

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

2 | 2022

P S A
UNIVERSITY
PRESS

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - 1 (2019)- . - Pisa : Pisa university press, 2019- .
- Semestrale.

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2023

Pisa University Press

Polo editoriale - Centro per l'innovazione e la diffusione della cultura

Università di Pisa

Piazza Torricelli 4 · 56126 Pisa

P. IVA 00286820501 · Codice Fiscale 80003670504

Tel. +39 050 2212056 · Fax +39 050 2212945

E-mail press@unipi.it · PEC cidic@pec.unipi.it

www.pisauniversitypress.it

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3339-805-1

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte. Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dagli aventi diritto/dall'editore.

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi †, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Alfredo D'Attorre, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Costanza Margiotta, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto

Fascicolo singolo: € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050.2212056

Fax 050.2212945

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Per Paolo Grossi 7

Uguaglianza aritmetica e uguaglianza geometrica: metafore della giustizia nella filosofia politica e giuridica moderna

Introduzione al Forum

Filippo Del Lucchese 11

Uguaglianza ed equità nel Leviathan di Thomas Hobbes

Mauro Farnesi Camellone 21

Giustizia e uguaglianza in Leibniz

Luca Basso 43

*Principio di utilità e gerarchie proprietarie:
prospettive geometriche nel calcolo della felicità*

Paola Calonico 69

L'uguaglianza di Marx. Dal Capitale alla Critica del programma di Gotha

Chiara Giorgi 89

Saggi

Perpetual by nature: the moral core of corporate form

Giancarlo Anello 115

L'illecito e la pena nella filosofia hegeliana

Annachiara Carcano 151

Note

La filosofia nella filosofia del diritto

Serena Vantin 183

Lettere dal «Ponte». Bobbio e Satta interlocutori di Calamandrei

Carlo Pontorieri195

Perimetrare il concetto di giustizia

Maria Borrello213

SAGGI

L'ILLECITO E LA PENA NELLA FILOSOFIA HEGELIANA

Annachiara Carcano

Abstract

The essay focuses on Hegel's conception of crime and punishment as it appears in the *Elements of the Philosophy of Right*. After delineating the central aspects of the Hegelian philosophy of law, attention will be given to the definition of the concept of *Unrecht* and its relevance for the Hegelian concept of recognition. Finally, after an analysis of the concepts of action and imputation, an attempt will be made to answer whether or not it is correct to consider Hegel a mere retributivist.

Keywords

Unrecht; Crime; Punishment; Imputation; Retributivism.

Premessa

Sebbene lo scopo dello scritto sia l'illustrazione della concezione hegeliana di illecito e pena, vorrei iniziare la trattazione del tema partendo da una disamina – seppur breve, e dunque necessariamente lacunosa – dell'impianto teorico rappresentato nei *Lineamenti di filosofia del diritto*. Lo scopo che modestamente mi propongo è di delineare una sorta di percorso dal generale – il concetto di diritto – al particolare – il concetto di illecito e la pena –, passando attraverso la nozione di responsabilità per l'azione e, dunque, della sua imputabilità all'agente.

1. L'idea di diritto e il diritto astratto

Nella concezione hegeliana il diritto è caratterizzato come l'esserci della volontà libera essente in sé e per sé. Diritto è «esserci della *volontà libera*» ovvero «la libertà come idea», «qualcosa di *sacro in genere* [...] poiché esso è l'esserci del concetto assoluto»¹. È necessario comprendere cosa Hegel intenda con l'espressione: il diritto è l'«esserci della *volontà libera*». Nella *Scienza della Logica*, egli afferma specificamente che «*Da-sein ist bestimmt Sein*» e dunque che «l'esserci è essere determinato»². Nondimeno, il *Da-sein* è determinato solo nel momento in cui si definisce nel confronto e nella mediazione con l'altro, quando mostra l'aper-

¹ G.F.W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, 1820, tr. it. di G. Marini e B. Henry, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto naturale e scienza dello stato in compendio. Con le Aggiunte di Eduard Gans*, Laterza, Roma-Bari 2020, §§ 29-30. (Di seguito, tutte le citazioni dai Lineamenti di filosofia del diritto si riferiranno all'edizione italiana indicata e saranno menzionati con la sigla PhR). Si noti, inoltre, che Hegel stesso non manca di sottolineare come tale posizione sia in contrasto con la teoria, all'epoca generalmente accettata, proposta da Kant nella *Metafisica dei costumi*. Nell'ottica hegeliana, l'opera di Kant soffriva dell'errore di porre la particolarità e l'individualità al centro dell'idea di diritto, al posto dell'universalità dello spirito e della volontà razionale. Cfr. PhR § 30, Annotazione. Nella consapevolezza dell'estrema vastità della letteratura secondaria sulla filosofia hegeliana, per un'introduzione cfr. A. Kojève, *Introduzione alla lettura di Hegel. Lezioni sulla «Fenomenologia dello Spirito» tenute dal 1933 al 1939 all'École Pratique des Hautes Études raccolte e pubblicate da Raymond Queneau*, a cura di G.F. Frigo, Adelphi, Azzate 1996; C. Cesa (a cura di), *Guida a Hegel. Fenomenologia, Logica, Filosofia della natura, Morale, Politica, Estetica, Religione, Storia*, Laterza, Roma-Bari 2021; R. Bodei, *La civetta e la talpa. Sistema ed epoca in Hegel*, il Mulino, Bologna 2021; N. Bobbio, *Studi hegeliani. Diritto, società civile, Stato*, Mimesis, Milano-Udine 2022; P. Becchi, *Le filosofie del diritto di Hegel*, Franco Angeli, Milano 1990; P. Rossi, *Hegel. Guida storica e critica*, Laterza, Roma-Bari 1992.

² G.F.W. Hegel, *Wissenschaft der Logik*, 1812, tr. it. di A. Moni e revisione di C. Cesa, *Scienza della Logica*, Laterza, Roma-Bari 2004, vol. I, p. 102.

tura alla relazionalità³. Se questo è l'esserci dell'io, l'esserci della volontà significa rapporto reciproco tra volontà libere, come ribadito anche nel § 23 dei *Lineamenti*.

Per potersi avere una volontà libera essente in sé e per sé è necessario che la volontà si determini in sé e rispetto agli altri. Il rapporto reciproco tra le volontà è l'elemento fondativo del diritto, ciò che impone a ciascuno di essere una persona e rispettare e riconoscere gli altri come tali⁴. Detto altrimenti, il riconoscimento è il diritto⁵.

Fin dal principio, nella teoria dello spirito oggettivo, Hegel mostra un tratto fondamentale del suo impianto teorico: l'idea di diritto non può svilupparsi indipendentemente dalla volontà dell'uomo, dalla volontà essente *in sé e per sé*. Pur nella sua caratterizzazione volontaristica – anzi proprio a causa di tale connotazione – l'idea hegeliana di diritto non è statica e determinata una volta per tutte. A partire dal primo momento dello spirito oggettivo l'idea⁶ subisce un processo di arricchimento progressivo che culmina nell'Eticità⁷.

³ F. Chiereghin, *Rileggere la Scienza della Logica di Hegel*, Carrocci Editore, Roma 2011, p. 119.

⁴ PhR § 36.

⁵ Il concetto di riconoscimento – o, per meglio dire, di lotta per il riconoscimento – lo troviamo esposto dettagliatamente nella *Fenomenologia dello Spirito*, dove si afferma che «l'autocoscienza è in sé e per sé solo quando e in quanto è in sé e per sé per un'altra autocoscienza, cioè solo in quanto è qualcosa di riconosciuto». Cfr. G.F.W. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, 1807, tr. it. di V. Cicero, *Fenomenologia dello Spirito*, Rusconi Libri, Milano 1995, pp. 275-277. Per approfondire cfr. anche F. Chiereghin, *La Fenomenologia dello Spirito di Hegel. Introduzione alla lettura*, Carrocci Editore, Urbino 2008, nonché Kojève, *Introduzione alla lettura di Hegel*, cit.

⁶ Da intendersi come unità del concetto e dell'oggettività. Sul punto cfr. G.F.W. Hegel, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 1817, tr. it. a cura di A. Bosi, *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio*, UTET, Torino 2013, § 213. Di seguito, tutte le citazioni della *Enciclopedia delle scienze filosofiche in compendio* si riferiranno all'edizione italiana indicata e saranno menzionati con la sigla Enz.

