

Appunti in tema di responsabilità e diritto

Nel 1797 Benjamin Constant scrive un saggio in cui si impegna in una garbata polemica teorica con Kant su un argomento piuttosto singolare ma quanto mai vivo: il tema della verità o piuttosto della menzogna e dei suoi rapporti con la vita pubblica, la politica, il ruolo della cittadinanza.

La questione verrebbe posta da Kant pressoché in questi termini: se un uomo vi chiede di nascondere perché è perseguitato da un nemico che lo cerca per ucciderlo; se questo nemico bussa alla vostra porta pretendendo che voi gli diciate se l'uomo che cerca si sia rifugiato da voi, fino a che punto è lecito mentire e quando la bugia diviene invece addirittura una sorta di dovere verso se stessi e il sistema di valori che distingue l'umanità?¹

¹ Espresso precisamente in questi termini, l'esempio dell'assassino, a cui si riferisce Constant, non compare in nessuna parte dell'opera kantiana. Kant scrive piuttosto: "Per esempio, il padrone di casa ha ordinato che se un tale chiederà di lui gli si risponda che è assente. Il servo obbedisce ma, in tal modo, consente che il padrone sfugga a chi lo cerca e commetta un grave crimine che, altrimenti, sarebbe stato impedito dalle guardie inviate a casa sua per catturarlo. Su chi ricade la colpa in questo caso (in base ai principi dell'etica)? Comunque, essa ricade anche sul servo che, mentendo in questo frangente, ha violato un dovere verso se stesso, e ora è la sua stessa coscienza a imputargli le conseguenze del suo gesto". I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, (1797-1798), tr. it., *La metafisica dei costumi*, Roma-Bari, 1985, Parte Seconda, Libro I, Capitolo 2, Paragrafo 9 (Sulla menzogna), p. 290. Questo specifico paragrafo è riportato ora in traduzione, in I. KANT, B. CONSTANT, *La verità e la menzogna. Dialogo sulla fondazione morale della politica* (tr. it., S. Manzoni ed E. Tetamo), per la cura di Andrea Tagliapietra, cui si deve anche la bella introduzione sul tema del dovere della verità e sulla disputa teorica fra Kant e Constant a cui si fa qui riferimento. Nello stesso volume sono infatti compresi in traduzione italiana, tanto i saggi di CONSTANT, *Des effect de la Terreur* (Sugli effetti del terrore), e *Des réactions politiques* (Sulle reazioni politiche), entrambi del 1797, in cui Constant pone il problema del rapporto fra menzogna e verità, criticando la posizione kantiana, quanto la risposta esplicita di KANT, *Über ein vermeintes Rechts aus Menschenliebe zu lügen* (Sul presunto dovere di mentire per amore dell'umanità), ed anche *Von den ethischen Pflichten gegen andre*

La posizione di Kant si fonda sulla presunzione dell'esistenza di un principio di veridicità assoluta che obbliga a dire la verità in qualunque caso: se viene meno questo principio, la società rischia di venire minata nelle sue fondamenta, perché essa non può reggersi senza il sostegno della morale la quale presuppone la veridicità come 'dovere incondizionato valevole in ogni rapporto'².

Constant, alla luce della esperienza della Rivoluzione Francese e delle sue conseguenze, soprattutto legate al periodo del terrore giacobino, replica con una tesi che si pone nei confronti dell'idea di conservazione della società, in modo esattamente speculare a quella kantiana: "Il principio morale che dire la verità sia un dovere, se fosse preso in modo assoluto e isolato, renderebbe impossibile ogni tipo di società"³.

Secondo Constant, un principio assoluto, non può mai essere impiegato nella realtà se viene privato di quei criteri che lo rendono applicabile di volta in volta: deve essere dunque relativizzato e adattato alle circostanze⁴. Nel caso in questione: "l'idea di dovere è inseparabile da quella di diritto: un dovere è ciò che, in un individuo, corrisponde ai diritti di un altro. Là dove non ci sono diritti, non ci sono doveri. Dire la verità è dunque un dovere solo in rap-

und zwar von der Warhftgigkeit (Sui doveri verso gli altri. La veridicità), che fa parte delle *Vorlesungen über Moralphilosophie*, tenute all'Università di Königsberg, fra il 1775 e il 1781, e pubblicate in edizione italiana in I. KANT, *Lezioni di etica*, a cura di A. Guerra, Bari, 1971.

² I. KANT, *Sul presunto dovere di mentire*, cit., p. 297. Secondo Kant: "La menzogna... danneggia sempre qualcuno: se pure non un altro uomo, l'umanità in generale, in quanto annienta la fonte stessa del diritto." *Ivi*, p. 294.

³ B. CONSTANT, *Sulle reazioni politiche*, cit., p. 209.

⁴ Constant elabora in questo senso la teoria dei cosiddetti principi intermedi (*principes intermediares*), secondo la quale nessun principio assoluto ha senso, se non viene individualizzato e reso concretamente applicabile alle circostanze attraverso lo strumento di principi intermedi che fungono da anelli di congiunzione fra la teoria e la prassi: "Mi si permetta un esempio. – egli scrive – È un principio universale, ugualmente vero in ogni tempo e in tutte le circostanze, che nessun uomo può essere vincolato se non dalle leggi alla cui promulgazione ha concorso. In una società molto ristretta, questo principio può essere applicato in maniera immediata e non ha bisogno, per divenire abituale, di principi intermedi. Ma in una combinazione diversa, in una società molto numerosa, bisogna aggiungere un altro principio, un principio intermedio rispetto a quello che abbiamo appena citato. Questo principio intermedio è che gli individui possono concorrere alla formazione delle leggi, sia in prima persona, sia attraverso i loro rappresentanti", così B. CONSTANT, *Sulle reazioni politiche*, cit., pp. 208-209.

porto a coloro che hanno diritto alla verità. Ora, nessun uomo ha diritto a una verità che nuoccia agli altri”⁵.

