

La colpa in Agamben: Breve commento a *Karman*

GIADA COLESCI*

Abstract: In *Karman: Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, ultimo lavoro del filosofo romano Giorgio Agamben, sono raccolte e sviluppate secondo direttrici inedite le ipotesi portanti della sua investigazione filosofica. Lungi dal voler rappresentare un'analisi sistematica dell'intero edificio filosofico agambeniano, non esauritosi con la conclusione del ventennale progetto di ricerca *Homo sacer*, il presente lavoro si propone di investigare la trattazione che il filosofo riserva, nel suo ultimo testo, ai concetti di "colpa" e alla "sanzione". Pur mostrando l'adesione a teorie controverse quali quella di Carl Schmitt sulla colpa e quella di Hans Kelsen sulle norme giuridiche, *Karman* rappresenta indubbiamente un interessante sviluppo nel percorso di pensiero di uno dei più importanti filosofi viventi, nonché un parziale punto di svolta nell'orizzonte teorico sinora tracciato da Agamben, con una inedita fascinazione orientale.

Parole chiave: Agamben; *karman*; *crimen*; colpa; sanzione.

Abstract: In *Karman: A Brief Treatise on Action, Guilt, and Gesture*, the latest work of the Italian philosopher Giorgio Agamben, the central hypotheses of his philosophical investigation are gathered and expanded upon according to innovative directives. The present work is not intended to represent a systematic analysis of the entire agambenian philosophical construction. The purpose is that of scrutinising the concepts of "guilt" and "punishment". Even though Agamben adheres to the controversial theories of Carl Schmitt on guilt and of Hans Kelsen on legal norms, *Karman* undoubtedly represents an interesting development in the production of one of the most important philosophers alive, deepening and rearticulating some of Agamben's core insights.

Keywords: Agamben; *karman*; *crimen*; *guilt*; *punishment*.

Sommario: 1. Introduzione. – 2. La colpa in *Karman*. – 3. La sanzione in *Karman*. – 3.1. Un'analisi storica. – 3.2. Un'analisi linguistica. – 3.3. Un'analisi teorica. – 4. Conclusione.

1. *Introduzione*

Benché, nel 2014, con la pubblicazione de *L'uso dei corpi* sia stato portato a conclusione il ventennale progetto di ricerca *Homo sacer*, dedicato al «nascosto punto d'incrocio fra il modello giuridico-istituzionale e il modello biopolitico del potere»¹, la carica disvelatrice di Giorgio Agamben non sembra affatto essersi esaurita. Nel suo ultimo lavoro, *Karman: Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, il filosofo romano raccoglie infatti le ipotesi portanti della sua investigazione filosofica per svilupparle ulteriormente.

In *Karman*, l'azione, la colpa e il gesto vengono esplorati tramite gli strumenti metodologici e i riferimenti teorici propri dell'indagine agambeniana. Ritroviamo la prospettiva filologica e di archeologia del potere, i giuristi Carl Schmitt, Hans Kelsen e Yan Thomas, il filosofo Walter Benjamin, Franz Kafka, i testi romani di Cicerone, Festo, Gaio e Ulpiano. Tuttavia, nel testo si possono scorgere anche elementi di novità, dati da riferimenti inediti o inaspettati: infatti, nei capitoli centrali di *Karman*, lo studio dell'etimologia latina lungo le direttrici di Émile Benveniste lascia il posto a quello dell'etimologia sanscrita da parte di Adolphe Pictet, e Aristotele, sinora punto di riferimento della produzione filosofica di Agamben, viene progressivamente criticato, a lui contrapponendo Platone, Arthur Schopenhauer e, forse con «un'ardita torsione teorica»², Immanuel Kant.

* Giada Coleschi, laureata in Giurisprudenza presso l'Università Bocconi dopo periodi di studio presso la New York University e la University of New South Wales, studia filosofia presso l'Università di Siena. Si è occupata di affari umanitari, migrazione e giustizia minorile. È volontaria di un'organizzazione umanitaria dove si dedica alle persone in condizioni di vulnerabilità, alla cooperazione internazionale e alla sensibilizzazione sui temi dei conflitti armati, delle migrazioni e delle disuguaglianze.

1. Giorgio Agamben, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005 [1995], p. 9.

2. Antonio Lucci, *Giorgio Agamben. Innocenza radicale* (Doppiozero, 26 settembre 2017), disponibile all'indirizzo <http://www.doppiozero.com/materiali/giorgio-agamben-innocenza-radical> (visitato il 25 marzo 2019).

Il primo capitolo del testo, *La causa e la colpa*, si apre con la seguente enunciazione: «I due concetti che servono da soglia all'edificio del diritto – causa e colpa – mancano di un'etimologia»³. Ed è proprio in queste prime righe che il filosofo enuncia l'ipotesi che svilupperà compiutamente nelle pagine successive: "causa" e "colpa" sono concetti-soglia, liminari, a tal punto fondativi del pensiero giuridico, morale e politico dell'Occidente da rimanere oscurati da questa loro stessa costitutività. Delimitare la soglia dell'edificio del diritto significa, per Agamben, essere non già concetti giuridici in senso stretto, bensì «il punto in cui un certo atto o fatto entra nella sfera del diritto»⁴. Così, partendo dalla bipolarità del termine attestata da Yan Thomas, "causa" è una certa situazione, una "cosa" in sé stessa non giuridica, nell'atto in cui viene inclusa nell'ambito del diritto: nelle parole di Gaio, *res, de qua agitur*. In questo contesto, si deve quindi restituire al verbo *agere* il significato originario che, secondo Agamben, sulla scorta di Thomas, ci è attestato da Festo e da Gaio: «*agere* significa *verbis indicare*»⁵ e «colui che agiva, diceva queste parole»⁶. La *res, de qua agitur*, la cosa che è in questione nel diritto, dunque la causa, è innanzi tutto ciò che viene espresso in parole e mostrato nella formula dell'*actio*⁷ giudiziaria («ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur»⁸).

3. Giorgio Agamben, *Karman: Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto*, Bollati Boringhieri, Torino, 2017, p. 9.

4. Ivi, p. 16.

5. Sesto Pompeo Festo, *Agere*, in *De verborum significatione*, I.

6. Gai 4.17a.

7. Il termine *actio*, da cui deriva "azione" e che, a partire dagli stoici, traduce il greco *praxis*, in origine appartiene dunque alla sfera giuridica e religiosa e non già a quella politica. *Actio* designa a Roma anzitutto il processo. Così, nelle *Institutiones* si nominano le tre grandi categorie del diritto romano: le *personae*, le *res* e le *actiones* (il diritto processuale). In origine, tuttavia, il verbo *ago* significava "celebrare un sacrificio" e, secondo taluni, è in virtù di questo originario significato che, nei più antichi sacramentari, la messa è l'*actio* e l'eucarestia è l'*actio sacrificii*. È opportuno osservare come sia un termine proveniente dalla sfera giuridico-religiosa ad aver fornito alla politica il suo concetto fondamentale. Si veda Giorgio Agamben, *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, pp. 46–47; Odo Casel, *Actio in liturgischer Verwendung*, in *Jahrbuch für Liturgiewissenschaft*, 1921, p. 39; Anton Baumstark, *Liturgia romana e liturgia dell'escarcato: Il rito detto in seguito patriarchino e le origini del canon missae romano*, Libreria pontificia di Federico Pustet, Roma, 1904, pp. 38–39.

8. Gai 4.40.

Nelle parole di Agamben:

come nel vocabolario filosofico l'essere è ciò è "chiamato in causa" nel discorso, così, nella terminologia del diritto, causa è una situazione in quanto è "chiamata in causa" in un processo: in entrambi i casi, se si restituisce alla parola il suo rango ontologico, in questione è la "cosa" del linguaggio – la soglia in cui essa viene *catturata* e *inclusa* nell'ordine corrispondente⁹ [enfasi aggiunta].

Quella di colpa è invece «una soglia funesta, perché conduce in una regione dove le nostre azioni e i nostri gesti perdono ogni innocenza e si assoggettano a una potenza estranea: la pena, che significa tanto il prezzo da pagare che una sofferenza di cui non sappiamo darci ragione»¹⁰. È quindi il concetto di "pena" che permette l'entrata delle nostre azioni e dei nostri gesti nell'edificio del diritto. Riprendendo la teorizzazione operata da Carl Schmitt, non esiste "colpa" senza "pena": al di fuori dell'edificio del diritto non esiste la "colpa", ma solo una radicale innocenza del vivente.

Nei capitoli successivi del testo, *Crimen e Karman* e *Le aporie della volontà*, il carattere liminare di "causa" (nel senso di "azione") e "colpa" viene messo in luce riflettendo sulla stringente corrispondenza tra il latino *crimen*, designante l'azione umana in quanto imputabile e sanzionata, dunque all'interno dell'edificio del diritto, e il sanscrito *karman*, contrassegnante l'agire generatore di conseguenze¹¹. L'origine del latino *crimen* viene rinvenuta nel sanscrito *karman*. L'accostamento *crimen/karman* corrisponde per Agamben a una prossimità concettuale forte e stringente: il mondo retto dalla legge del *karman*, vale a dire dall'infinita connessione di azioni e conseguenze, risponde al medesimo principio cui risponde il *crimen* del diritto romano arcaico: «se A, allora B», «esistendo questo, esiste quello» (*imasmim sati, idam hoti*¹²).

9. Agamben, *Karman*, p. 15 (citato alla nota 3).

10. Ivi, p. 17.

11. Gli indologi parlano di una connessione essenziale (*rta*) «tra gli atti e le loro conseguenze»: Lilian Silburn, *Instant et cause: Le discontinu dans la pensée philosophique de l'Inde*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris, 1955, p. 192.

12. Si veda Raniero Gnoli (a cura di), *La rivelazione del Buddha*, I, Mondadori, Milano, 2001, p. XXVIII; cfr. Silburn, *Instant et cause*, p. 169 (citato alla nota 11).

Così, Agamben individua nell'accostamento *crimen/karman* la chiave di volta senza la quale crollerebbero sia l'edificio dell'etica e della politica occidentali, sia il soggetto libero e responsabile che dell'accostamento è il presupposto e l'effetto. La presa della sanzione sul soggetto si rinsalda sempre più proprio nel momento in cui – con la patristica – la nozione di libero arbitrio spodesta il primato aristotelico della potenza e assicura la sovranità della volontà. Secondo Agamben, il concetto di "volontà" non è altro che lo strumento teorico tramite il quale un'azione può legarsi inscindibilmente a un soggetto: quest'ultimo diviene «centro di imputazione dell'azione volontaria»¹³. Per inceppare il dispositivo volontà-azione-imputazione è necessario, per il filosofo, uscire dal paradigma della finalità, giacché «il fine non è che il punto di fuga che, già a partire dalla *proairesis* aristotelica, le intenzioni e le azioni di un soggetto proiettano davanti a lui»¹⁴ e «il soggetto dell'azione non è che l'ombra portata che il fine getta dietro di sé»¹⁵. Come indica già il titolo del capitolo conclusivo del testo, occorre andare *Al di là dell'azione*. Contro la signoria dei fini va ripensata una politica di mezzi puri, già da Walter Benjamin affidata al gesto inoperoso, capace di disattivare le opere umane e destinarle «a un nuovo, possibile uso»¹⁶.

