



La disobbedienza civile come forma (illegittima?) di resistenza contro la legge ingiusta... La condotta individuale di opposizione tra imperativo etico ed (auto)tutela costituzionale.*

di

Vincenzo Baldini*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Gli episodi di disobbedienza civile: il caso-Cappato e l'inattuazione della legge n. 132/2018. - 3. Diritto di resistenza e disobbedienza civile: tra imperativo etico e configurazione giuridica. - 4. Il 'diritto' di resistenza nel dibattito dottrinale. - 5. Il diritto di resistenza quale esercizio di democrazia: aspetti critici. - 6. La resistenza come diritto o esercizio di diritti di libertà costituzionali? - 7. La disobbedienza civile come forma di autotutela costituzionale. Problematiche e prospettive. - 8. Problematiche di una tipizzazione della condotta di disobbedienza civile? - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

In un divertente film degli anni '50, dal titolo piuttosto significativo ("La legge è legge"), un solerte doganiere (francese) che coltiva l'obbedienza ed il rispetto della legge è costretto a vivere una serie di traversie giudiziarie generate da un'applicazione solerte ed indiscussa della legge. Ma la consapevolezza delle vicende vissute, così paradossali da portarlo sull'orlo del suicidio, non era riuscita comunque ad intaccare in lui la fede nell'obbedienza cieca alla legge.

Questa divertente prolusione è un racconto umoristico sulla fedeltà assoluta alla legge nel contesto dello Stato democratico la stessa legge quale atto di volontà dell'assemblea rappresentativa gioca un ruolo fondamentale di decisione politica. Rispetto a tanto, evaporano concetti estremi e potenzialmente rivoluzionari, come il

* Professore ordinario di Diritto costituzionale presso l'Università degli studi di Cassino e del Lazio meridionale.

‘diritto’ di resistenza e la disobbedienza civile, intesi come forma di ribellione all’integrità dello Stato di diritto.

Nondimeno, più che un attentato a siffatta integrità o sintomo di ribellione, individuale e/o collettiva, all’osservanza del diritto statale, tali categorie evocano nell’immediato i sensi di un conflitto tra vincolo giuridico ed un imperativo etico nutrito però dalla forza dei valori di cui la Costituzione si rende portatrice. Il conflitto, nella specie, è pertanto tra la natura coercitiva e cogente della norma giuridica e la condizione individuale o collettiva di chi la percepisce come una violazione di tali valori, intesi come anche essenziali e inderogabili della condizione sociale e dell’animo umano.

Potrebbe obiettarsi che si tratta, al riguardo, di un conflitto improprio in quanto investe categorie e grandezze disomogenee; l’etica come condizione del buon vivere collettivo e la morale quale sintesi di regole condizionanti il buon vivere soggettivo sono e devono essere, infatti, concettualmente distinte e separate -per quanto mai completamente estranee- rispetto alla sfera del diritto positivo. Gli imperativi morali, in particolare, autodeterminati e individuali¹, sono privi di quella natura relazionale e di senso cogente che è connessa, in generale, alla norma di diritto positivo, al cui presidio di osservanza è l’esistenza di uno specifico potere dello Stato².

Di certo, la fusione di liberalismo politico e democrazia nelle istituzioni dello Stato costituzionale di diritto contemporaneo ha finito per assorbire e canalizzare, nelle forme previste dal singolo ordinamento giuridico³, l’opposizione alle decisioni, anche politiche, assunte dal potere pubblico⁴. La tutela dei diritti fondamentali, per un verso, il rispetto della legalità in generale trovano

* Il presente lavoro è destinato agli *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*.

¹ Tende a confondere la morale con l’etica J. v. Kempfski, *Recht und Politik*, Frankfurt am Main, 1982, p. 32 ss., part. p. 37 („Die Möglichkeit der Autonomie des Menschen in Bezug auf sein Handeln ist der Angelpunkt der Ethik“).

² H. Kelsen, *Reine Rechtslehre* (1934), Tübingen, 2008, p. 25 ss.

³ Cfr. al riguardo R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, (1983), ora in Id., *Recht – Staat – Vernunft*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2016, p. 39 ss.

⁴ Così F. M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, in *E.d.D.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 994 ss., part. p. 999.

realizzazione, di regola, attraverso i meccanismi, istituzionali e procedurali, apprestati dallo stesso ordinamento. In particolare per ciò che attiene alla legge, poi, vale in primo luogo la considerazione che quest'ultima, come decisione politica della maggioranza parlamentare, assume una connotazione peculiare, per la quale essa è imputata alla volontà del popolo sovrano. Di conseguenza, anche la 'resistenza' alla legge tende a trovare di regola una canalizzazione tipizzata nelle norme dell'ordinamento giuridico, attraverso il pronunciamento del giudice costituzionale avviato e reso concreto nei modi e forme fissate in primo luogo dalla Costituzione, così che non sembra incongruo, in principio, ritenere che la cultura dello Stato di diritto abbia finito per respingere nella sfera del non-giuridico (o del giuridicamente illegittimo) l'esercizio del diritto di resistenza⁵.

In siffatta prospettiva, tuttavia, deve disconoscersi senz'altro ogni formale cittadinanza di tale diritto nella sfera della Costituzione ?

La risposta a una tale -classica ma comunque sempre attuale- questione esige che siano fissate alcune premesse di ordine tanto metodologico quanto sostanziale, che possono valere a rendere più chiara, forse, la ragione di una "rinascita" del 'diritto' di resistenza anche nel contesto dello Stato costituzionale di diritto.

Una prima premessa di ordine sostanziale attiene all'esistenza di una connessione funzionale irriducibile tra etica e diritto, tanto declinando la prima nella forma del costume morale comune di una società, quanto intendendola come premessa dell'agire pratico individuale e/o collettivo all'interno della società stessa. In questo senso, non è incongruo rilevare che, soprattutto nel caso delle norme di relazione, regolatrici della condotta individuale, l'osservanza dell'obbligo giuridico si pone in modo corrispondente all'esistenza di un vincolo di natura teoretico-morale o di natura pratica (Kriele, 17 ss.), quando, addirittura, non giunga a trarre da quest'ultimo ispirazione e riconoscimento⁶. Come meglio si dirà avanti (v. *infra*), un punto d'integrazione di natura assiologica tra regola teoretico-pratica e precetto giuridico può rinvenirsi nella comune tendenza alla realizzazione di

⁵ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., p. 39 ss.

⁶ Così in particolare M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 111 ss.

un'ideale di Giustizia⁷, seppure variabile sia o possa essere la prefigurazione in concreto di un siffatto ideale, sia in senso individuale che da parte del singolo ordinamento giuridico statale.

Tanto basta, ad ogni modo, a non lasciar liquidare senz'altro come inesistente o irrilevante la questione relativa alla natura giuridica del 'diritto' di resistenza ed alla disobbedienza civile, che di questo primo costituisce una forma di manifestazione⁸, anche nello Stato costituzionale democratico. Essa, infatti, lungi dal figurare come reliquato di un vecchio dibattito dottrinale o come un ossimoro in tale modello di Stato⁹ rilancia, anzi, con sorprendente attualità un'altra questione, vale a dire la reale forza cogente spettante al diritto -specificatamente: ai diritti universalmente riconosciuti- che traspare dietro il richiamo alle leggi di Antigone¹⁰. Una forza che sembra acquisire maggior vigore tanto dal rilancio della filosofia pratica quanto dalla preminente valenza riconosciuta -in antitesi a quest'ultima- alla storicità; una forza che l'avvento dello Stato costituzionale democratico di diritto, traducendo in regole di diritto positivo i diritti universali, lascia incrementare tanto sul piano formale che su quello culturale.

2. Gli episodi di disobbedienza civile: il caso-Cappato e l'inattuazione della l. n. 132/2018.

⁷ Sul punto, v. ancora J. v. Kempfski, *Recht und Politik*, cit., p. 143 ss.

⁸ In tal senso, v. tra gli altri, Alessandro Passerin d'Entraves, *Legittimità e resistenza*, in AA.VV., *Autonomia e diritto di resistenza*, in *Studi sass.*, 1973, III, p. 35 ss., richiamata anche da F. M. De Sanctis, *Resistenza (diritto di)*, cit., p. 998. In tale classificazione, peraltro, la disobbedienza civile è caratterizzata tra l'altro come rifiuto di obbedire "con un'azione pubblica, non individuale".

⁹ La tesi di R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., p. 42, è invece quella per cui la questione del diritto di resistenza nello Stato di diritto si risolve in un problema di bilanciamento tra Beni concorrenti realizzato alla stregua del principio di proporzionalità.

¹⁰ Come è noto, I due fratelli di Antogone, Eteocle e Polinice, si erano uccisi reciprocamente nel duello davanti alla settima porta di Tebe. Per il primo, Creonte, a cui era spettato il trono della città, aveva deciso la sepoltura con tutti gli onori mentre a Polinice, colpevole di essersi messo a capo di un drappello per conquistare la città, è riservata la sorte dei traditori e il suo cadavere dovrà giacere esposto alle aggressioni degli animali. E' annunciata la pena di morte per chi osasse rendere onoranze al suo cadavere. Antigone rivela la notizia a sua sorella Ismene incoraggiandola (senza successo...) a sfidare l'editto del re pur di dare onoranze al cadavere di suo fratello Polinice giacché è la legge degli dèi che tutela i morti. Per una ricostruzione in chiave storica del diritto di resistenza A. Denuzzo, *L'elaborazione concettuale del diritto di resistenza: itinerari per un excursus di storia costituzionale*, in *Forum di Quad. cost.*, 2014.

Un rilancio di attualità il tema del 'diritto' di resistenza lo ha ricevuto, da ultimo, in particolare da alcune condotte di disobbedienza civile poste in essere in nome della tutela di diritti e principi costituzionali o dell'integrità di diritti umani considerati come universali. In entrambi i casi, la volontaria condotta resiliente degli interessati è apparsa, dunque, come mirata in ultima analisi a lasciar rimuovere l'ostacolo legislativo ai fini del ripristino integrale della validità (intesa come legittimità sostanziale) di tali diritti e principi.

Nel primo caso, a venire sotto il fuoco dell'attenzione dei giudici di merito (Tribunale di Milano) è la condotta tenuta dall'europarlamentare Marco Cappato di aiuto alla realizzazione del desiderio di morire espresso da un uomo (più noto come d.j. Fabo) gravemente malato. Tale condotta è stata apprezzata come antiggiuridica secondo l'art. 580 c.p. che punisce l'"istigazione" e/o "favoreggiamento" al suicidio, fattispecie nella quale s'intende compresa ogni azione mirata a rafforzare il proposito suicida già maturato in capo all'individuo, quantunque la stessa non si risolva nel compimento di atti posti in una relazione immediata con l'atto materiale del suicidio.

