

TCRS



Teoria e Critica della Regolazione Sociale

Quaderno 2011

Giovanni Magrì

RESPONSABILITÀ COLLETTIVE
E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE.
UNA PROPOSTA

Centro Studi TCRS

Via Crociferi, 81 - 95024 Catania - Tel. +39 095 230478 - tcrs@lex.unict.it

Giovanni Magri
Università di Catania
gmagri@lex.unict.it

In:
Intenzionalità collettiva e figure della responsabilità
Quaderno 2011

ISSN: 1970-5476
Centro Studi
"Teoria e Critica della Regolazione sociale"
Via Crociferi, 81 - 95024 Catania
Tel. +39 095 230478 – Fax +39 095 230462
tcrs@lex.unict.it
www.lex.unict.it/tcrs

Giovanni Magrì

RESPONSABILITÀ COLLETTIVE
E INTERPRETAZIONE COSTITUZIONALE.
UNA PROPOSTA

«*Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures*».

(Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino,
1793, art. 28)

1. Il testo di Margaret Gilbert, che qui si commenta, sembrerebbe scritto apposta per rassicurare i giuristi; e per tenerli lontani. Almeno quelli di "*civil law*".

Dico questo, non perché il suo argomento sia estraneo al diritto. Al contrario: perché, in un certo senso, gli è fin troppo familiare. Si consideri, infatti, il modo in cui l'autrice, fin dalla premessa, costruisce la tipologia di casi di cui intende occuparsi. Deve trattarsi di casi in cui non si è solo *manifestata* un'attitudine degna di biasimo, o una credenza irresponsabile; ma si è *compiuta* un'azione malvagia ("*a bad action*"). Deve trattarsi, dunque, di qualcosa (di "orribile") che abbiamo *fatto*; che non eravamo *costretti* a fare; e della quale *sapevamo*, o avremmo dovuto sapere, che era orribile.

Ebbene, di fronte ad una situazione del genere, tutti gli interrogativi che ci pone Margaret Gilbert muovono dalla circostanza che *noi*, collettivamente, dobbiamo vergognarci per ciò che abbiamo fatto, e almeno in questo senso (cioè, nell'ordine del "*feeling*") dobbiamo considerarci, e possiamo essere considerati, moralmente colpevoli.

Ma, per inquadrare uno stato di cose del genere, il diritto ha una sua categoria, alla quale riconnette un insieme di soluzioni, tipiche e tratizie, come si dice nel linguaggio dei nostri studi. Un insieme di soluzioni che Gilbert non ha bisogno di prendere in considerazione (nella misura in cui, come abbiamo detto, non si vuole occupare tanto di condizioni *oggettive* di colpevolezza, quanto piuttosto

di sentimenti *soggettivi*, e sia pure condivisi, di colpa); ma che, d'altra parte, si integrerebbero senza troppe difficoltà con le linee di fondo del suo *paper*. Infatti, messa tra parentesi la fondamentale distinzione, sempre possibile, tra le azioni che sono *horrible*, e perciò ci rendono *blameworthy*, dal punto di vista del sentimento morale, e quelle che sono legalmente sanzionate con una pena (i cosiddetti fatti *tipici* di reato), sotto tutti gli altri aspetti la situazione analizzata da Gilbert è, mi pare, quella che i giuristi conoscono come ipotesi di *concorso di persone nel reato*. E nella plurisecolare tradizione del diritto penale dell'Europa continentale, sulla questione della colpevolezza dei diversi imputati in concorso (a titolo di dolo o di colpa, per un comportamento commissivo o omissivo) si è accumulata una casistica vastissima, ed uno sforzo di dottrina parimenti intenso (v., relativamente al diritto penale italiano ma con ampi riferimenti alla dottrina europea e in special modo tedesca, almeno Grasso 2012). La conclusione, del resto positivamente sancita dal nostro diritto penale, secondo cui – anche laddove un'azione compiuta, o un evento cagionato, da più individui in concorso siano previsti dalla legge come reato – per emettere una sentenza di condanna non è sufficiente accertare la tipicità del fatto, ma occorre provare altresì la colpevolezza dei singoli concorrenti, è a ben vedere coerente con la tesi di fondo di Margaret Gilbert: che «né la mia [personale] colpevolezza morale, né la mia innocenza morale sono [logicamente] implicate nella *nostra* [collettiva] colpevolezza morale». O, in forma diversa: *io* posso non essere colpevole, anche quando è certo (ma *come*, in base alle coordinate di quale "sistema" morale?) che *noi* (un gruppo, un collettivo di cui io faccio, o ho fatto, parte) siamo colpevoli.

Nella sfera del diritto penale, ciò discende da un principio di civiltà giuridica, proprio dei sistemi liberali ma non solo, che recita: la responsabilità penale è personale. Le raffinate argomentazioni di ontologia sociale sviluppate da Margaret Gilbert possono fornire nuove ragioni, e/o corroborare le ragioni tradizionali, a sostegno di questo principio; così come possono rendere più sicuri i criteri in base ai quali occorre affermare, o escludere, la colpevolezza (personale) dei presunti correi. Fatto sta che i casi discussi da Gilbert (in particolare, quello di Jim e Jack che appiccano un fuoco là dove è vietato) sono, nei termini di Hart, casi *facili* per l'applicazione delle norme di diritto penale generale sul concorso.

Il discorso potrebbe finire qui. E invece è proprio da qui che mi pare più interessante riprenderlo. Giacché, per un giurista, le considerazioni più interessanti

sono, forse, quelle che Gilbert non esplicita, ma rispetto alle quali il suo metodo di analisi potrebbe indicarci una direzione d'indagine nuova. E che, oltretutto, meglio si integrano con i risultati del suo importante studio sull'obbligazione politica (Gilbert 2006).