È un’impostazione che si basa sul relativismo teorico e si fonde con la premessa secondo cui spetta all’individuo verificare i presupposti della giustezza del comando che riceve, attraverso l’esame critico della propria ragione che va esercitato anche a costo di sbagliare; l’errore si rappresenta così come un dato vitale, positivo, che implica libertà intellettuale, forza di spirito, consapevolezza di sottrarsi al dominio dell’autorità e coscienza della propria autonomia critica⁶.

È singolare che lo stesso esempio, la questione che si pone a proposito dell’opportunità o addirittura il dovere di mentire, venga utilizzato da Max Weber nel 1918-19 per introdurre la distinzione ormai celebre, fra l’etica della convinzione, secondo cui chi agisce si preoccupa di aderire esclusivamente ai propri principi morali, senza porsi il problema delle conseguenze a cui va incontro la sua condotta, e l’etica della responsabilità, che implica invece l’agire consapevole dei suoi possibili effetti, e la scelta di comportamenti orientati alla risoluzione migliore dal punto di vista dei risultati concreti: “E finalmente: il dovere della verità. – scrive Weber – Per l’etica assoluta si tratta di un dovere incondizionato...ma l’etica assoluta non si preoccupa delle conseguenze”⁷.

Ritorna in questo senso anche il tema della validità dell’errore: la consapevolezza della fallibilità umana è condizione dell’assunzione di responsabilità dell’azione: “Se le conseguenze di un’azione determinata sono cattive, ne sarà responsabile, secondo costui, (chi agisce solo per convinzione) non l’agente, bensì il mondo o la stupidità altrui o la volontà divina che li ha creati tali. Chi invece ragiona secondo l’etica della responsabilità tiene appunto conto di quei difetti presenti nella media degli uomini; egli non ha alcun diritto – come giustamente ha detto Fichte – di presupporre in loro bontà e perfezione, non si sente autorizzato ad attribuire ad altri le

⁵ *Ivi*, p. 212.

⁶ “Si può dire ...che l’adozione di un errore da parte di noi stessi è un’operazione più favorevole al perfezionamento del nostro spirito di quanto lo sia l’adozione di una verità sulla base di un’autorità qualunque”, B. CONSTANT, *Principes de politique* (1806), Paris, 1997, XIV, III p. 511.

⁷ M. WEBER, *Politik als Beruf* (1919), tr. it., A. GIOLITTI, *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, 1973, pp. 108-109.

conseguenze della propria azione, fin dove poteva prevederla. Costui dirà: «queste conseguenze saranno imputate al mio operato»⁸. Questa forma di etica della responsabilità, che secondo Weber si addice specificamente al politico di professione, esprime esattamente il senso della responsabilità come concetto tipico della modernità.

Si tratta della responsabilità liberata dalla colpa, priva di quella accezione magico-sacrale, del fato o della colpa ereditaria, tipica delle società antiche ed anche medioevali, in cui l'uomo era un tassello inserito in un ordine cosmico universale e non aveva il senso del pieno dominio sulle proprie azioni. Solo con la modernità l'individuo si riconosce nella sua specificità: assume la coscienza di poter agire liberamente e consapevolmente, ed accetta perciò l'obbligo di rispondere dei suoi comportamenti, non solo nei confronti dell'autorità morale, ma anche di quella sociale, politica e giuridica.

In effetti il valore etimologico, proprio del termine, 'risposta', appunto, dal latino *spondeo-respondeo* (da cui anche la promessa coniugale, sposo, e quella del sostegno finanziario, *sponsor*), e prima ancora dal greco *spendo* (sacrificio al dio in forma di impegno solenne) indica un'origine del concetto ben più risalente⁹.

Ma solo nell'Inghilterra sei-settecentesca, e soprattutto con il Codice napoleonico del 1804, il termine responsabilità assume l'attuale significato giuridico-politico, di risposta delle proprie azioni, rispetto alle leggi civili. Così, non solo si afferma il principio secondo cui il Governo deve rendere conto al Parlamento delle proprie scelte politiche, ma più in generale, ogni cittadino diviene imputabile del proprio comportamento e delle sue conseguenze. Si comincia a distinguere una responsabilità civile, che riguarda eventuali danni procurati ad altri cittadini e il relativo risarcimento che può essere preteso, e una responsabilità penale, connessa alla violazione di una legge che comporta una pena. La prima tiene conto solo dell'evoluzione oggettiva dei fatti, mentre quella penale dà pieno rilievo all'intenzionalità dei comportamenti, alla volontarietà o meno delle azioni commesse ed alla previsione di un determinato esito, allo scopo di graduare l'entità della pena, fino al

⁸ *Ivi*, p. 110.

⁹ Per queste indicazioni e per molti altri spunti interessanti, cfr. R. ESPOSITO, *Responsabilità*, in R. ESPOSITO e C. GALLI (a cura di), *Enciclopedia del pensiero politico*, Roma-Bari, 2000, pp. 595-596.

punto di escluderla ove manchi la capacità di intendere e di volere. Sembra delinearci così la distanza fra la sfera della colpevolezza e quella della responsabilità priva della colpa, che caratterizza la modernità¹⁰.

Non sorprende in questo senso, che sia il Codice napoleonico a segnare questo nuovo contesto. Il Codice si presentava come il grande frutto delle idee giusnaturaliste, illuministe e rivoluzionarie, di cui realizzava le esigenze di razionalizzazione e di divulgazione¹¹.

La Rivoluzione Francese segna il momento politico del parricidio, con la decapitazione del re e dunque l'emancipazione dei 'figli', liberi ed eguali, che dalla morte del 'padre' sono metaforicamente indotti a diventare adulti e ad assumere quindi la piena responsabilità delle azioni che compiono¹².

