

Volere del singolo ed incertezze della legge. Prolegomeni filosofico-giuridici per l'applicazione della Legge n. 40/2004

Andrea Favaro*

WILL OF THE PERSON AND UNCERTAINTIES OF THE LAW. PHILOSOPHICAL-JURIDICAL PROLEGOMENA FOR THE APPLICATION OF L. N. 40/2004

ABSTRACT: The contribution presents some critical observations in order to the claim to recognize the “rule” of the autonomy and, consequently, of the law in order a sustain an analysis about L. 40/2004. Highlighting the vagueness of the notion of “sovereignty” and its crisis, the Author recovers some paradigms of juridical and political theory to recognize a renewed importance of the classical thought. The contribution makes an attempt to analyze the state crisis with the aim of recognizing the roots of this crisis, especially in verifying the failure to respect the “autonomy” as the origin of the rule of law.

KEYWORDS: Autonomy; sovereignty crisis; political responsibility; law and concept; community and society

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il riconoscimento del *suum cuique* nell'autonomia in virtù della laicità della legge – 3. Ossequio alla “autorità” ed emersione della “autonomia” – 4. Legge irrazionale: il ruolo dell'auto-governo del singolo nella *communitas* e nella *societas* – 5. La legge (*positiva*) come potenziale, ma imperitura, causa del quotidiano dilemma di Antigone.

1. Premessa

In un contesto come quello delineato da ciò che oggi è in vigore della L. 19 febbraio 2004, n. 40, pare più che opportuno svolgere alcune disamine circa il rapporto tra la volontà dei singoli e la disciplina legislativa con le incertezze che la stessa di norma è foriera specie quando deve sottoporsi ad operazioni che l'ordinamento vigente impone al fine di poterla adeguatamente coricare nel letto di Procuste della Costituzione.

Inquadrando l'analisi proposta nel presente contributo alla prospettiva filosofico-giuridica, principiamo l'esposizione tentando un inserimento nell'alveo ampio tracciato dai Contributi che hanno preceduto il presente e così evidenziando come dagli stessi emergano, rinnovati, taluni torrioni apparentemente inviolabili quali profili problematici sussistenti nel rapporto tra “autorità” (pubblica/statuale/comunitaria) e “singolo” (persona/individuo). Questi stessi manufatti dell'agire umano costituiranno l'oggetto cui volgere lo sguardo nei paragrafi che seguono dedicati, soprattutto, alla di-

* Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona. Mail: andrea.favaro@univr.it. Contributo sottoposto a referaggio.

namica dell'obbedienza (indicazione/direzione) prestata (o dovuta) dal singolo rispetto ai comandi (norma/legge) offerti (o imposti) dalla autorità; ordini che il contesto moderno contemporaneo vorrebbe quali anonime (quando non anodine) 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 dicto, non in re consistit* (De Corpore).

2. Il riconoscimento del *sum cuique* nell'autonomia in virtù della laicità della legge

Il nucleo nevralgico della "autonomia" del singolo (specie in un ambito quale quello che vorrebbe disciplinare la L. 40/2004 e quindi afferente a un elenco mai esaustivo di "singoli" potenzialmente coinvolti, dai genitori ai nascituri) viene assunto quale perno fondante la disamina che segue, affinché possa essere da stimolo per letture e sviluppi di uno dei temi principali della filosofia del diritto di ogni tempo (e luogo).

Una lettura autorevole di tale paradigma è stata palesata dal giusfilosofo tergestino Cossutta quando, recuperando un insegnamento di quello che qualifica come suo Maestro, innerva il paradigma della autonomia decisionale del singolo soggetto giuridico all'interno di una

«prospettiva a-statuale e, quindi, intrinsecamente avversa a quella modernità politica e giuridica che egli nel problematizzarla ha rifiutato evidenziandone le aporie; ma una prospettiva che specifica il suo rifiuto dell'ente stato, massima espressione della modernità, in chiave an-archica in quanto volta ad espungere dall'esperienza giuridica e politica l'idea di un fondamento del vivere sociale basato sul dispiegarsi del potere»¹.