⁷ PhR § 32, Aggiunta.

Nel diritto Hegel, si sa, distingue tre momenti: *das abstrakte Recht*, *die Moralität* e *die Sittlichkeit*. Il Diritto Astratto, descritto nella parte prima dei *Lineamenti*, viene ulteriormente ripartito in tre determinazioni che costituiscono la primigenia manifestazione dell'esserci immediato della libertà⁸: *das Eigentum*, *der Vertrag* e *das Unrecht*⁹.

Nella proprietà l'individuo dà una sfera esterna alla propria libertà per poter essere come idea ed essere riconosciuto dagli altri individui. La proprietà, intesa come esserci della personalità, richiede non solo un mero atto di volontà del soggetto, bensì anche la materiale apprensione, cioè il possesso, della cosa¹⁰. Solo in questo modo la materia della cosa diventa, a tutti gli effetti, proprietà del singolo¹¹:

il razionale della proprietà risiede non nell'appagamento dei bisogni, bensì in ciò, che la mera soggettività della personalità toglie sé. Per la prima volta nella proprietà la persona è come ragione¹².

In questa esteriorizzazione della volontà non è fatto riferimento all'interazione con altri individui – con altre volontà –, perciò, evidenzia Ilting, nella teoria hegeliana

la proprietà [...] è soltanto la pretesa all'esclusivo potere di disposizione, in nessun modo un diritto al libero potere di disposizione, fondato nel comune riconoscimento di norme che regolano l'acquisto della proprietà a cui perciò corrisponde un dovere di tutte le persone rimanenti di non interferire in questo diritto¹³.

⁸ PhR § 40: «il diritto è in primo luogo l'esserci immediato, che la libertà si dà in modo immediato».

⁹ Configurazioni è il termine utilizzato da Hegel stesso per indicare i diversi momenti interni dell'idea di diritto. Cfr. PhR § 32.

¹⁰ PhR § 51.

¹¹ PhR § 52.

¹² PhR § 41, Aggiunta.

¹³ K.-H. Ilting, *La "Filosofia del diritto" di Hegel come fenomenologia della coscienza della libertà*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», (2010), 2, p. 324.

Nel momento in cui la proprietà non è costituita in capo ad un soggetto solo per mezzo della volontà del singolo e dell'apprensione della cosa, ma a causa di una volontà comune a più soggetti, si costituisce la sfera del contratto¹⁴. In questo modo si manifesta la capacità del singolo di andare oltre la propria volontà accidentale¹⁵.

L'instaurazione di rapporti contrattuali tra gli individui è frutto della ragione e cioè, afferma Hegel nell'annotazione al § 71, «l'idea dell'esserci avente realtà». Sempre nel § 71 viene esplicitato che presupposto essenziale del contratto è il riconoscimento reciproco di coloro che intervengono, proprio in quanto il riconoscimento è già contenuto nello spirito oggettivo.

Nondimeno, sebbene si parli di volontà comune, è necessario specificare che questa è solo relativamente universale¹⁶, perciò le due volontà – particolare e universale – unite nel concetto possono non esserlo nella realtà¹⁷. La volontà particolare può sempre contravvenire al diritto stabilito nel contratto e alla sfera di reciproco riconoscimento che per mezzo di questo si era creata

è accidentale che la loro volontà particolare [dei contraenti n.d.r.] sia in accordo con la volontà *essente in sé*, la quale ha una sua esistenza unicamente grazie a quella¹⁸.

Se l'accordo tra la volontà comune e quelle particolari è un fatto casuale, quando la volontà particolare si determina di per sé diversa dalla

¹⁴ PhR § 71.

¹⁵ T. Brooks, *Is Hegel a retributivist?*, in «Bulletin of the Hegel Society of Great Britain», XLIX/L (2004), pp. 115-116.

¹⁶ Iltting, *La "Filosofia del diritto" di Hegel come fenomenologia della coscienza della libertà*, cit., pp. 328-329.

¹⁷ V. Giacché, *Note sui significati di "libertà" nei lineamenti di filosofia del diritto di Hegel*, in «Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa – Classe di Lettere e Filosofia», XX (1990), 2, pp. 585-587.

¹⁸ PhR § 81.

volontà universale ecco che si manifesta contro ciò che il diritto è in sé: «fa la sua apparizione la negazione [...] appunto l'illecito»¹⁹.

2. L'illecito: definizione e tipologie

Per trattare dell'illecito è centrale l'analisi del § 82 dei *Lineamenti*:

nel contratto il diritto *in sé* è come un che di posto la sua universalità interna come un che di *comune* dell'arbitrio e della particolare volontà. Questa *apparenza* del diritto [...] nell'*illecito* procede mutandosi in parvenza [...]. Ma la verità di questa parvenza è che essa, tale parvenza, è nullità e che il diritto ristabilisce sé tramite la negazione di questa sua negazione, tramite il quale processo della sua mediazione, di ritornare a sé dalla sua negazione, esso determina sé come *reale e valido*, laddove dapprima era soltanto *in sé* e qualcosa di *immediato*.

Per descrivere il passaggio dalla sfera del contratto a quella dell'illecito e per dare una definizione di quest'ultimo, Hegel utilizza i due termini "apparenza" e "parvenza". Per comprendere il loro significato è utile fare riferimento all'aggiunta di Gans al § 82, dove l'apparenza è definita come «l'essenza in relazione all'inessenziale», il diritto che ancora non è *in sé* e *per sé*, ma solo *in sé*, essendo determinato dall'incontro delle volontà particolari nella volontà comune del contratto. La volontà soggettiva non si è ancora liberata della sua immediatezza e mira esclusivamente all'affermazione del proprio diritto soggettivo e non al diritto *per sé*, in quanto tale²⁰. Invece, nell'illecito, e dunque quando una volontà particolare contravviene al diritto sancito nel contratto, l'apparenza diventa parvenza e perciò, afferma Hegel, nullità. Parvenza è «il non-vero, il quale, mentre vuole esser per sé, dilegua, e in questo dileguare l'essenza ha mostrato sé come essenza, cioè come potenza della

¹⁹ Ivi, Aggiunta.

²⁰ Iltting, *La "Filosofia del diritto" di Hegel come fenomenologia della coscienza della libertà*, cit., p. 330.

parvenza». L'illecito è riaffermazione della volontà particolare che nega il diritto *in sé*, nondimeno proprio grazie a ciò l'essenza – dapprima solo in potenza in quanto diritto solo *in sé* – è posta nella condizione di poter riaffermare pienamente se stessa come diritto *in sé* e *per sé*.

Prima di analizzare le tre fattispecie di illecito può rivelarsi utile una breve notazione di carattere strettamente terminologico: Hegel, per riferirsi alla sezione terza del Diritto Astratto, utilizza il termine *das Unrecht*, tradotto in italiano, per l'appunto, come “illecito”. Tuttavia, i termini che in tedesco letteralmente significano illecito nel senso di delitto sono *das Verbrechen*, *das Delikt*, *die Straftat* o ancora il termine *Vergehen* che indica violazione, reato o, nuovamente, delitto. Il sostantivo *das Unrecht*, invece, si riferisce letteralmente all'ingiustizia o, preferibilmente, alla negazione del diritto. Questo mette fin da subito in evidenza il punto centrale della dottrina hegeliana dell'illecito: il delitto, ponendosi come una rottura con la volontà universale del diritto *in sé* e *per sé*, deve essere considerato una negazione del diritto e perciò un allontanamento dalla giustizia che lo Stato tende a realizzare²¹. Questo è il *fil rouge* che attraversa tutta la concezione hegeliana come si esporrà in seguito.

Ora, come anticipato, nei *Lineamenti* sono individuate tre determinazioni dell'illecito: i) l'illecito senza dolo; ii) la frode e iii) la coercizione e il delitto.

Il primo, l'illecito senza dolo, è la forma meno grave di illecito, essendo che l'individuo che lo commette ritiene erroneamente di rispettare la legge, accorgendosi solo in seguito di averla violata²². Le volontà particolari dei singoli, perciò, possono collidere; tuttavia, in queste collisioni giuridiche la rivendicazione di ciascuno avviene sulla base di un fondamento giuridico. Siamo nell'ambito della lite civile e la questio-

²¹ Sul punto cfr. fr. J.-F. Kervégan, *La teoria hegeliana della giustizia*, in «Filosofia politica», I (2002), pp. 129-141.