L'illuminismo, peraltro, scrive Kant, segna "l'uscita dell'uomo dallo stato di minorità che egli deve imputare a se stesso. Minorità è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro"¹³. Ma aggiunge poco oltre: "...ed è così comodo essere minorenni! Se io ho un libro che pensa per me, se ho un direttore spirituale che ha coscienza per me, se ho un medico che decide per me sul regime che mi conviene eccetera, io non ho più bisogno di darmi pensiero di me. Non ho bisogno di pensare: altri si assumeranno per me questa noiosa occupazione"¹⁴.

È una preoccupazione molto comune nel pensiero liberale ottocentesco, che va da Humboldt¹⁵ a Mill¹⁶, e soprattutto a Toc-

¹⁰ Cfr. ancora R. Esposito, *ivi*.

¹¹ Per un riferimento particolarmente specifico e ben curato, cfr., D. RICHET, *Codice Civile*, pp. 562-575, in F. FURET-M. OZOUF (a cura di), *Dizionario critico della Rivoluzione Francese*, tr. it. Milano, 1994, vol. II.

¹² Sul tema dell'autorità paterna nel suo rapporto con l'autorità politica e con l'eguaglianza delle condizioni sociali, soprattutto a partire dalla Rivoluzione Francese, v. F.M. DE SANCTIS, *L'autorità della figura paterna. Tradizione e libertà*. In ID., *Società moderna e democrazia*, Padova, 1988, pp. 255-276.

¹³ I. KANT, *Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?* (1784), tr. it. G. SOLARI e G. VIDARI, *Risposta alla domanda: che cos'è l'illuminismo?*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1978, p. 141.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ "Di decennio in decennio aumentano, nella maggior parte degli stati, il personale dei funzionari e gli archivi mentre diminuisce la libertà dei sudditi" W. von Humboldt, *Idee per un «Saggio sui limiti dell'azione dello Stato»* (1792), tr. it. F. Serra, Bologna, 1961, p. 73.

¹⁶ "(È necessario) ottenere tutti i possibili vantaggi della centralizzazione del

queville, che guarda con grande diffidenza all'idea di uno Statotutore, di un 'nuovo dispotismo', "assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite. Assomiglierebbe all'autorità paterna se, come questa, avesse lo scopo di preparare l'uomo all'età virile, mentre non cerca che di arrestarlo irrevocabilmente all'infanzia – e rischia di togliere agli uomini anche "il fastidio di pensare e la fatica di vivere"¹⁷.

Diventa perciò compito di tutti i cittadini, riuscire a sottrarsi al "tutorato" che può venire loro subdolamente offerto, mascherato da protezione e tradotto in realtà attraverso l'intervento continuo e capillare di uno Stato forte e accentrato.

In Francia, e in quella parte dell'Europa continentale in cui è stato particolarmente forte l'influsso dei fatti, delle idee e delle

potere e dell'intelligenza senza incanalare nell'ambito governativo una parte troppo grande delle attività complessive... determinare il punto in cui il danno, così grave per la libertà e il progresso umano...comincia a prevalere sui benefici derivati dall'applicazione collettiva della forza della società", J.S. MILL, *Saggio sulla libertà* (1858), tr. it. S. Magistretti, Milano, 1981, p. 151; ma anche "Quindi la protezione dalla tirannide del magistrato non è sufficiente: è necessario anche proteggersi dalla tirannia dell'opinione e del sentimento predominanti, dalla tendenza della società a imporre come norma di condotta e con mezzi diversi dalle pene legali, le proprie idee e usanze a chi dissente, a ostacolare lo sviluppo – e a prevenire, se possibile, la formazione – di qualsiasi individualità discordante, e a costringere tutti i caratteri a conformarsi al suo modello", Id. ivi, Introduzione, p. 7.

¹⁷ "Immaginiamo sotto quali nuovi aspetti il dispotismo potrebbe prodursi nel mondo: vedo una folla innumerevole di uomini simili ed uguali che non fanno che ruotare su sé stessi, per procurarsi piccoli e volgari piaceri con cui saziano il loro animo. Ciascuno di questi uomini vive per conto suo ed è come estraneo al destino di tutti gli altri: i figli e gli amici costituiscono per lui tutta la razza umana; quanto al resto dei concittadini, egli vive al loro fianco ma non li vede; li tocca ma non li sente; non esiste che in sé stesso e per sé stesso, e se ancora possiede una famiglia, si può dire per lo meno che non ha più patria. Al di sopra di costoro si erge un potere immenso e tutelare, che si incarica da solo di assicurare loro il godimento dei beni e di vegliare sulla loro sorte. È assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite. Assomiglierebbe all'autorità paterna se, come questa, avesse lo scopo di preparare l'uomo all'età virile, mentre non cerca che di arrestarlo irrevocabilmente all'infanzia; è contento che i cittadini si svaghino, purché non pensino che a svagarsi. Lavora volentieri alla loro felicità, ma vuole esserne l'unico agente ed il solo arbitro; provvede alla loro sicurezza, prevede e garantisce i loro bisogni, facilita i loro piaceri, guida i loro affari principali, dirige la loro industria, regola le loro successioni, spartisce le loro eredità; perché non dovrebbe levare loro totalmente il fastidio di pensare e la fatica di vivere?" A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, II, (1840) in *Scritti politici*, tr. it. a cura di N. Matteucci, Torino, 1981, p. 812.

istituzioni rivoluzionarie, questa circostanza sembra verificarsi in due forme diverse (e non facilmente compatibili). In primo luogo l'assolutismo monarchico viene presto sostituito da una nuova forma di assolutismo, quello del Parlamento e della legge che si propone come l'espressione della volontà generale della nazione sovrana¹⁸.

