



Alessandro Rosario Rizza*

Le sfumature del diritto di resistenza e gli influssi di John Rawls e Ronald Dworkin**

SOMMARIO: 1. Un tentativo di restaurazione pacifica dell'ordine costituito violato: la resistenza in John Rawls – 2. Resistenza come disobbedienza civile: l'antidoto alla violazione dei diritti nel pensiero di Ronald Dworkin. – 3. Una riflessione sugli elementi tangenti nel pensiero dei due Autori: per una resistenza conservativa. – 4. Dalla visione "individuale" di John Rawls e Ronald Dworkin alla visione "collettiva" di Costantino Mortati. – 5. La tesi massimalista: diritto di resistenza e nuovo ordine. – 6. Conclusioni: la resistenza, strumento di democrazia diretta o diritto individuale: le diverse prospettive e i picchetti costituzionali.

*«Quando i poteri pubblici violano
le libertà fondamentali e i diritti garantiti dalla Costituzione,
la resistenza all'oppressione è diritto e dovere del cittadino»*

Art. 50 del Progetto Mortati

1. Un tentativo di restaurazione pacifica dell'ordine costituito violato: la resistenza in John Rawls

Secondo una impostazione classica, l'anima del diritto di resistenza è, tradizionalmente, costituita dalla volontà di preservare, avverso un potere avvertito come ingiusto, i diritti fondamentali dell'uomo, e i principi ispiratori di un dato sistema costituzionale, acquisendo la resistenza «una valenza conservativa nei confronti di principi etico-politici considerati», si è detto, «strutturali in relazione a determinate forme costituzionali»¹.

Muovendo da questo rilievo, il diritto di resistenza è stato generalmente avvertito, dalla dottrina tedesca, quale strumento emergenziale per la salvaguardia della Costituzione, da azionarsi (da parte di un soggetto individuale o collettivo) in quegli estremi casi in cui lo Stato, attraverso i propri organi, non sia capace di assicurare la tutela delle situazioni giuridiche soggettive, ovvero laddove lo stesso apparato statale divenga espressione di un potere i cui valori non si sovrappongono a quelli costituzionali, divenendo la resistenza quel diritto-dovere,

* Professore a contratto di Teoria e tecnica dell'argomentazione – Università di Padova.

** Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

¹ Cfr. F.M. DE SANCTIS, *Resistenza (diritto di)*, su *Enc. dir.*, XXXIX, Milano 1988, spec. 999-1000.

insopprimibile, di «sostituirsì» allo Stato «nella funzione di garanzia dei diritti fondamentali»², circostanza che, comunque, riaprirebbe l'annosa *quaestio* sulla corretta gestione della giustizia nello stato d'eccezione³.

John Rawls, sul substrato di questa funzione rivestita dalla resistenza (ed in un contesto post-bellico, in cui si inserisce, d'altra parte, la sua teoria della giustizia), ha avanzato una sua tesi ricostruttiva del diritto, che si potrebbe definire «moderata»⁴.

Nel pensiero dell'Autore pare emergere l'idea, coerente con la sua tesi della giustizia distributiva, che, attraverso l'esercizio di questo diritto-dovere (che diviene, inevitabilmente, situazione di diritto-potere), la società civile, nell'atto di reazione, non potrebbe sostituirsi (in via definitiva) allo Stato-persona, non ne potrebbe soppiantare, in ultima analisi, le istituzioni, ma, più moderatamente, il popolo sarebbe chiamato ad esercitare quella «porzione di potere», scrive il giurista, «funzionale» alla restaurazione del precedente (ma ricorretto) ordine politico.

A commento dell'idea di Rawls (e, in parte, condividendola, pur ampliandone, forse eccessivamente, il raggio d'azione ma coerentemente alla sua preferenza per una democrazia diretta invece che rappresentativa), già Hannah Arendt, seppur in un diverso contesto geografico, quello della Germania nazista, notò come «la disobbedienza civile possa», in questi termini, «essere rivolta verso mutamenti desiderabili e necessari, o verso la preservazione o restaurazione necessaria o desiderabile dello status quo»⁵.

Secondo l'approccio rawlsiano, il diritto alla resistenza non si collocherebbe all'esterno dell'ordinamento costituito, ma andrebbe a formare un «meccanismo di stabilizzazione del sistema costituzionale», volto – in sintesi – a rafforzare (*recte*, direi, ristabilire) il potere del pregresso apparato istituzionale⁶.

Emerge, dal pensiero dell'Autore, che la resistenza, pur rappresentando (formalmente) un atto «contrario alla legge»⁷, appare funzionale (nel senso di “finalizzata”) all'introduzione di una modifica alle politiche governative, che si sarebbero mosse, in modo sistematico, in collisione con la Costituzione o con i diritti fondamentali, correggendone l'azione⁸. Nella visione di Rawls, la «società» – alcune volte intesa come un'organizzazione «amorfa ed effimera»⁹ – si trasformerebbe in una «comunità», unita nell'esercizio del proprio diritto di resistenza, annientando ottiche, egoismi e frammentazioni di gruppo intermedie, per la realizzazione di un fine comune¹⁰, e cioè la

² Cfr. la tesi proposta da J. ISENSEE, *Das legalisierte Widerstandsrecht. Eine staatrechtliche Analyse des Art. 20 Abs. 4 Grundgesetz*, Bad Homburg vor der Höhe 1965, *passim*.

