

**Recensione ad Antonio Ignazio Arena, “L’esternazione del pubblico potere”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1-308**

ROBERTO D’ANDREA\*

---

Maggiori informazioni disponibili all’indirizzo:

[www.editorialescientifica.com/materia/diritto/diritto-costituzionale/lesternazione-del-pubblico-potere-detail.html](http://www.editorialescientifica.com/materia/diritto/diritto-costituzionale/lesternazione-del-pubblico-potere-detail.html).

**Data della pubblicazione sul sito:** 7 febbraio 2022

**Suggerimento di citazione**

R. D’ANDREA, *Recensione ad Antonio Ignazio Arena, “L’esternazione del pubblico potere”, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, pp. 1-308*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 1, 2022. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)

---

\* Allievo perfezionando in Law nella Scuola superiore di studi universitari e perfezionamento “Sant’Anna” di Pisa. Indirizzo mail: [roberto.dandrea@santannapisa.it](mailto:roberto.dandrea@santannapisa.it).

L’opera oggetto della presente analisi si manifesta carica di originali spunti di interesse: innanzitutto, si tratta del primo studio monografico di carattere sistematico sull’esternazione del pubblico potere<sup>1</sup>. L’Autore non si limita, infatti, alle singole esternazioni di questo o quell’organo pubblico, ma guarda, per così dire, il fenomeno “dall’alto”: solo in questa prospettiva d’insieme anche i più minuziosi dettagli potranno essere adeguatamente inquadrati e compresi. Per questa ragione il lettore si ritrova di fronte ad un lavoro di ampio respiro e per ciò stesso di ausilio per la comprensione di studi più dettagliati sulle esternazioni di singoli organi.

In secondo luogo, l’Autore circoscrive l’oggetto della propria (come si è detto, ampia) indagine mediante una precisa definizione dell’esternazione, per evitare che l’analisi possa risultare dispersiva: dicasi esternazione ogni manifestazione di pensiero (cioè ogni comportamento umano intenzionalmente comunicativo cui la collettività assegna un significato sociale) che sia<sup>2</sup>: 1) imputabile ad un organo pubblico (cioè posto in essere da un pubblico ufficio e rispondente ad un pubblico interesse); 2) pubblica (ovverosia potenzialmente accessibile a tutti e da tutti liberamente conoscibile); 3) atipica (ossia non compiutamente disciplinata dal diritto scritto); 4) indirizzata alla pubblica opinione e concorrente alla relativa formazione (destinata quindi ad una “zona della vita sociale” ove si dibattono questioni di interesse collettivo mediante argomentazioni e con metodo democratico, inteso come riconoscimento reciproco dell’uguale dignità di tutte le opinioni.

In terzo luogo, lo studio si articola lungo due macro-direttrici, strutturalmente distinte ma funzionalmente connesse: l’esternazione viene esaminata in relazione al suo profilo *ontologico* (funzionale a chiarire non solo, come si è detto, che cosa è l’esternazione ma anche la sua natura giuridica, la sua efficacia e il suo collocamento a cavallo fra l’esercizio di potere pubblico e la mera attività, sia pure autoritativa) e al suo profilo *deontologico* (che cosa l’esternazione *deve essere*, quali ne siano le condizioni di *legittimità*). Anche il presente discorso si muoverà lungo tali direttrici. Si partirà dall’aspetto ontologico, in quanto dallo stesso potranno trarsi indispensabili indicazioni per l’aspetto deontologico.

Un primo importante punto di emersione della sistematicità dello studio si rinviene in una precisazione dettata dall’Autore con riguardo all’atipicità dell’esternazione: è vero che il diritto scritto non disciplina compiutamente l’esternazione del pubblico potere (non regola, in breve, chi possa esternare, nei

---

<sup>1</sup> L’Autore precisa (A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, p. 21) come abbia ambito ad uno studio sistematico, pur non monografico, V. PIERGIGLI, *Potere di esternazione e pubbliche funzioni: una valutazione d’insieme*, in *Diritto e società*, n. 3/1993, pp. 415 ss.

<sup>2</sup> A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, cit., pp. 23 ss.

confronti di chi, quale sia il contenuto dell'esternazione, quale ne sia la finalità, dove e quando si debba tenere<sup>3</sup>), ma, cionondimeno, quest'ultima non rimane una "zona franca" dal diritto, trovando la sua *implicita disciplina, sistematicamente ricavabile, nella Costituzione*<sup>4</sup> (come vedremo) e in altre fonti di rango ad essa inferiore, come leggi ordinarie (ad es., l'art. 595 c.p., che disciplina il reato di diffamazione; la legge n. 400 del 1988, etc.) e fonti sub-legislative (regolamenti, consuetudini e, almeno negli ordinamenti di *common law*, anche la giurisprudenza). Ne deriva che l'esternazione costituisce un fenomeno dotato di rilevanza giuridica, significativo per il mondo del diritto.

