

L'OFFUSCAMENTO DELLA PERSONA¹

di

Mauro Ronco

(Università degli Studi di Padova)

Abstract

The essay resumes some thesis Francesco Gentile in the reading of the limits of the legal order based on legalistic theories; in the second part of the essay, the author highlights critical remarks about the current legislation and the way in which the legislation includes the human person.

1. L'offuscamento della persona nell'orizzonte giuridico gius-positivistico.

Nelle tesi 26esima e 27esima di “*Ordinamento Giuridico – Tra virtualità e realtà*”, Francesco Gentile, richiamato un passo di Santi Romano fondativo della teoria istituzionalistica del diritto relativo al processo di obiettivizzazione del diritto, rileva che, per quanto possa sembrare paradossale, l’ “identificazione” istituzionalistica “di diritto e potere” è “più radicale, se possibile, di quella normativistica”. Infatti, mentre per Kelsen, “assunto a campione di normativismo, il potere è *conditio sine qua non* della giuridicità”, ma non è la giuridicità stessa, in quanto il potere è, in definitiva, il semplice trasformatore del puro fatto in diritto, per Santi Romano: “l’ordinamento giuridico, inteso come processo della riunificazione sociale di una pluralità di comportamenti individuali è inteso esclusivamente come operazione di controllo”. Romano, citato da Gentile, scrive: “Normalmente gli individui si riconoscono l’un l’altro come soci, e quindi tendono alla loro spontanea collaborazione e al rispetto delle reciproche libertà. Ma, poiché fra essi sono possibili divergenze e contese, occorre l’intervento di una coscienza superiore, che sia il riflesso e rappresenti l’unificazione di quelli. Questa coscienza che incarna le

¹ Versione provvisoria del Contributo che verrà pubblicato negli Atti del Convegno “*Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*” (Padova, 22 novembre 2013).

ragioni della coesistenza e del sistema in cui i singoli si unificano, che fa da mediatore, che appella al rapporto delle parti fra loro e col tutto, che è come l'incarnazione del *io* sociale, del *socius* tipico, astratto, oggettivo, è data per l'appunto dal diritto”.

La decrittazione in chiave gius-filosofica di questo testo cruciale di Santi Romano, letto abitualmente dalla dottrina costituzionalistica come estraneo al rigoroso gius-positivismo caratterizzante l'impianto del diritto pubblico europeo tardo ottocentesco, consente a Gentile di spiegare le ragioni profonde, che percorrono tutta la modernità giuridica, dell'offuscamento del soggetto reale e della sua originaria esperienza giuridica. Ciò che residua del diritto, all'esito dell'operazione gius-positivistica, e che ne costituisce il tutto, diventa il compendio oggettivato delle norme – viste ora come contesto, ora come insieme, ora come sistema di norme – che, poste dal potere politico dominante, desertificano l'esperienza giuridica reale e fanno della persona la “maschera” normativa, all'interno di un processo, inverso rispetto a quello che sfociò nella classica definizione di persona di Severino Boezio, secondo cui la persona è *rationalis naturae individua substantia*.

La tradizione romanistica, stimolata dalla riflessione teologica dei Padri della Chiesa sul mistero cristologico e sul mistero trinitario, estrasse dalla “maschera” il *suppositum*, il soggetto reale dotato di libertà e di razionalità, caratterizzato da una dignità di natura spirituale sussistente, inizio e fondamento dell'esperienza giuridica. Il gius-positivismo moderno ha ricoperto nuovamente la persona con la “maschera”, quella espressa dall'apparato oggettivato delle norme poste dal potere dominante, cui spetterebbe la configurazione costitutiva non soltanto dei rapporti giuridici, ma, prima ancora, in modo fondativo, la configurazione stessa della persona.

La stagione del gius-positivismo sembrerebbe ora terminata; tutti ormai riconoscono che la norma reale è il precipitato della spirale ermeneutica che, partendo dalla situazione di fatto e passando per il dato normativo, qualifica il fatto alla luce dei dati assiologici che filtrano ininterrottamente dal corpo sociale al tessuto normativo. Il diritto cristallizzato in norme statuali è caduto in discredito. In questa nuova fase storica il diritto è stabilito dal giudice “globale”, che si fa interprete in chiave funzionalistica degli interessi che prevalgono all'esito del giudizio di bilanciamento di istanze contrapposte.

