. 332 del 24 luglio

¹³¹ Si osservi inoltre che, in base a quanto detto sopra, non sembra ragionevole stabilire per le donne un servizio *tout court* sostitutivo. Frizioni sembrano porsi altresì con riferimento al disposto della direttiva CEE 76/207 del 9 febbraio 1976, la quale all'art. 2 par. 1 vieta ogni discriminazione *diretta* o *indiretta* basata sul sesso in materia di lavoro, mentre al par. 4 consente l'adozione di quelle misure che siano dirette a promuovere l'uguaglianza di opportunità, per rimediare alle disegualianze di fatto (in argomento si vedano PICOZZA, *Il diritto pubblico*, cit., p. 323; Corte di Giustizia CE, sent. 10 ottobre 1995 in causa C-450/93, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1995, p. 461 ss.). Pare infatti che l'imposizione del servizio militare ai soli cittadini maschi integri una discriminazione indiretta, in quanto posticipa il loro ingresso nel mondo del lavoro, con un ritardo di circa un anno rispetto alle cittadine femmine, nonché con relativa obsolescenza delle conoscenze possedute e minore competitività.

¹³² Sulle libertà in materia familiare come acquisizione storica di libertà, si veda G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalla riforme ai codici*, Milano, 1978, *passim*.

2000¹³³ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 24/2000 "nella parte in cui include, tra i requisiti necessari per la partecipazione ai concorsi e per l'ammissione ai corsi regolari delle accademie e di quelli degli istituti e delle scuole di formazione, e tra i requisiti che debbono essere posseduti all'atto dell'ammissione ai corsi e mantenuti fino al transito in servizio permanente o all'acquisizione della qualifica di aspirante, l'essere senza prole", per contrasto con gli artt. 2, 3, 30 e 31 Cost. Rimane per ora in piedi la necessità di essere celibe, nubile o vedovo/a, ma la Corte ha precisato di non aver dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni relative semplicemente in quanto il Giudice remittente non aveva prospettato dubbi di costituzionalità sul punto¹³⁴.

Alla luce delle considerazioni sin qui esposte, censurabile appare anche il comma 6 dell'art. 2 del decreto legislativo 24/2000 che, sostituendo l'art. 1 della Legge 8 agosto 1977, n. 564, ha affermato che "Il personale militare in servizio permanente dell'Esercito, della Marina, dell'Aeronautica e del Corpo della guardia di finanza può contrarre matrimonio al compimento del terzo anno di servizio militare, anche se non ha raggiunto l'età di venticinque anni richiesta dal decreto legislativo luogotenenziale 26 ottobre 1944, n. 507, e dalla legge 10 giugno 1964, n. 447, e comunque non prima del termine dei corsi regolari delle accademie, degli istituti e delle scuole di formazione, compresi i corsi di applicazione e quelli di studio per il conseguimento della laurea, ove prescritto": esso pone delle indebite limitazioni alla libertà di sposarsi, e quindi in ultima analisi alla libertà personale. Non sembra d'altra parte sufficiente, al fine di sottrarsi a tale rilievo, l'istituzionalizzazione di una sorta di matrimonio riparatore, il quale escluderebbe l'applicazione dell'art. 1 della L. 564/77 cit. per il personale femminile in stato di gravidanza (cfr. art. 2, comma 4, D.Lgs. 24/2000 cit.)¹³⁵.

¹³³ Pubblicata in *La Giustizia Amministrativa*, n. 7, 2000, reperibile all'indirizzo www.giust.it.

¹³⁴ Si deve peraltro rilevare che la sentenza 332/2000 verte principalmente sull'art. 7, punto 3°, della L. 29 gennaio 1942, n. 64, mentre la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 24/2000 avviene ai sensi dell'art. 27 della L. 11 marzo 1953, n. 87.

¹³⁵ Si noti che la disposizione, oltre ad essere ispirata ad una logica suprematoria, è anche irragionevole (art. 3 Cost.). Infatti, i militari di sesso maschile si trovano discriminati, in quanto non sono autorizzati a contrarre matrimonio in caso di stato di

L'ordinamento militare si rileva carente sotto il profilo della conformità allo spirito democratico della Repubblica anche nella sua organizzazione interna¹³⁶. La materia trova il suo atto fondamentale nella L. 11 luglio 1978, n. 382, la quale reca "Norme di principio sulla disciplina militare". L'art. 3, comma 1, di tale legge, fa applicazione sostanziale dello schema del bilanciamento degli interessi alla situazione soggettiva del cittadino militare¹³⁷, affermando che "Ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze armate la legge impone ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni di tali diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali". Oltre a doversi confrontare con il problema della compatibilità dello schema del bilanciamento con il sistema costituzionale che, come si è visto sopra, sembra da negare, la legge in parola presenta anche delle disarmonie interne, in quanto pur dichiarando di apporre limitazioni unicamente all'*esercizio* dei diritti costituzionali, contempla casi di vera e propria esclusione della *titolarità* (cfr. art. 8, comma 1, L. cit., con riferimento al diritto di sciopero ed a quello di libertà sindacale¹³⁸). Ad una logica chiaramente derogatoria sono ispirate le limitazioni alla libertà di riunione (artt. 6 e 7 della L. cit.¹³⁹), al diritto di manifestazione del pensiero di cui (art. 9¹⁴⁰) e al diritto di libertà religiosa (art. 11), il divieto di discriminazioni solo per motivi ideologici e politici (art. 17¹⁴¹), nonché le sanzioni della consegna e della consegna di rigore che consentono la restrizione della libertà personale (art. 13 Cost.) senza il rispetto della riserva di giurisdizione

gravidanza della compagna, ed i loro figli ricevono un trattamento peggiore rispetto a quelli delle colleghe di sesso femminile.