³ Sulla cui problematica, si rinvia alla ricostruzione offerta da A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, su *Judicium*, 2020 e, sempre A. PANZAROLA, *Il diritto processuale civile e la emergenza Covid-19 (le garanzie individuali nello stato d'eccezione)*, su *Judicium*, 2020.

⁴ Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Cambridge 1971 (prima traduzione italiana Milano 1982, cui si fa riferimento per l'individuazione delle pagine citate).

⁵ H. ARENDT, *La disobbedienza civile e altri saggi*, Milano 1985, 58.

⁶ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 318, secondo cui «la disobbedienza civile (allo stesso modo dell'obiezione di coscienza) è uno dei meccanismi di stabilizzazione del sistema costituzionale, sebbene sia per definizione illegale. Insieme a elezioni libere e regolari, e a un sistema giudiziario indipendente dotato del potere di interpretare la costituzione (non necessariamente scritta), la disobbedienza civile usata nei limiti stabiliti e con valido giudizio aiuta a mantenere e rafforzare le istituzioni giuste».

⁷ J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 303, secondo l'Autore la resistenza è «atto di coscienza pubblico, non violento, e tuttavia politico, contrario alla legge».

⁸ J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 303, 319, «una concezione della disobbedienza civile fa parte della teoria del libero governo», in quanto «arricchisce una concezione puramente legalistica della democrazia costituzionale», perseguendo «lo scopo di produrre un cambiamento nelle leggi o nelle politiche del governo».

⁹ V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. L'ordinamento costituzionale italiano. La Corte costituzionale*, II, Milano 2000², 432.

¹⁰ J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 322, ciò in quanto «in una società frammentata come in una mossa da egoismi di gruppo, non esistono le condizioni per la disobbedienza civile».

restaurazione, non violenta à la Mahatma Gandhi¹¹, del potere costituito¹². Resta ferma, nel pensiero dell'Autore, l'idea per cui il diritto di resistenza debba pur qualificarsi come una situazione giuridica soggettiva, nel senso di individuale e non collettiva (secondo, d'altra parte, la classica impostazione dei diritti fondamentali nei sistemi di *common law*)¹³, di recente definita, su questa impostazione, un «*right of individual rebellion against global injustice*»¹⁴.

2. Resistenza come disobbedienza civile: l'antidoto alla violazione dei diritti nel pensiero di Ronald Dworkin

Anche Ronald Dworkin ha avanzato una sua ricostruzione del diritto di resistenza, che assume, nel suo pensiero, una connotazione moderata, già in parte condivisa da Rawls, e che potrebbe qualificarsi come situazione di disobbedienza civile, visione moderata che si spiega alla luce del diverso clima, storico e culturale, in cui si formò il giurista negli anni '60 oltremarica.

Sulla stessa linea, anche il giurista Dworkin ha ritenuto che il diritto alla resistenza non si potrebbe collocare all'esterno del sistema giuridico, ma costituirebbe un profilo «aggiuntivo» dello stesso, e, in particolar modo, una «caratteristica» insita in ciascun diritto fondamentale, che, al ricorrere di talune situazioni critiche, potrebbe azionarsi dal cittadino «verso lo Stato»¹⁵.

L'Autore, nell'elaborazione della sua teoria generale della resistenza, ne ha fornito due coordinate ancor oggi fondamentali per la corretta configurazione del diritto: a) la prima afferisce alla costituzione stessa del diritto di resistenza: esso non potrebbe considerarsi una situazione giuridica autonoma (e, forse, sotto questo punto di vista la teoria di Dworkin si discosta da quella rawlsiana), ma sarebbe insito in ogni diritto fondamentale, rappresentandone il suo codice genetico, la forza endogena.

Questa peculiare interpretazione non è sconosciuta alla teoria generale del diritto, rappresentando una applicazione della concezione bifasica tipica dei diritti fondamentali, secondo cui, come osservato dalla Corte costituzionale, «ogni individuo è titolare di diritti che garantiscono sia un *facere che un non facere*»¹⁶. In altri termini, parrebbe intuirsi che il diritto di obbedire al comando¹⁷ potrebbe includere anche quello di non obbedire a fronte di una data ingiustizia.

Sotto un diverso profilo, il diritto di resistenza, per ricorrere ad una metafora, andrebbe a porsi come il «sistema immunitario» insito in ogni diritto fondamentale, che si azionerebbe e volte in cui un diritto fondamentale (ma anche qualunque posizione giuridica soggettiva), nel suo aspetto positivo o negativo, sia stato lesa, in modo particolarmente intenso.

¹¹ Cui si rinvia, per un recente approfondimento, a M. SHEPARD, *Mahatma Gandhi e i suoi miti. Disobbedienza civile, Non violenza e Satyagraha nel Mondo Reale*, Washington 2021.

¹² Tesi avallata da F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., *passim*.

¹³ Cfr. anche la ricostruzione che ne fa dei diritti in ambiente di *common law*, nelle proprie premesse, M. MEZZANOTTE, *Il revenge porn e i limiti costituzionali alla libertà di manifestazione del pensiero: l'esperienza americana e quella italiana a confronto*, su *Consulta Online*, 2020, 1 ss.