Prospettiva "a-statuale", quindi, quella della "autonomia" che nell'ambito che occupa le nostre menti in questo fecondo Seminario richiama il gemito imperituro della resistenza alternativa che ciascun soggetto possiede dinanzi all'invadenza pervasiva del *leviathan* di turno, monarchico o democratico che sia poco rileva. Invadenza che al più emerge "peculiare" nel momento in cui promette di incidere su dinamiche di esistenza stessa del soggetto umano / soggetto giuridico², come disciplinato dalla L. 40/2004 e suoi attuali "confini". Alternativa che non potendo non originare dal soggetto, *rectius* dall'individuo³, tenta l'imperitura ricerca del senso dell'esistenza di una comunità quale dimensione utile a riconoscere il *sum* di ciascuno e non a far prevalere il *proprium* (per definizione astratto)

¹ M. COSSUTTA, *Ricordando Francesco Gentile, il mio Maestro*, in A. FAVARO (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*, Milano, 2016, 171. Tale richiamo, come lo stesso A. riferisce, era stato già svolto finanche in termini maggiormente esaustivi in M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, in M. AYUSO TORRES (a cura di), *Dalla geometria legale-statalistica alla riscoperta del diritto e della politica – De la geometría legal-estatal al redescubrimiento del derecho y de la política. Studi in onore di Francesco Gentile – Estudios en honor de Francesco Gentile*, Madrid-Barcelona, 2006, 237-252.

² Doveroso sul punto il richiamo al preclaro contributo di S. COTTA, *Soggetto umano Soggetto giuridico*, Milano, 1997.

³ 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*, Milano, 1969.

della comunità-istituzione circa l'esistenza (e quindi l'identità) del soggetto umano⁴. Riconoscimento che, come emerso a più riprese in questo Seminario, si palesa ancora più arduo da contornare avendo inevitabilmente da tenere in considerazioni soggetti (presenti e futuri) non adeguatamente tutelati dall'ordinamento medesimo.

Per dar vita al riconoscimento di una comunità risulta d'uopo proseguire la riflessione dal soggetto che della stessa è il germe, poiché è impossibile trattare dell'autonomia del soggetto, dell'io, senza che l'io sia messo radicalmente (e inevitabilmente) in discussione. In questi termini credo si renda necessaria una disamina filosofico-giuridica anche sulle tematiche che emergono dai contenuti (e dalla applicazione) della normativa oggetto di discussione nella presente sede.

Volendo porre la feconda condivisione di riflessioni emersa nel Seminario sotto l'egida del pensiero c.d. "classico"⁵, assumiamo quale dato di partenza l'affermazione critica "non vi è stato senza autorità", sulla scia della quale è plausibile (in termini contemporanei, ma invero già moderni) ammettere che non vi sarebbe stato senza sovranità⁶, secondo l'analogato suo e precisando che nessun reale ordinamento può essere dato per sovranità umana e allo stesso tempo esponendo (per poterne meglio evidenziare le aporie) l'ermeneutica contemporanea che attribuisce tale attributo (l'essere "sovrano") anche ad 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) in vista del contenuto di alcune normative come L. n. 40/2004.

⁴ Utili potrebbero essere vari possibili richiami e talune potenziali comparazioni, incompatibili con i limiti della sede presente, a M. STIRNER (*pseudonimo di Johann Caspar Schmidt*), *L'unico e la sua proprietà*, [1845, ma in realtà 1844], tr.it., Milano, 1979, specie al cap. I della Parte Prima (19-24) e al cap. II della Parte Seconda (196-220).

⁵ 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*, II, Milano, 2003, 473-495, ove si legge anche «Un classico non appare se non quando una civiltà, una lingua e una letteratura sono mature» (*op. cit.*, 475 – *corsivo nostro*).

