

Consiglio regionale del Veneto

Atti / Quaderni

30

Collana Atti/Quaderni
Quaderno n. 30

CONSIGLIO REGIONALE DEL VENETO
Palazzo Ferro Fini, San Marco 2321 – 30124 VENEZIA
Tel. 041.27011111 – www.consiglioveneto.it

SERVIZIO ATTIVITÀ E RAPPORTI ISTITUZIONALI
Dirigente: Alessandro ROTA
Tel. 041.2701222 – Fax 041.2701223
Mail: sari@consiglioveneto.it

© 2018 Consiglio regionale del Veneto
Stampato nel mese di maggio 2018
Stamperia del Consiglio regionale del Veneto



X Legislatura

**IL DILEMMA DI ANTIGONE:
LO STATO È PADRONE O SERVO DEL NOMOS?**

**Atti del convegno, Consiglio regionale del Veneto,
Palazzo Ferro-Fini, 28 giugno 2017**

A cura del Consiglio regionale del Veneto
Servizio attività e rapporti istituzionali

Indice

- p. 7* **È possibile una risposta al dilemma di Antigone?**
Dott. Antonio Guadagnini (*Consiglio regionale del Veneto*)
- p. 10* **La natura della legge: cultura liberale e cultura positivista: auctoritas aut veritas facit legem**
Dott. Carlo Nordio (*già Procura della Repubblica di Venezia*)
- p. 18* **La Costituzione italiana tutela il principio di autodeterminazione? Nella Costituzione italiana vigente vince lo Stato o il cittadino?**
Prof. Avv. Mario Bertolissi (*Università degli Studi di Padova*)
- p. 26* **Diritto legislativo tributario e leggi non scritte: l'Antigone di Sofocle come modello interpretativo dell'attuale assetto dei rapporti tra cittadino-contribuente e Stato impositore.**
Prof. Avv. Andrea Giovanardi (*Università degli Studi di Trento*)
- p. 34* **Il problema dell'obbedienza alla legge (ingiusta) alla luce della c.d. formula di Radbruch**
Prof. Daniele Velo Dalbrenta (*Università degli Studi di Verona*)
- p. 52* **Quale rapporto tra la volontà dello Stato e quella della persona? Il principio di autodeterminazione**
Avv. Andrea Favaro (*Facoltà di Diritto Canonico "San Pio X" Venezia*)

Gli interventi di Guadagnini, Nordio e Bertolissi vengono pubblicati con lievi modifiche per adattare il testo scritto alla vivace naturalezza del parlato. Le relazioni presentate per iscritto dagli autori intervenuti al convegno sono riportate con minime modifiche formali.

INTERVENTI E RELAZIONI

È possibile una risposta al dilemma di Antigone?

Dott. Antonio Guadagnini (*Consigliere segretario del Consiglio regionale del Veneto*)

Ringrazio tutti i relatori del convegno e tutti i presenti. Il livello del dibattito odierno è veramente alto: stiamo discutendo di una questione importantissima sempre di più in Europa e anche nel nostro Veneto.

Per parlare di tale questione partiamo dalla tragedia di Sofocle “Antigone”. Antigone vuole seppellire il fratello morto nella battaglia contro la sua stessa città, ma lo zio Creonte, considerandolo un traditore, lo ha condannato a non essere sepolto. Antigone infrange l’ordine dello zio e seppellisce il fratello. Per questo viene condannata. Qui si scontrano la legge divina che impone la sepoltura dei morti e la legge dello Stato che in questo caso la impedisce. Quale è giusto che prevalga?

È possibile dare una risposta definitiva a questo dilemma? È possibile dare un valore di verità alle due teorie in modo che una prevalga sull’altra? Purtroppo non è possibile. E non si tratta di una debolezza della scienza giuridica. Si tratta di un limite intrinseco al nostro argomentare. Ogni teoria si costruisce su alcuni assiomi che enunciano “verità” evidenti ma non dimostrabili, regole deduttive e teoremi che si ottengono argomentando. Il tentativo di fondare in modo compiuto una teoria si è infranto nel Novecento.

Cito solo due esempi: Wittgenstein, che a un certo punto dice “se il vero è ciò che è fondato, il fondamento non può essere né vero né falso”, quindi non posso dimostrare la verità di tutti gli enunciati, di tutte le frasi che si possono produrre, devo appunto accettare il fatto che alcuni enunciati siano evidenti più che veri. E

pazienza se fosse solo questo, perché poi a un certo punto arriva un logico importantissimo, considerato forse il logico più bravo di tutti i tempi, che è Gödel, il quale dimostra un teorema secondo il quale è impossibile creare un sistema assiomatico, che possa dimostrare la verità di tutti gli enunciati, che vengono espressi da quel sistema: trovo sempre delle frasi, che sono magari evidenti, ma non riesco a dimostrare che siano vere e allora pazienza, sono talmente evidenti che le posso considerare ulteriori assiomi del sistema. Purtroppo, si innesca un meccanismo senza fine, che porta il sistema a creare assiomi di continuo, perché una frase che non può essere dimostrata c'è sempre. Di conseguenza, non solo non è possibile creare sistemi assiomatici che dimostrino la verità nelle scienze giuridiche, ma non lo si può fare neanche nelle scienze cosiddette esatte, non lo si può fare proprio, purtroppo. Di conseguenza, non si può decidere in modo "scientifico" se prevale il diritto divino o quello statale.

A questo punto si tratta di iscriversi a una delle due squadre. Per quanto ci riguarda, da una parte mettiamo gli autori del razionalismo francese e dell'idealismo tedesco, che sostanzialmente affermano la superiorità del soggetto Stato sui soggetti individui. Questi partono da assunti attraverso i quali dimostrano che lo Stato è un'entità superiore all'individuo e di conseguenza può imporre, per il bene collettivo, le proprie volontà. Dall'altra parte, la corrente liberale assume una posizione opposta: essa considera l'individuo sempre e comunque superiore allo Stato, il quale è ritenuto invece un semplice strumento nelle mani della comunità. Tali autori sono quelli che fanno riferimento al liberalismo di matrice scozzese e inglese: Locke, Hume, gli empiristi. Essi dicono: lo Stato è uno strumento nelle mani dei cittadini, i cittadini usano questo strumento per garantire i propri diritti, il fondamento è la garanzia dei diritti dei cittadini e il cittadino prevale sull'Ente strumentale, che è appunto soltanto un semplice mezzo. Il liberalismo è netto

su questo assunto. Il diritto del cittadino prevale sulla volontà dello Stato: anche quello di autodeterminarsi. Una costituzione, che fa prevalere il principio di unità territoriale sul diritto di autodeterminazione, è in ultima analisi una costituzione anti liberale.

Per arrivare, dal nostro punto di vista, a dire che quando un popolo, e il caso adesso più evidente, più noto, è quello della Catalogna, decide di esercitare questo diritto ha la facoltà di farlo al di là dei singoli precetti della costituzione.

L'Assemblea catalana ha ricevuto un mandato esplicito da parte dei propri cittadini, già due volte, di celebrare un referendum per l'indipendenza: a questo punto l'Assemblea ha recepito questo impegno e ha fissato una data per celebrarlo. Si è creato uno scontro, anche in questo caso molto difficile da risolvere tecnicamente, fra il Governo spagnolo e il Governo catalano. Si tratta di capire se il Governo spagnolo ha il diritto di impedire la manifestazione della volontà del popolo catalano o se invece il popolo catalano ha il diritto, nonostante il divieto del Governo spagnolo, di far celebrare il referendum. La nostra posizione è piuttosto chiara.

Mi fermo qui. Adesso io farei così: darei la parola prima al dottor Carlo Nordio, poi al professor Bertolissi, poi al professor Giovanardi, poi al professor Dalbrenta, e infine parlerà il professor Favaro. Andrei a cominciare.

La natura della legge: cultura liberale e cultura positivista: auctoritas aut veritas facit legem.

Dott. Carlo Nordio (*già Procura della Repubblica di Venezia*)

Visto il tema e visto che mi è stato affidato il compito di iniziare questo dibattito, io farei un discorso più generale, lasciando poi ai vari interventi particolari quelli che sono gli spunti che già sono stati indicati dal consigliere Guadagnini.

Se noi dovessimo studiare, immaginare, ricreare quella che è la fonte del diritto, noi ci troveremmo di fronte a un dilemma e la nostra risposta, la mia risposta, ma in realtà la risposta di tutti, è che non lo sappiamo. Noi non sappiamo quando sia nato il diritto, come non sappiamo quando sia nata la religione. Vi sono delle teorie, sulla religione vi è il famoso detto “*primus timor deos fecit*”: la religione nata dal timore. Non credo sia vero, ma certamente il diritto è nato da circostanze che non sono ricostruibili. Possiamo soltanto congetturare e immaginare che all’inizio vi fosse la forza fisica, che come unico criterio di governo diventava sopraffazione dell’uomo sull’altro uomo; che alla fine i più deboli fisicamente si siano coalizzati per diventare loro i più forti e quindi per diventare più forti del più forte fisicamente singolo, e che questa unione abbia dato inizio a una prima regolamentazione perché, quando le persone si associano, un certo regolamento e una certa disciplina se la devono dare. Questa nostra congettura è stata peraltro teorizzata secoli dopo da due teorie contrapposte, che però partono più o meno dallo stesso presupposto: l’impatto sociale.

La visione pessimista, che vedeva nell’uomo o nell’”*homo homini lupus*” soltanto la violenza e la forza fisica contrapposte, ha portato Hobbes a considerare la nascita dello Stato, e quindi del diritto, come un “*pactum subiectionis*”, cioè come una devoluzione da parte dei sudditi dell’esercizio dei loro diritti a un essere superiore proprio che ne garantisse quantomeno l’incolumità fisica.

La visione invece ottimistica della natura è stata teorizzata da John Locke con un “pactum unionis”: i cittadini si sarebbero uniti per loro volontà, per costituire questa forma dello Stato. Poi la teoria, come sappiamo, è stata ripresa da Rousseau nella forma del contratto sociale. Sono teorie che però non hanno nessun riscontro con la realtà. È assolutamente impensabile che i nostri antenati con la clava si siano seduti attorno a un tavolo per costituire un “pactum unionis” o un “pactum subiectionis”.

Quello che è certo però è che la decretazione edittale, se così vogliamo chiamarla, di cui abbiamo conoscenza più antica è un’enunciazione divina. Tutti i documenti che noi abbiamo, dalla stele di Naram-Sin, che troviamo al Louvre, dalla stele degli Avvoltoi, al codice di Hammurabi, al codice assiro, vedono il Dio - può essere il sole, può essere un altro - che consegna la tavola delle leggi al principe, al re, al tiranno, come lo vogliamo chiamare, e con ciò dando una solennità, una decretazione appunto divina a quello che è il diritto, cioè a quelle che sono le regole di comportamento. Va da sé che in quel periodo e con quella forma i diritti individuali erano vuota astrazione metafisica, se non essendo peraltro garantiti, quantomeno nella forma della proprietà, dell’incolumità fisica, da questa stessa legge decretata divinamente, come leggiamo anche nel codice di Hammurabi, che tutela la proprietà e che tutela l’incolumità.

L’esempio più evidente che conosciamo meglio, come decretazione divina del diritto, è quello dell’Antico Testamento, che come tutti sappiamo è alla base anche della nostra religione cattolica. L’Antico Testamento non è soltanto formato dai famosi dieci comandamenti, che peraltro vengono spesso anche male interpretati, ma essenzialmente nel Levitico e nel Deuteronomio vi è proprio tutta una decretazione, addirittura pignola, di tutto quello che la persona può fare o non può fare e che è sanzionata sia dell’ente divino, da Dio, sia dal rappresentante di Dio in terra,

cioè dal sacerdote, o dal re, dai tempi di Samuele in poi.

Se voi leggete sia il Levitico che il Deuteronomio, che talvolta anche si contraddicono a vicenda, potete vedere per esempio che una volta sì e una volta anche vi è la comminazione, cioè la previsione della pena di morte per un certo tipo di comportamenti. E uno si domanda come questa possa conciliarsi con il comandamento del non uccidere, che tutti citano a vanvera perché il comandamento non recita affatto non uccidere, il comandamento recita non assassinare, cioè non uccidere gli innocenti. Tant'è vero che appunto il Levitico e il Deuteronomio comminano la pena di morte per una serie di comportamenti che oggi sono assolutamente leciti o comunque penalmente neutrali, come la bestemmia o come l'adulterio.

Andando avanti così noi vediamo quindi che il primo momento in cui, e qui andiamo al tema di oggi, si afferma l'origine del diritto come origine svincolata da una decretazione divina e trascendente la troviamo nella cultura greca. E la troviamo nelle forme che già sono state anticipate, perché sono state riprese proprio in questo secolo, dei sofisti, i quali, ritenendo che non esistesse un diritto oggettivo, un diritto che valesse per sé, ma che il diritto come tutte le altre manifestazioni della natura umana fosse soggettivo e fosse quindi una creazione, diciamo così, relativistica, hanno cominciato a elaborare la teoria del diritto nel momento in cui la dissolvevano, perché per il sofista quello che è giusto è semplicemente ciò che è utile, e ciò che è utile è la volontà del più forte.

Quindi nel momento in cui la cultura greca comincia a laicizzarsi elaborando il diritto non come emanazione della volontà divina, ma come creazione umana, crea le stesse basi per la sua dissoluzione, perché non ne dà una valutazione e un fondamento oggettivo. I sofisti su questo non fanno altro che anticipare di 2000 anni quello che è stato detto un attimo prima dal nostro Consigliere e che domina la cultura di questo secolo.

Ma accanto ai sofisti si afferma un altro principio: che accanto alle leggi scritte, leggi che vengono sicuramente da un'origine divina, ma che poi sono state recepite dalla costituzione e dal consorzio umano, accanto e talvolta contro queste leggi scritte, e quindi positive, esistono gli "agrafoi nomoi", cioè le leggi non scritte, quelle che sono scolpite nel cuore dell'uomo e che sono eterne.

L'importanza fondamentale di Antigone - a parte e oltre la bellezza della tragedia - consiste proprio nel fatto che per prima enuncia questo conflitto; non solo lo enuncia, ma dice chiaramente che nemmeno gli Dei sono creatori e garanti delle leggi, perché le leggi non scritte, che sono scolpite nel cuore dell'uomo, quindi questi "agrafoi nomoi", sono poi le leggi per le quali Antigone, violando la legge del tiranno, dà sepoltura onorevole al fratello e accetta anche il martirio, che le viene inflitto per aver violato la legge. Bene, la stessa Antigone dice che noi non sappiamo da dove derivino queste leggi che sono scolpite nel nostro cuore, queste leggi non scritte, e nemmeno gli Dei lo sanno, il che significa che Antigone supera sia l'origine umana, sia l'origine divina della decretazione positiva, cioè della legge positiva, e attraverso un salto per così dire nell'ignoto, perché dice: non sappiamo da dove derivino, però sappiamo che ci sono e perciò si aggancia paradossalmente alla risposta di Giobbe. Giobbe, come sapete, viene vulnerato in tutti i suoi beni, nella sua salute, nella sua felicità, da un Dio che lui ritiene ingiusto, perché Giobbe si è sempre comportato bene, ha sempre ubbidito alle leggi umane e divine del Signore, eppure viene colpito e si domanda perché il giusto le debba subire. E la risposta di Dio è: come osi farmi queste domande, tu che sei polvere della terra e che non eri niente, mentre io costituivo il Regno dei Cieli e il Regno della Terra? E Giobbe fa un atto di sottomissione e dice: scusami, Signore, se ti ho fatto questa domanda, hai ragione, io non so se in questo mondo ci sia o non ci sia la giustizia, mi adeguo a quella che è la tua volontà.

Ecco, quindi, benché i due libri siano abbastanza lontani nel tempo, ma soprattutto nella cultura, il libro di Giobbe si affianca e si concilia con la risoluzione di Antigone.