²² M.D. Dubber, *Rediscovering Hegel's theory of crime and punishment*, in «Michigan Law Review», XCII (1994), 6, pp. 1606-1607.

ne riguarda solo la «*sussunzione* della cosa sotto la proprietà dell'uno o dell'altro», il giudizio è semplicemente negativo, nel predicato «vien negato soltanto il particolare»²³. Quanto appena detto viene affermato anche nell'*Enciclopedia delle scienze filosofiche* dove, al § 497, si afferma che «l'illecito in buona fede», essendo un semplice giudizio negativo, trova la sua espressione nella causa civile, dove sarà un terzo – un giudice – a comporre la lite e ciò in quanto

il giudizio del diritto in sé, non ha interesse per la Cosa, ed è il potere di darsi esistenza di fronte a quell'apparenza²⁴.

La frode è il secondo tipo di illecito descritto e, naturalmente, è una fattispecie più grave della prima. In questo caso, un individuo viene indotto al contratto attraverso una falsa rappresentazione resa dall'altro contraente²⁵. Mentre commette una frode, l'individuo sa di violare il diritto, ma inganna il prossimo rappresentandolo come qualcosa di diverso da quello che è in realtà²⁶. La frode – l'illecito con dolo – determina lo svuotamento del contenuto del diritto *in sé*, del quale viene mantenuta soltanto la «relazione formale»²⁷.

Ciò che accomuna le prime due categorie di illecito è che in esse, colpevolmente o dolosamente che sia, viene fatto richiamo alla legge: la volontà particolare non è diretta alla negazione *tout court* del diritto, diversamente dalla coercizione e dal delitto.

Questa distinzione fra le tre tipologie di illecito è evidenziata nel § 95 dei *Lineamenti*:

²³ PhR §§ 84-85.

²⁴ Enz. § 497.

²⁵ PhR §§ 87-88.

²⁶ Dubber, *Rediscovering Hegel's theory of crime and punishment*, cit., p. 1607.

²⁷ Enz. § 498.

la prima coercizione come violenza esercitata da chi è libero, violenza che lede l'esserci della libertà nel senso *concreto* di esso, il diritto come diritto, è *delitto*, – un *giudizio negativamente infinito* nel suo senso più completo, ad opera del quale vien negato non soltanto il particolare, la sussunzione di una cosa sotto la mia volontà (§ 85), bensì in pari tempo l'universale, l'infinito nel predicato del mio, la *capacità giuridica* e invero senza la mediazione della mia opinione (come nella frode) (§ 88), precisamente contro questa opinione, – la sfera del *diritto penale*²⁸.

Nel delitto la negazione di particolare e universale avviene senza che il soggetto leso possa avere voce in capitolo, il criminale riconosce solo se stesso come soggetto di diritto, mentre nega il riconoscimento all'altro. Essendo questa la forma più grave di illecito diventa materia di competenza del diritto penale.

È ora necessario porre l'accento sul significato di due espressioni che Hegel utilizza nel § 82: i) delitto come esistenza nulla²⁹; ii) pena come negazione della negazione.

La teoria della nullità del delitto non costituisce un *novum*: questa locuzione era già utilizzata almeno a partire da Ulpiano ed era sicuramente nota alla dottrina tedesca, tanto che è probabile che lo stesso Hegel si sia riferito agli studi di Ernst Klein in materia³⁰. Nondimeno, sussiste una significativa differenza nell'uso dell'espressione in parola. Per Klein il delitto è nullo da un punto di vista più propriamente giuridico, la nullità è data dal fatto che l'azione, essendo *contra legem*, non può avere effetti giuridici ovvero non può produrre quegli effetti giuridici che una norma di legge riconnette alla propria osservanza. Completamente differente è il punto di vista hegeliano. Essendo volontà particolare e universale nei concetti di libertà e diritto coincidenti, una loro contraddizione

²⁸ PhR § 95.

²⁹ Per approfondire cfr. S. Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, CEDAM, Padova 2001, pp. 91 e ss.

³⁰ D. Tafani, *Pena e libertà in Hegel*, in C. De Pascale, *La Civetta di Minerva. Studi di Filosofia Politica tra Kant e Hegel*, ETS, Pisa 2007, pp. 205-207.

non può che determinare un'esistenza nulla³¹. Le tesi della nullità del delitto assume una valenza chiaramente metafisica: dal momento che la volontà universale costituisce l'essenza ultima della volontà particolare, una contrapposizione tra le due può esistere, ma non avere realtà³². Il delitto non possiede un'autonoma realtà etica per l'intrinseca contraddizione che si determina tra volontà particolare e universale: la lesione del diritto, per quanto possa consistere in un'esistenza positiva, è nulla e la manifestazione di tale nullità è l'annullamento della lesione stessa³³. A ciò si aggiunga che il delitto sarebbe nullo anche in quanto intrinsecamente contraddittorio: il rapporto tra gli individui è determinato dal loro reciproco riconoscimento, nondimeno nel momento in cui taluno lede l'altro sottrae se stesso proprio a tale riconoscimento³⁴. Solo per mezzo della negazione della validità del delitto possiamo riaffermare il diritto e la volontà universale.

Ora, la naturale prima forma di risposta all'azione delittuosa è la vendetta³⁵. Tuttavia, questa non è altro che una nuova affermazione di una volontà particolare e determinata e, perciò, «è al tempo stesso una nuova lesione»³⁶. La vendetta non fa altro che alimentare un ricorso di lesione ed esposizione della nullità dell'azione lesiva destinato a progredire all'infinito. Il diritto come assoluto non può essere tolto per opera di una volontà particolare: «l'estrinsecazione del delitto è in sé nulla, e

³¹ Tafani, *Pena e libertà in Hegel*, cit., pp. 205-207.

³² Ivi, pp. 207-208.

³³ PhR § 97.

³⁴ K. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, a cura di P. Becchi, Guerini e Associati, Milano 2002, p. 37.

³⁵ Essa è naturale proprio perché costituisce l'impulso immediato dell'uomo alla giustizia, alla riparazione del torto.

³⁶ Enz. § 500. Sul punto cfr. anche Kervégan, *La teoria hegeliana della giustizia*, cit., pp. 137 e ss. dove l'autore evidenzia come, nella filosofia hegeliana, la vendetta debba essere necessariamente superata per ragioni strettamente giuridiche e per perseguire una giustizia che sia, per l'appunto, punitiva e non già vendicativa. Cfr. PhR § 103.

questa nullità è l'essenza dell'effettuazione del delitto»³⁷. Il meccanismo distruttivo di una giustizia vendicativa viene superato solo attraverso l'ingresso «in un terzo giudizio – disinteressato – che è la pena»³⁸. Solo così è possibile rendere manifesta la nullità del delitto, riaffermare la validità del diritto *in sé e per sé* e, conseguentemente, ripristinare la realtà etica³⁹.

Da qui muoviamo verso l'espressione per cui la pena sarebbe negazione della negazione. L'interpretazione preferibile non è di carattere squisitamente formale-matematico⁴⁰, bensì prende le mosse dal concetto stesso di diritto e da quello di superamento.

Per negazione non deve intendersi un momento per l'appunto meramente negativo, essendo che è solo per mezzo della negazione dell'illecito che il diritto ristabilisce se stesso⁴¹: attraverso la pena si nega l'affermazione di una volontà unilaterale estrinsecata nel delitto, togliendo validità allo stesso «che altrimenti varrebbe» come diritto⁴².

Tutto ciò si ricollega con il verbo *aufheben*, la cui portata viene chiarita da Hegel nella *Scienza della Logica*, più precisamente trattando della dottrina dell'essere⁴³:

la parola togliere ha nella lingua il doppio senso, per cui val quanto conservare, ritenere e nello stesso tempo far cessare, metter fine. Il conservare stesso

³⁷ PhR § 97, Aggiunta

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ La vendetta è la manifestazione di una volontà soggettiva, particolare e, perciò, la sua estrinsecazione è una lesione in sé contraddittoria; la pena irrogata dallo Stato ricade nel monopolio della violenza pubblica che, essendo espressione della volontà universale, disinnescava il meccanismo della colpa e garantisce la riaffermazione del diritto *in sé e per sé*. Cfr. PhR § 102 e sua Annotazione.