¹³⁶ Cfr. P. CARETTI, voce *Libertà personale*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. IX, pp. 249-250.

¹³⁷ Esplicitamente in questo senso si veda C. Cost. n. 24 del 24 gennaio 1989, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 149.

¹³⁸ Cfr. A. BOLDETTI-G. PAGANETTO, *Norme di principio sulla disciplina militare e libertà costituzionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1979, p. 438 ss.

¹³⁹ Sulla diffidenza del legislatore del 1978 nei confronti delle libertà dei militari ad esercizio collettivo, si vedano BOLDETTI-PAGANETTO, *op. cit.*, p. 534 ss.; BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 156 ss.

¹⁴⁰ Cfr. BALDUZZI, *Principio, cit.*, p. 131 ss.

¹⁴¹ Consentendo di fatto schedature ad altri fini: cfr., in argomento, A. BALDASSARRE, *Disciplina militare e Costituzione*, in *Demo e Dir.*, 1975, p. 648; BOLDETTI-PAGANETTO, *Norme di principio, cit.*, p. 532 ss.

(art. 14, L. 382/78¹⁴²) e l'obbligo di previo esperimento del ricorso gerarchico (art. 16)¹⁴³.

Più in generale si deve lamentare da parte della legge 382/78 l'accoglimento di un principio di legalità che sembra essere più *formale* che *riserva relativa*¹⁴⁴. Per via di tale difetto di fondo, i conflitti con la Costituzione già presenti nella L. 382 cit., aumentano nel regolamento di disciplina militare, D.P.R. n. 545 del 18 luglio 1986. Il comma 2 dell'art. 1 di tale regolamento afferma infatti che: "Al militare spettano i diritti che la Costituzione riconosce ai cittadini. Egli è soggetto a particolare disciplina, a doveri e responsabilità nonché a limitazioni nell'esercizio di taluni diritti previste dalla Costituzione definite dalla legge e riportate nel presente regolamento": ora, nella L. 382/78, il bilanciamento tra gli interessi deriva dalla composizione di principi costituzionali confliggenti, nel D.P.R. 545, invece, i diritti costituzionali derivano dalla Carta, ma rimane oscuro il fondamento della disciplina, dei doveri e delle responsabilità, che sembrano riposare sulla forza del regolamento stesso, riproponendo quindi l'ordinamento di supremazia speciale. Che il sistema del D.P.R. 545/86 non sia coerente col bilanciamento degli interessi, ma tenda più alla subordinazione speciale è confermato anche da altre disposizioni in esso contenute, come ad esempio gli artt. 18 (obbligo di tenere un aspetto decoroso), 25 (obbligo di eseguire gli ordini illegittimi), 27 e 37 (obbligo del saluto militare, verso i superiori, con l'appellativo di "Signore" per la Marina), 38 (obbligo di mantenere l'ordine tra le proprie cose), 44 (che non

¹⁴² Cfr. ROSSI, *Il 3° comma, cit.*, p. 228 ss.

¹⁴³ Tale disposizione prevede l'inammissibilità del ricorso giurisdizionale avverso le sanzioni disciplinari di corpo, in assenza del previo esperimento del ricorso gerarchico (o del decorso del termine di novanta giorni dalla sua presentazione), senza tuttavia prevederne la sospensione necessaria della misura punitiva nelle more (Cfr. A. ROMEO-A. BORDIGNON, *Le sanzioni disciplinari nei riguardi del personale militare ed il relativo procedimento di accertamento*, Padova, 1999, pp. 87-89). A questo proposito, va osservato che non vale, al fine di sottrarsi ai rilievi di incostituzionalità di cui al testo, il rinvio alle esigenze di specialità dell'ordinamento militare di cui alla C. Cost. n. 113 del 22 aprile 1997 (pubblicata ivi, p. 95 ss.), oltretutto con richiami alla capacità dell'Amministrazione di dare giustizia tramite i ricorsi gerarchici non più condivisibili.

¹⁴⁴ Sembra comunque che il secondo comma dell'art. 52 Cost. ponga una riserva assoluta di legge in materia di ordinamento militare: in questo senso, si vedano P. CARETTI-G. MORBIDELLI, *Obbligo di prestare il servizio militare e tutela delle posizioni soggettive*, in *Foro Amm.*, 1970, III, p. 260; BOLDETTI-PAGANETTO, *Norme di principio, cit.*, p. 525

fissa l'orario massimo di servizio) e 48 (obbligo di risiedere in alloggiamenti di caserma o equivalenti)¹⁴⁵.

Chiudono queste brevi note sull'ordinamento militare, già più ampie di quanto l'economia di questa saggio consentirebbe, alcune osservazioni sulla partecipazione. L'attuazione del disposto del secondo comma dell'art. 3 Cost. nell'istituzione di cui si sta trattando è affidata, dagli artt. 18 e segg. della L. 382 del 1978, alle rappresentanze militari, la cui disciplina è completata dal D.P.R. 4 novembre 1979, n. 691, e dal D. Min. Dif. 9 ottobre 1985. Le rappresentanze sono organi elettivi strutturati su tre livelli – uno nazionale, con un unico organo interforze (COCER), uno intermedio, con organi a livello di alti comandi (COIR), e uno di base, presso le unità minime compatibili con la struttura di forza o corpo armato (COBAR) – ed hanno funzioni consultive e propulsive con esclusione di poteri decisionali. La dottrina ha messo in luce l'inadeguatezza di tali organi rispetto al fine che si propongono, qualificandoli come incrocio tra un surrogato della libertà sindacale negata ai militari ed un mezzo di partecipazione, con risultati tuttavia deludenti su entrambi i versanti¹⁴⁶. L'insoddisfazione per la sistemazione della materia operata dalle norme citate è testimoniata anche dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 126 del 2 maggio 1985¹⁴⁷, che ha dichiarato l'illegittimità del primo comma dell'art. 180 c.p.m.p. – esso incriminava la presentazione collettiva (ad opera di almeno dieci militari) di una istanza, esposto o reclamo per cose attinenti alla disciplina o al servizio –, in quanto in contrasto con gli artt. 52, terzo comma, 2, 3 e 21 Cost. Essa ha in particolare affermato che non è sufficiente a escludere l'incostituzionalità della norma impugnata la previsione delle rappresentanze militari "in quanto, pur essendo conferita a tali organi la funzione di rappresentare all'autorità

¹⁴⁵ Per un commento testuale al regolamento di disciplina militare, si veda comunque AA.VV., *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, cit., *passim*.