Arrivando ai giorni nostri, e facendo ovviamente questo salto, che è imposto anche dai tempi brevi della chiacchierata di oggi, il problema però si ripropone e perché? Perché accanto a una serie di leggi scritte che costituiscono, diciamo così, la legalità, esistono dei principi, degli impulsi, delle leggi non scritte che stanno nel nostro cuore o che stanno nelle nostre menti, che talvolta confliggono con queste leggi. Quando noi parliamo di giustizia, infatti, noi possiamo intenderla in due modi: possiamo intenderla come ottemperanza a un ordine normativo, e questa concilia quindi con la legalità, sia giusto chi rispetta le leggi, ma possiamo anche considerarla come adesione a un ordine assiologico, cioè a un ordine di valori, e questo concilia con l'etica. Conciliano queste due cose? Sì e no, non sempre.

Noi veniamo spesso chiamati, magistrati o ex magistrati, a fare lezioni sulla legalità ai ragazzi dei licei, e tutti sono contenti perché pare che non ci sia niente di più importante che il rispetto della legalità e il rispetto delle regole. Ma facciamo attenzione, perché molto spesso rispettare la legalità significa andare contro i dettami della coscienza. L'esempio più eloquente, secondo me, di questo contrasto nel secolo scorso, sono state le leggi razziali di Norimberga emanate dai führer del nazismo; le leggi razziali di Norimberga che, diciamo così, emarginavano, punivano e talvolta giustificavano l'uccisione degli ebrei, erano leggi dello Stato, e quindi rispettare la legge dello Stato, comportarsi cioè in modo legale, in modo conforme alla legge, significava adeguarsi alle leggi di Norimberga, che erano delle leggi che gridavano e gridano vendetta al cospetto di Dio e degli uomini.

Noi, per fortuna, non ci troviamo in situazioni così esasperate e così estreme. Va detto che anche quando alcune leggi sono di così

alto contenuto etico o para-etico da poter potenzialmente sollevare un conflitto di coscienza, il nostro Stato trova o ha trovato dei rimedi; basti pensare, per esempio, al riconoscimento dell'obiezione di coscienza per il servizio militare o a quello dell'obiezione di coscienza dei medici per l'interruzione della gravidanza. Ma, ripeto, si tratta di casi che non raggiungono certo né l'estremo di Antigone, né l'estremo delle leggi razziali di Norimberga.

Il conflitto però rimane, rimane nel senso che tante volte la legge positiva sembra confliggere con quelli che sono i nostri diritti naturali. Qual è allora la soluzione? Beh, da un punto di vista del diritto positivo la soluzione è molto semplice, detta poi da un magistrato, da un ex magistrato, è addirittura elementare: l'unica soluzione è quella di rispettare la legge. La legge, proprio perché c'è, va rispettata. Il magistrato la deve applicare, e se questa legge configge con i suoi principi, con le sue idee o con altro, l'unica soluzione che ha è quella di dimettersi e di cambiare mestiere, non può certo interpretare il diritto in modo da sovvertire il senso della legge. Questo però è un problema che riguarda una professione, o una missione, o una funzione, come volete chiamarla, che è quella del magistrato.

Ma se noi ritorniamo al cittadino la domanda è: quali sono i limiti entro i quali lo Stato può interferire, intervenire, addirittura sopprimendoli, o comprimendoli, o alterando quelli che sono i diritti naturali del cittadino? E qui la domanda diventa di difficile risposta, perché l'invasività dello Stato soprattutto nei tempi moderni e nei tempi contemporanei ha raggiunto dei limiti intollerabili. Era già cominciata il secolo scorso con la storia funesta dello Stato etico hegeliano. Voi sapete che il nostro Codice penale, che è del 1930 e che è firmato da Benito Mussolini e da Vittorio Emanuele III, e in nome del quale vengono ancora pronunciate le nostre sentenze, è un Codice fascista del 1930, tutto ispirato al principio dello Stato etico hegeliano, dove lo Stato è il padre-padrone e il cittadino non

è un cittadino, in realtà è una sorta di suddito.

Anche le due ideologie che hanno ispirato la nostra Costituzione hanno molto di questa problematica, perché le due ideologie, quella cattolica e quella marxista, le due firme fondamentali della nostra Costituzione, De Gasperi e Terracini, rappresentano proprio queste due ideologie, hanno in comune una cosa, che la decretazione edittale fondamentale non deriva dal basso, non deriva dalla democrazia, ma deriva dall'alto: per il cattolico deriva da Dio e per il marxista deriva dallo Stato sociale. Se mettiamo insieme queste due teorie con lo Stato etico hegeliano e mussoliniano, che fa derivare i diritti appunto dallo Stato inteso come sovradimensione quasi trascendente, vediamo che queste tre ideologie, ahimè, almeno in questo si incontrano. È questa la ragione per la quale il nostro Codice penale in alcuni settori regge ancora benissimo a settant'anni di distanza dalla Costituzione, perché per esempio nel diritto all'autodeterminazione della vita lo Stato ti mette uno sbarramento, o lo ha messo fino all'altro ieri e perché? Perché la vita non ti appartiene, la vita è un bene indisponibile, questo è scritto proprio nelle nostre leggi. Perché per il Codice mussoliniano appartiene allo Stato etico, per l'ideologia marxista appartiene allo Stato sociale e per la religione cattolica appartiene a Dio.

Fatte tutte queste premesse la conclusione alla quale arrivo, certamente non è una conclusione facile, è che uno Stato, un'idea, una tendenza come io auspicherei liberale, capovolge i termini del problema e mette in primo piano il cittadino rispetto allo Stato, cioè non il cittadino in funzione dello Stato, come è avvenuto fino adesso, ma lo Stato in funzione del cittadino. Se questo è, e questo secondo me dovrebbe essere, lo dico forte, a costo di cambiare la Costituzione, allora tutta la problematica risorge e rimette in discussione alcuni valori e alcuni problemi che fino a ieri erano accettati senza discussione come fossero dei tabù.

Il diritto quindi all'autodeterminazione. Io non dico che una

persona debba autodeterminarsi in un modo piuttosto che in un altro, dico semplicemente che una persona ha il diritto di esprimersi e di votare secondo la propria coscienza al fine di autodeterminarsi in un modo piuttosto che in un altro, cioè lasciare a ogni cittadino la libertà di concorrere alla formazione della volontà popolare senza però essere vincolato da tabù o da imposizioni eteronome della norma giuridica. Per imposizioni eteronome intendo appunto tutte quelle fonti normative o etiche che siano al di fuori e al di sopra della libertà individuale.

La Costituzione italiana tutela il principio di autodeterminazione? Nella Costituzione italiana vigente vince lo Stato o il cittadino?

Prof. Avv. Mario Bertolissi (*Università degli Studi di Padova*)

Io ho inteso l'argomento in questo modo. La nostra Costituzione sta dalla parte del cittadino o dalla parte dello Stato, grossomodo. Il dottor Nordio un istante fa ha ricordato il peso di due differenti e convergenti concezioni che sono misurate all'Assemblea costituente e che hanno condizionato l'elaborazione del testo.

Io mi muovo in questa prospettiva. Ho visto più volte che rispetto a queste questioni cambia il punto di vista della medesima persona a seconda delle condizioni in cui si trova: se si trova dalla parte del potere allora è vista bene la legge positiva, se si trova dall'altra parte della canna del fucile allora scopre il diritto naturale. E allora con me non si imbarcano i cucchi, avete capito il problema? Adesso difatti vi cito perché. Andando rasoterra, cambia molto la prospettiva, e tutto sommato si scopre che cosa? Che noi siamo persone e abbiamo bisogno della nostra sfera di autonomia, di libertà, che vorremmo in larga misura espandere all'infinito. Dopodiché abbiamo il bisogno anche di darci una regolata, perché ci sono anche gli altri che non la pensano come noi, e allora bisogna, tutto sommato, far tesoro dell'insegnamento kantiano o comunque di quella definizione che lui dà di diritto, che era un complesso di regole, che consentiva all'arbitrio di ciascuno di convivere con l'arbitrio altrui.

D'altra parte siamo dentro la storia, dentro l'ordine del finito, e anche se i filosofi pretendono di dirti, in una dimensione totalizzante, come si devono intendere le cose, questo significherebbe, se fosse vero, stare fuori dal tempo, dallo spazio, dalla dimensione storica del finito. Le cose vanno diversamente e quindi diciamo così che dobbiamo misurarci, invece, con la contraddittorietà della realtà,

con la mutevolezza dei nostri pensieri e via discorrendo.

Sta di fatto, comunque, che se operassimo, o meglio, fosse possibile che ciascuno seguisse il proprio estro, ci troveremmo in una condizione di anarchia, ci sarebbe poi il “*bellum omnium contra omnes*” e se vogliamo invece sopravvivere, dobbiamo cedere ad altre esigenze.

Ora, io mi imbatto sempre in una parola che è stata espunta dal vocabolario dai giuspositivisti, quelli che pensano e che ti dicono che il diritto coincide con il sistema di norme. Scriveva Tertulliano nell’Apologetico: “Quante leggi ancora hanno bisogno, senza che lo sappiate, delle vostre riforme? A renderle valide non sono né il numero dei loro anni, né l’autorità dei loro promulgatori, ma unicamente la giustizia”. Questa parola è una parola che dà molto fastidio a colui che pensa di dover operare attraverso atti di volontà, che si traducono in comandi, perché in realtà la giustizia coincide con il comando, e se stai dalla parte di chi comanda, direi che l’argomento, la dottrina, ti sostiene allegramente. Ma qui dopo noi finiamo per ritrovarci all’interno del dilemma posto proprio da Antigone e nel rapporto Antigone-Creonte.

Per semplificare - pensando sempre alle leggi e allo spunto ricavato da Tertulliano - voi sapete che si dice anche così, con frasette latine: “*iustum quia ius, ius quia iustum*”: allora è giusto ciò che è diritto, è diritto ciò che è giusto. Potremmo anche mettere “legge”, se volete, adesso. Quale vi sta bene? Anche qui dipende. Un ordinamento e un sistema si reggono, si dice, sulla media obbedienza delle leggi e se noi ci poniamo il problema della media obbedienza, vuol dire anche che possono essere non obbedite e se non sono obbedite, possono non essere obbedite per una svariata serie di ragioni, anche perché sono percepite come ingiuste. D’altra parte non ci sarebbero mutamenti nella cabina di regia, mai stati, se fosse vero appunto che “*iustum quia ius*” funziona e cioè è giusto soltanto perché è legge.

Io credo che si debba tener conto, parlo per me, quando si considerano questi differenti punti di vista, anche non la inconciliabilità, ma la necessità di far convivere questa aspirazione alla libertà in senso assoluto oppure, se volete, alla imposizione come aspetto di dominanza assoluta, con condizioni di normalità e invece condizioni di eccezionalità. Perché in condizioni di normalità, nell'ambito di una società politicamente organizzata, dove non ci sono grandi squilibri, dove c'è un'omogeneità di fondo, dove ci sono dei costumi che sono il tessuto connettivo della società stessa, in questo caso l'obbedienza alla legge è, si potrebbe dire, un riflesso naturale, scontato, perché? Perché tra l'altro la legge è attenta ai costumi; anche se è formulata attraverso deliberazioni parlamentari e via di questo passo, riesce a interpretare quello che è genericamente riconducibile a una domanda di giustizia, di regolamentazione equilibrata delle situazioni. E invece l'eccezionalità, cioè quando si rompe il ritmo della normalità, allora si tratta di saggiare appunto la tenuta della prospettiva dell'una piuttosto che dell'altra teoria, perché se teniamo conto del fatto dell'aspirazione di Antigone, che dice non me ne importa niente della legge, se procediamo in questo modo, è chiaro che noi finiamo nell'anarchia e finiamo in che cosa? Nella guerra civile, tanto per banalizzarlo. E a quel punto ci vuole un bagno di autorità, è vero? Viceversa, nel caso in cui vi sia questo riconoscersi nel sistema, naturalmente su chi ti rappresenta, tu puoi benissimo dire anche che l'ordinamento è un sistema di norme, che ti va bene che la legge sia l'espressione di una volontà imperativa perché, ripeto, c'è questa almeno accettabile convergenza. E quindi, rispetto a queste due differenti prospettive, io dico nella realtà le troviamo combinate insieme. Dialetticamente possono assumere contorni di drammaticità nei momenti evidentemente di crisi quando, ripeto, si cerca di stabilire non una sorta di coordinamento, di convergenza dell'una rispetto all'altra, ma la prevalenza dell'una sull'altra. Prima

il dottor Nordio ha fatto un esempio che vedremo tra un istante.

Io penso, da questo punto di vista, che una delle più belle definizioni di diritto sia questa che vi leggo. Scusate se ve la leggo, dico sempre che non si deve leggere, però io vi direi male quello che Antonio Guarino, che è stato un centenario illustre storico del diritto romano, ha scritto alcuni anni fa: “Il diritto, quello genuino, nasce inarrestabilmente dalla storia, dall’economia, dalla realtà sociale effettivamente sentita dalla gente e non ha consistenza durevole se formulato, sia pure con piglio autorevole e con voce grossa, da comandi normativi, meno che mai da raffinate teorie che si distaccano troppo da cose, persone, vicende concrete, sino a oltrepassare quello che può dirsi il punto di non ritorno, il punto oltre al quale più o meno lentamente, ma inevitabilmente, il diritto debole si disgrega”.

Io penso che abbia ragione e vi faccio un esempio, l’esempio di Donato Donati, visto che è stato un maestro illustre dell’Università, tra l’altro di Padova, ed è stato uno dei più grandi interpreti del positivismo formalistico, del formalismo. Ha scritto un libro, un classico, per dimostrare che l’ordinamento giuridico è privo di lacune, tanto per dirne una. Attenzione, nei suoi testi aveva sostenuto la tesi che la sovranità appartiene agli apparati, e in uno scritto di poco tempo prima delle leggi razziali aveva scritto così: “Lo Stato fascista è nel senso più preciso e più alto – è scritto in corsivo – Stato di diritto”.

Adesso vi leggo che cosa c’è scritto nel verbale della Regia Università di Padova, alla data del 24 ottobre 1938: “Il Preside comunica che in seguito a recenti provvedimenti – non ha citato la legge, poteva essere una legge sulla tutela delle acque, del paesaggio, che ne so, della circolazione stradale – tre colleghi, i professori Marco Fanno, Adolfo Ravà e Donato Donati lasciano – non: sono costretti a lasciare – l’insegnamento”.

Sentite adesso quello che segue: “Sicuro di interpretare il

sentimento unanime della Facoltà, rivolgo loro parole di ringraziamento per l'opera prestata a favore della Facoltà e un cordiale saluto di congedo. Prossimo punto all'ordine del giorno: bando per chiamata di professori", ed è stato chiamato anche Norberto Bobbio, il quale assieme al suo maestro era andato – forse tu ti ricordi come sia chiamava, adesso mi sfugge – a Roma a chiedere la cattedra, il posto appunto, all'allora ministro Bottai.

Che cosa voglio dire con questo? Non voglio dire niente, perché è così, chiarisco il punto: se io fossi vissuto a quel tempo sarei stato un fascista, fascista totale, quindi libero tutti dall'idea che io qui voglia dare dei giudizi, nel modo più assoluto, ma questa è la tragicità della vita.

Vi aggiungo un'altra cosa, perché il bello viene in quello che vi dico adesso. Conversando al bar con l'avvocato Giulio Schiller, che era nipote di Donato Donati, mi diceva: "Sai, il professor Donati quando ha perso la cattedra è entrato in una condizione di depressione totale, perché non riusciva a capire come mai avessero potuto togliere la cattedra al grandissimo professor Donato Donati". Io nella mia infinita modestia, mentre bevevo il caffè, gli dico: "Ma come, Giulio, non aveva capito? Aveva scritto tutta la vita le opere che fondavano, naturalmente dal punto di vista giuridico, i provvedimenti che sono stati adottati, quindi lui ha perso la cattedra in ragione di tutto quello che ha scritto". E ho aggiunto: "Era meno colto di un operaio di Marghera, il quale aveva capito che quando lo facevano lavorare in mezzo ai fumi e alle robe gli stavano rubando la vita; non aveva studiato molto, ma aveva capito, questo aveva studiato tanto, ma non aveva capito niente". In friulano si dice: "studià cusì tant, doventà cusì poveri". Allora perché vi dico, fino a quando gli andava bene? Forse ingenuamente, una tragica ingenuità.