Contemporaneamente, in quello stesso contesto giuridico-politico che ci si avvia a definire come Stato di diritto, in cui si considera la legge come unico atto autoritativo perché inteso come la migliore espressione della garanzia dei diritti dei cittadini, e in particolare del primo fra i diritti soggettivi, quello di proprietà, sorge il problema di una forma di responsabilità diversa da quella di cui si è finora trattato. Non più la responsabilità reciproca, paritaria, degli individui singoli, cittadini di uno Stato, che assumono consapevolezza della propria autonomia e contemporaneamente del proprio essere necessariamente in relazione con altri, ipoteticamente eguali, che hanno altresì delle responsabilità. Quella forma di responsabilità che presuppone la libertà, nel senso che si è responsabili solo delle azioni che si sceglie di compiere, ma che presuppone anche il rapporto con altri soggetti (si è sempre responsabili nei confronti di qualcuno), che ha una valenza etica, ma anche giuridica, e dunque definisce complessivamente il ruolo del cittadino.

Si pone adesso, invece, il problema di una forma di responsabilità non paritaria, quella che va ad assumere lo Stato nei confronti dei cittadini.

La creazione di una nazione 'una e indivisibile', attraverso la 'scoperta' dell'idea di potere costituente, si accompagna alla esigenza di una forte unità amministrativa¹⁹. Questa peraltro, come scrive Tocqueville, è un'eredità dell'antico regime "trasportata in blocco nella rivoluzione ed incorporatavisi", perché l'accentramento amministrativo era "esso stesso il principio e il segno della rivoluzione"²⁰. Sembra si possa far risalire comunque proprio al

¹⁸ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spc., p. 26.

¹⁹ Sul rapporto fra unità nazionale e amministrativa in Francia, v. spc. S. Manoni, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milano, 1996, che nei due densissimi volumi di cui si compone il suo lavoro, guarda costantemente alla posizione tocquevilleana, sia pure spesso in senso critico.

²⁰ A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien régime et la Révolution* (1856), tr. it., G. Candeloro, Milano, 1981, p. 99.

1789, con la legge che ridisegna l'assetto del territorio francese, delegando formalmente l'amministrazione statale ad eseguire tutte le attività necessarie al governo di una società moderna, la configurazione di uno Stato soggetto, "titolare di un primo complesso di responsabilità proprie"²¹.

Negli anni immediatamente successivi, e soprattutto nel periodo dell'Impero, la Pubblica Amministrazione tende ad autonomizzarsi sempre di più, soprattutto rispetto alla giurisdizione il cui ruolo invece si depotenzia e si identifica ormai con quello di *bouche de la loi*. L'amministrazione assume una funzione più attiva, in vista dell'obbiettivo della cementificazione della società nuova che sta nascendo; viene concepita come il momento vitale, concreto, in cui lo Stato entra direttamente e continuamente in contatto con i cittadini provvedendo alla sicurezza, all'ordine pubblico e alla soddisfazione di tutti i bisogni della società²².

È del 1792 un saggio di Necker, intitolato significativamente *Du pouvoir exécutiv dans les grands Etats*, in cui egli definisce il potere esecutivo come "la pietra angolare di ogni società"²³ proprio perché ne costituisce buona parte del tessuto connettivo.

Compare in questa fase la dizione di atto amministrativo come atto d'imperio, in grado di costituire obblighi nei confronti dei cittadini e si delinea l'idea del diritto amministrativo come branca autonoma del diritto.

Questo ruolo dell'amministrazione, però se da una parte serve, appunto, alla costruzione della società, contrasta dall'altro con la funzione assolutizzante che assume la legge come unico vero strumento autoritativo.

Come si diceva poco fa, si è nella fase in cui lo Stato di diritto si afferma con il suo corollario di valori individualistici, con l'esigenza di salvaguardare la sfera di libertà del singolo attraverso un sistema di garanzie che si determina in primo luogo con l'applicazione più rigorosa del principio di legalità, inteso come principio di libertà, poichè la legge sembra comprendere il diritto in

²¹ L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, in M. FIORAVANTI (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 75.

²² *Ivi*, p. 79.

²³ J. NECKER, *Du pouvoir exécutiv dans les grands Etats*, Paris, 1792, su cui, insieme ad altre importanti notazioni riguardo alla complessità della condizione francese di quegli anni, v. P. Colombo, *Governo*, Bologna, 2003, p. 116.

modo pressoché esaustivo. La discrezionalità dell'agire amministrativo viene contenuta entro leggi precise che ne delimitano specificamente il raggio di azione: l'amministrazione dipende dalla volontà della nazione, e non fa che eseguirne le disposizioni esplicite: sembra si vada a realizzare così l'idea settecentesca dello 'Stato macchina'²⁴.

Ma proprio l'insistenza sul principio di legalità, se riafferma l'innegabile 'legicentrismo' della condizione europea-continentale dello Stato di diritto, e la tradizionale diffidenza nei confronti di tutta l'attività che fa capo al Governo, inteso originariamente come emanazione del Monarca, denota implicitamente la difficoltà di relegare l'attività dello Stato-apparato entro i limiti della mera esecuzione della legge, riaffermando l'esistenza di una forma di responsabilità che si fonda sulla presenza indispensabile di forti margini di discrezionalità nell'azione amministrativa.

Benjamin Constant, nei primi decenni dell'Ottocento, scrive le sue pagine forse più significative sulla complessità del rapporto fra legislazione ed esecuzione²⁵.

Non si limita infatti a riconsiderare la questione della responsabilità dei ministri, che è un tema già presente nella storia costituzionale inglese in cui si era posto, dopo le rivoluzioni, come un aspetto del rapporto fra re e Parlamento, come 'finzione' utile a salvaguardare la figura del re. Il risultato più rilevante delle costituzioni inglesi del XVII secolo, era stato, secondo McIlwain: "la costruzione di un re responsabile per l'attività di governo come per la giurisdizione, e responsabile non soltanto innanzi a Dio come era stato prima, ma innanzi alla legge e innanzi al popolo. Il re restava *legibus solutus* come prima, ma questo significava ormai soltanto che la sua persona era sottratta alla forza coercitiva della legge, non significava più che i suoi atti ufficiali fossero al di fuori della competenza delle corti o fossero sottratti al controllo

²⁴ Ancora cfr., L. MANNORI, B. SORDI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 83.