Una considerazione a parte, impossibile nell'economia del presente lavoro, meriterebbe il c.d. soldo militare, ammontante, per i cittadini di leva, ai sensi del D.Min. Dif. 8 ottobre 1998 alla cifra di Lire 5.792 al giorno: la sua conformità al principio di cui all'art. 36, comma 1, Cost., secondo cui il lavoratore ha diritto ad una retribuzione *proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*, si commenta da sé.

¹⁴⁶ Si vedano, in argomento, BALDUZZI, *Principio*, cit., p., 187 ss.; ROSSI, *Il 3° comma*, cit., p. 231 ss.

¹⁴⁷ In *Giur. Cost.*, 1985, I, p. 894 ss.

istanze di carattere collettivo relative a determinati “campi di interesse” – e così essendo riconosciuta rilevanza e liceità di espressione agli interessi collettivi dei militari – non è coperto l’arco delle possibili istanze collettive e, soprattutto, non è giustificata l’espropriazione, penalmente sancita, (o almeno non è giustificata l’incriminazione) della rappresentazione di tali istanze nei confronti dei loro soggetti reali”.

Dal punto di vista della tesi sostenuta in questo lavoro, di informazione degli ordinamenti pubblicistici allo spirito democratico della Repubblica e della conseguente necessaria omogeneità delle situazioni soggettive assicurate al cittadino all’interno dei vari settori dell’ordinamento generale, appare interessante rilevare che con ordinanza n. 837 del 2 giugno 1998 la IV sezione del Consiglio di Stato¹⁴⁸ ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 8, L. 382/78, nella parte in cui nega ai militari le libertà sindacale, per contrasto con gli artt. 3, 39 e 52, terzo comma, Cost.¹⁴⁹. Deludente è risultata invece la risposta della Corte Costituzionale, che, con sent. n. 449 del 17 dicembre 1999¹⁵⁰, ha respinto le censure del Consiglio di Stato facendo leva sulle esigenze di “organizzazione, coesione interna e massima operatività” che distinguerebbero le Forze Armate rispetto da altre organizzazioni – la loro specialità sarebbe infatti riconosciuta dal terzo comma dell’art. 52 Cost. –, sul fatto che l’attribuzione ai militari delle libertà sindacale “aprirebbe inevitabilmente la via ad organizzazioni la cui attività *potrebbe*¹⁵¹ risultare non compartibile con i criteri di coesione interna e neutralità dell’ordinamento militare”, nonché facendo rinvio al bilanciamento degli interessi operato dal legislatore e demandando a quest’ultimo eventuali modifiche. Le argomentazioni della Corte sin qui riportate non possono essere condivise. Innanzitutto il riferimento ad esigenze di *organizzazione, massima operatività e neutralità*, che sarebbero vulnerate dal riconoscimento della libertà sindacale, appaiono più delle petizioni di principio che delle motivazioni reali fornite di dimostrazione. Frutto di una logica ispirata alla supremazia speciale,

¹⁴⁸ Pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all’indirizzo *www.giust.it*.

¹⁴⁹ È interessante notare che nell’ordinanza viene invocata quale *tertium comparationis*, ai fini del giudizio alla stregua dell’art. 3 Cost., la posizione del personale delle forze di polizia ad ordinamento civile, equiparata a quella del personale militare adibito ai medesimi compiti dall’art. 2 del D.Lgs. 12 maggio 1995, n. 195.

¹⁵⁰ Pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, *cit.*

¹⁵¹ Corsivo nostro.

che fa prevalere criteri extra-legislativi sulla legge e persino sulla Costituzione appare invece il riferimento alla *coesione interna*, che è concetto sconosciuto alla Carta ed alla L. 382/78, mentre è contemplato solo nell'art 2 del D.P.R. 545/86 e ripescato da elaborazioni precedenti, sconfessate dalla legge di principio sulla disciplina militare. Non può quindi non destare stupore l'assunto secondo cui il comma 3 dell'art. 52 Cost. conterrebbe il riconoscimento della specialità dell'ordinamento militare, quando risulta storicamente che la norma fu approvata appunto in opposizione ai principi derogatori che reggevano in precedenza la materia, ed al fine di assicurare anche all'interno di tale istituzione il rispetto delle libertà e della dignità umane¹⁵². L'eccessivo *favor* per l'organizzazione delle Forze Armate che percorre la sentenza è testimoniato anche dal fatto che la libertà sindacale è esclusa solo perché *eventualmente* ("potrebbe") incompatibile con la coesione interna. Infine, il rifiuto di sindacare il bilanciamento degli interessi operato dal legislatore, rinviando a quest'ultimo per ogni eventuale modifica, appare frutto di una concezione arcaica e superata della dottrina in parola. Peraltro, le argomentazioni della decisione in esame appaiono da ultimo smentite dalla già citata sent. n. 332/2000, ove la Consulta afferma testualmente che "Ripetutamente... questa Corte ha chiarito, da un lato, che "La Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e riconduce anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini" (sentenza n. 278 del 1987); dall'altro, che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli "cittadini militari" non recede di fronte alle esigenze della struttura militare (da ultimo, sentenza n. 449 del 1999)¹⁵³".