¹⁴ Cfr. T. BROOKS (a cura di), *The Oxford Handbook of Global Justice*, Oxford 2020, 511. Per questa impostazione, cfr. anche A. JELLAMO, *Obbedienza e resistenza*, su *Parolechiave*, 2001, spec. 40 secondo cui «dal punto di vista della legittimità, il numero non è rilevante: il diritto di resistenza appartiene a chi ha il coraggio di farsene carico».

¹⁵ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Harvard 1977 (la traduzione italiana più diffusa è Bologna 1982 – che ho consultato per i riferimenti bibliografici), 274: «il diritto a disobbedire la legge non è un diritto staccato e aggiuntivo, rispetto agli altri diritti (...) è semplicemente una caratteristica di tutti i diritti verso lo Stato».

¹⁶ M. MEZZANOTTE, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli 2009, spec. 5-8, riferendosi a «diritti al negativo». In giurisprudenza, v. per tutte Corte cost., 16 febbraio 1982, n. 40, su *Giur. cost.*, 1982, 340.

¹⁷ Sulla nozione, e sul fondamento del comando, si vuol rinviare a G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano. Per una teoria complessa del diritto*, Napoli 2016.

Da questo rilievo, deriva che il diritto alla resistenza, che, come sopra ricordato, assume nel pensiero di Dworkin una declinazione più tipica della disobbedienza al comando legislativo, «*non potrebbe essere teoricamente negato senza negare l'esistenza di questi diritti*»¹⁸, dei quali è eletto a presidio, in una visione coerente con la teoria generale di Dworkin, nella quale l'intero sistema giuridico altro non sarebbe che un «*exemplary instance of conflict resolution*»¹⁹;

b) l'Autore, affrontando il secondo profilo d'interesse, ha anche concentrato la sua analisi sulla portata del diritto, ritenendolo connotato alla lesione, da parte dei pubblici poteri, di quei diritti fondamentali connessi alla (e posti al presidio della) dignità umana.

Dalla svolta premessa, consegue che la lesione di determinate situazioni, costituzionalmente degne di tutela (sono quelli che l'Autore tende a definire i c.d. «*diritti forti*»), giustificerebbe una ribellione all'ordine costituito, legittimando la resistenza al potere statale. Su questo rilievo, sembra che in Dworkin la concezione del diritto alla resistenza apparirebbe sempre funzionale a voler ristabilire un equilibrio ben preciso (non necessariamente, come in Rawls, quello pregresso), ispirato alla realizzazione del principio di eguaglianza, da declinarsi quale parità di trattamento tra consociati, laddove essa sia risultata compromessa da atti o fatti pubblici lesivi.

In questa prospettiva, la resistenza si trasformerebbe in uno speciale tentativo di «*protezione di quei diritti morali, basati sull'idea kantiana della dignità umana e quindi anche sul principio politico dell'eguaglianza*»²⁰.

D'altra parte, non può che ricordarsi come Dworkin – nella propria filosofia del diritto – aveva sempre sostenuto che «*quei diritti costituzionali che chiamiamo fondamentali, come il diritto alla libertà di parola, rappresentano i nostri diritti verso lo Stato, nel significato forte. Nella nostra società un uomo talvolta ha il diritto, nel significato forte, di disobbedire alla legge. Egli ha questo diritto ogni qual volta la legge erroneamente si intromette nei suoi diritti contro lo Stato. Se egli ha il diritto morale alla libertà di parola, allora ha anche il diritto morale di infrangere qualunque legge lo Stato non ha il diritto di adottare*»²¹. Il diritto fondamentale contingentemente lesso possiederebbe, in altri termini, una particolare forza attiva, ben superiore a quella posseduta dall'atto pubblico lesivo, poiché questa forza, continua l'Autore, «*sopravvive anche a una legislazione o una decisione giudiziale che va in senso contrario*»: il diritto costituzionale apparirebbe, così, solo compresso, apparentemente estinto o espunto da un dato ordinamento – secondo una tesi dalla retro-impostazione giusnaturalista, non del tutto estranea alla funzione della morale in Dworkin²²: riconoscere la disobbedienza come diritto – secondo l'Autore – vorrebbe, in fin dei conti, significare «*prendere i diritti sul serio*», poiché, «*se lo Stato non prende i diritti sul serio, allora non può neanche prendere il diritto sul serio*»²³. Secondo questa pregevole formula ricostruttiva, a chiusura del proprio pensiero sulla concezione della disobbedienza, sembra emergere una concezione del diritto alla resistenza come una particolare (ed ulteriore) ipotesi di disapplicazione²⁴ del diritto, per violazione dei diritti.

¹⁸ R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 274.

¹⁹ A. HUNT, *Reading Dworkin Critically*, New York 1992, 212.

²⁰ F.M. DE SANCITIS, *Resistenza*, cit., 1000.

²¹ R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 274, 282.

²² Cfr. B. PASTORE, *Dworkin giusnaturalista?*, su *Riv. int. fil. dir.*, 1984, 66 ss.

²³ R. DWORKIN, *I diritti*, cit., 291-292.

²⁴ Per una rassegna delle ipotesi che legittimano, nel nostro ordinamento, una disapplicazione del diritto positivo – ivi includendovi anche il diritto di resistenza – cfr. C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano 2008.

