

IL CIBERSPAZIO COME ORDINAMENTO PRIMITIVO.  
UN'INDAGINE SULLA RESPONSABILITÀ OGGETTIVA A PARTIRE DA  
*SOCIETY AND NATURE* DI HANS KELSEN

1. Dal nuovo al vecchio, e ritorno - 2. Primitivismo giuridico e responsabilità oggettiva in *Society and Nature* - 3. La responsabilità oggettiva nell'elaborazione kelseniana matura - 4. Il ginepraio della responsabilità collettiva nella riflessione filosofico-morale - 5. Prospettive

Abstract

Questo articolo intende prendere sul serio alcune difficoltà inerenti alla regolamentazione giuridica di condotte discorsive violente, offensive o lesive espresse sulla rete. In particolare, ipotizzando che il ciber spazio sia pensabile come un ordinamento primitivo le cui sanzioni hanno una natura prevalentemente reputazionale, l'articolo si soffermerà sulle riflessioni sul primitivismo giuridico elaborate da Hans Kelsen a partire dallo studio *Society and Nature: A Sociological Inquiry* (1943). Nell'ambito della trattazione, emergerà chiaramente come, storicamente, nell'ambito di ordinamenti ancora acerbi, si sia spesso ricorsi a forme di responsabilità di carattere oggettivo. In analogia con quelle esperienze storiche e in assenza di forme di regolamentazione più mature, sembra oggi parimenti confermata la possibilità di imputare ai grandi service provider attivi le condotte discorsive offensive pubblicate dai loro utenti.

This article intends to take seriously some difficulties inherent in the legal regulation of violent, offensive or harmful speech acts on the Internet. In particular, assuming that cyberspace can be thought of as a primitive order whose sanctions have a predominantly reputational nature, it will focus on the reflections on legal primitivism developed by Hans Kelsen starting from the study *Society and Nature: A Sociological Inquiry* (1943). As part of the discussion, it will clearly emerge how, historically, in the context of primitive systems, forms of strict liability have often been resorted to. In analogy with those historical experiences and in the absence of more mature forms of regulation, today the possibility of attributing offensive users' speech acts to large active service providers seems equally confirmed.

Keywords: Strict liability, Cyberspace, Primitive Order, Hans Kelsen, *Society and Nature*.

1. Dal nuovo al vecchio, e ritorno

Negli ordinamenti democratici occidentali vigenti, la concezione piena della responsabilità ha una natura prevalentemente retributivo-rivendicativa. Essere responsabile significa perlopiù rispondere per un'azione, un'omissione, un fatto o una circostanza riconducibile alla *propria* sfera di comportamento. Sulla scia di una tradizione ampiamente consolidata, peraltro, l'imputazione del fatto all'agente permette a quest'ultimo di identificarsi come autore e di riconoscersi nei suoi atti.

Per questa ragione, il diritto penale moderno attribuisce una grande importanza al principio di colpevolezza, che definisce un coefficiente soggettivo, ovvero un insieme di condizioni psicologiche necessarie per giustificare l'imputazione.

Eppure, sotto questo profilo, la tecnologia contemporanea pone alcune sfide. In particolare con riferimento alla comunicazione in rete, alcuni esempi paiono immediatamente familiari. Si pensi all'effetto virale di alcuni discorsi, immagini o video offensivi pubblicati in rete, che vengono ripubblicati e trasmessi da una quantità di utenti imprevedibile e incalcolabile anticipatamente; o all'amplificazione di menzogne e notizie false, tendenziose o semplicemente inaccurate, i cui effetti possono essere nel lungo periodo destabilizzanti per le istituzioni democratiche di un Paese; o ancora al rapporto tra violenza, radicalizzazione, *filter bubbles* ed *echo-chambers* nell'uso dei social media.

In tutti questi casi, non è sempre facile individuare una relazione psicologica, né una proporzione, tra la condotta di un agente e l'effetto provocato. In qualche caso la condotta, individualmente intesa, non è neppure chiaramente qualificabile come illecita o come intenzionalmente diretta a perseguire scopi illeciti. È soprattutto l'elemento soggettivo della colpevolezza a risultare appannato.

Non è un caso che l'attenzione giurisprudenziale si sia rivolta, in circostanze come quelle evocate, verso profili di responsabilità differenti, ulteriori. In particolare, si è discusso del possibile ricorso a forme di responsabilità oggettiva, guardando soprattutto al ruolo di quei service provider che non si limitano soltanto ad offrire, passivamente, una piattaforma per la pubblicazione di contenuti bensì organizzano anche, attivamente, la visualizzazione degli stessi, sulla scorta di logiche di profilazione e di massimizzazione delle interazioni, che favoriscono la riproduzione di parole, immagini, o video sensazionali<sup>1</sup>. In altri termini, ci si è chiesti se entità come i social network, che hanno interesse ad esibire contenuti virali anche là dove questi siano lesivi od offensivi, possano essere ritenuti in qualche modo responsabili, accanto a chi quei contenuti scrive, divulga o diffonde<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Per un approfondimento, sia consentito rinviare a S. VANTIN, *La lama della rete. Forme della violenza contro le donne sul web*, in *Rivista italiana di informatica e diritto*, 2, 2020, pp. 27-33, in part. p. 29. Per un inquadramento su questi temi si veda più ampiamente, *inter alia*, T. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano, 2021, in part. Parte I (pp. 3-63) e Parte IV (pp. 219-286).

<sup>2</sup> Inquadrare i profili illeciti delle condotte discorsive (*speech acts*) in rete e sanzionarli adeguatamente è un compito tutt'altro che semplice, soprattutto nel caso di forme di violenza verbale, talvolta situate sulla soglia della tutela

L'attuale dibattito sulla responsabilità nel ciberspazio è caratterizzato da profonde ambiguità, che molto dipendono dall'oscillazione costante, a livello legislativo, tra il piano etico-programmatico e quello giuridico-normativo, nonché dalla perdurante indeterminatezza causata dall'assenza di un'autorità legittima competente, a sua volta determinata dalla ben nota natura extraspatiale e ultraterritoriale della rete. La regolazione delle condotte si scontra dunque con una serie di caratteristiche strutturali dell'ambiente nel quale esse si producono e si propagano.

In questa sede, si proverà a ipotizzare che l'ordinamento del ciberspazio sia pensabile come un ordinamento primitivo, le cui sanzioni hanno una natura prevalentemente reputazionale. In altri termini, se un determinato provider attivo consente o non impedisce la pubblicazione di condotte discorsive infamanti, lesive o dannose, la sanzione che dovrà essere erogata è una perdita di

---

della libera espressione. A tal proposito, nel nostro Paese la Corte di Cassazione ha stabilito che la critica diviene illecita quando comporta «un'aggressione gratuita e distruttiva dell'onore e della reputazione dell'interessato» (Cass. civ., 12420/2008). Su questo versante, profili estremamente problematici emergono con riferimento alla responsabilità dell'Internet service provider rispetto a contenuti generati o diffusi dai propri utenti. Infatti, ai sensi della Direttiva europea sul commercio elettronico (2000/31/CE), recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 70/2003, è possibile individuare una responsabilità extracontrattuale in capo al provider (*ex art.* 2043 cod. civ.) ma è escluso un obbligo generale di sorveglianza o monitoraggio, sia *ex ante* sia *ex post* (cfr. anche Corte Appello di Milano, sent. 29/2015; Tribunale di Napoli Nord, ord. cautelare 3 novembre 2016). D'altra parte, le autorità giudiziarie o amministrative possono richiedere al provider l'inibizione di contenuti illeciti, anche con procedura d'urgenza, ed è previsto un obbligo di informare l'autorità giudiziaria o amministrativa nel caso in cui il provider giunga a conoscenza di contenuti illeciti, con conseguente responsabilità in caso di inadempienza. Risulta, tuttavia, particolarmente insidiosa la qualificazione della responsabilità dei social network e dei motori di ricerca, i quali non si limitano a svolgere attività "neutrali" di semplice trasporto di informazioni (*mere conduit*), memorizzazione temporanea (*caching*) e memorizzazione duratura (*hosting*) ma, profilando i gusti e le preferenze degli utenti, ovvero mettendo in risalto specifiche informazioni, possono essere inquadrati come «hosting provider attivi» (Cass. civ., 7708/2019). Questi particolari provider non sono assimilabili a direttori responsabili di pubblicazioni periodiche ovvero agli editori o stampatori di pubblicazioni non periodiche (ai sensi degli artt. da 57 a 58-*bis* cod. pen.), in base al principio del divieto di interpretazione analogica della legge penale (Cass. pen., 35511/2010; 31022/2015), eppure sono soggetti all'obbligo di rimozione dei contenuti manifestamente illeciti di cui siano giunti a conoscenza (Cass. pen., 54946/2016; Cass. civ., 7708/2019). Mediante la Risoluzione del 23 novembre 2016 del Parlamento Europeo "sulla strategia della comunicazione dell'Unione per contrastare la propaganda di terzi che possa essere lesiva della democrazia, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali", nonché la successiva Comunicazione della Commissione Europea n. 555 del 2017, l'Unione Europea ha portato l'attenzione sulla necessità di cooperazione e di *due diligence* da parte di tutti i soggetti coinvolti nei processi comunicativi online. Sono emersi, in particolare, i principi di auto-regolazione e di co-regolazione, cui i principali Internet provider (a cominciare da Facebook, Microsoft, Twitter e YouTube) hanno ritenuto di doversi assoggettare, al fine di contrastare la violenza verbale, i discorsi d'odio e la diffusione di contenuti pregiudizievole per individui o gruppi. A titolo di esempio, Facebook ha introdotto una policy intitolata "Standard della Community" finalizzata ad inibire la violenza e i comportamenti criminali, l'istigazione alla violenza, la pubblicizzazione di atti criminali, i contenuti deprecabili, e così via, sulla base di un sistema che beneficia anche delle segnalazioni degli stessi utenti, che devono essere esaminate nell'arco di ventiquattro ore. Eppure, nonostante gli sforzi intrapresi, queste misure hanno avuto un'efficacia limitata e non paiono adeguate ad intervenire in termini preventivi. Più ampiamente, il ricorso al *soft-law* non può essere ritenuto sufficiente, soprattutto là dove all'operato di privati si attribuiscono finalità di natura pubblicistica, non siano previste sanzioni né criteri valutativi e non siano chiari i tempi di intervento successivi al vaglio della segnalazione.