⁶ 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 classico-tomista. 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*, Torino, 2001, 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* ovvero in modo *trascendente*, e non *relativamente* o come appartenenti alla *parte più alta* nel tutto» (J. MARITAIN, *L'uomo e lo Stato*, tr. it., Genova-Milano, 2003, 40). Sul punto vedansi utili approfondimenti in E. ANCONA, *All'origine della sovranità. Sistema gerarchico e ordinamento giuridico nella disputa sui due poteri all'inizio del XIV secolo*, Torino, 2004 nonchè, 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", Milano, 2012, 263-295.

Tale difficoltà di giustificazione (teorica e pratica al contempo) raggiunge i livelli massimi se inserita in un contesto pubblicistico quale è quello della “comunità politica” dove il riferimento alla *auctoritas* può utilmente essere rinvenuto in elementi esterni/superiori alla autorità giuridica (contingente) stessa facendo emergere una sorta di rinnovata scoperta di una dimensione ulteriore rispetto al diritto positivo⁷ espresso tramite condotte umane “secondo coscienza” e, quindi, seguendo la adeguata “autonomia” insita in ogni singolo a prescindere dal dettato della legge vigente che con la “coscienza” si trovi in stato di potenziale contrapposizione ed alternativa.

3. Ossequio alla “autorità” ed emersione della “autonomia”

Nel dovere di sintesi imposto dalla presente sede, 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 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”⁸ possa trovare riconoscimento di autonomia nelle attuali dimensioni specie in ambiti a tacer d’altro “sensibili” come quelli normati dalla L. n. 40/2004.

⁷ Sul punto è oltremodo utile rilevare come anche un pensatore non certo di impostazione giusnaturalista come Uberto Scarpelli abbia sottolineato il «grave, arduo, complesso» problema sollevato dal diritto naturale, il quale focalizza la propria attenzione sulla tensione tra diritto e coscienza, tra istituzioni e legittimità, può essere risolto ricorrendo a taluni concetti kelseniani e al ruolo che, entro la *Reine Rechtslehre*, gioca la “norma fondamentale”. L’obiezione di coscienza di fronte a leggi ingiuste si potrebbe porre allora solo di fronte ad ordinamenti illegittimi nel loro complesso: «la valutazione etica è da fare non sulle singole norme astrattamente considerate ed artificialmente separate nel giudizio dal complesso del diritto di cui fanno parte, ma sul diritto nel suo complesso». Nella logica del pensiero di Scarpelli, è chiaro che la libertà e la responsabilità dell’individuo hanno il diritto-dovere di esprimersi di fronte allo Stato autoritario, ma non certo di fronte ad istituzioni liberaldemocratiche. Secondo questo giusfilosofo «il valore del positivismo giuridico non è assoluto e fuori discussione; ma è in relazione alla forma dello stato ed alla legge che si applica. In uno stato tirannico, con una legge di violenza e di oppressione, il metodo giuridico positivo è strumento del male, e servo del male è il giurista e giudice che con metodo positivo applica la legge. Nello stato libero e moderno, per chi pensa che lo stato libero e moderno sia una delle più alte conquiste della civiltà, essa ha il valore stesso di quella forma di organizzazione giuridica della società» (U. SCARPELLI, *Diritto naturale vigente*, in «Occidente», anno IX, 2, 1953, 100, 112 e 121). Questo indica che per Scarpelli la semplice procedura di selezione della classe politica (autocratica o democratica) sarebbe (convenzionalmente) bastevole per eliminare, non si comprende bene se solo *de jure* o anche *de facto*, l’intero pensoso, ma spesso penoso, dibattito sulle leggi ingiuste.

⁸ 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*, Milano, 2002, 22 dove viene pure fornita un prima esplicitazione di tale definizione), si rinvia a, *inter alios*, A.M. QUINTAS, *Analisi del bene comune*, Roma, 1979, in specie 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 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: M. OAKESHOTT, *On Human Conduct*, 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*, 2, 2013, 67-77.