²⁵ In questo senso, è stato giustamente detto: "Gli ampi cenni che Constant dà sulla teoria della responsabilità dell'amministrazione e dei funzionari costituiscono uno dei suoi contributi positivi più importanti. Gran parte dei criteri che egli propone è passata nel corpo del moderno diritto costituzionale e amministrativo e merita di rimanervi", U. Cerroni, Introduzione a B. Constant, *Principi di politica* (1815), Roma, 1970, p. 35; v. anche L. JAUME, *Le concept de 'responsabilité des ministres' chez Benjamin Constant*, «Revue française de droit constitutionnel», n. 42, 2000, pp. 227-243.

politico dei rappresentanti del popolo nel parlamento... La vecchia massima ha acquistato un significato nuovo: non più che il re non poteva violare la legge, ma che la violazione della legge non poteva essere considerata un atto del re”²⁶. Se dunque il re non può essere considerato direttamente imputabile di alcun atto illegittimo, ma non può neppure essere compiuta alcuna ingiustizia nei confronti del popolo, devono essere i suoi ministri ad assumersi la responsabilità delle azioni che il monarca compie²⁷.

Constant analizza questo aspetto della questione in modo piuttosto tradizionale, rispecchiando la posizione classica delle monarchie costituzionali liberali, che è passata anche nella nostra costituzione repubblicana: i ministri sono politicamente responsabili davanti al Parlamento che rappresenta la nazione sovrana (il popolo), degli atti che compiono nell’esercizio delle loro funzioni e che costituiscano eventualmente violazione di legge.

L’aspetto ben più interessante del problema però, è quello che riguarda l’attività e la relativa responsabilità dei cosiddetti ‘agenti inferiori’, i funzionari dell’amministrazione di grado meno elevato. È un punto di vista molto innovativo, quello di Constant, che anticipa alcuni dei temi che meglio connotano l’evoluzione del positivismo giuridico contemporaneo: secondo Constant il funzionario amministrativo non deve mai perdere di vista la consapevolezza del fatto che il suo sia un ruolo ‘attivo’, sia in rapporto all’esercizio di esecuzione diretta della legge, che deve essere esercitata (o non esercitata, se è il caso) senza che venga smarrito il senso critico poichè: “L’obbedienza alla legge è senza dubbio un dovere; ma non è assoluto, è relativo; si basa sul presupposto che la legge parta da un’origine legittima e si riconfermi entro limiti legittimi”²⁸.

Ma anche riguardo al problema della disciplina interna alla gerarchia amministrativa, egli insiste sull’esigenza dell’esame critico, della presa di coscienza del fatto che l’esecuzione di un atto normativo non coincide automaticamente con l’adesione intellettuale e ne comporta la responsabilità non solo etica, ma giuridica: “Niente scusa l’uomo che presta la sua assistenza alla legge che

²⁶ C.H. McILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), tr. it. Bologna, 1990, pp. 155-154.

²⁷ V. qui M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, Bologna, 1994, p. 156.

²⁸ B. CONSTANT, *Principes de politique* (1806-1810), Paris, 1997, p. 402. La traduzione italiana, nei testi di Constant citati dal francese, è mia.

reputa iniqua, il giudice che siede su uno scanno che considera illegale o che pronuncia una sentenza che egli stesso disapprova, il ministro che fa eseguire un decreto contro la sua coscienza, il poliziotto che arresta l'uomo che sa essere innocente per consegnarlo ai suoi carnefici"²⁹: la disciplina non dispensa in nessun caso dall'esame critico della legge, o dell'atto che si qualifica come tale avendone i requisiti formali; anche la disciplina ha dei limiti, che non possono essere descritti, codificati, ma che ciascun uomo nella propria coscienza e con la propria ragione è in grado di riconoscere. "Persino nella disciplina militare l'obbedienza passiva ha dei limiti tracciati dalla stessa natura delle cose a dispetto di tutti i sofismi...Nessuno dubita che in linea generale la disciplina sia la base indispensabile di ogni organizzazione militare, che la puntualità nell'esecuzione degli ordini ricevuti sia la molla necessaria di ogni amministrazione civile. Ma questa regola ha dei limiti: questi limiti non si lasciano descrivere perché è impossibile prevedere tutti i casi che possono presentarsi: ma essi si percepiscono, la ragione di ognuno li avverte"³⁰.

La conseguenza immediata di questa impostazione, non è peraltro una dottrina che conduce all'anarchia o all'individualismo assoluto o che tende a incoraggiare il diritto di resistenza: una cosa è il dovere di giudicare, di esaminare, di interpretare autonomamente gli atti che provengono dal potere pubblico, altra cosa è passare all'azione: responsabilità è anche la consapevolezza che: "Noi dobbiamo alla quiete pubblica molti sacrifici; ci renderemmo colpevoli agli occhi della morale, se per un attaccamento troppo inflessibile ai nostri diritti, resistessimo a tutte le leggi che ci sembrano lesive di questi"³¹ e che dunque bisogna ricorrere alla resistenza solo in casi estremi. Si tratta, nella maggioranza dei casi, non di opporsi ad una legge ma di riconoscere il fatto che una legge non è legge solo se ne ha il nome, cioè solo se risponde a dei requisiti formali: "La legittimità dell'autorità dipende dal suo oggetto non meno che dalla sua origine... Esistono atti che niente può rivestire di questo carattere"³².

²⁹ *Ivi*, p. 405.

³⁰ B. CONSTANT, *Principes de politique applicables à tous les Gouvernements représentatifs* (1815), in *Id.*, *Oeuvres*, Paris, 1957, pp. 1147-1149.

³¹ *Ivi*, p. 1075.

³² B. CONSTANT, *Principes de politique* (1806), cit., p. 52.

La posizione di Constant appare sicuramente originale se confrontata a quella di autori a lui molto vicini culturalmente e temporalmente, come Tocqueville, che nel 1856 scriveva che nell'amministrazione sono "soprattutto necessarie la responsabilità" ma anche "la subordinazione e lo zelo"⁵³.