Posta la sua rilevanza, ci si dovrà chiedere adesso se l'esternazione sia anche *giuridicamente efficace*. Ora, se si aderisce alla nozione classica di efficacia giuridica, l'interrogativo da porsi è se l'esternazione *innovi l'ordinamento giuridico*, se abbia quindi *efficacia innovativa*. Ebbene, non tutte le esternazioni sono munite di tale efficacia, la quale rappresenta anzi l'eccezione, non certo la regola. Un esempio di esternazione efficace può ricollegarsi ai cc.dd. reati presidenziali: l'art. 90 Cost. prescrive che il Presidente della Repubblica *non è responsabile* degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni (salvo che per alto tradimento e attentato alla Costituzione). Secondo una possibile interpretazione di questa disposizione costituzionale, trattandosi di una causa di non punibilità in senso stretto, il Capo dello Stato non è *punibile*, ma ciò non significa che egli non abbia commesso *reati*, che non abbia quindi leso beni giuridici. In siffatta lesione risiederebbe proprio una innovazione ordinamentale. Talora, poi, e più spesso, l'innovazione prodotta da un'esternazione da parte di un organo pubblico si coglie solamente nel lungo periodo: l'esternazione è suscettibile infatti di generare un processo carsico in grado, in progresso di tempo, di modificare finanche lo stesso sistema istituzionale nel suo complesso (ad es. la stessa forma di governo di un ordinamento<sup>5</sup>, ma, si potrebbe aggiungere, forse ancor più spesso la forma di Stato: le esternazioni alimentano, o minano, la credibilità delle istituzioni dinanzi ai cittadini, ed influiscono quindi sul rapporto fra autorità e cittadini. Anche per questo ad es. si suole ripetere che i magistrati devono non solo essere ma anche *apparire onesti*).

Più spesso si potrà dire che l'esternazione è efficace se intendiamo la nozione di efficacia in senso più ampio<sup>6</sup>, tale da includere non solo l'efficacia innovativa, ma anche l'efficacia *preclusiva* e quella *conservativa*. In particolare, l'esternazione assume non di rado efficacia *conservativa*, in un duplice senso: 1) rafforzativo,

---

<sup>3</sup> H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. a cura di R. Treves, Einaudi, Torino, 1952, pp. 52-53.

<sup>4</sup> A.I. Arena, *L'esternazione del pubblico potere*, cit., p. 71.

<sup>5</sup> *Ivi*, pp. 83 ss.

<sup>6</sup> L'Autore si richiama ad A. Falzea, voce *Efficacia giuridica*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIV, Giuffrè, Milano, 1965, p. 493.

quando l’esternazione sia idonea a corroborare valori già presenti nell’ordinamento (l’Autore suggerisce l’esempio dell’elogio dello sport che ebbe a fare in una particolare occasione il Presidente della Repubblica Sergio Mattarella); 2) specificativo, quando l’esternazione di tali preesistenti valori offra una precisazione della portata degli stessi (l’Autore formula l’esempio dell’allora Presidente della Camera Laura Boldrini, la quale ricava dal tessuto dell’ordinamento un diritto dei figli nei confronti del partner superstite dei loro genitori): la precisazione (come emerge nell’esempio appena riportato) può facilmente risultare *controversa*, e allora il confine con l’innovatività si fa, sotto quest’aspetto, tanto più labile quanto più accesa è la controversia. Si potrebbe però ritenere che attribuire un’efficacia conservativa alle esternazioni per conferire loro il crisma della giuridicità “provi troppo”: in senso lato, numerosissimi altri comportamenti considerati privi di carattere giuridico rafforzano valori costituzionali. Si può rispondere ad una siffatta obiezione rilevando come in realtà qualunque comportamento, a seconda dell’angolatura da cui ci si pone, può rivestirsi di rilevanza giuridica: quando una norma non lo vieti né lo imponga, esso assumerà le fogge di una *libertà costituzionale*, tanto che, ove venga ostacolata, l’autore della violazione potrà incorrere in una sanzione giuridica, anche penale (ad es. nel reato di violenza privata *ex art. 610 c.p.*).<sup>7</sup>