3. Una riflessione sugli elementi tangenti nel pensiero dei due Autori: per una resistenza conservativa

Sia Rawls che Dworkin – pur formati sotto diversi influssi storici e culturali – è stato osservato, hanno mosso le proprie ricostruzioni del diritto alla resistenza «*all'interno di una cornice assiologica antiutilitaristica e liberal-democratica*»²⁵.

Le due visioni, sebbene più moderata la prima e più massimalista l'altra (almeno sotto il profilo dell'obiettivo da perseguire con l'attivazione della resistenza), presentano evidenti elementi di contatto. Entrambi gli Autori, sembrano propendere per un diritto di resistenza a struttura «conservativa», nel senso di un diritto, che non si pone all'esterno dell'ordine costituito, ma all'interno dello Stato, un esercizio del potere temporaneo con un fine specifico, e cioè ricondurre l'ordine violato entro le cornici della legalità costituzionale.

La finalità del diritto-istituto è prevalentemente conservativa, sebbene in Dworkin si legittimi la possibilità di instaurare un ordine giuridico non necessariamente collimante con il precedente, ma rispettoso dei medesimi valori costituzionali e diritti fondamentali: il diritto di resistenza sarebbe una situazione strumentale per la restaurazione e tutela di altre situazioni soggettive subordinate e contingentemente lese.

In questi termini, si comprende il perché la resistenza non tende alla imposizione di situazioni giuridiche *altre o terze* rispetto a quelle già presenti nell'ordinamento costituzionale, ma servirebbe a ristabilire, si potrebbe dire a “guidare”, la tutela di quelli stessi diritti fondamentali violati.

Il diritto alla resistenza, inserendosi nel sistema del *check and balance*, diverrebbe, dalla tesi di Arendt in avanti, una «*valvola di sicurezza*»²⁶ del sistema costituzionale, da attivarsi allorché si verifici la violazione di un diritto insopprimibile: sia in Rawls che in Dworkin la disobbedienza è atto legittimo, assunto a diritto, variopinto e non unitario, per garantire la sopravvivenza di un posizioni costituzionalmente tutelate.

I diritti fondamentali, nel pensiero di entrambi gli Autori, potrebbero essere le *sia*) da un atto normativo (e, dunque, dall'esercizio del potere legislativo) illegittimo²⁷; *b*) da un atto giudiziario; *c*) o, ancora, da un comportamento, e cioè da qualunque fatto giuridico.

Visti i profili comuni nel pensiero dei due Autori, emergono, però, anche profili di divergenza sulla struttura del diritto. Rawls, da un lato, concepisce la resistenza come una figura unitaria, un diritto a sé; mentre per Dworkin essa è una peculiarità, una *pars* insita in ogni diritto fondamentale, cosicché si potrebbe ritenere che a ciascun diritto fondamentale leso corrisponda il rispettivo diritto di resistenza avverso all'abuso. In entrambi i casi, la resistenza assume la connotazione di «*feedback positivo*» dell'ordinamento – entrando in funzione quando (e nella misura in cui) un diritto è stato violato, e cioè uno di quegli strumenti attraverso i quali si «*cerca di contenere l'esercizio della sovranità, per impedire che il Leviatano divori le sue stesse cellule*»²⁸.

²⁵ F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., 1000.

²⁶ L'espressione è stata presa da G. PITRUZZELLA, *La Corte costituzionale giudice e parte nei conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato*, su *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno. Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano 1988, 596.

²⁷ Irrisolto, nel nostro ordinamento, è la questione afferente alle conseguenze derivanti da una legge incostituzionale lesiva di diritti fondamentali – o di altre fonti normative secondarie, espressione della discrezionalità politica, e, in quanto tali, non sindacabili dal giudice amministrativo. Sulla problematica sia consentito rinviare ad A.R. RIZZA, *Lesione di diritti e responsabilità da produzione legislativa*, su *Dir. pubbl.*, 2020, 831 ss. Tra i primi Autori sensibili alla problematica, L. PALADIN, *Cenni sul sistema delle responsabilità civili per l'applicazione di leggi incostituzionali*, su *Giur. cost.*, 1960, 1029. Differente il regime vigente per la lesione di diritti fondamentali, a seguito di fonti interne contrastanti o non attuanti il diritto eurounitario: per una ricostruzione della giurisprudenza interna cfr. E. CALZOLAIO, *Problemi applicativi e profili ricostruttivi dell'illecito dello Stato per omessa attuazione di direttive comunitarie*, su *Giur. it.*, 2004, 46 ss.

²⁸ G. MARAZZITA, *Io solo sono il tuo sovrano*, cit., 164. L'Autore colloca tra i «*feedback positivi*» dell'ordinamento costituzionale la tutela dei diritti fondamentali, il principio di legalità, gli organi di garanzia e il sindacato giurisdizionale sulla legge.

A prescindere dalla modalità ricostruttiva offerta, entrambi gli Autori, però, intendono il diritto di resistenza come una situazione giuridica *double face*: si tratterebbe formalmente di un diritto individuale, invocabile ed esercitabile dal singolo, titolare di un'autonoma situazione giuridica speculare al suo diritto leso, ma con evidenti ripercussioni anche collettive, potendo, secondo un processo osmotico, divenire esercitabile da un gruppo, più o meno esteso, di soggetti, che si trovano nell'analoga situazione giuridica violata.