Adesso tiro le conclusioni. La nostra Costituzione, io credo che sia difficile, guardate, vi leggo solo delle parole che ci sono,

che sarebbero tutte parole che dal punto di vista del positivismo giuridico, dell'imperatività della legge, sono non giuridiche, perché si usa questa parola, intanto la parola lavoro, che è nel numero uno, ma comunque solidarietà, vita, eguaglianza, persona umana, giustizia, senso di umanità, rispetto della persona umana, esistenza libera e dignitosa. Se non ci dimentichiamo per principio personalista l'articolo 2, indubbiamente dobbiamo dire che la scelta di campo è una scelta che riguarda il primato della persona. Se dopo Carlo Nordio mi dice sì, ma in che senso viene inteso e a quale tipo di concezione finale, si potrebbe dire, è abbinata questa lettura, io capisco che si può anche arrivare a delle conclusioni diverse, però mi pare innegabile il primato della persona.

Nelle nostre leggi è così? Guardate, non credo che sia percepita così da molti, perché in un'indagine che è stata fatta da Demopolis un paio di mesi fa circa risultava che quasi un italiano su due è stufo della democrazia, o meglio, ha detto non mi interessa; mi pare che sia tutto sommato una cosa che non va bene, che non funziona. E qui stiamo, senza mitizzare niente, nell'ambito della dialettica, del confronto delle idee, della non schiavitù, del primato della persona. Almeno su questo punto di vista possiamo convenire. E tuttavia c'è una domanda di partecipazione, non sono io che lo dico, ma basta soltanto considerare i risultati della partecipazione al referendum del 4 dicembre 2016: il 69% in un referendum senza quorum è qualche cosa. Si tratterebbe di decodificare, perché se noi lo mettiamo insieme, sempre a questa indagine, dove viene fuori che Papa Francesco ha il 90% e che le forze politiche hanno il 4%, 5% o 6%, cioè zero, c'è qualcosa che non funziona, sia perché da una parte è uno, sia perché dall'altra parte c'è questo scollamento totale.

Mi avvicino un momento alla conclusione.

C'è l'autodeterminazione, ci sarebbe, c'è perché se nessuno ce la toglie tutto sommato è disponibile, possiamo trovarci dove

vogliamo, in fondo oggi noi sperimentiamo tutto questo, però c'è dall'altra parte una sorta di cappa di piombo e un'oppressione generale, un'oppressione fiscale, forse di cui parlerà dopo chi mi seguirà, che mette in crisi questo rapporto. Perché, vedete, il non riconoscersi nella linea di Antigone, tanto per intenderci, del diritto della persona, del diritto naturale, del diritto a uno scritto, che alla fine quando entra in gioco la soluzione finale prevale, dicevo, il fatto che venga ridimensionata questa prospettiva può dipendere anche non da un atto esterno, ma da un atto interno, cioè sei tu stesso che ti autolimiti, che ti privi della capacità di riflessione critica e quindi rinunci: pensare è un disturbo, è un rumore inaccettabile. E io vedo che oggi, almeno per quello che mi riguarda, la tendenza è questa.

Chiudo dicendo così: il rischio che vedo è che il principio di autodeterminazione, adesso qui intendiamolo nel senso più vasto, il primato della persona con quello che ne viene, senza enfatizzarlo in modo tale da renderlo destabilizzante, c'è. Il problema è di tenerlo vitale e di utilizzarlo. Non vedo nella nostra società, non ditemi che è solo pessimismo, se volete vi cito Goethe, vi cito Leonardo Sciascia, anche altri, Leopardi, chi volete, chi ha riflettuto purtroppo sul nostro DNA, non abbiamo grandi propensioni a gesti di virilità da questo punto di vista. E se noi leggiamo le pagine del primo capitolo dei Promessi Sposi dedicato al sistema del tempo, guardate che ci ritroviamo perfettamente, ed era il '600, era il tempo delle gride, le leggi anzi diluviavano, e voi capite che stabiliamo la produttività del Parlamento per la quantità di leggi e non la qualità. Se tu produci cose che inquinano, vuoi dirmi che hai fatto un servizio al sistema Paese quando il prodotto è legge? Se mi dicessero in un anno non ne abbiamo fatta neanche una, Signore, hanno avuto misericordia: hanno fatto un codice dei contratti e l'hanno cambiato quattrocento volte. Io di questa roba me ne occupo da una vita. Ma bastava darli a quattro mantengoli

con un geometra buono e noi mettevamo ordine in queste robe, capito, lavorando con la motosega. È così, perché è questa la realtà. Quattrocento volte, voi capite? È perché è andato in pensione, altrimenti avrebbe potuto spiccare un mandato di cattura. È vero, esatto anzi, che sia un caso di ultra-attività. Le leggi diluviavano, i delitti erano enumerati e particolareggiati con minuta prolissità, le pene pazzamente esorbitanti e, se non basta, aumentabili quasi per ogni caso ad arbitrio del legislatore e di cento esecutori. Ecco, io credo che per rendersi conto di queste cose bisogna fermarsi un istante, quindi ha un grande merito, anche se non so dove finiremo in fondo con questa discussione, Antonio Guadagnini nel sollecitare una qualche riflessione sul punto.

Io credo, nella mia conclusione, che sia questo, che dunque il dilemma è un dilemma di cui non ci possiamo liberare, ce lo portiamo dentro le viscere, dobbiamo continuamente misurarci e trovare un punto di equilibrio. È il punto di equilibrio eterno del rapporto autorità/libertà. Dobbiamo sapere che quando si ragiona su queste cose ci sono grandi premesse, che sono quelle che ha ricordato prima Carlo Nordio, le quali possono essere, anche se non ci si rende conto, liberticide oppure no, perché spesso si semplifica e si crede che in realtà la via più immediata sia quella che porta alla soluzione del problema, ma non si vedono tutte le controindicazioni, invece. E poi non dimentichiamoci che è necessario utilizzare i diritti di cui si è intestati responsabilmente. Il peccato più grave non è l'abuso, ma è la rinuncia a esercitare le proprie libertà, e io oggi sarò anche pessimista, ma purtroppo penso che in troppi si rinuncia, mi posso mettere dentro anch'io, a esercitare l'autodeterminazione intesa in senso più lato, che è quello di essere convinti di avere qualche idea e di essere disposti anche a perdere.

Diritto legislativo tributario e leggi non scritte: l'Antigone di Sofocle come modello interpretativo dell'attuale assetto dei rapporti tra cittadino-contribuente e Stato impositore.

Prof. Avv. Andrea Giovanardi (*Università degli Studi di Trento*)

SOMMARIO: 1. Il dilemma di Antigone come chiave di lettura dell'attuale assetto dei rapporti tra Stato impositore e cittadino-contribuente. 2. Il diritto legislativo tributario: dalla complessità all'ingovernabilità. 3. La soluzione alla delineata crisi va cercata nell'emersione dei principi immanenti nell'ordinamento? 4. Un tentativo di sintesi: la situazione è grave, ma, forse, c'è una luce in fondo al tunnel.

1. Il dilemma di Antigone come chiave di lettura dell'attuale assetto dei rapporti tra Stato impositore e cittadino-contribuente.

Il dilemma di Antigone è se gli γράπτα νόμιμα, il corpus di leggi ritenuto di origine divina e, quindi, non scritto ed immutabile, che impone alla figlia di Edipo di dare sepoltura anche al fratello Polinice, malgrado quest'ultimo abbia tradito la πόλις, debba prevalere sul νόμος, l'editto di Creonte che, condannando il traditore alla non morte che consegue alla non sepoltura e così punendolo rispetto al fratello Eteocle, si paleserebbe come emblema della mutevolezza, dell'artificialità e, soprattutto, della strumentalità al potere costituito. La lettura tradizionale (quella a sostegno della quale tutti ci siamo unanimemente schierati al liceo) propende decisamente per una soluzione affermativa: Antigone, secondo questa prospettiva, per la verità poco problematizzata¹, sarebbe un'eroina della libertà disposta a pagare qualsiasi prezzo, anche la vita, pur di non contravvenire ad un principio che non può essere posto nel nulla dalla legge degli uomini.

La legalità non si presenta dunque nel mondo di Antigone come esclusiva forma di legittimità², il che per l'appunto giustificerebbe

¹ Sul punto cfr. G. ZAGREBELSKY, *Antigone e la legge che smarrisce*, in La Repubblica, 25 giugno 2003, disponibile anche in rete. Dello stesso Autore, v. *la lectio magistralis* del 26 novembre 2015, in <https://www.youtube.com/watch?v=GzIn8b1rZDc>.

² Osserva ancora G. ZAGREBELSKY, op. cit., che nell'epoca moderna "la legalità, quale corrispondenza alla legge, è rimasta come sola unità di misura giuridica e ha scalzato la legittimità, quale rispondenza al diritto".

la strenua ed incondizionata resistenza al comando legislativo promanante dall'editto.

Ci sono ovviamente altre possibili letture della paradigmatica vicenda, come quella secondo la quale l'essenza della tragedia starebbe nel confronto tra due soggetti che hanno entrambi ragione (l'una perché si oppone ad un provvedimento irragionevolmente liberticida, l'altro perché, legiferando, cerca di distinguere tra i destinatari del provvedimento, che uguali non sono, avendo Polinice agito contro, Eteocle a difesa della patria) o entrambi torto (perché non dialogano tra loro ergendosi acriticamente e dogmaticamente a difesa delle reciproche posizioni).

La prospettiva, in ogni caso, è quella del più o meno latente conflitto tra le regole cristallizzate nelle leggi e i principi che fondano l'ordinamento, principi che in epoca moderna dovrebbero trovare espressione nelle carte costituzionali, che in tal modo dovrebbero porsi come limite all'agire legislativo.

Non è questa ovviamente la sede per cercare di soffermarsi sui profondi significati di un testo indiscutibilmente straordinario (non se ne avrebbero nemmeno le competenze). Qui l'obiettivo è un altro, e cioè a dire quello di utilizzare il dilemma di Antigone quale modello interpretativo dell'attuale assetto dei rapporti tra Stato impositore e cittadino-contribuente. Per raggiungere tale scopo, va presa a riferimento l'interpretazione che abbiamo definito tradizionale: essa sola infatti consente di riflettere sui rapporti tra *ius* e *lex* tributaria, giacché il presupposto alla base della stessa è che lo *ius* "lavori" sempre a favore dell'individuo, la cui libertà sarebbe invece messa costantemente in pericolo dalla mutevolezza/strumentalità delle *leges*. Accade questo anche oggi nei complicati rapporti tra contribuenti e fisco?

Per una lettura del tutto svalutativa della proposta distinzione, in una prospettiva convintamente giuspositivistica, non si può non rinviare alle celeberrime pagine, del 1945, di H. KELSEN, *Teoria generale e diritto dello stato*, Roma, 1963, p. 8 e s.

2. *Il diritto legislativo tributario: dalla complessità all'ingovernabilità.*

Se ci si sofferma sulla *lex*, sembrerebbe di poter rispondere, di primo acchito, affermativamente.

La legislazione tributaria è infatti, tutt'altro che stabile: la produzione di norme, dipendendo dalle contingenze della politica in un contesto in cui il difficile raggiungimento e la problematica conservazione degli equilibri di bilancio assume decisiva importanza per la tenuta del sistema paese, è incessante.

E ciò vale:

- non solo per le norme impositive, sempre più complicate, millimetriche ed articolate, in quanto tese, da una parte, alla ricerca di sempre nuovi presupposti di imposta e all'allargamento delle basi imponibili allo scopo di incrementare il gettito che serve a sostenere una gigantesca ed incomprimibile (perché manca la volontà politica) spesa pubblica, dall'altra, all'introduzione di agevolazioni ed esenzioni che fungano da scappatoia, da via d'uscita per la categoria che si ritenga, di volta in volta, meritevole, in ragione delle convenienze del momento, di subire un meno pesante fardello impositivo;

- ma anche per le norme procedurali, continuamente rimaneggiate allo scopo di riversare sui contribuenti sempre nuovi adempimenti che rendano più incisivi ed efficaci i controlli e di facilitare, anche grazie all'utilizzo spregiudicato dello strumento presuntivo, l'azione accertativa/riscossiva dell'amministrazione, sempre alla ricerca spasmodica di denaro con cui rimpinguare le esangui casse di uno Stato sprecone e dissipatore.

In queste condizioni, non può che assistersi alla crisi del diritto legislativo tributario: il sistema delle regole scritte, sempre più ingovernabile in conseguenza dell'inane tentativo di colmare ogni

lacuna al fine di incrementare il prelievo erariale in un contesto di continua emergenza finanziaria, non può dirsi di certo funzionale, anche in ragione dell'elevatezza delle aliquote di imposta, alla più compiuta affermazione delle libertà individuali.

Si può quindi concludere, non mi pare sia possibile sostenere il contrario, che il *corpus* legislativo tributario sempre più opaco, complesso, incerto e sempre meno sistematico e avvicinabile dal singolo cittadino, che non può più, in alcun modo, prescindere, anche per gli adempimenti meno complicati, dai tecnici, a loro volta sempre più in difficoltà nel padroneggiare il mutevolissimo e gigantesco apparato normativo.

3. La soluzione alla delineata crisi va cercata nell'emersione dei principi immanenti nell'ordinamento?

La domanda, a questo punto, non può che essere la seguente: la soluzione della sommariamente delineata crisi del diritto legislativo, la cui prima vittima è la libertà del singolo, sta nel far “emergere” i principi che, fondando l'ordinamento, sono da considerarsi ad esso immanenti?

Dubito che la risposta possa essere affermativa.

E ciò in ragione, innanzitutto, delle vicende del diritto costituzionale tributario degli ultimi decenni, segnati dalla crisi del principio di capacità contributiva, divenuta idoneità oggettiva alla contribuzione che potrebbe essere desunta da ogni indicatore di ricchezza purché la scelta non sconfini nell'arbitrio, nell'irragionevolezza. Si tratta di categorie queste ultime talmente lasche da consentire alla Corte costituzionale, per la verità costretta a tenere conto delle conseguenze delle sue decisioni sui fragilissimi equilibri finanziari statali, a salvare, in successione, il prelievo sui conti correnti del Governo Amato, l'Imposta comunale sugli immobili³, ma,

³ Corte cost., 22 aprile 1997, n. 111

soprattutto, quell'imposta iniqua e discriminatoria che è l'Irap⁴, un vero e proprio “mostro” frutto della teorizzazione degli scienziati delle finanze e della parte della dottrina tributaria meno attenta alle esigenze connesse alla tutela della libertà individuale⁵. Ma non solo, giacché non si possono certo avvertire le leggi non scritte come garanzia a fronte di sentenze come quella, relativamente recente, sulla c.d. Robin Hood tax⁶, addizionale all'Ires da applicarsi ai soggetti operanti nel settore petrolifero ed energetico, in cui la Corte ha affermato, producendosi in un *loop* infernale, la non retroattività della dichiarazione di incostituzionalità del tributo per violazione del principio di uguaglianza, e ciò in ragione del fatto che l'ammancio di risorse che ne sarebbe derivato avrebbe costretto governo e parlamento ad introdurre, in forza dei vincoli derivanti dal pareggio di bilancio, nuove di forme di prelievo che avrebbero generato discriminazioni e diseguaglianze e, quindi, rischi di possibili violazioni di quel medesimo art. 3 Cost. che pure la Consulta ha ritenuto violato (insomma, per evitare una possibile violazione del principio di uguaglianza che colpirebbe ben altri soggetti rispetto agli imprenditori che lavorano nel campo dell'energia, si è statuito che costoro non hanno diritto alla restituzione del tributo pure è dichiarato come incostituzionale!).

Ma a non dissimili conclusioni si giunge avendo a mente il diritto europeo: come si può confidare nello *ius* pretorio della Corte di Giustizia dell'Unione europea, la quale ha teorizzato che l'Iva non possa essere detratta qualora il soggetto passivo dell'imposta che se l'è vista addebitare dal suo fornitore non “poteva non sapere” che i suoi acquisti si iscrivevano in una trama fraudolenta organizzata da altri?⁷ Come si può avere fiducia nella Corte di Giustizia

4 Corte cost., 21 maggio 2001, n. 156.

5 Sulle vicende costituzionali delle imposte citate nel testo, v. A. GIOVANARDI, *L'autonomia tributaria degli enti territoriali*, Milano, 2005, p. 343 e s.