⁴⁰ Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., p. 46.

⁴¹ Come si legge anche nell'aggiunta al § 82 «l'essenza ha negato la negazione di sé, ed è così ciò che è corroborato».

⁴² PhR § 99.

⁴³ Hegel, *Scienza della Logica*, cit., pp. 100-101.

racchiude già in sé il negativo, che qualcosa è elevato dalla sua immediatezza e quindi da una esistenza aperta agl'influssi estranei, affini di ritenerlo. – Così il tolto è insieme un conservato, il quale ha perduto soltanto la sua immediatezza, ma non perciò è annullato.

Mentre l'utilizzo del termine italiano “togliere”, così come “negazione”, includono delle connotazioni esclusivamente negative, il concetto di *aufheben* va ben oltre, sottintendendo una logica di superamento e conservazione del pregresso che, perdendo il carattere di immediatezza, entra nell'unità con l'opposto⁴⁴.

L'irrogazione della sanzione è fondamentale per giungere al superamento del delitto e la riaffermazione del diritto *in sé e per sé*, la pena ha lo scopo di negare l'unilateralità della volontà particolare affermata con il delitto per farla rientrare nell'unità della volontà universale. È lo stesso concetto di delitto a implicare come necessaria la pena⁴⁵ e, attraverso questa si trapassa al secondo momento dello spirito oggettivo, la Moralità.

3. L'azione, l'imputazione e la responsabilità

Riflettere sull'illecito e la pena impone, come anticipato, la considerazione del concetto di responsabilità per l'azione e, dunque, della sua imputabilità all'agente. Gli imprescindibili punti di partenza sono, perciò, l'azione e l'endiadi “sapere e volere”.

L'azione è l'esteriorizzazione, la manifestazione sul piano fattuale, della libertà morale della volontà soggettiva: «l'estrinsecazione della vo-

⁴⁴ Per approfondire il concetto di *aufheben* cfr. B.C. Birchall, *Hegel's notion of Aufheben*, in «Inquiry: an Interdisciplinary Journal of Philosophy», XXIV (1981), 1, pp. 75-103; J.E. Maybee, *Hegel's Dialectics*, in «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», Winter Edition, 2020, nonché Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, cit., pp. 107-112.

⁴⁵ Tafani, *Pena e libertà in Hegel*, cit., p. 208.

lontà come volontà *soggettiva* o *morale* è azione»⁴⁶. Per aversi tale volontà soggettiva è necessaria la transizione da persona a soggetto e ciò può avvenire solo per mezzo della riflessione della volontà entro di sé che, attraverso il superamento dell'immediatezza, diventa infinita e perciò *in sé e per sé*⁴⁷. Solo una volta raggiunto questo stato la volontà può «esser reale»⁴⁸.

Inoltre, affinché l'azione possa dirsi morale, devono sussistere tre determinazioni, più precisamente

deve dapprima concordare con il mio proponimento [...]. Il proponimento concerne soltanto l'elemento formale, per la volontà esteriore sia anche come un che di interiore in me. Di contro, nel secondo momento ci si interroga sull'intenzione dell'azione, cioè sul valore relativo dell'azione in relazione a me; il terzo momento infine è [...] il valore universale dell'azione, il *bene*⁴⁹.

Tuttavia, è necessario porre l'accento anche sulla coppia formata da sapere e volere – *Wissen und Wollen* –, dal momento che la volontà si lascia imputare «solo ciò che ha saputo e voluto entro se stessa»⁵⁰. La volontà è, infatti, ciò che consente la manifestazione oggettiva ed esteriore di quanto è stato pensato; ancor di più, la volontà deve rendersi pensante e avere come suo scopo la realizzazione della libertà⁵¹. Volontà e pensiero (*Denken*) sono per Hegel strettamente connessi, rappresentano un'entità non disgiungibile:

⁴⁶ PhR § 113.

⁴⁷ PhR § 105.

⁴⁸ PhR § 106.

⁴⁹ PhR § 114, Aggiunta.

⁵⁰ Enz. § 504. Sul punto, cfr. anche K. Vieweg, *La dottrina hegeliana del giudizio come fondamento logico dell'imputabilità*, in G. Battistoni, *Fondamenti per un agire responsabile. Riflessioni a partire dalla filosofia classica tedesca*, FrancoAngeli, Milano 2020, pp. 89-99.

⁵¹ G. Battistoni, *Wissen und Wollen: il fondamento dell'imputazione della responsabilità in G.W.F. Hegel*, in Id., *Fondamenti per un agire responsabile*, cit., pp. 105-106.

coloro che considerano il pensare come una particolare, peculiare *facoltà*, separata dalla volontà [...] mostrano fin da principio che non san proprio nulla della natura della volontà⁵².

Per mezzo dell'intelligenza, del pensiero, l'individuo è in grado di rappresentarsi interiormente lo scopo che sarà poi esteriorizzato dalla volontà attraverso l'azione, costituendo perciò il punto di unione tra l'elemento teoretico e quello pratico⁵³.

A ciascuna delle tre determinazioni dell'azione – proponimento, intenzione e bene – corrisponde un diverso equilibrio tra il momento intellettuale e quello volitivo ai fini dell'imputabilità della stessa⁵⁴.

Nel proponimento l'accento è posto sulla volontà, possono essere imputate all'agente esclusivamente le conseguenze immediate e dirette, volute e realizzate attraverso l'azione: «il fatto può venir *imputato* soltanto come *responsabilità della volontà*; – *il diritto del sapere*»⁵⁵. L'imputazione a questo primo livello non riguarda, invece, le conseguenze accidentali determinate dalle «potenze esteriori»⁵⁶ che interrompono o comunque influiscono grandemente sul nesso di causalità.

È parimenti il diritto della volontà, *imputare* a sé soltanto il primo [le conseguenze necessarie dell'azione n.d.r.], poiché soltanto quelle conseguenze risiedono nel suo *proponimento*⁵⁷.

Per l'intenzione rileva non solo che l'individuo abbia contezza della qualità universale dell'azione, ma altresì l'abbia realizzata in quanto vo-

⁵² PhR § 5, Annotazione.

⁵³ Battistoni, Wissen und Wollen: *il fondamento dell'imputazione della responsabilità in G. W.F. Hegel*, cit., pp. 103-104.

⁵⁴ Hegel, delineando la struttura della Moralità, fornisce le basi per determinare l'imputabilità dell'azione all'individuo. Cfr. PhR § 114.

⁵⁵ PhR § 117.

⁵⁶ PhR § 118.

⁵⁷ *Ibidem*.

luta e saputa – *als gewuß und gewolt* – come essere pensante⁵⁸. Ciò che assume maggior peso in questo momento è, per l'appunto, l'elemento intellettuale perché l'individuo deve essere pienamente consapevole delle conseguenze della sua azione affinché possa essere ritenuto responsabile. Per queste ragioni, Hegel afferma la non imputabilità di «fanciulli, deboli di mente, pazzi ecc. nelle loro azioni»⁵⁹, questi sono casi in cui gli individui non debbono esser trattati come entità pensanti e come volontà, le loro azioni sono dominate dagli impulsi senza la mediazione della ragione.

Infine, nell'ultima determinazione dell'azione rilevano in pari misura sia il volere che il sapere. L'individuo, afferma Hegel, deve sapere il concetto di bene⁶⁰ e deve proporsi di realizzarlo esteriormente, precisamente la volontà soggettiva «*deve* render fine e portare a compimento il medesimo»⁶¹. Si potrebbe dire che Hegel fonda la responsabilità dell'agente e delle sue conseguenze su ciò l'individuo avrebbe dovuto sapere⁶². Dunque, il meccanismo dell'imputazione opera non solo con riguardo a ciò che l'individuo sa nel momento in cui agisce, bensì anche rispetto a ciò che rientrava nella sua sfera di conoscibilità⁶³:

il delinquente nell'istante della sua azione debba essersi *chiaramente rappresentato* l'illecito e la punibilità dell'azione medesima, per potergli questa venir imputata come delitto – quest'esigenza, che pare preservargli il diritto della sua soggettività morale, gli nega piuttosto l'immanente natura intelligente, la quale nella propria attiva presenzialità non è legata alla figura psicologico-wolffiana

⁵⁸ PhR § 120.