Resta impregiudicato, in entrambe le teorie generali, quale rapporto debba, invece, intercorrere, nell'esercizio del diritto alla resistenza, tra singolo e collettività. Il profilo è di particolare delicatezza, affinché non si tenda a sovrapporre l'opportunismo individuale al bene collettivo. La doppia legittimazione (dunque, sia individuale che collettiva) della resistenza, in un'ottica «*fondamentalmente giusnaturalistica*», come visto non estranea al pensiero di Dworkin, parrebbe riproporre «*il problema di individuare chi è legittimato a decidere se e quando la resistenza è un diritto*»²⁹, non potendosi d'altra parte soprassedere sulla circostanza che «*to accept the existence of a right to civil disobedience would be a contradiction in itself given the necessary pre-existence of an obligation to obey*»³⁰, da cui consegue l'esigenza, per il giurista di oggi, d'individuare un nesso di causalità stringente tra il valore universale del diritto leso e la resistenza quale causa giustificativa dell'opposizione ad un comando statale che possa dirsi ingiusto.

4. Dalla visione “individuale” di John Rawls e Ronald Dworkin alla visione “collettiva” di Costantino Mortati

Pur proponendo un diritto di resistenza dallo stampo «conservativo», Costantino Mortati, pur muovendosi sul solco delle teorie di Rawls e Dworkin ma in un diverso contesto storico – e cioè quello dell'Italia post-bellica, se ne discosta nell'idea strutturale del diritto che, secondo il giurista calabro, andrebbe esercitato (ed in tanto ritenuto esistente) in forma collettiva – come emerse nelle idee che espone anche in Assemblea costituente³¹, in un'ottica conforme alla sua filosofia, secondo cui – come noto – l'elemento primigenio dell'esperienza giuridica andrebbe ravvisato non nella singola norma o nel singolo diritto, ma nell'ordinamento nel suo complesso.

Nella prospettiva colta dal pubblicista italiano – che l'affronta, sotto un profilo dottrinale, dopo i lavori in Assemblea Costituente, solo nel Commentario Branca negli anni '70 – pare mutare il fondamento della resistenza: per Rawls e Dworkin, essa si fondava ancora sulla *rule of law*, sullo stato di diritto, modellato, come scrivono entrambi, «*su valori essenzialmente individualistici*»; per Mortati, resistenza è generale espressione di un «*principio democratico della sovranità popolare*», connesso all'art. 1 Cost.³², ma che trova la sua legittimazione comunque nei diritti fondamentali e non nella sovranità stessa³³. Un diritto, secondo l'Autore, che si estrinseca in forma collettiva: i cittadini, in casi eccezionali di violazione dei diritti fondamentali potrebbero servirsi delle associazioni già esistenti, indirizzandone e mutandone il fine alla correzione della politica generale di Governo; oppure potrebbero b) costituire nuovi raggruppamenti, volti all'auto-assunzione del potere, il cui elemento comune di entrambe è quello di sostituirsi, per un determinato fine

²⁹ F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., 994.

³⁰ S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005, 522

³¹ Cfr. gli *Atti dell'Assemblea costituente. Discussione sul progetto*, X, Roma 1946, 2854 ss.

³² C. MORTATI, *Principi fondamentali (artt. 1-12)*, su G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma 1975, spec. 32 ss.

³³ Questa precisazione la appuntò lo stesso Costantino Mortati in alcuni appunti che preparò per relazionare ad un Convegno di Sassari negli anni '70, come osservato da T. SERRA, *Il diritto di resistenza in Mortati*, su *Nomos*, 2016.

dichiaratamente conservativo, alle istituzioni pubbliche³⁴, in un'ottica coerente all'emendamento Mortati³⁵ (poi trasposto nell'art. 50 del Progetto di Costituzione), secondo cui «è diritto e dovere dei cittadini, singoli e associati, la resistenza che si rende necessaria a reprimere la violazione dei diritti fondamentali e delle libertà democratiche da parte della pubblica autorità». L'associazione, per mezzo del quale si potrebbe esercitare il diritto di resistenza, trarrebbe «il titolo di legittimazione dal principio della sovranità popolare, perché questa, basata come è sulla partecipazione attiva dei cittadini ai valori consacrati nella Costituzione non può non abilitare quanti siano più sensibili ad essi ad assumere la funzione di una loro difesa e reintegrazione quando ciò palesi necessario per l'insufficienza o la carenza degli organi ad essa preposti»³⁶; mentre, in alcune circostanze, l'Autore non aveva escluso che la resistenza potesse esercitarsi anche al di fuori del sistema associativo, come sembra alludere la riflessione svolta in Assemblea costituzionale, richiedendosi anche un meccanismo giurisdizionale di verifica sulla disobbedienza del singolo cittadino³⁷. Nel pensiero di Mortati, il diritto di resistenza si sostanzia in un «diritto di fatto», che acquista una diversa portata nel sistema repubblicano (in cui esercitare la resistenza veniva inteso come esercizio di un potere extra-statale, volto «al sovvertimento dell'ordine in atto», al suo *replacement* per mezzo della imposizione di un nuovo ordine) rispetto al sistema costituzionale contemporaneo, in cui, assumendosi «a parametro i principi garantiti dalla Costituzione», scrive Mortati, si vuole la reintegrazione del medesimo ordine violato, «rimanendosi tuttavia nel campo del diritto, in considerazione dello scopo perseguito». Nell'ordinamento costituzionale, intendere la resistenza come «diritto di fatto», vuol dire concepirlo, come un diritto non predeterminabile, «che, per sua stessa natura, sfugge ad astratte predisposizioni», non normativamente previsto: per tale ragione, a margine di ogni riflessione sullo stralcio dell'emendamento costituzionale³⁸, la resistenza, per Mortati, «può considerarsi "fatto" sotto l'aspetto della mancanza di regolamentazione giuridica dell'attività espletata». L'Autore, nel suo complesso ragionamento, non esclude neppure la circostanza che lo stesso diritto di resistenza possa divenire, una volta esperito positivamente, un nuovo ordine giuridico, poiché esso è «manifestazione dello stato di eccezione, caratterizzato dall'arresto delle forme legali quando ciò richieda la *salus rei publicae*», così «la resistenza entra nella categoria del fatto, dato che è il successo riportato che lo rende fattore di decisione politica»: è questa ricostruzione del diritto di resistenza, come «situazione di fatto», che potrebbe suggerire la risposta al paradosso della contestuale convivenza, cui si è fatto sopra cenno, tra il «*right to civil disobedience*» e la «*pre-existence of an obligation to obey*»³⁹.