Dopo la parentesi del servizio militare, l'individuo si troverà nella necessità di assumere un impiego (art. 4 Cost.). Esula dall'economia di questo lavoro l'analisi della posizione del prestatore di lavoro subordinato privato, interessa qui unicamente l'impiego pubblico. Come si è detto sopra, i pubblici impiegati sono stati storicamente ritenuti sottoposti alla potestà di supremazia speciale delle Amministrazioni da cui

¹⁵² Cfr. par. 3.

¹⁵³ Quest'ultimo richiamo appare particolarmente curioso, giacché, come si è visto, la sent. n. 449/99 si muove in una logica tutt'affatto diversa da quella della n. 332/2000.

dipendevano¹⁵⁴. Negli anni '70, tuttavia, con riferimento a questa materia la dottrina ha revocato in dubbio la compatibilità della figura dogmatica della supremazia speciale con la Costituzione, rilevando altresì che all'interno della Pubblica Amministrazione si assisteva ad una penetrazione sempre maggiore dei principi della Carta, ed in particolare di quelli di *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege e nulla poena sine iudicio*¹⁵⁵. Ogni tentazione derogatoria è stata quindi definitivamente superata dalla privatizzazione del pubblico impiego operata con il D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, e successive modificazioni. Tale riforma ha condotto alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro con le Amministrazioni pubbliche (art. 2, comma 3, D.Lgs. cit.), ed all'applicazione ad esso delle norme del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nelle imprese (salve le eccezioni stabilite dal decreto stesso: art. 2, comma 2). Anche il fondamento del potere disciplinare è stato ricondotto al contratto, in quanto l'efficacia del codice disciplinare viene subordinata al suo recepimento nei contratti collettivi¹⁵⁶.

Ora, se dal punto di vista interno la situazione appare abbastanza rassicurante, perplessità desta invece la tendenza che sta assumendo l'ordinamento comunitario in materia di pubblico impiego con riferimento alla questione delle pari opportunità. Con la già citata sentenza del 17 ottobre 1995, in causa C - 450/93, *caso Kalanke*, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee aveva negato che le misure positive previste dall'ordinamento comunitario per promuovere l'uguaglianza di opportunità tra uomini e donne potessero essere utilizzate per ottene-

¹⁵⁴ Cfr. OFFIDANI, *Studi, cit.*, p. 71.

¹⁵⁵ Si veda, in questo senso, MOR, *Le sanzioni disciplinari, cit.*, p. 58 ss.

¹⁵⁶ Sulla riforma del pubblico impiego si vedano, *ex multis*, L. FRANZESE, *Autonomia ed eteronomia nel pubblico impiego: riflessioni sui mutamenti in atto nel diritto pubblico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1995, II, p. 665 ss.; M. NAPOLI, *Il rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche. Lineamenti interpretativi del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 e successive modificazioni*; IDEM, *La privatizzazione del pubblico impiego: le prospettive aperte*; IDEM, *Contrattazione collettiva, produttività, organizzazione degli uffici* (tali contributi sono pubblicati, in *Questioni di diritto del lavoro*, del medesimo Autore, Torino, 1996, p. 67 ss.); P. VIRGA, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000, *passim*; AA.VV. *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche dal D.Lgs. n. 29/1993 ai D. Lgs. nn. 396/1997, 80/1998, 387/98*, a cura di F. CARINCI e M. D'ANTONA, 3 voll., Milano, 2000, *passim*.

Si veda ora il D.Lgs. n. 165 del 30/3/2001, "Norme generali sull'Ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche".

re una parità dei risultati, avendo esse quale unico scopo il riequilibrio delle posizioni di partenza. Con sentenza 11 novembre 1997, in causa C – 409/95, *caso Marschall*¹⁵⁷, la Corte ha tuttavia immutato la sua giurisprudenza, affermando che un'azione diretta a promuovere di preferenza i candidati di sesso femminile nei settori del pubblico impiego in cui le donne sono sottorappresentate è compatibile con la normativa comunitaria, a condizione che la preferenza non sia automatica, ma le candidature siano oggetto di un esame obiettivo che tenga conto della situazione particolare di tutti i candidati. Tale interpretazione ha poi trovato un avallo normativo con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, alla stregua del quale ora il par. 4 dell'art. 141 TCE recita: "Allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nella carriera professionali". Con questa modifica, la Corte ha avuto buon gioco a ribadire la sua giurisprudenza sulla legittimità delle clausole di preferenza a favore delle donne nel pubblico impiego, da ultimo, con sentenza 28 marzo 2000, in causa C – 158/97, *caso Badeck*¹⁵⁸.

Alla luce di queste evoluzioni, si comprende quanto detto sopra a proposito dell'utilizzo del principio di informazione allo spirito democratico della Repubblica quale termine di confronto per saggiare la compatibilità del diritto prodotto dalle organizzazioni sovranazionali con la Costituzione italiana. Nella fattispecie ora in esame, pare debba essere negata la compatibilità del par. 4 dell'art. 141 TCE con la Carta costituzionale, specialmente alla luce della chiara lettera dell'art. 51, comma 1, Cost., secondo cui "Tutti cittadini dell'uno e dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge": giova a questo proposito ricordare che secondo la sent. della Corte Costituzionale n. 422 del 12 ottobre 1995¹⁵⁹ le azioni positive adottate ai fini di rag-

¹⁵⁷ Pubblicata in *Giur. It.*, 1999, p. 3 ss., con nota di M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, *ibidem*.