Finora, infatti, abbiamo dato in ipotesi per coincidenti l'elemento della tipicità in un fatto di reato eseguito in concorso (necessario o eventuale) e l'elemento della "meritevolezza di biasimo" (con il quale Gilbert sembra identificare la "immoralità" in senso proprio) per un comportamento collettivo. Tuttavia, non si tratta qui di una equivalenza, ma piuttosto di un'analogia (solo) strutturale. Ciò che i due elementi hanno in comune, infatti, è che entrambi non bastano ad implicare alcuna conclusione univoca quanto alla colpevolezza – rispettivamente, giuridica o morale – personale. Ma, detto questo, è il caso di ribadire quel che ho affermato in premessa, per quanto ovvio possa apparire a chi pratica il diritto penale: non tutte le azioni collettive moralmente riprovevoli sono tipizzate come fatti di reato. Anzi: è proprio dove questa tipizzazione non c'è stata, o dà luogo ad incertezze, che gli strumenti dell'ontologia sociale possono dare un contributo decisivo alla riflessione giuridica.

Con un'avvertenza, però. Nel suo *paper*, Margaret Gilbert può separare nettamente le due questioni: dà per assodata la responsabilità collettiva (che *noi* abbiamo fatto qualcosa di riprovevole), e si concentra sulle implicazioni da questa alla responsabilità personale. Invece, almeno per il giurista, laddove non vi è stata una tipizzazione normativa di una condotta come reato in concorso, più difficilmente le due questioni si lasciano separare: l'indagine sulla responsabilità personale (posso *io* essere considerato colpevole per quel che *noi* abbiamo fatto?) si intreccia con quella sulla responsabilità collettiva (a che titolo si può dire che *noi* – un'entità plurale, di cui io faccio parte – abbiamo *fatto* in senso proprio qualcosa di riprovevole, e perciò ne siamo colpevoli?). La struttura dell'azione collettiva, in quanto presupposto per l'imputazione dell'azione (non ancora per il giudizio di colpevolezza personale), diventa il *focus* della riflessione.

2. Facevo cenno, poco sopra, allo studio di Gilbert sull'obbligazione politica. Perché un profilo relativamente nuovo (esclusivo del '900, per lo meno) di questa tematica classica ha a che fare proprio con l'imputazione, a un *corpo* politico (fuor di metafora: all'insieme dei cittadini, *in quanto tali*), di responsabilità "collettive".

Mi riferisco a quella questione che Margaret Gilbert evoca, al punto 5.i. del suo *paper*, senza entrare nel merito; ma che, per certi versi, è diventata a metà del '900 la "questione della colpa" per antonomasia, ed è rimasta quanto meno come archetipo per problematiche analoghe (con tutte le accortezze necessarie prima di effettuare qualsiasi comparazione): la questione, cioè, della responsabilità del *popolo* tedesco per lo sterminio degli Ebrei, e per tutte le altre atrocità commesse dal regime nazista.

Circoscriviamo anzitutto la fattispecie. Com'è noto, in un clima culturale relativamente inedito – ma preparato nei decenni precedenti dagli sviluppi del diritto internazionale di guerra come diritto "umanitario" (a partire dalle Convenzioni di Ginevra), dalla formulazione delle tesi di Wilson a ridosso del Trattato di Versailles, e conseguentemente dall'istituzione della Società delle Nazioni –, il secondo conflitto mondiale si è concluso con la *celebrazione* (la scelta del termine non è casuale) di un evento senza precedenti: un processo internazionale per la punizione dei più alti dirigenti politici e militari del Terzo Reich, imputati come responsabili, a titolo personale, dei crimini commessi in nome della Germania e in occasione della guerra. Ebbene, già in questo contesto sono emersi almeno tre profili rilevanti per il nostro orizzonte problematico:

A. La formulazione dei capi d'accusa è coincisa con una ricostruzione storica straordinariamente ampia¹; la ricognizione dei dati storiograficamente rilevanti, a sua volta, non solo si è orientata fin dall'inizio all'articolazione di una tesi processuale (con tutto ciò che ne consegue, visto che le posizioni di chi articola tesi nel processo sono rivestite, per definizione, da *parti*, mentre *imparziale* è il giudice, proprio in quanto non è portatore di alcuna tesi²); ma inoltre, nel corso del dibattito, si è giocoforza estesa a questioni, la cui valutazione va al di là sia della storiografia sia del diritto penale, rinviando alla filosofia politica e alla filosofia della storia. I successivi punti B) e C) esemplificheranno tali questioni.

B. Dai massimi dirigenti, imputati nel principale "processo di Norimberga", l'attenzione si è successivamente spostata su altre categorie di funzionari dello Stato, meno apicali e più estese: i medici che avevano condotto "esperimenti

¹ Così in Cattaruzza 2006, p. 1: «La ricerca storica sul nazionalsocialismo è stata strettamente legata, fin dalla sconfitta tedesca nella Seconda Guerra Mondiale, a iniziative di carattere giudiziario. La dimensione penale dell'elaborazione del fenomeno nazionalsocialista ha influenzato sia la tipologia delle fonti a disposizione degli studiosi che le ipotesi interpretative». V. anche, tra le ormai numerose opere sull'argomento, almeno Tuchel 1984, Judt 1993, Ueberschär 1999, Wojak 2000.

² V. al riguardo Zolo 2006, e la bibliografia ivi riportata. Sul piano della critica storica, considerazioni molto importanti si trovano in Haffner 1978.