³⁴ C. MORTATI, *Principi*, cit., su G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 33, secondo l'Autore, il diritto di resistenza si attuerebbe «indirizzando ai fini di politica generale organizzazioni associative predisposte per la tutela di interessi non direttamente politici, oppure con la formazione spontanea di nuovi appositi raggruppamenti aventi un analogo compito di autoassunzione di poteri di decisione politica, in luogo degli organi cui competerebbero ma che questi trascurano o malamente esercitano. Movimenti, gli uni e gli altri, che possono ricondursi alla stessa figura della resistenza».

³⁵ *Atti dell'Assemblea costituente*, cit., 2854 ss.

³⁶ C. MORTATI, *Principi*, cit., su G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 33, da cui sono state tratte le successive citazioni in narrativa.

³⁷ *Atti dell'Assemblea costituente*, cit., 2854 ss., l'Autore osservò che «il diritto di resistenza riveste carattere metagiuridico e mancano nel congegno costituzionale i mezzi e le possibilità di accertare quando il cittadino eserciti una legittima ribellione al diritto e quando invece questa sia da considerare illegittima».

³⁸ Alcune contraddizioni sulla struttura del diritto di resistenza (come diritto positivo o diritto di fatto) emergono dagli appunti ritrovati di Costantino Mortati, che sarebbero serviti per l'incipit del Convegno di Sassari già ricordato, negli anni '70, in cui si legge che la resistenza sarebbe «diritto che presuppone una fonte positiva che nel conferirlo determina i modi e le forme dei comportamenti rivolti ad attuarlo, e resistenza che, intesa nel suo senso più proprio, appare insuscettibile di assoggettarsi ad una preventiva determinazione di tali modi e forme».

³⁹ Cfr. S. BESSON, *The Morality*, cit., 522, per cui «*this paradox can easily be solved, however. Since the obligation is only a prima facie one, not only *mau civil disobedience* be justified but it could even become a prima facie right in certain circumstances. In fact, in the absence of a general or piecemeal obligation to obey, the question of a right to resist or even of a justification of such resistance would not even arise. In this respect, it is important to understand that it is not because there is no obligation to obey or only a piecemeal obligation to obey that there is necessarily a right to disobey*».

5. La tesi massimalista: diritto di resistenza e nuovo ordine

Le visioni finora viste, pur prendendo come riferimenti Autori formati sotto ascendenti culturali, storici e anche geografici differenti, muovono dal comune presupposto della strumentalità tra diritto di resistenza e ristabilimento del pregresso ordine costituito (sebbene, con le leggere diversità viste tra Rawls e Dworkin). Secondo un diverso orientamento, il diritto di resistenza, pur distinguendosi ontologicamente dalla rivoluzione⁴⁰, sarebbe strumentale o – si è anche detto – «*almeno preparatorio*»⁴¹, alla instaurazione di un nuovo ordine costituente. Il diritto di resistenza, in questa diversa ottica, potrebbe esercitarsi, secondo una certa teoria, in forma pacifica, secondo la teoria riferibile a Mahatma Gandhi⁴², nel cui pensiero la *satyagraha* (e cioè l'opposizione politica) «*can be defined as non-violent civil resistance*»⁴³.

Il diritto di resistenza sarebbe uno strumento comunque sussidiario, esercitabile solo laddove risultassero falliti gli altri rimedi offerti dall'ordinamento⁴⁴, e, dunque, avrebbe, secondo tale visione, natura residuale⁴⁵, in un'ottica non dissimile dall'ammissibilità del giudizio per conflitto tra poteri dello Stato al cittadino o allo Stato comunità⁴⁶.

Se il diritto di resistenza assumesse connotazione «*non violenta*», ciò non significherebbe ancora che esso debba necessariamente tradursi in una forma di resistenza passiva, ponendosi dispiegarsi come «*uno dei più potenti metodi di azione diretta*»⁴⁷, essendosi osservato che «*satyagraha is a more dynamic force than passive resistance because it contemplates prolonged mass action in resistance to injustice*»⁴⁸.

