

La responsabilità oggettiva. I nuovi imperi feudali digitali e il ritorno di Agamennone

SOMMARIO: 1. I nuovi imperi feudali digitali. – 2. Primitivismo e responsabilità oggettiva. Rileggendo *Society and Nature* di Hans Kelsen. – 3. La responsabilità oggettiva nell'elaborazione kelseniana matura. – 4. Il ginepraio della responsabilità collettiva nella riflessione filosofico-morale. – 5. Agamennone, oggi.

1. I nuovi imperi feudali digitali

La gigantesca rete globale delle infrastrutture digitali, che costituisce ormai una sfera importante della vita umana nell'epoca contemporanea¹, viene amministrata oggi da una manciata di grandi attori, i monopolisti delle piattaforme².

* Una prima e più sintetica versione di questo capitolo è stata pubblicata in “Democrazia e diritti sociali”, 2, 2023, pp. 117-138.

¹ Nell'estate del 2023, circa il 60% della popolazione mondiale risultava attiva su un qualche social network in rete. Si tratta di circa cinque miliardi di persone, un numero sempre più vicino a quello degli utenti globali di internet, pari al 64,5% degli abitanti del pianeta. I dati sono stati riportati dall'agenzia ANSA in data 22 luglio 2023 (<[² Se nei primi anni 2000 si riteneva perlopiù che le grandi piattaforme avrebbero favorito un'intensa concorrenza in tutto il mondo, oggi risulta chiaro a molti studiosi che la concorrenza è stata «interrotta» da logiche di carattere monopolistico. Per un confronto, cfr. B. REZABAKHSH, D. BORNEMANN, U. HANSEN, U. SCHRADER, *Consumer Power. A Comparison of the Old Economy and*](https://www.ansa.it/canale_tecnologia/notizie/web_social/2023/07/21/nel-mondo-piu-del-60-delle-persone-sono-sui-social-media_d0303998-ae8e-49d0-ae4f-8bd407a8bc6b.html#:~:text=Il%20numero%20degli%20utenti%20dei,%20C5%25%20della%20popolazione%20globale>”). Tuttavia, secondo Laura Denardis, la crescita del numero di utenti non è un dato esaustivo nel fotografare la realtà degli usi dei social network e di internet in generale. In particolare, molti account sono in realtà gestiti da <i>bot</i>, ovvero da un codice software che simula l'attività umana o automatizza alcuni compiti ripetitivi (cfr. L. DENARDIS, <i>Internet in ogni cosa. Libertà, sicurezza e privacy nell'era degli oggetti iperconnessi</i> [2020], LUISS University Press, Roma, 2021, pp. 28-29).</p></div><div data-bbox=)

La natura di queste gigantesche entità, che senza dubbio agiscono primariamente con lo scopo di massimizzare il proprio profitto³, non può essere inquadrata in termini «soltanto» economici, dal momento che esse sono in grado di influenzare direttamente «politica e cultura»⁴.

Una tale capacità di «manipolazione di massa» è balzata agli onori delle cronache soprattutto in occasione delle elezioni presidenziali degli Stati Uniti nel 2016 e del referendum per la Brexit dello stesso anno⁵. In entrambi i casi, una letteratura ormai ampia ha messo in luce gli effetti fuorvianti e destabilizzanti dei «contenuti occulti» (*dark ad*), visibili solo a target ben definiti, i quali erano stati diffusi capillarmente sui social network da una moltitudine di account automatizzati in grado di amplificare notizie, spesso completamente infondate, sfruttando il meccanismo di radicalizzazione riconducibile alle «bolle dei filtri» (*filter bubbles*)⁶.

La dinamica non è certo nuova, anzi si inserisce in una tendenza che i media

the Internet Economy, in “Journal of Consumer Policy”, XXIX, 1, 2006, pp. 3-36 e V. LEHDON-VIRTA, *Come le piattaforme digitali stanno superando gli Stati e come possiamo riprendere il controllo* (2022), Einaudi, Torino, 2023, in part. p. 252. Ciononostante, Nicolas Petit ha proposto di utilizzare l'espressione «moligopolio» per rimarcare che si tratta di società *monopoliste* rispetto agli specifici prodotti o servizi che ne rappresentano il core business, ma *oligopoliste* in relazione alla molteplicità di mercati del mondo digitale affini: cfr. N. PETIT, *Big Tech and the Digital Economy. The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

³ A questo riguardo, si rinvia in part. a S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri* (2019), LUISS University Press, Roma, 2019.

⁴ Cfr. *inter alia* F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica. Difendere la competenza umana nell'era dell'intelligenza artificiale* (2020), LUISS University Press, Roma, 2021, p. 109. Sul punto, si rimanda allo studio seminale di LANGDON WINNER, *Do Artifacts Have Politics?* (in “Daedalus”, 1, 1980, pp. 121-136) nel quale l'autore suggerisce due «qualità politiche» che sarebbero tipiche degli artefatti tecnologici: da un lato, infatti, il modo in cui costruiamo le tecnologie potrebbe favorire il consolidamento di determinati «modelli di potere e autorità», dal momento che gli artefatti «sono modi attraverso cui produciamo un ordine nel nostro mondo» (ivi, p. 127); dall'altro lato, alcune caratteristiche inerenti dei prodotti tecnologici appaiono già di per sé inseparabili da determinati «assetti di potere e autorità» (ivi, p. 134).

⁵ F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, cit., p. 109.