reputazione risultante in una riduzione delle interazioni degli utenti e, dunque, dei profitti generati dalle tecniche di *microtargeting* al servizio del capitalismo estrattivo<sup>3</sup>.

Sulla scorta di questa ipotesi, nelle prossime pagine si richiameranno, senza alcuna pretesa di esaustività, alcune riflessioni sul primitivismo giuridico elaborate da Hans Kelsen (1881-1973), a partire dallo studio pubblicato nel 1943 con il titolo *Society and Nature: A Sociological Inquiry*.

Emergerà chiaramente come, storicamente, nell'ambito di ordinamenti ancora acerbi, si sia spesso ricorsi a forme di responsabilità di carattere in effetti oggettivo<sup>4</sup>. In analogia con quelle esperienze storiche e in assenza di forme di regolamentazione più mature, sembra oggi parimenti confermata la possibilità di imputare ai grandi service provider attivi le condotte discorsive gravemente offensive che vengono pubblicate dai loro utenti.

## 2. Primitivismo giuridico e responsabilità oggettiva in *Society and Nature*

Pur ossessionato dallo studio del diritto in quanto diritto, ovvero dalla ricerca di una dottrina «pura» che mettesse al riparo dal pericolo capitale del «sincretismo metodologico», rappresentando «il diritto com'è, non come deve essere», e rivelando perciò un «carattere antiideologico fortemente pronunciato»<sup>5</sup>, Hans Kelsen aveva chiarito nella sua opera maggiore<sup>6</sup> che sussiste uno scarto tra «l'esistenza concreta» di determinati atti di volontà e il dover essere, che è «il senso

---

<sup>3</sup> Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, in part. pp. 525-527.

<sup>4</sup> In questi casi si parla talvolta di «responsabilità di Agamennone». Come spiega Bernard Williams in *Vergogna e necessità* (1993), Bologna, 2007, pp. 65-66, quando Agamennone offende Achille, provocando l'ira evocata nell'incipit del primo poema omerico, il figlio di Atreo si trova in uno stato mentale alterato dall'intervento degli dei: «Agamennone sostiene di non essere *aitios*, tuttavia ciò che ha fatto in questa circostanza lo ha fatto intenzionalmente. Egli certamente intendeva, in quel momento, portare via Briseide ad Achille e tenerla per sé; [...] egli non suggerisce mai di aver sbagliato per un *incidente* e poiché non sapeva che cosa stesse facendo. Ciò che suggerisce è che, quando aveva avuto quell'intenzione, era in uno stato mentale anormale e che quello stato mentale aveva una spiegazione sovranaturale». Ciononostante, «egli non intende dire che non è suo compito offrire una riparazione per ciò che ha fatto. Al contrario: "Ma dal momento che ho errato, Zeus m'ha tolto la mente, voglio farne l'ammenda, dare doni infiniti" (*Iliade*, XIX, 137-138). In qualunque modo l'azione si sia verificata, egli deve risarcire Achille: in questo senso, Agamennone accetta la sua responsabilità». Pertanto, «Agamennone non si dissocia dall'azione: piuttosto, dissocia l'azione da se stesso». Più ampiamente, e in un senso figurato, Agamennone incarna quella responsabilità che è attribuita sulla scorta di una connessione meramente estrinseca tra la condotta e il suo effetto, priva di un'adesione psicologica interna.

<sup>5</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Torino, 2021, p. 150.

<sup>6</sup> Come è stato osservato, la *Reine Rechtslehre* è l'*opus magnum* dell'autore oltreché *opus perpetuum*, sia nel senso di «*monumentum aere perennius*» sia nel senso di «*perpetuum mobile*», ovvero di dottrina in continua trasformazione: cfr. M. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo*, in H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), a cura di M. Losano, Torino, 1985, pp. XVII-LXIV, in part. p. XVII.

specifico<sup>7</sup> che è proprio dell'esistenza» di quegli atti di volontà<sup>8</sup>. Altrove<sup>9</sup>, il giurista austriaco aveva rivendicato l'opportunità di occuparsi «di una sociologia della giustizia, cioè delle indagini sulla funzione sociale di certe idee che esistono nella mente degli uomini e che agiscono come causa del loro comportamento»<sup>10</sup>.

In tal senso, si può (si deve)<sup>11</sup> distinguere il punto di vista della scienza giuridica, vale a dire il punto di vista della specifica normatività che il diritto esprime, da un'osservazione sul diritto che «ha luogo da un punto di vista che trascende il diritto», ponendo domande «metagiuridiche»<sup>12</sup> inerenti al «nesso causale, descritto da una dottrina sociologica del diritto», tra «certi fatti economici o politici e gli atti con cui si statuisce il diritto, da un lato, e, dall'altro lato, fra questi atti ed il comportamento umano cui essi mirano»<sup>13</sup>.

Per questa via, l'indagine sociologica kelseniana può essere intesa come una ricerca sugli «atti con cui si statuisce il diritto», intesi come «mezzi per causare un certo comportamento degli individui, cui sono rivolti questi atti, cioè come cause di certi effetti»<sup>14</sup>. L'ordinamento giuridico finisce così per essere osservato a partire dalla «regolarità di un certo svolgersi del comportamento umano» e in relazione alla «forza motivatrice» delle «rappresentazioni» che spingeranno «gli individui a comportarsi in un certo modo»<sup>15</sup>. In altre parole, si sceglie quell'angolo di osservazione che mira a

---

<sup>7</sup> Per un chiarimento su questo aspetto, cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Bologna, 1999, pp. 86-87, 252, dove l'autore spiega che, secondo Kelsen, il diritto non «ha» bensì «è» un «contenuto di senso».

<sup>8</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 150.

<sup>9</sup> Cfr. in part. H. KELSEN, *Causality and Imputation*, in *Ethics*, LXI, 1950, pp. 1-11; H. KELSEN, *Zur Soziologie des Rechts*, in *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XXXIV, 1912, pp. 601-614. In lingua italiana, H. KELSEN, *Sociologia della democrazia*, a cura di A. Carrino, Napoli, 1991. Per un commento, cfr. U. SCARPELLI, *Società e natura nel pensiero di Hans Kelsen*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1954, pp. 774; R. TREVES, *Sociologia del diritto e sociologia dell'idea di giustizia in Hans Kelsen*, in *Sociologia del diritto*, 3, 1981, pp. 7-24; R. TREVES, *I due problemi fondamentali della filosofia del diritto e l'insegnamento di Hans Kelsen*, in R. TREVES, *Sociologia e socialismo: ricordi e incontri*, Milano, 1990, pp. 181-195.