Secondo un'ancora differente visione, il diritto di resistenza, di tipo rivoluzionario, potrebbe esercitarsi anche in forma violenta, ricorrendosi a fenomeni disturbativi, come scioperi generali⁴⁹, ma anche a guerriglia e terrorismo, che il filosofo Georges Sorel, secondo la sua tesi pionieristica, ha chiamato «*di fine*»⁵⁰.

Anche la dimensione del fenomeno potrebbe raggiungere confini non determinabili, finanche involgendo un consenso mondiale, correlato, d'altra parte, alla stessa crisi dello «*Stato territoriale sovrano*»⁵¹, cui fu già attento Francesco Carnelutti⁵².

Questa particolare forma di resistenza, che definirei rivoluzionaria, troverebbe fondamento nell'esercizio della «*forza*», e non nel «*diritto*», – una volta positivamente esperita – la «*forza*» diverrebbe nuovo «*ordine*», trovando giustificazione nel ricreato tessuto giuridico, secondo le dinamiche che muovono la legittimazione tautologica della *Grundnorm*: si è così osservato che «*la resistenza a scopo rivoluzionario tende a trovare soltanto nella forza [intesa come successo], più che nel diritto, la propria legittimazione, in funzione, forse, di quel particolare diritto che, bene o male, è sempre stato riconosciuto alla forza, almeno ex post*»⁵³. Tuttavia, il fondamento circolare del diritto di resistenza – che

⁴⁰ In questo senso, tra gli altri (si tratta di una distinzione ricordata da tutti gli studiosi del fenomeno) K.F. BERTRAM, *Widerstand und Revolution. Ein Beitrag zur Unterscheidung der Tatbestände und ihrer Rechtsfolgen*, Berlino 1964, *passim*.

⁴¹ F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., 1001.

⁴² M. GANDHI, *Teoria e pratica della non violenza*, Torino 1973, *passim*.

⁴³ P. PADHYE, *Gandhi's Contribution to Democracy*, in *Thought*, 1955, spec. 27.

⁴⁴ Secondo una visione generalmente condivisa: M. GANDHI, *Teoria*, cit., 53 ss.

⁴⁵ G. PONTARA, *Introduzione*, in M. GANDHI, *Teoria*, cit., 115.

⁴⁶ Cfr. R. BIN, *L'ultima forza. Teoria della Costituzione e conflitti di attribuzione*, Milano 1996.

⁴⁷ M. GANDHI, *Teoria*, cit., spec. 53.

⁴⁸ V.P. VARMA, *The Political Philosophy of Mahatma Gandhi and Sarvodaya*, Agra 1965², 195.

⁴⁹ Cfr. l'opera di S. FOIS, *Sindacati e sistema politico*, Milano 1978, *passim*, che individua una divergenza tra lo sciopero c.d. politico e lo sciopero c.d. contrattuale, solo il primo rappresenterebbe una «*forma di partecipazione-resistenza alla funzione di indirizzo politico*».

⁵⁰ Cfr. G. SOREL, *Réflexions sur la violence* (1908), Parigi 1972, spec. 187-227.

⁵¹ Sulla crisi dello Stato, si rinvia alle storiche riflessioni di V. ZANGARA, *Limiti della funzione legislativa nell'ordinamento italiano*, Milano 1964, 40.

⁵² Cfr. F. CARNELUTTI, *La crisi della legge (1937)*, su IDEM, *Discorsi intorno al diritto*, Padova 1953, spec. 280.

⁵³ F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., 1001.

risponderebbe al teorema di incompletezza di Gödel⁵⁴ – è stato revocato in dubbio da chi ha ritenuto che la resistenza abbia per presupposto «*not only the act was not illegal, but that the law itself was not valid*»⁵⁵, giustificandosi su quest'ultima situazione fattuale.

Per altri, invece, il diritto di resistenza sarebbe capace di assumere entrambe le declinazioni, pacifica e violenta, la prima quando la maggioranza al potere abbia superato i limiti imposti dalla Costituzione, la seconda laddove l'usurpazione del potere sia stata compiuta da una minoranza⁵⁶, per sovvertire l'ordine costituzionale esistente.

6. Conclusioni: la resistenza, strumento di democrazia diretta o diritto individuale: le diverse prospettive e i picchetti costituzionali

Calando il diritto di resistenza nel contesto costituzionale moderno, la sua struttura – quale diritto da esercitarsi in forma collettiva o in forma individuale – dipenderebbe dal fondamento normativo entro cui lo si vuol collocare. Potrebbe ritenersi che il diritto di resistenza sarebbe riferibile, come ritenne Mortati, all'art. 1 co. 2 Cost., secondo cui «*la sovranità appartiene al popolo che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione*», pur trovando ragion d'essere nella tutela dei diritti fondamentali e non nella sovranità popolare in sé considerata. In questo senso, la resistenza sarebbe uno strumento attraverso cui si eserciterebbe la democrazia in forma diretta, ma collettiva, coerentemente alla visione della norma costituzionale, che pone l'accento sulla componente «*popolo*», e, dunque, su una visione non individualista.