Egli mette a fuoco però anche uno dei maggiori problemi che individuano il punto di rottura del positivismo giuridico tipico dello stato di diritto legislativo, e che si distingue appunto per "l'inerzia mentale"⁵⁴ da parte degli esecutori delle leggi.

Si tratta della condizione dello Stato legislativo fondato sull'ordine legale-razionale, sull'idea-guida della spersonalizzazione, che nella costituzione di Weimar trova il suo momento più alto di realizzazione, ma anche l'inizio della crisi, e che si identifica fondamentalmente nella sociologia weberiana e nel normativismo kelseniano.

Secondo Max Weber la legittimità della forma specifica di potere legale-razionale, si fonda sul convincimento della legalità delle procedure che accompagnano la designazione dei detentori del potere, e delle norme che segnano i limiti entro cui il potere viene regolarmente esercitato. È un tipo di potere impersonale perché comporta che si obbedisca ad un sistema di norme, per definizione impersonali; si risponde alle persone solo in quanto queste siano investite della loro autorità da norme giuridiche.

La responsabilità personale, in questa concezione di Stato inteso come 'impresa istituzionale di carattere politico' non compete al funzionario amministrativo a meno che questi non abbia anche uno specifico ruolo di gestione politica: "L'onore del funzionario consiste nella capacità di eseguire coscienziosamente, sotto la responsabilità di chi glielo impartisce, un ordine che gli appare errato, quando l'autorità a lui preposta vi insiste nonostante le sue osservazioni, esattamente come se esso corrispondesse al suo proprio convincimento"⁵⁵, scrive Weber.

Sulla stessa linea Kelsen si pone con un saggio del 1913, *L'illecito dello Stato*, in cui, in anticipo su i *Lineamenti di dottrina pura*

⁵³ A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime*, cit., p. 81.

⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 35.

⁵⁵ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft* (1922), tr. it., F. CASABIANCA e G. GIORDANO, *Economia e società*, Milano, 1980, p. 498; cfr. F.M. DE SANCTIS, *Consenso/dissenso*, cit., p. 99.

del diritto, mostra come il compimento di un atto illecito da parte dello Stato e la relativa responsabilità che ne deriverebbe sia un concetto 'impossibile' da ipotizzare proprio a partire dalla esclusione di ogni possibile elemento soggettivistico. Lo Stato, (si tratta qui, come è noto, di una accezione minima di Stato di diritto) si identifica con l'ordinamento giuridico il cui contenuto è la sua stessa volontà, e non può contraddire se stesso; in questo senso il momento produttivo della volontà statale si identifica con quello esecutivo perdendo qualsiasi connotazione personalistica: "Lo Stato-persona è soltanto il punto comune di intersezione delle linee di imputazione che sono tracciate dall'azione degli organi"⁵⁶.

La posizione di Kelsen contiene peraltro un'ambivalenza particolarmente significativa: da un lato tutta la sua produzione va nella direzione del tentativo di spersonalizzazione dello Stato e delle sue strutture, nel rifiuto di termini come 'obbedienza' o 'imperativo' perché questi darebbero il senso della presenza di una soggettività invece inesistente; d'altro canto la costruzione a gradi dell'ordinamento, con la relativa esigenza di individualizzazione del significato normativo da parte di chi si pone come 'interprete' di fronte alla necessaria indeterminatezza della norma di grado superiore in ogni stadio dell'ordinamento, sembra recuperare implicitamente l'autonomia critica di chi, con un atto di volontà, sceglie fra le possibili soluzioni che si prospettano, quella che considera migliore, rinunciando al tentativo impossibile di arrivare a conoscere il cosiddetto diritto 'certo'.

Si tratta ancora comunque di una logica razionale-formale, tipica di un'impostazione normativa che si pone sulla linea di quella weberiana, e che presta il fianco a diversi ordini di obiezioni soprattutto a partire dal fallimento dell'esperienza weimariana e dai totalitarismi novecenteschi che hanno drammaticamente mostrato i punti deboli di un sistema giuridico-politico fondato sull'ipotesi della prevalenza assoluta della legalità formale.

Nei primi anni '30 Carl Schmitt, già considerava come l'identificazione dello Stato in una sorta di meccanismo semovente tipica dello stato legislativo parlamentare (contrapposto a quello giurisdizionale, ma ancor più a quello che egli definisce governativo o

⁵⁶ H. KELSEN, *Über Staatsrechts* (1915), tr. it. ABIGNENTE, *L'illecito dello Stato*, Napoli, 1988, p. 22.

amministrativo), comportasse una condizione in cui la *lex* si confonde con il *nomos*, la legittimità si esaurisce nella legalità formale e si perde la possibilità di ipotizzare il diritto di resistenza, inteso come spazio di autonomia critica rispetto all'obbedienza che la legge esige: l'idea di diritto si trasforma nell'idea di legalità⁵⁷ e la legge si propone paradossalmente come un elemento intriso di 'sacralità', in nome del quale si può imporre qualsiasi contenuto⁵⁸. Ma "una legge non può applicarsi, attuarsi o eseguirsi da sola; né può interpretarsi definirsi o sanzionarsi da sola..."⁵⁹. Deve recuperare, nelle considerazioni schmittiane, il rapporto con l'ordinamento giuridico concreto in cui si ritrova l'elemento personale e sostanziale che definisce l'essenza del diritto, e che non può coincidere solamente con un insieme di norme 'regolarmente' ordinate in un sistema: se la prescrizione normativa occupa per intero il campo dell'azione, non c'è più posto per la vera responsabilità poiché viene sottratto al soggetto quello spazio di decisione libera, senza il quale non è possibile pensare la responsabilità⁴⁰.