Tenendo conto di ciò, occorre domandarsi se nella cornice in cui è ora calata

L'esperienza giuridica, in particolare quella di tipo penale, che è la più intensamente riflettente il rapporto problematico tra il potere e il cittadino, la persona umana abbia riacquisito il suo posto cruciale, come inizio e centro dell'esperienza giuridica, ovvero sia rimasta inconcussa la pretesa della modernità, di configurare costitutivamente il soggetto giuridico attraverso il sistema sociale di potere, che si avvale strettamente delle norme giuridiche per esercitare il suo controllo sociale a partire dall'ipotesi del conflitto inesorabile tra gli interessi contrapposti di una moltitudine di individui anomici ed estranei reciprocamente gli uni agli altri.

2. La de-soggettivizzazione del rapporto giuridico in Vincenzo Manzini.

Francesco Gentile indirizzò i suoi allievi ad approfondire lo studio, oltre che dei complessi normativi posti dalle fonti di produzione statale, anche della cultura espressa dai più autorevoli esponenti della scienza giuridica italiana. Ciò allo scopo di cogliere non soltanto il dato grezzo oggettivato nella disposizione normativa, ma anche, in qualche misura, le movenze intime della norma, secondo il significato che essa acquisisce alla luce della cultura di coloro che, per essersi applicati allo studio scientifico del diritto, partecipano, in qualche modo, tanto alla funzione legislativa che a quella giudiziaria, in quanto, pur non essendo né legislatori né giudici, forniscono a questi e a quelli le categorie dogmatiche e gli strumenti tecnici necessari per rendere il diritto effettivamente vigente, al di là della burocratica e spesso soltanto apparente formale entrata in vigore della norma.

Non mi è possibile qui dilungarmi sulle innumerevoli sollecitazioni di Gentile ai suoi allievi in questa direzione. Mi limiterò a ricordare la ricerca che il Maestro oggi ricordato suggerì ad Alberto Berardi di svolgere su Vincenzo Manzini, il grande penalista della stagione autoritaria del nostro diritto penale, sostanziale e processuale, che sedette sulla cattedra patavina di diritto penale per non pochi anni. Lo scopo della ricerca di Berardi, che dette luogo a un libro chiaro e approfondito presentato nello Studio universitario di Bologna nel 2004, fu di verificare se, ed eventualmente in che misura, il rigoroso approccio metodologico positivisticò di Manzini, dichiaratamente ostile a ogni ingresso della filosofia nello studio del diritto, avesse influito sulla de-soggettivizzazione del rapporto giuridico e, conseguentemente, sull'oggettivizzazione del soggetto, sulla linea di una possibile

reificazione totalitaria della persona.

Come ben si comprende, il sondaggio su Vincenzo Manzini era quant'altro mai idoneo a svelare le radici spersonalizzanti della modernità giuridica. La *damnatio* del fascismo, con il corteggio di accuse di autoritarismo e, financo, di totalitarismo, che l'universo degli studiosi del diritto e del processo penale pronunciò fin dai primi anni del dopoguerra, ben avrebbe potuto trovare un probante riscontro scientifico attraverso la notomizzazione dell'opera di Manzini, che, insieme ad Arturo Rocco e agli altri esponenti della scuola tecnico-giuridica del diritto penale, contribuirono in modo determinante all'elaborazione del codice penale e processuale penale dell'epoca autoritaria. In particolare, la ricerca suggerita da Gentile consentiva di problematizzare in modo radicale, senza alcun condizionamento ideologico o interesse politico, la questione di fondo della modernità giuridica, che concerne l'effettivo spazio riconosciuto alla ragione e alla libertà dell'uomo in rapporto al potere che statuisce le norme. Questione, che, attraverso lo studio dell'opera di Manzini, presentava due versanti di tutto rilievo: il primo, concernente il quesito se la "liberazione" dal diritto naturale, come nucleo fondante del diritto vigente, realizzata dalla modernità giuridica, avesse corrisposto al programma di riconoscere finalmente la dignità dell'uomo; il secondo, concernente il quesito circa la continuità o la discontinuità del fascismo giuridico rispetto al liberalismo dello Stato unitario formatosi all'esito della rivoluzione italiana del cosiddetto risorgimento.