<sup>10</sup> Cfr. l'introduzione all'edizione spagnola *Sociedad y Naturaleza*, Buenos Aires, 1945, pp. XII-XVI, nella quale Kelsen risponde alle accuse rivoltegli da Talcott Parsons in una aspra recensione all'edizione inglese del volume, come spiega Renato Treves in *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, cit., pp. 4-5.

<sup>11</sup> Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, cit., pp. 369-380.

<sup>12</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 148.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>14</sup> *Ibid.*, pp. 145-146. A questo proposito, cfr. N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Hans Kelsen*, a cura di T. Greco, Torino, 2014, p. 32, n. 9, dove l'autore afferma che la «considerazione» kelseniana del diritto «come una specie di tecnica sociale dimostra contro ogni accusa preconcepita che per Kelsen il diritto non è affatto alcunché di sradicato dalla società: anzi il diritto viene sin dall'inizio preso in considerazione come uno strumento per la realizzazione di certi fini che si pongono all'uomo vivente in società».

<sup>15</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 146.

intendere il diritto come «un'attività molto simile a quella di un cacciatore che pone un'esca per attirare la selvaggina in una trappola»<sup>16</sup>.

All'interno di queste coordinate concettuali, *Society and Nature* esplicita chiaramente le proprie premesse sin dall'introduzione: «Società e natura [...] sono il risultato di due diversi metodi di pensiero; e solo in quanto tali costituiscono due oggetti diversi. Gli stessi elementi, se sono legati l'uno all'altro secondo il principio di causalità, costituiscono la natura; se invece sono legati secondo un altro principio, cioè quello normativo, costituiscono la società»<sup>17</sup>. In tal senso, Kelsen nega l'idea kantiana che la causalità sia una nozione innata, e va alla ricerca di quella forma di pensiero primitiva che «interpreta la natura in base alle norme sociali, in special modo in base alla *lex talionis*, alla norma del contrappasso»<sup>18</sup>.

Non è un caso che la sezione più corposa del volume (a cui sono dedicate le prime duecentonovanta pagine) sia quella che indaga la mentalità primitiva, mentre le sezioni successive (rispettivamente, di novantacinque e ventisei pagine) prendono in esame il pensiero greco antico e la svolta rappresentata dalla riflessione sulla causalità elaborata prima da David Hume e poi, in termini differenti, dallo stesso Kant<sup>19</sup>.

Innanzitutto, alla luce di una gran mole di documenti di carattere etnografico e antropologico, richiamati nel corposo apparato di note, Kelsen cavalca l'analogia tra l'uomo primitivo e il bambino<sup>20</sup>. Il primitivo è essenzialmente un essere che prova paura dinnanzi a eventi che non comprende, e dei quali fornisce una giustificazione esclusivamente normativa<sup>21</sup>. Ad esempio, la morte gli appare come una punizione inflitta da un'autorità sovraumana<sup>22</sup>. Poiché ancora non è dotato di un pensiero causale, non gli interessa indagare quale evento abbia provocato il decesso; ciò che importa è individuarne un responsabile<sup>23</sup>.

---

<sup>16</sup> Come Kelsen spiega in *Teoria generale del diritto e dello Stato*, la sociologia del diritto presuppone il concetto giuridico di diritto definito dalla scienza normativa: cfr. pp. 165-182.

<sup>17</sup> H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 13.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>19</sup> Come ricorda lo stesso Kelsen in uno scritto autobiografico, «sin dall'inizio, [...] la filosofia di Kant costituì la stella polare del [suo] lavoro»: H. KELSEN, *Autopresentazione* (1927), in ID., *Opere*, vol. I: *Scritti editi 1905-1910 e Testimonianze personali*, a cura di A. Carrino, Soveria Mannelli, 2023, pp. 9-16, in part. p. 12. Sottolinea la matrice neokantiana della dottrina del diritto kelseniano Tommaso Gazzolo in *Kelsen, o la possibilità del diritto*, in H. KELSEN, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, Milano, 2022, pp. 9-92, in part. pp. 13-16. Per approfondire, cfr. M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Roma, 1981.

<sup>20</sup> H. KELSEN, *Società e natura*, cit., pp. 21, 24, 57, 89. A p. 21, l'uomo primitivo è paragonato all'animale.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 23.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>23</sup> *Ibid.*

In termini più ampi, la mentalità primitiva è caratterizzata da una accentuata tendenza alla «sostanzializzazione», secondo la quale tutte le qualità fisiche, mentali e morali sono intese come «sostanze»<sup>24</sup>. Questa impostazione genera due credenze convergenti, quella dell'animismo e quella della reincarnazione, che si esprimono nella convinzione basilare per cui tutte le persone, gli animali, le piante, e persino le cose, hanno un'anima che è quella degli antenati defunti<sup>25</sup>. Vi è dunque una generale «omogeneità» ed «eguaglianza» tra tutti i viventi e i non viventi<sup>26</sup>, la quale è sostenuta da una concezione «personalistica» e «sociomorfica» della natura<sup>27</sup>. In altre parole, la natura è concepita come parte della società<sup>28</sup> ed esiste soltanto in termini sociali e normativi. L'uomo primitivo non è affatto un «uomo allo stato di natura o un uomo naturale», al contrario, egli è «interamente uomo sociale»<sup>29</sup>.

Un ulteriore aspetto decisivo per la comprensione della mentalità primitiva è la totale identificazione dell'individuo nel gruppo. «L'individuo [ancora] non esiste»<sup>30</sup>. In tal senso, ogni malattia o disgrazia, e persino ogni offesa arrecata è sempre inflitta alla collettività<sup>31</sup>. A questo riguardo, l'autore chiarisce: «Il male, come la malattia, è contagioso. Quindi la colpa commessa da un individuo assume carattere collettivo poiché necessariamente si estende a coloro che vivono col colpevole o in stretti rapporti sociali con lui. Per questo motivo la *responsabilità collettiva* ha tanta importanza per l'ordine legale primitivo. Un uomo primitivo trova assolutamente ovvio che la vendetta si eserciti su tutto il gruppo, per quanto il delitto sia stato commesso solo da un singolo membro, e ritiene giusto che i figli e i nipoti paghino il fio per le colpe dei padri. E questo perché il peccato, come la malattia, è una sostanza, e quindi è contagioso ed ereditario. In realtà, anche la collettività, anche il gruppo è considerato sostanza. Un uomo appartiene sempre allo stesso gruppo

---

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>25</sup> *Ibid.*, pp. 27-28. Persino gli attrezzi creati dall'uomo sono dotati di un'anima.

<sup>26</sup> *Ibid.*, pp. 55, 59, 99. A p. 59 si precisa che, pertanto, anche gli attrezzi possono essere «uccisi».

<sup>27</sup> Kelsen specifica che non si tratta di una personificazione bensì di una «appercezione personalistica originaria» (*ibid.*, p. 73): il primitivo non istituisce un'analogia tra la natura e il proprio io, perché non conosce il suo io. Piuttosto proietta i fenomeni del proprio mondo sociale all'esterno.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 79.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 83. A questo proposito, Susanna Pozzolo in *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Milano, 2012, p. 147, sospetta «che la ricostruzione antropologica kelseniana sia in una certa misura viziata da alcuni assiomi di partenza, che la dirigono in modo surrettizio e forse inconsapevole». Per un approfondimento sui diversi significati di «naturale» in Kelsen, cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, cit., pp. 93-124.

<sup>30</sup> H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 39.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 33-35.



se condivide con gli altri la stessa sostanza di gruppo: di preferenza si considera il sangue come sede di questa sostanza»<sup>32</sup>.

La solidarietà al gruppo si manifesta in «sottomissione assoluta»: da qui deriva il carattere «autocratico» del potere dei capi tribù, nonché il «rigido conservatorismo» che risulta in un «forte misoneismo»<sup>33</sup>. Del resto, se «i morti governano i vivi», «il passato è considerato sacro»<sup>34</sup>. In un sistema basato su un tale tradizionalismo, l'autorità sociale è dunque fonte della verità. In proposito, Kelsen spiega che il primitivo «considera come vera l'asserzione che esiste un necessario rapporto fra la violazione di una norma e l'insuccesso; e quindi considera la norma vincolante, e basa la sua credenza sull'autorità degli antenati, non sulla propria ragione. [...] La verità si identifica con la norma che l'ordine sociale gli impone di seguire»<sup>35</sup>.