L'interessato ha obiettato che la previsione della punibilità fosse da escludere nel caso specifico di asseccamento del proposito suicida già pienamente maturato nella persona affetta da una patologia grave irreversibile, in ragione della tutela del diritto all'autodeterminazione in materia di vita e di salute, da tempo riconosciuto dalla stessa giurisprudenza. La Costituzione vieta ogni strumentalizzazione della persona umana per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e non viceversa e guarda al limite - del rispetto della persona umana- in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni collettive"¹¹.

Il secondo caso di disobbedienza civile riguarda, invece, la resistenza manifestata da alcuni Sindaci nel dare attuazione alla disciplina recata dalla legge

¹¹ Cass civ. sez. I. 16.10.2007, n. 21748, riportata ora nell'ord.za di rimessione della Corte di assise di Milano.

n. 132/18, di conversione del cd. "decreto-sicurezza", ritenendo che quest'ultima si ponesse in evidente contrasto con i diritti umani universali. In proposito, occorre preliminarmente considerare che la Carta fondamentale obbliga il legislatore, per la regolamentazione della disciplina giuridica dello straniero, a disporre "in conformità delle norme e dei trattati internazionali" (art. 10 c. 2, Cost.). Con specifico riferimento al diritto di asilo, poi, la stessa Costituzione stabilisce che deve essere concesso, seppure alle condizioni previste dalla legge, allo straniero proveniente da Paesi terzi in cui non sia garantito "l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione" (art. 10 c. 3, Cost.). In coerenza con tali disposizioni, l'art. 2 del Trattato sull'Unione europea, a propria volta, configura il rispetto dei diritti umani come valore comune all'Unione stessa e agli Stati membri, connotato di una società caratterizzata "dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà..." (art. 2 T.U.E.). Nello specifico, recita la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2000)¹² che i popoli d'Europa hanno inteso condividere un futuro di pace fondato, tra l'altro, sui "valori indivisibili e universali" della dignità umana (art. 1), della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà. Tanto, rappresenta la cornice normativa inderogabile entro cui viene necessariamente a spiegarsi l'esercizio della discrezionalità legislativa in materia di asilo e di regolazione giuridica degli stranieri. Con questa cornice, tuttavia, la l.n. 132/18, recante «*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*» si mostra nel complesso poco in sintonia.

I principali nodi di ordine costituzionale riguardanti la legge in questione attengono alla drastica limitazione dell'accesso dei richiedenti asilo¹³ e di chi già

¹² Ai sensi dell'art. 6 T.U.E., come sostituito dal Trattato di Lisbona (2007), entrato in vigore il 1.12.2009, la Carta nella versione adattata, proclamata a Strasburgo il 12.12. 2007, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

¹³ Sul punto, v. tra gli altri, S. Pizzorno, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in *Forum di Quad.cost.*, n. 10/2018.

gode della protezione umanitaria alla possibilità di godimento di quei diritti, di natura sociale (salute, abitazione, istruzione, lavoro) che la Costituzione intende del pari come diritti inviolabili dell'uomo, da riconoscersi a tutti in condizioni di eguaglianza.

L'art. 13 della legge in parola stabilendo che il permesso di soggiorno rilasciato al richiedente asilo costituisce un documento di riconoscimento ma è ora insufficiente per l'iscrizione all'anagrafe comunale e, dunque, per l'acquisizione della residenza lascia prefigurare notevoli dubbi di incostituzionalità¹⁴. Tale soluzione, infatti, si mostra in grado di recare effetti pregiudizievoli per gli stranieri il cui permesso di soggiorno è prossimo alla scadenza esponendoli, una volta scaduti i permessi concessi per motivi umanitari, al rischio di cancellazione dall'anagrafe, secondo il dettame della nuova disciplina. Questo effetto, peraltro, finirebbe per riguardare anche i minori non accompagnati, la gran parte dei quali è dotata di permesso di soggiorno per motivi umanitari. La *ratio* di tale previsione sta, dunque, nella volontà di impedire ai Comuni¹⁵ il rilascio della carta d'identità ai titolari di un permesso di soggiorno per richiesta di asilo e, perciò, di erogare servizi quali l'iscrizione al SSN o ai centri per l'impiego, che verranno a questi ultimi assicurati esclusivamente nel luogo di domicilio (mancando della residenza), come, ad es., in un Centro di accoglienza straordinaria o in un Centro permanente per il rimpatrio. Il rilascio dei nuovi permessi di soggiorno, incluso quello per cure mediche, non implica più l'iscrizione del titolare al SSN -finora previsto, invece, dall' art. 34 d. lgs. n. 286/1998 per il permesso di soggiorno ottenuto per motivi umanitari (che la riforma modifica proprio su tale aspetto) così che gli interessati avrebbero accesso unicamente a cure mediche urgenti ed essenziali, ambulatoriali o ospedaliere, previste dall'art. 35 d. lgs.n. 286/1998.

¹⁴ Al riguardo, cfr. da ultimo A.M. Cecere, *Le iscrizioni anagrafiche per gli stranieri richiedenti protezione internazionale dopo il d.l. n. 113 del 2018, il cd. Decreto-Salvini. Quando il legislatore demagogicamente orientato disorienta l'amministrazione pubblica*, in *Federalismi.it*, n.3/2019.

¹⁵ Sulle generali problematiche connesse al cd. Decreto-sicurezza, v. anche M. Collevicchio, *Comuni e immigrazione: prime riflessioni e criticità applicative del "Decreto-sicurezza" per gli enti locali*, in *Federalismi.it*, n.3/2019.

Tali soluzioni, come appare evidente, sollevano più di un dubbio tanto in relazione a specifiche norme della Costituzione (artt. 32 Cost.) quanto in generale alla loro conformità al principio di uguaglianza nonché al vincolo di conformità imposto al legislatore dal citato art. 10 Cost.. Nel complesso, esse finiscono per realizzare una grave vulnerazione della dignità umana rafforzando la sperequazione nel trattamento degli immigrati rispetto ai cittadini.

Sullo specifico versante della sicurezza, poi, i dubbi di costituzionalità addirittura si rafforzano in quanto la legge n.132/18 citata, (art. 14 del recente decreto legge del 4 ottobre 2018, n. 113) novellando la disciplina generale (l. n. 91/92) introduce¹⁶ un'ipotesi peculiare di revoca allo straniero della cittadinanza italiana in caso di condanna definitiva per reati molto gravi commessi per finalità di terrorismo (anche internazionale), di eversione dell'ordine costituzionale, di ricostituzione di associazioni sovversive o di eversione dell'ordine democratico¹⁷. Si tratta, a ben vedere, di una soluzione che, oltre a violare il limite di cui all'art. 10 Cost., e conseguentemente il vincolo di osservanza degli obblighi internazionali sancito dall'art. 117 Cost. realizza una palese ed irragionevole discriminazione nel trattamento di cittadini per nascita e cittadini per concessione¹⁸, dato che in relazione agli stessi reati si disporrebbe e alla *ratio* unitaria che ne dispone la punizione, si stabilisce un differente apparato di sanzioni amministrative.

Peraltro, non prevedendosi da parte del legislatore eccezione alcuna per chi, in seguito a tale misura revocatoria, finisse per versare in condizione di apolidia, tale disciplina tende ad eludere gli impegni in materia assunti dal nostro Paese con la Convenzione ONU (sulla riduzione dei casi di apolidia) adottata a New York il

¹⁶ La nuova normativa formalizza tempi più lunghi di conclusione dell'iter procedimentale per la concessione della cittadinanza («[...] il termine di definizione dei procedimenti di cui agli articoli 5 e 9 [della legge 5 febbraio 1992, n. 91] è di quarantotto mesi dalla data di presentazione della domanda [con applicazione] ai procedimenti di conferimento della cittadinanza in corso alla data di entrata in vigore del presente decreto»: d.l. 113/18).

¹⁷ Sono i reati di cui all'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4, c.p.p. nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies c.p. La revoca della cittadinanza è disposta con d.P.R., su proposta del Ministro dell'Interno, entro tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna. In tema, sottolineando la configurazione di due tipi di cittadinanza "formalmente e qualitativamente differenti", v. C. Bertolino, *Paradossi della cittadinanza nella legge di conversione del decreto legge c.d. "Sicurezza"*, in *Federalismi.it*, n.3/2019, p. 7.

¹⁸ Cfr. ancora S. Curreri, op. cit., p. 13.

30 agosto 1961¹⁹, resa esecutiva con l.n. 162/2015. Anche tale elusione ridonderebbe, per vincolo interposto, in una condizione di illegittimità costituzionale ex art. 117 Cost.. Ciò senza considerare che, nel caso, il soggetto apolide risulterebbe di fatto non sottoponibile ad espulsione, con l'esito che la previsione finirebbe per risultare eversiva rispetto anche alla propria specifica *ratio*²⁰.

Inoltre, la citata l. n. 132/18, nel prevedere un aumento del numero di reati che, in caso di condanna definitiva o quando trattasi di imputato ritenuto pericoloso socialmente, comportano la revoca o il diniego della protezione internazionale, sembra andare ancora una volta in contrario avviso rispetto al limite risalente alla clausola di rinvio dell'art. 10 Cost. La norma che prevede, in relazione a tali tipologie di reati, per il caso della condanna in primo grado, l'immediata sospensione del procedimento per la concessione della protezione e l'espulsione del cittadino straniero sembra poi urtare tanto contro la presunzione di innocenza, fino a sentenza passata in giudicato (art. 27 c. 2 Cost.) quanto con il diritto fondamentale di difesa (artt. 24 e 113 Cost.), quanto ancora con il generale proporzionalità delle sanzioni amministrative, evocato anche dalla Corte di Strasburgo²¹.

Vengono introdotte misure urgenti per assicurare l'effettività del provvedimenti di rimpatrio per i cittadini stranieri soggiornanti *sine titulo* in Italia, con un prolungamento da 90 a 180 giorni della durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio. A tal fine, si prevede l'apertura di questi Centri in varie parti del territorio italiano, così da incrementare il trattenimento (cd. amministrativo) dello straniero, a disposizione dell'autorità di

¹⁹ L'articolo 8.1 della Convenzione ONU del 30.8.1961, impegna gli Stati contraenti a non privare una persona della sua cittadinanza qualora tale privazione rendesse la persona apolide.

²⁰ In tal senso, v. E. Khanari - T. Spandrio, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle nuove disposizioni normative di cui al D.L. 113/2018*, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2018, p. 16.