terminali” sui prigionieri, i giuristi che avevano giustificato l’adozione di procedure arbitrarie e l’irrogazione di condanne “disumane” nei confronti di imputati di reati politici o su base razziale, gli industriali che avevano sfruttato la manodopera coatta nei campi di concentramento; i funzionari del Ministero degli Esteri, del Comando Supremo delle Forze Armate, dei Servizi di Sicurezza del Reich; infine, taluni ufficiali degli *Einsatzkommandos* o *Einsatzgruppen* di SS, responsabili di eccidi di ebrei e di civili russi non nei campi di sterminio, ma sul fronte orientale, al seguito della *Wehrmacht*. A un livello ancora ulteriore, tribunali non più (formalmente) internazionali, ma nazionali – sia pure spesso operanti sotto tutela di potenze occupanti – o addirittura istanze politiche e non giudiziarie, avrebbero irrogato, negli anni successivi, punizioni in proporzione anche più severe a un numero elevatissimo di capi politici, funzionari e comuni cittadini di molti paesi europei, accusati di aver collaborato con il regime nazista. Anche se in tutti questi casi si è potuta individuare una responsabilità penale personale degli imputati³, la tendenza che sta al fondo della successione di iniziative appena descritta sembra essere quella di affermare che i crimini nazisti non sarebbero stati possibili senza la complicità di vaste cerchie di persone. Cerchie riconosciute, anzi, come sempre più vaste, man mano che la ricostruzione storica procedeva⁴. Operando nella stessa logica, ci si potrebbe ancora domandare: i crimini nazisti, e per tutti lo sterminio degli Ebrei d’Europa, sarebbero stati possibili senza la complicità del *popolo* tedesco? Ha senso dire che un popolo è collettivamente responsabile di qualcosa di orribile, e, in questo caso, quali strategie di reazione (punitiva in senso lato) sono adeguate a un tale tipo di responsabilità? E come si fa (ammesso che sia possibile ed opportuno) a sancire la responsabilità di un popolo in quanto tale (con tutte le eventuali implicazioni per la responsabilità personale di *chiunque* ne faccia parte), ma ad escludere la responsabilità di qualcuno all’interno di quel popolo? Per esempio (e l’esempio è volutamente estremo), ad escludere la responsabilità di

³ E si ricordi che, negli atti del processo di Norimberga contro i principali criminali di guerra, è ricorrente l’affermazione che molti dei delitti per i quali si procedeva erano anche «in violazione delle leggi vigenti nei Paesi in cui hanno avuto luogo»: v. i *Documenti* collazionati in Cattaruzza-Deák 2006, pp. 57 ss.

⁴ Dividendosi in un filone *intenzionalista* e uno *funzionalista*, a seconda che si sostenga o si neghi l’esistenza di un piano generale, concepito in anticipo da Hitler, per dare avvio all’Olocausto; e quindi se ne attribuisca l’iniziativa, e la maggiore responsabilità, alle decisioni (“intenzionali”) del vertice, o ai meccanismi organizzativi (strutturali e funzionali, in ogni caso “automatici”) operanti alla base del regime nazista. Mi pare evidente il legame tra queste dispute storiografiche e il problema, etico ma anche ontologico-sociale, della responsabilità collettiva. Tra le ricostruzioni storiche più influenti v. il pionieristico Hilberg 1961, e poi Goldhagen 1996, Friedländer 1997 e 2007, Browning 2004. Un impatto decisivo ha avuto la ricerca a supporto del documentario di Lanzmann 1985.

cittadini tedeschi come Hans e Sophie Scholl, condannati a morte da un Tribunale nazista per avere stampato, e diffuso nell'Università di München, volantini contro la politica del Terzo Reich sul Fronte orientale?

C. La principale strategia difensiva degli imputati di Norimberga è stata, com'è noto, quella di avere eseguito degli ordini o, più propriamente, di avere applicato le leggi del *Reich*. Prediligo questa seconda formulazione, che mi sembra più comprensiva della prima: l'esecuzione di ordini rimanda infatti immediatamente ad un contesto militare o para-militare, senz'altro gerarchico, e non si attaglia ad una funzione amministrativa – neanche quando ha alle spalle la tradizione della burocrazia prussiana –, fino a quando questa continua ad essere retta, almeno formalmente, dal “principio di legalità”. Ora, nel merito si possono, e certamente si debbono, avanzare tutte le riserve sulla *qualità* della “legalità” nazista; ma trovo condivisibili le analisi di chi (Carl Schmitt per primo, in Schmitt 1932 e 1978) ha parlato, in quel caso, di “premio superlegale al possesso *legale* del potere”. L'attenzione si deve spostare, non nello spazio ma nel tempo: dal 1945 del “processo di Norimberga” al 1935 delle “leggi di Norimberga”. Le decisioni burocratico-amministrative del tenente colonnello (*SS-Obersturmbannführer*) Eichmann, che hanno condotto (materialmente!) milioni di ebrei nei campi di sterminio, hanno come *presupposto* non tanto gli ordini puntuali dei superiori gerarchici di Eichmann secondo il *Führerprinzip* – Kaltenbrunner, Himmler, Hitler... –, quanto le leggi “promulgate”, il 15 settembre 1935, da organi a ciò legittimati in virtù di una modifica (legale!) della Costituzione di Weimar: e che perciò potevano pretendere osservanza, sulla base di quella specifica situazione dei cittadini di uno Stato nei confronti del suo ordinamento giuridico, e dei poteri e delle decisioni conformi ad esso, che si chiama “obbligazione politica”. Si tratta dunque di intendersi sulla portata di questo “presupposto” (delle leggi di Norimberga rispetto ad Auschwitz): che in ogni caso non è, lo voglio ripetere, quella di un “ordine”.

Se le cose stanno così, non siamo chiamati a ragionare dell'assunzione di decisioni e dell'emanazione di ordini puntuali da parte di autorità riconoscibili, che in ipotesi ne porterebbero l'esclusiva responsabilità. È piuttosto in questione precisamente la vigenza di un certo tipo di ordinamento giuridico (ma: quale tipo? Riconoscibile da quali caratteristiche?), che riflette, e quanto meno concorre a determinare, delle circostanze del tutto particolari: nelle quali ciascuno – o almeno la generalità indeterminata dei consociati, e perciò in linea di principio *chiunque* di

loro – può commettere quelle che noi giudichiamo delle atrocità, senza che gli vengano (più) dati dei margini legali, “tipici”, evidenti e riconoscibili, per un *giudizio* personalmente impegnativo su di esse.

Trovo che questo, diversamente dal caso dell'incendio appiccato da Jim e Jack, per il diritto sia quello che Hart chiamerebbe un “caso difficile”. E che valga la pena chiedersi se, in un caso come questo, lo schema di ragionamento proposto da Gilbert non possa implicare conseguenze significative, ulteriori rispetto a quelle che lei esplicitamente propone, e quanto meno aiutare a chiarire questioni che tuttora appaiono molto ingarbugliate.