È in questo contesto che emerge, dapprima in modo spontaneo poi via via istituzionalizzato, il principio del contrappasso, fondamento del retributivismo moderno, originariamente inestricabile alla logica della vendetta e «norma fondamentale della società primitiva»<sup>36</sup>. Poiché il male subito è considerato come una violazione delle norme e dell'ordine sociale esistente, esso deve essere punito. La possibilità di infliggere il male là dove si è ricevuto il male, è data soltanto in una dimensione sociale e può rivolgersi, coerentemente con le premesse animiste, contro persone, animali, piante, oggetti. Per l'autore, il dovere che appare da principio come il «più sacro» è quello di rispettare la vita, essendo il divieto di uccidere «la più antica norma sociale»<sup>37</sup>. L'applicazione del principio del contrappasso a sua garanzia (chi ha ucciso deve essere ucciso) risulta essere allora l'espressione «più ovvia» di un «ordine ad un tempo morale e legale»<sup>38</sup>. A questo riguardo, Kelsen offre una considerazione eloquente: a suo giudizio, nessun ordine giuridico è di per sé amorale o immorale, perché ogni ordine sociale è anche un ordine morale<sup>39</sup>. Nel suo lessico relativista, vale l'equazione «sociale, quindi morale»<sup>40</sup>.

---

<sup>32</sup> *Ibid.*, pp. 37-38, enfasi aggiunta.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 45.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 109.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 93.

<sup>40</sup> *Ibid.*



Il principio del contrappasso istituisce anche l'idea di un'equivalenza, o scambio, non soltanto tra il male subito e il torto da infliggere, ma anche tra il bene realizzato e la ricompensa<sup>41</sup>. Persino il rapporto con le divinità è caratterizzato dalla logica del *do ut des*, come mostra la pratica del sacrificio<sup>42</sup>. L'idea che va affermandosi è soprattutto quella di una necessità inappellabile che impone di espiare il male<sup>43</sup>, ancorché non paia necessario che sia il colpevole a subire la punizione<sup>44</sup>. Parallelamente, si consolida la percezione di un legame soprannaturale tra disgrazia e colpa<sup>45</sup>.

Complessivamente, nell'orizzonte mentale primitivo, la responsabilità ha una natura oggettiva: non esiste intenzionalità né volizione, perché l'uomo non conosce il suo io. Ciò che conta sono i fatti, alcuni dei quali sono malvagi o provocano conseguenze nefaste: in questo caso una punizione deve essere inferta. A rispondere della manifestazione del male può essere la collettività oppure un singolo individuo, non necessariamente il colpevole. L'importante è che l'equilibrio sia ripristinato, esteriormente e obbiettivamente.

In questa scia, va collocata la nascita del mito, il quale rivela ancora la prevalenza dell'elemento emotivo-normativo su quello razionale-causale<sup>46</sup>, mostrando ciò che deve accadere e giustificando ciò che accade. In tal senso, per Kelsen «il mito è una ideologia conservatrice»<sup>47</sup>. Peraltro, la sua analisi rivela alcuni elementi di continuità che confermano il carattere normativo dominante, a partire dalla narrazione che giustifica la morte come punizione<sup>48</sup> oppure la giustificazione della cacciata dal paradiso che, nelle sue varie versioni<sup>49</sup>, risulta riconducibile a una colpa oggettiva, trasferibile su discendenti che, pur non avendo violato alcun divieto, vengono tuttavia puniti<sup>50</sup>. L'idea di responsabilità oggettiva ricompare nella Bibbia, ad esempio nel racconto del diluvio, dove l'autorità onnipotente, dopo aver creato i primi esseri umani, si adira con le sue stesse creature, moralmente inadeguate, e decide di punire non soltanto la generazione vivente ma anche la sua progenie<sup>51</sup>.

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, pp. 100-104, dove l'autore si confronta anche con gli studi di Bronisław Malinowski sul dono, che «deve essere contraccambiato».

<sup>42</sup> *Ibid.*, pp. 108, 118.

<sup>43</sup> Ciò vale naturalmente anche nel caso della caccia. Non solo il gruppo teme che l'animale possa vendicarsi dell'offesa arrecatagli, ma l'atto stesso dell'uccisione dell'animale, analogamente all'omicidio, viola l'ordine stabilito. Per questo, i cacciatori devono infliggersi autopunizioni preventive, e praticare riti di purificazione e di riappacificazione successivi alla battuta di caccia (*ibid.*, pp. 125-141).

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 162.

<sup>45</sup> *Ibid.*, pp. 175, 179.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 184.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 185.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>49</sup> *Ibid.*, pp. 242-249.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pp. 234-249.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 275.

La seconda parte del volume si concentra sul pensiero greco, prendendo in esame dapprima i poemi omerici, il cui «motivo dominante» è «l'esercizio del contrappasso da parte degli dei»<sup>52</sup>. A giudizio di Kelsen, è soltanto nell'*Odissea* (I, v. 32 e ss) che si comincia a respingere una piena attribuzione del male agli dei, gettando le basi per la tesi moderna predominante secondo la quale «solamente chi ha peccato è responsabile della colpa»<sup>53</sup>. È in effetti proprio commentando il delitto di Egisto che Zeus giunge ad affermare: «incolperà l'uom dunque sempre gli dei? Quando a se stesso i mali fabbrica, de' suoi mali a noi dà carico, e la stoltezza sua chiama destino»<sup>54</sup>.

Tuttavia, elaborazioni più compiute in questa direzione si riscontrano solo molto più tardi, nel VI secolo a.C., con la protesta di Teognide che auspica che i «figli non abbiano a espiare le colpe del padre! Così vogliano gli dei beati! Oggi ahimè il colpevole sfugge alla giustizia, e il male che egli ha compiuto ricade su un altro»<sup>55</sup>. A giudizio di Kelsen, la vera svolta è però compiuta da Sofocle in *Edipo a Colono*, dove l'idea della responsabilità oggettiva, «in base alla quale chi ha compiuto l'atto illecito è responsabile anche se le conseguenze del suo atto sono involontarie e imprevedute», verrebbe effettivamente respinta. «Poiché Edipo non sa di aver ucciso il padre e sposato la madre, non si può più ammettere che la legge del contrappasso operi nei suoi confronti secondo la vecchia tradizione. Si affaccia una nuova concezione: *il colpevole deve essere ritenuto responsabile solo di ciò che ha compiuto intenzionalmente*»<sup>56</sup>. Kelsen aggiunge: «Come l'Oreste eschileo sfugge alla vendetta delle Erinni, perché alla vendetta del sangue si sostituisce la competenza di un tribunale, così le Erinni conservano la loro benevolenza verso Edipo perché *alla responsabilità obbiettiva, cioè alla responsabilità del fatto in sé, si sostituisce la responsabilità per colpevolezza, cioè la responsabilità delle intenzioni*»<sup>57</sup>.

Con Euripide, inoltre, «l'ideologia della tragedia greca da religiosa diventa nazionale»<sup>58</sup>; l'idea di giustizia diviene così «ideologia dell'ordine sociale positivo, che ha carattere coercitivo e si basa sulla punizione e non sulla ricompensa»<sup>59</sup>. In tal senso, solo la lenta emersione di un processo critico e il riconoscimento dell'origine umana dell'ordine sociale, grazie ad un acuto senso della giustizia,

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 287.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 295.

<sup>54</sup> *Ibid.*

<sup>55</sup> Citato *ibid.*, p. 302.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 311, enfasi aggiunta.

<sup>57</sup> *Ibid.*, pp. 311-312, enfasi aggiunta.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 315.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 321.

non più soddisfatto dalla concezione di una responsabilità collettiva ed ereditaria né di una responsabilità oggettiva, «spingono la speculazione metafisica a credere all'illusione di una *giustizia postuma*. Scopo della nuova concezione è consolare il credente, turbato dall'ingiustizia della realtà, e di soddisfare ad un tempo il sentimento [...] di una responsabilità individuale, e il desiderio di una ricompensa personale»<sup>60</sup>.

Ne consegue la trasformazione della concezione omerica dell'anima, sviluppata soprattutto dagli Orfici e dai Pitagorici: l'anima non è più «un'ombra impotente e irrazionale»<sup>61</sup>, e da soggetto diventa ora oggetto del contrappasso<sup>62</sup>. Essa deve essere sottoposta a giudizio dopo la morte, un espediente che consente di superare i due ostacoli della sofferenza dell'innocente e dell'impunità del malvagio. Colpe ignote possono infatti essere ricondotte ad azioni commesse in vite precedenti, e l'espiazione per il male compiuto è garantita in ogni caso in una vita futura<sup>63</sup>.