Quelli di "uso" e di "gesto inoperoso" non sono concetti inediti nell'investigazione agambeniana. Da ultimo, ne *L'uso dei corpi*, il filosofo scrive che l'ipotesi della ricerca condotta nel testo è «quella di provare a pensare l'uso come categoria politica fondamentale»¹⁷, revocando in questione la centralità dell'azione – posta, da Aristotele in poi, a fondamento della politica – e del fare – di cui Hannah Arendt riconosce la progressiva sostituzione, nel corso dell'età moderna, all'agire, spiegando così la decadenza della politica con la sostituzione dell'*homo faber* e, successivamente, dell'*homo laborans* all'attore politico. Nello stesso testo, scrive ancora Agamben:

13. Agamben, *Karman*, p. 127 (citato alla nota 3).

14. *Ibidem*.

15. *Ibidem*.

16. Ivi, p. 138.

17. Agamben, *L'uso dei corpi*, p. 46 (citato alla nota 7).

Ciò che chiamiamo forma-di-vita non è definito dalla relazione a una prassi (*energeia*) o a un'opera (*ergon*), ma da una potenza (*dynamis*) e da una inoperosità. Un vivente, che cerchi di definirsi e darsi forma attraverso la propria operazione, è, infatti, condannato a scambiare incessantemente la propria vita con la propria operazione e viceversa. Si dà, invece, forma-di-vita solo là dove si dà contemplazione di una potenza. Certo contemplazione di una potenza si può dare soltanto in un'opera; ma, nella contemplazione, l'opera è disattivata e resa inoperosa e, in questo modo, restituita alla possibilità, aperta a un nuovo possibile uso. Veramente poetica è quella forma di vita che, *nella propria opera*, contempla la propria potenza di fare e di non fare e trova pace in essa. ... Un vivente non può mai essere definito dalla sua opera, ma soltanto dalla sua inoperosità, cioè dal modo in cui, mantenendosi, in un'opera, in relazione con una pura potenza, si costituisce come forma-di-vita, in cui *zoè* e *bios*, vita e forma, privato e pubblico entrano in una soglia di indifferenza e in questione non sono più la vita né l'opera, ma la felicità. ... La forma-di-vita non può né riconoscersi né essere riconosciuta, perché il contatto fra vita e forma e la felicità che in essa sono in questione si situano al di là di ogni possibile riconoscimento e di ogni possibile opera. La forma-di-vita è, in questo senso, innanzitutto l'articolazione di una zona di irresponsabilità, in cui le identità e le imputazioni del diritto sono sospese¹⁸.

In *Mezzi senza fine: Note sulla politica*, il filosofo, nell'interrogarsi su cosa sia il "gesto", riprende un'osservazione di Varrone, distinguendo così nettamente il "gesto" sia dall'agire (*agere*) che dal fare (*facere*)¹⁹. Ciò che caratterizza il "gesto", per Agamben come per Varrone, è che

18. Ivi, pp. 313–314.

19. «Si può infatti fare qualcosa e non agirla, come il poeta che fa un dramma, ma non lo agisce [nel senso di "recitare una parte"]: al contrario, l'attore agisce il dramma, ma non lo fa. Analogamente il dramma è fatto dal poeta, ma non è agito; dall'attore è agito, ma non fatto. Invece, l'*imperator* [il magistrato investito del potere supremo], rispetto al quale si usa l'espressione *res gerere* [compiere qualcosa, nel senso di assumersene l'intera responsabilità], in questo né fa, né agisce, ma *gerit*, cioè sopporta»: Marco Terenzio Varrone, *De lingua Latina*, VI, VIII, 1.

in esso non si fa né si agisce, ma si assume e si sopporta²⁰. Secondo il filosofo, la distinzione varroniana tra *facere* e *agere* deriva da Aristotele, il quale, in un celebre passo dell'*Etica nicomachea* così li oppone: «Il genere dell'agire [*praxis*] è diverso da quello del fare [*poiesis*]. Il fine del fare è, infatti, altro del fare stesso; il fine della prassi non potrebbe, invece, essere altro: agire bene è, infatti, in se stesso il fine»²¹. Diversamente da Varrone, Aristotele identifica, accanto all'agire e al fare, una terza categoria: se la *poiesis* è un mezzo in vista di un fine e la *praxis* è un fine senza mezzi,

il gesto spezza la falsa alternativa tra fini e mezzi che paralizza la morale e presenta dei mezzi che, *come tali*, si sottraggono all'ambito della medialità, senza diventare, per questo, dei fini. ... *Il gesto è lesibizione di una medialità, il render visibile un mezzo come tale*. Esso fa apparire l'essere-in-un-medio dell'uomo e, in questo modo, apre per lui la dimensione etica. ... Nel gesto, è la sfera non di un fine in sé, ma di una medialità pura [*milieu pur*, nelle parole di Mallarmé] e senza fine che si comunica agli uomini. Solo in questo modo l'oscura espressione kantiana «finalità senza scopo» acquista un significato concreto. Essa è, in un mezzo, quella potenza del gesto che lo interrompe nel suo stesso esser-mezzo e soltanto così l'esibisce, fa di una *res* una *res gesta*. ... *La politica è la sfera dei puri mezzi, cioè dell'assoluta e integrale gestualità degli uomini*²².

In *Stato di eccezione*, scritto molto prima di *Homo Sacer: Il potere sovrano e la nuda vita* e poi pubblicato come prima parte del secondo volume del progetto di ricerca ventennale, Agamben spiega i concetti di "mezzo puro" e "medialità senza fini" attraverso gli scritti di Walter Benjamin. Così, puro è un mezzo che

pur restando tale, viene considerato indipendentemente dai fini che esso persegue. Il problema non è allora quello di

20. Si veda Giorgio Agamben, *Mezzi senza fine: Note sulla politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 1996, p. 51.

21. Aristotele, *Etica Nicomachea*, VI, 1140b.

22. Agamben, *Mezzi senza fine*, pp. 51–53 (citato alla nota 20).

identificare dei fini giusti, ma, piuttosto, «di individuare una violenza di altro genere, che certo non potrebbe essere mezzo legittimo o illegittimo a quei fini, ma che non si riferisca in generale ad essi come mezzo, ma in qualche altro modo»²³. ... Il medio non deve la sua purezza a una qualche intrinseca proprietà specifica, che lo differenzia dai mezzi giuridici, ma alla sua relazione con questi. Come, nel saggio sulla lingua, pura è quella lingua che non è strumento al fine della comunicazione, ma comunica immediatamente sé stessa, cioè una comunicabilità pura e semplice, così pura è quella violenza che non si trova in relazione di mezzo rispetto a un fine, ma si tiene in relazione con la sua stessa medialità. E come la pura lingua non è un'altra lingua, non ha un altro luogo rispetto alle lingue naturali comunicanti, ma si mostra in esse esponendole come tali, allo stesso modo la violenza pura si attesta soltanto come esposizione e deposizione del rapporto tra violenza e diritto. ... Ad aprire un varco verso la giustizia è non la cancellazione, ma la disattivazione e l'inoperosità del diritto – cioè un altro uso di esso²⁴.

Come è stato correttamente osservato, *Karman* rappresenta uno sviluppo interessante nel percorso di pensiero di uno dei più importanti filosofi viventi, un parziale punto di svolta nel suo stesso orizzonte teorico, con un inedito "passaggio a Oriente" filosofico²⁵. Qui concentreremo la nostra analisi sulla trattazione ivi riservata a "colpa", concetto che, insieme a quello di "causa", segna il punto in cui un certo atto o fatto entra nella sfera del diritto. Ed investigheremo poi la ricostruzione della sanzione operata da Agamben, adottando una prospettiva storica, una linguistica e una teorica.

23. Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, in Id., *Gesammelte Schriften*, II, 1, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1991 [1921], p. 196.

24. Giorgio Agamben, *Lo stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, pp. 80–83.

25. Si veda Lucci, *Giorgio Agamben. Innocenza radicale* (citato alla nota 2).

2. La colpa in Karman

Come anticipato, Agamben apre il testo osservando come i concetti di "causa" e di "colpa", concetti-soglia dell'edificio del diritto, manchino di un'etimologia. A conferma di tale osservazione, il filosofo porta il vocabolario etimologico della lingua latina di Ernout e Meillet, nel quale la voce *culpa* termina con il laconico enunciato: *sans étymologie, comme "causa"*.

E proprio dopo aver trattato l'altro concetto-soglia, quello di "causa", Agamben si dedica alla colpa. Ma a cosa si riferisce quando parla di "colpa"? Nel testo leggiamo:

Nelle fonti giustiniane, [il concetto di "colpa"] ha innanzitutto il significato generico di imputabilità e indica che un determinato fatto va ricondotto alla sfera giuridica di una persona, che deve sopportarne le conseguenze. In questo senso, *culpa* è sinonimo di *noxa*, un termine la cui etimologia rimanda alla sfera oscura della morte violenta (*nex*)²⁶.

Ci troviamo quindi in una galassia squisitamente giuridica, come tale costellata da propri significati tecnici. Agamben non parla dunque di tutte le azioni umane, e neppure di tutte le azioni genericamente rilevanti per il diritto, ma di quelle azioni generatrici di responsabilità. Così delimitato il contesto nel quale si muove la nostra indagine, occorre fare chiarezza rispetto alla terminologia da usarsi. Agamben parla infatti di "colpa"; tuttavia, nel testo, sembra riferirsi con questo stesso termine sia alla colpa propriamente detta sia al dolo, requisiti ben diversi l'uno dall'altro e sui quali, unitamente ad altri, si fonda la "colpevolezza" del soggetto.

Nell'ambito del diritto penale, la colpevolezza è uno degli elementi della struttura del reato, col quale si designa «l'insieme dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere all'agente un rimprovero per aver commesso il fatto anti-giuridico»²⁷. Si tratta dunque di un

26. Agamben, *Karman*, p. 16 (citato alla nota 3).

27. Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini, *Manuale di diritto penale: Parte generale*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2012, p. 288.

elemento complesso, i cui requisiti, nel diritto penale italiano vigente, possono così individuarsi:

- a) dolo, colpa, ovvero dolo misto a colpa;
- b) assenza di scusanti (vale a dire, normalità delle circostanze concomitanti alla commissione del fatto);
- c) conoscenza o conoscibilità della norma penale violata;
- d) capacità di intendere e di volere.

Tutti i requisiti sui quali si fonda la colpevolezza dell'agente devono abbracciare tutti gli estremi del singolo fatto antiggiuridico dallo stesso commesso.

