

# **QUADERNI FIORENTINI**

**per la storia del pensiero giuridico moderno**

**29**

(2000)



**giuffrè editore milano**

DANIELA TAFANI

## KANT E IL DIRITTO DI PUNIRE (\*)

1. La fondazione del diritto di punire. — 2. Il criterio di determinazione delle pene. — 3. I limiti del diritto di punire: la pena di morte.

In una lettera a Leonhard Creuzer, Karl von Savigny aveva chiesto chiarimenti — nel gennaio del 1800 — sulla fondazione kantiana del diritto di punire, che egli trovava massimamente ripugnante <sup>(1)</sup>. Dalle spiegazioni di Creuzer, Savigny concludeva che Kant avesse sostenuto, senza fondarla, una teoria retributivistica del diritto penale: la pena doveva essere inflitta a chi avesse agito ingiustamente ed essere commisurata a tale azione ingiusta. Kant pareva limitarsi a presupporre come moralmente necessario il nesso del male fisico con la colpa — senza fornire alcuna fondazione del diritto di punire — e ad assumere un criterio del tutto arbitrario di determinazione della pena, non sussistendo nella realtà, secondo Savigny, alcuna gradazione tra le ingiustizie, alla quale commisurare il male da infliggere <sup>(2)</sup>.

Savigny non fu il solo a ritenere che l'idea della retribuzione morale esaurisse il contributo kantiano alla dottrina del diritto penale. A partire dalla pubblicazione, nel 1797, dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* — e fino ai nostri giorni — Kant è infatti

---

(\*) Desidero ringraziare la professoressa Letizia Gianformaggio per le sue osservazioni — che spero di aver messo a frutto — a una versione precedente di questo articolo.

(1) A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Bd. 1: *Der junge Savigny*, Berlin, C. Heymann 1927, p. 145.

(2) *Ivi*, p. 148.

apparso come il sostenitore di una teoria assoluta della pena <sup>(3)</sup>, indebitamente trasposta dall'ambito morale a quello giuridico <sup>(4)</sup>.

Una simile interpretazione confonde tuttavia due questioni che, nella discussione settecentesca sul diritto di punire, erano affrontate in modo variamente congiunto <sup>(5)</sup>: la questione del fondamento del

---

<sup>(3)</sup> Si dicono *teorie assolute* le teorie *retributivistiche*, ossia quelle che fondino le pene sulla loro necessità morale (*punitur, quia peccatum est*) e *teorie relative* quelle *utilitaristiche*, che fondino invece le pene sulla necessità, da parte dello Stato, di perseguire certi scopi, quali la sicurezza pubblica e dunque la minimizzazione dei delitti (*punitur, ne peccetur*). Le prime intendono le pene come un fine, le seconde come un mezzo. V.L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza 1989, pp. 239 e sg., 276 in nota; H. MAYER, *Strafrecht*. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, W. Kohlhammer, 1953, p. 27.

<sup>(4)</sup> Già nel 1797, Fichte respingeva la dottrina penale kantiana, che avrebbe presentato la pena “non come un mezzo, ma essa stessa come un fine”, fondandola “in un imperscrutabile imperativo categorico” (*Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, in J.G. FICHTE, *Gesamtausgabe*, a cura di R. Lauth, H. Jacob, H. Gliwitsky, Stuttgart-Bad Cannstadt, Frommann-Holzboog 1962 e sgg. — d'ora in poi GA — I.4, pp. 60, 76; trad. it. a cura di L. Fannesu, Bari, Laterza 1994, pp. 229, 245 e sgg.). Per un'analoga collocazione di Kant tra i sostenitori di una teoria retributivistica della pena, v. ad es. R. EISLER, *Wörterbuch der philosophischen Begriffe*, s. v. *Strafe*, vol. III, Berlin 1930<sup>4</sup>, p. 160; H. MAYER, *Strafrecht*, cit., p. 30; *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, a cura di A. Erler, E. Kaufmann, s. v. *Strafe*, vol. IV, Berlin, E. Schmidt 1990, col. 2026; M. BLOCK, *Dictionnaire général de la politique*, s.v. *Peines*, vol. II, Paris, O. Lorenz 1864, p. 509; P. EDWARDS (ed.), *The Encyclopedia of Philosophy*, New York and London, MacMillan 1967, s.v. *Punishment*, a cura di S.I. Benn, vol. VII, p. 30; H. CAYGILL, *A Kant Dictionary*, London, Blackwell 1995, pp. 271 e sg. W. Schild, *Ende und Zukunft des Strafrechts*, in “Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie”, 70 (1984), pp. 71-112, attribuisce a Kant una teoria assoluta della pena, ma riconosce e affronta il problema del rapporto, nella dottrina kantiana, tra pene morali e pene pragmatiche, ossia, nell'ambito del diritto penale, tra giustizia e prudenza.