Nel 1947, durante il processo di Norimberga, lo stesso Schmitt si trova a dover rispondere ad una precisa domanda, formulata da uno dei giudici sul perché la burocrazia tedesca, durante il nazismo avesse seguito Hitler. La risposta di Schmitt si trova in suo saggio, pubblicato nel 1950, in cui egli ripropone il tema della pervasività della legge, come unico strumento di diritto, e della legalità come fonte di ogni forma di legittimità, e: "Proprio nel concetto di legalità si trova la risposta più pertinente alla nostra domanda: perché la burocrazia tedesca ha seguito Hitler. Infatti la conquista del potere

⁵⁷ C. SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens* (1954), tr. it. G. MIGLIO, P. SCHIERA, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, Bologna, 1972, p. 266.

⁵⁸ "Non vi è «uguaglianza davanti ai provvedimenti» come vi è invece «uguaglianza davanti alla legge». Non è neppure possibile pronunciare diritto, infliggere pene o comunque comportarsi in modo autoritario, invece che «in nome della legge», in «nome dell'adeguatezza allo scopo» o della «necessità concreta» o anche «in nome della coerenza della situazione». Sarebbe chiaramente grottesco se si volesse pronunciare ed eseguire le sentenze giudiziali, invece che in nome del Re, del Popolo o della Legge, in «nome di un provvedimento», o se si facesse prestar giuramento a qualcuno su provvedimenti o gli si facesse giurare «fedeltà ad un provvedimento», C. SCHMITT, *Legalität und Legitimität* (1952), *Legalità e legittimità*, in *Le categorie*, cit. p. 220.

⁵⁹ *Ivi*, p. 255.

⁴⁰ Cfr. R. ESPOSITO, *Nove pensieri sulla politica*, Bologna, 1993, p. 64.

da parte di Hitler, agli occhi della burocrazia tedesca non era illegale”⁴¹.

Esattamente trent’anni dopo, nel 1964, cioè dopo la fine della seconda guerra mondiale e dopo la celebrazione del processo di Norimberga, Hannah Arendt partendo da presupposti completamente diversi da quelli schmittiani, scrive un saggio reintroducendo il problema, di cui aveva trattato Constant, del giudizio morale personale dinanzi ad un comando proveniente da un’autorità formalmente legittimata a imporlo.

Nel 1960 viene catturato in Argentina, dove era fuggito dopo la fine della guerra, Adolf Eichman. Questi aveva diretto l’ufficio per le questioni ebraiche dei sevizi di sicurezza del *Reich*, e in questa veste aveva organizzato i piani di deportazione e di segregazione nei campi di concentramento nazisti. Nel 1942 aveva avuto anche l’incarico di provvedere alla ‘soluzione finale’ della questione ebraica, mediante lo sterminio di massa degli ebrei residenti nei paesi tedeschi occupati dalla Germania. La sua cattura, seguita da un processo che si svolse a Gerusalemme ebbe grandissima risonanza in tutto il mondo, e il saggio della Arendt che si intitola significativamente *La responsabilità personale sotto la dittatura*⁴², viene dato alle stampe in risposta alle polemiche suscitate da uno dei suoi testi più noti, *La banalità del male*⁴³, scritto come resoconto e commento al processo Eichman.

A proposito della responsabilità, riemerge il tema nodale dell’obbedienza del funzionario: “in ogni sistema burocratico – scrive la Arendt – lo scarico delle responsabilità fa parte della routine quotidiana, e se dal punto di vista della scienza politica si è potuta definire la burocrazia una forma di potere, si è trattato in ogni caso del potere degli uffici, che è l’opposto del potere di un singolo o di alcuni o di molti; burocrazia è il potere di nessuno, e appunto per

⁴¹ C. SCHMITT, *Das Problem der Legalität* (1950), Il problema della legalità, in *Le categorie*, cit., p. 281. Sul tema specifico delle origini del sistema burocratico in Germania, v. spc., H. ROSENBERG, *Burocracy, aristocracy and autocracy. The prussian experience, 1660-1815* (1958), tr. it. G. PANZIERI SALJA, *La nascita della burocrazia. L’esperienza prussiana 1660-1815*, Roma, 1968.

⁴² H. ARENDT, *Personal Responsibility under Dictatorship* (1964), tr. it., R. Esposito, *Responsabilità*, in ID. (a cura di), *Oltre la politica. Antologia del pensiero “impolitico”*, Milano, 1996, pp. 95-127.

⁴³ H. ARENDT, *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil* (1965), tr. it. P. BERNARDINI, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, Milano, 2000.

questo è forse la forma più inumana di potere”⁴⁴. Ma “...in un aula giudiziaria i giudici cercano di chiarire che il processo non si fa a un sistema, alla storia, a una tendenza storica o a un ‘ismo’ – per esempio all’antisemitismo – ma a una persona. E se l’imputato è accidentalmente un funzionario, viene accusato proprio perché un funzionario resta una persona umana, e solo in questa qualità siede dinanzi a un tribunale”⁴⁵. La responsabilità che compete al funzionario amministrativo è una forma di responsabilità che si fonda sull’esigenza, comune alla specie umana, di pensare, di sottoporre ad esame critico ogni atto che viene compiuto: si compiono azioni spregevoli non necessariamente per malvagità, ma perché si smette di pensare, di interrogarsi, di porre in discussione se stessi ed i propri comportamenti, perché si rinuncia a quella “abitudine a convivere senza infingimenti con se stessi, a trovarsi in quel silenzioso colloquio tra sé e il proprio Io che da Socrate e Platone in poi siamo soliti chiamare «pensiero»”⁴⁶.