⁶ Cfr. in part. E. PARISER, *Il filtro. Quello che internet ci nasconde* (2011), Il Saggiatore, Milano, 2012. Si veda anche, *inter alia*, B.-C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete* (2021), Einaudi, Torino, 2023, pp. 18-34. In un testo fondativo del 1948, Norbert Wiener già constatava che un individuo nelle reti sociali agisce «in modo prevedibile quanto il dibattersi di un topo in un labirinto. Una certa politica propagandistica a base di menzogne – o piuttosto di affermazioni estranee alla verità – lo indurrà ad acquistare una particolare marca di sigarette; una certa altra politica lo indurrà, o almeno così spera il partito, a votare per un particolare candidato – un candidato qualsiasi – o a partecipare a una caccia alle streghe» (N. WIENER, *La cibernetica. Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina* [1949, n.e. 1961], Il Saggiatore, Milano, 1968, p. 209). L'autore aggiungeva inoltre che i mezzi di comunicazione nelle società ampie svolgono anche funzioni secondarie: in particolare, «il giornale è un veicolo per la pubblicità e uno strumento di guadagno finanziario per il proprietario»; e «questi aspetti secondari dei mezzi di comunicazione tendono a sopraffare sempre più gli aspetti primari» (ivi, p. 211).

tradizionali hanno assunto sin dagli anni '30 del secolo scorso quando la «stampa commerciale», secondo Jürgen Habermas, ha iniziato a «disfarsi del suo momento polemico [per] curarsi delle occasioni di profitto come qualsiasi altra impresa commerciale», divenendo sempre più «manipolabile»⁷. Il «farsi indipendente (*Verselbstständigung*) del potere sociale» avrebbe poi progressivamente dato luogo a una «contro-circolazione che va in senso *inverso* al circuito dei processi decisionali democratici controllati dal potere comunicativo»⁸.

In questa scia, beneficiando di un regime di «studiata irresponsabilità», una cerchia ristretta di grandi piattaforme digitali ha dato vita a una «meta-sfera pubblica»⁹ automatizzata e privatizzata, transnazionale ed estremamente lucrativa, dove gli utenti vengono continuamente «sommersi da uno sciame postumano di spam, pubblicità e distrazioni»¹⁰. Il grande vantaggio economico deriva dalla profilazione degli iscritti e dall'estrazione di ingenti quantità di dati, l'oro nero di questo millennio¹¹, dalle loro spontanee interazioni.

Per questa ragione, ad alcuni studiosi tali piattaforme sono apparse come nuovi imperi extraterritoriali in grado di affermare una giurisdizione «personale» su utenti che si sottopongono autonomamente alla loro autorità¹². Il loro potere di carattere monopolistico ricorderebbe, in particolare, le signorie feudali precedenti alla costituzione degli Stati nazionali europei¹³, la cui ricchezza risul-

⁷J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica* (1962, n.e. 1990), Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 212-213.

⁸J. HABERMAS, *Fatti e norme* (1992), Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 370. A giudizio di Byung-Chul Han, tuttavia, «l'opera di Habermas necessita di una revisione fondamentale. Nell'era dei media digitali la sfera del discorso pubblico non è minacciata da format d'intrattenimento dei mass media né dall'*infotainment*, bensì principalmente dalla diffusione e riproduzione virali delle informazioni; è minacciata, cioè, dall'*infodemia*. I media digitali sono animati, inoltre, da forze centrifughe che frammentano la sfera pubblica. La struttura anfitheatrale dei mass media cede il passo alla *struttura rizomatica* dei media digitali, che non possiede un centro. La sfera pubblica decade a spazio privato. Così la nostra attenzione non viene diretta su temi rilevanti per la società nel suo complesso»: cfr. B.-C. HAN, *Infocrazia*, cit., p. 24.

⁹C. DURAND, *Techono-féodalisme. Critique de l'économie numérique*, La Découverte, Paris, 2020, p. 88.

¹⁰F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, cit., pp. 117, 111, 131. Yanis Varoukakis nota la contraddizione inerente a una «piazza pubblica del mondo», la quale è in realtà un «feudo privato»: cfr. Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo. Cosa ha ucciso il capitalismo* (2023), La nave di Teseo, Milano, 2023, p. 193. Sulla dialettica tra accentramento e decentramento sul web, cfr. M. DURANTE, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento. Dalla sussidiarietà digitale all'economia dell'informazione in rete*, Giappichelli, Torino, 2017.

¹¹G. PITRON, *Inferno digitale. Perché internet, smartphone e social network stanno distruggendo il nostro pianeta* (2021), LUISS University Press, Roma, 2022, p. 16.

¹²V. LEHDONVIRTA, *Cloud Empires*, cit., in part. pp. 243-244.

¹³Ivi, pp. 239-240. Sulla scia dell'intuizione di Habermas, la nozione di 'feudalesimo digitale' o 'tecnofeudalesimo' ha cominciato a circolare soprattutto in ambito economico. Si vedano in

tava dalla rendita – un privilegio invulnerabile alla competizione di mercato – piuttosto che dal profitto¹⁴. Lo stesso Habermas ha notato che, mentre in passato «pubblicità significava [...] la messa a nudo del potere politico in presenza del pubblico dibattito», in tempi recenti «la sfera pubblica borghese [ha assunto] di nuovo i tratti feudali nella misura in cui è foggata dalle *public relations*»¹⁵. Per questa via, nell'ultimo decennio, il mercato globale della tecnologia è stato spartito tra pochi giganteschi trust, che hanno consolidato il loro potere ricorrendo all'acquisizione sistematica dei principali gruppi competitor¹⁶. Questo scenario, da un lato, ha generato «l'emergere di un divario oltraggioso tra i ricchi e i poveri» del mondo e, dall'altro lato, ha suggellato il ritorno a economie concentrate dominanti, saldamente installate nella parte più ricca del pianeta¹⁷.