- a) Col termine "dolo" si indica la sussistenza di un duplice coefficiente psicologico: per muovere il rimprovero più grave che il diritto penale conosca è infatti necessario che si abbia *rappresentazione e volizione* di tutti gli estremi del fatto antiggiuridico²⁸. Ciò che si rimprovera all'agente è di aver preveduto l'evento dannoso o pericoloso come conseguenza della propria azione od omissione e di non essersi lasciato trattenere da quella rappresentazione ammonitrice, determinandosi anzi ad agire pur rappresentandosi come certo o probabile al limite della certezza (c.d. dolo diretto) o come seriamente possibile (c.d. dolo eventuale, o indiretto) il verificarsi dell'evento, ovvero al preciso scopo di realizzarlo (c.d. dolo intenzionale). Il momento rappresentativo del dolo esige la conoscenza effettiva (e non già meramente potenziale) di tutti gli elementi rilevanti del fatto concreto che integra una specifica figura di reato, ed esige altresì che tale conoscenza sussista nel momento in cui il soggetto inizia l'esecuzione dell'azione tipica, senza che la stessa debba perdurare nella sua mente per tutto il tempo dell'azione. La colpa, rispetto al dolo, non è solo un *minus*, ma anche un *aliud*, avendo una struttura propria e del tutto diversa. Detta autonomia

28. L'art. 43 c.p. dispone che «[i]l delitto è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione o dell'omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione». L'art. 47 c.p. esclude il dolo per difetto di rappresentazione del fatto, allorché, per una falsa rappresentazione della realtà ovvero per la difettosa interpretazione di una norma giuridica, l'agente è caduto in «errore sul fatto che costituisce il reato». Infine, l'art. 59, comma 4, c.p. dispone che «[s]e l'agente ritiene per errore che esistano circostanze di esclusione della pena, queste sono sempre valutate a favore di lui».

strutturale emerge con nitore dalla definizione legislativa della colpa, contenuta all'art. 43, comma 1, c.p.: «Il delitto è colposo, o *contro l'intenzione*, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline» (enfasi aggiunta). La colpa consta dunque di un requisito negativo (l'assenza di dolo) e di un requisito positivo (negligenza, imprudenza, imperizia ovvero inosservanza di norme giuridiche con finalità preventiva o cautelare). Le sembianze che la colpa può assumere si fondano tutte su un giudizio interamente normativo: è il contrasto tra la condotta concreta tenuta dall'agente e il modello di condotta conforme a regole di diligenza, prudenza o perizia che ad esse dà origine, e il grado della colpa corrisponde proprio al divario tra la condotta concreta e il modello di condotta. Infine, il dolo misto a colpa consiste nella rappresentazione e volizione di alcuni elementi del fatto antiggiuridico e nella realizzazione per colpa di altri.

- b) Per considerare colpevole l'agente non basta che questi abbia commesso un fatto antiggiuridico con dolo, colpa o dolo misto a colpa. Un compiuto rimprovero di colpevolezza non può muoversi laddove l'agente abbia commesso il fatto in presenza di scusanti, vale a dire di circostanze anormali, tali, nella tassativa valutazione legislativa, da influire in modo irresistibile sulla volontà dell'agente o sulle sue capacità psicofisiche, rendendo inesigibile un comportamento diverso da quello tenuto nel caso concreto.
- c) Il requisito della conoscenza o conoscibilità della norma penale violata richiede che l'agente sapesse, o potesse almeno sapere usando la dovuta diligenza, che il fatto antiggiuridico da lui commesso era previsto dalla legge come reato (art. 5 c.p., come "riformulato" dalla Corte Costituzionale con la sentenza 24 marzo 1988, n. 364).
- d) Infine, non può personalmente rimproverarsi chi, nel momento in cui ha commesso il fatto antiggiuridico, non era imputabile²⁹; vale a dire, chi non era capace né d'intendere, dunque di rendersi conto del significato o delle conseguenze delle proprie azioni od omissioni, né di volere, dunque di inibire o attivare i propri impulsi.

29. L'art. 85, comma 1, c.p. dispone che «[n]essuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come reato, se, al momento in cui lo ha commesso, non era

La "colpa" è quindi solo uno dei requisiti dai quali dipende la possibilità di muovere al soggetto un rimprovero personale per aver commesso un fatto preveduto dalla legge come reato, dovendosi parlare di "colpevolezza" per includerli tutti. Inoltre, l'imputabilità non è, come invece sembra suggerire Agamben con le proprie parole («Esso [il concetto di "colpa", *rectius* "colpevolezza"] non è propriamente un concetto giuridico, ma indica piuttosto la soglia, varcata la quale un certo comportamento diventa imputabile al soggetto, che si costituisce come "colpevole"»), una conseguenza della colpevolezza, bensì uno dei suoi requisiti. E la colpevolezza, come anticipato, è solo uno degli elementi del reato che sono presupposto indispensabile per l'applicabilità della pena nel caso concreto, e nemmeno il più importante. È ben vero che il reato – ogni reato – risulta composto da una serie di elementi disposti, da un punto di vista meramente formale, l'uno accanto all'altro: «il reato è un fatto umano, antigiuridico, colpevole, punibile»³⁰. Ma il legislatore italiano ha quasi costantemente costruito i reati assegnando il primato all'oggettivo rispetto al soggettivo, vale a dire al fatto rispetto all'autore: «nella legislazione italiana il reato è, innanzitutto, offesa a uno o più beni giuridici»³¹. Pertanto, lo schema di analisi del reato che meglio rispecchia la fisionomia che ogni reato possiede nel nostro ordinamento vi individua quattro elementi e li dispone logicamente, l'uno di seguito all'altro, secondo il seguente ordine:

- a) un fatto (umano);
- b) l'antigiuridicità del fatto (umano);
- c) la colpevolezza del fatto (umano) antigiuridico;
- d) la punibilità del fatto (umano) antigiuridico e colpevole.

Ne segue che punibile può essere solo un fatto (umano) antigiuridico e colpevole, colpevole può essere solo un fatto (umano) antigiuridico, antigiuridico può essere solo un fatto (umano).

Sia nella sua forma, sia nei suoi contenuti, il reato è un'entità giuridica storicamente condizionata. La storia del diritto penale moderno,

imputabile».

30. Marinucci e Dolcini, *Manuale di diritto penale*, p. 169 (citato alla nota 27).

31. Ivi, p. 170.

inserendosi in un movimento ideale più vasto volto alla laicizzazione complessiva dello Stato, è segnata da una svolta epocale: il passaggio dalla repressione di comportamenti – anche di meri atteggiamenti interiori – puniti in quanto contrastanti col precetto divino, alla punizione dei soli comportamenti che mettano in pericolo o ledano beni individuali o collettivi. È quindi nelle azioni esterne socialmente dannose che deve rinvenirsi il *prius* di ogni legittima coercizione penale, essendo il dolo e la colpa solo condizioni per la punizione di siffatte azioni. Nella giustizia umana non si punisce la colpevolezza in sé, bensì un'azione esterna socialmente dannosa sorretta da un atteggiamento doloso o colposo: «errarono coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi li commette»³². Si è pertanto avuto un superamento in senso sostanzialistico sia del formalismo giuridico di ascendenza hobbesiana (il principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* è ora vincolato al fondamento materiale del *nullum crimen, nulla poena sine iniuria*, secondo un'ispirazione evidentemente mossa da pulsioni garantistiche, restringendosi il campo dell'azione penale³³), sia del soggettivismo giuridico kantiano, dove il criterio determinante della pena è la "malvagità interiore"³⁴. Nel diritto penale secolarizzato sono pertanto i beni giuridici, individuali o collettivi, il perno sul quale poggiano le singole figure di reato e rispetto al quale le stesse sono classificate, fungendo la colpevolezza da *limite* alla rilevanza penale dell'offesa arrecata ai beni penalmente tutelati.

La colpevolezza è pertanto uno dei criteri che orientano e limitano le scelte di incriminazione del legislatore. In un diritto penale "primitivo" basterebbe la commissione di un fatto antiggiuridico – vale a dire, una specifica forma di offesa a un bene giuridico non autorizzata né imposta dall'ordinamento – per fondare la responsabilità penale dell'agente: il soggetto verrebbe così assimilato a un qualsiasi altro fattore causale e verrebbe punito solo per aver materialmente cagionato il fatto. Come correttamente osservato da Agamben, nella formulazione delle leggi più antiche, la colpevolezza semplicemente non appare³⁵.

32. Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Feltrinelli, Milano, 2010 [1764], p. 46.

33. Si veda Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, 2ª ed., Laterza, Roma-Bari, 1990, pp. 367 e 466–469.

34. Si veda Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, in Id., *Kant's gesammelte Schriften*, VI, Reimer, Berlin, 1907 [1797], p. 333.

35. Si veda Agamben, *Karman*, p. 20 (citato alla nota 3).

Infatti, se si esaminano gli enunciati delle XII Tavole (ad esempio, *si membrum rupsit ... talio esto; si pater ter filium venum duit, filius a patre liber esto; patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto*), si può notare come la legge si limitasse allora a connettere un'azione umana a una conseguenza giuridica. Il concetto di "colpevolezza" comincia ad apparire allorché, già con le leggi di Numa, si inizia ad elaborare la nozione di *dolus*, designante l'intenzione malvagia o fraudolenta («*si qui hominem liberum dolo sciens morti duit, paricidas esto*»³⁶).

Quando l'unica cosa che conta è «l'avvenimento nudo, brutale»³⁷, il soggetto non può mai sapere realmente perché qualcosa avvenga e non può esistere un'interpretazione razionale della legge, ma si ha solo, come osservato da Agamben in *Homo sacer*, una *vigenza senza significato* scholemiana³⁸ in cui la legge vige come "punto zero" del suo contenuto³⁹, come puro 'nulla della Rivelazione' («*Nichts der Offenbarung*»⁴⁰) ovvero, secondo l'espressione kantiana, come 'semplice forma della legge' («*die bloß Form des Gesetzes*»⁴¹) la cui potenza vuota «vige a tal punto da diventare indiscernibile dalla vita»⁴² e, alla fine, è la stessa cosa «che gli scolari abbiano smarrito la scrittura oppure che non sappiano più decifrarla, ... poiché una scrittura senza la sua chiave non è scrittura, ma vita, vita quale viene vissuta nel villaggio ai piedi del monte dove sorge il castello»⁴³.

Ed è in questo farsi della legge così pervasiva da confondersi con la vita vissuta nel villaggio nell'assenza della sua chiave di lettura che un colpo battuto inavvertitamente su un portone scatena processi surreali, come quello di Josef K. il quale, in quest'indiscernibilità fra *forma di*

36. Sesto Pompeo Festo, *Parrici quaestores*, in *De verborum significatione*, XIV.

37. Hannah Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Torino, 1999 [1951], p. 342.

38. Si veda Walter Benjamin e Gershom Scholem, *Briefwechsel 1933–40*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988, p. 163.

39. Si veda Agamben, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, p. 59 (citato alla nota 1).

40. Benjamin e Scholem, *Briefwechsel 1933–40*, p. 163 (citato alla nota 38).

41. Immanuel Kant, *Kritik der praktischen Vernunft*, in Id., *Kant's gesammelte Schriften*, V, Reimer, Berlin, 1913 [1788], p. 28.

42. Agamben, *Homo sacer: Il potere sovrano e la nuda vita*, p. 61 (citato alla nota 1).

43. *Ibidem* (traduzione da Benjamin e Scholem, *Briefwechsel 1933–40*, p. 155 (citato alla nota 38)).

vita e forma di legge, finisce per coincidere col processo, è il processo⁴⁴. Come osservato dal filosofo in *Mezzi senza fine*, «per uomini, cui ogni naturalezza è stata sottratta, ogni gesto diventa un destino»⁴⁵ e la vita diventa indecifrabile.

Il diritto penale moderno ha raggiunto uno stadio di civiltà nel quale i rapporti fra agente e fatto antiggiuridico sono molto più ricchi e complessi di quanto lo fossero in origine. Perché sia legittimo il ricorso alla sanzione penale, non basta che sia commesso un "fatto" (un'offesa a uno o più beni giuridici tutelati da una norma incriminatrice), né basta che la commissione del fatto sia "antigiuridica" (non autorizzata o imposta da altra norma giuridica): occorre altresì che l'offesa possa essere personalmente rimproverata all'agente⁴⁶.