Nell'ultima, breve, sezione del volume, Kelsen si sofferma infine su una successiva, decisiva, svolta, la quale «trasporta il rapporto fra causa ed effetto dalla sfera dell'obbiettivo a quella del soggettivo, trasformando così un problema ontologico in un problema epistemologico»<sup>64</sup>. Più nel dettaglio, fu Hume a dividere «il problema di causalità in componenti ontologici ed epistemologici, affermando che in natura non esiste nessuna causalità nel senso di una connessione necessaria, ma esiste solo nel senso di una successione regolare di eventi. [...] Prendendo l'avvio da questo punto e procedendo nella direzione indicata da Hume, Kant [...] affermò che la semplice osservazione della realtà non può stabilire la necessità di una connessione fra due fatti, come causa ed effetto; quindi, mise in evidenza che il concetto di causalità è una nozione innata, una categoria a priori, una forma di conoscenza necessaria e inevitabile, per mezzo della quale noi coordiniamo

---

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 323, enfasi aggiunta.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 324.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 339.

<sup>63</sup> Kelsen nota lo stretto rapporto tra concezione dell'anima e concezione della legge, e nota che questo mutamento rende imperativo il dovere di seppellire i morti. Com'è noto, la metafisica orfico-pitagorica influenzò la filosofia di Platone, dove troviamo «il primo fondamento della dottrina moderna dell'immortalità dell'anima» (*ibid.*, p. 348). Nota, peraltro, Kelsen che «mentre il dialogo che ha per argomento l'immortalità dell'anima, cioè il *Fedone*, si conclude trattando di giustizia, il gran dialogo platonico che più si occupa della giustizia, cioè la *Repubblica*, si conclude trattando dell'immortalità dell'anima» (*ibid.*, p. 350). A giudizio dell'autore, furono solo gli atomisti a svincolare il principio di causalità dalla sua origine mitologica (*ibid.*, p. 356). In particolare, il Frammento 1 di Anassimandro è il luogo in cui «per la prima volta nella storia del pensiero umano si parla di una legge immanente che governa tutto l'universo» (*ibid.*, p. 358). Aggiunge oltre Kelsen che «il concetto moderno di causalità fu esposto per la prima volta esplicitamente negli scritti degli atomisti Leucippo e Democrito» (*ibid.*, 370). Per questi autori la legge di causalità non è più una norma, divenendo anzi l'espressione di una necessità obiettiva impersonale (*ibid.*, p. 371).

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 380.

mentalmente il materiale empirico delle nostre percezioni sensorie»<sup>65</sup>. Con l'emancipazione della legge di causalità dal principio del contrappasso si effettuò anche il divorzio tra le due concezioni di natura e di società<sup>66</sup>: «quando l'interpretazione causale della natura si libera da quella normativa [...] scompare dalla sfera della scienza l'antagonismo fra mondo empirico e mondo trascendente»<sup>67</sup>.

Attraverso questo lungo *excursus*, l'autore indaga le origini storiche e culturali del principio di retribuzione, mostrando come la dimensione collettiva tipica della mentalità primitiva venga progressivamente sostituita dalla concezione individualistica che prenderà pieno vigore nella modernità. Tuttavia, la responsabilità collettiva non va confusa con la responsabilità oggettiva, basata sul mero fatto esteriore e indipendente dal coinvolgimento psicologico dell'autore, con la quale può convergere, ma non necessariamente. Quest'ultima, da un lato, sta all'origine storica e culturale delle successive concezioni della responsabilità basate sulla colpevolezza, e, dall'altro lato, è moralmente giustificabile nei termini della sociologia del diritto kelseniana. Ciò che è sociale per Kelsen è espressione di una qualche forma di moralità, in conformità ad un particolare ordinamento, il quale, come tecnica di regolazione sociale, ambisce alla pacificazione tra i suoi membri attraverso il disciplinamento di certi comportamenti.

### 3. La responsabilità oggettiva nell'elaborazione kelseniana matura

Solo due anni dopo *Society and Nature*, Kelsen pubblicava in inglese *General Theory of Law and State*, un'opera decisiva nella sua elaborazione. Approdato alla University of California di Berkeley, dove insegnò fino alla morte sopraggiunta nell'aprile del 1973, egli cercava di sistematizzare la sua teoria del diritto aprendosi a un confronto con l'ordinamento statunitense. Il punto di partenza restava, come in altri lavori<sup>68</sup>, il diritto positivo vigente e l'autore assumeva in questa sede la postura propria dello scienziato del diritto.

Nel volume, un intero paragrafo è dedicato a *Colpevolezza e responsabilità oggettiva*, all'interno della trattazione sulla nomostatica. Dopo aver precisato che il concetto di dovere giuridico indica, nell'ambito dell'esperienza giuridica contemporanea, «il comportamento con l'osservanza

---

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, p. 401.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 403.

<sup>68</sup> Cfr. tipicamente l'incipit di *La dottrina pura del diritto* (cit., p. 11): «La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo».

del quale si evita l'illecito, cioè l'opposto del comportamento che costituisce una condizione per la sanzione»<sup>69</sup>, esplicitando una differenza specifica che distingue il diritto dalla morale<sup>70</sup>, l'autore rilevava che il concetto di responsabilità è «connesso» a quello di dovere giuridico<sup>71</sup>. Infatti, «che una persona sia giuridicamente responsabile di un dato comportamento o ne abbia la responsabilità giuridica significa [...] che essa è passibile di una sanzione nel caso di comportamento contrario»<sup>72</sup>. Normalmente, aggiungeva, «un individuo è responsabile del proprio comportamento. In questo caso il soggetto della responsabilità giuridica ed il soggetto del dovere giuridico coincidono»<sup>73</sup>. Nella teoria tradizionale, sintetizzava inoltre, la responsabilità è basata sulla colpevolezza, che richiede la sussistenza di qualche qualificazione psicologica nel rapporto tra la condotta e il suo effetto, oppure sulla responsabilità oggettiva. Quest'ultima si riferisce a quelle circostanze nelle quali «basta che la [...] condotta abbia provocato l'effetto considerato dal legislatore come dannoso, perché esista una connessione estrinseca tra la [...] condotta e l'effetto. Non è necessario nessun rapporto tra l'atteggiamento psicologico del colpevole e l'effetto della sua condotta»<sup>74</sup>. Il modello della colpevolezza era dunque «contrapposto» a quello della responsabilità oggettiva<sup>75</sup>.

---

<sup>69</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Roma, 1963, p. 61.

<sup>70</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 60-61, dove Kelsen afferma che nell'ambito della morale il concetto di dovere coincide con quello di dover essere, mentre nell'ambito del diritto «il dovere giuridico non è il comportamento che la norma “richiede”, che “deve” essere osservato», poiché «soltanto la sanzione “deve” essere applicata». Per un commento su questo aspetto, con riferimento agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze* (1911), si veda F. RICCOBONO, *Interpretazioni kelseniane*, Milano, 1989, pp. 34-43, dove l'autore ricorda che nel primo Kelsen «la norma morale (autonoma)» nasce come «proiezione obiettivata dell'impulso etico soggettivo» e «si rivolge come “nudo imperativo” alla coscienza dell'individuo» (*ibid.*, p. 35), mediante i due atti psichici, analiticamente distinguibili, della conoscenza (*Kennen*) e del riconoscimento (*Anerkennen*), i quali si compenetrano indistinguibilmente nella formazione del giudizio morale dove «il giudizio sulla concordanza o discordanza di un'azione con una norma (momento conoscitivo) esprime direttamente un giudizio di approvazione o disapprovazione (momento valutativo)» (*ibid.*). In tal senso, appartiene all'essenza della norma morale l'«immediata costrizione psichica del soggetto cosciente verso l'osservanza del precetto», la quale rende «evidente la recessione del carattere puramente normativo (*Sollen*) di fronte all'incidenza di momenti reali (*Seinsmomenten*)» (*ibid.*, p. 36). Al contrario, nel campo del diritto la norma non nasce da un'obiettivazione di impulsi individuali bensì da un potere esterno, indipendente dalla coscienza soggettiva. La costrizione giuridica sarebbe, dunque, mediata «dal riguardo alla conseguenza dell'illecito» (*ibid.*, p. 37). Da qui deriva la critica rivolta, in questa fase, contro autori imperativisti come Ernst Rudolf Bierling, i quali peccherebbero nel ridurre «meccanicamente» lo schema del dovere giuridico a quello del dovere morale, senza comprendere, da un lato, che l'imperativo non è una forma logica adeguata alla norma giuridica (*ibid.*, p. 37) e, dall'altro lato, che la definizione della norma come imperativo richiede in ogni caso una spiegazione in chiave di giudizio (*ibid.* p. 40).

<sup>71</sup> H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 65.