Al fine di evitare di porre le questioni paradigmatiche che sono emerse nel Seminario nell'alveo del dibattito in ambito bioetico che hanno interessato la materia normata anche prima della approvazione della legge, pare qui maggiormente fecondo declinare il paradigma moderno della sovranità anche parlamentare lungo il pendio inclinato che lo porta alle origini del potere.

In questi termini è dato tornare, ad esempio, alla fonte (giuridica) dello *iustitium* e riconoscere come il senato romano avesse il potere di sospendere il diritto non tramite *imperium*, *potestas*, ma tramite *auctoritas*, *rectius auctoritas patrum*, che è il sintagma che definisce la funzione specifica del senato nella costituzione romana.

Con il tema della *auctoritas* ci troviamo dinanzi ad un fenomeno giuridico-politico che si contrappone al tema della *potestas* e che nell'età moderna sono costantemente confuse tra loro (e il tema della rappresentanza politico-giuridica non aiuta a sanare la differenza autentica tra i due paradigmi).

Con il tema della *auctoritas*, inoltre, torniamo al soggetto perché *auctor* deriva da *augeo* e *l'auctor* è *is qui auget*. In questi termini l'autorità primigenia è quella di colui che agisce in autonomia e così la primigenia autorità può dirsi l'autonomia stessa del soggetto in quanto creatura deliberante.

E con l'autonomia si recupera il tema della obbedienza e della osservanza limitata (*rectius* inevitabilmente e coerentemente negata) delle leggi ingiuste.

In aggiunta, a conferma ulteriore di come l'autonomia riconosca un valore "autonomo" (propriamente) di regolamentazione nel giusto delle cose (e così anche a prescindere da una legge/ordinamento pre-esistente da accogliere/accettare/subire), si veda quando Tommaso spiega l'affermazione di Aristotele per la quale la città è anteriore per natura alla famiglia e al singolo uomo, in quanto essa è il tutto, e il tutto è anteriore alla parte.

A questo proposito l'Aquinate ammette che il tutto è, sì, anteriore alla parte, sia per natura che per perfezione, ma aggiunge che ciò deve essere inteso solo relativamente alla materia, non anche relativamente alla specie (*sed hoc intelligendum est de parte materiae, non de parte speciei*)⁹.

Probabilmente ciò significa che, se la città è paragonata, come avviene in Aristotele, ad un tutto materiale, quale è ad esempio il corpo umano, allora è vero che il tutto è anteriore alla parte, cioè il corpo è anteriore a un suo membro, perché questo non può sopravvivere se è staccato dal corpo intero; se invece si guarda alla specie, per esempio alla specie umana, da cui è presa la nozione che serve a definire l'uomo, cioè la razionalità, allora non è più vero che il tutto precede la parte, perché la razionalità, che è parte dell'uomo inteso come specie, cioè è parte della sua definizione, precede il tutto, in quanto ne costituisce l'anima, cioè la forma.

Come è più che intuibile tale schema potrà essere fecondamente sviluppato alla luce del paradigma della autonomia come "germe dell'ordinamento" nel senso già affermato dall'Aquinate sia con: «il bene della moltitudine è maggiore del bene di uno solo che fa parte della moltitudine, ma è minore del bene estrinseco a cui la moltitudine è ordinata [bonum extrinsecum ad quem multitudo ordinatur] »¹⁰; sia con «le sostanze intellettuali sono governate per se stesse, le altre cose invece per esse» è così «la creatura razionale è governata per se stessa»¹¹.

⁹ TOMMASO D'AQUINO, *In Octo libros Politicorum Aristotelis expositio*, 38.

¹⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 39, a. 2, *ad secundum*.

¹¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa contra Gentiles*, III, c. 112.