⁵⁹ § 120, Annotazione.

⁶⁰ Battistoni, Wissen und Wollen: *il fondamento dell'imputazione della responsabilità in G.W.F. Hegel*, cit., p. 111. Cfr. PhR § 131, Aggiunta.

⁶¹ PhR § 131. Inoltre, come affermato in PhR § 137: «la verace coscienza morale è la disposizione d'animo di voler ciò che è buono *in sé e per sé*».

⁶² Battistoni, Wissen und Wollen: *il fondamento dell'imputazione della responsabilità in G.W.F. Hegel*, cit., p. 112.

⁶³ *Ibidem*.

di *rappresentazioni chiare*, e soltanto nel caso della follia è così stravolta da esser separata dal sapere e operare singole cose⁶⁴.

L'intelligenza è ciò che consente all'individuo la rappresentazione interiore del buono da perseguire e realizzare esteriormente attraverso l'azione⁶⁵. Perciò, se rettamente esercitata, l'intelligenza permette all'uomo di orientarsi verso il bene oggettivamente e universalmente inteso, piuttosto che lasciarlo in balia degli impulsi e dell'arbitrio che lo condurrebbero verso l'illecito. Nonostante nella Moralità manchi ancora quell'oggettivazione dei contenuti che è possibile solo nell'Eticità⁶⁶, l'individuo che agisca secondo intelligenza deve «voler ciò che è buono in sé e per sé»⁶⁷. Il riconoscimento di ciò che è buono non si limita solo alla rappresentazione chiara⁶⁸ del buono, ognuno è in grado di sapere se la propria azione è illecita o meno e determinarsi di conseguenza.

Quanto appena detto dimostra come la concezione etica di Hegel sia profondamente oggettivista, dal momento che la bontà di un'azione – la sua legalità – non può essere valutata rispetto alla coscienza individuale – dunque, rispetto alla morale soggettiva –, ma rispetto alla sua rispon-

⁶⁴ PhR § 132, Annotazione.

⁶⁵ Il soggetto deve essere ritenuto responsabile anche di quelle determinazioni che, pur non essendo conosciute, avrebbero potuto essere sapute. Questo significa porre alla base dell'imputazione la mera possibilità di sapere. Cfr. G. Battistoni, *Azione e imputazione in G.W.F. Hegel alla luce dell'interpretazione di K.L. Michelet*, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, Napoli 2020, p. 149.

⁶⁶ Ciò è espressamente affermato sempre in PhR § 137. Nell'Eticità non v'è solo il ricongiungimento tra la volontà soggettiva particolare e quella universale, bensì anche la sostantivizzazione dei principi e dei doveri.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Sul concetto wolffiano di rappresentazione chiara basti qui ricordare che essa deve intendersi nel senso di rappresentazione completa e adeguata e cioè in grado di permettere la conoscenza della cosa e delle sue caratteristiche. Cfr. P. Rumore, *L'ordine delle idee. La genesi del concetto di 'rappresentazione' in Kant attraverso le sue fonti wolffiane (1747-1787)*, Le Lettere, Firenze 2007, pp. 40 e ss.

denza a principi oggettivi e stabili ricavabili dal singolo su basi quasi intuizionistiche.

4. La giustificazione della pena

Posto l'accertamento della responsabilità del singolo delinquente, è ora necessario comprendere come Hegel legittimi la potestà punitiva statale.

Giustificare la pena non significa semplicemente addurre delle motivazioni a sostegno della sua irrogazione, ma anche, e soprattutto, ricondurre il momento della punizione alla dinamica dialettica e al processo del riconoscimento⁶⁹

le diverse considerazioni che attengono alla pena come apparenza e alla sua relazione con la coscienza particolare, e concernono [...] cioè in modo precipuo meramente rispetto alle *modalità* della pena, son certo di essenziale riguardo, ma presuppongono la fondazione che il punire sia *giusto* in sé e per sé⁷⁰.

In particolare, la considerazione per cui la pena sia giusta *in sé e per sé* porta Hegel alla polemica con l'illuminismo e la moralizzazione della pena da questo determinata⁷¹: gli *Aufklärer* bersagli della sua critica sono, in particolare, Ernst Klein, Cesare Beccaria e Anselm Feuerbach.

Il primo avrebbe proposto una visione non solo eccessivamente semplicistica della pena, ma anche irrazionale: non può volersi un male solo «per il fatto *che c'è già un altro male*»⁷². La questione riguarda l'illecito e la giustizia e non un generico male che deve essere riparato per conseguire un altrettanto generico bene⁷³.

Probabilmente Hegel non condivide la definizione stessa di punizione fornita da Klein nei suoi *Grundsätze des gemeinen deutschen und*

⁶⁹ Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, cit., p. 103.

⁷⁰ PhR § 99, Annotazione.

⁷¹ Kervégan, *La teoria hegeliana della giustizia*, cit., p. 135.

⁷² PhR § 99, Annotazione.

⁷³ *Ibidem*.

preussischen peinlichen Rechts. In questo testo, il giurista tedesco, ai paragrafi 9 e 10, afferma che per punizione deve sostanzialmente intendersi la sanzione che consegue l'illecito, nel momento in cui la situazione precedente l'azione criminosa non possa essere ristabilita attraverso il perseguimento del diritto, ovvero quando l'agente rimanga in una situazione che potremmo definire di illegittimo vantaggio rispetto alla persona offesa⁷⁴. Hegel deve aver ritenuto scontata o, per l'appunto, semplicistica la tesi di Klein per cui la sanzione ha lo scopo di ristabilire il bene esercitando sul reo la minor violenza possibile, dal momento che «si tiene conto anche nell'uomo malvagio del temperamento razionale»⁷⁵.

La critica a Beccaria, invece, si concentra sull'errata adesione alla visione contrattualistica dello Stato che ha permesso all'illuminista italiano di escludere la legittimità della pena di morte:

chi è mai colui che abbia voluto lasciare ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo?
[...] Non è dunque la pena di morte un *diritto* [...], ma è una guerra dalla nazione con un cittadino⁷⁶.

Tuttavia, ricorda Hegel, lo Stato non è un contratto e la punizione, qualunque essa sia, deve essere applicata a prescindere dal consenso dei singoli ad essa. Nell'Annotazione al § 100 del *Lineamenti* si legge che la pena è il momento in cui il delinquente viene trattato – onorato – come

⁷⁴ E.F. Klein, *Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts*, 1796, Hemmerde und Schwetschke, Halle, p. 6, § 9.

⁷⁵ Ivi, p. 8, § 10, (trad. mia). Sulla necessità di considerare il razionale del reo, mi pare possa notarsi una certa assonanza con la tesi hegeliana di cui al § 100 dei *Lineamenti* (v. *infra*). Si noti, peraltro, che Klein conclude il paragrafo in questione – il § 10 – sostenendo, in relazione al tipo di reato di cui si sia reso colpevole il reo, la necessità di eliminarlo fisicamente come se fosse un ostacolo.

⁷⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di R. Fabietti, Mursia, Milano 1973, cap. 28.

essere razionale⁷⁷, ma soprattutto che il momento della pena è quello in cui la giustizia prende forma nello Stato. È comunque interessante notare, nella polemica con Beccaria, come Hegel si concentri sull'argomento consensualistico, sebbene questo non sia quello più importante nell'impianto teorico garantista dell'italiano⁷⁸.

Infine, l'ultimo bersaglio della critica hegeliana è la concezione psicologica della pena di Anselm Feuerbach⁷⁹. Il giurista, infatti, riteneva

⁷⁷ Leggendo l'Annotazione a PhR § 100 si possono dedurre due considerazioni: i) la pena trae il suo stesso concetto – la sua essenza potremmo dire – dalla necessità di ristabilire il rapporto di reciproco riconoscimento violato attraverso il diritto; ii) la finalità della pena è primariamente quella retributiva, senza che questo automaticamente escluda le concorrenti funzioni special e general preventiva.