6 Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

7 Sulla giurisprudenza europea in materia di frodi Iva, mi permetto di rinviare a A. GIOVANARDI, *Le frodi Iva. Profili ricostruttivi*, Torino, 2013, p. 67 e s.

della sentenza Taricco⁸, la quale consente al giudice nazionale di disapplicare le norme interne sulla prescrizione in presenza di una “grave frode Iva” che è lo stesso giudice a dover valutare nella sua gravità? Ma ancora, come non ricordare in questa sede la vicenda dell’abuso del diritto, teorizzato dalle Corti europee⁹ e nazionali come principio immanente nell’ordinamento e quindi utilizzato scompostamente dall’amministrazione finanziaria oltre i limiti in cui la lex aveva confinato l’azione antielusiva? Qui lo schema dell’Antigone “salta” completamente, giacché lo ius non corre in soccorso della figlia di Edipo (e, quindi, della libertà individuale), ma del tiranno Creonte, il quale si era limitato a colpire solo alcune condotte, prevedendo altresì a favore del singolo che sia accusato di aver contravvenuto allo spirito della legge, in sé rispettata, precise garanzie procedimentali. La legalità lascia spazio ad una legittimità improvvisata e circostanziale, in quanto tesa a far prevalere quel che al giudice, novello legislatore, sembra giusto. Non poteva non accadere, dunque, a fronte del pieno dispiegarsi dei “principi”, che si finisse per cercare nuovamente la certezza perduta in una norma di legge, il nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, che, normativizzando il principio, ripristinasse, per quanto possibile, le garanzie (se non altro quelle procedimentali). Emblematica anche la vicenda del diritto al contraddittorio, emerso come principio immanente nell’ordinamento prima nella giurisprudenza europea¹⁰ poi nell’altalenante giurisprudenza nazionale: l’attuale approdo è paradossale, giacché si sostiene dalla Cassazione che il contraddittorio preventivo sarebbe da considerarsi obbligatorio, con tutte le conseguenze in termini di legittimità degli atti impositivi, solo per i tributi armonizzati, non anche per quelli nazionali¹¹.

8 Corte di Giustizia dell’Unione europea, Grande sezione, Taricco e a., 8 settembre 2015.

9 V. la capostipite sentenza della Corte di Giustizia, Grande Sezione, Halifax e a., 21 febbraio 2006

10 Corte di Giustizia dell’Unione europea, Seconda sezione, Sopropé, 18 dicembre 2008; Corte di Giustizia dell’Unione europea, Quinta sezione, Kamino e a., 3 luglio 2014.

11 In tal senso Cass., S.U., 9 dicembre 2015, n. 24823. In precedenza le medesime Sezioni Unite (18 settembre 2014, n. 19667 e n. 19668) si erano pronunciate nel senso della piena operatività del diritto al contraddittorio preventivo, a

Ed invero, la configurazione del principio non scritto costringe gli operatori a confrontarsi di continuo con il dissonante diritto positivo, con tutte le incertezze e i dubbi che da una tale situazione inevitabilmente promanano.

4. *Un tentativo di sintesi: la situazione è grave, ma, forse, c'è una luce in fondo al tunnel.*

Se non si può più di tanto fare affidamento sulle leggi non scritte perché queste ultime possono essere tutt'altro che funzionali alla tutela della libertà individuale, in quanto scaturenti dall'interesse fiscale o dalla lotta alle frodi, e se nel diritto vivente si è assistito a situazioni in cui per rimediare ai perniciosi effetti dello *ius* non si è trovata altra soluzione che la *lex*, le conclusioni non possono che essere obbligate e sono le seguenti.

Nonostante tutti i problemi che l'azione legislativa pone, nonostante l'incertezza che deriva dalla proliferazione normativa, nonostante la possibilità che vengano emanate delle disposizioni che riducono, sempre ed ancor di più, gli spazi di libertà del singolo, nonostante tutto questo, non si può che prendere atto che è tutt'altro che detto che la legge tributaria garantisca il cittadino-contribuente meno degli *γραπτα νόμιμα* che questo o quel giudice ritenga di scorgere dietro il velo del diritto positivo.

Quanto meno, l'individuo che operi in una società complessa e frammentata come quella contemporanea saprà, in presenza delle leggi, contro chi e cosa combattere, potrà cercare di portare le norme di fronte alla Corte costituzionale o alle Corti europee utilizzando i principi che difendono i cittadini dall'invadenza dello Stato, potrà sperare di non doversi difendere di fronte a pretese che si basano su tesi che affondano le loro radici nel friabile e scivoloso terreno dei principi, sempreché di principi si possa parlare, *pro fisco*.

prescindere quindi dal tributo oggetto di accertamento.

Ed infatti, l'idea che possano esistere leggi non scritte che governino l'operato dell'amministrazione genera pericolosissime tentazioni in quest'ultima, la quale, ogniqualvolta ritenga che un determinato assetto normativo generi situazioni di ingiustizia a scapito dell'erario, tenderà a far prevalere gli *γραπτα νόμιμα* che di volta in volta riterrà di scorgere tra (o oltre) le pieghe dell'ordito ordinamentale.

Una situazione senza via d'uscita per il singolo, quindi, posto tra l'incudine della legge e il martello dei principi pro fisco?

Forse sì, ma una speranza c'è: i cittadini, se continuamente tartassati in un contesto di incertezza, possono oggi ben più di ieri muoversi verso le giurisdizioni che ispirino le proprie politiche ad una maggiore attenzione e rispetto nei confronti delle libertà individuali. La risposta non sta quindi nell'ergersi fieramente, come un tempo ha fatto Antigone, contro la norma liberticida, ma piuttosto nella ricerca, in un contesto sempre più globalizzato, della tassazione più mite in un sistema più semplice. In questo modo si generano circoli virtuosi, perché lo Stato che assiste alla fuga dei suoi cittadini sarà necessariamente spinto, per sopravvivere, a modificare le proprie politiche in modo da attrarre persone, imprese, risorse nel proprio territorio. È la concorrenza tra gli ordinamenti che, meglio di ogni cosa, promuove e tutela la libertà individuale.

Il problema dell'obbedienza alla legge (ingiusta) alla luce della c.d. formula di Radbruch.

Prof. Daniele Velo Dalbrenta (*Università degli Studi di Verona*)

Non c'è nulla così gravemente e largamente né così frequentemente fallace come le leggi. Chiunque obbedisca loro perché sono giuste, non obbedisce loro giustamente come deve.

*Michel de Montaigne, Essais, III, 13**

SOMMARIO: 1. Obbedire al diritto (ingiusto)? 2. Una formula "oscura". 3. Le quattro pagine che (non) sconvolsero il mondo. 4. Dalla formula di Radbruch alla (dis)obbedienza civile.

1. Obbedire al diritto (ingiusto)?

Di primo acchito saremmo propensi a ritenere indubitabile che sia giusto prestare obbedienza al diritto: esso ha difatti il compito di innalzare l'uomo alla vita sociale, realizzandone appieno la natura in termini di libertà (con tutto ciò che questo implica)¹.

Tuttavia, fin dagli albori della nostra tradizione giuridica non sembra esservi assunto più incerto. E la ragione è semplice: proprio se si rinviene nella libertà il fondamento dell'obbedienza al diritto, non ci si può contentare della circostanza di fatto che il diritto sia *positivo*, e dunque – grossomodo – *legge*: scritto, cioè, da chi detiene il potere politico (*ius in civitate positum*)².

Si sarà piuttosto propensi a ritenere che la libertà, e dunque la possibilità stessa della socialità, sia meglio custodita nell'idea di un

* Trad. it., *Saggi*, II, Adelphi, Milano 1996, p. 1434.

¹ Sovverrà a molti, è fuor di dubbio, la definizione kantiana di "diritto" quale «insieme delle condizioni per mezzo delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale di libertà»: v. I. Kant, *Die Metaphysik der Sitten* (1797), trad. it., *La metafisica dei costumi*, Laterza, Roma-Bari 1989, Parte I, Introduzione alla Dottrina del diritto, § B, pp. 34-35. Sul paradossale carattere prodromico delle regole – anzitutto di diritto – per la realizzazione della libertà cfr. M. Barberis, *Libertà*, Il Mulino, Bologna 1999.

² Sulla polivocità della locuzione "diritto positivo" cfr. utilmente G. Zaccaria (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991. Circa le sfaccettature di ambiguità e vaghezza più di recente evidenziatesi al riguardo, mi permetto invece di rinviare a C. Sarra – D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova University Press, Padova 2013.

diritto non scritto, ma in-scritto nella *natura* dell'uomo (siccome riconducibile alla divinità e/o alla razionalità), che possa – se del caso – fungere da *limite* invalicabile al diritto positivo³.

Ebbene, questa idea di un diritto cui il potere politico stesso dovrebbe inchinarsi, perché giusto in sommo grado, è fatalmente destinata a riemergere allorché il diritto positivo divenga appunto strumento di oppressione, minacciando proprio quella libertà che dovrebbe invece – per statuto – proteggere. Costituisce così paradigmatica espressione del contrasto che può determinarsi tra diritto-scritto e diritto-non-scritto, e cioè tra diritto positivo e diritto naturale, la vicenda narrata nell'*Antigone* sofoclea, che vede la protagonista immolarsi in difesa del diritto naturale, disattendendo i precetti di quello positivo.

Ma altrettanto si potrebbe dire, in un certo senso, del *Critone* platonico, che – per contro – vede Socrate obbedire al diritto positivo della sua città, che ne ha decretato la morte, proprio perché sarebbe giusto – e dunque naturale – ottemperarvi (piuttosto che contravvenirvi, fuggendo dal carcere)⁴.

Fin qui resteremmo però sul piano rarefatto della finzione mitica ed artistica o della teoresi filosofica⁵, le quali parrebbero fare ben poca presa sugli effettivi termini dell'obbedienza al diritto, ancorché ingiusto.

Invece, con la c.d. formula di Radbruch, di cui passeremo subito ad occuparci, il dissidio tra dettami del potere politico e istanze di valore si direbbe concretamente composto: nella passiva accettazione del diritto positivo o, in casi estremi, nell'appellarsi ad un diritto diverso, sovraleale (e dunque naturale)⁶.

3 Sulle origini di questo diritto "altro" cfr. ad es. A. Sanchez de la Torre, *Los Griegos y el Derecho Natural*, Editorial Tecnos, Madrid 1962.

4 Per una comparazione con Antigone, focalizzata sul problema affrontato in queste pagine, cfr. M. Mancini, *Nomos e Polis fra l'Antigone e il Critone. Momenti del tragico nel mondo antico*, ETS, Pisa 2014.

5 Per la quale ultima è comunque d'uopo rinviare almeno al tentativo di sistemazione operato da San Tommaso in *Summa Theologiae*, Ia, IIae, qu. 96, art. 4.

6 In tal senso, appare improprio il riferimento ad un «eterno ritorno del diritto naturale» (consolidatosi a seguito dell'opera di Heinrich A. Rommen). Cfr. comunque da ultimo M. Ricciardi, *Ritorno del diritto naturale?*, in A. Campodonico (a cura di), *Tra legge e virtù. La filosofia pratica angloamericana contemporanea*, Il Melangolo, Genova 2004, pp. 159-180.

2. Una formula “oscura”

Famigerata, per dir così, tra i penalisti, la “formula” di Radbruch non risulta certo per questo particolarmente chiara nel suo portato. Tutt’al contrario. Il problema è, però, che essa potrebbe financo legittimare l’assoggettamento a pena di individui che obbedivano ad un diritto positivo formalmente valido, una volta che questo venga dichiarato – *a posteriori* – “ingiusto”. Per tale via, ragioni larvatamente *morali* potrebbero rimettere in discussione l’affidamento al diritto positivo, determinando un “vuoto” giuridico⁷.

Assai meno oscure si direbbero peraltro le ragioni per le quali tale “formula” ha fatto storia, permeando di sé l’operato della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo (si veda l’art. 7, § 2 CEDU) e della Corte Penale Internazionale (si veda l’art. 33 Statuto), e in generale legandosi a quella strategia di «superamento del passato attraverso il diritto» largamente diffusasi dopo i processi di Norimberga (si pensi innanzitutto ai casi di Repubblica Democratica Tedesca, Argentina, ex-Jugoslavia, Colombia, Ruanda)⁸.

Com’è noto, a Norimberga si celebrarono, tra il 20 novembre 1945 e il 1° ottobre 1946, diversi processi intesi a far rispondere gerarchi, militari, medici, giudici, politici e civili tedeschi vari dell’Olocausto e delle atrocità commesse sotto il regime nazionalsocialista, in Germania e nei paesi da questa occupati, prestando obbedienza al diritto positivo che ne costituiva piena espressione⁹.

La legalità che si ritenne infranta, a Norimberga, attirò svariate

⁷ Ancora ineludibile, anche per la ricostruzione del relativo dibattito, G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano, 2002.

⁸ Per approfondimenti cfr. E. Fronza – G. Fornasari (a cura di), *Il superamento del passato e il superamento del presente. La punizione delle violazioni sistematiche dei diritti umani nell’esperienza argentina e colombiana*, Università di Trento, Trento 2009, J. Isensee (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem*, Duncker & Humblot, Berlin 1992, B. Lima, *Dall’idea ottocentesca del Tribunale Federale Universale all’istituzione della Corte penale internazionale*, «Rivista della cooperazione giuridica internazionale», 10/2002, pp. 101-112, M. Meccarelli – P. Palchetti – C. Sotis (a cura di), *Il lato oscuro dei diritti umani. Esigenze emancipatorie e logiche di dominio nella tutela giuridica dell’individuo*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 2014, P. Sullo, *Cosa resta di Auschwitz? Il genocidio ruandese e il superamento del passato attraverso il diritto*, in G. Resta – V. Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare Risarcire Ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, ESI, Napoli 2012, pp. 209-237.

⁹ Cfr. A. Tarantino – R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant’anni dalla sua celebrazione*, Giuffrè, Milano 1998.

critiche proprio perché ritenuta, in definitiva, “naturale”.

Non potendo per vero trovare significativi addentellati nel diritto positivo dell'epoca, né nazionale né internazionale (il primo dava adito a cause di giustificazione e scusanti, mentre il secondo non contemplava – propriamente – responsabilità individuali), la legalità applicata fu per vero *positivamente* consegnata ai termini dell'Accordo di Londra, istitutivo del Tribunale internazionale insediatosi a Norimberga, e siglato appena prima dei processi, in data 8 agosto 1945¹⁰.

A tal riguardo, va però innanzitutto evidenziato, sotto il profilo *formale*, relativo alla giudicabilità degli imputati (e cioè, all'instaurazione stessa dei processi e al loro svolgimento), che il Tribunale internazionale di Norimberga fu istituito, da parte delle potenze vincitrici del conflitto (Stati Uniti, URSS, Gran Bretagna e Francia), *ad hoc* ed *ex post*, così violando principi a tutt'oggi normalmente sanciti nelle carte fondamentali:

- *il principio della precostituzione del giudice per legge*, in base al quale il giudice competente deve risultare individuabile secondo criteri predeterminati rispetto all'insorgere della controversia (si pensi agli artt. 251 e 1022 Cost.);
- *il principio di terzietà del giudice*, in base al quale si rende necessaria la salvaguardia dei caratteri di autonomia ed indipendenza del giudice rispetto alle parti e agli interessi in causa (si pensi all'art. 1041 Cost.).

Violazioni di principio cui andrebbero tra l'altro affiancate specifiche criticità tecnico-procedurali, direttamente ricavabili dall'atto costitutivo del Tribunale:

- la sostanziale impossibilità di ricusare i giudici (art. 3);

¹⁰ Su ciò sviluppa considerazioni ancor oggi rilevanti H. Kelsen, *Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law?* (1947), trad. it., *Il processo di Norimberga e il diritto internazionale*, «Nuovi studi politici», 1989, pp. 99-115.

- la mancanza di limiti alla prova (art. 19);
- la definitività della sentenza pronunciata (art. 26).

Venendo poi al profilo *sostanziale*, relativo alla giustiziabilità dei diritti lesi (e cioè alla perseguibilità delle condotte assunte come crimini), va ricordato che il principale scostamento dei processi di Norimberga dai principi della nostra civiltà giuridica riguarda il principio di *legalità* penale (*Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali*), che trova nel principio di *non retroattività* il principale corollario¹¹.