L’Autore, delineate rilevanza ed efficacia dell’esternazione, sgombera anche il campo da un interrogativo forse ozioso e fuorviante, relativo al carattere di funzione autonoma dell’esternazione. Tentare di rispondere al medesimo finirebbe per avviluppare gli studiosi in un groviglio difficilmente districabile, e, quand’anche si offrisse una risposta convincente, scarsi ne sarebbero i corollari pratici, ragion per cui non val la pena addentrarsi in questi fitti meandri dottrinali. Piuttosto, occorre mettere bene in rilievo<sup>8</sup> come, da un lato, l’esternazione sia sempre *esercizio di pubblico potere*, trattandosi di una competenza costituzionalmente necessaria e spesso propedeutica o succedanea ad atti tipici (si pensi ad es. ai moniti del Presidente della Repubblica rivolti alle Camere prima di scioglierle ai sensi dell’art. 88 Cost.)<sup>9</sup>: l’esternazione assume così una insopprimibile *carica deontica*<sup>10</sup>, non essendo possibile disgiungere poteri da responsabilità; dall’altro lato, l’esternazione può sempre essere vista anche come

---

<sup>7</sup> Secondo un’autorevole opinione (F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, CEDAM, Padova, 2013, pp. 124 ss.), esisterebbero anche i cc.dd. fatti neutri, giuridicamente tollerati (tra cui ad es. il suicidio). Non si aderisce a siffatta impostazione (v. *infra* per le ragioni).

<sup>8</sup> A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, cit., p. 103.

<sup>9</sup> *Ivi*, p. 106.

<sup>10</sup> *Ivi*, p. 103.

una *mera attività*, la quale però attiene sempre al *momento autoritativo*<sup>11</sup>, in quanto essa si riconduce pur sempre ad un organo pubblico nell'esercizio di una sua atipica funzione. In una dimensione *fisiologica*, l'esternazione, poiché deve *concorrere a formare* l'opinione pubblica, assolve ad un ruolo spiccatamente *pedagogico*; in casi, di contro, di *patologia* del sistema, l'esternazione diventa (non veicolo di formazione ma) strumento di *demagogia e di manipolazione* dell'opinione pubblica.

Affinché ciò non accada, affinché, per dirla con una battuta dell'Autore, la volontà generale non si trasfiguri in volontà *del* generale, si rende quanto mai necessaria (e questo è uno dei più grandi meriti del testo in esame) una accurata elaborazione dell'aspetto *deontologico* dell'esternazione del pubblico potere. Si deve cioè chiarire quando una esternazione sia *legittima* per poter prontamente denunciare un'esternazione *illegittima*.

Viene qui in gioco, innanzitutto e soprattutto, l'art. 54 della Costituzione. Al primo comma, tale articolo sancisce che tutti i cittadini (non solo, dunque, gli organi pubblici) hanno il dovere di essere fedeli alla Repubblica e di osservarne la Costituzione e le leggi. Poiché la Costituzione, secondo l'insegnamento bobbiano, costituisce la positivizzazione di principi e valori un tempo denominati di diritto naturale<sup>12</sup>, il diritto strutturalmente si apre al mondo dei principi e dei valori, conferendo loro portata non più meramente etica ma precettiva; i principi e i valori, a loro volta, sono strutturalmente aperti al mondo dei fatti (schmittianamente, i valori, se non *valgono*, se cioè non si calano nei fatti, non sono tali<sup>13</sup>): essi trovano infatti nella propria stessa configurazione l'aspirazione a calarsi nel mondo reale e ad inverarsi. In virtù di siffatte considerazioni, le esternazioni debbono essere *doppiamente congrue*: da un lato ai *valori* costituzionali, dall'altro ai *fatti*.<sup>14</sup> Da entrambi i punti di vista, i limiti della legittimità delle esternazioni non possono essere ingessati e fissati aprioristicamente, ma assumono contorni e confini, per forza di cose, *storicamente mobili, relativi*<sup>15</sup>. Ad es., come l'Autore rimarca, non sarebbe forse stata congrua la stigmatizzazione del Presidente della Repubblica Napolitano, al momento della sua rielezione, nei confronti del Parlamento, se il periodo storico non lo avesse quasi richiesto (l'inerzia e incapacità di funzionare del Parlamento era allora, infatti, sotto gli occhi di tutti, e non poteva non essere autorevolmente denunciata).

---

<sup>11</sup> *Ivi*, p. 110.