<sup>(5)</sup> V. ad es. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, vol. II, Leipzig 1775<sup>4</sup>, Nachdruck Hildesheim, G. Olms 1968, coll. 1002-1017. Walch distingueva la questione teoretica della definizione della pena (chi può punire, chi può essere punito, cosa sia un delitto e quale sia lo scopo finale delle pene) dalla questione pratica delle regole di giustizia e di prudenza da seguire nella comminazione della pena. J. Von Sonnenfels, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, Bd. 1, Wien 1787<sup>5</sup>, p. 455, distingueva il punto di vista del legislatore, che infligge la pena affinché non si violi la legge, dal punto di vista del giudice, che punisce perché la legge è stata violata. Cfr. G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, (d'ora in poi Rph), Berlin 1821, § 99, Anm.; trad. it. a cura di G. Marini, Bari, Laterza 1999, p. 89: “Le diverse considerazioni che attengono alla pena come apparenza e alla sua relazione con la coscienza particolare, e concernono le conseguenze sulla rappresentazione (l'intimorire,

diritto di punire, ossia della giustificazione dell'esistenza della pena, e quella del criterio di distribuzione e determinazione delle pene (6). Fonte primaria di tale indistinzione concettuale, da parte degli interpreti, è il fatto che Kant abbia dedicato tematicamente al "diritto di punizione e di grazia" il paragrafo dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* che tratta in realtà non del fondamento del diritto di punire, già affrontato nell'*Introduzione*, bensì dei soli criteri di determinazione della pena (7). La tesi per cui "la legge penale è un imperativo categorico" è parsa così — anziché l'identificazione del requisito essenziale della pena giusta, ossia che essa segua infallibilmente il giu-

---

l'emendare ecc.) al loro luogo, cioè in modo precipuo meramente rispetto alla *modalità* della pena, son certo di essenziale riguardo, ma presuppongono la fondazione che il punire sia *giusto* in sé e per sé".

(6) Una chiara distinzione di tali questioni si trova invece in D. SCHEID, *Kant's Retributivism*, in "Ethics", 93 (1983), pp. 262-282, il quale presenta la dottrina penale kantiana come un "retribuzionismo parziale", e in R. BRANDT, *Gerechtigkeit und Strafgerechtigkeit bei Kant*, in *Kant in der Diskussion der Moderne*, a cura di G. Schönrich e Y. Kato, Frankfurt am Main, Suhrkamp 1997<sup>2</sup>, pp. 425-463. La distinzione tra *minaccia* e *esecuzione* della pena è proposta da B. SHARON BYRD, *Kant's Theory of Punishment: Deterrence in its Threat, Retribution in its Execution*, in "Law and Philosophy", 8 (1989), pp. 151-200. Interpretazioni eccessivamente libere, che tuttavia tengono conto sia dell'aspetto utilitaristico che di quello retributivistico della pena in Kant, in S. WILLIAMS HOLTMAN, *Toward Social Reform: Kant's Penal Theory Reinterpreted*, in "Utilitas", 9 (1997), pp. 3-21; T.E. HILL, Jr., *Kant on Punishment: A Coherent Mix of Deterrence and Retribution?*, in "Jahrbuch für Recht und Ethik", 5 (1997), pp. 291-314. W. Schild distingue l'aspetto utilitaristico da quello retributivo, ma è a quest'ultimo che riconduce la fondazione kantiana della pena (*Anmerkungen zur Straf- und Verbrechensphilosophie Immanuel Kants*, in *Festschrift für Wolfgang Gitter*, a cura di M. Heinze, J. Schmitt, Wiesbaden 1995, pp. 831-846). O. Höffe ritiene dominante, nella dottrina penale di Kant, la teoria retributiva, ma riconosce un ruolo e un "peso morale" anche alla funzione preventiva e intimidatoria (*Vom Straf- und Begnadigungsrecht*, in *Immanuel Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, a cura di O. Höffe, Berlin, Akademie 1999, pp. 213-233). J.-C. Merle, infine, respinge le cosiddette interpretazioni "miste", sostenendo che esse rimandino, malgrado la pretesa contraria, a una fondazione retributivistica del diritto di punire (*A Kantian Critique of Kants Theory of Punishment*, in "Law and Philosophy", 19.3.2000, pp. 311-338). Merle propone il principio della prevenzione speciale, ossia della riabilitazione del criminale, come più coerente con il principio kantiano del diritto di quanto non sia la dottrina penale elaborata dallo stesso Kant.