3. Alcune precisazioni. Ho voluto dire che casi come quello della *Schuldfrage* circa i crimini nazisti sono difficili *per il diritto*. Qualcuno potrebbe dire che essi non riguardano affatto il diritto. E in linea di massima, questo è vero. Nessuno si è mai sognato di portare alla sbarra un intero popolo; *rectius*, un singolo imputato, *per il solo fatto di appartenere* a un popolo. Ed anche questa è una conferma indiretta dello schema di ragionamento di Gilbert. Proprio l'orrore, l'indignazione, il diffuso senso di colpa dei tedeschi in seguito alla *visione* dei campi di sterminio, e perfino i tentativi, non sistematici, di dissociare in sede storica le responsabilità di una intera generazione di tedeschi da quelle dei loro “capi”, provano che, almeno sul piano del *feeling* (proprio quello preso in considerazione da Gilbert), i tedeschi hanno potuto dire, quanto alla distruzione degli Ebrei d'Europa: *noi* abbiamo *fatto* qualcosa di terribile, e, se pure non sapevamo, *dovevamo* sapere, che quel che abbiamo fatto era terribile. Due delle condizioni poste da Gilbert (tant'è che la discussione si concentra sulla terza: “eravamo *costretti* a farlo?”). Eppure, da queste premesse non si ricava nulla di decisivo circa la colpevolezza di ogni *io* facente parte di quel *noi* (di ogni cittadino tedesco negli anni dal '33 al '45). Perciò, nessuna imputazione è mai stata formulata su queste basi.

D'altra parte, mi sovengono qui le considerazioni (impressionanti) proposte da Hannah Arendt nelle prime pagine di un saggio che, per il resto, parla di responsabilità *morale* (Arendt 1965; v. anche Arendt 1964 e 1968): la tesi, cioè, che proprio al sapere giuridico spetti di riportare al centro del dibattito morale la questione della responsabilità per il *giudizio*, come chiave di una riappropriazione della dimensione *personale*, in un'epoca in cui le strutture politiche mirano a

rendere “superflua” la pluralità dell’essere umano⁵. Complessivamente, infatti, la posizione della Arendt sembra essere la seguente: che viviamo, sì, nell’epoca della “banalità del male”, in cui è tremendamente facile commettere abomini senza avere un’intenzione propriamente malvagia; e che, tuttavia, l’antidoto, o quanto meno la risposta corretta, a questa situazione angosciante non sta nell’elaborazione della “responsabilità collettiva”, ma nel (ri-) affinamento della sensibilità per la responsabilità personale.

È in questo senso, così indiretto e però a mio avviso fondamentale, che le riflessioni di Margaret Gilbert devono interessare al filosofo del diritto. C’è un sentimento di colpevolezza “inappellabile”, nel popolo tedesco ma anche negli altri popoli d’Europa, man mano che essi scoprono quanto diffusi, e determinanti per l’esito dello sterminio, siano stati i comportamenti collaborativi di loro membri. Tale sentimento, che non è qualificabile negli schemi propri del diritto penale, d’altra parte non può neppure essere liquidato come irrilevante. L’attenzione di tutte le corti giudicanti da Norimberga in poi è stata quella di tenere distinti giudizio storico e giudizio giuridico, responsabilità collettiva e responsabilità personale. E ben a ragione. Esiste tuttavia una conseguenza, o meglio una *risposta*, di tipo giuridico a quel sentimento di cui per primo ha parlato Jaspers (1946), che gli si adegui sul suo stesso piano? Intendo: che riconosca proprio la responsabilità *collettiva* di un popolo, resa manifesta nella stessa posizione della *Schuldfrage*, e nel sentimento che le si accompagna. Individuandola, però, con la salutare oggettività propria del ragionamento giuridico: con tutti i suoi limiti – senza, cioè, implicare la responsabilità di chi ha *fatto* qualcosa, magari a suo rischio, per sottrarsi a ogni forma di complicità – ma, anche, in tutta la sua portata – riuscendo cioè ad individuare con precisione comportamenti personali, commissivi e/o omissivi, dolosi e/o colposi, che i cittadini (una pluralità indeterminata di cittadini) di quel popolo hanno tenuto, *in quanto* cittadini, potendone riconoscere la criminosità, e senza essere costretti, almeno in principio, a tenerli⁶.

⁵ «È questa l’innegabile grandezza del diritto: esso ci costringe tutti a focalizzare la nostra attenzione sull’individuo, sulla persona, anche nell’epoca della società di massa, un’epoca in cui tutti si considerano più o meno come ingranaggi di una grande macchina – sia questa la macchina ben oliata di qualche gigantesco apparato burocratico, sociale, politico o professionale, o la macchina caotica e rattoppata delle semplici circostanze fortuite in cui sono intrappolate le nostre vite. Lo scaricabarile delle responsabilità, uno scaricabarile pressoché automatico nelle società moderne, trova sempre un punto d’arresto sulla soglia del tribunale» (Arendt 1965, trad. it. p. 12).

⁶ In modo da evitare l’esito paradossale descritto e stigmatizzato in Arendt 1968, trad. it. p. 127: «Nella Germania postbellica, dove esplose il problema della responsabilità di ciò che il regime hitleriano aveva fatto agli ebrei, il grido “Siamo tutti colpevoli”, che a prima vista sembrava così nobile e invitante, in

Avanzo qui la mia ipotesi, che andrebbe verificata sulla base dello schema di Margaret Gilbert, e che sottopongo alla discussione, consapevole di quanto numerosi siano i presupposti, e i passaggi logici, che qui non possono essere sviluppati.