<sup>12</sup> Ma forse anche il contrario: si "naturalizzano" infatti le norme di diritto positivo.

<sup>13</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, trad. a cura di G. GURISATTI, Adelphi, Milano, 2008, p. 53.

<sup>14</sup> A.I. ARENA, *L'esternazione del pubblico potere*, cit., p. 118.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 160.

Il secondo comma dell’art. 54 si indirizza invece specificamente ai titolari di pubbliche funzioni, ed impone loro il dovere di esercitarle con *disciplina ed onore*. Lungamente si è dibattuto intorno al significato di queste due espressioni. La tesi dominante individua nella disciplina il dovere di rispettare le leggi e le fonti ad esse subordinate; nell’onore un precetto di natura etica, meta-positiva. L’Autore invece riempie le dette espressioni di un significato *nuovo, non meramente ripetitivo del primo comma* (come fa la dottrina in relazione alla “disciplina”) e *non di natura extragiuridica* (come fa la dottrina in relazione all’”onore”). Non basta, dunque, essere fedeli alla Repubblica, rispettarne la Costituzione e le leggi e comportarsi in maniera eticamente corretta. Serve un *quid pluris*, e occorre dare alle parole “disciplina” ed “onore” un significato *diverso da quello del primo comma* (che altrimenti sarebbe una disposizione *inutile*, e un inderogabile imperativo ermeneutico impone di attribuire, nei limiti del possibile, a ciascuna diversa parola un diverso significato) e *di carattere giuridico, immediatamente precettivo*. Disciplina, secondo l’Autore, vale a significare *“correttezza, preparazione, esattezza, verità”*<sup>16</sup>. Non è una acquisizione sterile: se un parlamentare, un ministro o un giudice rende dichiarazioni false o inesatte, viola la Costituzione. Onore, invece, significa *congruità* dell’esternazione al ruolo ricoperto dall’organo nel contesto del sistema istituzionale<sup>17</sup>. Un esempio *in negativo*, di dichiarazioni *incongrue*, viene offerto dall’Autore con riferimento all’affermazione dell’allora Presidente dell’Anm Piercamillo Davigo secondo cui, in sostanza, tutti i politici sarebbero corrotti. Detta da un magistrato, una frase del genere è *incongrua*, perché mostra che egli pensa già, *prima dei singoli processi*, che il politico che ha davanti sia corrotto: il processo però diventa, in questo modo, del tutto inutile. Perché un processo abbia il suo senso, il giudice deve essere *convincibile* da parte dell’imputato, deve essere *aperto alle risultanze probatorie* e quindi *esente da pregiudizi*. Ad avviso di chi scrive, inoltre, le dichiarazioni rese dal dott. Davigo violano anche il primo comma dell’art. 54, in quanto sono incongrue anche rispetto al valore costituzionale della presunzione di innocenza.

Un ulteriore, cruciale aspetto di doverosità dell’esternazione attiene, secondo l’Autore, alla necessità della c.d. *autocomprensione del ruolo* da parte dell’organo pubblico: chi ricopre una carica pubblica deve cioè essere pienamente consapevole di ciò che gli è consentito e di ciò che non gli è consentito, della legittimità o della illegittimità di una sua esternazione. L’importanza dell’autocomprensione del ruolo, paradossalmente, si deve al suo opposto (tornano motivi eraclitei...), cioè all’*eterocomprensione* del ruolo: si intende dire che in tanto cresce l’importanza dell’autocomprensione del ruolo in quanto su di essa prevale, come l’Autore ritiene, la comprensione *sociale* del ruolo stesso. Per esemplificare e rendere il

---

<sup>16</sup> *Ivi*, p. 119.

<sup>17</sup> *Ivi*, p. 120.

discorso più chiaro, un parlamentare non può comodamente rifugiarsi dietro la sua libertà di espressione *ex art. 21 Cost.* sostenendo, nel rendere una pubblica dichiarazione, di parlare non in qualità di parlamentare ma in qualità di privato cittadino. Un organo pubblico – si potrebbe riassumere così – *non si spoglia mai pubblicamente delle proprie vesti*. Siccome, dunque, una dichiarazione pubblica di un organo pubblico rimane tale, e non diventa una dichiarazione privata solo perché chi la rende la considera privata, proprio per questo è molto meglio, onde evitare sgradevoli e talora pericolosi fraintendimenti, che il titolare della carica pubblica sappia che non si spoglia mai pubblicamente del suo ruolo, e che l'eterocomprensione prevale sull'autocomprensione. La vera autocomprensione, quindi, consiste proprio nella consapevolezza del suo soccombere dinanzi alla sua diretta rivale (l'eterocomprensione).