Questa visione è rinvenibile già in Rawls⁵⁷ e ha un esponente in Mortati⁵⁸, pur nelle incertezze che hanno caratterizzato il pensiero dell'Autore e delle quali si è dato conto nel paragrafo dedicato. Si è notato che quando «*i poteri costituiti e destinati a rappresentare il popolo (...) infrangono i limiti costituzionalmente stabiliti alla loro attività sorge nel popolo l'interesse e la possibilità di riprendere nella sua pienezza l'esercizio della sovranità, di cui è vero titolare, opponendosi e contrapponendosi ad un apparato statale divenuto privo di ogni legittimazione*»⁵⁹, un'eccezione, questa, alla stessa convinzione che Vezio Crisafulli aveva maturato sulla componente popolare titolare di prerogative costituzionali⁶⁰. Secondo questa visione, è proprio «*l'interesse del popolo a riprendere l'esercizio della sovranità*» che «*si concretizza nel diritto di resistenza*»⁶¹: quest'ultimo rappresenterebbe, così, un ulteriore istituto di democrazia diretta, una forma di garanzia «*posta a presidio dell'ordinamento repubblicano e della sovranità popolare*»⁶².

Un ripensamento di questa struttura potrebbe, però, derivare dal principio personalistico, consacrato all'art. 2 Cost., secondo cui «*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità*», norma che «*pone come fine ultimo*

⁵⁴ Lo stesso è ricordato da R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2018 a spiegazione della stessa *Grundnorm*, posta al di fuori dell'ordine costituito, ma comunque fondamento di quello costituente, su cui il primo si regge.

⁵⁵ S. BESSON, *The Morality*, cit., 516.

⁵⁶ Cfr. questa teoria in G.M. SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, su AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, Torino 2005, spec. 525-526. In altri termini, «*il dovere di fedeltà giustifica il diritto di resistenza, attiva ed armata quando una minoranza usurpi il potere, passiva e pacifica quando la maggioranza viola i supremi principi della Costituzione*».

⁵⁷ J. RAWLS, *Una teoria*, cit., 322.

⁵⁸ C. MORTATI, *Principi*, cit. in G. BRANCA (a cura di), *Commentario*, cit., 32.

⁵⁹ Cfr. V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella costituzione italiana*, in AA.VV., *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova 1957, spec. 456.

⁶⁰ Si è già ricordato il pensiero dell'Autore in V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., 432.

⁶¹ G. DI COSIMO, *Democrazia rappresentativa e diretta (art. 1)*, su S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova 2008, 8.

⁶² Così A. BURATTI, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello Stato costituzionale*, Milano 2006, 269.

dell'organizzazione sociale lo sviluppo di ogni singola persona umana»⁶³, rendendo la prima strumentale alla seconda, per la tutela di «una sfera della personalità, fisica e morale», dal connotato tipicamente soggettivo⁶⁴.

Mutando il «picchetto costituzionale», per ricorrere ad una fortunata espressione di Roberto Bin, il diritto di resistenza potrebbe intendersi anche come un diritto individuale e non necessariamente collettivo, che potrebbe esercitarsi dal singolo. Il fondamento di questa visione è che, come è individuale il diritto violato dal legislatore (la libertà, il diritto di manifestazione del pensiero, il domicilio, ecc.), altresì andrebbe concepita come individuale la reazione, e, cioè, l'esercizio della resistenza selettiva come fattispecie riconnessa alla restaurazione, *in parte* qua, dello Stato di diritto⁶⁵ e riconnessa all'esercizio dell'obbligo di «fedeltà alla Repubblica», ai sensi dell'art. 54 co. 1 Cost. quale fattispecie non coincidente (ma non mancano opinioni contrarie⁶⁶) con l'obbligo di «osservanza alle leggi»⁶⁷, contemplato dalla stessa disposizione.

ABSTRACT

Il contributo affronta il tema del diritto di resistenza, prendendo le mosse dalla concezione che di esso si diffuse, nel periodo post-bellico, nei sistemi di *common law*, prendendo a riferimento il pensiero di John Rawls e Ronald Dworkin, giungendo, in ultima analisi, ad un confronto con la visione che, nel sistema italiano (quindi in un diverso contesto storico e culturale), fu condivisa da Costantino Mortati, sebbene non fu recepita all'interno della Costituzione.

ABSTRACT

The article speaks about the right of resistance. In particular, the article focuses on the form of the right of resistance in the *common law*. Here, the idea of John Rawls and Ronald Dworkin is exposed. The article also exposes the characteristics of the right of resistance identified by Costantino Mortati, but in a different historical context, even if the right of resistance was not included in the Constitution.

PAROLE CHIAVE

Resistenza, Diritti, Disobbedienza.

KEYWORDS

Resist, Rights, Disobedience.

⁶³ Corte cost., 29 aprile 1999, n. 167, su *Giur. cost.*, 1999, 1615, con nota di P. VITUCCI, *Il passaggio coattivo e le persone handicappate*.

⁶⁴ Cfr. P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino 2005, spec. 137.

⁶⁵ Cfr. F.M. DE SANCTIS, *Resistenza*, cit., 994 ss.; il diritto di resistenza andrebbe esercitato in forma collettiva, laddove si accogliesse la tesi che esso sia funzionale al principio democratico, andrebbe inteso quale diritto individuale, laddove lo si ritenesse forma di tutela dei diritti fondamentali.

⁶⁶ Per tutti P. BARILE, *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, 156 ss.

⁶⁷ Cfr. L.A. MAZZAROLI, *La fedeltà alla Repubblica e l'osservanza della Costituzione e delle leggi (art. 54)*, su S. BARTOLE, R. BIN (a cura di), *Commentario*, cit., 542.