La similitudine tra i nuovi «imperii»¹⁸ e le signorie dell'età feudale sembra cogliere anche un'ulteriore analogia: proprio come i potentati di origine medioevale, gli odierni monopoli digitali non si sono limitati ad offrire istituzioni sociali passive ma hanno sviluppato anche una capacità *regolativa*, in grado di

part. S.D. MEINRATH, J.W. LOSEY, V.W. PICKARD, *Digital Feudalism. Enclosures and Erasures from Digital Rights Management to the Digital Divide*, in "CommLaw Conspectus. Journal of Communication Law and Technology Policy", 2, 2011, pp. 243-279, I. KAMINSKA, *The Sharing Economy Will Go Medieval on You*, in "Financial Times", 21 maggio 2015, nonché, più di recente, i già citati C. DURAND, *Technoféodalisme*, cit. e Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo*, cit. Alcuni giuristi francesi, inoltre, hanno parlato di nuove tracce di feudalesimo con riferimento alla proliferazione delle fonti normative: cfr. in part. J. LEFEBVRE (dir.), *L'Hypothèse du néo-féodalisme. Le droit à une nouvelle croisée des chemins*, PUF, Paris, 2006 e A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France*, Fayard, Paris, 2015.

¹⁴Cfr. C. DURAND, *Technoféodalisme*, cit., pp. 195, 209 e Y. VAROUFAKIS, *Tecnofeudalesimo*, cit., p. 176. Scrive Katharina Pistor a questo proposito che «il sistema feudale è vivo e vegeto»: cfr. K. PISTOR, *Il codice del capitale. Come il diritto crea ricchezza e disegualianza* (2019), LUISS University Press, Roma, 2021, p. 17.

¹⁵J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, cit., pp. 224-225.

¹⁶Cfr. T. WU, *La maledizione dei giganti. Un manifesto per la concorrenza e la democrazia* (2018), Il Mulino, Bologna, 2020, p. 130. Poco sopra, Tim Wu ricostruisce la vicenda dell'acquisizione da parte di Facebook di Instagram e WhatsApp, ovvero dei suoi principali competitor nell'«ecosistema» della comunicazione occidentale in rete (ivi, pp. 128-129). Quanto alla Cina, Wu spiega che il settore tecnologico ha beneficiato del coinvolgimento e dell'incoraggiamento del potere statale, conducendo tuttavia a un «pericoloso abbraccio mortale» (ivi, pp. 134-135).

¹⁷Ivi, pp. 14-15. L'autore ricorda che l'1% della popolazione mondiale detiene attualmente il 45% della ricchezza globale, là dove i 10 individui più ricchi del pianeta possiedono complessivamente capitali per un valore di 745 miliardi. La proposta di Wu è quella di una politica di smantellamento dei monopoli, che abbia lo scopo di limitare, distribuire, decentralizzare, controllare e bilanciare l'accumulo eccessivo di potere privato, sul modello della resistenza di Louis Brandeis ai grandi monopoli americani alla fine del XIX secolo: cfr. ivi, pp. 57-64, 150. Per approfondire, cfr. S. MANNONI, G. STAZI, *Sovranità.com. Potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021 e M. BETZU, *I baroni del digitale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022.

¹⁸V. LEHDONVIRTA, *Cloud Empires*, cit., in part. p. 244.

influenzare attivamente le condotte dei loro utenti¹⁹. In particolare, essi statuiscono «regole» interne e detengono una capacità centralizzata di risoluzione delle «controversie»²⁰. Addirittura, per le grandi aziende considerate «vettoriali» «non è più necessario *possedere* direttamente i mezzi di produzione», dal momento che ciò che conta veramente è il *controllo* delle informazioni e delle «pratiche di valutazione» dei processi²¹, «l'appropriazione e non la produzione di valore»²².

Più precisamente, le grandi piattaforme non si limitano soltanto a offrire, passivamente, una base per la pubblicazione di contenuti bensì organizzano anche, attivamente, la visualizzazione degli stessi, sulla scorta di logiche volte alla massimizzazione dei profitti, le quali in ultima istanza favoriscono la riproduzione di parole, immagini o video sensazionali²³. Una tale funzione consente di inquadrare tali entità come *service provider* attivi.

Questo meccanismo ha generato, e continua a generare, conseguenze ormai familiari. Si pensi all'effetto virale di alcuni discorsi, immagini o video offensivi o comunque lesivi pubblicati in rete, che vengono ripubblicati e trasmessi da una quantità di utenti imprevedibile e incalcolabile anticipatamente, sulla scorta

¹⁹ Il caso del ciber spazio sembrerebbe dimostrare, contrariamente alle tesi esposte dai pionieri di internet come John P. Barlow e dagli odierni sostenitori delle criptovalute di ispirazione liberataria e anarcocapitalista, che non è possibile un ordinamento senza coercizione. Per una panoramica sulle aspirazioni dei pionieri della rete negli anni '90, cfr. almeno J.P. BARLOW, *A Declaration of Independence of Cyberspace* (1996), <<https://www.eff.org/it/cyberspace-independence>> e, per un commento, V. LEHDONVIRTA, *Cloud Empires*, cit., pp. 146-176.

²⁰ V. LEHDONVIRTA, *Cloud Empires*, cit., pp. 243-244.

²¹ M. WARK, *Il capitale è morto. Il peggio deve ancora venire* (2021), Nero, Milano, 2021, pp. 50, 84, 120-121, enfasi aggiunta. Di «mezzi di computazione» in luogo di «mezzi di produzione» parla CORY DOCTOROW in *The Internet Con. How to Seize the Means of Computation*, Verso, London, 2023. Dal canto loro, Jonathan Haskel e Stian Westlake sottolineano che il capitalismo oggi dominante non è determinato da risorse fisiche finalizzate a produrre merci, bensì da risorse intangibili, come copyright, brevetti e marchi di fabbrica, brand e processi di business: cfr. J. HASKEL, S. WESTLAKE, *Capitalismo senza capitale. L'ascesa dell'economia intangibile* (2017), Franco Angeli, Milano, 2018.