A più riprese nelle pagine che precedono, infatti, ho lasciato aperte delle questioni che richiederebbero proprio un approccio di ontologia sociale, e per di più analitica. Ad esempio: di che tipo è il presupposto che le *leggi* di Norimberga rappresentano per i *comportamenti* criminali di Auschwitz? Di che tipo è (come è fatto, se pure può darsi) un ordinamento giuridico nel quale il male diventa "banale", ossia la responsabilità per azioni efferate si perde nell'anonimato di strutture burocratiche? A che titolo in generale si può parlare di responsabilità collettiva di un popolo? E non deve forse avere in ogni caso a che fare, questo, con la nozione di "obbligazione politica", certamente più che con un qualsiasi tipo di presupposizione etnica, antropologica, storico-culturale in senso rigido ("ontico"), che pare davvero insostenibile, se non altro perché squalificata dagli stessi crimini del nazionalismo e del razzismo otto-novecenteschi?

Io ritengo che formulare possibili risposte a tali quesiti sia un compito anche per la filosofia del diritto, nella misura in cui una sua prerogativa è quella della determinazione ontologica, ed eventualmente anche assiologica, degli ordinamenti giuridici nella loro rispettiva interezza. Nel merito, ritengo che attraverso la riflessione storico-giuridica e filosofico-giuridica sui regimi totalitari siano precisamente individuabili dei passaggi storici, accompagnati da mutamenti strutturali, dati i quali un ordinamento giuridico diviene intrinsecamente criminogeno, e per essere più precisi diviene una ragione specifica per la commissione di crimini contro l'umanità. Cosicché, la sua stessa vigenza complessiva deve essere considerata criminale, alla stregua di quei comportamenti personali che istigano alla commissione di gravi delitti, o che ne favoriscono la realizzazione. E, nella misura in cui (ma *solo* nella misura in cui) la vigenza di un ordinamento giuridico dipende da un certo livello di accettazione da parte dei consociati, su cui si fonda la sussistenza della stessa obbligazione politica come generalizzato obbligo di osservanza delle norme facenti parte dell'ordinamento giuridico vigente, allora i consociati sono collettivamente responsabili (almeno) di

effetti è servito solo a discolpare, almeno in parte, coloro che erano realmente colpevoli. Quando si è tutti colpevoli, in fin dei conti nessuno lo è».

questo: di consentire e perpetuare, con i loro comportamenti di osservanza generalizzata, la vigenza di un ordinamento che è criminale in sé.

Sullo sfondo, qui, si lasciano individuare due problemi, tipici della teoria generale del diritto novecentesca. In primo luogo, validità di un ordinamento e sua efficacia (quest'ultima, nel senso di osservanza generalizzata delle norme che lo compongono) essendo due nozioni in linea di principio distinte, è tutt'altro che definito in quale misura un ordinamento continui a vigere, o cessi di vigere, in dipendenza dei comportamenti dei consociati; di quali consociati; e di quali comportamenti. È proprio questa la discussione teorico-giuridica sviluppatasi, nell'ultimo mezzo secolo, intorno all'esatto significato e alla portata della norma di riconoscimento di Hart: se essa sia davvero necessaria per individuare un ordinamento giuridico; se riguardi solo gli *officials* o (ma in un diverso modo?) tutti i cittadini; e se comporti la mera obbedienza esteriore, o un'adesione sul piano dei giudizi di valore, o magari un atteggiamento intermedio, che taluno ha chiamato "accettazione"⁷.

In secondo luogo, e più in generale, è discusso in che senso e in che misura l'esistenza del diritto (di un ordinamento giuridico valido, cioè) rappresenti dal punto di vista dei consociati un'autonoma ragione per agire, distinta dalle loro motivazioni utilitarie ("economiche") ma anche, o forse soprattutto, dai loro convincimenti morali. Al limite, si potrebbe ritenere che il diritto non è mai efficace (come ragione per agire), se non incorpora le regole correnti di razionalità economica, e/o i principi di un'etica normativa socialmente diffusa. Ma i filosofi e i teorici del diritto cercano di evitare sia l'una sia l'altra conclusione, e finora non hanno capitolato⁸.

In ogni caso, nonostante le grandi difficoltà teoriche che evoca, la tesi che ho enunciato (almeno la prima parte: quella per cui certe forme di ordinamento giuridico diventano criminogene, e perciò sono criminali o comunque anti-giuridiche, in sé) pare sorretta da quel tipo di certezza *sui generis*, che non è un'evidenza immediata e neanche il prodotto di una dimostrazione analitica, ma è connotata dall'*irreversibilità*: una «maturazione diacronica del giudizio attraverso molteplici considerazioni unitariamente ripensate», che «sostituisce [i concetti] di evidente e di dimostrato, negli ambiti, come la valorizzazione, nei quali la procedura

⁷ Catania 1971; in generale v. Jori 2010 e Andronico 2012.

⁸ V. l'ottima sintesi di Schiavello 2010.

adeguata è appunto un'esperienza»(Lombardi Vallauri 1990, p. XXVII). Nel caso di specie, dopo il processo di Norimberga (emblematicamente; e cioè, dopo la presa d'atto degli orrori della Seconda guerra mondiale e la prima ricognizione delle loro cause) vi è un consenso universale, o almeno comune a tutti coloro che portano quelle esperienze nella loro storia, circa l'esigenza assoluta che esse non si ripetano mai più, e, dunque, che non se ne ripropongano neppure le condizioni.

Ma l'irreversibilità *di principio* di certe acquisizioni assiologiche convive, traendone anzi senso, con la consapevolezza o la paura di una loro reversibilità *di fatto*. Se dei comportamenti, ma soprattutto delle decisioni e delle norme, acquisiscono lo statuto di ciò che non si *deve* ripetere mai più, è proprio perché si sa o si teme che essi *possano* ripetersi, vista la (relativa) facilità con cui già una o più volte l'impossibile (forse, meglio: l'intollerabile) è diventato possibile. Del resto, la normatività giuridica opera sempre in situazioni di fattuale possibilità, sia pure non estreme come queste: la trasgredibilità è una condizione trascendentale di tutte le norme, e i sistemi penali (almeno quelli modernamente consapevoli che alle spalle della normazione giuridica non vi è alcuna necessità "naturalmente" deterministica) si propongono non di *impedire*, poniamo, i furti, ma di *sanzionarli*, e con ciò di dissuadere chi, essendo empiricamente "libero" (da impedimenti materiali, così come da irresistibili condizionamenti psichici), vuole commetterne.