L'analisi di Berardi illumina entrambi i versanti del problema. Per un verso, in risposta al primo quesito, trova conferma l'ipotesi che i germi di totalitarismo costituiscono un vizio originario del gius-positivismo, entro cui prese ricetto la scuola tecnico-giuridica e di cui si alimenta la visione autoritaria del diritto penale di Vincenzo Manzini, e non sono propri e specifici del fascismo; per un altro verso, in risposta al secondo quesito, può dirsi, in modo articolato, che, se i codici penali e di procedura penale espressero una forte svolta autoritaria, mantennero tuttavia in vita alcuni presidi giuridici a salvaguardia del soggetto, che non sempre, nella tradizione giuridica del liberalismo statalistico, avevano trovato piena accoglienza.

Ma procediamo con ordine.

Dall'analisi dell'opera di Manzini, sia processuale che sostanziale, è possibile riscontrare con chiarezza – cito le parole di Berardi – "l'ostinato intento di desoggettivizzare il rapporto giuridico processuale" (p. 135). Di più, sul piano sostanziale, rileverei il totale assorbimento nella volontà sovrana dello Stato del

tessuto razionale dei precetti che garantiscono la pace sociale e favoriscono il bene comune, in una logica che concepisce la sovranità dello Stato come un assoluto. Ove non è ricercata la corrispondenza tra il fine oggettivo della norma e il fine che il soggetto scopre inerente alla propria natura di ente razionale e sociale, bensì è esaltata, per un verso, la supremazia della norma obiettiva, e, per altro verso, la soggezione del soggetto. In questo modo i precetti giuridici, anche quelli più strettamente vincolati alle inclinazioni rivelate dal diritto naturale, si impoveriscono, perché, smarrendosi il fondamento del precetto nella ragione a vantaggio del fondamento nel potere, viene meno la congruenza tra la norma oggettiva, il rapporto soggettivo e la realizzazione della stessa cosa giusta, che è il fine per cui la norma è riconosciuta come vigente nell'ordinamento.

La de-soggettivizzazione del rapporto giuridico implica la perdita di rilevanza della relazione tra il soggetto di diritto e il soggetto empirico, a vantaggio della relazione tra il soggetto e la norma giuridica (p. 138). La norma assorbe il soggetto, che diventa, al limite, mera funzione di essa. Il rapporto tra le persone, sia nel diritto sostanziale, ove l'offesa è quella del bene della relazione soggettiva, sia nel diritto processuale, ove l'azione è esercitata, per conto della società offesa, nei confronti della persona empirica dell'offensore, di cui la norma prende atto, facendosi garante e vindice della restaurazione del vincolo intersoggettivo infranto, diventa, invece, rapporto astratto tra l'ordinamento giuridico e il soggetto creato dall'ordinamento. Come è stato notato da Renato Treves, il concetto di rapporto giuridico si esaurisce così nella sua determinazione logica, come relazione formale "pura", che prescinde dal contenuto stesso. In tal modo, prescindendo il rapporto giuridico da qualsiasi contenuto e svincolata la norma dal fine, il rapporto giuridico perde di vista completamente il soggetto come pensabile prima e indipendentemente dalla norma, come ente spirituale dotato di libertà e di dignità incomprimibile, e ravvisa in esso una mera creazione del diritto.

3. Desoggettivizzazione del diritto e principio di realtà: la posizione di Vincenzo Manzini e degli Autori tecnico-giuridici.

Le teoriche di Manzini, e degli altri Giuristi ricollegabili, più o meno direttamente, alla scuola tecnico-giuridica, finiscono per incontrarsi con il formalismo kelseniano,