⁷⁸ Per quest'ultimo, infatti, una ragione sufficiente ad escludere la pena di morte risiederebbe nella sua sostanziale inefficacia tanto da un punto di vista general preventivo, quanto da quello special preventivo. La spettacolarizzazione della violenza istituzionalizzata, infatti, lungi dal suscitare nei cittadini il terrore delle leggi, porta a sentimenti di sdegno o, addirittura, di compassione. Dall'altro lato, il reo sarebbe ben più scoraggiato dal commettere delitto se si prospettasse un'intera vita di schiavitù, piuttosto che un momento di sofferenza. Per di più, sostiene Beccaria, «moltissimi risguardano la morte con viso tranquillo e fermo, chi per fanatismo, chi per vanità, che quasi sempre accompagna l'uomo al di là dalla tomba, chi per un ultimo e disperato tentativo o di non vivere o di sortir miseria; ma né il fanatismo né la vanità stanno fra i ceppi o le catene, sotto il bastone, sotto il giogo». Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. 28. Si noti, altresì, che la medesima critica mossa da Hegel è rinvenibile anche nella *Metafisica dei costumi*, nella quale Kant ritiene che il «marchese Beccaria» sia mosso «da un sentimento compassionevole | di affettata umanità». Tuttavia, questi non sarebbero altro che «sofismi e cavilli giuridici. Nessuno subisce una pena perché l'ha voluta, ma perché ha voluto un'azione punibile [...] è impossibile voler essere puniti». Cfr. I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, 1797, tr. it. di G. Landolfi Petrone, *Metafisica dei Costumi*, Bompiani, Milano 2006, pp. 279 e 281.

⁷⁹ Secondo questa concezione, la pena deve presentarsi come un male maggiore rispetto a quello derivante dall'insoddisfazione per non aver potuto commettere l'illecito. Di fatto, la pena è strutturata nei confronti del cittadino come una coercizione psicologica. Sul punto cfr. G. Jacobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, tr. it. di D. Valitutti, *La pena statale. Significato e finalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, pp. 18 e ss.

praticamente impossibile conseguire la rieducazione del colpevole, il quale è «oggetto di coazione immediata; motiva inoltre [...] la forza contro di lui come interruzione del suo desiderio di delinquere»⁸⁰, pertanto, lo scopo del legislatore è di «sollecitare un ‘disgusto’ del soggetto nel compimento del male»⁸¹. Hegel critica profondamente questa concezione, la sanzione penale ha una connotazione fortemente simbolica che mira al «ripristino della norma violata» e del meccanismo del riconoscimento, non perseguendo scopi intimidatori ed esclusivamente general preventivi attraverso la minaccia dei possibili delinquenti⁸².

È evidente, dalla breve analisi delle sue posizioni polemiche, come la riparazione del delitto e la pena siano per Hegel quasi esclusivamente questioni di giustizia – proprio in opposizione al *Unrecht* – non avendo altro scopo che quello di *rimuovere* il delitto⁸³.

Nondimeno, è necessario prendere in considerazione la strategia teorica giustificativa e fondativa della pena nel sistema hegeliano.

In tal senso, le vie percorse sono due: i) la sussunzione del delinquente sotto la propria legge, che potremmo chiamare argomento della legge e ii) argomento del riconoscimento⁸⁴.

In base alla prima tesi, il delinquente attraverso la sua azione afferma, l’universalizzabilità della massima in base alla quale ha agito: se egli ha commesso un omicidio ha, di fatto, pronunciato la sentenza di morte per se stesso⁸⁵.

⁸⁰ L. Avitabile, *Legalità e giustizia. I Feuerbach e Radbruch. Un’interpretazione con Giuliano Vassalli*, Giappichelli, Torino 2021, p. 120.

⁸¹ Ivi, p. 121.

⁸² Jacobs, *Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, cit., p. 26.

⁸³ Nel senso di *Aufhebung* visto *supra* (par. 2). Cfr. Kervégan, *La teoria hegeliana della giustizia*, cit., pp. 136-137.

⁸⁴ Nell’esposizione farò espresso riferimento all’opera di Seelmann. Cfr. Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 65 e ss. È necessario, peraltro, osservare che il primo argomento, quello della legge, è di derivazione kantiana, mentre quello del riconoscimento subisce le evidenti influenze del pensiero di Fichte.

⁸⁵ Ivi, p. 67.

la pena [...] è anche un *diritto posto nel delinquente* stesso, cioè entro la sua volontà *essenteci*, entro la sua azione. Poiché nella sua azione come azione di un *essere razionale* è implicito che essa è qualcosa di universale, che ad opera di essa è stabilita una legge ch'egli nella sua azione ha riconosciuto per sé, sotto la qual legge egli dunque può venir sussunto, come sotto il *suo* diritto⁸⁶.

In questo modo, non solo il reo viene onorato come un essere razionale, bensì Hegel sembra suggerire che la punizione non provenga dall'esterno in virtù di una qualche ragione morale eteroimposta. La pena è una manifestazione del delitto, una sorta di necessità promanante dall'illecito stesso⁸⁷.

Nondimeno, questo argomento non può non mostrare la sua intrinseca contraddittorietà (Seelmann parla a proposito di contraddizione performativa⁸⁸): se il presupposto della pena è la commissione di un'azione illecita e cioè di una azione ispirata ad una massima non universalizzabile perché non coincidente con la giustizia e il bene, come può lo Stato giustificare la punizione in base all'universalizzazione di quella stessa massima che, in quanto promanante dalla volontà soggettiva del delinquente, si è detto non essere universalizzabile?

Se operassimo una *reductio ad hitlerum* dell'argomento appena presentato, si potrebbe addirittura affermare l'assenza di un diritto dello Stato alla punizione del delinquente:

se il principio del delinquente è per lui un crimine, se è sbagliato, se è irrazionale per il criminale, come può trasformarsi in qualcosa di giusto, conforme a diritto e razionale per noi?⁸⁹

⁸⁶ PhR § 100.

⁸⁷ P.J. Kain, *Hegel and Right. A study of the Philosophy of Right*, SUNY Press, New York 2018, p. 44.

⁸⁸ Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., p. 70.

⁸⁹ Kain, *Hegel and Right. A study of the Philosophy of Right*, cit., pp. 44-45.

Tuttavia, non appare condivisibile la conclusione affrettata per cui l'argomento hegeliano della legge «semplicemente non è un buon argomento»⁹⁰. Probabilmente, considero più corretto ritenere che l'argomento in parola più che nel dare effettivamente una legittimazione all'irrogazione della sanzione, sembra essere convincente nel momento in cui stabilisce la necessità di trattare il delinquente come un essere razionale, di rimproverarlo proprio in virtù della sua ragione⁹¹.

Si potrebbe, perciò, affermare che quello che a prima vista poteva apparire come un argomento a sostegno di una concezione retributiva della pena, sembra essere più vicino ad una concezione special-preventiva o, ancora, alla finalità rieducativa della stessa. Il rimprovero, infatti, ha senso nel momento in cui un soggetto ne comprende il motivo ed evita di commettere nuovamente delle azioni che si sono rivelate sbagliate – illecite. La stessa ragione di fondo che muove un soggetto al rimprovero è proprio l'intento rieducativo del rimproverato – esattamente come un genitore rimprovera il figlio nella speranza che, in futuro, si comporti in modo differente.

Il secondo argomento presentato da Hegel è, come accennato, quello del riconoscimento e, come suggerisce il nome, è necessario proprio partire dal concetto di riconoscimento per poterlo comprendere.

Il diritto e i rapporti sociali si basano, lo si è detto, sulla reciprocità del riconoscimento: ogni volontà individuale si riconosce in sé e in quanto diversa dall'altro e, soprattutto, riconosce l'altrui volontà individuale. Tuttavia, nel momento in cui taluno si determina nel delitto, sottrae il riconoscimento all'altro obbligandolo a sottomettersi al proprio arbitrio. È in questo momento che deve, perciò, intervenire la pena con la sua funzione di ristabilimento dell'equilibrio sotteso al meccanismo di riconoscimento turbato: essa degrada lo *status* giuridico del delinquente ponendolo sullo stesso piano in cui egli aveva obbligato la vit-

⁹⁰ Ivi, p. 45.

⁹¹ Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 71-72.

tima⁹². È solo in questo modo che il reciproco riconoscimento diventa nuovamente possibile⁹³, solo in questo modo è possibile preservare il sistema di riconoscimento del diritto come diritto.