Di fronte all'estremo del terrore concentrazionario e dello sterminio, però, qual è la conseguenza adeguata alla irreversibilità *di principio* della sua qualificazione come crimine contro l'umanità? Quale la risposta del diritto, per evitare (a modo suo) che l'orrore si ripeta? Ecco il punto: io credo che una risposta adeguata debba essere idonea a cogliere i nessi di imputazione della responsabilità collettiva, senza confondere o assorbire le responsabilità individuali; e perciò debba sapersi ripercuotere sulle trasformazioni degli ordinamenti giuridici, e sui confini dell'obbligazione politica. Conformemente alla natura di un accertamento di irreversibilità (non di evidenza né di deducibilità, lo ripeto), non si tratta qui di teorizzare, tanto meno di ipotizzare, ma di interpretare e chiarificare ciò che è irreversibilmente venuto a coscienza, nei *modi* in cui questo è accaduto. E per spiegarmi assumo ad esempio, allora, i due casi *storici* che conosco meglio.

In Germania, vi è una trasformazione apicale dell'ordinamento giuridico che non è altrimenti interpretabile, se non come assunzione di responsabilità *collettiva* per i dodici anni dell'impresa genocida del nazionalsocialismo. L'art. 1 del *Bonner*

Grundgesetz, che sancisce: «La dignità dell'uomo è intangibile [*unantastbar*]. Rispettarla e proteggerla è obbligo di tutto il potere statale», ha in sé una stratificazione di significati enorme, se letto a partire da queste coordinate di ontologia sociale (obbligazione politica; responsabilità collettiva; irreversibilità della condanna morale nell'opinione comune); e, viceversa, appare insuperabilmente debole, e/o pleonastico, e/o sottodeterminato, se lo si considera, come norma giuridica, nel suo rapporto logico ed a-storico con un qualsiasi modello ordinamentale⁹.

Più sottile la questione, se si guarda alla Costituzione italiana. Dove non esiste una disposizione unica che compendi in sé tutto il senso di un "mai più" pronunciato nei confronti di un'esperienza storica, resa possibile da una certa flessione politica e ordinamentale. Ma ne esistono molte, che concorrono allo stesso effetto. Sul piano della configurazione giuridica della persona umana, si pensi all'art. 2, che risponde esattamente alle dinamiche disumanizzanti dei totalitarismi, sia nella loro versione più diretta (negazione della titolarità di diritti dell'individuo), sia in quella più indiretta e spesso preliminare (scioglimento dei legami interpersonali in un rapporto frontale ed esclusivo tra lo Stato, unica e onnicomprensiva Organizzazione del Movimento della Storia o della Natura, e l'individuo atomizzato, "senza qualità"). E si pensi al catalogo dei diritti fondamentali, i quali, soprattutto nel Titolo sui "Rapporti civili" (dall'art. 13 al 28), scolpiscono i modi (ri-) conosciuti in cui un sistema politico, intervenendo sullo statuto giuridico dei cittadini (e degli stranieri), può rendere socialmente possibile, tollerabile, e infine irrecusabile, un attacco sempre più penetrante della personale sfera di *umanità* di ciascuno. Ma il livello più interessante, perché più problematico, mi sembra quello che si potrebbe ricavare dalla seconda parte della nostra, come di tutte le costituzioni democratiche e liberali: nella misura in cui esse manifestano la consapevolezza che un allentarsi della vigilanza sulla cosiddetta "architettura istituzionale", vale a dire sui reciproci rapporti di distinzione strutturale, limitazione e coordinazione di competenze tra i soggetti (plurimi!) che sono titolari di potestà politicamente obbliganti, può aprire la porta a pericolosissime limitazioni e

⁹ Qui, in effetti, si aggancia tutto il vasto dibattito sulla portata normativa del principio di intangibilità della dignità umana. Testi importanti, accessibili in italiano, sono quelli di Andorno 2001, Hassemer 2005, e Becchi 2009; in mezzo alla sterminata bibliografia ivi citata segnalo almeno, in tedesco e tra i testi più recenti, Kohl 2007; Tiedemann 2007; Kley 2008; Ladeur 2008. Una strategia argomentativa analoga si trova nel fortunato libro di Alan Dershowitz (2004) che, però, la applica ai "diritti": i quali, invece, hanno una determinazione formale ed una evoluzione storica interna che richiederebbero considerazioni più articolate.

confusioni di responsabilità per l'esercizio di tali potestà, "in nome del popolo" (*sub specie* di soggetto meta-politico, storicamente o naturalmente costituito), contro l'umanità dei suoi membri. I nostri costituzionalisti, così, affidano il significato ed anche la funzione di "norma di chiusura" – direi in possibile analogia, sotto questo aspetto, con l'art. 1 del *Grundgesetz* – all'art. 139 della nostra Carta fondamentale: ricomprendendo nella "forma repubblicana" non già la semplice alternativa escludente all'individuazione in una sola persona del soggetto titolare della sovranità, ma neanche solo il complesso dei principi logicamente ricavabili come fondamentali sul piano della tutela dei diritti, quanto piuttosto, appunto, *anche* quei rapporti strutturali dell'organizzazione dello Stato-apparato, circa i quali l'esperienza storica ci dice che essi non possono essere alterati (oltre un certo limite), senza che ci esponiamo al rischio di veder ripetere ciò che *per nessun motivo* si deve *più* ripetere.

L'art. 139, del resto, com'è noto si espone, in questa interpretazione lata, a critiche teorico-giuridiche del tutto pertinenti; qualsiasi affermazione di un "mai (più)" contraddice inevitabilmente l'acclarata, ed empiricamente insuperabile, artificialità e storicità del diritto¹⁰. L'idea stessa di una norma (legale) di chiusura dell'ordinamento, inteso come sistema formale di norme, è smentita poi dalla dimostrazione logica dei teoremi di incompletezza di Gödel (v. almeno Mathieu 1970). Non è infatti su questo piano che i principi costituzionali operano come risposta all'irreversibilità dell'assunzione di responsabilità collettive. Tanto meno, in conseguenza, essi si prestano ad essere integrati in un (tuttora inesistente) ordinamento internazionale generale che, poggiando su un sistema "universale" di riconoscimenti assiologici reciproci, possa giustificare la pretesa (giuridica) di imporre limitazioni al potere di revisione costituzionale dei popoli; di citare in giudizio uno Stato per il solo fatto delle proprie trasformazioni ordinamentali; di comminare ed irrogare, per tale fatto, sanzioni assistite dall'uso della forza.