<sup>72</sup> *Ibid.*

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> *Ibid.*

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 66.

Al primo era ricondotto «l'illecito psicologicamente qualificato»<sup>76</sup>, il quale sia stato voluto o almeno preveduto dal suo autore. Al secondo erano ascritte invece le ipotesi di negligenza, intesa come «completa mancanza di previsione e di volontà»<sup>77</sup>. In effetti, essendo la negligenza «un illecito di omissione», la «responsabilità per negligenza è piuttosto un tipo di responsabilità oggettiva che non di colpevolezza»<sup>78</sup>. In tal senso, «se la responsabilità oggettiva consiste nel fatto che una sanzione è connessa a una data condotta, senza considerare se l'effetto dannoso di questa sia stato preveduto o voluto dall'agente, se il colpevole è sottoposto a una sanzione anche se non vi è nessuna relazione psicologica fra il suo atteggiamento psicologico e l'effetto dannoso della sua condotta, allora l'annettere una sanzione ad un illecito commesso per negligenza costituisce un tipo di responsabilità oggettiva»<sup>79</sup>.

Ma, soprattutto, Kelsen specificava che la responsabilità oggettiva tipica del diritto moderno differiva da quella che vigeva nel diritto primitivo. In epoca moderna, infatti, il diritto tenderebbe a «restringere» la responsabilità oggettiva «al mancato adempimento dell'obbligo di osservare le precauzioni, grazie alle quali si possono normalmente evitare gli effetti dannosi della condotta umana»<sup>80</sup>.

Il confronto con il diritto primitivo portava nuovamente a emersione anche il tema inerente alla responsabilità collettiva. Come già argomentato in *Society and Nature*, nell'antichità pensiero e sentimento avevano un «carattere collettivo»<sup>81</sup>. Pertanto, «secondo il punto di vista primitivo è l'intero gruppo che ha compiuto l'illecito. Il gruppo e non l'individuo è l'unità sociale»<sup>82</sup>. Viceversa, nel diritto moderno «si può essere obbligati soltanto ad una propria linea di condotta», ancorché «la responsabilità di taluno [possa] includere anche il comportamento di altri»<sup>83</sup>. «La norma giuridica implica un dovere in rapporto al soggetto potenziale dell'illecito, ed implica una responsabilità per l'oggetto potenziale della sanzione. È quindi opportuno distinguere fra dovere e responsabilità in quei casi in cui la sanzione non è indirizzata, o non è indirizzata soltanto, contro il colpevole, ma contro altri individui i quali si trovino in un rapporto giuridicamente determinato con il colpevole. Il colpevole [...] è l'individuo il cui comportamento, determinato dall'ordinamento giuridico, è la

---

<sup>76</sup> *Ibid.*

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> *Ibid.*

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>82</sup> *Ibid.*

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 69.

condizione di una sanzione, indirizzata contro di lui o contro un altro individuo (o, piuttosto, individui) che stia (o stiano) con lui in un rapporto giuridicamente determinato. [...] Responsabile dell'illecito è quell'individuo, o quegli individui, contro cui è indirizzata la sanzione, anche se non è il comportamento suo o loro, ma il suo o loro rapporto giuridicamente determinato con il colpevole, che è la condizione del fatto che la sanzione è indirizzata contro di lui o contro di loro»<sup>84</sup>.

In tal senso, pur in via controintuitiva, risulta perfettamente coerente con la logica del diritto moderno la possibilità di dissociare il colpevole dal responsabile: «la responsabilità può riferirsi eventualmente all'illecito commesso da altri»<sup>85</sup>.

Chiudendo il ragionamento, Kelsen notava infine che la responsabilità collettiva moderna si avvera «quando la sanzione è indirizzata contro gli individui che appartengono alla stessa comunità giuridica» di chi ha commesso l'illecito, nonché «quando il rapporto» tra loro «è costituito dal fatto che il colpevole e i responsabili dell'illecito appartengono alla stessa comunità giuridica». In questi casi, la responsabilità dei membri della comunità, contro i quali è indirizzata la sanzione, «ha sempre il carattere di responsabilità oggettiva»<sup>86</sup>.

Esempi tipici di responsabilità collettiva nel diritto moderno sono, per Kelsen, la responsabilità di una corporazione per un illecito commesso da uno dei suoi organi e una violazione del diritto internazionale da parte di un reggimento di soldati occupanti un territorio nemico, capace di scatenare una guerra<sup>87</sup>. Dissolta la finzione della personificazione giuridica<sup>88</sup>, «in entrambi gli esempi, la sanzione viene eseguita contro individui che non hanno personalmente commesso l'illecito ma si trovano in un dato rapporto giuridico con coloro che l'hanno commesso»<sup>89</sup>.

La questione della responsabilità oggettiva è ripresa anche nella *Reine Rechtslehre*. Com'è ben noto, all'edizione del 1934, pubblicata in italiano con il titolo *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, seguì una prima sostanziale revisione in occasione della traduzione francese pubblicata nel 1953, la quale condusse a un testo ibrido, a metà tra la prima e la seconda edizione, di cui non esiste l'originale in lingua tedesca. Analogamente, dopo aver dato alle stampe l'edizione ormai

---

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 70.

<sup>86</sup> *Ibid.*

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>88</sup> Per un commento su questo aspetto, cfr. L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016, pp. 103-116, dove l'autore rileva una «confusione concettuale» nell'elaborazione kelseniana, dovuta all'impiego del termine «persona» per designare «domini empirici totalmente differenti», ovvero sia «*soggetti di diritto*» sia «*ordinamenti giuridici*» (*ibid.*, pp. 103-104).

<sup>89</sup> H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 68.



canonica del 1960, Kelsen aggiornò ulteriormente l'opera in occasione della pubblicazione dell'edizione italiana del 1966. Sebbene in questo caso le modifiche furono minori, il lavoro di revisione rese possibile un aggiornamento del volume in lingua tedesca, edito nel 1965. In quello stesso anno, tuttavia, era già cominciata quella fase di profondo ripensamento delle proprie concezioni, che avrebbe condotto l'autore all'«inversione di rotta»<sup>90</sup> rappresentata dal saggio *Recht und Logik* (1965), una cesura poi approfondita nella postuma *Allgemeine Theorie der Normen* (1979).

Pur nel quadro di una stratificazione così complessa, il paragrafo sulla responsabilità originariamente collocato nei *Lineamenti* non solo sopravvisse alle riconsiderazioni ma fu anche progressivamente ampliato<sup>91</sup>.

Nell'edizione italiana dell'opera del 1960, edita sei anni più tardi a cura di Mario Losano<sup>92</sup>, dopo aver definito il concetto di dovere giuridico e averlo distinto dalla nozione di dover essere, Kelsen ribadisce che ad esso è «strettamente collegato» il concetto di responsabilità giuridica, e precisa che «l'individuo contro cui si rivolge la sanzione *risponde* del reato, cioè ne è giuridicamente *responsabile*» sia nel caso di un «reato proprio» («qui l'individuo obbligato e l'individuo responsabile coincidono») sia nel caso in cui «l'individuo risponde per un delitto commesso da un altro». Aggiunge inoltre alcune formule lapidarie: «Si è obbligati ad un comportamento conforme al diritto, si risponde per un comportamento contrario al diritto», «L'individuo obbligato, mediante il suo comportamento, può provocare o evitare la sanzione, mentre l'individuo responsabile [...] non

---

<sup>90</sup> *Ibid.*, p. XXX.

<sup>91</sup> Nell'edizione italiana del testo del 1934 si legge: «Normalmente la sanzione è diretta contro l'individuo che ha commesso l'illecito. Può accadere però (e negli ordinamenti giuridici primitivi questa è la regola) che la sanzione sia diretta non soltanto contro il trasgressore, ma anche contro altri individui, contro coloro che si trovano in un certo rapporto con il trasgressore. Sono questi individui che appartengono allo stesso gruppo giuridico del trasgressore, alla sua stessa famiglia, tribù o stato. Se la sanzione è diretta soltanto contro il trasgressore si tratta allora di un caso di responsabilità individuale. Se la sanzione è diretta contro i membri del suo gruppo si ha un caso di responsabilità collettiva. Questa è la vendetta del sangue, la vendetta del diritto primitivo. Questo è ancor oggi il modo di agire del diritto internazionale le cui sanzioni (rappresaglia e guerra) sono dirette contro lo stato considerato come una entità, quindi praticamente contro i cittadini dello stato i cui organi hanno violato il diritto. Il fatto che la sanzione possa essere diretta contro individui che non siano il trasgressore stesso rende necessario distinguere fra l'idea di obbligo e quella della responsabilità. La responsabilità grava sull'individuo contro il quale è diretta la sanzione. L'obbligo grava sul trasgressore potenziale che può con il suo comportamento commettere l'illecito. Normalmente, nel diritto moderno, i soggetti dell'obbligo e della responsabilità sono uno e uno solo. Tuttavia eccezionalmente la responsabilità collettiva è ancora possibile: e infatti oggi è questa la regola del diritto internazionale» (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], traduzione di R. Treves, Torino, 1952, p. 192).