²² C. DURAND, *Technoféodalisme*, cit., p. 221. Secondo Durand, l'economia digitale delle piattaforme avrebbe in comune con il feudalesimo i seguenti tratti: l'effetto di conservare e rinforzare una profonda polarizzazione sociale, l'esercizio di una forma di «dominio» da parte delle classi più ricche, la creazione di rapporti di servaggio, l'istituzione di vassallaggi attraverso l'attribuzione di feudi (cfr. *ivi*, pp. 181-183). Più nel dettaglio, le piattaforme digitali si avvarrebbero di mezzi predatori (*ivi*, pp. 189, 194), grazie al vantaggio garantito da una «asimmetria originaria» (*ivi*, p. 194).

²³ A questo proposito, parla di «società del sensazionalismo» BYUNG-CHUL HAN in *Nello sciamano. Visioni del digitale* (2013), nottetempo, Milano, 2015, pp. 11-28. 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, nonché, più ampiamente, a B.G. BELLO, L. SCUDIERI (a cura di), *L'odio online: forme, prevenzione, contrasto*, Giappichelli, Torino, 2023.

di dinamiche che paiono a prima vista al di fuori di qualunque possibilità di controllo²⁴. Oppure allo sfruttamento strumentale di specifiche vulnerabilità, come quelle che conducono a indirizzare pubblicità di videopoker a persone affette da dipendenza e azzardopatia²⁵.

In questi casi, non è sempre facile individuare un agente responsabile, dal momento che vengono spesso a mancare sia una relazione psicologica sia una proporzione tra il comportamento del singolo utente 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 talvolta appannato.

Non è un caso che dottrina e giurisprudenza siano giunte a domandarsi se, accanto a chi quei contenuti scrive, divulga o diffonde, le stesse piattaforme possano essere ritenute in qualche modo responsabili²⁶. Le più recenti disposizioni euro-

²⁴ Si pensi, tra i tanti esempi possibili, alla sfida lanciata sulla piattaforma TikTok da una serie di adolescenti che invitavano i loro coetanei a procurarsi una cicatrice sul volto, detta «cicatrice francese». Da questa vicenda è nata un'indagine, avviata nel marzo 2023, che ha condotto l'Autorità Antitrust alla decisione di sanzionare TikTok Italia e le sue consociate britannica e irlandese con una multa di 10 milioni di euro per la diffusione di contenuti in grado di minacciare la sicurezza psico-fisica di minorenni, dal momento che le misure adottate dalla piattaforma per arginare le visualizzazioni dei video incriminati sono state giudicate insufficienti.

²⁵ F. PASQUALE, *Le nuove leggi della robotica*, cit., p. 118. Su questo tema, sia consentito rinviare a S. VANTIN (a cura di), *I pericoli del gioco d'azzardo nell'era digitale. Strategie di prevenzione e azioni di contrasto*, Giappichelli, Torino, 2021.

²⁶ 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 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 c.c.) 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

pee in materia di servizi e mercati digitali sembrano sostenere proprio questa tesi²⁷, avallando l'idea che nel nuovo millennio sia stato sancito il passaggio definitivo dalla «vecchia scuola» del discorso pubblico, fondata su una relazione duale tra i partecipanti e lo Stato, alla «nuova scuola», imperniata piuttosto su una relazione triadica che coinvolge ora necessariamente anche gli stessi *service provider*²⁸.

A partire da queste considerazioni, appare ineludibile una riflessione sulla responsabilità oggettiva, una forma di responsabilità attribuita giuridicamente sulla scorta di una connessione meramente estrinseca tra una condotta e il suo effetto²⁹. Per quanto tipica degli ordinamenti antichi e ancora acerbi, al punto che ci si può riferire ad essa come alla responsabilità «di Agamennone»³⁰, si ri-

58-bis c.p.), 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 deplorabili, 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.

²⁷ Cfr. il pacchetto di disposizioni del 2022 sui servizi digitali (c.d. *Digital Services Act*) e sui mercati digitali (c.d. *Digital Markets Act*). In particolare, l'art. 24, lett. c) che, integrando le norme del GDPR (*General Data Protection Regulation*) in tema di profilazione, danno più completa attuazione al principio di trasparenza, imponendo alle piattaforme di rendere note, tra l'altro, le «informazioni rilevanti sui principali parametri utilizzati per determinare il destinatario al quale viene mostrata la pubblicità». Analogamente, l'art. 30, par. 2, lett. d) stabilisce che le piattaforme di grandi dimensioni hanno l'obbligo di tenere un registro che rechi anche «un'indicazione volta a precisare se la pubblicità fosse destinata ad essere mostrata a uno o più gruppi specifici di destinatari del servizio e, in tal caso, i principali parametri utilizzati a tal fine».

²⁸ J.M. BALKIN, *Old-School/New-School Speech Regulation*, in «Harvard Law Review», 127, 2014, pp. 2296-2342.

²⁹ Cfr. M.A. FODDAI, *Sulle tracce della responsabilità. Idee e norme dell'agire responsabile*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 32-33.

³⁰ Come spiega BERNARD WILLIAMS in *Vergogna e necessità* (1993), Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 65-66, quando Agamennone offende Achille, provocando l'ira evocata nell'incipit del primo poema

tiene che questa nozione sia idonea ad imputare specifiche sanzioni ai grandi *service provider* attivi in caso di condotte discorsive gravemente offensive pubblicate dai loro utenti o di effetti dannosi provocati dall'organizzazione dei contenuti che esse pubblicizzano.