Più realistica, ed effettivamente già praticata, è la prospettiva di condizionare l'accesso e la permanenza degli Stati in organismi internazionali regionali, o settoriali – con i benefici (anzitutto economici) che ne conseguono – , al raggiungimento e al mantenimento di certi *standard*, non solo di tutela dei diritti

¹⁰ Non è un caso se, più in generale, il neo-costituzionalismo di autori come Dworkin, Alexy o Nino, che descrive l'adozione di costituzioni rigide contenenti ampi cataloghi di diritti, nel corso del XX secolo, come una svolta qualitativa che obbliga una revisione della *separability thesis* propria del giuspositivismo, sia stato inquadrato da molti come una forma di (neo-) giusnaturalismo.

soggettivi, ma altresì di struttura democratica e liberale degli ordinamenti giuridici. Sotto questo aspetto, sia l'Unione Europea sia il Consiglio d'Europa rappresentano tuttora dei modelli.

Ma se si riflette sul fondamento di giustificazione di questa prospettiva, si deve probabilmente riprendere, con l'ontologia sociale, l'interrogativo su cosa significhi, per il popolo di uno Stato in quanto tale, essere capace di agire – e, se si vuole, di intendere e di volere – “come un solo corpo”, o “come un solo uomo”.

Al riguardo, mi sembra significativa l'esperienza compiuta negli ultimi decenni in occasione di transizioni non (troppo) violente da regimi criminali, se non proprio totalitari, a regimi democraticamente legittimi. Se n'è occupato, nell'ambito della teoria giuridica, Peter Häberle (1995), descrivendo i benefici di (e ipotizzando una sorta di diritto, o quanto meno di interesse diffuso, a) un accertamento di verità di fatto, abbastanza condivise da ricostituire una memoria “storica” comune, attraverso la spontanea collaborazione resa con l'ammissione di fatti anche gravemente illeciti da parte di chi li ha commessi. Secondo quanto sostiene Häberle, queste ammissioni di fatti assolvono a molte delle funzioni del diritto penale (un parziale ristoro delle vittime, una qualche forma di prevenzione generale contro il ripetersi di atti simili) anche quando non siano seguite dall'irrogazione di sanzioni afflittive.

Ebbene, trovo suggestiva l'ipotesi che una simile funzione “ristorativa” e “general-preventiva”, per un popolo in quanto titolare di una memoria collettiva che costituisce una “ragione per agire”, possa averla non solo l'accertamento di verità di fatto, ma anche la dichiarazione di verità di principio (per esempio: che comprimere la libertà di manifestazione del pensiero, o posticipare *sine die* le scadenze per la convocazione dei comizi elettorali, o attribuire a un organo la potestà esclusiva di nominare e revocare chi dovrebbe controllare l'esercizio dei poteri di quello stesso organo, sia una minaccia concreta non solo per formali equilibri istituzionali, ma per la vita, la libertà e la dignità delle persone). Ciò in un ambito, come quello della realtà sociale, in cui i nessi essenziali tra gli oggetti dipendono dal modo in cui questi vengono costituiti (con quali proprietà, corrispondenti alla regola di quali comportamenti), e non per questo sono meno stringenti, una volta che gli oggetti sociali sono stati costituiti.

Un esempio di tali nessi stringenti, mi piace trarlo stavolta non dalle pagine di qualche saggio scientifico, ma da alcuni versi arcinoti e financo abusati, attribuiti

a Bertolt Brecht. Pare che siano stati concepiti invece dal pastore Martin Niemöller. E, mi pare, in questo contesto argomentativo potrebbero acquisire una diversa vitalità:

*Prima di tutto vennero a prendere gli zingari
e fui contento, perché rubacchiavano.
Poi vennero a prendere gli ebrei
e stetti zitto, perché mi stavano antipatici.
Poi vennero a prendere gli omosessuali,
e fui sollevato, perché mi erano fastidiosi.
Poi vennero a prendere i comunisti,
ed io non dissi niente, perché non ero comunista.
Un giorno vennero a prendere me,
e non c'era rimasto nessuno a protestare.*

Tra i diritti proclamati per tutti e i miei interessi, c'è una solidarietà che non è solo un fatto, ma un'implicazione necessaria. Così pure, più in generale, tra le forme di un ordinamento e la vita delle persone. Chi consente, con l'esercizio (o con il *mancato* esercizio) dei propri diritti politici, a certe trasformazioni dell'ordinamento costituzionale, non potrà più invocare a propria discolora l'ignoranza o l'imprevedibilità delle conseguenze che, da quelle trasformazioni "formali", funzionari malvagi e spregiudicati avrebbero tratto per la vita delle persone. Le conseguenze sono, ormai, scolpite nella consapevolezza (almeno "virtuale") di un popolo attraverso la sua Costituzione. E chi se ne lascia scappare chiudendo un occhio, ne porterà la responsabilità.

Personale.