4. Legge irrazionale: il ruolo dell'auto-governo del singolo nella *communitas* e nella *societas*

Precisione e lucidità che consentono di evidenziare il rapporto tra le due “conformazioni” e il ruolo che all’interno delle stesse può essere affidato all’individuo e così alla autonomia del medesimo. Per poter scorgere compiutamente tale rapporto è opportuno sondare dialetticamente la possibilità di scorgere un distinguo tra “*communitas*” e “*societas*”.

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. Invero “*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 summa, 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, risulta così agevole inventare, 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 conciliabili e quindi coartare la condotta volgendola a finalità ulteriori, come pare essere emerso dalla approvazione comunque democratica e legittima della L. n. 40/2004.

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, giacché invero propria di ciascun soggetto umano, il quale decide di sviluppare la propria esistenza all’interno di una *communitas*.

Così possiamo comprendere meglio cosa sia realmente il “diritto”. Non solo legge, come ci insegnano i classici, non solo libertà, come ammoniscono i moderni, ma il frutto di libertà autodeterminante del

singolo soggetto, finanche a discapito del contenuto della norma vigente, seppur costituzionalmente orientata (o forzatamente orientabile).

Il diritto, dunque, rimane uno strumento a servizio della realizzazione del singolo che vive in una comunità, altrimenti verrebbe bene alla sua natura primigenia e, solo potenzialmente ma non necessariamente, sperimenta l'esistenza di una società, una volta assunto tale concetto quale alternativo e comunque distinto dal precedente (*communitas*).

Il monito della necessità di leggi positive (nella società) che strutturino, tramite il loro essere strumento di "fissità interlocutoria"¹², 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 maggioranti consoni allo sviluppo di ciascun essere umano e maggiormente rispettosi del principio di libertà e, quindi, di auto-governo, insito in ciascun soggetto.

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 simili e culture omogenee evidentemente altre e diverse rispetto a quelli e a quelle di altri "insiemi/communitates" i soggetti.

Così proseguendo finanche oltre la disamina che la presente sede consente, si potrebbe tratteggiare una prospettiva che, puntando sulla capacità di autoregolamentazione degli individui di capogrossiana memoria, possa riconoscere un ruolo sempre più distinto e autorevole delle "comunità" che questi (individui) scelgono di costituire, volta per volta, tempo per tempo, luogo per luogo. In tal modo potrebbe svelarsi un ordinamento giuridico composto in termini maggiormente dinamici e forse così fecondi per affrontare la crisi delle "società" (specialmente occidentali) tanto impegnate nell'anestetizzare il confronto non sempre pacifico tra identità distinte e obiettivi personali/comunitari anche lontani, come appalesa anche l'iter di approvazione (e specie quello di verifica costituzionale susseguente) della L. n. 40/2004.

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 *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'onestà 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*, *politiké*).

¹² F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, Napoli, 2017, 273-275, ove viene ripreso il parallelo fecondo tra "legge" e "concetto".

¹³ Spunti confrontati anche con AA.VV., *La società civile e la società politica nel pensiero di Aristotele*, Roma, 1998.

La più volte riconosciuta come efficace *pars destruens*, allora, potrebbe essere ricalibrato in direzione prossima (e propositiva), ovvero volgendo lo sguardo al futuro del “diritto” all’interno dei rapporti tra ordinamenti giuridici.

“Cos’è il diritto”, oggi? E domani?

Se è vero che ad ogni singolo è da riconoscere la possibilità 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”), 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.

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 potremmo azzardare anche economicamente “efficiente”.

Un oltrepasso della trincea che agevoli il distinguo tra “potere” e “diritto”¹⁴.

Tuttavia, aderendo nuovamente alla “autonomia” quale paradigma poizore 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 reciproca tolleranza in materie e ambiti dove l’imposizione della eterodeterminazione gioca vieppiù un ruolo che suona “stonato”, oggi più di ieri.