Certamente bisogna riconoscere che il principio di legalità, pur venendo a tutt'oggi considerato intangibile, ed essendo per ciò stesso sovente consacrato in disposizioni di legge di rango costituzionale (nel nostro ordinamento gli artt. 252, 1012 Cost.), costituisce retaggio dello Stato di diritto ottocentesco¹². E bisogna del pari riconoscere che il principio di legalità non è mai di per sé valso, né strutturalmente potrà mai valere, a scongiurare derive autoritarie del diritto¹³.

Tuttavia, resta pur vero che tale principio, il quale comunque costituisce un primo baluardo della libertà di rimpetto al potere e al “suo” diritto (il diritto positivo), venne considerevolmente forzato a Norimberga, dove i capi d'imputazione facevano riferimento – a fini di responsabilità individuale – a crimini non ben definiti nelle convenzioni internazionali (magari sprovvisti di sanzioni, e comunque riferiti ai soli Stati che le avevano sottoscritte), oppure di nuovo conio, ed era il caso dei crimini contro l'umanità, abolendo

11 Cfr. S. Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, «Diritto e questioni pubbliche», 3/2003, pp. 313-329.

12 Un'ampia panoramica in *Principio di legalità e diritto penale* (per Mario Sbriccoli), I-II, «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico», 36 (2007). Per una panoramica relativa alla nostra giurisprudenza costituzionale cfr. invece I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Giuffrè, Milano 2017.

13 Tant'è vero che nell'ordinamento fascista esso venne previsto all'art. 1 del codice penale Rocco (tra l'altro tuttora vigente nella formulazione originaria): cfr. E. Musumeci, *The Positivist School of Criminology and Italian Fascist Criminal Law: a Squandered Legacy?*, in S. Skinner (a cura di), *Fascism and Criminal Law. History, Theory, Continuity*, Hart Publishing, Oxford – Portland (Oregon) 2015, pp. 35-58. Vorrei poi aggiungere, sempre a questo proposito, che lo stesso divieto di analogia penale è ancora consegnato, nel nostro ordinamento giuridico, all'art. 14 prel., contenuto nel codice civile tuttora vigente, anch'esso di epoca fascista. Sulla labilità del principio in discorso, accentuatasi, se possibile, in età contemporanea (con la globalizzazione giuridica e la crisi del tradizionale sistema delle fonti), cfr. G. Pino, *L'insostenibile leggerezza della legalità penale*, «Criminalia», 2014, pp. 167-183.

o facendo slittare di piano la responsabilità penale prevista dai diritti interni degli Stati¹⁴.

Il fatto è che i “crimini” del nazionalsocialismo, eccezionali tra le pur innumerevoli atrocità che avevano fino ad allora costellato il divenire storico, mettevano impietosamente gli Alleati dinanzi ad un bivio: mandarne assolti i responsabili, data la legalità delle loro condotte ottemperanti ad un diritto positivo (palesamente) ingiusto, o, appunto, condannarli, rinnegando i fondamentali principi consolidatisi nella civiltà giuridica occidentale?¹⁵.

Insomma, nonostante tutto, davvero una grande “oscurità” giuridica avvolse i processi di Norimberga, finendo col confondere le parti. Basti pensare che Mariano Ruiz Funes si spinse addirittura a scrivere, sia pur di passata, che a Norimberga sarebbe trionfata la giustizia poiché venne ivi applicato il criterio sostanzialistico del “sano sentimento del popolo” su cui s’imperviava lo stesso diritto (penale) nazionalsocialista (che ne demandava l’ “interpretazione” al *Führer*), ma rispetto ad esso antecedente (risaliva all’allora formulazione del § 2 del codice penale del 1871, tuttora vigente). Come dire: il diritto (positivo?) che aveva prodotto il massimo dell’aberrazione umana costituiva il medesimo diritto attraverso il quale questa poteva venire punita¹⁶.

Ecco: Gustav Radbruch approntò quella che venne poi riconosciuta come una “formula”, proprio per far fronte a tale “oscurità”, onde apportare chiarezza là dove non ve n’era (più); ciò che però fece appellandosi ad una antiggiuridicità materiale, e cioè invocando uno sfuggente diritto *sovralegale* (naturale) dinanzi al quale l’ingiustizia derivante dall’ottemperanza al diritto positivo nazista non avrebbe potuto che cedere¹⁷.

14 I capi d’imputazione del principale processo di Norimberga erano quattro e vertevano su un piano cospiratorio (1°) per l’esecuzione di crimini contro la pace (2°), di guerra (3°) e contro l’umanità (4°).

15 È per es. la tesi sostenuta in S. Sgroi, *Il principio di retroattività e il processo di Norimberga*, cit.

16 Cfr. M. Ruiz Funes, *El Proceso de Nuremberg*, «Criminalia» (México), XII (1946), pp. 438-444, qui p. 441.

17 D’altronde, egli per primo fu del tutto consapevole dei rischi insiti nella sua proposta: cfr. G. Radbruch, *Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit*, «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 1947 – Sondernummer, coll. 131-136.

*Obscurum per obscurius?*3. *Le quattro pagine che (non) sconvolsero il mondo*

Quando pubblicò *Gesetzliche Unrecht und übergesetzliches Recht*, breve contributo ove apparve la “formula” in discorso¹⁸, Gustav Radbruch era noto come giurista dal solido retroterra giuspositivistico (favorevole dunque alla dottrina che riduce il diritto – nel concetto – a diritto positivo), sicché tale scritto, nel quale veniva invocato un diritto sovralegale di contro al diritto positivo *ingiusto*, fece immediatamente pensare ad una sua repentina quanto decisa «conversione» al giusnaturalismo¹⁹.

In realtà, non solo Radbruch stesso ebbe modo di evidenziare che il diritto sovralegale cui aveva preso a guardare, a seguito dei fatti emersi a Norimberga, non coincideva con il diritto naturale eterno della tradizione (trattandosi al contrario di un diritto “mobile”, attraverso lo spazio e il tempo)²⁰, ma parrebbe comunque lecito supporre in lui, anche in tale circostanza, la fondamentale preoccupazione di valorizzare la dimensione pratica della scienza giuridica²¹.

Ad ogni buon conto resta indubitabile che Radbruch intese i fatti accaduti sotto il regime nazista quale esito della malnata connivenza – col potere politico – di un ceto giuridico prostrato dinanzi al diritto positivo appunto a causa dell’adesione al giuspositivismo: «Il positivismo, scrive Radbruch, «con la sua convinzione “La legge è legge” ha reso la categoria dei giuristi inerme dinanzi a

18 G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, «Süddeutsche Juristen-Zeitung», 5/1946, pp. 105-108; trad. it., *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. G. Conte – P. Di Lucia – L. Ferrajoli – M. Jori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Milano 2013, pp. 152-163.

19 H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, «Harvard Law Review», LXXI (4/1958), pp. 593-629, qui p.616. Più diffusamente: M. A. Cattaneo, *L’ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch: dal relativismo al giusnaturalismo*, «Rivista di filosofia», 50 (1/1959), pp. 61-80.

20 G. Radbruch, *Neue Probleme der Rechtswissenschaft*, in Id., *Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlaß*, J. B. C. Mohr, Tübingen 1952, pp. 31-34, qui p. 33.

21 Cfr., da prospettive diverse, G. Carlizzi, *Gustav Radbruch e le origini dell’ermeneutica giuridica contemporanea*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 41 (2/2011), pp. 389-418 e R. Cotterrell, *The Role of the Jurist: Reflections around Radbruch*, «Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law», 26 (4/2013), pp. 510-522.

leggi arbitrarie e dal contenuto criminale»²².

Questo atto d'accusa nei confronti del positivismo giuridico emerge del resto dalle prime battute del saggio in oggetto, ove Radbruch appaia l'obbedienza gerarchica dei soldati all'obbedienza che i giuristi tedeschi prestarono al diritto nazionalsocialista, dando ad intendere che quest'ultima risultò ancora più stretta di quella, che incontrava perlomeno il limite dell'ordine che fosse stato impartito con scopi criminali²³.

Furono dunque ragioni ideologiche, incalza Radbruch, quelle che, determinando un senso dell'obbedienza addirittura superiore a quello dei soldati nei confronti dei superiori gerarchici, spinsero i giuristi tedeschi a mostrarsi così ligi nei confronti di un diritto, come quello nazionalsocialista, che d'altronde non poteva neppure considerarsi formalmente valido, se solo si considera come fosse scaturito dall'illegittima legge sui pieni poteri (*Ermächtigungsgesetz*: provvedimento, del 24 marzo 1933, che era stato estorto al parlamento tramite indebite pressioni e scoperte violenze esercitate a danno dei parlamentari dissenzienti al fine di trasferire il potere legislativo al governo²⁴).

Stabilito questo assunto centrale, e dunque prefigurando un ripensamento delle basi stesse del positivismo giuridico, l'argomentazione esposta da Radbruch viene sviluppandosi a partire dalla rassegna di una serie di casi: il funzionario che con la sua delazione determina la condanna a morte di un commerciante, i collaboratori del boia resisi partecipi di esecuzioni capitali, il soldato disertore che uccide il funzionario da cui era stato sorpreso.

Naturalmente, non interessa qui considerare la discussione che Radbruch fa dei singoli casi benché infine ristretta ai primi due²⁵),

22 *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p. 157 (trad. lievemente modificata sulla base del testo originale: v. *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., p. 107).

23 *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p. 152.

24 *Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p.155.

25 Il terzo caso sarebbe stato invece "risolto" dalla retroattività *in bonam partem* stabilita da una legge nel frattempo emanata a riparazione dei torti commessi in applicazione del diritto nazionalsocialista (*Ingiustizia legale e diritto sovraleale*, cit., p. 159).

quanto appunto la “formula” – meglio, forse, il criterio (*Maßstab*) – che egli ne trasse²⁶.

L’argomentazione di Radbruch risulta peraltro articolata, e non sembra potersi adeguatamente sintetizzare se non nei seguenti termini.

I) Afferma Radbruch che il diritto positivo, per il solo fatto di essere tale, realizza un valore: quella *certezza del diritto* che costituisce il punto di equilibrio tra le esigenze dell’utilità sociale e della giustizia materiale. Per tale ragione, il diritto positivo non potrà venire disatteso neppure qualora risultasse ingiusto nei contenuti e/o incongruo rispetto agli scopi di utilità sociale che dovrebbe essere chiamato a perseguire (e in tal senso comunque ingiusto).

II) Tuttavia, Radbruch appone immediatamente una riserva alla prima determinazione, affrettandosi ad aggiungere che il diritto positivo potrà – anzi, dovrà – prevalere, ancorché ingiusto, solo a patto che, e fintantoché, l’ingiustizia di cui è latore non raggiunga una misura *intollerabile* (*unerträgliches Maß*): a quel punto, infatti, il diritto positivo – ingiusto – dovrà comunque cedere dinanzi ad una superiore (sovralegale) istanza di giustizia.

III) Radbruch per primo si avvede della difficoltà di tracciare la soglia dell’intollerabilità dell’ingiustizia del diritto positivo, sicché ritocca ulteriormente la suddetta (parte della) “formula” asserendo che, in ogni caso, almeno un confine evidente vi sarebbe: laddove il diritto positivo deliberatamente negasse quell’eguaglianza che costituisce il nucleo stesso della giustizia, non ci si troverebbe più

26 Con una precisazione: Radbruch vi pervenne reputando superato, sul piano dei contenuti “naturalisti” vigenti anche al di fuori del diritto positivo, quello che fu considerato il principale problema dei processi di Norimberga: vale a dire, l’applicazione retroattiva di una legge penale sfavorevole. Come si evince da quanto scrive altrove, nel trattare appunto de *Il diritto superiore a quello positivo*: «se anche non proprio queste leggi, pur tuttavia il loro contenuto era valido, quando subentrò quello stato di cose, quando quelle azioni vennero commesse, poiché queste leggi corrispondono nel contenuto a un diritto superlegale, comunque lo si voglia nel particolare indicare, diritto di Dio, diritto di natura, diritto della ragione»: G. Radbruch, *Vorschule der Rechtsphilosophie* (1947), trad. it., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 1959, p. 233, corsivo aggiunto.

dinanzi ad un diritto, seppur ingiusto, ma ad un *non-diritto*²⁷.

Ora, seguendo Robert Alexy, dovremmo desumere che la “formula” di Radbruch – proprio in quanto intenda presentarsi per tale! – non si presti a venire assunta da un punto di vista esterno, teorico, ma attenga ad un punto di vista interno, pratico²⁸.

Tuttavia, proprio all’atto pratico essa avalla un’asimmetria tra chi agisce e chi *ex post* lo giudica per come (non) ha agito²⁹. Dall’un lato, infatti, la formula di Radbruch sembra demandare a *ciascun consociato* la determinazione, nel caso concreto, della soglia di intollerabilità di quanto prescritto dal diritto positivo, ma solo ed unicamente a suo rischio e pericolo: senza cioè far corrispondere a quello che si configura come un *dovere* di disubbidienza un vero e proprio diritto di disubbidienza. Dall’altro lato, però, essa sembra consentire al giudice di accedere ad un *diritto* sovralegale, non meglio determinato (né determinabile), per *giudicare* della (non) disubbidienza al diritto positivo da parte dei consociati (non avrebbe senso di parlare di ingiustizia legale se non ci si portasse su un piano sovralegale), *senza* però prospettare alcuna *responsabilità* al riguardo.

Insomma, la c.d. formula di Radbruch parrebbe stabilire una connessione (debole) tra diritto e morale, consentendo a quest’ultima di delegittimare il diritto (positivo) in casi estremi³⁰, ma in definitiva confonde i piani sostituendo all’arbitrio del Legislatore, che avrebbe prodotto il diritto positivo ingiusto, l’arbitrio del giudice, legittimato in termini appunto morali³¹.

27 Un diritto che è sprovvisto della sua natura: *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, cit., p. 158

28 R. Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts* (1992), trad. it., *Concetto e validità del diritto*, Einaudi, Torino 1997, cap. II.

29 S. Riccobono, *La difficile disobbedienza* (2002), in Id., *I diritti e lo Stato*, Giappichelli, Torino 2004, pp. 75-92, qui pp. 82-83.

30 S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 79-80.

31 Perciò, a detta di Hart, la distinzione tra diritto e morale andrebbe preservata proprio per consentire una critica spregiudicata del diritto ingiusto: cfr. H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., spec. pp. 620-621. Peralto, questa tesi era chiaramente intesa a salvare il giuspositivismo messo in crisi da Norimberga (che fece largo a criteri di giuridicità meta-ordinamentali: cfr. C. Casini, *Processo di Norimberga e crisi del giuspositivismo*, in A. Tarantino – R. Rocco (a cura di), *Il processo di Norimberga a cinquant’anni dalla sua celebrazione*, cit., pp. 125-135), e andò perciò a sua volta incontro a numerose critiche. Per esempio, Lon Fuller addivenì alle medesime conclusioni di Radbruch opponendo “semplicemente” l’intrinseca moralità del diritto: cfr. *Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart*, «Harvard Law

Se poi rivolgiamo l'attenzione al fulcro della "formula", quel principio di eguaglianza che – fissando il limite del non-diritto – dovrebbe costituirne l'autentico criterio pratico, ci rendiamo addirittura conto del fatto che è sottilmente contraddittoria³².

Invero, Radbruch, muovendo dai fatti dedotti a Norimberga³³, *riduce* la giustizia al principio di eguaglianza (che ha cura di ancorare all'incipiente rivendicazione di quei diritti dell'uomo che diventeranno un totem della postmodernità). *Et pour cause*: tale principio gli consente infatti di rendere la giustizia – in certo qual modo – *misurabile*³⁴.