L'ipotesi che sosterrà questa prospettiva è che alla regolazione del ciberspazio sia applicabile un'accezione di responsabilità per certi aspetti analoga a quella vigente negli ordinamenti primitivi. Per questa ragione, saranno richiamate di seguito, senza pretesa di esaustività, le riflessioni sul primitivismo giuridico elaborate da Hans Kelsen (1881-1973), a partire dallo scritto *Society and Nature: A Sociological Inquiry* (1943). Seguendo ancora l'elaborazione kelseniana, dopo aver ricostruito le caratteristiche del regime di responsabilità in antico, se ne osserverà l'evoluzione nel contesto del diritto moderno per giungere poi a evocare il rapporto, soltanto eventuale e in ogni caso problematico dal punto di vista della giustificazione morale, tra responsabilità oggettiva e responsabilità collettiva.

2. Primitivismo e responsabilità oggettiva. Rileggendo *Society and Nature* di Hans Kelsen

Nato a Praga nel 1881, e presto trasferitosi a Vienna, Hans Kelsen era, com'è ben noto, di nazionalità austriaca e origini ebraiche. Per questo, dopo che il regime nazista si insediò in Europa, fu costretto ad abbandonare il continente³¹ e a cercare rifugio in America³².

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.

³¹ Dopo l'abilitazione e il conseguimento della cattedra all'Università di Vienna, Kelsen insegnò all'Università di Colonia dal 1929 al 1933. In seguito, si trasferì prima a Ginevra, poi per un breve periodo a Praga. All'età di quasi 60 anni, lasciò l'Europa per «ricominciare dall'inizio la [sua] carriera accademica [...] in un paese delle cui lingua [aveva] all'inizio una padronanza assai incompleta» (H. KELSEN, *Autobiografia* [1947], in ID., *Opere*, vol. I: *Scritti editi 1905-1910 e Testimonianze personali*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2023, pp. 17-68, in part. p. 68). Dopo un *Lectureship* all'Università di Harvard, nel 1942 accettò un incarico come *Visiting Professor* alla

Nel corso della sua lunga e prolifica esperienza di ricerca, le cesure biografiche si riflessero gradualmente in momenti di svolta intellettuale – anche se la complessità dell’elaborazione kelseniana rende pressoché impossibile una qualunque ambizione sistematica all’analisi del suo pensiero, disseminato nell’ambito di una produzione vastissima³³. In questa sede, nel solco dell’ormai tradizionale tripartizione delle fasi di un’opera che è stata equiparata ora alla chiesa di Santa Sofia, cattedrale divenuta moschea, ora alla *mesquita* di Cordoba, moschea divenuta cattedrale³⁴, si porterà l’attenzione in particolare al periodo maturo della produzione dell’autore, caratterizzato dal consolidarsi della dottrina pura del diritto e dall’affiancarsi di una nomodinamica al nucleo statico della precedente elaborazione³⁵.

In effetti, pur ossessionato dallo studio del diritto in quanto diritto³⁶, ovvero

University of California di Berkeley, dove rimase, presso il Dipartimento di Scienze Politiche, sino alla morte. Scrive Kelsen degli ultimi anni della sua vita: «A Berkeley ho acquistato una piccola casa con giardinetto, dove fioriscono le rose, che mi danno grande gioia» (ivi, p. 68).

³² Ricorda Kelsen nella sua *Autobiografia* che, quando Hitler divenne cancelliere nel 1933, egli «[fu] tra i primi professori destituiti dal governo nazista»: H. KELSEN, *Autobiografia*, cit., p. 58. Nella stessa pagina, l’autore afferma di aver appreso la notizia della rimozione dal suo incarico dalle pagine del *Kölner Stadt-Anzeiger*, rivelando inoltre di aver ottenuto il permesso per l’espatrio grazie a «un impiegato subalterno dell’amministrazione universitaria, [a lui] fino ad allora sconosciuto, [il quale era] un vecchio membro del Partito nazionalsocialista [e che] rifiutò fermamente ogni pagamento» (ivi, p. 59). Commenta Kelsen a quest’ultimo proposito: «È così che quel nazista mi ha salvato la vita in modo assolutamente disinteressato. Non ricordo nemmeno il suo nome» (*ibidem*). Ivi, a pp. 63-64, l’autore descrive gli attacchi subiti da parte degli studenti nazionalisti al suo arrivo all’Università di Praga nell’ottobre del 1936.

³³ Come nota Mario Losano, nel 1969 Rudolf Métall elencava 604 titoli kelseniani tra scritti originali e loro traduzioni in ventitré lingue. Nel 1971 lo stesso Métall integrava questo elenco con altre sedici indicazioni. A questi scritti va aggiunta la *Teoria generale delle norme*, pubblicata postuma nel 1979: cfr. M. LOSANO, *La dottrina pura del diritto dal logicismo all’irrazionalismo*, in H. KELSEN, *Teoria generale delle norme* (1979), Einaudi, Torino, 1985, pp. XVII-LXIV, in part. p. XVIII.

³⁴ Ivi, p. LX.