44. *Ibidem*.

45. Agamben, *Mezzi senza fine*, p. 48 (citato alla nota 20).

46. Per quanto concerne l'ordinamento italiano, sul finire degli anni Ottanta la giurisprudenza di legittimità ha segnato una svolta storica, riconoscendo espressamente che responsabilità "personale", a norma dell'art. 27, comma 1, Cost., è sinonimo di responsabilità per un fatto proprio colpevole. Nella storica sentenza 24 marzo 1988, n. 364, il giudice delle leggi ha sostenuto la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza, in particolare ricorrendo a un argomento sistematico volto a inquadrare il principio di personalità della responsabilità penale nell'intero sistema costituzionale. In primo luogo, la Corte ha messo in risalto l'esigenza di interpretare detto principio alla luce della funzione rieducativa della pena, di cui all'art. 27, comma 3, Cost.: «Collegando il primo al terzo comma dell'art. 27 Cost., agevolmente si scopre che, comunque si intenda la funzione rieducativa» della pena, «essa postula almeno la colpa dell'agente in relazione agli elementi più significativi della fattispecie tipica. Non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto) non ha, certo, "bisogno" di essere "rieducato"». Inoltre, la Corte ha collegato il principio di personalità della responsabilità penale ai principi di legalità e irretroattività della legge penale, di cui all'art. 25, comma 2, Cost.: «Il sistema costituzionale ... allo scopo di attuare compiutamente la funzione di garanzia assoluta dal principio di legalità», impone di «fondare la responsabilità penale su "congrui" elementi subiettivi». Nelle leggi penali «il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è pertanto indispensabile ... anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate; e, comunque, mai per comportamenti realizzati nella "non colpevole" e, pertanto, inevitabile ignoranza del precetto. A nulla varrebbe, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi, ecc., quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti ... in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua

Questa evoluzione del diritto penale viene comunemente riconosciuta come un progresso. La dottrina rinviene infatti nel principio di colpevolezza (o, se si vuole, di personalità della responsabilità penale) uno stadio avanzato della civiltà giuridica, contrapponendosi esso frontalmente ad una serie di residui di "inciviltà", quali la responsabilità oggettiva – responsabilità per un fatto proprio, ma realizzato senza dolo e senza colpa, secondo il vetusto principio *qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu* –; la responsabilità penale di chi abbia commesso il fatto volontariamente o colposamente, ma ignorandone senza colpa l'illiceità penale; la responsabilità penale di chi abbia agito in situazioni anormali, tali da rendere inesigibile un comportamento diverso da quello concretamente tenuto, ovvero di chi sia incapace di intendere o di volere.

Inoltre, la colpevolezza è strettamente correlata alle funzioni che la dottrina riconosce alla pena. A quella general-preventiva, poiché solo se il fatto antigiuridico è frutto di una libera scelta dell'agente, o è almeno da lui evitabile con la dovuta diligenza, la comminatoria legale delle pene può orientare le scelte di comportamento dei consociati: non avrebbe senso alcuno minacciare la pena per distogliere il soggetto da comportamenti che giacciono al di fuori della sua sfera di controllo. Nonché a quella social-preventiva, poiché ha senso ridurre solo chi si trovi nella colpevolezza (come osservato dallo stesso Agamben, *in culpa esse; obnoxius*, "colpevole", non designa colui che ha causato il fatto, ma, secondo il significato originariamente locale della preposizione *ob*, colui che sta nella colpevolezza⁴⁷).

Per Agamben, invece, non si tratta di un progresso bensì:

di un rafforzamento del vincolo che lega l'agente alla sua azione, cioè di una interiorizzazione della colpa [*rectius*, colpevolezza], che non è detto ampli in alcun modo la libertà reale del soggetto. Il nesso tra l'azione e l'agente, che era definito in origine in modo esclusivamente fattuale, viene ora fondato in un principio insito nel soggetto, che lo costituisce

colpa, di ravvisare il dovere di evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto»: Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, pp. 686 ss.

47. Si veda Agamben, *Karman*, pp. 16–17 (citato alla nota 3).

come colpevole. La colpa [colpevolezza] viene, cioè, spostata dall'azione al soggetto, che, se ha agito *sciente et volente*, ne porta l'intera responsabilità⁴⁸.

Richiamando la trattazione che Carl Schmitt riservò alla colpevolezza, Agamben critica la riduzione di questo concetto a una categoria (per entrambi i filosofi) psicologica, implicita nella identificazione del dolo e della colpa quali suoi requisiti. Per Agamben, come per Schmitt, la colpevolezza andrebbe definita indipendentemente da queste due forme codificate. Tuttavia, per Schmitt, allorché si cerchi una definizione puramente giuridica e non già psicologica della colpevolezza, si corre il rischio di trovarsi obbligati a revocare in questione il fondamentale principio "non vi è pena senza colpa":

Si potrebbe infatti argomentare che la pena preceda logicamente la colpa [*rectius*, colpevolezza], poiché non vi sarebbe alcuna colpa [colpevolezza] se essa non venisse punita. Il modo più semplice per eliminare il delitto dal mondo, sarebbe la cancellazione del codice penale. Il principio "non vi è pena senza colpa" dovrebbe allora suonare piuttosto "non vi è colpa senza pena"⁴⁹.

Tuttavia, una simile ricostruzione del concetto di "colpevolezza", che vede nel dolo e nella colpa delle istanze eminentemente psicologiche, è fuorviante e illiberale: la lotta alla criminalità deve rivolgersi contro il reato, non contro il reo. Se si cancellasse il codice penale, si eliminerebbero dal mondo solo i rei, non certo le condotte ritenute antisociali. Laddove si interpretassero realmente i concetti di "dolo" e "colpa" secondo coordinate esclusivamente psicologiche, si affiderebbero al potere giudiziario poteri incontrollabili, consentendogli di limitare la libertà personale sulla base di dati incerti e manipolabili come la "cattiva volontà" («*böse Wille*»⁵⁰). Per tale ragione, l'accertamento del momento rappresentativo e del momento volitivo che compongono il

48. Ivi, pp. 21–22.

49. Ivi, p. 22 (traduzione da Carl Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten: Eine terminologische Untersuchung*, Schletter, Breslau, 1910, p. 19).

50. Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten*, p. 92 (citato alla nota 49).

dolo è, nel diritto penale moderno, ancorato a dati esteriori. La rappresentazione e la volizione non possono infatti accertarsi tramite i sensi, esse possono e devono essere desunte unicamente attraverso massime di esperienza che prendano in considerazione circostanze oggettive, che attengono alle modalità della condotta, e, solo qualora queste non consentano deduzioni univoche, potranno prendersi in considerazione circostanze soggettive, che attengono alla persona dell'agente (ad esempio, le sue cognizioni, le sue precedenti esperienze, l'interesse che si riproponeva di soddisfare con la condotta tenuta, il suo possibile movente⁵¹). Mentre, a ben vedere, nella colpa una volontà manca del tutto e le sembianze che essa può assumere si fondano tutte su un giudizio interamente normativo: come osservato poco sopra, è il contrasto tra la condotta concreta tenuta dall'agente e il modello di condotta conforme a norme giuridiche con finalità preventiva o cautelare che ad esse dà origine.

Viepiù che il principio cardine del diritto penale non è solo "non vi è pena senza colpa", ma altresì, nella rinunciazione della formula classica operata da Franz von Liszt, *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*: il diritto penale, quale potere punitivo dello Stato, è delimitato giuridicamente nei presupposti e nei contenuti, nell'interesse della libertà individuale; il codice penale è la *Magna Charta* del reo, disponendo che non si perseguano intenzioni ma esclusivamente azioni, socialmente pericolose e tassativamente individuate dalle legge, come tassativamente individuata dalla legge deve essere la loro punizione. Il diritto non vede l'essenza del delitto in un determinato processo nell'animo del delinquente oggettivatosi esteriormente, come ritiene invece Schmitt⁵², bensì in un'oggettivazione esteriore contraria ai propri fini. La colpevolezza non viene spostata dall'azione al soggetto,

51. Quanto al movente, la giurisprudenza italiana sottolinea come la relativa indagine debba avere carattere sussidiario rispetto all'accertamento del dolo raggiunto autonomamente per altra via: solo «qualora l'indagine limitata alle circostanze estrinseche e obiettive non consenta un sicuro giudizio» ai fini dell'accertamento del dolo, «è necessario, in via del tutto sussidiaria ed integrativa della prova, l'esame del movente ispiratore del delitto, che deve essere aderente alla dinamica del fatto e dei comportamenti del soggetto attivo e del soggetto passivo»: Cass., 17 febbraio 1993, n. 3957, Tonsig, in *CED Cassazione* n. 193919; Cass., 17 febbraio 1992, n. 3207, Silvestro, ivi n. 189663; Cass., 24 settembre 1985, n. 9778, Miceli, ivi n. 170840. Il movente non è che un mero indizio.

52. Si veda Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten*, pp. 29–30 (citato alla nota 49).

come ritiene Agamben, ma rimane nell'azione. «In principio era l'Azione», per dirlo con le parole del *Faust* di Johann Wolfgang von Goethe, e pare che sia ancora così.

La colpevolezza non pertiene esclusivamente al diritto penale, rilevando anche nell'ambito del diritto civile quale uno degli elementi della struttura della responsabilità per fatto illecito – detta anche responsabilità extracontrattuale, civile o aquiliana (in omaggio alla *Lex Aquilia* del III secolo a.C., che per la prima volta la indicò) – rispetto alla quale limiteremo la nostra analisi. Nell'ordinamento italiano vigente, la disposizione fondamentale in materia è contenuta all'art. 2043 c.c.: «*Qualunque* fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» (enfasi aggiunta). L'agente non è quindi chiamato a rispondere delle conseguenze dannose della propria condotta, commissiva od omissiva, per aver violato un dovere specifico, bensì per aver violato il dovere generico del *neminem laedere*.

Data la genericità della sua formulazione, il disposto di cui all'art. 2043 c.c. è considerato dalla dottrina una sorta di clausola generale dell'ordinamento, che si lega alla cosiddetta atipicità dell'illecito civile. È infatti l'autorità giudiziaria a decidere se, tenuto conto delle trasformazioni della società, con le sue mutevoli scale valoriali e le sue variabili esigenze, un determinato comportamento possa considerarsi o meno lesivo della regola fondamentale che garantisce la pacifica convivenza tra i consociati, comparando gli interessi in giuoco in base a un criterio di pubblica utilità⁵³, e verificando altresì la sussistenza di tutti gli elementi strutturali individuati dalla disposizione in parola.

Nella ricostruzione della dottrina, questa forma di responsabilità assolve molteplici funzioni. Anzitutto, ha una funzione riparatoria, essendo diretta a tenere indenne la vittima dell'illecito dai danni subiti. Inoltre, ha una funzione preventiva, volendo orientare le condotte dei consociati, scoraggiando la causazione di danni ingiusti con i loro comportamenti. Un tempo, inoltre, si era soliti identificare e rimarcare con vigore anche una funzione sanzionatoria dell'istituto in argomento, funzione che oggi appare invece in declino, se non del tutto

53. Si veda Pietro Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, 18^a ed., Giuffrè, Milano, 2009, pp. 110–111.

superata a vantaggio dell'anzidetta funzione riparatoria⁵⁴, in armonia con i doveri di solidarietà imposti dalla Costituzione. Al centro della disciplina *de quo*, vi è oggi infatti il danneggiato, che necessita un opportuno ribilanciamento della propria posizione tenuto conto dell'effettiva entità del danno subito, previa verifica della reale ingiustizia di quest'ultimo.