Questo argomento mette in luce un aspetto del delitto che finora era passato inosservato: l'azione delittuosa non esaurisce i suoi effetti sul soggetto leso, ma coinvolge, in un qualche modo, anche dei soggetti terzi o, per meglio dire, quei soggetti che partecipavano al reciproco riconoscimento⁹⁴. Tuttavia, su quest'ultimo punto Hegel ammette che

il punto di vista della *pericolosità* dell'azione per la società, attraverso di che da un lato vien rafforzata la gravità del delitto, ma dall'altro lato la potenza (divenuta sicura di se stessa) della società abbassa l'*importanza* esteriore della lesione⁹⁵.

Con ciò egli non intende svalutare o diminuire l'importanza "sociale" del reato, semplicemente dimostra come l'effettivo danno al riconoscimento possa ritenersi trascurabile quando l'illecito sia commesso in società maggiormente organizzate – sicure di sé⁹⁶. In questo modo, la pena non si giustifica in quanto necessità assoluta per riparare l'equilibrio del riconoscimento.

Resta, a questo punto, da chiarire cosa si intenda con degradazione dello status giuridico del reo, cercando soprattutto di capire fino a che punto può rivelarsi utile, al fine del ristabilimento dell'equilibrio⁹⁷.

⁹² Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., pp. 68-69.

⁹³ Ivi, p. 69.

⁹⁴ Questo aspetto, per quanto desumibile dall'argomento del riconoscimento, viene meglio esposto da Hegel nel § 218 dei *Lineamenti*. Solo nella società civile è possibile comprendere l'aspetto di pericolosità sociale del delitto. Senza dimenticare che sottolineare l'aspetto di pericolosità sociale dell'illecito è anche un modo per evidenziare la finalità general-preventiva che la pena dovrebbe avere.

⁹⁵ PhR § 218.

⁹⁶ Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., p. 74.

⁹⁷ Ivi, pp. 75 e ss.

Il fatto che lo *status* del delinquente venga degradato simmetricamente a quanto accaduto alla vittima della lesione non deve far appiattire la concezione hegeliana della pena sull'arcaica legge del taglione. L'argomento del riconoscimento, ponendosi nel solco del superamento del contrattualismo illuministico, spiega "semplicemente" il ristabilimento dell'equilibrio operato dalla pena, nulla invece dicendo sul *quantum* o sulla necessità dell'esatta corrispondenza tra lesione e sanzione. La pena non sottrae il riconoscimento al reo, ma lo riconduce alla condizione di uguaglianza rispetto al suo simile e lo porta «nuovamente alla normale misura di chi riconosce e di chi viene riconosciuto»⁹⁸.

Gli argomenti presentati da Hegel per la giustificazione della pena presentano un punto di contatto: entrambi, infatti, potrebbero essere ricondotti alla cosiddetta auto-contraddittorietà, sebbene inquadrata da punti di vista differenti, del comportamento del delinquente. Secondo l'argomento della legge, il delinquente agendo secondo la propria massima ammette che la stessa sia universalizzabile e che, di conseguenza, possa essere applicata anche a lui. Questo atteggiamento del singolo, tuttavia, è completamente contraddittorio in sé dal momento che attraverso le sue azioni l'assassino afferma di poter essere egli stesso ucciso⁹⁹. Dal punto di vista del riconoscimento, invece, il reo ledendo il meccanismo fondamentale su cui fonda la sua partecipazione alla società, esclude se stesso dal riconoscimento in quanto persona. In questo modo si manifesta l'intrinseca natura auto-contraddittoria del delitto: colui che in forza della sua volontà particolare ha voluto ergersi sopra le altre vo-

⁹⁸ Seelmann, *Le filosofie della pena di Hegel*, cit., p. 112. In questo senso ritorna esattamente quel concetto di *aufheben*: il superamento del delitto attraverso l'irrogazione della sanzione implica che il delinquente venga fatto rientrare nell'unità con l'opposto e, perciò, che la volontà particolare che si era eretta sopra le altre nella sua immediatezza venga ricondotta nel meccanismo del riconoscimento del diritto *in sé e per sé*.

⁹⁹ Ivi, pp. 92-93.

lontà particolari, ha finito, a causa delle sue azioni, per non essere più riconosciuto nella sua dignità di persona e di volontà¹⁰⁰.

5. Hegel retributivista?

Giunti a questo punto è necessario porsi tale domanda per comprendere se la concezione hegeliana sia effettivamente di stampo più strettamente retributivista ovvero se sia possibile rintracciare nella sua teoria anche altre funzioni della pena.

Da subito ritengo si possa precisare che quella di Hegel non rappresenti una surrettizia e sofisticata riproposizione della *lex talionis*: il mero fatto che una delle più importanti funzioni della pena sia quella retributiva non può giustificare una conclusione così affrettata. Tuttavia, bisogna chiarire cosa Hegel intenda quando afferma che «il togliere il delitto intanto è retribuzione»¹⁰¹.

L'identità tra illecito e sanzione non riposa sull'assoluta uguaglianza nelle «caratteristiche specifiche, bensì nelle caratteristiche essenti *in sé* della lesione, – secondo il *valore* della medesima»¹⁰². Tale identità riguarda il fatto che la pena, essendo a sua volta una lesione, diviene la manifestazione della nullità del delitto e, dunque, conduce al suo superamento¹⁰³.

Ora però, se l'uguaglianza riguarda il concetto, come determinare concretamente la pena?

La risposta di Hegel a tale interrogativo è tanto chiara quanto poco dirimente

¹⁰⁰ Ivi, pp. 113-114.

¹⁰¹ PhR § 101.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ Fuselli, *Processo, pena e mediazione nella filosofia del diritto di Hegel*, cit., p. 114.

non è possibile alcuna determinazione assoluta (cfr. § 49); questa *nel campo della finità* rimane soltanto un'esigenza [...] la quale esigenza però procede all'infinito e permette soltanto un'*approssimazione* che è perenne¹⁰⁴.

L'uguaglianza è solo una regola per determinare approssimativamente il trattamento sanzionatorio che il delinquente merita attraverso l'irrogazione di una pena che sia *comparabile*, nel suo essere lesione, per qualità universale al delitto¹⁰⁵. È evidente, perciò, che questa non può essere considerata una vera e propria teoria esclusivamente retributiva della pena.

Per meglio comprendere tale conclusione, può rivelarsi opportuno leggere, in contrapposizione a Hegel, la concezione kantiana della pena che, nella *Metafisica dei Costumi*, segue un principio di assoluta identità quantitativa e qualitativa tra delitto e sanzione.

Il filosofo di Königsberg, nell'opera citata, dopo aver moralizzato la legge penale definendola un imperativo categorico¹⁰⁶, traccia la distinzione tra pena naturale e pena giuridica – «*naturalis*» e «*forensis*»¹⁰⁷ –, affermando che quest'ultima

deve essere inflitta al colpevole sempre ed esclusivamente *perché ha commesso un crimine*. [...] Egli deve essere riconosciuto *passibile di pena*, prima di poter pensare di ricavare in questo modo un qualche utile [...].

¹⁰⁴ PhR § 101, Annotazione.

¹⁰⁵ Sempre nell'annotazione al § 101, Hegel è chiaro nel dire che furto e rapina nulla hanno di esteriormente uguale alle pene con le quali sono sanzionate – pena pecuniaria o detentiva che sia – tuttavia, «secondo il loro valore, la loro qualità universale di esser lesioni, essi sono cose *comparabili*». Nella determinazione concreta del *quantum* di pena dobbiamo ricordare che Hegel contempla l'azione di circostanze attenuanti (PhR § 132), nonché ammette che la minore pericolosità sociale possa determinare una mitigazione della pena irrogata (PhR § 218).

¹⁰⁶ Kant, *Metafisica dei Costumi*, cit., p. 273.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

Ma, soprattutto, ed è questo il punto che qui più interessa, alla domanda circa il tipo e il grado di punizione che la giustizia pubblica deve adottare come principio e criterio Kant risponde

nessun altro se non il principio di uguaglianza [...]. Soltanto il *diritto di guidrigildo (ius talionis)*, con cui si intende però solo quello davanti alla sbarra del tribunale (non nel tuo giudizio privato), può stabilire con precisione la qualità e quantità della pena. [...] se ha commesso un omicidio, deve *mori-re*. In questo caso non c'è alcun surrogato che possa soddisfare la giustizia. [...] ¹⁰⁸.