Il testo si chiude con considerazioni di portata ancor più generale, che travalicano lo stesso tema delle esternazioni per agganciarsi ad una acuta visione del rapporto tra i diversi organi esternanti: quelli di indirizzo politico (tradizionalmente Governo e Parlamento) da una parte, e quelli di garanzia (per eccellenza, magistratura e Corte costituzionale) dall'altra. L'Autore sottolinea, con riflessione *speculare*, la forza politica degli organi di garanzia e la forza garantista degli organi di indirizzo politico. In particolare, anche gli organi di garanzia sono dotati di *forza politica*<sup>18</sup> non nella sua accezione di faziosità, bensì in virtù del carattere “necessariamente e fisiologicamente prospettico” (questa l'efficace espressione dell'Autore) della loro visione del bene comune e dell'interesse generale: anche questi organi sono chiamati ad operare un *giudizio di valore, inevitabilmente soggettivo*. Nell'inferno del diritto, non c'è posto per il limbo della neutralità<sup>19</sup> e dell'avalutatività, che è un falso mito, una chimera che, come ben rimarca Ferrajoli<sup>20</sup>, la cultura giuridica italiana si porta dietro, in varie guise, almeno da due secoli (forse da oltre due millenni).

Dall'altro lato (ed è qui che si coglie la più alta cifra di originalità dell'opera in parola), di una forza *garantista* si caricano anche gli organi di indirizzo politico in quanto l'esercizio del potere di cui sono investiti deve sempre essere funzionale alla tutela dei diritti (presa di coscienza di carattere illuministico-contrattualista<sup>21</sup>: potere e Stato non sono fini ma mezzi, sono artifici volti a tutelare i membri di una comunità. Solo il singolo, la persona, è fine): in prima istanza perché la discrezionalità politica si configura come, né più né meno, il riflesso dei diritti

---

<sup>18</sup> *Ivi*, p. 163.

<sup>19</sup> T. PADOVANI, *Riflessioni penalistiche circa l'ammissibilità del referendum sull'art. 579 c.p.*, in *Amicus Curiae*, disponibile all'indirizzo [www.amicuscuriae.it](http://www.amicuscuriae.it), p. 4.

<sup>20</sup> L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 11 ss.

<sup>21</sup> *Ivi*, p. 7.

politici dei cittadini; in seconda battuta perché ogni potere è, montesquieuianamente, freno nei confronti degli altri poteri; infine perché nessun organo pubblico è libero nei fini, ma tutti sono subordinati ai fini tracciati nella nostra Carta costituzionale<sup>22</sup>. Gli organi di indirizzo politico, pur essendo la proiezione istituzionale dei partiti politici (per eccellenza *di parte*), hanno il dovere, non solo politico ma anche giuridico, di inquadrare l’interesse particolare di cui sono fautori nella più ampia cornice dell’interesse generale<sup>23</sup>. Quanto mai preziosa per la nostra democrazia, in ultima analisi, si rivela non soltanto la garanzia *dalla* politica, ma soprattutto “la garanzia *della* politica”<sup>24</sup>.

Si intende concludere con una breve riflessione. L’Autore individua, come conseguenza di una violazione dei doveri concernenti l’esternazione, una responsabilità essenzialmente *politica* del soggetto esternante. Questi è infatti esposto, semplicemente (salvo ipotesi di reato), alla libera critica dei consociati<sup>25</sup>. Secondo, però, la dottrina classica di matrice kelseniana<sup>26</sup>, sembrerebbe impossibile qualificare come giuridica una norma (nel nostro caso ad es. l’art. 54 Cost.) la cui violazione non importi alcuna sanzione giuridica. Se una condotta difforme dalla norma giuridica ingenera unicamente una responsabilità di tipo politico, si può ritenere che tale condotta *non risulti vincolata da doveri giuridici, e sia dunque libera?* Insieme con l’Autore, chi scrive è persuaso che le cose non stiano così. La mancata previsione di una sanzione non comporta in sé la non giuridicità della norma e l’irrilevanza per il diritto della condotta da essa difforme<sup>27</sup>. Una delle possibili spiegazioni della dissociazione fra giuridicità della norma e giuridicità della sanzione risiede nel noto “paradosso di Boeckenfoerde”: lo Stato liberale *vive* infatti di presupposti *che non può garantire*. La condanna dello Stato liberale è quella di essere costretto, per non violare i principi che lo ispirano, ad esigere condotte che è intrinsecamente impossibilitato a imporre coattivamente. Questa visione è però ancora in sé insufficiente. Lo Stato liberale vive infatti anche di presupposti *etici* che non può garantire, e parimenti li esige senza poterli imporre. La norma giuridica non è ancora, secondo una simile impostazione, distinguibile dalla norma etica.