Come nel diritto penale, anche nel diritto civile la responsabilità (lì penale, qui extracontrattuale) è un istituto complesso, essendo composta da una pluralità di elementi:

- a) la condotta dannosa (commissiva od omissiva);
- b) l'ingiustizia del danno (*contra ius e non iure*);
- c) il nesso di causalità (giuridica e materiale) che deve legare la condotta al danno ingiusto;
- d) il dolo o la colpa;
- e) l'imputabilità.

Per quanto specificamente concerne la "colpevolezza", i concetti di "dolo" e "colpa" sono mutuati dall'ambito penalistico. Pertanto, il dolo consiste nella causazione del danno ingiusto con previsione, coscienza e volontà, mentre la colpa ha una struttura propria e affatto diversa rispetto al dolo. Anche qui, quello di "colpa" è un concetto dal carattere tecnico-giuridico, ben diverso dal significato invalso nel linguaggio comune. Colposo è quel comportamento caratterizzato da negligenza, imprudenza o imperizia, ovvero da inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline. Per considerare colpevole l'agente non basta che questi abbia tenuto una condotta dannosa (commissiva od omissiva) con dolo o colpa: un compiuto rimprovero di colpevolezza non può muoversi laddove l'agente abbia cagionato un danno in presenza di cause di giustificazione, vale a dire di circostanze tali da escluderne l'ingiustizia (artt. 50, 51 e 52 c.p.; artt. 2044 e 2045 c.c.). Infine, non risponde delle conseguenze del fatto dannoso chi, nel momento in cui ha cagionato un danno ingiusto, non era in possesso della capacità d'intendere e di volere, salvo che l'incapacità (naturale) dipenda da sua colpa (art. 2046 c.c.).

54. Si veda Emanuele Lucchini Guastalla, *Il contratto e il fatto illecito: Corso di diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 409.

Muovendosi in un'ottica riparatoria e non già sanzionatoria, il legislatore ha contemplato, accanto alla tradizionale responsabilità di cui all'art. 2043 c.c., alcune ipotesi di responsabilità per fatto altrui o indiretta (allorché sia tenuto a risarcire il danno, in sostituzione dell'agente o in solido con questi, chi non abbia materialmente commesso il fatto), e di responsabilità oggettiva (allorché sia tenuto a risarcire il danno chi, pur avendo commesso il fatto, non ne abbia colpa).

In ambito civilistico abbiamo pertanto: attività dannose che sono lecite e non sono fonte di responsabilità; attività dannose che sono illecite e sono fonte di responsabilità; attività dannose o rischiose consentite e che sono tuttavia fonte di responsabilità oggettiva (responsabilità senza colpa). Se, da un lato, la colpevolezza è solo uno degli elementi strutturali che sono presupposto indispensabile per far sorgere la responsabilità *ex art.* 2043 c.c. in capo al soggetto, dall'altro, la colpevolezza non rileva affatto in alcune ipotesi legislativamente previste, nelle quali si dà sanzione (o meglio, riparazione del danno ingiusto) ma non si dà colpa.

3. *La sanzione in Karman*

3.1. *Un'analisi storica*

Per Agamben, la colpevolezza esiste come tale soltanto in virtù della pena che la sancisce: "non vi è colpa senza pena". La sanzione non è, per il filosofo, accessoria alla legge; «piuttosto la legge consiste, in ultima analisi, essenzialmente nella sanzione»⁵⁵.

Se fino ad ora Agamben sembrava aderire alla riformulazione schmittiana del principio "non vi è pena senza colpa" con riferimento a un diritto in particolare, quello penale⁵⁶, la conclusione raggiunta con riferimento alla sanzione sembra volersi estendere all'intero diritto (oggettivo). Tuttavia, affermare che, in senso oggettivo, il termine "diritto" indica insiemi di norme sanzionati (accomunati da pene

55. Agamben, *Karman*, p. 27 (citato alla nota 3).

56. Nel testo, si parla infatti di «concetto fondamentale del diritto penale» (con ciò riferendosi al concetto di "colpa", o meglio "colpevolezza"), di «cancellazione del codice penale» al fine di «eliminare il delitto dal mondo», nonché di "pena" e non già di "sanzione"; ivi, p. 22; cfr. Schmitt, *Über Schuld und Schuldarten*, p. 19 (citato alla

comminate per l'inadempimento, o premi promessi per l'adempimento) e, dobbiamo aggiungere, istituzionalizzati (accomunati dall'istituzione di poteri che le producano e le applichino) significa utilizzare nozioni a loro volta ambigue e, soprattutto, tipicamente moderne⁵⁷.

Questa definizione di "diritto", fornita dal giuspositivismo teorico ottocentesco⁵⁸, e tuttora considerata il maggiore sforzo teorico mai compiuto per catturare il significato profondo di "diritto"⁵⁹, è apparsa in Occidente solo al tempo della formazione dello Stato moderno attorno a un potere centrale e suona estranea alle manifestazioni del diritto più antiche ed extra-occidentali⁶⁰. Peggio ancora, questa stessa definizione comincia a suonare estranea anche a manifestazioni che vanno acquistando un ruolo sempre più centrale nel mondo contemporaneo⁶¹: diritto costituzionale, internazionale, comunitario, e così via.

Il diritto o qualcosa di simile ad esso, quale fenomeno sociale prodotto dalla convivenza umana, che presuppone e regola delle relazioni interpersonali, è presente in ogni comunità: *ubi societas, ibi ius*. Affinché un qualsiasi gruppo sociale possa sopravvivere, è infatti necessario che esso si dia una, sia pur rudimentale, organizzazione e che i suoi

nota 49). Estendere la riformulazione aderita da Agamben oltre le coordinate tracciate (diritto penale) significherebbe distorcere l'argomentazione del filosofo romano, giacché nel testo non è possibile rinvenire alcun elemento dal quale si possa indurre la volontà di una simile estensione all'ambito civilistico.

57. Si veda Mauro Barberis, *Filosofia del diritto: Un'introduzione teorica*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 2008, p. 93.

58. Per giuspositivismo teorico, o formalismo giuridico, s'intende una lunga serie di teorie (conoscitive) e di dottrine (anche normative) sostenute a partire dall'Ottocento soprattutto in Francia, Germania e Regno Unito. Il giuspositivismo tedesco e francese inizia come giuspositivismo tecnico e non già teorico: civilisti come von Savigny o i giuristi della Scuola dell'Esegesi si limitano ad occuparsi del diritto positivo, ignorando il diritto naturale. Un giuspositivismo davvero teorico si sviluppa invece, fra Settecento e Ottocento, nel Regno Unito: prima con Bentham e poi con Austin, con la loro teoria della (*general*) *jurisprudence*. Un altro giuspositivismo teorico si sviluppa anche in Germania alla fine dell'Ottocento, con la *allgemeine Rechtslehre*. Si veda *ivi*, pp. 20–21.

59. Si veda Bruno Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen: Una introduzione critica*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 15–51.

60. Si veda, tra i molti, Riccardo Orestano, *Norma statuita e norma statuyente: Contributo alle semantiche di una metafora*, in *Id.*, *Edificazione del giuridico*, Il Mulino, Bologna, 1989 [1983], pp. 69–116.

61. Si veda Barberis, *Filosofia del diritto*, p. 94 (citato alla nota 57).

membri osservino delle regole di comportamento, alcune delle quali di carattere giuridico. Benché nelle società preletterate non esistesse qualcosa come lo Stato moderno, esistevano regole concepite e applicate come obblighi⁶², la cui forza vincolante non era da individuarsi nella "sanzione", come potremmo aspettarci, bensì nel meccanismo della "reciprocità", nutrito da un intreccio di pubblicità, interessi personali, vanità e ambizione sociale⁶³. Con ciò non si vuole privare la regola giuridica di qualunque caratteristica che valga a distinguerla dalle regole sociali, ma si vuole sottolineare come la mancanza, nelle società preletterate, di un intervento coercitivo non implicasse un meccanismo spontaneo di adeguamento alle regole, bensì una coercizione di altro tipo: psicologica. Come sostenuto da Louis Gernet, nelle società preletterate la cui organizzazione si basa su una serie di regole che non posseggono ancora i caratteri propri della giuridicità, la vita dei consociati sarebbe regolata dalle forze del "prediritto"⁶⁴: i "doni ospitali" che regolavano le relazioni interfamiliari nel mondo greco, in particolare omerico⁶⁵, le tecniche magico-religiose greche e romane⁶⁶, i "giochi" e i

62. Si veda Bronislaw Malinowski, *Crime and Custom in Savage Society*, Harcourt, Brace & Company, New York, 1926, *passim*.

63. Ivi, *passim*. Ad esempio, vi erano regole che presiedevano alla divisione del pescato, distribuito anche a comunità diverse da quelle dei pescatori, che fornivano altri prodotti in cambio del pesce. Queste regole, secondo Malinowski, erano rese vincolanti dall'interesse economico di ciascuna comunità ad avere provviste di diverso genere, nonché dall'esigenza psicologica di esibire il cibo, elemento fondamentale del prestigio sociale e pertanto distribuito ed esibito secondo rituali solenni, di rilevanza collettiva.

64. Si veda Louis Gernet, *Droit et société dans la Grèce ancienne*, Sirey, Paris, 1955, *passim*.

65. Si veda Louis Gernet, *La notion mythique de la valeur en Grèce*, in *Journal de Psychologie*, 1948, pp. 415–462; Alberto Maffi, *Rilevanza delle "regole di scambio" omeriche per la storia e la metodologia del diritto*, in Arnaldo Biscardi (a cura di), *Symposium 1974: Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Böhlau, Köln-Wien, 1979, pp. 33–62; Marcel Mauss, *Essai sur le don, forme primitive de l'échange*, in *Année sociologique*, 1923–1924, pp. 30–186; Steve Reece, *The Stranger's Welcome: Oral Theory and the Aesthetics of the Homeric Hospitality Scene*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1993.

66. Si veda Eva Cantarella, *I supplizi capitali in Grecia e a Roma: Origini e funzioni della pena di morte nell'antichità classica*, nuova edizione rivista, Feltrinelli, Milano, 2011.

duelli, la "cultura di vergogna" (*shame culture*)⁶⁷ e, probabilmente la più importante, la vendetta privata.