²¹ Cfr. anche TAR Emilia Romagna, **Bologna, Sez. I, sent. n. 112/2016. Ma v. anche quanto dispone l'art. 7 CEDU**, in relazione al quale la Corte EDU ha precisato che ogni sanzione amministrativa comminata insieme a sanzioni penali sia soggetta al vincolo di proporzionalità e non mostri una struttura prescrittiva di natura generale e preventiva, così da rivelarsi nella realtà una norma sostanzialmente penale: Corte EDU 8 giugno 1976 Engel e altri c. Paesi Bassi.

polizia. Una siffatta previsione, tuttavia, configura un'ipotesi di restrizione della libertà personale disposta senza le garanzie di cui all'art. 13 c. 2 Cost. (AMPL).

La legge consente poi l'utilizzo dei dispositivi elettronici per particolari specie di reato (es., maltrattamento e stalking), stabilisce norme specifiche in materia di contratti di noleggio di autoveicoli in funzione della prevenzione dei reati di terrorismo, tra l'altro estendendo l'ambito di applicazione della misura amministrativa (DASPO urbano) a indiziati di attività di terrorismo. Agli agenti della Polizia municipale è autorizzato, inoltre, in via sperimentale, l'uso di armi ad impulso elettrico. Si prevede, quindi, un inasprimento delle pene in caso di occupazioni arbitrarie di immobili per chi ha promosso e/o organizzato l'occupazione, prevedendosi l'utilizzabilità nei loro confronti della misura delle intercettazioni.

In definitiva, non sono pochi i dubbi di incostituzionalità che investono la legge in esame che indulge in una deriva securitaria²², segnando un notevole passo indietro nella ricerca e determinazione di un ragionevole equilibrio tra istanze di solidarietà, di sicurezza e di garanzia dello Stato costituzionale di diritto²³.

²² Cfr., al riguardo, anche C. Melzi d'Eril, G. E. Vigevani, *Perché il decreto sicurezza «frantuma» il concetto di cittadinanza*, in *Il Sole 24 Ore*, 15 ottobre 2018; S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018.

²³ Tale condizione della legge ha generato dunque casi di "disobbedienza civile" da parte di alcuni Sindaci italiani. «*Il nostro non è un atto di disobbedienza civile né di obiezione di coscienza, ma la semplice applicazione dei diritti costituzionali*», ha detto il Sindaco di Palermo Leoluca Orlando, che ha definito il decreto Salvini «*criminogeno e disumano*». Per questa ragione, si è dato «*incarico al capo ufficio legale del Comune di adire davanti al giudice civile per sottoporre la questione del decreto Salvini*». Anche il sindaco di Parma, Federico Pizzarotti rileva come tale disciplina lasci aperto «*un vulnus rispetto a stranieri e richiedenti asilo che non riescono a fare le cose più basilari*».

Sabino Cassese, in un'intervista, ha segnalato a propria volta l'incongruenza legislativa relativamente a una legge del 1998 che stabilisce che «le iscrizioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante in Italia sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani». Secondo Cassese, il decreto sicurezza, pur esplicitando che il permesso di soggiorno non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica, non ha abrogato la prima legge. Ciò giustificerebbe in qualche modo la posizione di Orlando che dichiara di limitarsi ad applicare la legge. Egli poi sottolinea come le norme inserite della nuova disciplina in tema di sicurezza che introducono criteri più restrittivi finirebbero per risultare inumane e incivili, creando «un limbo per chi è in attesa di protezione internazionale» ridefinendo così «la distanza fra cittadino e non cittadino (ma immigrato regolare in possesso di permesso di soggiorno)». Inoltre, «mirano a escludere uomini e donne dai servizi di welfare che sono fondati sul principio di universalità».

Le soluzioni legislative ora esposte sono state percepite da alcuni Sindaci come profondamente lesive dei diritti umani, a partire da quello del rispetto della dignità umana, di qui l'appello alla disobbedienza civile per evitare, tra l'altro, un pregiudizio dei termini essenziali e condivisi della coesione sociale all'interno dello Stato²⁴.

La questione concreta nuovamente sposta, così, il fuoco dell'attenzione sul suo problematico apprezzamento in chiave giuridica nel quadro di un'esperienza – si è detto – che tende a canalizzare il diritto di resistenza entro le forme previste dall'ordinamento giuridico dello Stato. Su quest'ultimo versante, in particolare, la disobbedienza civile è destinata a non trovare cittadinanza alcuna nel diritto positivo se non nella forma, eccezionale e straordinaria, dell'opposizione a tentativi di annientamento dell'ordinamento democratico e di diritto²⁵.

Non a quest'ultima versione del diritto di resistenza, connessa allo stato di eccezione²⁶, che vuole dedicarsi lo spazio di questo. L'aspetto che interessa, invece, è la resistenza condotta contro singoli atti singoli del potere pubblico che, pur non costituendo sintomo di un più profondo cambiamento dell'ordine costituzionale esistente, si mostrano lesivi in modo grave di diritti e principi fondamentali della Costituzione e sono percepiti pertanto in contrasto con i valori fondanti e generalmente condivisi nella comunità sociale. E' in questa dimensione che soprattutto rileva la questione se la disobbedienza civile possa effettivamente e senz'altro collocarsi in un orizzonte puramente fattuale.

²⁴ Esalta la coesione sociale come valore nello Stato italiano, v. in particolare anche V. Tondi della Mura, *Il patto costituzionale tra teologia politica e teologia della politica*, in *Quad. cost.*, n. 2/2015, part. p. 25, per il quale "il legame sociale è il surplus etico che non può essere prodotto né dal mercato, né dallo Stato". In generale, poi, sul concetto di solidarietà e sulla sua relazione con lo Stato democratico, cfr. anche H. Brunkhorst, *Solidarität*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2016, p. 9 ss.

²⁵ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, (1983), ora in Id., *Recht – Staat – Vernunft*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2016, p. 39. Come meglio specificherà l'A. (p. 42) il problema del diritto di resistenza andrebbe declinato come una questione di bilanciamento degli interessi concorrenti misurato alla stregua del principio di proporzionalità.

²⁶ Sul tema, v. soprattutto C. Schmitt, *Politische Theologie*, 8. Aufl., Berlin, 2004, p. 43 ss.; G. Agamben, *Stato d'eccezione*, Torino, 2003, part. p. 40 ss.

3. Diritto di resistenza e disobbedienza civile: tra imperativo etico e configurazione giuridica.

Una prima, essenziale questione attiene ai caratteri formali della condotta assunta come forma di disobbedienza civile. L'esigenza di tenere distinto nell'analisi della fattispecie il piano empirico ed etico da quello giuridico-positivo²⁷ porta a riferire esclusivamente al primo tale condotta spogliandola, così, di valenza giuridica. Poiché tuttavia è soprattutto quello giuridico il piano di interesse che qui viene in rilievo, è anche con riguardo a quest'ultimo che occorre ricercare elementi di tipizzazione della condotta in parola, senza ora addentrarsi nell'interrogativo sull'esistenza o meno di un vero e proprio 'diritto' di resistenza. A un siffatto interrogativo, invero, nemmeno il Tribunale costituzionale federale tedesco, nella nota sentenza KPD del '56, ha inteso offrire una chiara risposta preoccupandosi invece di delineare soprattutto modalità e presupposti ai fini dell'apprezzamento della condotta resistente²⁸. Così, è stato precisato che la resistenza, per essere legittima, debba avere uno scopo conservativo dell'ordine esistente; che la natura ingiusta della legge contestata sia palese (*offenkundig*) e che il ricorso alla condotta resiliente appaia come l'unico, vero mezzo a disposizione per il superamento della condizione di illegalità, stante le reali prospettive di insuccesso del ricorso ai mezzi giurisdizionali sanciti dall'ordinamento giuridico statale.

La posizione della Corte di Karlsruhe ricalca per molti aspetti i paradigmi della resistenza elaborati in dottrina che, tra gli elementi tipizzanti, ha incluso proprio il riferimento ad una condotta resa pubblica (*öffentlich*), pacifica (*gewaltlos*)²⁹, determinata da ragioni di coscienza (*gewissensbestimmt*), mirata a

²⁷ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., p. 68 ss.

²⁸ BVerfGE (KPD-Urteil), 5, p. 85 ss. Il Tribunale di Karlsruhe ha precisato che il diritto di resistenza può essere impiegato solo in funzione della conservazione dell'ordine esistente; si tratta dunque di un diritto dell'emergenza a tutela della conservazione dell'ordinamento giuridico. In secondo luogo, si richiede che la condizione d'ingiustizia (Unrecht) a cui si oppone resistenza deve essere evidente (*offenkundig*); che i mezzi giuridici offerti dall'ordinamento a tutela delle pretese giuridiche soggettive abbiano così poche prospettive di successo che l'ultima soluzione per conservare o riprodurre la condizione di legalità sia la resistenza.

²⁹ In senso conforme, v. J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für den demokratischen Rechtsstaat. Wider den autoritären Legalismus in der Bundesrepublik*, in P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2015, p. 29 ss., part. p. 30. Secondo R.

provocare modifiche alla disciplina legislativa contestata³⁰. Di particolare significato si mostra, qui, il riferimento alla coscienza come fattore di induzione della resistenza in quanto si evidenzia, nella specie, una reale confusione, nel soggetto disobbediente, di apprezzamento etico e di valore giuridico, almeno nella misura in cui l'atteggiamento di quest'ultimo viene dallo stesso percepito come espressione di una libertà fondamentale.

In particolare, però, a tornare utile per qualificare sul piano dell'analisi giuridica, la condotta disobbediente è la distinzione di Gustav Radbruch tra *Gesetzliches Unrecht* e *übergesetzliches Recht* coniata nel noto scritto apparso sulla rivista *Süddeutsche Juristen-Zeitung* del 1946 (pp. 105-108) all'indomani della fine del II conflitto mondiale e della tragica caduta del regime nazista. Tale distinzione, a ben vedere, non rivela unicamente i termini di una regola di collisione tra legge e diritto sovraordinato, in favore di quest'ultimo, ma esprime più radicalmente l'inesistenza della legge ritenuta ingiusta quando urta contro i canoni di un diritto assoluto e, perciò, superiore. Non si tratta, perciò, unicamente di prefigurare gli esiti dell'antinomia tra la legge e un diritto formalmente superiore ("*Gesetzliches Unrecht läßt nur denken, wenn übergesetzliches Recht möglich ist*") ma è soprattutto il contrasto tra la volontà potenzialmente irrazionale di una legge e il diritto che si accredita come giusto perché si radica su valori assoluti e (reputati) universali. Una siffatta naturale superiorità, di ordine materiale, si contrappone (alla) e prevale sulla legge non intesa, perciò, come fonte esclusiva di produzione del diritto

Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., p. 42, la resistenza violenta nel contesto di uno Stato di diritto efficiente appare di regola come una condotta sproporzionata. Con riferimento specifico all'ordinamento italiano, si sostiene che il diritto di resistenza individuale "si rispecchia nella norma che esclude i reati di violenza, minaccia, resistenza e oltraggio a pubblico ufficiale, nonché i medesimi reati rivolti a un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti, quando «il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero il pubblico impiegato» abbia dato causa al fatto, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni»: P.Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, XVI ed., Milano, 2018, p. 490.