<sup>92</sup> H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit. Nel volume a «Dovere giuridico e responsabilità» sono dedicate tredici pagine, suddivise nei sottoparagrafi «Dovere giuridico e sanzione», «Dovere giuridico e dover essere», «Responsabilità», «Responsabilità individuale e collettiva», «Responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva», «L'obbligazione del risarcimento», «La responsabilità collettiva come responsabilità oggettiva» (*ibid.*, pp. 160-173).

può né provocare né impedire la sanzione»<sup>93</sup>. Ancora una volta, seguono poi esempi di «responsabilità collettiva», la quale si dà «quando la sanzione non si rivolge contro un solo individuo, bensì contro molti membri o tutti i membri di un certo gruppo, cui appartiene il delinquente»: è il caso della vendetta di sangue negli ordinamenti primitivi, e di guerra e rappresaglia nel diritto internazionale moderno<sup>94</sup>. Successivamente, l'autore presenta la distinzione tra «responsabilità per colpa» (colpevolezza) e «responsabilità oggettiva», specificando che la prima si verifica quando «l'evento sia stato voluto o per lo meno previsto dall'individuo di cui si considera il comportamento», la seconda quando «l'evento sia avvenuto senza alcuna intenzione o previsione, cioè “casualmente”»<sup>95</sup>. Al termine di questa esposizione, si conclude che la responsabilità «non è un dovere ma un *rapporto* fra l'individuo, contro cui è rivolto l'atto coercitivo, e il reato commesso da lui o da un altro»<sup>96</sup>. Il ragionamento è portato a compimento in questi termini: «Se la sanzione è rivolta non contro un delinquente, ma, come nel caso della responsabilità collettiva, contro un altro individuo legato al delinquente da un rapporto determinato dall'ordinamento giuridico, la responsabilità ha sempre il carattere di responsabilità oggettiva. Non esiste infatti alcun nesso interno tra l'individuo responsabile del reato e l'evento cagionato o non impedito dal comportamento altrui e considerato indesiderabile dall'ordinamento giuridico. Il soggetto responsabile non deve avere né previsto né voluto questo evento. È però possibilissimo che l'ordinamento giuridico stabilisca la responsabilità per un reato commesso da altri, soltanto se il reato venne commesso colposamente dal delinquente: allora la responsabilità ha il carattere di responsabilità per colpa in rapporto al delinquente e di responsabilità oggettiva in rapporto all'individuo responsabile»<sup>97</sup>.

In sintesi, nelle principali opere dell'età matura, precedenti alla svolta del '65, Kelsen constata la vigenza di forme di responsabilità oggettiva nell'ambito del diritto moderno. Entro l'alveo di questa responsabilità «senza alcuna intenzione o previsione», è collettiva la responsabilità di alcuni o tutti gli individui di un certo gruppo giuridicamente riconosciuto come tale. L'esempio più chiaro è quello della corporazione: dissolta la personificazione fittizia che ne fa una «persona giuridica», duplicando indebitamente la realtà<sup>98</sup>, la responsabilità per gli atti commessi da qualcuno dei membri o degli organi ricade su tutti i componenti del gruppo.

---

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>94</sup> *Ibid.*

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 171, enfasi aggiunta.

<sup>97</sup> *Ibid.*, pp. 172-173.

<sup>98</sup> Cfr. H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pp. 93-110.

#### 4. Il ginepraio della responsabilità collettiva nella riflessione filosofico-morale

È bene precisare a questo punto che, nei termini della riflessione filosofico-morale, la questione della responsabilità collettiva appare oggi, per molti aspetti, come un vero e proprio ginepraio. Dopo le drammatiche esperienze sofferte prima e durante il Secondo conflitto mondiale, furono soprattutto alcuni autori di madrelingua tedesca a sentire l'esigenza di fare i conti con la *Schuldfrage*, come fecero, in modo esemplare, Karl Jaspers e Hannah Arendt. Com'è noto, i due filosofi rifletterono infatti in termini seminali sulla possibilità di concepire, accanto a quella personale, una nozione di responsabilità di carattere collettivo e storico, a cavallo tra individualità e comunità.

Da un lato, in un saggio intitolato proprio *Die Schuldfrage* (1946), Jaspers individuava quattro tipologie di colpa (criminale, politica, morale e metafisica), precisando che è in particolare la colpa politica quella che genera la responsabilità di tutti i cittadini, i quali sono intesi come «corresponsabili»<sup>99</sup>. A suo giudizio, «tralasciare di cooperare alla strutturazione dei rapporti di forza, alla lotta per il potere nel senso di mettersi al servizio del diritto, è una colpa politica fondamentale»<sup>100</sup>, là dove «di diritto si può parlare soltanto nei riguardi di quella colpa intesa come delitto e come responsabilità politica, ma non nei riguardi della colpa morale e metafisica»<sup>101</sup>.

Dall'altro lato, Arendt aveva distinto a più riprese tra responsabilità collettiva e colpa collettiva. Dopo uno primo scritto del 1945, aveva approfondito la questione in particolare nei materiali poi confluiti nella raccolta *Responsibility and Judgment*, dove giungeva a precisare che due requisiti sono necessari affinché si dia responsabilità collettiva: «devo essere ritenuto responsabile di qualcosa che ho fatto», e «la mia responsabilità deve essere integralmente ascritta al fatto che ero membro di un gruppo (di un collettivo)»<sup>102</sup>. In questi termini, la responsabilità collettiva è sempre «politica» e ad essa «possiamo sfuggire» «solo abbandonando la comunità» di riferimento<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. K. JASPERS, *La questione della colpa. Sulla responsabilità politica della Germania* (1946), Milano, 1996, p. 60.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>102</sup> Dapprima si veda H. ARENDT, *Colpa organizzata e responsabilità universale* (1945), in EAD., *Ebraismo e modernità*, Milano, 1986, pp. 63-76, in part. p. 69, 75; poi EAD., *Responsabilità e giudizio* (2003), a cura di J. Kohn, Torino, 2004, pp. 128-129.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 129. Sul punto, cfr. anche pp. 135-136. Per un commento, cfr. A. BURGIO, M. LALATTA COSTERBOSA, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*, Roma, 2016, pp. 278-280.

D'altro canto, sul versante anglofono, nel 1948 la rivista *Philosophy* pubblicava un articolo di H.D. Lewis intitolato *Collective Responsibility* nel quale si sosteneva che il principio cardine della filosofia morale occidentale prescrive che la responsabilità sia strettamente personale. Persino nel caso in cui più individui agiscano di concerto, a giudizio di Lewis sarebbe improprio parlare di responsabilità condivisa, così come parrebbe in ogni caso fuorviante ogni tentativo di ascrivere la responsabilità direttamente a un gruppo<sup>104</sup>.

Qualche anno più tardi, la prima edizione del volume collettaneo curato da Peter French dal titolo *Individual and Collective Responsibility* (1972) cercò di confutare, o almeno di mettere in questione, questa posizione, esplorando più nel dettaglio la distinzione tra responsabilità e colpa, e giungendo a definire due accezioni differenti di “responsabilità collettiva”<sup>105</sup>. Da un lato, starebbe quella concezione che rende possibile l'attribuzione di una sanzione a tutti i membri di un certo gruppo organizzato, riducendo in ultima analisi la responsabilità collettiva a una sommatoria di responsabilità individuali sulla scorta di una logica distributiva. Dall'altro lato, starebbe la concezione che intende la responsabilità collettiva come responsabilità *del gruppo* in sé. Essa tipicamente dissocia il gruppo dagli individui, finanche dalla loro sommatoria, secondo una logica non-distributiva.

Più nel dettaglio, il dibattito si svolgeva in inglese, una lingua che dispone di almeno tre termini per definire il concetto morale di colpa (*guilt*, *blame* e *fault*), e perlomeno altrettanti per differenziare le sfumature semantiche di “responsabilità” (*responsibility*, *liability*, *accountability*). Inoltre, oltre a “responsabilità collettiva” (*collective responsibility*), nozioni come *shared responsibility*, *joint responsibility*, *group responsibility* iniziarono a essere utilizzate in modo non sempre intercambiabile.