¹⁵⁸ Pubblicata in *Guida al diritto*, 2000, n. 16, p. 96 ss., con nota di A. CORRADO, *La scelta deve essere la conseguenza di un esame obiettivo di tutti i candidati*, *ibidem*, pp. 105-106.

¹⁵⁹ Pubblicata in *Giur. Cost.*, 1995, p. 3255 ss.

giungere la parità tra uomo e donne, e più in generale in attuazione del secondo comma dell'art. 3 Cost., non possono in nessun caso incidere sul contenuto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione¹⁶⁰. Peraltro, lo stesso concetto di sottorappresentazione, che sembra supporre la possibilità di prevedere statisticamente le vocazioni umane, suscita dubbi di conformità al basilare principio di razionalità (art. 3 Cost). In ogni caso, non sembra sia nella potestà del legislatore dare un peso alla sofferenza umana – tale è la situazione del disoccupato o del lavoratore ingiustamente discriminato nelle progressioni di carriera – considerando di per se stesso il dolore dei soggetti di sesso femminile più grave rispetto a quello dei soggetti di sesso maschile.

L'ipotetico cittadino di cui si è sin qui discusso, ai fini del suo sostentamento materiale, potrebbe comunque decidere di intraprendere un'attività economica ai sensi dell'art. 41 Cost. Uno degli strumenti più incisivi un tempo utilizzati per la funzionalizzazione a fini pubblici dell'attività economica privata era costituito dalla configurazione di un dato settore produttivo come ordinamento sezionale. Quest'ultimo consisterebbe di un raggruppamento di operatori economici di un medesimo ramo, sottoposti al potere di direzione e conformazione di una o più autorità pubbliche, che possono emanare norme interne da osservare da parte dei privati con preferenza su quelle dell'ordinamento generale¹⁶¹. In questi termini, la figura dell'ordinamento sezionale è stata superata dall'espandersi del principio di legalità in tutti gli ambiti dell'azione e dell'organizzazione dei pubblici poteri, tra i quali figura anche quello relativo all'intervento nell'economia. Una trasfigurazione dell'ordinamento settoriale potrebbe tutt'al più essere rinvenuta nella creazione di autorità indipendenti preposte a determinati settori economici. L'introduzione di queste ultime nel nostro ordinamento è

¹⁶⁰ In senso sostanzialmente contrario, si veda S. SCARPONI, *La disciplina in materia di parità e di pari opportunità*, in *Il lavoro alle dipendenze*, cit., vol. II, p. 1769 ss.

¹⁶¹ In argomento, si vedano M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1995, p. 198 ss.; IDEM, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 167 ss.; G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968, *passim*; S. AMOROSINO, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari d'una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, a cura del medesimo, Milano, 1995, p. 3 ss.; IDEM, *Le amministrazioni dei mercati finanziari e della concorrenza: gli elementi strutturali per un modello comune*, in *Banca Borsa Titoli*, 1995, I, p. 59 ss.

stata favorita dal diritto comunitario¹⁶², ed il loro compito è quello di vigilare sul rispetto da parte degli operatori economici delle regole concorrenziali e delle ragioni del consumatore, operando con tecnicità e neutralità¹⁶³. Indipendenza non significa peraltro separatezza dall'ordinamento generale dei settori cui sono preposte le *authorities*, come ha precisato il parere della commissione speciale del Consiglio di Stato n. 988 del 29 maggio 1998¹⁶⁴, e sono da guardare con favore sentenze come la n. 1792 del 30 dicembre 1996, della VI sezione¹⁶⁵ – pure criticata dalla dottrina –, che ha ribadito la sottoposizione delle autorità indipendenti al principio di legalità, respingendo ogni lettura derogatoria¹⁶⁶.

Oltre ad abbisognare di un impiego, la persona umana si troverà anche nella necessità di procurarsi una casa (art. 47 Cost.), e molto spesso verrà a scontrarsi con il potere pianificatorio di Regioni ed enti locali¹⁶⁷. In vero, anche il sistema urbanistico è stato a suo tempo ricostruito come ordinamento settoriale – retto da principi derogatori rispetto a quelli degli artt. 41 e 42 Cost. – che dispiegherebbe le sue potestà normative interne attraverso i piani regolatori¹⁶⁸. Senza giunge-

¹⁶² Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1997, p. 161 ss.

¹⁶³ In argomento, si vedano, AMOROSINO, *Le amministrazioni*, cit., p. 58 ss.; N. MARZONA, *Gli organi di controllo pubblico sulle società*, in *Banca Borsa Titoli*, I, 1995, p. 529 ss.; IDEM, *Gli organi di vigilanza sull'attività di intermediazione finanziaria*, ibidem, 1994, I, p. 154 ss. Cfr. anche F. FRANCIOSI, *Sulla riforma del sistema di vigilanza sul mercato dei valori mobiliari*, in *Dir. Amm.vo*, 1999, p. 143 ss.

¹⁶⁴ Pubblicato in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 1483 ss.

¹⁶⁵ Pubblicata in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 2015 ss. e in *Giur. It.*, 1997, III, 1, p. 604 ss., con nota di R. CARANTA, *Il Consiglio di Stato, la concorrenza ed i principi del diritto comunitario di cui alla legge "antitrust"*.

¹⁶⁶ Cfr. anche G.F. FERRARI, *Il controllo giurisdizionale delle decisioni dell'Autorità Antitrust*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 999 ss. Peraltro, per una ricostruzione alternativa dei rapporti tra organizzazione pubblica ed operatori economici, ricondotti al diritto comune, si veda N. MARZONA, *Sistema amministrativo e processi economici*, Padova, 1986, *passim*.