³⁵ Si tratta della seconda fase individuata da Mario Losano. La prima, collocabile tra il 1910 e la fine degli anni Venti, sarebbe caratterizzata dall’applicazione sistematica dei principi neokantiani alla costruzione di una teoria giuridica di tipo statico. La terza fase, che va dal principio degli anni Sessanta alla morte dell’autore, avvenuta nel 1973, sarebbe caratterizzata tanto dalla stretta adesione alle concezioni filosofiche tradizionalmente alla base della dottrina pura del diritto, quanto per un vivo interesse per i problemi della logica formale applicata al diritto. Cfr. ivi, pp. LVI-LVII. Per un approfondimento, nell’ambito di una letteratura sconfinata, si vedano almeno R. WALTER, W. OGRIS, T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit*, Manz, Wien, 2009 e T. OLECHOWSKI, *Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2020. Più ampiamente, cfr. S.L. PAULSON, B. LITSCHESKI PAULSON (eds.), *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

³⁶ A questo riguardo si rimanda all’introduzione di TOMMASO GAZZOLO dal titolo *Kelsen, o la possibilità del diritto*, in H. KELSEN, *Che cos’è la dottrina pura del diritto?*, La nave di Teseo, Milano, 2022, pp. 9- 92.

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»³⁷, il giurista austriaco aveva chiarito che sussiste uno scarto tra «l'esistenza concreta» di determinati atti di volontà e il dover essere, che a suo giudizio equivale al «senso specifico»³⁸ che è proprio dell'esistenza» di quegli atti di volontà³⁹. Inoltre, egli aveva rivendicato, in alcune sue opere⁴⁰, 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»⁴¹.

In tal senso, come sarebbe stato ribadito notoriamente nella fondamentale *Reine Rechtslehre* del 1960, si può (si deve)⁴² 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»⁴³ 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»⁴⁴.

Per questa via, l'indagine sociologica kelseniana può essere intesa come una ricerca sugli «atti con cui si statuisce il diritto», quali «mezzi per causare un certo comportamento degli individui, cui sono rivolti questi atti, cioè come cause di

³⁷ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), Einaudi, Torino, 2021, p. 150.

³⁸ Per un chiarimento su questo aspetto, cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 86-87, 252, dove l'autore spiega che, secondo Kelsen, il diritto non «ha» bensì «è» un «contenuto di senso».

³⁹ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 150.

⁴⁰ Cfr. in part. H. KELSEN, *Causality and Imputation*, in "Ethics", LXI, 1950, pp. 1-11; ID., *Zur Soziologie des Rechts*, in "Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik", XXXIV, 1912, pp. 601-614. In lingua italiana, ID., *Sociologia della democrazia*, Edizioni Scientifiche Italiane, 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 ID., *Sociologia e socialismo: ricordi e incontri*, Franco Angeli, Milano, 1990, pp. 181-195.

⁴¹ Cfr. l'introduzione all'edizione spagnola *Sociedad y Naturaleza*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1945, pp. XII-XVI, nella quale Kelsen risponde alle accuse rivoltegli da Talcott Parsons in un'aspra recensione all'edizione inglese del volume, come spiega RENATO TREVES in *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, in H. KELSEN, *Società e natura. Ricerca sociologica* (1943), Bollati Boringhieri, Torino, 1992, pp. 1-12, in part. pp. 4-5.

⁴² Cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, cit., pp. 369-380.

⁴³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 148.

⁴⁴ Ivi, p. 147.

certi effetti»⁴⁵. 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 spingono «gli individui a comportarsi in un certo modo»⁴⁶. In altre parole, si sceglie quell'angolo di osservazione che mira a intendere il diritto come «un'attività molto simile a quella di un cacciatore che pone un'esca per attirare la selvaggina in una trappola»⁴⁷.

All'interno di queste coordinate concettuali, *Society and Nature*⁴⁸ esplicita chiaramente le sue 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»⁴⁹. In altre parole, 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»⁵⁰.

Non è un caso che la sezione più corposa del volume sia quella che indaga la mentalità primitiva, mentre le sezioni successive prendono in esame il pensiero

⁴⁵ Ivi, pp. 145-146. A questo proposito, cfr. N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Hans Kelsen*, Giappichelli, 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 in considerazione come uno strumento per la realizzazione di certi fini che si pongono all'uomo vivente in società».

⁴⁶ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 146.

⁴⁷ *Ibidem*. 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. ivi, pp. 165-182.

⁴⁸ Come nota Renato Treves nell'Introduzione alla seconda edizione italiana (la prima è del 1953), *Società e natura* è tra i testi kelseniani meno studiati e meno commentati. Cfr. R. TREVES, *Società e natura nell'opera di Hans Kelsen*, cit. Al contrario, lo stesso Kelsen riserva uno spazio consistente, nella sua *Autobiografia*, alla sua ricerca, ritenuta «indispensabile», sulla storia del giusnaturalismo. A suo dire, il progetto si arricchì via via di varie partizioni al punto che il manoscritto originario in lingua tedesca fu completato in un arco di dodici anni, dando corpo ad un «abbozzo provvisorio, un manoscritto stilato in lingua tedesca di circa 2000 pagine dattiloscritte» (H. KELSEN, *Autobiografia*, cit., pp. 60-62, in part. p. 61). Il volume, intitolato *Vergeltung und Kausalität*, venne pubblicato nel 1945, ancorché già nel 1943 fosse stata diffusa una precedente versione inglese dal titolo *Society and Nature*, cui due anni più tardi seguì una traduzione spagnola edita a Buenos Aires. L'«idea basilare» del lavoro era comunque già stata edita in forma di saggio nel 1936, in lingua francese con il titolo *L'âme e le droit*, (in «Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique 1935-1936», 2, 1936, pp. 60-80) e in lingua inglese con il titolo *The Soul and the Law* (in «The Review of Religion», 1, 1936-1937, pp. 337-360).

⁴⁹ H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 13.

⁵⁰ Ivi, p. 14.

greco antico e la svolta rappresentata dalla riflessione sulla causalità elaborata prima da David Hume e poi, in termini differenti, dallo stesso Kant⁵¹.