³⁰ J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main, 1979, p. 401 ss. („Der zivile Ungehorsam soll auf jeden Fall etwas Gesetzeswidriges sein, mindestens in dem Sinne, dass nicht lediglich ein Testfall für eine Prüfung auf Verfassungsmäßigkeit geschaffen wird;“ ...: p. 402).

(„Übergesetzliches Recht ist nur möglich, wenn das Gesetz nicht als die einzige Rechtsquelle gilt“)³¹.

La premessa di Radbruch smentisce, dunque, la coincidenza tra la supremazia della legge in quanto diritto positivo ed esalta il Diritto “assoluto”, riconducibile al diritto di natura o al diritto di ragione. Quando con quest’ultimo la legge si mostri incompatibile, essa perde ogni caratterizzazione formale e viene a derubricarsi a mero fatto (*Unrecht*), con l’effetto di emancipare ciascuno, individuo ed autorità, dall’obbligo di prestarvi osservanza.

segue: la distinzione: diritto-non diritto secondo la comunicazione sociale di sistema.

Una siffatta distinzione tende a corrispondere *mutatis mutandis* agli esiti applicativi del codice binario (*Recht–Unrecht*) che caratterizza, ben al di là del riferimento a parametri di ordine formale (gerarchico), la comunicazione all’interno del sistema giuridico, secondo la teoria sociale³². In tale codice, che rivela in buona sostanza il criterio di classificazione interna a tale sistema, si rappresenta il metodo reale di riconoscimento del diritto inteso come valore positivo, in contrapposizione al “non diritto” (o diritto “ingiusto”) che, invece, esprime l’esito (sociale) di un giudizio di disvalore. In questo modo, viene ad ordinarsi l’intera esperienza giuridico-sociale promuovendosi un’accezione alta del diritto come prodotto del sistema stesso³³. L’inquadramento di atti e/o condotte nella sfera del non-diritto, in conformità tra l’altro con la teoria del riconoscimento giuridico³⁴, è il risultato della comunicazione di sistema che disconosce a tali atti e condotte la natura di diritto, anche qui –come già accaduto per Radbruch- declinandoli quali espressioni di puro

³¹ G. Radbruch op. cit.

³² N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p.70 ss

³³ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1993, p.70 ss. Sulla distinzione tra “Recht” e “Unrecht”, v. anche T. Vesting, *Rechtstheorie*, p. 6 ss., p. 10 (anche nota n. 44), nonché p. 63 ss.

³⁴ Al riguardo, cfr. R. Dreier, *Bemerkungen zur Rechtserkenntnistheorie*, in W. Krawietz (Hrsg.), *Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*, Berlin, 1979, p.89 ss

potere³⁵. In questo senso entrambe le prospettazioni qui riportate –quella risalente allo stesso Radbruch e quella, di natura sociale, connessa alla teoria dei sistemi– convergono a ben vedere nell’esito ultimo, di collocare la questione del diritto di resistenza al di fuori dello schema duale tipico della sua legittimità/illegittimità giuridica. Come reazione all’esercizio di una forza di fatto priva di un ancoramento normativo che ne giustifichi l’espressione e la connetta alla sfera del potere pubblico, la disobbedienza civile in funzione di resistenza si mostra, ex sé, apprezzabile unicamente sul piano del fatto, in modo per certi aspetti simmetrico alla disciplina incriminata. Di conseguenza, l’unica legittimazione apprezzabile, con riguardo alla stessa, è quella etica.

In particolare, la prospettiva di Gustav Radbruch prefigura una dipendenza funzionale della volontà legislativa da una visione naturalistica (i diritti naturali) e/o pratico-razionale del diritto (l’etica sociale comune), da cui discende la condizione di sottomissione del diritto ingiusto/non-diritto al diritto superiore. Di contro, alla selezione operata secondo la comunicazione interna al sistema giuridico resta indifferente la forma, non la consistenza di ordine assiologico del diritto quale giudizio sociale di valore positivo che motiva la descritta selezione degli atti, tutti formalmente produttivi di diritto. Entrambi i criteri di riparto accedono in ultima analisi ad una percezione del diritto in funzione di Giustizia che, sola, vale a spiegarne la catalogazione binaria in diritto/non-diritto, risalente, in ultima analisi, ad un giudizio di natura teoretica o di ragion pratica, riferito all’agire adeguato³⁶. Matura, così, la convenzione per cui la carenza di giuridicità nella legge formale rileva in conseguenza della sua teleologica assoluta estraneità all’obiettivo di Giustizia (“Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird), in particolare per la palese violazione del principio di uguaglianza inteso come nucleo indefettibile del valore di Giustizia (“wo die Gleichheit, die den

³⁵ Per una distinzione tra diritto e potere, cfr. tra gli altri C. Menke, *Recht und Gewalt*, 2. Aufl., Berlin, 2011, part. p. 34 ss.; v. anche E. Denninger, *Recht – Gewalt – Gerechtigkeit*, paper.

³⁶ In merito ai tre elementi che connotano la comunicazione all’interno del sistema -*Information, Mitteilung, Verstehen*- di cui però solo quest’ultimo ha carattere decisivo, cfr. ancora N. Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt am Main, 1987, p. 193 ss., richiamato ancora in T. Vesting, *Rechtstheorie*, p. 60.

Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts *bewusst verleugnet wurde*" (corsivi miei: n.d.r).

La contraddizione con tale valore deve essere percepita come insopportabile (*unerträglich*), ciò che allude, a ben vedere, più che a una sensazione soggettiva, ad un ragionevole apprezzamento dell'obiettiva gravità della violazione di principi e diritti costituzionali, tale da far apparire non ingiustificata, quanto meno sul piano dell'etica giuridica, una generale intolleranza, anche morale, verso i comandi legislativi -come accade, ad es., nel caso della produzione di un *vulnus* profondo alla dignità umana di singoli e gruppi. La resistenza opposta al diritto ingiusto/non diritto è vista perciò essenzialmente come condotta reale, mirata ad opporsi ad altra condotta di fatto, tale intendendosi quella qualificata come diritto ingiusto (*Unrecht*). Quest'ultima, priva dei requisiti necessari per accreditarsi come atto giuridico (*Recht*, diritto vero e proprio), si atteggia a *Gewalt*, violenza, espressione di pura forza.

Le tesi innanzi prospettati manifestano inevitabilmente corrispondenze logiche e funzionali con la Costituzione per valori nella misura in cui quest'ultima proietta l'idea di Giustizia³⁷ nella sfera del diritto positivo attraverso un complesso di principi e regole eticamente fondate e percepite come universali. E' su questo terreno, oltre che su quello propriamente istituzionale, che tali regole possono avere "realtà"³⁸, mostrandosi infungibili rispetto ad ogni soluzione organizzativa e istituzionale (stato di diritto, democrazia, etc.) che non ne assicuri l'effettiva cogenza.

In relazione a fattispecie che tali regole e principi sembrano porre in pregiudizio, per le quali la percezione etica del rifiuto immediato di osservanza sopravanza quella giuridico-formale, 'diritto' di resistenza e disobbedienza civile possono forse trovare una forma di legittimazione.

³⁷ "Gerechtigkeit etwas Schöpferisches ist und nicht die mechanische Anwendung starrer abstrakter Normen": E. Kaufmann, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art 109 der Reichsverfassung*, in *VVDStRL*, 3, Leipzig, 1927, p. 1 ss., part. p. 12, che intende in questo modo la Giustizia non come un'accezione di tipo soggettivo.

³⁸ Così, M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Frankfurt am Main, 1979, p. 23.

4. Il 'diritto' di resistenza nel dibattito dottrinale.

La *vexata quaestio* appare anche come la più problematica sul piano della sistemazione teoretico-dogmatica, lasciando integra ogni incertezza in merito alla configurabilità del 'diritto' di resistenza a cui si riconnette, in ultima analisi, la liceità della disobbedienza civile. Tale incertezza investe essenzialmente la reale difficoltà di riuscire a separare, sul piano dell'apprezzamento di valore, il profilo etico-pratico da quello giuridico in merito al riconoscimento del 'diritto' in questione. Nondimeno, possono individuarsi sul piano dottrinale linee di pensiero che riconoscono alla resistenza una legittimazione essenzialmente sul piano etico³⁹, altre, invece, che, invece, la qualificano senz'altro come un diritto, riconoscendo della stessa un vero e proprio fondamento giuridico. Tanto conferma la difficoltà dell'analisi in questione, che tende a svolgersi sul piano sdrucchiato dell'intreccio di rapporti tra discipline teoretiche e giudizi pratici, tra *scienza* e *prudentia*⁴⁰, su cui ogni giudizio assertivo della sua legittimità o illegittimità giuridica rischia di apparire come una semplificazione estrema.

In particolare, sul primo versante (liceità etica) si tende ad inquadrare la condotta resistente da parte del singolo come risolto pratico di un imperativo etico⁴¹, di legittimo rifiuto di obbedienza di atti contrari al senso del diritto (Unrecht). Soprattutto nel pensiero di Habermas si ritrova, poi, una problematica distinzione tra l'etica quale percezione particolare, specifica di una determinata società statale; e la Giustizia (o etica generale) intesa, invece, come un valore neutro

³⁹ In tal senso, M. Kriele, op. ult. cit., p. 111 ss.; J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam – Testfall für demokratischen Rechtsstaat*, cit., ora anche in Id., *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt am Main, p. 79 ss.; J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, cit., p. 409 ss. Più nello specifico, Rawls ritiene che la resistenza possa trovare un apprezzamento positivo sul piano etico-giuridico solo in presenza di ingiustizie gravi e solo se la disobbedienza civile si mostri come l'unica soluzione necessaria per realizzare lo scopo, sempre che la condotta resiliente non metta in grave pericolo la generale pace giuridica o il funzionamento dell'ordinamento costituzionale.

⁴⁰ M. Kriele, op. ult. cit., 17.

⁴¹ J. Rawls, op. ult. cit., p. 409 ss.; M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit., p. 111 ss., H. Simon, *Fragen der Verfassungspolitik*, in P. Glotz (Hrsg.), *Ziviler Ungehorsam im Rechtsstaat*, 3. Aufl., Frankfurt am Main, 2015, p. 99 ss.; J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam*, cit., p. 79 ss.

universale⁴². La disobbedienza civile è fatta consistere, allora, in atti formalmente illegali adottati facendosi appello ai fondamenti di legittimazione dell'ordinamento democratico dello Stato di diritto⁴³.