Ecco, dunque, che – sebbene non escluda la necessità che la pena svolga una funzione general-preventiva¹⁰⁹ – emerge anche nella concezione kantiana quello che pare essere un rifiuto della riparazione vendicativa del crimine. Nondimeno, tale sfera permane¹¹⁰, innanzitutto, nel momento in cui si stabilisce l'assoluta necessità di uguaglianza sostanziale del binomio crimine-sanzione e, secondariamente con l'affermazione

persino se la società civile con tutti i suoi membri si sciogliesse di comune accordo [...] prima dovrebbe venire giustiziato anche l'ultimo assassino che si trova in carcere, affinché ciascuno abbia ciò che le sue azioni hanno meritato e la colpa di sangue non ricada sul popolo che non ha sollecitato quella punizione, perché il popolo infatti può essere considerato complice di questa violazione pubblica della giustizia¹¹¹.

Quello di Hegel, invece, penso possa essere definito come un vero e proprio sforzo di argomentare la necessità e indefettibilità della pena, a prescindere dalla misura concreta o dalla forma in cui sarà determi-

¹⁰⁸ Ivi, pp. 273-277.

¹⁰⁹ Cfr. Jacobs, *La pena statale. Significato e finalità*, cit., pp. 13 e ss.

¹¹⁰ A tal proposito, Stella parla di una vera e propria «follia vendicativa». Cfr. F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, il Mulino, Bologna 2016, pp. 180-183.

¹¹¹ Kant, *Metafisica dei Costumi*, cit., p. 277.

nata, abbandonando la dimensione vendicativa in favore della giustizia punitiva¹¹².

Il nocciolo della concezione hegeliana può essere rintracciato nell'annotazione al § 100 dove si esprime la necessità che la pena

venga riguardata come contenente il *di lui* proprio *diritto*, in ciò il delinquente viene *onorato* come essere razionale. – Quest'onore non gli viene concesso, se il concetto e la misura della sua pena non vien preso dal suo fatto stesso; – altrettanto poco anche, se egli vien considerato soltanto come animale nocivo che sia da rendere innocuo, o entro le finalità dell'intimidazione ed emenda.

Gli spunti offerti da questa annotazione sono diversi e mostrano come la sanzione sia per Hegel un prisma con molte sfaccettature.

Da un lato, viene presentata la necessità che la pena sia commisurata al fatto di reato, richiamando così l'esigenza di una giustizia del caso concreto, di un esercizio equo della giurisdizione. Dall'altro, invece, si precisa che la pena non può essere irrogata al solo fine di eliminare il delinquente, trattandolo come una minaccia da neutralizzare o come un soggetto passivo da ricondurre, con precisi intenti correzionalisti, entro la legalità.

Dunque, non penso sia azzardato sostenere che, nella prospettiva hegeliana, la sanzione assuma diverse funzioni, da quella retributiva, a quella rieducativa, passando per la special-preventiva positiva.

¹¹² La mancanza della dimensione vendicativa è data anche dalla teorizzazione della sfera della grazia. Essa è altra rispetto a quella del diritto, tuttavia si pone come una seconda via, un'alternativa, per l'eliminazione del delitto. La grazia è un diritto promanante dalla sovranità del monarca che, attraverso la «realizzazione del potere dello spirito» può cancellare l'azione delittuosa e annullarla nel «perdono e nell'oblio». PhR § 282. Sul punto, ritiene diversamente Stella, per il quale quella di Hegel è una concezione della pena sostanzialmente sovrapponibile a quella kantiana, sebbene argomentata con motivazioni diverse e «riconducibili alla sua complessa visione idealistica». Cfr. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, cit., p. 182.

Della prima si è già avuto modo di dire: la lesione cagionata dall'irrogazione della sanzione deve corrispondere per qualità universale alla lesione provocata dal delitto, non potendo questo dirci nulla sull'effettiva commisurazione di *quantum* e *quo modo* della stessa. Parimenti, si è già discussa la concezione della pena orientata alla rieducazione del condannato: essa si fonda sulla razionalità dell'uomo e sulla possibilità che le ragioni del "rimprovero", mosso attraverso la pena, siano comprese.

La funzione special-preventiva positiva è strettamente connessa a questa prospettiva. I teorici dell'emenda sostengono che anche il più pericoloso e malvagio dei criminali può redimersi, comprendere le proprie colpe e fare ammenda per le stesse: la pena ha il preciso scopo di correggere la devianza del delinquente.

Probabilmente una lettura di Hegel come teorico dell'emenda può apparire forzata, nondimeno nel momento in cui egli ritiene necessario trattare il delinquente come un essere razionale, presuppone la possibilità di instaurare con lo stesso un dialogo, ripristinando il meccanismo del riconoscimento violato per mezzo dell'azione delittuosa.

Vi è, tuttavia, un ultimo aspetto dell'impianto teorico hegeliano che pare si armonizzi ben poco la lettura appena suggerita: la pena di morte.

Se si insiste, come si è fatto, sulla funzione rieducativa e special-preventiva positiva della pena, sembra inspiegabile il motivo per cui Hegel sostenga la condanna capitale. L'aggiunta al § 101 afferma espressamente che:

se ora nella retribuzione non si può pervenire all'uguaglianza specifica, è ben altrimenti per l'assassinio, sul quale pende necessariamente la pena di morte. Poiché qui la vita è l'intera estensione dell'esserci, così la pena non può consistere in un *valore*, che per la vita non c'è, bensì di nuovo soltanto nella privazione della vita.

Sebbene questo passo dei *Lineamenti* abbia indotto molti – tra i quali anche Bobbio – a interpretare Hegel quasi come un teorico della *lex talionis* a là Kant, ritengo necessario precisare che la pena di morte è sì espressione di una concezione retributiva, tuttavia lo è nel "senso" hegeliano del termine. Anche qui, ritengo possa essere utile una lettura in comparazione con la concezione kantiana.

Infatti, per Kant non vi è nessuna pena, al di là di quella capitale, che possa riparare alla lesione definitiva del bene vita. Qui la questione punitiva diventa un problema di giustizia commutativa (come rappresenta anche lo stesso paragone tra la pena e l'istituto germanico del *guidrigildo*), ovvero un problema di riparazione e soddisfazione di una pretesa di giustizia. Dall'altro lato, il complesso schema idealista hegeliano porta a ritenere che, essendo la lesione cagionata dall'omicidio sostanzialmente incommensurabile, non può che essere punita con una lesione a sua volta incommensurabile per qualità universale che è, per l'appunto, rappresentata dalla pena capitale. Il fatto che poi anche le caratteristiche specifiche delle lesioni di delitto e sanzione siano identiche potrebbe dirsi essere quasi accidentale¹¹³.

Si potrebbe, addirittura, azzardare che la pena capitale, nell'impianto hegeliano, si giustifichi anche quale unico modo per poter onorare come essere razionale l'omicida: una volta che si è oltrepassata una certa soglia di gravità della lesione delittuosa, l'unica strada percorribile è la sanzione definitiva – si possono rileggere in questo senso sia l'argomento della legge, che quello del riconoscimento.

Tuttavia, anche così letta e giustificata, la pena di morte continua ad essere in contrasto con le altre finalità di cui si è detto. Nondimeno, ciò che si è cercato di articolare senza forzature interpretative è una caratterizzazione prismatica della concezione della pena nella filosofia hegeliana in cui a seconda dei casi, delle circostanze e delle letture può prevalere un volto o l'altro.

¹¹³ In un certo senso, si potrebbe sintetizzare – e probabilmente mi si dovrà perdonare la banalizzazione – la differenza teorica tra i due filosofi tedeschi nel modo seguente: mentre per Kant il motto è “una vita per una vita”, per Hegel diventa “una lesione per una lesione, a patto che la qualità universale delle stesse sia la medesima”. Sul punto cfr. Brooks, *Is Hegel a retributivist?*, cit., p. 120, nonché T. Brooks, *Hegel on Crime and Punishment*, in T. Brooks e S. Stein, *Hegel's political philosophy: on the normative significance of method and system*, Oxford University Press, Oxford 2004, pp. 215-216.