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 bambino⁵². Il primitivo è essenzialmente un essere che prova paura dinnanzi a eventi che non comprende, e dei quali fornisce una giustificazione esclusivamente normativa⁵³. Ad esempio, la morte gli appare come una punizione inflitta da un'autorità sovraumana⁵⁴. 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 responsabile⁵⁵.

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»⁵⁶. 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 defunti⁵⁷. Vi è dunque una generale «omogeneità» ed «eguaglianza» tra tutti i viventi e i non viventi⁵⁸, la quale è sostenuta da una concezione «personalistica» e «sociomorfica» della natura⁵⁹. In altre parole, la natura è concepita come parte della società⁶⁰ 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»⁶¹.

⁵¹ 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, 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*, cit., in part. pp. 13-16. Per approfondire, cfr. in part. M. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Roma, 1981.

⁵² H. KELSEN, *Società e natura*, cit., pp. 21, 24, 57, 89. A p. 21, l'uomo primitivo è paragonato all'animale.

⁵³ Ivi, p. 23.

⁵⁴ Ivi, p. 22.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ Ivi, p. 36.

⁵⁷ Ivi, pp. 27-28. Persino gli attrezzi creati dall'uomo sono dotati di un'anima: ivi, p. 27.

⁵⁸ Ivi, pp. 55, 59, 99. Ivi, p. 59 si precisa che, pertanto, anche gli attrezzi possono essere «uccisi».

⁵⁹ Kelsen specifica che non si tratta di una personificazione bensì di una «appercezione personalistica originaria» (ivi, 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.

⁶⁰ Ivi, p. 79.

⁶¹ Ivi, p. 83. A questo proposito, sospetta SUSANNA POZZOLO in *Costituzioni, interpretazioni, disaccordi. Appunti per un diritto che cambia*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 147, «che la ricostruzione antropologica kelseniana sia in una certa misura viziata da alcuni assiomi di partenza,

Un ulteriore aspetto decisivo per la comprensione della mentalità primitiva è la totale identificazione dell'individuo nel gruppo. «L'individuo [ancora] non esiste»⁶². In tal senso, ogni malattia o disgrazia, e persino ogni offesa arrecata è sempre inflitta alla collettività⁶³. 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 se condivide con gli altri la stessa sostanza di gruppo: di preferenza si considera il sangue come sede di questa sostanza⁶⁴.

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 misonismo»⁶⁵. Del resto, se «i morti governano i vivi», «il passato è considerato sacro»⁶⁶. 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»⁶⁷.

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»⁶⁸. Poiché il male subito è considerato come

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.

⁶² H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 39.

⁶³ Ivi, pp. 33-35.

⁶⁴ Ivi, pp. 37-38, enfasi aggiunta.

⁶⁵ Ivi, p. 41.

⁶⁶ Ivi, p. 45.

⁶⁷ Ivi, p. 47.

⁶⁸ Ivi, p. 109. Cfr. P. DI LUCIA, L. PASSERINI GLAZEL, *Hans Kelsen. Giustizia, diritto e realtà sociale*, Raffaello Cortina, Milano, 2024, pp. 173-194.

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»⁶⁹. 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»⁷⁰. 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 morale⁷¹. Nel suo lessico relativista, vale l'equazione «sociale, quindi morale»⁷².

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 ricompensa⁷³. Persino il rapporto con le divinità è caratterizzato dalla logica del *do ut des*, come mostra la pratica del sacrificio⁷⁴. L'idea che va affermandosi è soprattutto quella di una necessità indiscutibile che impone di espiare il male⁷⁵, ancorché non paia necessario che sia il colpevole a subire la punizione⁷⁶. Parallelamente, si consolida la percezione di un legame soprannaturale tra disgrazia e colpa⁷⁷.

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.

⁶⁹ H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 92.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ivi*, p. 93.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ivi*, pp. 100-104, dove l'autore si confronta anche con gli studi di Bronisław Malinowski sul dono, che «deve essere contraccambiato».

⁷⁴ *Ivi*, pp. 108, 118.

⁷⁵ 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 (*ivi*, pp. 125-141).

⁷⁶ *Ivi*, p. 162.

⁷⁷ *Ivi*, pp. 175, 179.

In questa scia, va collocata la nascita del mito, il quale rivela ancora la prevalenza dell'elemento emotivo-normativo su quello razionale-causale⁷⁸, mostrando ciò che deve accadere e giustificando ciò che accade. In tal senso, per Kelsen «il mito è una ideologia conservatrice»⁷⁹. Peraltro, la sua analisi rivela alcuni elementi di continuità che confermano il carattere normativo dominante, a partire dalla narrazione che giustifica la morte come punizione⁸⁰ oppure la giustificazione della cacciata dal paradiso che, nelle sue varie versioni⁸¹, risulta riconducibile a una colpa oggettiva, trasferibile su discendenti che, pur non avendo violato alcun divieto, vengono tuttavia puniti⁸². 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 progenie⁸³.

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»⁸⁴. 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 «soltamente chi ha peccato è responsabile della colpa»⁸⁵. 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 carco, e la stoltezza sua chiama destino»⁸⁶.

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»⁸⁷. 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 impreviste», verrebbe effettivamente respinta. «Poiché Edi-

⁷⁸ Ivi, p. 184.

⁷⁹ Ivi, p. 185.

⁸⁰ Ivi, p. 240.

⁸¹ Ivi, pp. 242-249.

⁸² Ivi, pp. 234-249.

⁸³ Ivi, p. 275.

⁸⁴ Ivi, p. 287.

⁸⁵ Ivi, p. 295.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Citato ivi, p. 302.

po 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*⁸⁸. 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*»⁸⁹.