Hannah Arendt propone qui quella che ella stessa definisce la teoria “della rotella nell’ingranaggio”⁴⁷: la difesa di Eichman consisteva appunto nel definire se stesso in quanto funzionario, come un pezzo di una macchina funzionante comunque, a prescindere dalla persona fisica che occupa una determinata posizione solo casualmente. La responsabilità si esaurirebbe nell’obbedienza ad un ordine imposto in uno schema complesso di gerarchie, di cui il singolo agente non è tenuto conoscere gli obiettivi e le conseguenze. Ma l’equivoco, dice la Arendt ruota proprio intorno al tema dell’obbedienza: “solo un bambino ‘ubbidisce’; – ella scrive – se lo fa un adulto in realtà appoggia l’organizzazione o l’autorità o la legge che pretendono obbedienza”⁴⁸. “Persino in un’organizzazione rigidamente burocratica con tanto di ordinamento gerarchico ben strutturato, sarebbe molto più sensato considerare il funzionamento di ruote e ‘rotelle’ come un supporto globale a un’impresa collettiva, anziché parlare, come si fa di solito, di ubbidienza ai dirigenti. Se io ubbidisco alle leggi del paese, in realtà appoggio la sua costituzione... di conseguenza a coloro che colla-

⁴⁴ H. ARENDT, *Responsabilità*, cit., p. 110.

⁴⁵ *Ivi*, p. 109.

⁴⁶ *Ivi*, p. 124.

⁴⁷ *Ivi*, p. 108.

⁴⁸ *Ivi*, p. 125.

borarono e ubbidirono agli ordini non si dovrebbe chiedere mai 'perché hai ubbidito? Bensi 'perché hai dato il tuo sostegno?'"⁴⁹.

Questo aspetto del rapporto fra consenso e obbedienza, fra adesione più o meno esplicita ai principi dell'ordinamento e accettazione passiva delle sue regole, diviene uno dei cardini intorno a cui ruotano alcuni degli aspetti più dibattuti dell'evoluzione novecentesca del positivismo giuridico. Appare evidente come il cosiddetto 'giuspositivismo acritico' sia una creatura dell'Ottocento e di una peculiare condizione storico-politica in cui tutta la produzione giuridica si concentrava nell'istanza legislativa e l'attività dei giuristi si poneva come semplice servizio alla legge⁵⁰.

I profondi mutamenti storici, politici, sociali, culturali, che hanno segnato il Novecento, cambiano, come si è visto, anche il modo in cui si pone il rapporto di responsabilità reciproca fra lo Stato e i cittadini, e la necessità di modulare l'obbedienza in relazione al ruolo che ciascuno assume nello Stato. Questo argomento diviene il fulcro della teoria giuridica di uno degli autori che rappresenta forse meglio l'esito più maturo del positivismo giuridico contemporaneo: Herbert Hart, il quale, muovendo dalla critica all'imperativismo classico ottocentesco (Austin), ma anche dalla sua idea di società libera, fonda l'obbligatorietà del diritto sull'esistenza di una cosiddetta 'norma di riconoscimento' che a sua volta presuppone un 'punto di vista interno' come espressione dell'adesione critica ai precetti normativi espressi in un ordinamento: riemerge l'aspetto soggettivistico del diritto che assume però in Hart una valenza più complessa. L'ordinamento giuridico, secondo Hart, è composto fondamentalmente di due tipi di norme: quelle primarie, che impongono obblighi, e quelle secondarie, che attribuiscono poteri: i destinatari delle prime sono i cittadini comuni a cui è richiesta genericamente l'obbedienza, mentre le norme secondarie sono rivolte ai funzionari pubblici, che devono aderire criticamente alle norme che sono chiamati ad eseguire: "si richiede un'accettazione ufficiale, condivisa da tutti i funzionari... Essi devono considerare criticamente queste norme come dei criteri comuni di comportamento ufficiale e valutare criticamente le deviazioni proprie e di altri come errori"⁵¹. Diviene relativamente secondaria per Hart

⁴⁹ *Ivi*, pp. 126-127.

⁵⁰ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit. p. 38.

⁵¹ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), tr. it., M. CATTANEO, *Il concetto di*

la questione dell'accettazione 'attiva', critica, da parte del cittadino comune, il quale può decidere di obbedire alla legge anche soltanto perché lo ritiene più conveniente in vista delle probabili sanzioni che possono seguire ad un suo atteggiamento di violazione delle norme giuridiche: "...l'accettazione delle norme come criteri comuni per il gruppo può essere separata dalla questione, relativamente passiva, dell'acquiescenza alle norme che il cittadino privato attua obbedendo soltanto per conto suo... In questo ordinamento più complesso può accadere che soltanto i funzionari accettino e usino i criteri di validità giuridica dell'ordinamento. La società in cui accadesse questo sarebbe deplorabilmente formata da pecoroni: e le pecore possono finire dal macellaio. Ma non vi sono ragioni sufficienti per ritenere che essa non possa esistere o per negarle il nome di ordinamento giuridico"⁵².

Hart prende evidentemente le mosse dall'ipotesi di una società di cittadini liberi e consapevoli, nella quale il riconoscimento di una norma come diritto positivo non significa che essa venga approvata o addirittura giustificata moralmente. Il diritto appare solo come uno strumento necessario per la sicurezza e la libertà, la cui funzione sociale, proprio in virtù della 'neutralità morale' che lo qualifica, non può essere messa in discussione negando la validità in nome di qualche supposta violazione della morale. In questo modo, ciascuno rimane libero di non obbedire alle leggi che considera ingiuste o immorali, assumendosi, pienamente e consapevolmente, la responsabilità delle conseguenze prevedibili⁵³.

Perché, come scriveva Hannah Arendt: "Problemi legali e problemi morali non sono affatto la stessa cosa, e però mostrano una certa affinità perché presuppongono entrambi la facoltà del giudizio"⁵⁴.

diritto, Torino, 1991, p. 158. Su questo e su altri aspetti rilevanti del pensiero di Hart, v. il recentissimo saggio di V. OMAGGIO, *Teorie dell'interpretazione. Giuspositivismo, ermeneutica giuridica, neocostituzionalismo*, Napoli, 2005, spc. pp. 174-175.

⁵² H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit. p. 158.

⁵³ Cfr. H. HOFMANN, *Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie* (2000), tr. it. L. BASSO, M. TOMBA, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, Roma-Bari, 2005, p. 129.

⁵⁴ H. ARENDT, *Responsabilità*, cit., pp. 125-124.