Già nelle società preletterate, infatti, vendicare i torti subiti non significava solamente soddisfare un bisogno privato di reazione a un'offesa, essendo la vendetta privata un dovere sociale per chi volesse mantenere l'onore e meritare il rispetto della collettività. Il mondo omerico, in buona sostanza, affidava alla vendetta privata il compito di mantenere l'assetto sociale⁶⁸, giacché allora il peso sociale di un individuo e di un gruppo erano legati all'onore (τιμή) e chi subiva un torto senza reagire lo perdeva. Tuttavia, se incontrollata, la vendetta privata rischiava di portare con sé una lunga serie di rappresaglie, per evitare le quali il mondo omerico aveva sviluppato alcune regole fondamentali, che possono essere considerate le prime regole giuridiche greche. E se è vero che Solone, riferendosi alla sua attività di legislatore, afferma di "aver unito con la forza della legge violenza e giustizia" (*kratei / nomou bian te kai dikēn synarmosas*), e che Pindaro, trattando del *nomos basileus*, sottolinea il lato oscuro della legge che "di tutti sovrana / dei mortali e degli immortali / conduce con mano più forte / giustificando il più violento" (*dikaiōn to biaiotaton*), e se può esser vero che, nel *Gorgias*⁶⁹, quando Callicle rovescia questo stesso testo pindarico, scrivendo "facendo violenza a ciò che è più giusto" (*biaiōn to dikaiotaton* anziché *dikaiōn to biaiotaton*), Platone intenda suggerire che «la giustificazione della violenza operata dalla legge è, nella stessa misura, un far violenza a ciò che è più giusto»⁷⁰, è certamente vero che si era allora diffusa, anche nel mondo eroico⁷¹, la prassi di offrire a chi aveva subito un torto una ποινή (una *poiné*, da cui il latino *pœna* e, successivamente, l'italiano "pena"), vale a dire una compensazione in natura o in danaro che, se accettata, veniva solennemente e pubblicamente consegnata dall'offensore all'offeso e consentiva a quest'ultimo

67. Si veda Ruth Benedict, *The Chrysanthemum and the Sword: Patterns of Japanese Culture*, Houghton Mifflin, Boston, 1946; Eric R. Dodds, *The Greeks and the Irrational*, University of California Press, Berkeley, 1951.

68. Si veda Eva Cantarella, *Diritto romano: Istituzioni e storia*, Mondadori Università, Milano, 2010, p. 10.

69. Platone, *Gorgia*, 484b.

70. Agamben, *Karman*, p. 37 (citato alla nota 3).

71. Si veda la lettura della scena processuale scolpita sullo scudo di Achille, in Omero, *Iliade*, XVIII, vv. 495-506.

di rinunciare onorevolmente alla vendetta. E per controllare che la prassi della *ποινή* venisse rispettata, la comunità si era dotata di un organo giudicante composto dai suoi anziani che doveva intervenire nel caso in cui l'offeso pretendesse ancora di vendicarsi nonostante la compensazione accettata e ricevuta.

Pertanto, chi usava la forza fisica conformemente alla prassi della *ποινή* (vale a dire, a seguito dall'autorizzazione degli anziani) non si può dire che compisse una vendetta privata, agendo piuttosto come «agente socialmente autorizzato»⁷² all'uso della forza fisica. Nel mondo omerico, pertanto, il diritto s'*innesta* sul terreno della vendetta privata⁷³, nascendo sul solco di questa e delle sue regole, ma proponendosi come complesso di norme da questa *distinto* e a questa *sostitutivo*, che ne regola l'esercizio nell'interesse collettivo al fine di eliminarne o quantomeno limitarne gli effetti negativi.

Di questa nascita del diritto sul solco della vendetta privata troviamo tracce – sebbene più frammentarie di quelle offerte dalle fonti greche – anche nel diritto romano arcaico, dove la *civitas* individuò in forma scritta i comportamenti che autorizzavano l'uso della forza. Nel 451-450 a.C. i *decemviri legibus scribundis* emanarono infatti la nota *lex* delle XII Tavole, con la quale si intendeva individuare i *mores* e stabilire per iscritto la loro interpretazione, sottraendo l'una e l'altra all'arbitrio dei giudici. Si trattò di una novità di grande rilievo, giacché prima di questo *corpus* non esisteva un elenco dei comportamenti illeciti, dipendendo la valutazione dei comportamenti considerati lesivi di un interesse o dell'onore esclusivamente dalla parte offesa, di modo che lo stesso comportamento potesse essere considerato illecito o permesso a seconda della forza sociale di chi lo teneva e di chi lo subiva.

Una delle regole contenute nelle XII Tavole era la cosiddetta legge del taglione, la quale stabiliva che colui che reagiva all'offesa ricorrendo alla forza dovesse infliggere all'offensore lo stesso male che questi gli aveva inflitto. Il termine *talio* deriva infatti verosimilmente da *talis*, "lo stesso". Per Agamben, ciò significa che:

72. E. Adamson Hoebel, *The Law of Primitive Man: A Study in Comparative Legal Dynamics*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1967, trad. it. di Antonio Colajanni, *Il diritto nelle società primitive: Uno studio comparato sulla dinamica dei fenomeni giuridici*, Il Mulino, Bologna, 1973.

73. Si veda Cantarella, *Diritto romano*, p. II (citato alla nota 68).

la legge non si manifesta semplicemente come la sanzione di un atto trasgressivo, ma come la ripetizione dello stesso atto senza alcuna sanzione, cioè come lecito. E questo non rappresenta tanto la punizione del primo atto violento, quanto la sua inclusione nell'ordine giuridico, una volta come sanzionato, la seconda come lecito⁷⁴.

Tuttavia, non si deve dimenticare come la "legge del taglione", codificando il requisito della proporzionalità tra offesa e reazione, altro non era che uno dei modi con cui il nascente sistema giuridico voleva limitare e controllare la vendetta privata, la quale aveva i caratteri di un dovere sociale e non già di un diritto⁷⁵.

La prossimità tra sanzione e vendetta – osservata anche nelle *Etymologiae* di Isidoro (*talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatut ut fecit*), nonché da taluni giuristi e antropologi contemporanei, secondo i quali «la vendetta appartiene a quella stessa dimensione del giuridico cui appartiene la sanzione»⁷⁶ – non deve proiettare sulla vendetta lo stesso sentimento di doverosità e di giustizia proprio invece dell'ordine giuridico. Come concede lo stesso Agamben, da tale rilievo si può al più inferire che il diritto s'innesta sul terreno della vendetta privata, ma da essa si distingue: a ben vedere, chi usava la forza fisica conformemente alle XII Tavole, proprio come chi la usava conformemente alla prassi della *ποινή*, non compiva una vendetta privata, agendo egli piuttosto in qualità di «agente socialmente autorizzato»⁷⁷, cui il diritto aveva conferito la facoltà di applicare la sanzione con la coercizione fisica, in quanto parte che aveva subito il torto.

Inoltre, con riferimento al versetto delle XII Tavole che stabiliva *si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto*, deve darsi la giusta importanza alla clausola *ni cum eo pacit*: "se non si è addivenuti a un accordo". Essa segnala infatti l'esistenza di un'altra norma, che regolava la vendetta privata in via generale, quindi fuori dai casi preveduti dalla "legge del taglione", e che vietava di far luogo alla stessa qualora tra le

74. Si veda Agamben, *Karman*, p. 38 (citato alla nota 3).

75. Si veda Cantarella, *Diritto romano*, p. 242 (citato alla nota 68).

76. Francesco D'Agostino, *Sanzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Giuffrè, Milano, 1989, p. 312.

77. Hoebel, *The Law of Primitive Man*, p. 43 (citato alla nota 72).

parti fosse stato concluso un accordo pacificatorio (la *pactio*), basato su una compensazione, dapprima in beni e poi in danaro.

La "legge del taglione" peraltro non era il solo modo di controllare l'esercizio della vendetta privata, quando, in mancanza di *pactio*, a questa si faceva ricorso. Altre volte, la collettività imponeva infatti alla vendetta limiti di tipo diverso. Ad esempio, il *fur nocturnus* colto in flagrante che si difendesse con le armi poteva essere ucciso *iure*, vale a dire conformemente al diritto.

Infine, le XII Tavole erano pervase dal formalismo: chi usava la forza doveva farlo seguendo un rituale preciso, pronunciando formule e compiendo gesti prestabiliti, che non potevano in alcun modo essere modificati. Secondo parte della dottrina, sia la pratica della *obvolutio*, consistente nel cantare formule magiche di fronte alla porta del testimone che rifiutasse di recarsi in giudizio, sia il formalismo richiesto nel momento dell'uso della forza fisica sarebbero il residuo di antiche credenze sull'efficacia magica delle parole e dei gesti. Taluni autori hanno inoltre ipotizzato che il diritto nasca dal rito, vale a dire proprio dalla pronuncia di parole e dal compimento di gesti solenni e immutabili⁷⁸. Tuttavia, *contra* tale ricostruzione è stato notato come anche le parole dei più antichi rituali contengano il riferimento a un "diritto" preesistente⁷⁹.

Pertanto, benché la definizione per cui "diritto", in senso oggettivo, indica un insieme di norme sanzionato e istituzionalizzato sia ancora ampiamente condivisa, o almeno ancora ossessivamente ripetuta nei manuali, questa stessa definizione non ha mai corrisposto a tipi di diritto anteriori allo Stato (moderno) e comincia a non corrispondere più nemmeno ai tipi di diritto caratteristici dell'epoca contemporanea. Inoltre, le vicende storico-politiche che hanno caratterizzato l'evoluzione del fenomeno sociale qui d'interesse hanno originato le indeterminanze di cui vedremo soffrire lo stesso termine "diritto", che possono dunque considerarsi il prodotto linguistico o concettuale delle prime, e di cui diremo nel paragrafo successivo. Conclusa l'analisi storica, si deve quindi procedere con l'analisi linguistica.

78. Si veda Pierre Noailles, *Les tabous du mariage dans le droit primitif des Romains*, in Id., *Fas et ius: Études de droit romain*, Belles Lettres, Paris, 1948 [1937], pp. 1 ss.

79. Si veda Giovanni Pugliese, Francesco Sitzia e Letizia Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Giappichelli, Torino, 1991.

3.2. Un'analisi linguistica

Qual è l'utilità linguistica di una definizione di "diritto" in senso oggettivo? Come preannunciato, il senso oggettivo di "diritto", così come reso dal giuspositivismo, soffre di alcune indeterminatezze. Esso non è semplicemente ambiguo⁸⁰, ma è anche combinatoriamente vago: "diritto" in senso oggettivo non presenta caratteristiche comuni a tutti i tipi di diritto, bensì caratteristiche distribuite in differenti combinazioni⁸¹. A ben vedere, norme, sanzioni o istituzioni possono mancare del tutto nei casi dubbi. Inoltre, esso è quantitativamente vago: norme, sanzioni o istituzioni possono darsi in misura minima, dando così luogo a casi di difficile applicazione del termine, che si distinguono dai casi di facile applicazione e da quelli di non applicazione.

Affermando che "diritto" in senso oggettivo indica *tipicamente* un insieme di norme sanzionato e istituzionalizzato, si cerca di rimediare alla vaghezza combinatoria del termine, correggendo la tradizionale definizione connotativa, *per genus proximum et differentiam specificam*, fornita dal giuspositivismo: "diritto" in senso oggettivo ha come genere prossimo norme e come differenza specifica, in particolare rispetto alle norme morali, sia sanzioni, sia istituzioni. Se "diritto" in senso oggettivo è combinatoriamente vago, a rigore, non potrebbe darsene una definizione connotativa per genere prossimo e differenza specifica, ma solo una definizione denotativa per casi paradigmatici: «... indica *tipicamente* ...».