¹⁶⁷ Da ultimo, sul riordino operato dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 112, si vedano i commenti di V. MAZZARELLI agli artt. 53-58, in *Lo Stato autonomista*, cit., p. 205 ss.

¹⁶⁸ In argomento, si vedano V. ANGIOLINI, *La pianificazione urbanistica generale*, in AA.VV., *Materiali per un corso di diritto urbanistico*, Torino, 1996, p. 232 ss.; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., vol. I, p. 174. Sulla natura mista del piano regolatore, in parte normativa e in parte provvedimento, cfr. già G. BERTI-G. VIGNOCCHI, voce *Piano regolatore*, in *Nss. Dig It.*, vol. XIII, p.18 e segg.

re a questi eccessi, il sistema della pianificazione urbanistica, che trova la sua norma fondamentale nell'art. 7 della L. 17 agosto 1942, n. 1150, non sembra comunque in grado di restringere la discrezionalità dell'Amministrazione entro i limiti di cui all'art. 97 Cost., e si pongono quindi problemi in ordine alla sua conformità allo spirito democratico della Repubblica. Le previsioni di cui ai numeri 1 – 6 della disposizione citata sono infatti talmente ampie da rendere quasi impossibile il sindacato sull'eccesso di potere per sviamento dalla causa, di talché si osserva che il piano regolatore è atto scarsamente tipizzato¹⁶⁹. Sono quindi da apprezzare, perché tentano di ricondurre il sistema pianificatorio ai canoni dell'ordinamento generale, sentenze come la n. 179 del 20 maggio 1999 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato l'illegittimità del combinato disposto degli artt. 7, numeri 2, 3 e 4, e 40 della L. 1150/42 e 2, primo comma, della L. 19 novembre 1968, n. 1187, nella parte in cui consente all'Amministrazione di reiterare i vincoli urbanistici scaduti, preordinati all'espropriazione o che comportino l'inedificabilità, senza la previsione di indennizzo¹⁷⁰.

Un breve cenno, merita pure l'evenienza che, per malattia, la persona metta la sua libertà nella disposizione dell'organizzazione sanitaria, particolarmente ospedaliera. Il degente si trova infatti inserito in strutture in cui il suo comportamento è disciplinato da regolamenti che si articolano per ospedali, reparti o divisioni¹⁷¹. La dottrina più antica riconduceva tali regolamenti alla categoria delle norme interne e quindi alla supremazia speciale¹⁷², in seguito si è però sottolineato che anche gli atti normativi della strutture sanitarie non sono avulsi dall'ordinamento generale¹⁷³. Ai sensi dell'art. 117 Cost. alle Regioni spetta competenza legislativa in materia di assistenza sanitaria ed ospeda-

¹⁶⁹ Cfr. ANGIOLINI, *La pianificazione, cit.*, p. 232 ss.; IDEM, *Piano regolatore generale, valutazioni tecniche ed eccesso di potere*, in *Studium Iuris*, 1996, p. 284 ss.

¹⁷⁰ La sentenza è pubblicata ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all'indirizzo www.giust.it. Il ragionamento della Corte è condotto alla stregua del comma 3 dell'art. 42 Cost.: in una prospettiva più ampia di raffronto tra programmazione urbanistica e valori costituzionali, si veda l'ordinanza di rimessione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 20 del 25 settembre 1996, pubblicata in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1290 ss.

¹⁷¹ Cfr. C. CARRARA, *L'informazione negata*, in *Regione e Governo Locale*, 1988, IX, p. 42 ss.

¹⁷² Cfr. ZANOBINI, *Le norme interne, cit.*, p. 363 ss.

¹⁷³ Cfr. G. BERTI, *Le deliberazioni ospedaliere e i loro controlli*, Milano, 1970, p. 246 ss.

liera e su di esse si accentrano sempre più le competenze amministrative relative¹⁷⁴. Le leggi delle singole Regioni disciplinano quindi la situazione soggettiva del degente, e ne assicurano la tutela, con il rischio tuttavia di possibili diseguaglianze¹⁷⁵: a questo proposito c'è da chiedersi se il rispetto del principio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica da parte degli ordinamenti pubblici, nella specie sanitari, non imponga l'approvazione di una legge nazionale sui diritti dei malato. Non sembra che osti ad una simile proposta la garanzia costituzionale dell'autonomia delle Regioni, ed infatti un percorso simile era stato prefigurato dalla lett. r) dell'art. 1 della L. n. 421 del 23 ottobre 1992, la quale aveva delegato il Governo a "definire i principi per garantire i diritti dei cittadini nei confronti del servizio sanitario anche attraverso gli organismi di volontariato e di tutela dei diritti, favorendo la presenza e l'attività degli stessi all'interno delle strutture e prevedendo modalità di partecipazione e di verifica nella programmazione dell'assistenza sanitaria e nella organizzazione dei servizi". Ad oggi manca tuttavia uno statuto dei diritti del malato approvato con legge statale ed uniforme per tutto il territorio.

Si giunge al fine ai cimiteri. Essi non possono essere considerati ordinamenti, mancando l'elemento della plurisoggettività, e sono quindi attualmente qualificati come beni demaniali (art. 824 c.c.)¹⁷⁶. Tuttavia, se la libertà personale di cui all'art. 13 Cost. deve ritenersi sia fisica che morale¹⁷⁷, comprensiva della libertà di disporre del proprio corpo¹⁷⁸ ed irrinunciabile, qualche perplessità desta invece la L. n. 91 del 1 aprile 1999, che all'art. 4 – sembrerebbe in base ad un bilanciamento tra libertà personale e interesse collettivo – ha introdotto un sistema di silenzio-assenso per la donazione degli organi dopo la morte in assenza di dichiarazione contraria. Vista la natura strettamente personale delle facoltà di disposizione del proprio corpo, nel silenzio, la regola dovrebbe essere quella del diniego. Non sembra che ci si possa

¹⁷⁴ Cfr. L. ZANETTI, *Articolo 114*, in *Lo Stato autonomista*, cit., p. 377 ss. Nelle more della pubblicazione di questo lavoro, è intervenuta la legge di revisione costituzionale in G.U. n. 59 del 12/3/2001, approvata con referendum del 7/10/2001: cfr. in particolare art. 3.