Nell'ambito delle varie posizioni offerte, poi precisate nella seconda edizione del libro datata 1998, lo stesso Lewis ribadiva che il concetto di responsabilità collettiva non può avere una natura morale bensì, al più, extramorale.

Altri autori del volume dibatterono sulla possibilità di qualificare la responsabilità collettiva, ricondotta a un gruppo organizzato e identificabile, come distributiva piuttosto che non

---

<sup>104</sup> H.D. LEWIS, *Collective Responsibility*, in *Philosophy*, 23, 1948, pp. 3-18.

<sup>105</sup> Il confronto sviluppato nel volume, articolato e plurale, prendeva l'abbrivio dal massacro di My Lai durante la Guerra del Vietnam, svoltosi il 16 marzo 1968, quando le truppe statunitensi della Compagnia C, 1° Battaglione, 20° Reggimento, 11ª Brigata della 23ª Divisione di Fanteria, agli ordini del tenente William Calley, trucidarono cinquecentoquattro civili inermi e disarmati.

distributiva. Nel primo caso, la responsabilità del gruppo veniva ora espressamente qualificata come «la somma di ogni responsabilità individuale», essendo ciascun membro «co-responsabile»; nel secondo caso, la sanzione era ritenuta attribuibile al gruppo, ma non necessariamente a ciascun membro<sup>106</sup>.

Talvolta, inoltre, la responsabilità vicaria, intesa come una subspecie della *strict liability*, veniva descritta come la condizione nella quale l'azione illecita, o la partecipazione alla stessa, è compiuta da un soggetto diverso da quello che ne è responsabile, come nel caso dell'autorizzazione, dove il sottoposto agisce per conto del principale<sup>107</sup>. Nell'ipotesi di responsabilità collettiva non distributiva, si potrebbe ipotizzare che la responsabilità dei membri non agenti sia di natura vicaria.

Queste indagini vennero successivamente approfondite da autori come Gregory F. Mellema, che, pur adottando un'impostazione sostanzialmente individualistica, riconosceva che «in alcune circostanze la responsabilità di un gruppo non si distribuisce tra tutti i suoi membri»<sup>108</sup>, avendo peraltro cura di confutare, almeno in termini programmatici, il «diluizionismo etico» (*ethical dilutionism*), inteso come la tendenza a considerare meno grave la responsabilità condivisa<sup>109</sup>.

In tempi più recenti, la questione ha continuato ad alimentare dibattiti e discussioni, a partire dal dubbio se i gruppi in quanto tali possano agire<sup>110</sup>, oppure dal problema dell'intenzione, che conduce al dilemma se l'azione collettiva richieda o meno un'intenzione condivisa<sup>111</sup>.

---

<sup>106</sup> J. FEINBERG, *Collective Responsibility*, in P. FRENCH (ed.), *Individual and Collective Responsibility*, Rochester (Vermont), 1998<sup>2</sup>, pp. 69-75.

<sup>107</sup> *Ibid.*, pp. 54-60.

<sup>108</sup> G.F. MELLEMA, *Collective Responsibility*, Amsterdam-Atlanta, 1997, p. 137.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 106. Cfr. anche pp. 107-118, nonché G.F. MELLEMA, *Shared Responsibility and Ethical Dilutionism*, in *Australian Journal of Philosophy*, 63, 1985, pp. 177-187. Concepiscono il diluizionismo etico come un *bias* da superare Ingmar Persson e Julian Savulescu in *Inadatti al futuro. L'esigenza di un potenziamento morale* (2012), Torino, 2019, pp. 41-42. Sul tema del «moral taint», cfr. A. APPIAH, *Racism and Moral Pollution*, in L. MAY, S. HOFFMAN (eds.), *Collective Responsibility*, Savage (Maryland), 1991, pp. 219-238.

<sup>110</sup> Si veda la panoramica offerta da volume S. BAZARGAN-FORWARD, D. TOLLEFSEN (ed.), *The Routledge Handbook of Collective Responsibility*, New York-London, 2020. A titolo di esempio, Raimo Tuomela e Pekka Mäkelä, pur adottando una prospettiva distributiva della responsabilità collettiva, ritengono che alcuni gruppi e istituzioni possano agire (*A We-Mode Account of Group Action and Group Responsibility*, pp. 65-77). Della stessa opinione è David Copp (*Collective Obligation and the Point of Morality*, pp. 94-112). Al contrario, Kirk Ludwig lo nega (*From Individual to Collective Responsibility: There and Back Again*, pp. 78-93).

<sup>111</sup> Ancora a titolo di esempio, Olle Blomberg e Frank Hindriks distinguono tra agire di concerto (*acting together*, che richiede un'intenzione condivisa) e cooperazione strategica (*strategic cooperation*, che non richiede un'intenzione condivisa) (*Collective Responsibility and Acting Together*, pp. 142-154). Dal canto suo, Carol Rovane distingue tra *collective agency*, dove i «punti di vista» dei membri rimangono separati e distinguibili, e *group agency*, dove invece lo stesso «punto di vista» è condiviso (*What Sets Boundaries of Our Responsibility? Lessons from a Reductionist Account of Individual Agency*, pp. 51-64).

A fronte di una complessità che pare addirittura progressivamente crescente sul piano morale, la linearità della prospettiva giuridica kelseniana sembra decisamente rassicurante<sup>112</sup>. Infatti, dal punto di vista della teoria generale del diritto, come si è detto, la responsabilità oggettiva richiede una mera «connessione estrinseca» tra la condotta e l'effetto. Ancorché la sanzione sia indirizzata di norma contro il colpevole o autore dell'illecito, un'eccezione a questa regola generale può essere ammessa in virtù di uno specifico «rapporto determinato con il colpevole», il quale diviene condizione per l'applicazione della sanzione nei riguardi di un individuo o di un gruppo di individui. In questi casi, il soggetto potenziale dell'illecito e il soggetto potenziale (o i soggetti potenziali) della sanzione non coincidono. D'altro canto, dal punto di vista della sociologia del diritto e della storia culturale delle idee, la teoria generale del diritto non è che il luogo di approdo di una lunga elaborazione che ha visto succedere a un'interpretazione sociale della natura un'interpretazione naturale della società, grazie alla scoperta del principio di causalità, e che ora consente di duplicare le prospettive d'indagine sui comportamenti umani, distinguendo il piano delle scienze naturali da quello delle scienze normative.

## 5. Prospettive

In conclusione, accanto al modello prevalente della colpevolezza, da sempre gli ordinamenti democratici occidentali conoscono forme di responsabilità oggettiva, che prescindono da qualificazioni psicologiche del soggetto responsabile e che non richiedono necessariamente un'attribuzione collettiva. Come si è detto, quest'ultima potrebbe darsi in casi determinati e secondo una logica distributiva, in virtù di un particolare rapporto riconosciuto dal diritto, ancorché, dal punto di vista filosofico-morale, la sua giustificazione resti piuttosto problematica e dibattuta.

In particolare, come suggerito in apertura, alla luce di considerazioni sociologiche che dimostrino l'efficacia della misura – dunque ragionando «come un cacciatore che pone un'esca per

---

<sup>112</sup> La maggiore complessità degli ordinamenti odierni, successivi alla svolta neocostituzionalista post-positivista o principialista, è stata indagata, a titolo di esempio, da Luigi Ferrajoli in *La logica del diritto*, cit. Si rimanda in particolare alla prima aporia individuata dal giurista fiorentino nell'opera di Kelsen, ovvero alla indebita semplificazione e riduzione delle norme giuridiche a norme ipotetiche-deontiche (pp. 3-26). A queste, secondo Ferrajoli, andrebbero aggiunte le norme tetico-deontiche, le norme tetico-costitutive e le norme ipotetiche-costitutive (p. 23). Per un commento su costituzionalismo e positivismo giuridico in Ferrajoli, si veda *inter alia* M. LA TORRE, *Costituzionalismo e positivismo giuridico in Gustavo Zagrebelsky e Luigi Ferrajoli*, in M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Firenze, 2020, pp. 191-211.

attirare la selvaggina in una trappola» – il ricorso alla responsabilità oggettiva potrebbe rivelarsi opportuno, ai giorni nostri, per giustificare l'introduzione di sanzioni di carattere reputazionale contro i service provider attivi nel caso di condotte discorsive illecite generate dai loro utenti, sulla scorta di un'analogia tra il ciber spazio e l'ordinamento primitivo.

SERENA VANTIN  
Università degli Studi di Bologna