di cui costituiscono pallide immagini. Come noto, Kelsen, per togliere il dualismo tra il diritto oggettivo e il diritto soggettivo, ha abolito il concetto stesso di imputazione, come attribuzione di un fatto a una persona – la cosiddetta imputazione centrale - allo scopo di pervenire all'abolizione della persona reale dal diritto. Il concetto, sostitutivo di quello tradizionale, è in Kelsen quello della imputazione cosiddetta periferica, che esprime il rapporto di mero potere e di pura esplicazione della forza, a cui egli riduce il diritto: se si verifica un certo presupposto di fatto, deve accadere una determinata conseguenza. Si tratta di un rapporto in cui manca il soggetto dell'attribuzione, reso pensabile in conseguenza dell'obiettivizzazione del diritto. Kelsen dapprima focalizza la peculiarità del diritto nel rapporto di imputazione periferica tra un fatto materiale e un altro fatto materiale (se si verifica *a*, deve essere *b*, intesi *a* e *b* come fatti particolari sussumibili nel *Tatbestand* astratto). Poi cancella la soggettività empirica e sostanziale del soggetto al dativo, colui al quale qualcosa deve essere imputato, colui che deve subire la conseguenza. Se si ammettesse che questo soggetto al dativo è la persona reale, allora l'impianto positivisticò crollerebbe, giacché la persona umana, con le caratteristiche proprie della sostanza razionale che ne sigilla la natura, riaffiorirebbe, come interna, e non come esterna all'universo della giuridicità. La persona reale viene allora sostituita con un centro giuridico di imputazione, costruito dalle norme come un sottosistema legale o come un insieme di posizioni definite dal diritto. Poiché si può imputare qualcosa a una persona giuridica fittizia, allora l'uomo reale non sarebbe indispensabile per l'imputazione. Di fronte all'aporia dell'ente giuridico, si possono scegliere due strade: o quella dell'analogia, ove l'analogato è la persona reale; o quello della cancellazione di quest'ultima e della sua sostituzione con "punti di imputazione", che significano, come dice Kelsen negli *Hauptprobleme* "punti di riferimento normativi costruiti concettualmente". Questa seconda è la via seguita da Kelsen.

Come ha insegnato Francesco Gentile, in Kelsen avviene la riduzione del diritto a pura forza. Non soltanto nel momento fondativo, quando il potere di chi possiede la forza, ponendo la norma fondamentale, trasforma il potere in diritto, ma anche nella concreta applicazione del diritto, quando ciascuno, non più soggetto, bensì oggetto, è fatto strumento di attualizzazione del diritto oggettivo.

Gli Autori del positivismo penalistico italiano si sono arrestati di fronte ai rischi della piena reificazione della persona. Per quanto sia stata forte la tentazione, nella

stagione dell'autoritarismo statalista, di fare dei singoli meri portatori e realizzatori dell'ordine giuridico, indipendentemente dalla consapevolezza e dalla volontarietà degli atti da essi compiuti, la tradizione giuridica classica ha sempre impedito la totale desoggettivizzazione del diritto.

Nella temperie positivista della fine '800 e dei primi decenni del '900, in cui la libertà del volere era derisa dalla filosofia naturalistica e dalla nascente scienza criminologica, che descrivevano l'uomo come strumento deterministico di forze materiali ovvero come rotella meccanica dell'enorme macchina sociale, la preservazione dei principi dell'imputabilità morale e della pena retributiva nei codici fu impresa non da poco. Ciò fu merito degli Autori tecnico-giuridici. Il rigetto della filosofia, che caratterizzò l'opera di questa scuola a partire dal discorso sul metodo di Arturo Rocco del 1910, rappresenta essenzialmente lo sforzo di tenere il diritto penale al riparo dal determinismo e dalla sostituzione dell'imputazione personale con la responsabilità sociale, di cui le filosofie naturalistiche si facevano banditrici.

L'impianto codicistico di diritto sostanziale e di diritto processuale non cedettero così del tutto alla tentazione della reificazione della persona. Se l'uomo viene concepito teoricamente come funzione della società e dello Stato e se i beni oggetto della norma penale sono protetti *in quanto* beni sociali, la tradizione realistica del diritto penale italiano, che affondava le sue radici nel pensiero giusnaturalistico di Francesco Carrara, non si perdette del tutto.

4. Uno sguardo sul presente.

Ho accennato nei passi precedenti della relazione al fatto che, terminata l'epoca del gius-positivismo e spentesi le teoriche che Francesco Gentile compendia con la felice espressione della "geometria legale", non per questo si è aperta una fase storica in cui la persona, intesa come ente spirituale libero, portatore di una dignità incompressibile, abbia riacquisito il suo ruolo centrale nel diritto. Alla funzionalizzazione della persona allo Stato, attraverso la mediazione della norma giuridica posta dalla legge, si è sostituito un funzionalismo, più sottile e sfumato, ma non meno ambiguo, che trova nel diritto penale il terreno propizio per introdurre soluzioni totalitarie al problema della convivenza sociale.