Quest'ultimo riferimento appare, tuttavia, rivelatore della natura liminare della condotta in esame, dove il suo ancoramento ai fondamenti ultimi su cui riposa l'ordinamento democratico finisce per accreditarla inevitabilmente di una valenza giuridica (un potere di fatto, direbbe Mortati: v. *infra*), evidenziandone l'intreccio inestricabile con la coscienza generale del popolo (la cd. *Sittlichkeit*). Il soggetto disobbediente –per lo stesso Habermas– si carica volontariamente del rischio di essere sottoposto a sanzione penale pur di corrispondere alla propria percezione etica e manifestare il dissenso verso un atto, solo formalmente legittimo, in realtà ingiusto⁴⁴ perché in contrasto, in buona sostanza, con i valori metapositivi (ma anche superpositivi) che costituiscono la ragion prima e ultima della legittimazione dell'ordinamento democratico.

Parimenti antifibologica –non molto diversa nella sostanza da quella di Habermas– è la posizione di chi, muovendo dalla premessa secondo cui i principi a cui viene ancorata la giustificazione morale del diritto di resistenza (Rawls) corrispondono in realtà alla tradizione del cd. diritto di ragione (Locke, Rousseau, Kant), largamente trasfusa nel testo delle Costituzioni democratiche, finisce per accreditarlo, ancora una volta, di sostanza giuridica⁴⁵. Per il giurista, ciò implica l'esigenza di verificare se e in che misura la disobbedienza civile possa apparire giustificata e, dunque, legittima, alla stregua dei parametri di diritto positivo. Anche qui, tuttavia, la conclusione è che la disobbedienza civile debba essere intesa come una violazione consapevole e voluta di un divieto normativo, in casi

⁴² J. Habermas, *Drei normative Modelle der Demokratie*, ora anche in Id., *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main, 1999, p. 277 ss., part. p. 284 („Anders als ethische Fragen sind Gerechtigkeitsfragen nicht von Haus aus auf ein bestimmtes Kollektiv bezogen“).

⁴³ In tal senso, v. J. Habermas, *Ziviler Ungehorsam*, cit., p. 33.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 34.

J. Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, cit., p. 409 ss.

eccezionali giustificata da un'espressa previsione di regole (es., art. 20 c. 4, GG) poste dal diritto sovraordinato⁴⁶.

In definitiva, il pendolo del dibattito dottrinale oscilla sempre tra gli estremi del disconoscimento assoluto di liceità giuridica al 'diritto' di resistenza, sulla falsariga del pensiero positivistico⁴⁷; e, di contro, della sua giuridicità all'interno degli ordinamenti statali democratici, seppure limitata a casi eccezionali. Una serie di posizioni mediane, poi, cercano di accordare, (non sempre riuscendovi) legittimazione etica e dignità giuridica di tale 'diritto' all'interno di un *unicum* argomentativo che si compie, in ultima analisi, in una (avvertita come giusta) comprensione della Costituzione, dei suoi diritti e principi, vale a dire della sua specifica identità⁴⁸. Emblematico, in tal senso, è il confronto dottrinale sviluppatosi in Germania negli anni '50, in occasione della cd. vicenda-Schlüter riguardanti le condotte "disobbedienti" dei vertici dell' Ateneo di Göttingen, dimissionari per protestare contro la nomina a Ministro della cultura di una persona evidentemente non gradita perché ritenuta un estremista⁴⁹. Vi fu chi (Julius v.Gierke) ebbe a valutare tali condotte come espressione (legittima) del diritto di resistenza, il cui autonomo riconoscimento era da rinvenirsi nel principio generale di rispetto e osservanza dei diritti umani. Tale posizione svelava comunque l'intrinseca tenuità di tale 'diritto' sul piano giuridico, il cui fondamento, più che in una specifica prescrizione di diritto positivo, era individuato nella regola generale, di ordine essenzialmente etico, relativa al rispetto dei diritti umani in quanto universali. Una siffatta regola si traduce, poi, in un comando giuridico allorquando essa trova corrispondenza all'interno della Costituzione, direttamente (con un'elencazione

⁴⁶ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., pp.57/58.

⁴⁷ M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, cit., p. 16. H. Hart, *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt am Main, 1973, p. 214 ss.

⁴⁸ In tal senso, v. anche J. Habermas, *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?* (2004) in J. Habermas, J. Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung*, 2. Aufl., Freiburg – Basel - Wien, 2005, p. 24, ora anche in Id., *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 2005, p. 106 ss., part. p. 110.

⁴⁹ Nel maggio del 1955, la nomina di Franz Leonhard Schlüter a ministro della cultura del *Land* della Bassa. Tale vicenda e la relativa polemica dottrinale sulla condotta legittima o meno degli esponenti il governo dell'Ateneo sopra citati, in ragione di un supposto diritto di resistenza, sono richiamati in R. Dreier, op. cit., p. 45 ss.

corrispondente nel catalogo dei diritti fondamentali) o in forma indiretta (attraverso il rinvio a norme del diritto internazionale, consuetudinario e/o pattizio).

Al riconoscimento del 'diritto' di resistenza, come sopra esposto, faceva da contrappunto la posizione di chi (Peter Schneider) ebbe ad inquadrare le condotte disobbedienti come esercizio legittimo di diritti di libertà, negandosi al diritto di resistenza autonoma rilevanza giuridica all'interno della Costituzione. Le condotte dei vertici di Ateneo, insomma, erano da ricondursi, in ultima analisi, alla sfera materiale della garanzia specifica di particolari diritti fondamentali (es. libertà di manifestazione del pensiero)⁵⁰.

5. Il diritto di resistenza quale esercizio di democrazia: aspetti critici.

Particolare interesse, nell'ambito delle posizioni dottrinali favorevoli al riconoscimento di forza costituzionale del diritto di resistenza, sono quelle che tendono a ricondurlo ad un esercizio atipico della democrazia.

Per Josef Isensee, in particolare, la resistenza come figura giuridica autonoma e costituzionalmente regolata trova il proprio fondamento come espressione del principio democratica, seppure peculiare e limitata all'unico caso-limite (*Grenzfall*) del sovvertimento dell'ordine costituzionale (ex art. 20 Abs.4, GG)⁵¹.

Nella dottrina italiana, una siffatta linea di pensiero trova corrispondenza nella riflessione di Costantino Mortati (v. *infra*) nella quale, parimenti, riesce

⁵⁰ V. ancora R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?*, cit., p. 51, che richiama in tal senso anche le posizioni di G. Scheidle e H. Scholler.

⁵¹ Cfr. J. Isensee, *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatsrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, Bad Homburg, Berlin, Zürich, 1969, p. 105 ss. L'A. richiama l'attenzione sul pericolo che un'espressa previsione costituzionale del diritto di resistenza possa favorirne abusi e malintesi interpretativi. Peraltro, la positivizzazione di un siffatto diritto è declinata nella sostanza, come un'esaltazione del cd. diritto di natura. Le rappresentazioni di Peter Schneider e di Josef Isensee, peraltro, seppure seguendo percorsi in parte differenti convergono nell'esito di disattendere in ogni caso l'esistenza di un autonomo diritto individuale di resistenza, senza tuttavia giungere nelle conclusioni a porre in questione la legittimità dell'atto di disobbedienza civile. Essi disattendono perciò l'interpretazione che riconobbe la condotta dei vertici di Ateneo come esercizio del diritto di resistenza –seppure posto, quest'ultimo, in una relazione stretta con altri diritti di libertà.

particolarmente valorizzata la relazione tra la tutela della Costituzione e la resistenza come esercizio 'avulso' della sovranità del popolo. In tale riflessione, peraltro, traluce un reale disagio dell'A. ad assecondare senz'altro la prospettazione, di stampo positivistico, che derubrica la resistenza ad una mera attività di fatto, priva di fondamento giuridico-normativo. A sostegno di un tale asserto non si ritiene decisiva la formulazione del noto art. 50 del progetto di Costituzione (poi non approvato) che escludeva espressamente il diritto di resistenza, né gli esiti del dibattito in Assemblea costituente, in cui compare un espresso riferimento al carattere "metagiuridico" del 'diritto' di resistenza⁵². Mortati resta convinto, invece, che dal silenzio della Costituzione non possa dedursi senz'altro "l'antigiuridicità della resistenza intesa quale giudizio di non conformità all'ordinamento giuridico"⁵³. Né, d'altra parte, si può insistere sull'inutilità di una norma regolatrice dei modi di esercizio di un siffatto diritto, poiché "l'essere l'esercizio affidato al fatto non toglie a questo carattere giuridico se esso può assumere a proprio parametro i principi garantiti dalla Costituzione"⁵⁴. Un siffatto 'diritto', a ben vedere, può essere declinato come "potere di fatto" in ragione della carenza di espressa regolazione normativa, nondimeno, esso trova cittadinanza nella sfera del diritto come espressione della sovranità del popolo esercitata "al di fuori di schemi normativi". In definitiva, il titolo di legittimazione giuridica del 'diritto' di resistenza è da rinvenirsi sul terreno della Costituzione democratica⁵⁵, la sua connotazione giuridica viene a determinarsi in ragione del modo in cui esso è concretamente esercitato come manifestazione di sovranità popolare. A presupposto di tale argomentazione sta il richiamo ad un'ideale di popolo connotato da un'omogeneità sociale che appare anche come la necessaria premessa etico-culturale⁵⁶ al fine di condividere il consenso sui valori fondamentali della Costituzione, rispetto ai quali il popolo si pone come ultimo garante e

⁵² C. Mortati *Sub Art. 1 Cost.*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione - Principi fondamentali (Art. 1 – 12)*, a cura di G. Branca e proseguito da A. Pizzorusso, Bologna, 1975, p. 32.

⁵³ Così T. Serra, *Il 'diritto' di resistenza in Mortati*, cit., Relazione presentata al Convegno su Costantino Mortati: *Potere e limiti alla revisione costituzionale*, Roma, 14.12. 2015, p. 4 del paper.

⁵⁴ C. Mortati, op. cit., p. 33.

⁵⁵ Così T. Serra, op. loc. cit., p. 5.

⁵⁶ C. Mortati *Sub Art. 1 Cost.*, cit., p. 9.

custode. In questo senso, si percepisce una sorta di biunivocità funzionale della Costituzione che, per un verso, è fonte della sovranità democratica⁵⁷, per altro verso è l'oggetto di tale sovranità, vale a dire il bene prodotto dall'esercizio di tale sovranità e da quest'ultima sempre difeso. La resistenza, così, non può dirsi senz'altro estranea alla sfera giuridica ed, in particolare, alla natura della Costituzione, senza contare che peraltro non mancano ordinamenti in cui la legittimazione alla resistenza ha trovato esplicito riferimento nelle Carte costituzionali⁵⁸.