Con Euripide, inoltre, «l'ideologia della tragedia greca da religiosa diventa nazionale»⁹⁰; l'idea di giustizia diviene così «ideologia dell'ordine sociale positivo, che ha carattere coercitivo e si basa sulla punizione e non sulla ricompensa»⁹¹. In tal senso, solo la lenta emersione di un processo critico e il riconoscimento dell'origine umana dell'ordine sociale, grazie ad un acuito senso della giustizia, non più soddisfatto dalla concezione di una responsabilità oggettiva né di una responsabilità collettiva ed ereditaria, «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»⁹².

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»⁹³, e da soggetto diventa ora oggetto del contrappasso⁹⁴. 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 futura⁹⁵.

⁸⁸ Ivi, p. 311, enfasi aggiunta.

⁸⁹ Ivi, pp. 311-312, enfasi aggiunta. Diversa è l'interpretazione di Ricœur che, nella vicenda di Edipo, ravvisa l'importanza del momento autoriflessivo del riconoscimento del proprio contributo all'evento di cui si è chiamati a rispondere. Come Agamennone, Edipo resterebbe, dunque, per Ricœur l'emblema di una responsabilità non intenzionale rispetto alla quale l'autore accetta di pagare le conseguenze. Cfr. P. RICŒUR, *Percorsi del riconoscimento* (2004), Raffaello Cortina, Milano, 2005.

⁹⁰ H. KELSEN, *Società e natura*, cit., p. 315.

⁹¹ Ivi, p. 321.

⁹² Ivi, p. 323, enfasi aggiunta.

⁹³ Ivi, p. 324.

⁹⁴ Ivi, p. 339.

⁹⁵ Kelsen rileva lo stretto rapporto tra concezione dell'anima e concezione della legge, e osser-

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»⁹⁶. Più nel dettaglio, fu Hume a dividere «il problema della 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»⁹⁷. Prendendo l'avvio da questo punto e procedendo nella direzione indicata da Hume, Kant affermò in seguito «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 mentalmente il materiale empirico delle nostre percezioni sensorie»⁹⁸.

Con l'emancipazione della legge di causalità dal principio del contrappasso si effettuò anche il divorzio tra le due concezioni di natura e di società⁹⁹: «quando l'interpretazione causale della natura si libera da quella normativa [...] scompare dalla sfera della scienza l'antagonismo fra mondo empirico e mondo trascendente»¹⁰⁰.

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 al-

va 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 la dottrina moderna dell'immortalità dell'anima» (ivi, p. 348). Afferma, 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» (ivi, p. 350). A giudizio dell'autore, furono solo gli atomisti a svincolare il principio di causalità dalla sua origine mitologica (ivi, 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» (ivi, 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» (ivi, 370). Per questi autori la legge di causalità non è più una norma, divenendo anzi l'espressione di una necessità obiettiva impersonale (ivi, p. 371).

⁹⁶ Ivi, p. 380.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Ivi, p. 401.

¹⁰⁰ Ivi, p. 403.

l'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 a 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 lavori¹⁰¹, 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 del quale si evita l'illecito, cioè l'opposto del comportamento che costituisce una condizione per la sanzione»¹⁰², esplicitando una differenza specifica che distingue il diritto dalla morale¹⁰³, l'autore rilevava che il concetto di responsabilità è «connesso» a quello di

¹⁰¹ Cfr. tipicamente l'incipit di *La dottrina pura del diritto* (cit., p. 11): «La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo».

¹⁰² H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato* (1945), Edizioni di Comunità, Roma, 1963, p. 61.

¹⁰³ Cfr. *ivi*, 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*, Giuffrè, 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» (*ivi*, 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)» (*ibidem*). 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 reces-

dovere giuridico¹⁰⁴. 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»¹⁰⁵. Normalmente, aggiungeva, «un individuo è responsabile del proprio comportamento. In questo caso il soggetto della responsabilità giuridica ed il soggetto del dovere giuridico coincidono»¹⁰⁶. Nella teoria tradizionale, sintetizzava inoltre, la responsabilità è bastata 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»¹⁰⁷. Il modello della colpevolezza era dunque «contrapposto» a quello della responsabilità oggettiva¹⁰⁸.

Al primo era ricondotto «l'illecito psicologicamente qualificato»¹⁰⁹, 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»¹¹⁰. In effetti, essendo la negligenza «un illecito di omissione», la «responsabilità per negligenza è piuttosto un tipo di responsabilità oggettiva che non di colpevolezza»¹¹¹. 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

sione del carattere puramente normativo (*Sollen*) di fronte all'incidenza di momenti reali (*Seinsmomenten*)» (ivi, 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» (ivi, p. 37). Da qui deriva la critica rivolta, in questa fase, contro autori imperativisti come Ernst Rudolf Bierling, i quali peccerebbero 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 (ivi, p. 37) e, dall'altro lato, che la definizione della norma come imperativo richiede in ogni caso una spiegazione in chiave di giudizio (ivi, p. 40).

¹⁰⁴ H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., p. 65.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ Ivi, p. 66.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

l'annettere una sanzione ad un illecito commesso per negligenza costituisce un tipo di responsabilità oggettiva»¹¹².

Ma, soprattutto, Kelsen specificava che la responsabilità oggettiva tipica del diritto moderno differisce 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»¹¹³.

Il confronto con il diritto primitivo portava nuovamente a emersione anche la questione della responsabilità collettiva. Come già argomentato in *Society and Nature*, nell'antichità pensiero e sentimento avevano un «carattere collettivo»¹¹⁴. 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»¹¹⁵. 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»¹¹⁶.

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 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 loro¹¹⁷.

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»¹¹⁸.

¹¹² Ivi, p. 67.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Ivi, p. 57.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Ivi, p. 69.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ Ivi, p. 70.