Pretendendo di catturare l'essenza del diritto, individuando qualcosa di comune a tutte le cose chiamate con questo nome, una definizione connotativa cadrebbe nell'essenzialismo: vale a dire, nella falsa credenza che debba necessariamente esservi qualcosa di comune a

80. Essendo l'*ambiguità* l'indeterminatezza per cui un termine si applica a cose differenti ma dotate di una qualche caratteristica comune, e comunque non totalmente irrelate, distinguendosi con ciò dall'omonimia. In altri termini: «Uno stesso termine T si applica: alla cosa X, con caratteristiche A e B; alla cosa Y, con caratteristiche A e C; alla cosa Z, con caratteristiche A e D; a tutti i T (X, Y, Z) è comune A, cambiano B, C, D»: Barberis, *Filosofia del diritto*, p. 55 (citato alla nota 57).

81. In altri termini, nella *vaghezza combinatoria* «[u]n significato di uno stesso termine T si applica: alla cosa X, con caratteristiche A e B; alla cosa Y, con caratteristiche A e C; alla cosa Z, con caratteristiche B e C. I T (X, Y, Z) non hanno caratteristiche comuni a tutti, ma solo diversamente combinate»: *ivi*, p. 56.

tutte le cose chiamate con lo stesso nome⁸². Falsa credenza nella quale cade lo stesso Agamben, nell'affermare che «la legge consiste, in ultima analisi, essenzialmente nella sanzione»⁸³. Norme, sanzioni e istituzioni, in realtà, si trovano solo nei casi paradigmatici di diritto, come il diritto statale interno. In altri casi, come il diritto costituzionale o internazionale⁸⁴, sanzioni e istituzioni sono mancate sino alla seconda metà del Novecento, quando si è deciso di istituire corti costituzionali e internazionali per vigilare sulla produzione e sul rispetto del relativo diritto.

Inoltre, vi sono casi in cui sanzioni e istituzioni mancano ancora, essendovi solo norme, come nel diritto naturale moderno e nel diritto naturale antico, laddove reinterpretato come diritto consuetudinario⁸⁵. Vi sono poi casi di diritto eminentemente giudiziale in cui, pur essendovi sia sanzioni che istituzioni, paiono mancare le stesse norme, giacché i giudici sembrano decidere caso per caso e non già applicando norme generali e astratte precostituite al giudizio⁸⁶.

Questi contro-esempi hanno indotto a rinunciare a qualsiasi definizione di "diritto" in senso oggettivo quanti ritenevano la definizione connotativa *per genus proximum et differentiam specificam* l'unica ammissibile. Così, Herbert Hart decise di limitarsi a un'analisi del concetto di diritto⁸⁷. Altri, invece, seguendo una definizione implicita di Giovanni Tarello, ricalcata su diritto penale, privato e pubblico⁸⁸, hanno proposto una definizione per casi paradigmatici: «"diritto" indica la repressione dei crimini, l'attribuzione di beni, l'istituzione

82. Si veda Hans-Johann Glock, *A Wittgenstein Dictionary*, Blackwell, Oxford, 1996, p. 120.

83. Agamben, *Karman*, p. 27 (citato alla nota 3).

84. Che John Austin, nell'Ottocento, si rifiutava di considerare autentico diritto: si veda John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge University Press, Cambridge (UK), 1995 [1832], trad. it. di Giorgio Gylapian, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1995, pp. 182, 290.

85. Si veda Gustav Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica di pensiero*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, XVIII, pp. 151–152.

86. Si veda Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1977 [1918], p. 20.

87. Si veda H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1994 [1961], pp. 15–16, 279–280.

88. Si veda Giovanni Tarello, *Organizzazione giuridica e società moderna*, in Giuliano Amato e Augusto Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1984, p. 15.

dei poteri pubblici, e cose simili a queste»⁸⁹. La definizione in parola, nella quale possiamo riconoscere con facilità le tre caratteristiche della definizione tradizionale – normatività, coattività, istituzionalizzazione – ha tuttavia l'unico pregio di non escludere la giuridicità di diritto costituzionale, internazionale, e simili, risultato questo che si può ottenere molto più semplicemente avvertendo che normatività, coattività e istituzionalizzazione si danno solo tipicamente, nei casi tipici o paradigmatici di diritto.

Laddove si presentassero tutt'e tre le caratteristiche della definizione tradizionale, come nel diritto statale interno, si avrà un caso paradigmatico di "diritto" in senso oggettivo; laddove non se ne presentasse nessuna, si avrà un caso paradigmatico di "non-diritto"; laddove invece se ne presentassero diverse combinazioni, come nel diritto costituzionale o internazionale, si avranno casi più o meno dubbi⁹⁰: situazione simile a quella della vaghezza quantitativa. Tuttavia, si deve osservare come, introducendo la clausola *tipicamente*, questa versione riveduta e corretta della definizione per genere e differenza finisce per rimediare alla vaghezza combinatoria del *definiendum* solo nel senso di segnalarla: la vaghezza combinatoria si rivela dunque irrimediabile⁹¹.

Come enunciato in apertura, "diritto" in senso oggettivo è anche quantitativamente vago. La definizione per genere e differenza proposta dal giuspositivismo, così come riveduta e corretta con l'introduzione della clausola *tipicamente*, si sforza di rimediare anche a questo tipo di indeterminatezza, indicando parametri di giuridicità qualitativi (se si danno norme, sanzioni e istituzioni, allora certamente si darà diritto) e quantitativi (più si danno norme, sanzioni e istituzioni, più si darà diritto). Vaghezza quantitativa e vaghezza combinatoria tendono a confondersi, rivelandosi la distinzione tra l'una e l'altra essa stessa vaga⁹². Concettualmente, le due indeterminatèzze sono distinte: "diritto" in senso oggettivo è combinatoriamente vago perché norme, sanzioni o istituzioni possono mancare del tutto; lo stesso è quantitativamente vago perché norme, sanzioni e istituzioni possono

89. Mauro Barberis, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 130–131.

90. Si veda Enrico Diciotti, *Il concetto e i criteri della validità normativa*, in Mario Jori e Letizia Gianformaggio (a cura di), *Scritti per Uberto Scarpelli*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 311–313.

91. Si veda Barberis, *Filosofia del diritto*, p. 97 (citato alla nota 57).

92. Ivi, p. 98.

manca in maggiore o minor misura. Tuttavia, è spesso impossibile distinguere fra i due casi.

Entrambe le indeterminanze, in particolare la vaghezza quantitativa, si pongono soprattutto in riferimento a forme di diritto diverse dal diritto occidentale moderno, quali il diritto antico e il diritto non occidentale. Storici, comparatisti, nonché teorici del diritto come Joseph Raz adottano solitamente la definizione moderna e occidentale di diritto, della quale ammettono la relatività storico-culturale, e la proiettano su esperienze antiche e non occidentali al fine di analizzarle, benché gli stessi soggetti interessati da tali esperienze le chiamassero o le chiamino tuttora con vocaboli intraducibili con il nostro "diritto"⁹³.

Infine, non solo il *definiendum* "diritto" in senso oggettivo, ma anche i *definiendes* "norme", "sanzioni" e "istituzioni" sono combinatoriamente e quantitativamente vaghi, e dunque a loro volta da definire, in termini fatalmente vaghi. La definizione per genere prossimo e differenza specifica proposta dal giuspositivismo, così come riveduta e corretta con l'introduzione della clausola *tipicamente*, non può risolvere le indeterminanze di cui soffre il termine in analisi, le quali, come già avvertito, sono il prodotto linguistico o concettuale delle vicende storico-politiche che hanno caratterizzato l'evoluzione del fenomeno sociale che qui ci interessa. Il problema della definizione di "diritto" in senso oggettivo non è fondamentale in quanto preliminare e pregiudiziale a tutti gli altri, bensì in quanto costringe a guardare le cose stesse indicate dal termine⁹⁴: per il resto, come è stato sapientemente affermato, nulla è meno interessante di una definizione⁹⁵.

93. Si veda Joseph Raz, *Can There be a Theory of Law?*, in Martin P. Golding e William A. Edmundson (eds.), *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Blackwell, Oxford, 2005, pp. 324–342.

94. Si veda Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations* (trad. ing. di G.E.M. Anscombe), Blackwell, Oxford, 1953, trad. it. di Renzo Piovosan e Mario Trincherò, *Ricerche filosofiche*, Einaudi, Torino, 1967, p. 46.

95. Si veda Bernard Williams, *In the Beginning Was the Deed: Realism and Moralism in Political Argument*, Princeton University Press, Princeton, 2005, trad. it. di Corrado Del Bò, *In principio era l'azione: Realismo e moralismo nella teoria politica*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 92.

3.3. Un'analisi teorica

Come affermato poco sopra, non solo il *definiendum* "diritto" in senso oggettivo, ma anche i *definientes* "norme", "sanzioni" e "istituzioni" sono combinatoriamente e quantitativamente vaghi. Il giuspositivismo teorico si è lungamente interrogato su quale fosse la caratteristica distintiva delle norme giuridiche, che valesse a distinguere queste dalle altre, in particolare morali. E proprio nella coattività del diritto, vale a dire nella sanzione, tale caratteristica distintiva è stata rinvenuta.

Il primo tentativo di distinguere norme giuridiche e norme morali è rappresentato dalla *teoria del diritto come regola della forza*, avanzata anzitutto dai padri secenteschi del giusrazionalismo moderno, specialmente dagli esponenti del volontarismo hobbesiano⁹⁶, e sostenuta poi dalla sociologia otto-novecentesca⁹⁷ e dal giuspositivismo teorico novecentesco⁹⁸. Hans Kelsen ha ridefinito "diritto" e "Stato" come sistemi di norme che influenzano la condotta dei consociati servendosi della tecnica sociale della sanzione: diversamente da quanto sostenuto dai giuspositivisti sino ad allora, una norma non sarebbe giuridica in quanto sanzionata da un'altra norma, bensì in quanto dispone essa stessa una sanzione⁹⁹. Kelsen nega la distinzione tra norme primarie, che stabiliscono un precetto (ad esempio, "non rubare"), e norme secondarie, che stabiliscono una sanzione (ad esempio, "se qualcuno ruba, sarà punito"): «la formulazione della prima delle due norme è superflua, in quanto il non-dover-rubare consiste giuridicamente nel

96. Si veda Thomas Hobbes, *Leviathan*, Clarendon Press, Oxford, 2012 [1651], trad. it. di Raffaella Santi e altri, *Leviatano*, Bompiani, Milano, 2001.

97. Si veda Max Weber, *Politik als Beruf*, in Id., *Max Weber-Gesamtausgabe*, I, 17, Mohr Siebeck, Tübingen, 1992 [1919], trad. it. di Alfonso Cariolato ed Enrico Fongaro, *La politica come professione*, in Id., *Scritti politici*, Donzelli, Roma, 1998.

98. Si veda Norberto Bobbio, *Diritto e forza*, in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970 [1966]; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1945, trad. it. di Sergio Cotta e Giuseppino Treves, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Etas, Milano, 1966; Alf Ross, *Om ret og retfærdighed: En indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Arnold Busck, København, 1953, trad. ing. di Margaret Dutton, *On Law and Justice*, University of California Press, Berkeley, 1959, trad. it. di Giacomo Gavazzi, *Diritto e giustizia*, Einaudi, Torino, 1965.