Le posizioni dottrinali ora richiamate che riconnettono il diritto di resistenza ad una forma atipica di esercizio di democrazia comunque dotata di un ancoramento costituzionale, seppur suggestive, evidenziano nel contempo non poche ombre, soprattutto con riguardo all'ordinamento italiano che, a differenza di quello tedesco, non codifica in Costituzione alcun riferimento al diritto di resistenza.

In particolare, poi, l'art. 1 c. 2 Cost., nella sua affermazione di principio, condensa il riferimento alle forme tipizzate di esercizio della sovranità popolare che, nel contesto dell'ordinamento statale, può manifestarsi unicamente "nelle forme ed entro i limiti" previsti dalla stessa Carta costituzionale. In questo senso, democrazia e popolo appaiono come categorie del diritto positivo, nello specifico, poi, il popolo non può che essere inteso nella sua unità quale figura giuridica soggettiva dell'ordinamento⁵⁹ non invece, quale unità prepolitica⁶⁰ connotata da

⁵⁷ Ibidem, p. 21 ss.

⁵⁸ Riferimenti alla „resistenza“ si trovano, ad es., nella Costituzione dei *Länder* dell'Assia (art. 147, abs. 1), di Brema (art. 19) e di Berlino (art. 23) –richiamati in R. Dreier, op. cit., p. 44.

⁵⁹ T. Martines, *Diritto costituzionale*, XII ed. (interamente riveduta da G. Silvestri), Milano, 2010, p. 145.; H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (2. Aufl., 1929), ora in Id., *Verteidigung der Demokratie* (Hrsg. von M. Jestaedt und O. Lepsius), Tübingen, 2006, p. 163.

⁶⁰ ..nel senso configurato soprattutto da C. Schmitt, *Verfassungslehre*, Unveränderter Nachdruck der 1928, Berlin, 1970, p. 23 ss; nonché Id., *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 8. Aufl, Berlin, 1996, p. 14 ss., part. p. 22 (in cui si afferma l'appartenenza alla sola sfera del diritto pubblico del concetto di popolo perché quest'ultimo esiste solo nella sfera del pubblico, non del privato); Id., *Der Begriff des Politischen*. 7. Aufl (5. Nachdruck der Ausgabe von 1963), Berlin, 2002, p. 43 ss; Id., *Staat, Bewegung, Volk*, Hamburg, 1933, p. 11 ss.

anche da un'omogeneità sociale⁶¹ (Boeckenfoerde, Mortati), di cui si afferma la presenza stabile silente nell'ordinarietà della vita istituzionale ma pronto a riemergere anche nella forma *extra ordinem* del diritto di resistenza. In quest'ultimo caso, infatti, il riferimento sarebbe ad una grandezza reale e priva di soggettività giuridica, che sfugge, pertanto, ad ogni tentativo di inquadramento secondo il diritto positivo.

In altre parole, si riproporrebbe nella specie la distinzione/confronto tra il popolo sovrano ed il popolo titolare di potere costituente, laddove –come è noto- la presenza del primo esclude necessariamente quella del secondo.

L'inquadramento come atto di democrazia del 'diritto' di resistenza manifesta, nondimeno, un qualche senso virtuoso se si muove da una percezione valoriale della democrazia quale metodo di inclusione nella vita politica⁶². L'esercizio di democrazia allora, viene a riferire di un radicamento culturale della Costituzione nelle radici della comunità sociale che può valere, in ultima analisi, a nutrire la *fictio iuris* della tendenziale identità di etica e Costituzione. Di contro, esso si oppone alla democraticità della legge che, nella specie, non può fungere da surrogato rispetto ad ogni sua carenza alla stregua di quei valori costituzionali (principi e diritti fondamentali) che proprio la resistenza intende tutelare. Nella componente teleologica che accompagna l'azione pubblica individuale di disobbedienza civile rileva la percezione di un male grave che il metodo democratico di formazione della legge non può sanare e/o compensare, perché ad essere posto in pregiudizio è il contenuto essenziale del contratto sociale, più nello specifico, la funzione di integrazione sociale che la Costituzione è tenuta a svolgere⁶³.

⁶¹ „...man setzt voraus, daß kraft der gleichen Zugehörigkeit zum gleichen Volk alle in gleicher Weise im Wesentlichen das Gleiche wollen“: C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, 7. Aufl., Berlin, 2005, p. 29.

⁶² In questo senso, per un'esaltazione della portata inclusiva della Costituzione, v. G. Zagrebelsky, *La virtù del dubbio*, Roma-Bari, 2007, p. 94 ss..

⁶³ Per tutti, v. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, München und Leipzig, 1928, p. 25 ss. In generale, poi, sulle diverse teorie contrattualistiche della Costituzione cfr. W. Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrag*, Darmstadt, 1994, part. p. 140 ss. in quanto concerne il contrattualismo democratico.

Da questo senso di patriottismo costituzionale⁶⁴ trae forza, in definitiva, l'interesse individuale alla resistenza che sancisce, in altri termini, l'identificazione reale tra il singolo e la Costituzione imperniata sul parametro assiologico, dinamico e vivente, della Giustizia. In tal modo, la regola di collisione fondata sul criterio gerarchico delle fonti legali manifesta la propria *ratio* ultima, sia che venga in rilievo l'argomentazione democratica⁶⁵ sia, invece, che si tratti della resistenza come espressione di singoli diritti di libertà.

6. La resistenza come diritto o esercizio di libertà costituzionali?

La dottrina prevalente che tende a rinvenire un fondamento giuridico-costituzionale della resistenza e della disobbedienza civile li intende essenzialmente come forma legittima di tutela dei diritti umani e fondamentali⁶⁶, sovente convertendo la condotta relativa nell'esercizio di una specifica prerogativa connessa ad un particolare diritto. Viene in rilievo soprattutto la garanzia della libertà di coscienza e della libertà religiosa che, sebbene diversa, con la prima mostra nondimeno chiare attinenze; il rispetto e l'osservanza della libertà di manifestazione del pensiero come anche del diritto all'autodeterminazione individuale. In fine, è invocato anche la garanzia di tutela della dignità umana che funge essenzialmente da norma generale di copertura di condotte riconducibili, per la maggior parte alla sfera materiale di garanzia di singoli diritti fondamentali.

In proposito sembra opportuno distinguere la resistenza individuale come forma di esercizio di un diritto fondamentale di cui lo stesso agente è, in principio,

⁶⁴ Sul concetto di patriottismo costituzionale, risalente innanzitutto al pensiero di Dolf Sternberger -*Verfassungspatriotismus*. Frankfurt a. M., 1990- cfr. innanzitutto J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* (1990), ora anche in Id., *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a. M. 1992, p. 632 ss.

⁶⁵ Per tali classificazioni, cfr. ancora E. Betti, *Autotutela (dir. priv.)*, in *E.d.D.*, IV, Milano, 1959, p. 529.

⁶⁶ In tal senso, v. tra gli altri W. Geiger, *Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus. Grundfragen des Rechts*, München, 1963, part p. 88 ss., in cui l'A. in ogni caso condiziona la praticabilità della resistenza contro atti del pubblico potere all'impraticabilità reale dei rimedi giuridici (tra l'altro, in quanto l'attività incriminata non tocca direttamente interessi del cittadino disobbediente).

il titolare⁶⁷ (es., rifiuto di imbracciare un fucile o di prendere parte ad un intervento di interruzione di gravidanza per ragioni di coscienza,), dal caso in cui la condotta disobbediente sia posta in essere per arginare o inibire del tutto gli effetti di un atto normativo contrastante con un obbligo generale (es., tutela dei diritti umani) senza toccare in alcun modo gli interessi concreti individuali del soggetto agente.

Nel primo caso, nella misura in cui la condotta resiliente appare giuridicamente lecita in quanto esercizio di una facoltà connessa ad un singolo diritto fondamentale, può dirsi che la resistenza trova una forma tipizzata di canalizzazione giuridica, perdendo ogni autonoma connotazione quale attività *extra ordinem*.

Il secondo caso, invece, appare di più problematica configurazione giacché la disobbedienza civile non corrisponde all'esercizio di alcun diritto fondamentale specifico dell'agente ma consegue piuttosto alla percezione di un dovere etico generale di rifiuto verso il diritto ingiusto, anche se il soggetto disobbediente non figura come pregiudicato o, peggio ancora, discriminato dalla regolamentazione ingiusta. Nella specie, il 'diritto' di resistenza come fattispecie autonoma, se riconosciuto, verrebbe ad essere l'unica scriminante in grado di cancellare l'antigiuridicità della condotta disobbediente. E' con riferimento a quest'ultima ipotesi, dunque, che la questione della legittimità di tale 'diritto' viene a porsi con maggiore forza, alla luce del quadro dei principi e diritti fondamentali. Poiché, se è vero che la Costituzione democratica come tale può espressamente legittimare forme di resistenza collettiva (art. 20 c. 4 GG), è del pari vero che, di norma, lo Stato costituzionale democratico di diritto rifugge da potenziali accreditamenti di forme individuali di disobbedienza civile come di forme adespote o fattuali di esercizio della democrazia e del potere. Nello Stato costituzionale, oltre alla fonte esclusiva dell'esistenza del popolo inteso come unità (giuridica)⁶⁸, si rinviene la disciplina essenziale relativa alle forme ed ai modi di reazione all'illegittimità degli atti

⁶⁷ Lo stesso può dirsi anche nel caso di assecondamento del proposito di suicidio del malato terminale, realizzato in nome della libertà di autodeterminazione e/o della dignità della persona.

⁶⁸ V. ancora H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, cit., p. 163.

giuridici, anche normativi (regolamenti, leggi etc.). In particolare, si prevede che l'accertamento dell'incostituzionalità della legge, con conseguente espunzione dall'ordinamento giuridico spetti unicamente alla competenza del giudice costituzionale.

Alla luce di ciò, il ricorso alla disobbedienza civile individuale, fuori dei casi di resistenza caratterizzati dall'alto rischio di sovvertimento delle istituzioni democratiche, appare *ex sé* privo di un presidio costituzionale, finendo così per integrare un'illegittimità giuridica.

Ad una conclusione diversa può pervenirsi solo muovendosi dalla percezione dell'atto incriminato come violazione palese e grave di diritti umani positivi, la cui tutela è assicurata, oltre che dalle norme costituzionali, dal diritto internazionale e sovranazionale⁶⁹. Nella specie, l'aspettativa etica della loro osservanza andrebbe a cumularsi con l'aspettativa costituzionale⁷⁰ del loro assoluto rispetto, così che la loro violazione da parte di atti normativi è inteso quale sintomo di un pregiudizio reale ed immediato ai valori e principi di eguaglianza, solidarietà e coesione sociale su cui poggia in modo indefettibile l'ordinamento giuridico e sociale. Tanto, provoca da parte del singolo, una reazione di rifiuto di obbedienza sostenuta dall'*animus* di reagire contro il pregiudizio derivante alla Costituzione da tale violazione.