Una volta riconosciuto l’auto-governo alla singola persona e, in uno con questa, alla comunità alla quale la stessa sceglie di afferire momento per momento, 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 col venire a maggior ragione così ad emergere la crisi del paradigma della sovranità statale modernamente letto.

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 altri¹⁵ 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

¹⁴ Cfr. la disamina di M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 237-252.

¹⁵ Cfr. *inter alios*, C. KUKATHAS, *The Liberal Archipelago: A Theory of Diversity and Freedom*, Oxford, 2003.



autonomia come un “maestro ideale”, ma in fin dei conti, è fondata sulla natura razionale dell’essere del singolo soggetto umano.

La teoria pare cristallina, l’intento è ancora più palese, le 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 sunto 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.

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

Il problema principale posto da tale disamina utile quale latrice di semplici prolegomeni alla analisi della L. n. 40/2004, non può, quindi, prescindere dalla realtà del soggetto umano, il qual 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. Un tanto a meno che, pare lapalissiano, 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.

Ecco che il reale ordinamento delle relazioni (che siano politiche, giuridiche ed economiche, poco importa) deve essere riconosciuto a prescindere dalla legislazione e affidandosi alla autonomia di ciascuno. Affidamento, fiducia, in sintesi, potremmo ardire, “fede” nella persona.

Ecco allora che il probabile antidoto alla legge “ingiusta, zoppa, limitata e limitante” 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 quotidianamente di mettere a disposizione diritti e doveri e così attraversa la relazione interpersonale all’insegna dell’autogoverno, ove meno diffuso pare essere l’impatto con la “legge” intesa in termini moderni e, così, con la “legge ingiusta”.

Come già anticipato *supra* circa l’origine non recente dell’inserimento del paradigma nella teoresi filosofico-giuridica risulta oltremodo interessante il richiamo esplicito dell’inizio (come pure del progredire) di questa sua riflessione su un concetto tanto potente, quanto incompreso.

Un avviluppamento complesso, talvolta preso e ripreso come in un fluire torrentizio, e però sempre aggrappato ad un concetto tanto cristallino quanto “scabroso”. In sunto:

«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»¹⁶.

¹⁶ F. GENTILE, *Filosofia del diritto*, cit., 255.

Due rinvii si rendono necessari in qualità di conclusioni inevitabilmente interlocutorie perchè forzatamente provvisorie e non sistematiche per elezione.

Il primo alla concezione laica della giuridicità, nel senso che si intende assumere dal Cossutta «ovvero quale affermazione della intrinseca estraneità del diritto dal potere»¹⁷ e che si può approfondire seguendo gli stimoli per taluni provocatori, inevitabilmente efficaci nel loro essere “scabrosi”, di un Lottieri di “*Credere nello stato?*”¹⁸.

Il secondo alla conseguenza che discende dalla mancanza propria di “laicità” conseguente al formalismo che del ruolo (e invero identità) del giurista «compromette la fatica nell’attuazione della legge scritta dal dito dell’uomo esponendolo, sempre più pericolosamente, al baratro del nichilismo», giacchè «il formalismo è fraterno al nichilismo, insieme fattore determinante e conseguenza ineluttabile»¹⁹.

Dedotta quanto *supra*, il soggetto istituzionalizzante la *societas*, ovvero lo stato, risulta forzatamente (e infondatamente) egemonico e disproduttivo dal momento che nutre la propria identità in virtù di una imposizione che i singoli riconoscono di matrice eteronoma. Il tutto avendo comunque la premura e l’onestà di tenere sempre a mente – per quanto possa sembrare tautologico – che l’imposta è precisamente qualcosa che viene “imposta”.