Ormai smarritasi la concordia politica, su cui non cessa di porre l'accento Félix

Lamas, che, insieme con Francesco Gentile, costruì una feconda comunità di vita intellettuale tra l'Italia e l'Argentina, l'unità nei conflitti sociali, visti come originari e radicali, incomponibili con la ragione, viene sempre più spesso affidata al diritto penale. Non più al diritto penale definito dalla forma della legge, circoscritto dal principio di colpevolezza e dalla pena retributiva, che non strumentalizza il cittadino, ma lo costringe a riconoscere il disvalore intrinseco del fatto punito dalla legge, bensì a un diritto penale funzionalistico, ove la pena è lo strumento variabile dell'interesse sociale alla sicurezza. A partire dai primi anni '70, da quando si diffusero in Germania le nuove teorie funzionalistiche del diritto penale, molta strada è stata compiuta per la costruzione di un sistema che fondi in modo rigorosamente volontaristico l'intera giuridicità, ove la pena svolge il ruolo esclusivo di strumento di conformizzazione agli scopi socialmente ritenuti utili. Non importa che tali scopi vengano imposti non tramite legge, bensì attraverso la nuova figura del giudice "globale", che si fa interprete autoritario degli scopi socialmente dominanti. Anzi, con l'abbandono della forma della legge, la pronuncia giudiziale si annuncia come conferma della radicale funzionalizzazione del diritto alle sempre cangianti esigenze sociali presenti in un sistema complesso. In questa nuova dimensione funzionalistica si impone nuovamente l'inversione del rapporto tra persona e norma. Per Günther Jakobs, che ha portato alle conseguenze logiche estreme il principio del funzionalismo penale e della teorica dell'imputazione oggettiva, non tutti gli esseri umani sono persona, ma soltanto quelli che sono considerati tali dal diritto. La costituzione della persona per opera del sistema società e del sistema normativo è il cuore della teorica dell'imputazione oggettiva, che parte dalla distinzione della persona come "maschera" dall'espressione della soggettività di colui che la porta. La soggettività rilevante per il diritto non è quella dell'essere umano empirico, formato dall'esperienza, bensì la "maschera", in cui è rappresentata una competenza socialmente accessibile. Essere persona significa rappresentare il ruolo fissato dalla norma giuridica. E poiché il diritto penale trarrebbe il suo fondamento dalla funzione della pena, che è di stabilizzare la norma stessa, cioè, in definitiva, di stabilizzare lo scopo sociale, è evidente che la stessa nozione penalistica di colpevolezza deve piegarsi a una trasformazione che la renda funzionale al sistema. Per Jakobs il diritto penale non si svolge sul terreno della coscienza individuale, bensì sul terreno della comunicazione personale. Alla coscienza individuale corrisponde l'universo della comunicazione strumentale, che Jakobs descrive nei

termini della «società» naturale hobbesiana, in cui nessuno si trova intimamente obbligato ad alcunché verso gli altri, e, dunque corrispondente all'universo della comunicazione di uomini pretesamente «naturali». L'universo della comunicazione personale corrisponde a quella delle «persone», cioè di soggetti costituiti dalla norma giuridica. Il «diventare» persona non è un fatto psichico, di autopercezione del soggetto mediante l'accettazione della norma, bensì un fatto normativo, che consiste nell'interpretazione del soggetto come dotato del ruolo di rispettare il diritto. Detto in parole di Jakobs: “desde el punto de vista de la sociedad no son las personas los que fundamentan la comunicación personal a partir de sí mismas, sino que es la comunicación personal la que pasa a definir los individuos como personas”.

L'annullamento della persona reale è all'orizzonte della scienza contemporanea del diritto penale. Più non contano le “garanzie” dell'accusato e l'antico principio prudenziale del “diritto penale minimo”. Alla sequela del “diritto penale di lotta” dell'Unione europea conta soltanto la protezione integrale degli interessi e dei beni della società, come interessi messi a rischio dall'esplicazione della libertà individuale. La garanzia costituisce entità trascurabile. Il Giudice “globale”, garantendo la preservazione degli interessi sociali, garantisce al contempo adeguatamente i diritti dell'accusato, perché la norma punitiva, proteggendo gli interessi di tutti, protegge anche il diritto dell'accusato a una “giusta” applicazione della legge. Ma questo concetto implica la messa in disparte del soggetto reale e della sua esperienza. Sulle ceneri del positivismo giuridico di impronta statalista, che postulava almeno la previa conoscibilità della legge punitiva, si sostituisce un positivismo giudiziario che, in funzione della protezione degli interessi della società, fa del soggetto una funzione dell'interesse sociale.

Contro questa tendenza i difensori della dignità e dell'autonomia della persona non possono non sollevare perplessità e preoccupazione.