7. La disobbedienza civile come forma di autotutela costituzionale. Problematiche e prospettive.

La consapevolezza che la legge incompatibile con i valori di fondo della Costituzione venga a collocarsi, secondo lo schema del codice binario⁷¹, nella sfera del *Unrecht* (ovvero, del non-diritto), spiega la possibilità di intendere la disobbedienza come reazione sociale al pregiudizio recato *di fatto* ai fondamenti

⁶⁹ Al riguardo, con riferimento in particolare alla tutela comunitaria dei diritti fondamentali, cfr. per tutti E. Malfatti, *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, 3^a Ed., Torino, 2018, part. p. 199 ss.

⁷⁰ In tema, cfr. per tutti J. Isensee, in J. Isensee/P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, Heidelberg, 2000, p. 353 ss., part. p. 436 ss..

⁷¹ N. Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main, 1995, p. 69.

dell'unità politica dello Stato. In questo senso, essa appare come l'attivazione di un meccanismo di difesa mirato a evidenziare il disappunto etico e, per altro verso, a scongiurare le conseguenze dell'osservanza pedissequa di atti legislativi ingiusti. Si tratta, a ben vedere, di una forma di autotutela del corpo sociale a garanzia, per un verso, degli ambiti di libertà riconosciuti al singolo⁷², per altro verso, dell'integrità del progetto di Giustizia politica e dell'ordinamento fondamentale della vita sociale che la stessa Costituzione realizza in sé⁷³. Anche qui, infatti, come in generale in ogni manifestazione legittima dell'autotutela, sia amministrativa che privata⁷⁴, l'esercizio della condotta non può non trovare un qualche ancoramento normativo, in particolare nella Costituzione, mostrandosi perciò come una condotta legittima nella finalità di scongiurare un pregiudizio grave ai suoi valori e regole di principio.

Tale forma di autotutela costituzionale può subire una censura di illegittimità, con ogni conseguenza sul piano giuridico per gli individui autori delle condotte, quando sia smentita dall'autorità giurisdizionale la fondatezza del pregiudizio temuto e/o siano respinte eventuali doglianze d'incostituzionalità rilevate in merito alla disciplina incriminata. Una difesa di tal genere, peraltro, condensa aspetti e presupposti funzionali non apparsi del tutto sconosciuti all'ordinamento, quali, ad es., quelli propri delle esimenti penali dello stato di necessità e/o della legittima difesa⁷⁵. In entrambe siffatte ipotesi, infatti, l'antigiuridicità della condotta evapora in ragione della difesa di beni equivalenti o addirittura superiori (ad es., la vita di più persone). Nell'ipotesi della

⁷² In senso conforme P.Barile, E. Cheli, S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 490 ("mediante il diritto di resistenza *individuale* il soggetto si oppone direttamente all'esecuzione dell'atto incostituzionale").

⁷³ Sulle diverse connotazioni funzionali della Costituzione, v. per tutti U. Volkmann, *Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland*, Tübingen, 2013, p. 29 ss., p. 41 ss.

⁷⁴ Vero è che nel caso dell'autotutela amministrativa l'esercizio di tale potere al fine di scongiurare la potenziale lesione di posizioni giuridiche soggettive, di diritto o interesse legittimo trova il proprio fondamento giuridico in una previa autorizzazione legislativa, per cui è sottoposta al vincolo di tassatività delle fattispecie, come accade anche per l'autotutela nella sfera dell'autonomia privata: Così, E. Betti, *Autotutela (dir. priv.)*, in *E.d.D.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss. E' del pari vero, però, che a livello costituzionale, l'autotutela costituisce un principio immanente connesso all'esigenza di (auto)conservazione della Costituzione, il cui esercizio non può che spettare al popolo quale soggetto sovrano.

⁷⁵ V. ancora E. Betti, op. ult. cit., p. 530.

disobbedienza civile come esercizio di autotutela costituzionale diffusa, il fondamento di sua legittimazione andrebbe intravvisto nella lesione dei diritti umani, il suo carattere legittimo andrebbe misurato anche in ragione dell'intrinseca proporzionalità della condotta in relazione alla gravità del pregiudizio recato a diritti considerati universali.

La legittimazione dell'autotutela individuale, in definitiva, si fonda sul dato assiologico-funzionale di difesa dei diritti universali, oltre che della Costituzione democratica che li contiene, in quanto quale patrimonio comune dell'umanità, prima ancora che del popolo dello Stato.

L'intento sotteso alla disobbedienza civile, in definitiva, è quello di opporsi ad una lacerazione del tessuto connettivo della Carta fondamentale.

Ma la resistenza motivata da ragioni di coscienza (l' "opposizione etica", di cui parla Martin Kriele) non può tradursi, ad ogni modo, nell'esercizio di un'autonoma facoltà, associata alla sfera materiale del diritto fondamentale all'autodeterminazione. Per quanto attiene, in particolare, alla libertà di coscienza la sua sfera materiale di garanzia non appare soggettivamente determinabile⁷⁶ ma implica, a tal fine, l'intervento concretizzatore innanzitutto del legislatore ordinario. Tanto, se non equivale a delineare in favore di quest'ultimo una riserva assoluta di competenza, non consente, d'altro canto, di ammettere il libero apprezzamento individuale delle implicazioni legate alla coscienza, per es., nell'esercizio di una determinata attribuzione da parte di un funzionario pubblico. La questione giuridica insorta in ragione di una condotta disobbediente per motivi di coscienza può essere, comunque, risolta dal giudice -di merito o costituzionale- chiamato in concreto a verificare, tra l'altro, la congruità delle implicazioni di ordine giuridico sottese all'inadempimento istituzionale da parte del singolo. Occorre tener conto, peraltro, che la sfera di garanzia della libertà (negativa) in questione, come di ogni altro diritto fondamentale, deve essere definita alla stregua di un imperativo di ottimizzazione⁷⁷, così da favorirne, seppure in una logica di

⁷⁶ J. Isensee, *Wer definiert die Freiheitsrechte ?*, Heidelberg, 1980, p. 17 ss.

⁷⁷ R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-baden, 1985, p. 75 ss.

bilanciamento di interessi concorrenti, l'estensione più ampia possibile a garanzia delle posizioni individuali.

Analogamente può dirsi, poi, con riguardo alla libertà religiosa ed alla libertà di manifestazione del pensiero, alla cui tutela potrebbe rivolgersi la condotta disobbediente. Anche in proposito, tuttavia, l'impiego della disobbedienza civile come esercizio di diritto fondamentale del singolo ne implica la derubricazione a condotta legittima in quanto ricadente nella sfera materiale di tutela del diritto in questione, al di fuori di ogni riferimento al tessuto normativo dell'emergenza costituzionale". Riconducendola ad un contesto più generale che ha a che fare, in ultima analisi, con i caratteri dell'identità costituzionale, la disobbedienza viene disancorata dalla sfera del diritto eccezionale e declinata come ordinaria facoltà costituzionale.

Tanto conferma, in buona sostanza, che nel contesto dello Stato costituzionale di diritto l'esercizio del 'diritto' di resistenza rappresenta l'eccezione connessa alla tutela dell'ordine costituzionale⁷⁸. La legittimità di condotte disobbedienti nell'ordinario dell'esperienza giuridica dello Stato non sembra poter senz'altro essere esclusa, almeno fino a quando non intervenga un pronunciamento in senso contrario del giudice, se le stesse integrano una facoltà connessa all'esercizio di un diritto fondamentale. Quando tali condotte non siano imputabili, invece, alla tutela di diritti viene in rilievo la responsabilità istituzionale connessa allo *status activus* di cittadino, componente, come tale, del popolo sovrano titolare del potere costituente.

8. Problematiche di una tipizzazione della condotta di disobbedienza civile?

La condotta di disobbedienza civile, come si è cercato di evidenziare innanzi, si presta ad una pluralità di forme di espressione e di declinazioni⁷⁹ così

⁷⁸ Cfr. W. Geiger, *Gewissen, Ideologie, Widerstand Nonkonformismus. Grundfragen des Rechts*, München, 1963, p. 88 ss. (richiamato anche in R. Dreier, op. cit., p. 48).

⁷⁹ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat ?* (1983), ora anche in Id., *Recht – Staat – Vernunft*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 2016, p. 39 ss. Al riguardo, per una classificazione dei vari tipi di

che diventa un'impresa piuttosto ardua individuare, della stessa, un denominatore comune ultimo. Si possono, tuttavia, delineare due elementi, rispettivamente, di ordine assiologico-formale e di natura materiale, come caratterizzanti di massima la disobbedienza civile; il primo sta nella "rottura del diritto positivo" posto dalla legge "in nome di un diritto" superiore formalmente riconducibile alla Costituzione, nella sostanza riferito alla natura immutabile ed universale dei diritti umani, a cui ogni ordinamento giuridico deve rispetto ed osservanza⁸⁰.

Il secondo elemento, di ordine essenzialmente psicologico-materiale, consiste invece nella qualificazione come diritto "ingiusto" -e, perciò, non-diritto- della legge contestata. Nello specifico la percezione del disvalore (l'ingiustizia) che comporta, nell'esito, la catalogazione di tale legge nella sfera del non-diritto è qualcosa di più e di diverso dall'ammissione della mera illegittimità giuridica, seppure nella fattispecie più grave dell'incostituzionalità. Si tratta, al riguardo, della percezione convenzionale di grave pregiudizio ai contenuti ultimi del contratto sociale e, così, ai fondamenti della patto di convivenza imperniato sulla cultura dei diritti e principi fondamentali, trasfusa poi nella struttura normativa della Carta costituzionale (v. *infra*). Ne consegue la consapevolezza di un agire irrazionale, quasi di un sovvertimento della ragion pratica che identifica, secondo un giudizio di valore, il diritto (soggettivo e oggettivo). A tanto, l'atto di disobbedienza civile tende a reagire come forma -si è detto- di autotutela costituzionale individuale, legittimato da un'etica di reale consenso e reciproca identificazione tra individuo e Costituzione.

A ciò si aggiungono elementi accidentali, come ad es., la natura non violenta, di norma, della condotta disobbediente che, ad ogni modo, non risultano decisivi ai fini di inquadrare la condotta nella sfera materiale del diritto di resistenza.

Peraltro, proprio in quanto la qualificazione di una condotta come disobbedienza civile è radicata sull'elemento teleologico, prima ancora che su

resistenza v. ancora Alessandro Passerin d'Entraves, *Legittimità e resistenza*, cit., p. 998, nonché, ivi, la classificazione delle condotte disobbedienti formulata da Norberto Bobbio.