Riferimenti bibliografici:

- Andorno R., *The Paradoxical Notion of Human Dignity*, "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", 2/2001, pp. 151-168
- Andronico A., *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli, Torino 2012

- Arendt H., *Eichmann in Jerusalem. A Report on the Banality of Evil*, Viking Press, New York 1963; trad. it. *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Feltrinelli, Milano 1993
- Id., *Personal Responsibility under Dictatorship* (1964), ora in *Responsability and Judgement*, Schocken 2003; trad. it. *La responsabilità personale sotto la dittatura*, in Id., *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino 2010, pp. 15-40
- Id., *Some Questions of Moral Philosophy* (1965), ora in *Responsability and Judgement*, Schocken 2003; trad. it. *Alcune questioni di filosofia morale*, Einaudi, Torino 2006
- Id., *Collective Responsibility* (1968), ora in *Responsability and Judgement*, Schocken 2003; trad. it. *Responsabilità collettiva*, in Id., *Responsabilità e giudizio*, Einaudi, Torino 2010, pp. 127-136
- Becchi P., *Il principio dignità umana*, Morcelliana, Brescia 2009
- Browning C. R., *The Origins of the Final Solution: The Evolution of Nazi Jewish Policy, September 1939-March 1942*, University of Nebraska Press, Lincoln 2004; trad. it. *Le origini della soluzione finale. L'evoluzione della politica antiebraica del nazismo. Settembre 1939-marzo 1942*, Il Saggiatore, Milano 2010
- Catania A., *L'accettazione nel pensiero di Herbert L. A. Hart*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1971, pp. 261-279
- Cattaruzza M., *La ricerca storica sul nazionalsocialismo e le fonti giudiziarie*, in M. Cattaruzza – I. Deák, *Il processo di Norimberga tra storia e giustizia*, UTET, Torino 2006, pp. 1-19
- Dershowitz A. M., *Rights from Wrongs. A Secular Theory of the Origins of Rights*, Basic Books, New York 2004; trad. it. *Rights from Wrongs. Una teoria laica dell'origine dei diritti*, Codice, Torino 2005
- Friedländer S., *Nazi Germany and the Jews, 1933-1939*, HarperCollins, New York 1997; trad. it. *La Germania nazista e gli ebrei, vol. I: Gli anni della persecuzione 1933-1939*, Garzanti, Milano 2004
- Id., *The Years of Extermination: Nazi Germany and the Jews, 1939-1945*, HarperCollins, New York 2007; trad. it. *Gli anni dello sterminio. La Germania nazista e gli ebrei 1939-1945*, Garzanti, Milano 2009
- Gilbert M., *A Theory of Political Obligation*, Oxford University Press, Oxford 2006

- Goldhagen D. J., *Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust*, Alfred A. Knopf, New York 1996, trad. it. *I volenterosi carnefici di Hitler. I tedeschi comuni e l'olocausto*, Mondadori, Milano 1997
- Grasso G., artt. 110-119, in M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. II, artt. 85-149, Giuffrè, Milano 2012⁴
- Häberle P., *Wahrheitsprobleme in Verfassungsstaat*, Nomos, Baden Baden 1995, trad. it. *Diritto e verità*, Einaudi, Torino 2000
- Haffner S., *Anmerkungen zu Hitler*, Kindler, München 1978
- Hassemer W., *Argomentare con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, "Ars interpretandi", 10 (2005), pp. 125-139
- Hilberg R., *The Destruction of the European Jews*, Allen, London 1961, trad. it. *La distruzione degli ebrei d'Europa*, Einaudi, Torino 1995
- Jaspers K., *Die Schuldfrage. Ein Beitrage zur deutschen Frage*, Artemis, Zürich 1946, trad. it. *La colpa della Germania*, ESI, Napoli 1947
- Jori M., *Del diritto inesistente. Saggio di metagiurisprudenza descrittiva*, ETS, Pisa 2010
- Judt T., *Die Vergangenheit ist ein anderes Land. Politische Mythen im Nachkriegseuropa*, "Transit", 6, 1993, pp. 87-120
- Kley A., *Menschenwürde als Rechtsprinzip? Überlegungen zur Rolle der Menschenwürde als Argument in rechtlichen und politischen Verfahren*, in C. R. Schwinges (hrsg.), *Universität im öffentlichen Raum* (Veröffentlichungen der Gesellschaft für Universitäts- und Wissenschaftsgeschichte, Bd. 10), Schwabe, Basel 2008, pp. 259-289
- Kohl B., *Menschenwürde: Relativierung oder notwendiger Wandel? Zur Interpretation in der gegenwärtigen Kommentierung von Art. 1 Abs. 1 GG*, Lit, Berlin-Münster 2007
- Ladeur K.-H., *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat*, Mohr, Tübingen 2008
- Lanzmann C., *Shoah: An Oral History of the Holocaust*, Pantheon, New York 1985 (ed. or. Fayard, Paris 1985), trad. it. *Shoah*, Rizzoli, Milano 1987
- Lombardi Vallauri L., *Abitare pleromaticamente la terra*, Introduzione a *Il meritevole di tutela. Studi per una ricerca*, Giuffrè, Milano 1990

- Mathieu V., *L'infallibilità e il problema dell'autofondazione dei sistemi giuridici*, in AA. VV., *L'infallibilità: l'aspetto filosofico e teologico*, a cura di E. Castelli, "Archivio di Filosofia", CEDAM, Padova, 1970, pp. 45-55
- Schiavello A., *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, ETS, Pisa 2010
- Schmitt C., *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932; trad. it. parz. *Legalità e legittimità*, in *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972, pp. 211-244
- Id., *Die legale Weltrevolution. Politischer Mehrwert als Prämie auf juristische Legalität und Superlegalität*, "Der Staat", n. 3, 1978, pp. 321-339; trad. it. *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio sulla legalità e sulla superlegalità giuridica*, in *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Neri Pozza, Vicenza 2005, pp. 187-215
- Tiedemann P., *Menschenwürde als Rechtsbegriff: eine philosophische Klärung*, BWV, Berlin 2007
- Tuchel J., *Die NS-Prozesse als Materialgrundlage für die historische Forschung*, in J. Weber – P. Steinbach (a cura di), *Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? NS-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland*, Olzog, München 1984, pp. 134-144
- Ueberschär G. (a cura di), *Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die alliierten Prozesse gegen Kriegsverbrecher und Soldaten 1943-1952*, Fischer, Frankfurt a. M. 1999
- Wojak I., *Die Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie. Historische Gutachten im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess*, in N. Frei – D. Van Laak – M. Stolleis (a cura di), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Beck, München 2000, pp. 29-45
- Zolo D., *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Bagdad*, Laterza, Roma-Bari 2006, 2012³