¹⁷⁵ In argomento, si veda P. CARETTI, voce *Libertà personale*, cit., pp. 250-251.

¹⁷⁶ In argomento, si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1999, p. 246.

¹⁷⁷ Cfr. BERTI, *Manuale*, cit., p. 419 ss.

¹⁷⁸ Cfr. MARTINES, *Diritto costituzionale*, cit., p. 692.

sottrarre a tale conclusione allegando la sociale utilità dei trapianti: il principio di informazione allo spirito democratico della Repubblica vuole un ordinamento che sia realmente aperto a tutti e che non imponga ai cittadini l'appropriazione di determinati valori morali che, pur meritevoli di considerazione, sono necessariamente particolari.

5. *Considerazioni conclusive*

Siano consentite da ultimo alcune considerazioni riassuntive e conclusive.

Si è descritta in questo saggio, sia pure brevemente, la vicenda della nascita in Germania della supremazia speciale, che si è connotata da subito come figura derogatoria dei principi dello Stato di diritto, in particolare del principio di legalità e del rispetto dei diritti costituzionalmente garantiti.

Si è parimenti illustrato il suo recepimento in Italia, ad opera di Santi Romano, e la sua trasfusione nella dottrina delle pluralità degli ordinamenti giuridici, talché si può dire che essa nel nostro Paese ha storicamente assunto le fattezze dell'ordinamento di supremazia speciale, con cui è venuta ad identificarsi.

Si è detto che a partire dagli anni '70 si è assistito ad un progressiva svalutazione ed al superamento dell'ordinamento di supremazia speciale da parte della dottrina del bilanciamento degli interessi. Si è tuttavia tentato di illustrare come sia l'ordinamento di supremazia speciale che la dottrina del bilanciamento degli interessi chiudano la dialettica tra libertà ed autorità a favore della seconda, anche se il bilanciamento sposta il conflitto tra regolamento dell'Amministrazione e posizione soggettiva del cittadino ad un livello che vede contrapposta alla seconda la legge, che precisa i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Peraltro, come si è visto, lo stesso principio di legalità su cui si basa la dottrina del bilanciamento degli interessi alla fine non è che un principio, e nulla vieta che esso possa essere bilanciato con altri principi: se si giungesse ad un simile approdo si avrebbero un'involuzione ed un ritorno alla supremazia speciale nella sua antica configurazione. È questo un ulteriore limite della dottrina del bilanciamento, che porta quindi in sé il germe del suo superamento. In questo saggio si è comunque tentato di spiegare la sua incompatibilità con il sistema costituzionale italiano, proponendo viceversa, quale criterio per comporre la dialettica tra libertà ed autorità,

quello dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica della normazione e dell'organizzazione dei vari settori in cui si diparte l'Amministrazione pubblica. Esso postula, in particolare, che in ogni ordinamento particolare pubblico venga garantita al cittadino una situazione soggettiva equivalente a quella di cui gode nell'ordinamento generale.

Alla luce di quest'ultimo criterio sono state esaminate alcune recenti evoluzioni normative e giurisprudenziali: il risultato dell'analisi è stato tutt'altro che soddisfacente.

Ci si deve allora rassegnare al fatto che il criterio dell'informazione allo spirito democratico della Repubblica sia poco più che una petizione di principio, un'aspirazione a che il legislatore adempia alla sua funzione con giustizia?

A modesto avviso di chi scrive la risposta al quesito deve essere negativa. Si deve prendere atto che vi sono interventi del legislatore e della giurisprudenza che, a differenza delle soluzioni adottate con riferimento a singoli settori dell'ordinamento, tendono invece a proporre un'immagine generale dell'Amministrazione pubblica più conforme allo spirito democratico della Repubblica.

Ci riferisce in particolare all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, indipendentemente dalla sua qualificazione come diritto soggettivo affievolito, che è stata stabilita prima, con riferimento alle materie demandate alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, dall'art. 35 del D.Lgs. n. 80 del 31 marzo 1998¹⁷⁹, e poi in generale dalla sentenza n. 500 del 26 marzo – 22 luglio 1999 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁸⁰, per trovare da ultimo una de-

¹⁷⁹ Cfr. E.M. BARBIERI, *Riflessi della tutela risarcitoria sulla tutela cautelare nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 581 ss.; IDEM, *Nuove forme di tutela in tema di appalti pubblici*, *ibidem*, p. 1200 ss.; G. VIRGA, *Le riforme a metà (Prime osservazioni sugli artt. 33-35 del D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80 ed in particolare sulla possibilità per il Giudice amministrativo di condannare la P.A. al risarcimento del danno ingiusto nelle nuove materie rientranti nella sua competenza esclusiva)*, ne *La Giustizia Amministrativa*, reperibile all'indirizzo www.giust.it.

¹⁸⁰ Pubblicata in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, p. 1108 ss., con nota di G. GRECO, *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, *ibidem*, p. 1126 ss. Su di essa si vedano anche, tra gli altri, G. BERTI, *La giustizia amministrativa dopo il D.Lgs. n. 80 del 1998 e la sentenza n. 500/99 della Cassazione*, in *Diritto Pubblico*, 2000, p. 1 ss.; V. ANGIOLINI, *Risarcimento del danno, pubblica amministrazione e Co-*

finitiva sanzione nel comma 4 dell'art. 7 della L. 21 luglio 2000, n. 205.