Per uscire dal monopolio legale (produttore di beni e servizi, includendo in questa categoria anche la protezione e la giustizia) e ri-conoscere la fondamentale importanza della comunità (e affidarsi così realmente alla “autonomia” del soggetto) emerge come indispensabile comprendere le potenzialità di un ordine sociale policentrico, in cui vi sia ampia competizione tra tutti i soggetti anche e soprattutto nella produzione della sicurezza²⁰. Tornano alla mente, in tutta la loro potente laconicità, la parole di un re illuminato, ma non per questo più democratico: «quantunque la nostra maestà sia

¹⁷ M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 252. Per una prima analisi della questione di rinvia ulteriormente a M. COSSUTTA, *Anarchismo e diritto. Componenti giusnaturalistiche del pensiero anarchico*, Trieste, 1987, 27-39, dove una prima definizione è «l’anarchismo (movimento tendente all’anarchia) può venir definito come un’alternativa totale alla strutturazione societaria gerarchica» (*op. cit.*, 27) e ancor più sinteticamente «L’anarchia è quindi definibile anche come l’assenza d’un potere statale nella comunità umana» (*op. cit.*, 28). Il Cossutta prosegue con l’analisi e pone in evidenza con metodo dialettico, per quel che ci occupa in questa sede, gli elementi comuni e differenti tra anarchismo e dottrina liberale (*op. cit.*, 52-60). Tra gli elementi comuni il giusfilosofo triestino evidenzia l’individualismo, recuperando *expressis verbis* il magistero di Adam Smith. Tra gli elementi che distinguono, si mette in evidenza l’anti-statalismo (proprio dell’anarchismo e non del liberalismo, ma vedansi le considerazioni in merito di Hoppe). Di recente il giusfilosofo triestino è tornato sul tema dell’anarchismo, giungendo ad assimilare, se non perfino ad identificare, *anarchia* con *autonomia* seguendo in un certo senso il magistero di Bakunin (il Cossutta recupera soprattutto M. BAKUNIN, *L’empire knouto-germanique et la révolution sociale* [1871], tr. it., *Dio e lo stato*, Pistoia, 1974 : «Va altresì rilevato, [...], come l’anarchismo bakuniano legghi in maniera inscindibile la libertà individuale all’autonomia, alla capacità propria del soggetto politico di porre, in relazione, con gli altri, la regolamentazione dei propri rapporti. L’uomo, in definitiva, è libero alla condizione di essere *padrone di sè*» (M. COSSUTTA, *Intorno a diritto e potere. Note sul pensiero giuridico e politico di Francesco Gentile*, cit., 247, nota 37).

¹⁸ Cfr. C. LOTTIERI, *Credere nello stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a Wikileaks*, Soveria Mannelli, 2011.

¹⁹ F. GENTILE, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., 81 (testo e nota 16).

²⁰ Cfr. D. HELD, *Democracy and The Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, 1995.

sciolta da ogni legge, non si leva tuttavia essa al di sopra del giudizio della ragione, che è la madre del diritto»²¹.

Consapevoli, poi, che il nichilismo giuridico presenta aporie interne e non intende fornire da solo prospettive progettuali esterne, non possiamo ritenere meno che necessaria una elevata adesione spontanea da parte dei membri di una comunità all'ordinamento vigente, salva l'opportunità di valutare un mutamento di ordinamento. E per favorire tale adesione spontanea non si potrà non puntare sulla educazione ai fondamenti giustificativi di un ordinamento giuridico come quello attuale che non può (più) permettersi di illudere i consociati con adesioni fideistiche contingenti ed è chiamato ad indicare loro un fine (si direbbe oggi un obiettivo / una *mission*) in modo che questi uomini e donne possano dividerlo (o meno) con una sempre maggiormente riconosciuta "autonomia" anche in una prospettiva di innovativo diritto di dissociazione, ma non comunque subirlo come anonimi ingranaggi in una catena di montaggio.

²¹ È la preclara affermazione di Federico II di Svevia che si rinviene in uno dei classici della storiografia del XX secolo: E. KANTOROWICZ, *Federico II Imperatore*, tr.it., Milano, 2005, 233.