Senonché, il principio di eguaglianza, lungi dal procedere dal riconoscimento di un'introvabile eguaglianza "naturale" (basterebbe qui menzionare il principio degli indiscernibili³⁵), si rivela del tutto "artificiale", potendo funzionare solo previa determinazione del contesto, e cioè delle condizioni *formali* da soddisfare per riconoscere i soggetti come *sostituibili* (così almeno si direbbe una volta ricondotto tale principio ai suoi propri termini, i quali sono appunto quelli della logica formale³⁶). Che è un po' come dire che lo stesso diritto nazionalsocialista riconosceva il principio di eguaglianza, una volta però predeterminate proprie – aberranti – condizioni di appartenenza alla società di eguali che era chiamato a realizzare. Non per nulla si è osservato che che il principio di eguaglianza, nella misura in cui mantiene rilevanza assiologica, rappresenta il «valore più compatibile con l'anima formalistica del positivismo giuridico»³⁷. E d'altronde Radbruch stesso, di lì a non molto, lo avrebbe riconosciuto³⁸.

Review», LXXI (4/1958), pp. 630-672 (la polemica fra Hart e Fuller ebbe poi considerevoli strascichi).

32 Se dovessimo poi dar retta ad R. Alexy (*Concetto e validità del diritto*, cit., p. 64), dovremmo parlare di una quasi-contraddittorietà che fa pensare alla mancata fondazione razionale delle pretese morali prese a riferimento.

33 Essendo il principio di eguaglianza scopertamente ricalcato, *a contrario*, sulle caratteristiche del diritto – ? – nazionalsocialista, inteso a disconoscere cittadinanza, e financo umanità, ad intere categorie di consociati.

34 S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 81-82.

35 Siccome esposto in G. W. Leibniz, *Primae Veritates* (1686?), trad. it. in *Discorso di metafisica – Verità prime*, Rusconi, Milano 1999, § 4 (p. 217): «nella Natura non possono esistere due cose singolari differenti unicamente per numero».

36 Cfr. ad es. C. S. Peirce, *Collected Papers*, III, Harvard University Press, Cambridge 1933, §§ 42-44, pp. 24-26.

37 S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., p. 81

38 G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* (9^a ed. postuma – 1958), *Introduzione alla scienza del diritto*, Giappichelli, Torino 1961, pp. 85-86.

Sarebbe stato allora più congruo adottare la regola d'oro (e cioè il principio di reciprocità), l'affermazione più concisa della libertà individuale (anche nel nostro tempo³⁹), ma questa, appunto, non poteva costituire un criterio oggettivo che consentisse di “misurare” la (in)giustizia del diritto positivo⁴⁰.

In definitiva, con questa “formula”, Radbruch compì una “rivoluzione” in senso proprio e stretto, ripiombando la concezione moderna del diritto che vedeva ormai il proprio tramonto a Norimberga, in dispute – sul senso del diritto positivo dirimpetto al diritto (considerato) naturale – che parevano ormai superate, e che in qualche modo rispecchiavano una tensione dialettica congenita al suo pensiero⁴¹.

Non si stenta pertanto a comprendere perché Hart non abbia avuto esitazione a parlare, al riguardo, di *naiveté*⁴², e perché persino Vassalli, che pure cercò di valorizzare la “formula” con una equilibrata quanto doviziosa analisi, abbia parlato di sua «genericità» se non di «ovvietà», benché controbilanciate da «suggestività»⁴³.

Bisognerebbe piuttosto convenire con Francesco Riccobono laddove rileva che l'autentico apporto della c.d. formula di Radbruch consisté nel tentare di preservare, nel discorso sui confini ultimi del diritto (penale), un livello intuitivo, immediato, auto-evidente⁴⁴. Un livello, vorrei aggiungere, che richiamasse alla sostanza – morale? – delle pretese giuridiche consentendo di rimarcare eventuali, brusche discontinuità rispetto ad una *tradizione* che proprio dal secondo dopoguerra viene sempre più identificata con un «diritto naturale vigente» fatto di convenzioni e consuetudini internazionali⁴⁵.

39 B. Leoni, *Freedom and the Law* (1961), trad. it., *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata 2000, p. 17

40 Ancora S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., pp. 81-82.

41 Cfr. E. Castrucci, *Rileggendo Radbruch*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XVII (1988), pp. 487-498.

42 H. L. A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., 617-618

43 G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale: note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit., pp. 280-281.

44 S. Riccobono, *La difficile disobbedienza*, cit., p. 92.

45 Cfr. G. Vassalli, *Norimberga sessant'anni dopo* (2006), in Id., *Ultimi scritti*, Giuffrè, Milano 2007; per il concetto di «diritto naturale vigente» cfr. invece S. Cotta, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano 1981.

Insomma, mediante la “formula” che da lui prese il nome Gustav Radbruch, giurista di stretta osservanza giuspositivista, si sforzò – corentemente con la sua formazione – di formalizzare, a fini pratici, un cambiamento epocale nella concezione del diritto che era ormai in atto proprio da Norimberga: quando ci si mise all’inseguimento di una giustizia superiore, ma non per questo propriamente “naturale” (essendo considerata in parte significativa positivizzata o comunque positivizzabile), che non si riteneva di poter (più) demandare agli Stati nazionali⁴⁶.

4. *Dalla formula di Radbruch alla (dis)obbedienza civile*

I processi di Norimberga non si risolsero in una pura messinscena, come invece era accaduto con alcuni precedenti giudizi sommari (conclusisi con esecuzioni – per dir così – annunciate), ma non potevano neppure sfuggire nella loro evidenza politica (nonostante fosse probabilmente alla sbarra quanto di più atroce concepito e realizzato dagli esseri umani fino ad allora)⁴⁷. Valenza politica che del resto non si evincerebbe solo dall’aver escluso qualsiasi giurisdizione del Tribunale internazionale circa i crimini commessi dagli Alleati (le fosse di Katyn, il bombardamento di Dresda, lo stesso ricorso all’atomica etc.)⁴⁸, ma altresì dal totale dispregio per le persone dei condannati, trattati anch’essi alla stregua di non-più-persone: si consideri la comminatoria di pene contrarie al senso di umanità, quali le pene capitali, ma anche le relative esecuzioni alquanto “imperfette” nelle modalità (e dunque arrecanti ulteriori sofferenze ai condannati)⁴⁹.

46 Cfr. A. Garapon, *Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner* (2002), trad. it., .

47 Si veda M. Cattaruzza – I. Deák, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, UTET, Torino 2006, p. 28.

48 Anche visto e considerato che, nello specifico dei processi di Norimberga, l’Accordo di Londra – agli artt. 1, 6-8 – escludeva precisamente la possibilità di appellarsi al *tu quoque*, oltre che all’obbedienza gerarchica.

49 Quando, paradossalmente, proprio un giurista vicino al nazionalsocialismo, Carl Schmitt, aveva a suo tempo messo in guardia circa il rischio di mettersi dalla parte dell’umanità (ciò che indurrebbe a dis-umanizzare l’avversario in quanto tale): cfr. *Begriff des Politischen* (1932), trad. it., *Il concetto di ‘politico’*, in Id., *Le categorie del ‘politico’*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 101-165, qui p. 139.

Luis Jiménez de Asúa, illustre penalista spagnolo di provata fede socialista, constatando per ciò stesso la *dêbacle* del diritto a Norimberga, arrivò perfino a sostenere che sarebbe stato meglio “risolvere” il problema come fecero gli italiani con Mussolini⁵⁰.

Ora, in questa notte indifferenziata in cui il diritto sfuma nella violenza, e la violenza nel diritto, c'è da chiedersi se la “formula” di Radbruch sia complessivamente valsa o meno ad apportare elementi di comprensione circa l'obbligo di obbedire al diritto positivo, nonostante l'«indeterminatezza» che ne costituisce in tutta evidenza il punto debole⁵¹.

In realtà, stante quel che si è detto sopra, la formula di Radbruch si rivolgeva al giudice, abbandonando il consociato di fronte a scelte di condotta che rendevano dilemmatico ed aleatorio, nell'eccezionalità della temperie, persino affidarsi al diritto (positivo), ancorché ingiusto⁵². Scelte che, in seguito, vengono spesso giustificate in via controfattuale (obbedienza come male minore, frutto di costrizione etc.), ipotizzando cosa sarebbe verosimilmente successo se non si fosse ubbidito al diritto (positivo)⁵³.

Senonché, a ben scorgere, proprio l'eludere il problema, contrapponendo l'individualità del giudice a quella dell'imputato, ci mostra appieno la sostanza *morale* del problema affrontato da Radbruch, evidenziando come, al di là del seguire o meno specifiche regole giuridiche (qualunque cosa ciò significhi), in ultima analisi si segue sempre un *ordinamento*, prendendolo a riferimento ultimo della propria condotta. Sicché, le regole giuridiche vigenti saranno avvertite come obbligatorie, da ciascun individuo, in virtù del suo senso di appartenenza – tutto interiore – alla società che si esprime in quell'ordinamento giuridico⁵⁴.

50 Vedasi L. Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, II, Losada, Buenos Aires 1950, pp. 1041-1042.

51 G. Vassalli: *Formula di Radbruch e diritto penale note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, cit., p. 290.

52 Cfr. C. Sarra, *Il diritto e il dilemma. Il modello giuridico di fronte alla scelta tragica*, in F. Zanuso – S. Fuselli (a cura di), *Il Lascito di Atena. Funzioni, strumenti ed esiti della controversia giuridica*, FrancoAngeli, Milano 2011, pp. 13-37.

53 Cfr. J. Elster, *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective* (2004), trad. it., *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, Il Mulino, Bologna 2008, pp. 200-231.

54 Nessuna regola risulta invero spaiata, rinviando ad una rete, cioè, appunto, ad un ordinamento: v. anche F. Viola, *Il*

In tal senso, la “formula” di Radbruch sembra diretta ad esplicitare l’eccezionale obbligatorietà che può assumere una regola contrastante col diritto positivo appunto nei termini – morali – di appartenenza ad un ordinamento superiore rispetto a quello giuridico vigente⁵⁵.

E, per converso, il richiamarsi da parte di un consociato ad un ordinamento “naturale” come (migliore) espressione della propria socialità, costituirà *concreto* disconoscimento, in tutto o in parte, dell’ordinamento giuridico vigente in uno col potere politico che lo sostiene⁵⁶.

Quindi: la stessa (possibilità di) *coercizione*, avendo a che vedere con l’imposizione del diritto (positivo), che costituisce espressione di una forza fisica, e non con l’obbligatorietà del medesimo, che costituisce invece espressione di una forza morale, si lega indissolubilmente al tema dell’autorità e della sua *legittimazione*⁵⁷. Posto che, come insegna Étienne de La Bóetie nel suo celebre discorso sulla servitù volontaria, non v’è ordinamento che si possa reggere sulla pura forza: si dà infatti uno “zoccolo duro” di obbedienza che non è frutto di coercizione, e dunque di mera “applicazione” del diritto positivo⁵⁸.

Ecco allora che, al limite, per i consociati, individui e gruppi, ogni (dis)obbedienza al diritto positivo potrebbe dirsi (dis)obbedienza civile, laddove la lotta si intrecci al senso stesso del vivere sociale⁵⁹, di contro ad un’attitudine *criminale* più o meno organizzata⁶⁰.

diritto come pratica sociale, Jaca Book, Milano 1990, p. 157.

55 Cfr. anche G. Caruso, *Simbolicità e legalità nel Processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch*, «L’Ircocervo», 2016, pp. 64-78.

56 «Potere corrisponde alla capacità umana non solo di agire, ma di agire di concerto. Il potere non è mai proprietà di un individuo; appartiene a un gruppo e continua a esistere finché il gruppo rimane unito. Quando diciamo che qualcuno è “al potere”, in effetti ci riferiamo al fatto che è stato messo al potere da un certo numero di persone per agire in loro nome»: v. H. Arendt, *On Violence* (1969), trad. it., *Sulla violenza*, Guanda, Parma 2013, p. 47 (secondo corsivo aggiunto).

57 Cfr. O. Höffe, *Den Staat braucht selbst ein Volk von Teufeln* (1988), trad. it., *Persino un popolo di diavoli ha bisogno dello Stato*, Giappichelli, Torino 1993, A. Schiavello, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010.

58 Si veda anche A. Ross, *On Law and Justice* (1958), trad. it., *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino 2001, p. 55.

59 Cfr. ad es. T. Serra, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, Giappichelli, Torino 2002².

60 Non per niente, ex art. 9 dell’Accordo di Londra, il Tribunale di Norimberga avrebbe potuto dichiarare esponenti di una organizzazione criminale individui appartenenti a gruppi od organizzazioni. Ma cfr. comunque H. Arendt, *Civil Disobedience* (1970), trad. it., *La disobbedienza civile*, in P. P. Portinaro (a cura di), *Stato*, Laterza, Roma-Bari 2004, pp. 157-169.

Dalla formula di Radbruch siamo così passati al problema classico della *societas sceleris*, ovverosia degli ordinamenti come quello nazionalsocialista tedesco (sullo sfondo la questione della tirannia, cara soprattutto a tanta trattatistica medievale). Ordinamenti i quali, nonostante possano costituire espressione organizzata di una devianza appunto criminale, si costituiscono e prosperano anch'essi perché suppliscono, in qualche modo, ad un'esigenza di ordine, nel mondo umano, che è relativa allo stato di disordine dell'esperienza cui si propongono – per quanto possibile – di ovviare con ... “giustizia”⁶¹.

In effetti, la giustizia si manifesta anche nel vivere sociale deviante come forza continuamente all'opera nel “costringere” gli uomini che sono in rapporto tra di loro a non esercitarsi violenza l'un l'altro: anche nell'associarsi al fine di compiere atti di sopraffazione e violenza.

In molti ricorderanno un passo contenuto nella *Repubblica*, in cui Platone evidenzia il manifestarsi, a livello relazionale, di un ordine armonico di giustizia anche nella banda di predoni: per continuare a depredare nella maniera più efficace, debbono essere “giusti” perlomeno nei loro rapporti interni⁶². Secoli dopo, in maniera non molto dissimile, S. Agostino tornerà su questo stesso tema in un luogo non meno conosciuto del *De Civitate Dei*, constatando che, *prima facie*, l'ordinamento criminale può risultare indistinguibile da quello legittimo⁶³, e così conferendo all'argomento una “torsione” scettica.

Queste tesi classiche sulla giustizia degli ordinamenti sembrano essere state recentemente riprese in tempi recenti da Robert Alexy laddove evidenzia che l'ordinamento legittimo si differenzia da quello quello criminale per gradi cui corrispondono – anche – differenti livelli di positività del diritto⁶⁴.

61 V. Frosini, *Ordine e disordine nel diritto*, Guida, Napoli 1979, pp. 20-21.

62 Plat., *Rep.*, I, 23.

63 Sant'Agostino, *De Civ. Dei*, IV, 4.

64 L'ordinamento *insensato*, caratterizzato dalla estemporaneità, mutevolezza, contraddittorietà delle regole “giuridiche”

Senza accreditare la tesi estrema della derivazione banditesca degli ordinamenti giuridici, potremmo così comunque sostenere che essi vengono formandosi su regolarità rozze, per poi via via razionalizzarsi e, superata un certa soglia evolutiva, (auto)definirsi “giuridici”⁶⁵, attesa la legittimazione ottenuta sul campo. È solo allora che il potere politico che li sostiene si converte in autorità, strutturando un universo di regole, anche di diritto positivo, con un correlativo apparato di elaborazione, applicazione e controllo.

Del resto conosciamo già esempi eclatanti di tali trasformazioni ordinamentali (sovente impercettibili).

Un primo esempio potrebbe essere costituito dalle società piratesche del XVII secolo, consolidatesi su basi ordinamentali per certi versi anche più solide degli Stati nazionali dell’epoca, la cui marina mercantile poteva costituire una opzione decisamente meno favorevole per gli uomini di mare. Invero, chi partecipava ad una spedizione predatoria sapeva di poter fare assegnamento su una rigorosa “costituzionalizzazione” della stessa, per non dire poi dell’elezione democratica del capitano, della tutela dei diritti – diremmo – fondamentali, della cassa comune di cui si disponeva, delle stesse finalità previdenziali comunque assicurate⁶⁶.