⁸⁰ R. Dreier, *Widerstandsrecht im Rechtsstaat?*, cit., p. 57.

quello formale, il suo riconoscimento non può negato o contestato quando a porla in essere sono pubblici ufficiali e rappresentanti istituzionali (es., Sindaco, Presidente di Regione, dirigente di uffici, etc., Presidente di un'Assemblea politica etc.). Senza scendere qui in un'analisi dettagliata delle posizioni di diritto e di obbligo connesse allo status giuridico di funzionario e/o organo pubblico, la resistenza come forma di esercizio dell'autotutela costituzionale non è destinata a recedere o a subire un diverso apprezzamento in ragione dei soggetti che la pongono in essere.

In definitiva, emergono alcuni imperativi categorici dalla comunicazione sociale inerente alla disobbedienza civile, il primo dei quali attiene alla mancanza di un obbligo effettivo di osservanza di comandi di legge codificati come ingiusti in quanto percepiti estranei alla sfera del diritto perché contrari ai valori dello Stato costituzionale democratico. In questo caso, il rifiuto etico dell'obbedienza può convertirsi in presupposto di legittimità formale dell'azione di autotutela costituzionale soprattutto alla luce di un ordinamento statale che non si dichiara neutro dal punto di vista dei valori assentiti. Tale legittimità si rafforza, naturalmente, allorquando venga poi riconosciuta l'incostituzionalità della legge in parola o, avvertendosi la sua contrarietà a tali valori, essa venga abrogata dallo stesso legislatore democratico. Il 'diritto' di resistenza viene a costituire, in quest'ordine di idee, di idee, la norma di chiusura di un sistema giuridico orientato alla realizzazione dell'ideale (costituzionale) di Giustizia.

Per tornare agli esempi innanzi citati di disobbedienza civile, con riguardo al "caso-Cappato" il figurino innanzi descritto si traduce, nella specie, nella effettività di una condotta mirata, in ultima analisi, a far prevalere i diritti fondamentali della Costituzione oltre l'irrazionalità presunta di una legislazione che nella previsione della sanzione penale ex art. 580 c.p. omologa fattispecie diverse frustrando, in ultima analisi, il diritto all'autodeterminazione individuale in materia di fine vita⁸¹. Del pari secondo il figurino della disobbedienza civile va inquadrata la condotta dei sindaci in merito all'attuazione delle nuove norme in

⁸¹ ... come del resto lo stesso comunicato della Corte costituzionale lascia in qualche modo adombrare.

materia d'immigrazione, di cui alla citata l. n. 132/18 non tanto perché meno evidente o grave possa palesarsi, in quest'ultimo caso, il pregiudizio a diritti e principi della Costituzione repubblicana del '48. Evidentemente la consistenza teleologica di tale condotta è da rinvenirsi nel rigetto etico di una disciplina apparsa ingiusta perché potenzialmente in grado di erodere le basi ultime della convivenza civile pregiudicando la realizzazione della funzione d'integrazione sociale che è propria della Costituzione. Nella specie, infatti, oltre al riferimento a puntuali prescrizioni apparse in contrasto con principi fondamentali della Costituzione (es., principio di eguaglianza) è la consapevolezza dell'effetto divisivo che la legge in questione è in grado di realizzare all'interno della comunità sociale distorcendo in maniera patologica –rispetto al figurino costituzionale- l'idea di pluralismo sociale.

9. Conclusioni.

L'analisi fin qui condotta sulla configurabilità o meno di un 'diritto' di resistenza e sulla giuridica praticabilità della disobbedienza civile nel contesto dello Stato costituzionale di diritto, non è servita a dissipare ogni dubbio in merito, tuttavia, ha evidenziato l'esistenza, al riguardo, di un intreccio inestricabile tra etica, ragion pratica e diritto, in particolare alla luce della Costituzione repubblicana che non si mostra neutrale sul piano dei valori. In realtà non sembrano essere solo questi i casi reali, perché sintomi di una certa disobbedienza si percepiscono a volta anche in relazione a vicende "istituzionali" (autonomie regionali e comunali) ma può ritenersi, per quanto fin qui si è venuto dicendo, che in queste ultime ipotesi siamo al di fuori del figurino tipizzato. Si è anche visto (v. *supra*) come, nell'esperienza, la questione circa il riconoscimento di cittadinanza costituzionale al 'diritto' di resistenza può determinarsi in modo diverso in ragione delle diverse interpretazioni del dettato costituzionale, soprattutto della differenza configurazione che del concetto di Costituzione e della configurazione funzionale di quest'ultima viene ad essere espresso in dottrina. Non è un caso che poli di

legittimazione di tale 'diritto' siano intravvisti, rispettivamente, nella tutela di libertà fondamentali, per un verso, nell'espressione di democrazia, per altro verso.

Non sembra peregrino, ad ogni modo, ritenere che la legittimità anche giuridica di tale 'diritto' e, nello specifico, della condotta di disobbedienza civile in cui esso si manifesta, prima ancora che a precisi parametri costituzionali, finisca per connettersi ad una precomprensione di senso della Costituzione *als Ganzes*, dei suoi rapporti con l'etica dei diritti umani universali, per un verso, con la ragion pratica, per altro verso. Da un lato, la legittimazione del diritto di resistenza si misura entro i termini della reale conversione di un imperativo categorico, di natura etica o pratica (" i diritti umani universali vanno rispettati") in un imperativo giuridico (la norma costituzionale che direttamente o indirettamente sancisce tale vincolo di osservanza). Dall'altro lato, tale legittimazione risulta condizionata dall'ammissione dell'esistenza di un popolo costituente nell'esperienza dell'ordine costituito, come soggetto potenzialmente agente e titolare del 'diritto' in questione. Ciò, si è detto, reca in sé una notevole dose di suggestione ma appare difficilmente compatibile con la dimensione giuridico-positiva compiuta dell'ordinamento statale, in cui soggetti e funzioni sono unicamente prevedibili se legittimate dalla norma all'interno dell'ordine costituito.

In principio vale il riferimento allo Stato costituzionale democratico di diritto come modello organizzativo compiuto, in grado di assorbire nella trama delle soluzioni organizzative predisposte a tutela delle posizioni giuridiche soggettive e dell'esercizio della sovranità popolare anche il 'diritto' di resistenza. In tal senso, la previsione di un diritto fondamentale di difesa (art. 24 Cost.), di meccanismi di garanzia a tutela di interessi, generali e soggettivi, della disciplina del sindacato di costituzionalità della legge (art. 134 ss. Cost.), oltre alla statuizione delle garanzie di indipendenza e terzietà del giudice (art. 101 ss. Cost.) e del principio costituzionale di giusto processo (art. 111 Cost.) tendono a riempire ogni spazio di esercizio del 'diritto' di resistenza, coniugandolo nelle forme proprie dell'ordine costituzionale esistente.

L'assetto organizzativo descritto, in ogni caso, come tale non basta a surrogare la consistenza sostanziale della Costituzione e dei valori che vi sottendono, in particolare, la natura democratica della legge non può bastare ad assorbire ogni percezione etica del suo potenziale disvalore in un caso specifico. La stessa Costituzione, del resto, pone in equilibrio la dimensione formale della democrazia come metodo di decisione con quella sostanziale, come forma di esaltazione della partecipazione soggettiva al discorso razionale e, così, alla decisione politica. Il richiamo alla consistenza democratica dell'iter legislativo, a giustificazione dei suoi contenuti, non può bastare dunque ad arginare il disvalore della legge ingiusta, degradata al livello del mero atto di potere.

Non si mostra necessario, così, evocare un concetto di popolo come unità ideale per riportare l'esercizio del diritto di resistenza a una dimensione di legittimità giuridica. A parte la esposta valenza problematica di una siffatta configurazione del popolo come potere e non, invece, come organo dello Stato ed a prescindere, inoltre, dalla caratterizzazione *extra-ordinem* di una siffatta espressione di democrazia, è evidente che un siffatto riferimento male si attaglia alle ipotesi di disobbedienza civile individuale, come nel caso sopra richiamato dei (solo alcuni) Sindaci riottosi all'attuazione della l. n. 132/18. L'appello di questi ultimi a resistere in nome dei diritti umani universali, come anche la condotta disobbediente messa in atto dall'on.le Cappato, possono intendersi, in ultima analisi, come risvolto di un "patriottismo costituzionale"⁸² generato dalla consapevolezza della corrispondenza del tessuto sostanziale della Carta alle "leggi di Antigone" rappresentate dai diritti umani e dai valori ultimi della convivenza civile e della coesione sociale. Non si tratta, nella specie, di una tensione/antinomia tra legalità e legittimità⁸³ quanto essenzialmente tra due legalità in conflitto di cui la seconda, la legalità costituzionale, rivela un'eccedenza di legittimazione generata dalla sua piena

⁸² D. Sternberger, *Verfassungspatriotismus*, Frankfurt am Main, 1990, *passim* (ma v. in part. p. 36 ss.); J. Habermas, *Staatsbürgerschaft und nationale Identität* (1990), ora in Id., *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1994, p. 632 ss., part. p. 654 ss., nonché, Id., *Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?* Cit., p. 111.

⁸³ C. Schmitt, *Legalität und Legitimität*, cit., p. 18 ss. e, su tale opera, v. la riflessione di H. Hofmann, *Legitimität gegen Legalität*, 4. Aufl., Berlin, 2002, p. 106 ss., part. p. 78 ss.

sintonia con l'etica razionale. Ciò che nella specie appare determinante è, in ultima analisi, proprio quest'ultimo rilievo a cui si conforma il dato formale di una superiorità gerarchica della Costituzione.

La democrazia –in conclusione– richiede un *ethos* conforme dei cittadini⁸⁴ ed è quest'ultimo a nutrire anche il consenso alle norme fondamentali della Costituzione. Si tratta di riuscire a cogliere fino in fondo la portata di un tale atteggiamento materiale, in relazione agli eventi dell'esperienza sociale rispetto ai quali esso può evidenziarsi fino a vincolare l'argomentazione giuridico-costituzionale. In questo prisma dell'esegesi, il 'diritto' di resistenza, come la disobbedienza civile, subiscono inevitabilmente un inquadramento dinamico e mutevole in ragione anche della misura di un tale *ethos*: ciò non è tanto la conseguenza di una debolezza culturale o di una deficienza strutturale dello strumentario esegetico a disposizione del giurista ma è, piuttosto, la forza dinamica trainante della Costituzione per valori.

⁸⁴ In tal senso, cfr. anche J. Limbach, *Die Demokratie und ihre Bürger*, München, 2003, p. 25 ss. e p. 114.