Si pensi anche alla recente sentenza della IV sezione del Consiglio di Stato del 9 aprile 1999, n. 601¹⁸¹, che ha sostanzialmente negato l'esistenza di limiti per il Giudice amministrativo nel sindacato sulla discrezionalità tecnica, ribaltando il precedente orientamento che ne consentiva la disamina solo dal punto di vista della ragionevolezza, della logicità, dell'imparzialità e della sufficienza della motivazione. È stato così smantellato un altro dei tasselli su cui si reggeva l'Amministrazione autoritaria.

Significativa è infine la "monumentale" ordinanza n. 1 del 30 marzo 2000¹⁸² dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che ha rivendicato la capacità del Giudice amministrativo di fornire al cittadino una tutela integrale nelle materie devolute alla sua giurisdizione esclusiva, e, con un'interpretazione decisamente estensiva dell'ultimo comma dell'art. 21 della L. 6 dicembre 1971, n. 1034, ha ingiunto all'Amministrazione il pagamento di somme in via cautelare¹⁸³.

La concezione più autoritaria del potere pubblico è in via riduzione anche con riferimento alla funzione legislativa. L'assunto dell'irresponsabilità del legislatore – in quanto la funzione legislativa sarebbe espressione della sovranità quale potere assoluto e incondizionato – risulta ormai superato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, che ha stabilito il diritto del cittadino comunitario al risarcimento del danno derivante dal mancato adempimento da parte dei legislatori nazionali degli obblighi ad essi facenti capo in base

stituzione, *ibidem*, p. 133 ss.; G. CUGURRA, *Risarcimento dell'interesse legittimo e riparto di giurisdizione*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2000, p. 1 ss.

¹⁸¹ Pubblicata in *Dir. Proc. Amm.vo*, 2000, p. 182 ss., con nota di M. DELSIGNORE, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche: nuovi orientamenti del Consiglio di Stato*, *ibidem*, p. 185 ss. Si vedano anche L.R. PERFETTI, *Ancora sul sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, in *Foro Amm.*, 2000, in p. 424 ss.; IDEM, *Il sindacato giudiziale sulla discrezionalità tecnica*, *ibidem*, 1997, p. 1727 ss.

¹⁸² Pubblicata in *Guida al diritto*, 2000, n. 15, p. 92 ss., con nota di G. CARUSO, *Per rimborsare i crediti pecuniari del farmacista non serve ricorrere a istituti del processo civile*, *ibidem*, p. 115 ss.

¹⁸³ Sulla capacità del Giudice amministrativo di dare giustizia, si veda anche L. BERTONAZZI, *Brevi riflessioni sulla tutela cautelare nei confronti dei provvedimenti negativi e dei comportamenti omissivi della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.vo*, 1999, p. 1208 ss. Si veda ora la legge 21 luglio 2000, n. 205, "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa" (cfr., in particolare, art. 8).

all'adesione all'Unione Europea¹⁸⁴. Ad analoghe conclusioni porta l'interpretazione dell'art. 50 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in relazione alle sue violazioni¹⁸⁵.

Dall'affermazione del principio della responsabilità dello Stato nei confronti dei privati per violazione da parte del legislatore degli obblighi sovranazionali o internazionali, all'affermazione della stessa responsabilità per l'emissione della legge incostituzionale – alla luce dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza – il passo è breve¹⁸⁶. Significativo è da questo punto di vista che la Corte Costituzionale abbia da ultimo ristretto l'immunità del parlamentare per le opinioni espresse, ex art. 68 Cost., alle sole dichiarazioni espresse fuori dalle mura delle Camere che riproducano il contenuto di un atto parlamentare¹⁸⁷, rifuggendo ad ogni indebita copertura delle azioni di deputati e senatori sotto l'ombrello della politicità.

Le evoluzioni da ultimo riportate non possono che condurre ancora una volta a una riconsiderazione della compatibilità della dottrina del bilanciamento degli interessi con la Costituzione italiana. La libertà conculcata dall'autorità in nome della solidarietà politica, economia e sociale, riemerge ricordando alle istituzioni che anch'esse sono titolari di obblighi e non solo di poteri, come testimonia quanto detto a proposito del risarcimento del danno causato dalla lesione di interessi legittimi e da violazioni della Costituzione, del diritto comunitario e della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Il nome della solidarietà pubblica – cioè della responsabilità delle organizzazioni pubbliche – potrebbe allora essere spirito democratico della Repubblica.

¹⁸⁴ Cfr., in argomento, PICOZZA, *Diritto amministrativo, cit.*, p. 275 ss.; IDEM, *Il diritto pubblico, cit.*, p. 69 e segg.; G. STROZZI, *Il sistema normativo, in Trattato di diritto amministrativo europeo* diretto da M.P. CHITI e G. GRECO, vol. I, Giuffrè, 1997, p. 30 ss.

¹⁸⁵ Cfr. R. BIFULCO, *La responsabilità dello Stato per atti legislativi*, Padova, 1999, p. 234 ss.; M. DE SALVIA, *Lineamenti di diritto europeo dei diritti dell'uomo*, Padova, 1991, p. 286 ss.

¹⁸⁶ Cfr. BIFULCO, *La responsabilità, cit.*, *passim*.

¹⁸⁷ Cfr. sent. n. 82 del 20-24 marzo 2000, in *Guida al diritto*, 2000, n. 20, p. 58 ss.; con nota di G. BUSIA, *Per conservare l'immunità lontano dai Palazzi basta limitarsi a discutere degli atti parlamentari*, p. 61 ss.