Un secondo esempio ci tocca assai più da vicino: si tratta dell’annessione del Regno delle Due Sicilie al Regno d’Italia, che il Piemonte ottenne in spregio al diritto internazionale, senza neppure dichiarare guerra, ma semplicemente invadendo uno Stato che era pacifico, e sterminandone poi i prigionieri (che, esposti a condizioni di vita di disumane, morirono tutti di stenti nel giro di qualche mese): tant’è vero che, a causa tale operazione (considerata a tutti

(sostanzialmente corrispondente a comandi dei dominati cui i dominanti ubbidiscono per timore della violenza); l’ordinamento *banditesco*, che presuppone un minimo di organizzazione interna, e quindi un sistema di regole destinate agli stessi *dominati* (che peraltro non fondano dei veri e propri diritti in capo agli stessi); l’ordinamento dei dominanti, nel quale si persegue, attraverso un sistema di regole, legittimazione, originando così una pratica, delle regolarità sociali che, pur consentendo soprusi, purché vincolati a certe forme, potranno – tenderanno forse a – sfumare poco a poco in un ordinamento giuridico in senso proprio: cfr. *Concetto e validità del diritto*, cit., pp. 29-33.

65 R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 32.

66 Cfr. P. T. Leeson, *The Invisible Hook. The Hidden Economics of Pirates*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey) – Oxford 2009.

gli effetti di brigantaggio), gli Stati europei dell'epoca durarono a riconoscere la legittimazione del Regno d'Italia (e quindi di quello Stato nazionale che in seguito vi subentrò)⁶⁷.

Dietro la c.d. formula di Radbruch si staglia dunque, in conclusione del presente itinerario, la questione dell'autorità da cui il diritto positivo promana: la legittimazione di quest'ultimo, che ne fonda l'obbligatorietà per tutti e ciascuno i consociati, ci è inverso parsa – in ultima istanza – morale (ciò che obbliga, obbliga sempre in *interiore homine*); per converso, dove il diritto non può arrivare con la (minaccia della) coercizione, là deve – inevitabilmente – rimettersi alla coscienza dei consociati⁶⁸.

La stessa valenza pratica della c.d. formula di Radbruch ci appare così sotto una differente luce: è come se essa fosse stata tarata sull'eccezionalità della c.d. giustizia di transizione⁶⁹, e cioè come (labile) copertura argomentativa atta a dissimulare il reale contenuto di decisioni adottate da individui che si riconoscono in un *nuovo* ordinamento (anche) giuridico e si trovano *di fatto* investiti di poteri decisionali in grado di revocare in dubbio il diritto positivo che sorreggeva il precedente ordinamento⁷⁰.

Tali decisioni, su cui può forse esercitare un qualche peso la c.d. formula di Radbruch, hanno dunque contenuto *politico* assai più che giuridico, e ci riconducono alla questione – fondativa del pensiero liberale (pur nelle sue innumerevoli declinazioni)⁷¹ – del controllo del potere da parte della società, al contempo evidenziando l'inadeguatezza dello Stato a farsi pienamente carico dell'uno e dell'altra, sia pure col suo diritto positivo⁷².

67 Cfr. E. Galli della Loggia, *Alcuni sgradevoli dati di fatto storici*, in V. Ferrari (a cura di), *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, FrancoAngeli, Milano 2008, pp. 515-520.

68 Cfr. anche G. Radbruch, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., cap. IV.

69 R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 57.

70 Sulla giustizia di transizione cfr. J. Elster, *Chiudere i conti. La giustizia nelle transizioni politiche*, cit. Tale contributo non difende peraltro una tesi specifica (p. 12), ma si propone di «descrivere e spiegare le differenze con cui, dopo la transizione a un nuovo sistema politico, le diverse società chiudono i conti aperti col passato» (p. 9), «[l]a giustizia di transizione [essendo nel suo complesso] costituita dall'insieme dei procedimenti giudiziari, delle epurazioni e dei risarcimenti cui si procede dopo la transizione da un sistema politico a un altro» (p. 17).

71 Cfr. ad es. R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Ideazione, Roma 1997.

72 Cfr. ad es. C. Lottieri – D. Velo Dalbrenta (a cura di), *Libertates. Stato, politica e diritto alla prova delle libertà individuali*, IBLLibri, Torino 2014.

Quale rapporto tra la volontà dello Stato e quella della persona? Il principio di autodeterminazione.

Avv. Andrea Favaro (*Facoltà di Diritto Canonico "San Pio X" Venezia*)

I. Premessa.

Per affrontare il tema richiestomi dagli Organizzatori, che ringrazio per l'invito, comincerò col richiamare un passo proprio dell'Antigone di Sofocle dove si descrive il momento in cui Creonte, sovrano di Tebe, rientra e il coro canta il famosissimo inno: «*Molti sono i prodigi, ma nulla è più prodigioso dell'uomo, (...) E apprese la parola e l'aureo pensiero e impulsi civili e come fuggire i dardi degli aperti geli e delle piogge. D'ogni risorsa è armato, né inerme mai verso il futuro si avvia: solo dall'Ade scampo non avrà*»¹.

Entrando in medias res, se l'essere umano non avrà scampo dall'Ade, non si vede come possa non averne scampo il singolo ordinamento-societas inteso quale mero strumento da utilizzare per meglio regolare le relazioni interpersonali.

Volendo svolgere una previa premessa nell'orizzonte della riflessione filosofico-giuridica, si deve dare atto che persistono, quali torrioni apparentemente inviolabili anche oggi, alcuni profili problematici sussistenti nel rapporto tra "autorità" (*pubblica/statuale/comunitaria*) e "individuo" (*persona*).

Questi stessi manufatti dell'agire umano costituiranno l'oggetto cui volgere lo sguardo nei paragrafi che seguono dedicati, soprattutto, alla dinamica dell'obbedienza (*indicazione/direzione*) prestata (o dovuta) dall'individuo rispetto ai comandi (*norma/legge*) offerti (o imposti) dalla autorità di turno; comandi che il contesto contemporaneo vorrebbe quali mere propaggini non solo dell'hobbesiana auctoritas, non *veritas facit legem* (Leviathan), ma pure della (*sempre hobbesiana, ma meno nota e non per questo meno influente nella scienza giuridico-politica moderna e contemporanea*) *veritas in*

¹ SOFOCLE, *Antigone*, (442 a.C.), par. 332-335.

dicto, non in re consistit (De Corpore).

Per evitare, però, di essere trascinati in tale contesto argomentativo nel vortice creato dai pre-concetti formulati dalla modernità, si assumerà l'onere di riconoscere come nucleo nevralgico della disamina il paradigma che rende tale l'essere umano all'interno della comunità politica, ovvero la cifra della "autonomia".

II. Il riconoscimento del suum cuique proprio dell'autonomia.

Come accennava il giusfilosofo Francesco Gentile nella sua ultima (e unica edita) allegoria², è dato a ciascun individuo procedere oltre l'ordinamento *costituito* (e quindi, modernamente, imposto) e però tale impresa è da svolgersi tramite "*una scala fatta di gradini di vetro trasparente, sostenuti da fili quasi invisibili, che saliva impercettibilmente sino al soffitto*"³. La fatica risulta ardua anche per il giurista dall'intelletto più fine, che troverà sempre all'ultimo l'appoggio vitreo "invisibile" sicuro, e, una volta trovato, avrà la palpitante pazienza di sperimentare la solidità del filo che lo trattiene dal precipitare nell'orrido dell'irrazionale.

Non ritenendoci tali nè oggi nè, probabilmente, domani, tentiamo in questa sede convegnistica lo sforzo suggerito, proprio perchè sicuri di non riuscire a *conoscere* una meta definitiva e però sereni nel *sapere*⁴ che non può essere la difficoltà a negare l'essenza e così confermare che "*alla base del comportamento individuale sta (...) il*

2 F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, n. 1 della Collana "I Quaderni", ESI, Napoli 2008, p. 85. Si tratta di uno degli ultimi scritti editi da Francesco Gentile e dell'ultima monografia in assoluto. In sintesi un estratto della ricerca svolta, a periodi più o meno intensi, lungo più di dieci lustri a partire dai suoi primi contributi sul pensiero del Saint-Simon. Per l'indicazione dei vari passi attraversati in questi lustri ci si permette di rinviare a A. FAVARO (a cura di), *Seicentoventi scritti di Francesco Vittore Gentile*, in AA.VV., *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*. Atti del Convegno internazionale svoltosi a Padova il 22 novembre 2013 (a cura di A. Favaro), n. 11 dei "Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", pp. 173-205.

3 *Ibidem*.

4 Assumiamo anche in questa sede il distinguo tra "sapere" e "conoscere" mutuato da M. GENTILE, *Trattato di filosofia*, ESI, Napoli 1987, pp. 17-23, dove il filosofo indica una "salita" "delineando (...) la funzione che nel sapere hanno il conoscere, il concetto e la dimostrazione. Il sapere ha uno stretto rapporto col conoscere, in quanto ogni sapere è un conoscere, sebbene non ogni conoscere sia un sapere. (...). Il sapere, (...), si distingue dalle altre forme di conoscere, in quanto imprime all'inquietudine dispersa delle rappresentazioni non collegate e non capaci di persistenza un orientamento e una direzione comune" (pp. 17-18).

principio di una giusta autonomia dell'uomo". Essenza che "è un punto molto delicato e difficile, per poterlo intendere con i soli strumenti di una logica puramente umana; in altri termini la logica umana ci consente di capire che non può non essere così, ma perché debba essere così diventa molto difficile da affermare"⁵.

Prospettiva "a-statuale" e "an-archica", quindi, quella della "autonomia" che richiama il gemito imperituro della resistenza alternativa che ciascun soggetto possiede insita nell'intimo dinanzi all'invadenza pervasiva del *leviathan* di turno, monarchico o democratico che sia poco importa. Alternativa che non potendo non originare dal soggetto, *rectius* dall'individuo⁶, e tenta l'imperitura ricerca del senso dell'esistenza di una comunità quale dimensione utile a riconoscere il *suum* di ciascuno e non a far prevalere il proprio (astratto) della comunità-istituzione sull'identità del soggetto umano.

Per dar vita ad una comunità, bisogna principiare la disamina dal soggetto che della stessa è il germe e quindi l'elemento fondativo: "poiché è impossibile trattare dell'autonomia del soggetto, dell'io, senza che l'io sia messo radicalmente in discussione"⁷.

Ponendo la riflessione presente sotto l'egida del pensiero c.d. "classico"⁸ assumiamo quale dato di partenza l'affermazione critica "non vi è stato senza autorità", sulla scia della quale è plausibile (in termini moderni) ammettere che non vi sarebbe stato senza sovranità, secondo l'analogato suo e precisando che nessun reale ordinamento può essere dato per sovranità⁹ umana e allo stesso

5 F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, n. 2 della Collana "I Quaderni", ESI, Napoli 2017.

6 Sull'utilità e preferibile utilizzo dell'espressione "individuo" dinanzi ad altre all'interno del contesto ordinamentale moderno-contemporaneo, rinviamo al magistero di G. CAPOGRASSI, *Incertezze sull'individuo*, Giuffrè, Milano 1969.

7 F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit..

8 Per un utile rinvio, anche per l'argomentare giuridico, sul concetto di "classico" rimandiamo a T.S. ELIOT, *Che cos'è un classico* [1945], in ID., *Opere*, vol. II, Milano 2003, pp. 473-495, ove si legge anche «Un classico non appare se non quando una civiltà, una lingua e una letteratura sono mature» (Op. cit., p. 475 – corsivo nostro).

9 Circa il concetto di "sovranità" pare interessante assumere in questa sede una critica che gli è stata rivolta da parte di un filosofo che vorrebbe assumere quale fondamento della propria denuncia proprio una impostazione classicotomista. Jacques Maritain, infatti, considerava la sovranità dello stato un "delitto semantico" (cfr. E. GUCCIONE, *Jacques Maritain critico del concetto di sovranità*, in ID., *Politica e diritto tra fede e ragione. Problematiche del XIX e del XX secolo*, Giappichelli, Torino 2001, pp. 80 ss.) rimproverando al pensiero giuridico-politico della modernità, a partire da Jean Bodin per arrivare a Rousseau, di aver spogliato il concetto di sovranità del suo reale significato: «La sovranità vuol dire due cose: 1) un diritto alla indipendenza suprema e al supremo potere come diritto *naturale e inalienabile*; 2) un diritto ad una indipendenza e a un potere che nella loro propria sfera sono supremi *assolutamente* ovverosia in modo

tempo esponendo (per poterne meglio evidenziare le aporie) l'ermeneutica contemporanea che attribuisce tale attributo (l'essere "sovrano") anche a enti creaturali.

Ad ogni modo, pare utile evidenziare come la riflessione politico-giuridica, anche a livello internazionale, sia oggi in totale difficoltà nell'offrire chiavi di lettura adeguate che giustifichino (o, eventualmente, sostituiscano) il paradigma moderno di *sovranità*, assumano come risolvibili le problematiche fornite dalla multiculturalità ed anticipino il loro prevedibile impatto sui fondamenti costituzionali e sul diritto degli stati (specie se democratici).

Tale difficoltà di giustificazione (teorica e pratica al contempo) raggiunge i livelli massimi se inserita nel contesto della "*comunità politica*" (Aristotele e Tommaso) dove il riferimento alla autorità può essere rinvenuto in elementi esterni/superiori alla autorità (contingente) stessa aprendo così la porta alla vigenza del diritto naturale espresso tramite condotte umane "secondo coscienza" e, quindi, seguendo la adeguata "autonomia" insita in ogni persona a prescindere dal dettato della singola legge che con la coscienza si trovi in stato di contrapposizione.

III. Obbedienza alla "autorità" e riconoscimento della "autonomia".

Rinviando alle lucide disamine svolte alla stregua del magistero di Aristotele, se è vero che si può intendere lo "stato" contemporaneo come sinonimo di "polis" (e così anche di "*comunità politica*") al contempo pare utile evidenziare che i rilievi critici che seguiranno

*trascendente, e non relativamente o come appartenenti alla parte più alta nel tutto» (J. MARITAIN, L'uomo e lo Stato, tr. it., Marietti 1820, Genova-Milano 2003, p. 40). Dal canto della sua prospettiva, non solo di fede, Maritain evidenzia come la qualifica di "sovrano" spetta esclusivamente a Dio perché egli solo è assolutamente, in quanto ente soprannaturale, indipendente dal tutto su cui è, appunto, sovrano. L'idea, allora, che il monarca sia sovrano in modo assoluto è falsa, quanto pure l'idea democratica di matrice rousseauiana che lo sia il popolo. Sul punto vedansi utili approfondimenti in E. GENTILE, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Giappichelli, Torino 2004 nonché, se si ritiene e in merito alle aporie della "sovranità", in A. FAVARO, *Sovranità giacobina e teoria liberale della mediazione civile*, in AA.VV., *Disorder/Order in Politics and History*, n. 9 dei "Quaderni della Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", Giuffrè, Milano 2012, pp. 263-295.*

avranno come obiettivo l'ermeneutica moderna relativa al sintagma "stato", che propriamente viene descritta (e onnicompresa) nell'endiadi "stato nazionale".

Svolta tale affermazione, resta da calibrare se (e come) la "comunità politica" avente quale fine il "bene comune"¹⁰ possa trovare riconoscimento di autonomia nelle attuali (e statistiche) dimensioni¹¹.

Pare inevitabile, dunque, declinare il paradigma moderno della sovranità dello stato lungo il pendio inclinato che lo porta alle origini del potere (umano).

Potere che, a ben vedere, è in grado assumere volti ed espressioni differenti.

Limitandoci a brevi cenni sul punto, come insegna anche Hervada¹² pare adeguato attribuire la capacità di auto-governo all'interno della (sola) *comunità* e delineare la legge quale elemento strutturale inevitabile, invece, per la (sola) *società*.

Precisione e lucidità che consentono di evidenziare il rapporto tra le due "conformazioni" e il ruolo che, all'interno delle stesse, possa eventualmente essere affidato al singolo.

Per poter scorgere compiutamente tale rapporto è opportuno sondare dialetticamente la possibilità di scorgere un distinguo tra "*communitas*" e "*societas*".