Il punto è che la Costituzione forma un insieme di norme aventi natura non puramente programmatica ma immediatamente precettiva. Essa non fornisce

<sup>22</sup> A.I. ARENA, *L’esternazione del pubblico potere*, cit., p. 219.

<sup>23</sup> *Ivi*, p. 236.

<sup>24</sup> *Ivi*, p. 223.

<sup>25</sup> *Ivi*, p. 241: i limiti delle esternazioni risiederebbero per lo più, secondo l’Autore, nella sfera pubblica.

<sup>26</sup> H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., *passim*.

<sup>27</sup> Questa è una delle tesi di fondo che permeano l’opera di L. FERRAJOLI, *La costruzione della democrazia*, Laterza, Bari-Roma, 2021.

sempre, tuttavia, i *mezzi* per far valere i fini dalla stessa prefissati. È ovvio però che tali mezzi *devono* essere predisposti dal legislatore, che si dovrà all'uopo valere, nel rispetto della Costituzione, della propria discrezionalità politica. Finché il legislatore non vi avrà provveduto, vi saranno delle *lacune* costituzionali (così come, se vi provveda in contrasto con la Costituzione, vi saranno delle *antinomie* costituzionali). Tali lacune *devono essere colmate* (in ciò risiede la *giuridicità* delle norme costituzionali). Il paradosso di Boeckenfoerde si ripropone proprio nella scelta dei mezzi: se infatti, nel caso che ci occupa, lo Stato intendesse davvero sanzionare puntualmente e severamente ogni violazione dell'art. 54 Cost., e quindi ogni falsità, inesattezza o incongruità di una dichiarazione resa da organi pubblici, difficilmente riuscirebbe a portare a termine un simile compito senza perdere la propria natura di Stato liberale e sfociare in uno Stato autoritario (chi è d'altra parte che dovrebbe valutare la verità di una dichiarazione? Secondo quali criteri? Etc.). Dovranno quindi essere scelti mezzi compatibili con il nostro sistema politico-istituzionale, di matrice liberaldemocratica: si dovrebbe escludere ad esempio l'utilizzo del diritto penale; sarebbe ben più congrua, per es., una sanzione di natura disciplinare (con le garanzie giurisdizionali ad essa annesse) che importi, nei casi più gravi, la sospensione o addirittura la decadenza dell'esternante dall'esercizio delle proprie funzioni. Ma si può pensare anche all'arsenale sanzionatorio di carattere *positivo* e di natura *incentivante*, caratteristico dello sviluppo della nostra civiltà giuridica.<sup>28</sup> Si potrà certo dubitare dell'effettività di simili soluzioni, ma se non solo i diritti, bensì anche i doveri vanno presi sul serio<sup>29</sup>, il diritto deve prestare il proprio contributo non solo a monte, cioè al livello della definizione del precetto cui attenersi, ma anche a valle, cioè sul fronte sanzionatorio.

Naturalmente l'ordinamento giuridico non può sorreggersi esclusivamente sulla coattività e sulla sanzione. L'elemento sanzionatorio, anzi, non rappresenta neppure il principale fattore in grado di orientare la condotta dei consociati, sovente determinata, piuttosto, da precetti di natura morale, sociale, politica o religiosa<sup>30</sup>. Se nessun politico, ad es., si candidasse per ricoprire una carica pubblica, l'ordinamento crollerebbe; né possono ragionevolmente prevedersi sanzioni per simili omissioni (o per altre ancora che si potrebbero evocare). Ciò non significa però che la sanzione e la coattività non costituiscano elementi coessenziali al fenomeno giuridico, bensì, e soltanto, che il diritto non è

---

<sup>28</sup> Cfr. N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.

<sup>29</sup> Si attinge ovviamente alla nota opera di Ronald Dworkin.

<sup>30</sup> Lo riconosce chiaramente lo stesso H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 71: vari sono i "motivi dell'obbedienza al diritto", e i principali *non hanno natura giuridica*.

autosufficiente, che l’ordinamento giuridico, per vivere e prosperare, si poggia su basi *anche e soprattutto non giuridiche*.