99. Si veda Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 29 (citato alla nota 98).

dover-essere-punito collegato alla condizione del rubare»¹⁰⁰. Dal punto di vista del diritto positivo, secondo Kelsen, non esiste alcuna azione od omissione che sia illecita in sé, vale a dire indipendentemente dalla sanzione: «Non ci sono *mala in se*, ma solo *mala prohibita*. E questa è soltanto la conseguenza del principio generalmente riconosciuto nel diritto penale: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*»¹⁰¹. Alf Ross ritiene che siano specificamente giuridiche solo quelle norme che dispongono l'applicazione della forza¹⁰², mentre Norberto Bobbio sostiene che la forza non sia solo uno strumento, ma lo stesso contenuto del diritto¹⁰³. Secondo la prospettiva della teoria del diritto come regola della forza, i veri destinatari del diritto parrebbero i giudici e non i consociati, perché solo ai primi spetta esercitare la forza che risiede nella sanzione.

Il secondo tentativo di distinguere norme giuridiche e norme morali è rappresentato da un'autentica teoria delle norme giuridiche: la *teoria dei frammenti di norma*. All'ovvia obiezione che non tutte le norme giuridiche sono sanzionate, è stato ribattuto che quelle non sanzionate non sono norme giuridiche "complete", bensì frammenti di norme giuridiche "complete"¹⁰⁴. Secondo i sostenitori della teoria in parola, tra cui Kelsen, tutte le norme che non dispongono sanzioni possono raffigurarsi come parti o frammenti di norme giuridiche "complete". Si compongono così delle macro-norme, ognuna delle quali avrebbe sempre al proprio interno una norma, rivolta ai giudici, che dispone la sanzione, e una miriade di frammenti di norma che non la dispongono. Questa raffigurazione del diritto, che Kelsen chiama *nomostatica* e che costituisce, insieme alla *nomodinamica*, la sua *Reine Rechtslehre*, incontra almeno tre obiezioni.

Anzitutto, è opportuno chiedersi se valga la pena raffigurare in modo così complicato le norme giuridiche, al solo scopo di dimostrare

100. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Manz, Wien, 1979, trad. it. di Mirella Torre, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, p. 209.

101. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Deuticke, Wien, 1934, trad. it. di Mario G. Losano, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 134.

102. Si veda Ross, *Om ret og retfærdighed*, p. 52 (citato alla nota 98).

103. Si veda Bobbio, *Diritto e forza*, pp. 119–138 (citato alla nota 98).

104. Come afferma Kelsen con riferimento alle norme costituzionali: «parti intrinseche di tutte le norme giuridiche che i tribunali e gli altri organi devono applicare»; Kelsen, *General Theory of Law and State*, p. 146 (citato alla nota 98).

che dispongono tutte una sanzione¹⁰⁵. In secondo luogo, v'è da domandarsi se, come sostenuto da Herbert Hart, una simile teoria ottenga solo «la distorsione come prezzo dell'uniformità»¹⁰⁶ anziché la quintessenza del diritto. Al fine di dimostrare che nella forza risiede l'essenza del diritto, Kelsen artificiosamente raffigura quest'ultimo come un insieme di norme relative all'irrogazione di sanzioni e pertanto rivolte ai giudici. Secondo Hart, sarebbe preferibile l'opinione comune per cui le norme giuridiche si rivolgono sia ai consociati, imponendo obblighi, sia ai giudici, conferendo poteri (di giudicare e di punire). Lo stadio evoluto del diritto, secondo Hart, è rappresentato dall'unione di questi due tipi di norme¹⁰⁷. In terzo luogo, si può osservare come il problema della giuridicità delle norme possa non ricevere soluzione entro la stessa teoria della norma giuridica, bensì solo entro una teoria del sistema giuridico. Così, partendo dal presupposto che sia impossibile individuare il carattere distintivo delle norme giuridiche analizzando la sanzione, Norberto Bobbio sostiene che lo stesso vada individuato «nel fatto che [la norma] fa parte di un insieme di norme che in quanto insieme ha qualche caratteristica che lo contraddistingue da altri sistemi di norme»¹⁰⁸. Pur sostenendo che la forza sia il contenuto tipico del diritto, per Bobbio, affinché una singola norma possa considerarsi giuridica, non occorre che essa disponga sanzioni, essendo sufficiente che la stessa appartenga a un sistema di norme che, nel suo complesso, dispone sanzioni. La ricerca del carattere distintivo delle norme giuridiche non deve pretendere di definirlo una volta per tutte, attribuendo alle norme giuridiche caratteristiche rigorosamente immutabili con definizioni che pretendono di essere universalmente valide. La teoria dei frammenti di norma ha dunque sollevato perplessità tra gli stessi giuspositivisti. Lo stesso Kelsen, dopotutto, ha affiancato alla teoria nomostatica una teoria nomodinamica (una norma è giuridica non in quanto sanzionata, bensì in quanto appartenente al sistema giuridico), tuttavia non richiamata da Agamben nel proprio testo.

105. Si veda Carlos Santiago Nino, *Introducción al análisis del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1983, trad. it. di Mauro Barberis e altri, *Introduzione all'analisi del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 75.

106. Hart, *The Concept of Law*, pp. 27–42 (citato alla nota 87).

107. *Ibidem*.

108. Norberto Bobbio, *Sanzione*, in *Novissimo digesto italiano*, XVI, UTET, Torino, 1969, p. 538.

Il terzo tentativo di distinguere norme giuridiche e norme morali è rappresentato dalla *teoria della forma logica*, sostenuta dal giuspositivismo e dal giusrealismo novecenteschi. Secondo questa teoria, tutte le formulazioni, superficiali e contingenti, che le norme giuridiche possono assumere celerebbero in realtà un'unica forma logica, *profonda e necessaria*: si tratterebbe di prescrizioni ipotetiche costituite da una premessa ("se A...") e da una conclusione ("... allora B")¹⁰⁹. Lo stesso Kelsen ha elaborato una versione della teoria della forma logica secondo la quale le norme giuridiche sarebbero giudizi ipotetici della forma "se A, allora B" nei quali il nesso fra premessa e conseguenza sarebbe normativo (prescrittivo: "se A, allora B – la sanzione – dev'essere"), e non conoscitivo (predittivo: "se A, allora sarà B"). Nella teoria di Kelsen, l'illecito «non è un fatto estraneo e contrario al diritto, bensì un fatto interno al diritto e da esso determinato e il diritto, conformemente alla sua essenza, si rivolge proprio a esso e particolarmente a esso»¹¹⁰. Lo stesso Kelsen, tuttavia, ha ammesso che la forma logica della prescrizione ipotetica non sarebbe caratteristica delle norme emanate dal legislatore, le quali sarebbero invece prescrizioni categoriche o comandi, bensì delle proposizioni conoscitive sulle norme formulate dalla dottrina¹¹¹. In questo modo, Kelsen ha finito per riconoscere che, lungi dall'essere l'essenza delle norme giuridiche, la sanzione «è solo il principale ingrediente di una loro possibile riformulazione da parte della dottrina, se non della stessa filosofia del diritto»¹¹².

Carlos Alchourrón ed Eugenio Bulygin hanno ulteriormente affinato la teoria della forma logica: le norme giuridiche sarebbero prescrizioni ipotetiche che connettono a una fattispecie astratta una conseguenza normativa, secondo lo schema "se si dà il caso C, allora è obbligatoria/vietata/permessa/... la soluzione S". Benché anche in questa versione della teoria si conservi una qualche relazione fra norma giuridica e sanzione, sanzione e forza arretrano sullo sfondo e la forma logica proposta può essere utilizzata per riformulare qualsiasi tipo di norma: non solo regole, ma anche principi e norme morali. V'è pertanto da chiedersi che senso possa avere formulare come

109. Si veda Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, pp. 141 ss. (citato alla nota 59).

110. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 135 (citato alla nota 101).

111. Ivi, pp. 87–88.

112. Barberis, *Filosofia del diritto*, p. 130 (citato alla nota 57).

prescrizioni ipotetiche i principi, che differiscono tanto dalle regole da sembrare categorici anziché ipotetici. E soprattutto, potendosi riformulare in forma logica anche le norme morali, la teoria in parola non serve più a raggiungere lo scopo per il quale era stata pensata.

Considerando tutti e tre i tentativi di distinguere norme giuridiche e norme morali (la teoria del diritto come regola della forza, la teoria dei frammenti di norma e la teoria della forma logica), si può osservare come non solo la sanzione arretri ogni volta sullo sfondo, ma lo stesso problema del carattere distintivo delle norme giuridiche tenda gradatamente a dissolversi. Anche per "norma (giuridica)", come per "diritto" in senso oggettivo, non vi è necessariamente una caratteristica distintiva comune a tutte le cose chiamate così. Anche nell'analizzare il termine "norma (giuridica)" si rischia di cadere nella falsa credenza dell'essenzialismo.

4. *Conclusion*

Karman rappresenta indubbiamente un interessante sviluppo nel percorso di pensiero di uno dei più importanti filosofi viventi, un parziale punto di svolta nell'orizzonte teorico tracciato nel ventennale progetto di ricerca *Homo sacer*, con una inedita fascinazione orientale. E ciò anche se il filosofo romano aderisce, nella sua trattazione, a teorie controverse quali quella di Carl Schmitt sul concetto di "colpa" e quella di Hans Kelsen sulle norme giuridiche.

Con riferimento alla colpa (*rectius*, colpevolezza), sarebbe forse stato più proficuo, rispetto all'intenzione dell'Autore di teorizzare una radicale innocenza del vivente, espandere sull'origine etimologica del termine "peccato". Come sottolineato da Ernout e Meillet nel loro vocabolario, *pecco* sarebbe rispetto a *pes* (piede) quello che *mancus* (monco) è rispetto a *manus*. Anche *scelus* (delitto) e *sceleratus* (delinquente) hanno una etimologia simile e rimandano al sanscrito *skhalati* (faccio un passo falso). E la radice verbale ebraica **ht'*, che nel testo biblico esprime l'idea del peccato, significa originariamente "fare un passo falso", "mancare il bersaglio", come i vocaboli greci *amartano* e *amartia*. In origine, la lingua non disponeva pertanto di un termine specifico per rendere l'idea del peccato. Detto termine sembra essere stato elaborato a partire dalla nozione di errore involontario, com'è il mancare il bersaglio o il mettere il piede in fallo. Per Agamben, ciò

implica che, nella costruzione di "peccato", la presupposizione di una libera volontà del soggetto non è in alcun modo necessaria: essenziale è solo la connessione tra un determinato atto e le sue conseguenze, proprio come nel diritto penale "primitivo" o nella moderna responsabilità civile oggettiva.

Con riferimento invece alla sanzione, l'idea di una legge di essa priva venne avanzata già dalla giurisprudenza romana. Un passo delle *Regulae* di Ulpiano (1-2), infatti, distingue le leggi proprio rispetto alla presenza o all'assenza delle sanzioni: perfetta è la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, lo annulla («perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, rescindit»); imperfetta è la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, né lo annulla né infligge una pena a colui che ha agito contro la legge («imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, nec rescindit nec poenam iniungit ei qui contra legem fecit»); meno che perfetta è la legge che vieta che qualcosa sia fatto e, se viene fatto, non lo annulla, ma infligge una pena a colui che ha agito contro la legge («minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei qui contra legem fecit»). Come sottolineato dallo stesso Agamben, è alquanto singolare che proprio la cultura che ha trasmesso all'Occidente i principi fondamentali del diritto abbia legato la sanzione a una minore perfezione della legge, se non a una sua imperfezione. Come ammonito dallo stesso Autore, giuristi e filosofi non dovrebbero omettere di misurarsi con la teorizzazione di una legge del tutto priva di sanzione, che in quanto tale impone di fondare su altro la sua "santità".