10 Circa il concetto di "bene comune" che «poi altro non è se non il riconoscimento in comune del Bene» (F. GENTILE, *Politica aut/et statistica*, cit., p. 22 dove viene pure fornita una prima esplicitazione di tale definizione), si rinvia a, *inter alios*, A.M. QUINTAS, *Analisi del bene comune*, Bulzoni, Roma 1979, in specie alle pp. 13-18 (circa alcuni rilievi semantici relativi all'espressione "bene comune"); nonché alle pp. 100-107 (dove si problematizza proprio la concezione individualistica in merito ad una concezione "comune" del bene), ma anche alle pp. 247-254 (ove vengono proposti taluni spunti per una soluzione dei conflitti tra il bene del singolo individuo e quello della comunità). La disamina di Quintas può essere messa fecondamente a confronto con: F.A. LAMAS, *El bien comun político*, in "L'Ircocervo" n. 1/2006, rinvenibile all'indirizzo WEB www.filosofiadeldiritto.it (che recupera il magistero già offerto in ID., *La concordia política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975); M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, Clarendon Press, Oxford 1975; nonché, solo ultimo, vedasi, già in tema delle relazioni tra autonomia e comunità, A. FAVARO, *La legge del bene comune, tra "pretese democratiche" e "doveri privati"*, in «Philosophical News» n. 2/2013, pp. 67-77.

11 "*Statistica*" è stata definita da Ronald Dworkin, la democrazia frutto dell'aggregazione di tanti interessi individuali dalla quale non potrà mai emergere una qualsivoglia idea di bene comune, nemmeno di volontà comune, ma solo di "interesse comune" inteso come l'insieme degli interessi individuali prevalenti (cfr. R. DWORKIN, *The Moral Reading and The Majoritarian Premise*, in H. HONGIU KOH – R.C. SLYE (eds.), *Deliberative Democracy and Human Rights*, Yale University Press, New Haven 1999, pp. 94 ss.).

12 Cfr., da ultimo, J. HERVADA, *Cos'è il diritto. La moderna risposta del realismo giuridico*, tr.it., EDUSC, Roma 2013. Dello stesso A. vedasi pure ID., *Introduzione critica al diritto naturale*, tr.it., Giuffrè, Milano 1990, soprattutto per la disamina puntuale al cap. VIII circa "*La scienza del diritto naturale*" (pp. 193-199).

Distinguo che rende ragione di se stesso, se collocato nell'alveo della modernità, visto che il pensiero aristotelico, invece, riconosceva una comunanza di natura ed intenti ad entrambe le già dette "conformazioni".

Se il significato della prima (*communitas*), ora (ma sempre) appartiene all'alveo della dottrina giuridico-politica classica, l'obiettivo della seconda (*societas*), oggi (più di ieri) è consono alla riflessione moderna dell'agire politico-statuale. E, difatti, quando si sperimenta l'agone politico odierno, è più facile incontrare nel dibattito quotidiano il termine "società" piuttosto che "comunità", tenendo sempre in debito conto che spesso coloro i quali, sempre rari, preferiscono utilizzare il secondo paradigma rispetto al primo, implicitamente tradiscono la volontà di ancorare il loro pensiero propriamente ad autori classici. Il tutto se i due termini vengano intesi quali sinonimi.

Ma "communitas" e "societas" possono dirsi, oggi, realmente sinonimi? Tenderemo ad escludere tale affermazione, e è necessario allora rispondere all'appello su cosa differenzi la *comunità* rispetto alla *società*?

I termini si riferirebbero a due concezioni differenti di stato/ordinamento, visto che la *comunità* in generale è un gruppo di persone che stanno insieme, perché riconoscono un fine comune, appartengono ad una realtà solitamente distinta nei contorni e posseggono la consapevolezza di appartenerci; in sunto, la comunità fonda lo stato in virtù di una relazione naturale di prossimità, come prodotto della propria natura relazionale.

La *società*, invece, indicherebbe un insieme di persone che, in una condizione non conflittuale e, se tale, solitamente smussata da un accordo/contratto, perseguono, ciascuno, gli interessi individuali. Tali persone, quando possono esercitare realmente la propria volontà, scelgono di vivere sotto un unico potere sovrano spesso per un calcolo di opportunità, tramite un contratto che conserva

una naturale estraneità reciproca, giustificata teoreticamente e quotidianamente vissuta.

Se su questi binari par possibile riconoscere il distinguo implicitamente ricordato da Hervada, risulta così immediato concordare con l'autorevole studioso e invenire, forse oggi più di ieri, nella (sola) *comunità* la capacità di auto-governo e nella *società*, invece, la necessità della presenza/imposizione di regole eteronomi utili per “coordinare” volontà altrimenti non accomunabili.

Una conferma di tale disamina è rinvenibile in altro e successivo passaggio dell'opera ove si legge che “*La natura dell'uomo è libera, possiede la libertà. Perciò la legge naturale presuppone nell'uomo (...) la facoltà di auto-regolarsi?*” (p. 108). Così l'Autore, da un lato, riconosce la capacità di autoregolamentazione in ciascun soggetto umano, prima ancora che in qualsivoglia comunità, e confermerebbe implicitamente la differenza con il paradigma della società, che dell'elemento comune non partecipa se non previo accordo (ovvero in adesione implicita/obbligatoria al medesimo). Dall'altro lato Hervada, come difatti meglio esplicherà nei paragrafi successivi, segna la cifra di vigenza dell'autonomia quale elemento presupposto della legge naturale.

IV. Ruolo e limiti della “legge”.

Intelligente e fecondo pare sempre più il solco di distinzione che differenzia allora il ruolo (necessario) di leggi positive in una società e la natura (originaria e ineludibile) di autoregolamentazione propria della comunità, giacchè invero propria di ciascun soggetto umano, il quale decide di sviluppare la propria esistenza all'interno di una *communitas*.

E così possiamo comprendere meglio cosa sia realmente il “diritto”. Non solo legge e non solo libertà, come ammoniscono i classici, ma il frutto di libertà autodeterminante della singola persona.

Il diritto, dunque, rimane uno strumento a servizio della realizzazione della persona che vive in una comunità, altrimenti non sarebbe tale e, solo potenzialmente ma non necessariamente, sperimenta l'esistenza di una società, preso tale concetto come distinto dal precedente.

Il monito della necessità di leggi positive (nella società) che strutturino, tramite il loro essere strumento di "*fissità interlocutoria*", finanche il dipanarsi della convivenza tra esseri aventi fini diversi (quando non opposti), evidenzia l'opportunità di recuperare il valore non solo teorico, ma pure pratico delle "comunità" di soggetti, quali insiemi maggiormenti consoni allo sviluppo di ciascun essere umano e maggiormente rispettosi del principio di libertà e, quindi, di auto-governo, insito in ciascuna persona.

Di conseguenza, a maggior ragione nel contesto giuridico-politico contemporaneo caratterizzato dalla compresenza di multiculturalismo e globalizzazione, potrebbe essere riconosciuto il valore (anche di prassi) di insiemi di persone che riconoscono liberamente obiettivi comuni e coniugano origini similari e culture omogenee.

Così proseguendo finanche oltre la disamina offerta da Hervada, si potrebbe tratteggiare una prospettiva che, puntando sulla capacità di autoregolamentazione degli individui, possa riconoscere un ruolo sempre più distinto e autorevole delle "comunità" che questi (individui) scelgono di costituire. In tal modo potrebbe svelarsi un ordinamento giuridico composto in termini più dinamici e forse così utili per affrontare la crisi delle "società" (specialmente occidentali) così tanto impegnate nell'anestetizzare il confronto non sempre pacifico tra identità distinte e obiettivi personali/comunitari anche lontani.

Crisi delle "società" che in un qualche modo si ritiene causata anche dall'aver tradito l'origine di tale paradigma. Difatti, se la storia del concetto di società principia con l'espressione aristotelica¹³ della

13 Spunti confrontati anche con AA.VV., *La società civile e la società politica nel pensiero di Aristotele*, Centro Int. Filosofia

politiké koinonía, esso penetra nel lessico politico occidentale per il tramite della sua traduzione latina, *societas civilis*, la quale rappresenta il nucleo delle successive varianti nelle lingue europee: *civil society*, *société civile*, *bürgerliche Gesellschaft*.

Pur permanendo costante l'indicatore terminologico, l'onesta intellettuale permette di riconoscere una tradizione di pensiero relativa al distinguo già accennato *supra* nel comprendere la dislocazione semantica che traghetta lo studioso dalla *communitas* alla *societas*. Se in Aristotele, infatti, il termine viene assunto come sinonimo di quello che definisce l'unità politica della città (Pol. 1252 a 6) risulta palese l'inscindibilità dei due termini (*communitas* e *societas*) che esprimono l'uno l'istanza associativa (*koinonía*, *koinón*) e l'altro l'articolazione *politica* della stessa (*polis*, *politikè*).

Se è vero che ad ogni individuo è da riconoscere la possibilità/facoltà di auto-governo in merito alla propria condotta e se è pur vero che tale capacità si trasmette al paradigma della "comunità" (mentre risulterebbe estraneo al soggetto "società-stato", come testimonia da tempo immemore pure l'Antigone), potrebbe risultare utile recuperare il riconoscimento opportuno al soggetto per il quale il "diritto" ha senso di esistere: la persona.

In tali termini, in un universo globalizzato come quello attuale ove le varie istanze culturali, religiose, etiche ed etniche si intersecano quotidianamente nello spazio di un quartiere, pare rinvenire un rinnovato interesse la cura per la *communitas*, ovvero per l'insieme di soggetti che condividano volontariamente un fine comune, senza essere costretti a partecipare a dimensioni estranee a tale fine.

V. *Autonomia e diritto di uscita da una societas.*

Partendo da questi spunti teoretici par utile cogliere così l'occasione per stimolare una "battaglia" oltre la trincea del "giuridico" tanto da intersecare, non solo tangenzialmente, l'istanza politica

odierna a sostegno di una diversità culturale da accettare in modo “efficiente”.

Tuttavia, aderendo all'autonomia quale cifra poziore della sfera giuridico-politico, si è tenuti a respingere la visione di accompagnamento coatto delle persone rispetto alla loro comunità culturale a favore di un accento sulla tolleranza reciproca.

E però, una volta riconosciuto l'auto-governo alla singola persona e, in uno con questa, alla comunità alla quale la stessa sceglie di afferire, l'elemento ulteriore da dipanare è quello della durata di tale scelta, ovvero l'elemento del tempo della/nella comunità. In questi termini largo credito trova il c.d. “diritto di uscita” che spetterebbe a ciascun membro di una comunità.

In netto contrasto con la visione della c.d. «buona società liberale», fondata su un comune impegno a favore di una normativa (formale) comune, è stato da altri¹⁴ utilizzata la metafora dell' “arcipelago” per indicare al lettore la proposta. Ecco che la società libera si palesa come una raccolta di comunità (e, quindi, di autorità) associate, ai sensi delle normative che riconoscono la libertà degli individui di associarsi come, e con chi, essi desiderano.

Mutuando da Platone (ma pure da Oakeshott) il ricorso alla metafora dell'arcipelago per esemplificare l'ordinamento giuridico-politico si può cogliere nelle singole “isole” le diverse comunità, o, rectius, le giurisdizioni che operano in un mare di reciproca tolleranza.

Se è vero che ciascun soggetto umano impegna tempo e risorse per il mantenimento dei propri valori culturali e le tradizioni a cui richiamare condotta e scelte, visto che ciascuno è chiamato a rinnovare l'identità di appartenenza, la proposta dell'«arcipelago» non può essere basata se non sulla personale autonomia come un «maestro ideale», ma in fin dei conti, è fondata sulla natura dell'essere.

La teoria pare cristallina, l'intento è ancora più palese, le

¹⁴ Cfr, *inter alios*, C. KUKATHAS, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford University Press, Oxford 2003.

conseguenze rimangono, però, solamente immaginabili. La comunità dei soggetti che costituiscono l'arcipelago non ha valore per la libertà individuale che permette al suo interno, ma per il fatto che i suoi membri non possono essere costretti a rimanervi e quindi a riconoscere “per sempre” il senso di comunità che ritrovano, perché in summo non possono venir meno al principio di autogoverno che sostiene il loro essere persona.

Tale deduzione non può escludere, ovviamente, che in un individuo possa risiedere la volontà (e la capacità) di entrare in “comunità” che comporti una necessaria adesione permanente.

VI. La legge (positiva) come potenziale, ma imperitura, causa del quotidiano dilemma di Antigone.

Il problema principale posto da tale disamina non può quindi prescindere dalla realtà della persona umana che non si può permettere di vivere come “monade”, ma è tale solo e soltanto se vive nelle (e delle) relazioni intersoggettive. In virtù di queste, infatti, si costituisce, non immediatamente ma con la dinamica dell'esperienza concreta, l'identità di colui che sarebbe libero di associarsi, dissociarsi, essere diverso, etc.

A meno che non vi sia la convinzione che l'identità personale sia soltanto provvisoria, semplice espressione di contingenza e in quanto tale interlocutoriamente, ma definitivamente, sempre cangiante. Ma questo rischia, davvero, di non essere soltanto un altro “arcipelago”, ma addirittura un pianeta sempre e per sempre ignoto.

Provvisorietà e dimensione ignota che attengono quindi all'identità del diritto che pulsa nell'esperienza quotidiana. *“Non si può, infatti, sostenere la funzione suppletiva e ausiliaria, sussidiaria appunto, dell'ente pubblico [n.d.r.: della societās], della sua azione politica come del suo diritto, sancito mediante la legge espressione della volontà sovrana, se non*

si riconosce preventivamente che l'ordinamento delle relazioni interpersonali comincia prima e indipendentemente dalla legislazione statale. E quindi, se non ci si affida per l'ordinamento, sia esso politico o giuridico od economico, prima che allo stato alle innumerevoli società naturali o, o, come sarebbe più corretto dire, alle naturali forme di comunità e prima ancora all'autonomia personale di ciascuno"¹⁵.

Ecco che il reale ordinamento delle relazioni (che siano politiche, giuridiche ed economiche, poco importa) può ben essere riconosciuto a prescindere dalla legislazione e affidandosi alla autonomia di ciascuno.

Affidamento e fiducia. In sintesi, fede nella *persona*.

Ecco allora che il probabile antidoto alla legge "ingiusta" e, quindi, il paradigma utile per rinvenire la soluzione che il giurista ha sempre da sviluppare dinanzi al caso concreto della "sua" Antigone quotidiana, potrebbe svelarsi come il rinnovato ritorno alla dimensione comunitaria come contesto nel quale la persona sceglie, finanche quotidianamente, di mettere a disposizione diritti e doveri (propri) e così attraversa la relazione interpersonale all'insegna dell'autogoverno, all'interno del quale meno diffuso, seppur non assente, pare essere l'impatto con la "legge" intesa in termini moderni e, così, con la "legge ingiusta".

Un avviluppamento complesso, talvolta preso e ripreso come in un fluire torrentizio, e però sempre aggrappato ad un concetto tanto cristallino quanto "scabroso": Quello che risulta (...) con estrema chiarezza è che la nozione di autonomia è agli antipodi di quella di sovranità; paradossalmente, noi riusciamo a definire l'autonomia nei termini negativi della negazione della sovranità: l'uomo, anche preso come singolo, come individuo, non è "sovrano".

Come già lo studioso veneto-tedesco Guardini ammoniva "*non appena sussistono una gerarchia degli uffici e delle facoltà, della tradizione e del diritto, sorge il pericolo di appoggiarsi su tale impostazione per mettere le mani alla libertà di Dio e per imprigionare nel diritto ciò che viene solo dalla*

¹⁵ F. GENTILE, *Politica ant/et statistica*, cit., p. 224.

*sua grazia*¹⁶, così pare più che opportuno (e giustificato, oggi come ieri) tornare al diritto per “*dire che, se non interviene una concezione laica della giuridicità (...) sorge anche il rischio della legge e del fariseo. Il pericolo di prendere l'esterno per l'interno (...); il pericolo di muovere da ciò che è in vigore ed è il diritto per mettere le mani sulla libertà di Dio*”¹⁷, e così anche sulla autonomia dell'individuo.

Tornare al diritto, per evitare sempre più di incrociare gli occhi di una novella Antigone ed essere costretti a chinare, magari, lo sguardo.

16 R. GUARDINI, *Der Herr*, [1937], tr.it., Morcelliana, Brescia 2005, p. 227 così come citato in *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., p. 81 e verificato nella copia che lo stesso ebbe a donarmi quale suggerimento per la ricerca personale e non solo accademica.

17 F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., p. 81.