(7) *La metafisica dei costumi* (d'ora in poi MS), trad. it. a cura di G. Vidari, Bari, Laterza 1989, pp. 164-172; *Kant's gesammelte Schriften*, a cura dell'Accademia Prussiana delle Scienze (d'ora in poi *Ak*), VI, pp. 331-337. La traduzione italiana è stata, quando opportuno, tacitamente modificata.

dizio di colpevolezza — l’affermazione di una dottrina retributivistica della punizione giuridica. In campo giuridico, così come in ambito morale, Kant avrebbe sostenuto l’esistenza di una legge che si impone come vincolante ad ogni ente razionale e che contiene un’interpretazione in senso retributivistico della responsabilità, che qualifica cioè ogni trasgressione come meritevole, in sé, di punizione, rendendo quindi moralmente e giuridicamente necessario che alla colpa, o al delitto, faccia seguito una punizione <sup>(8)</sup>. A sostegno di tale interpretazione pare deporre la tesi, sostenuta da Kant in ambito etico, della necessità morale di una giustizia retributiva:

nell’idea della nostra ragion pratica c’è ancora qualcosa che accompagna la trasgressione di una legge morale, ed è l’esser *meritevole di punizione*. [...] La punizione è dunque un male fisico che, anche se non fosse legato con ciò che è moralmente cattivo come conseguenza *naturale*, dovrebbe comunque esservi legato come conseguenza in base ai principi di una legislazione morale <sup>(9)</sup>.

La tesi che la ragion pratica esiga un nesso causale tra colpa morale e sofferenza non implica tuttavia una fondazione analogamente retributivistica della pena giuridica. Lo stesso Kant, al con-

---

<sup>(8)</sup> V. ad es. M. SALOMON, *Kants Strafrecht in Beziehung zu seinem Staatsrecht*, in “Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft”, 33 (1912), pp. 1-34; G. SOLARI, *Kant e la dottrina penale della retribuzione*, in “Rivista di filosofia”, 20 (1929), pp. 25-58; U. KLUG, *Abschied von Kant und Hegel*, in *Programm für ein neues Strafgesetzbuch*, a cura di J. Baumann, Frankfurt am Main 1968, pp. 36-41; trad. it. a cura di A. Bazzoni, in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano, Giuffrè 1989, pp. 3-9; S. FLEISCHACKER, *Kant’s Theory of Punishment*, in “Kant-Studien”, 79 (1988), pp. 434-449; J.G. MURPHY, *Kant’s Theory of Criminal Punishment*, in *Proceedings of the Third International Kant Congress*, Dordrecht 1972, pp. 434-441; M.A. CATTANEO, *Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981*, a cura di R. Brandt, Berlin, New York 1982, pp. 321-334; *idem*, *Illuminismo e legislazione penale*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere, Economia e Diritto 1993, p. 58; M. FORSCHNER, *Kant versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 376-398; S. MELD SHELL, *Kant on Punishment*, in “Kantian Review”, 1 (1997), pp. 115-135.

<sup>(9)</sup> *Critica della ragion pratica*, trad. it. in I. KANT, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, Torino, UTET 1970 (d’ora in poi SM), pp. 175 e sg.; *Ak*, V, p. 37. V. anche SM, p. 201; *Ak*, V, p. 61: “Se a qualcuno che provoca e infastidisce volentieri la gente pacifica, un giorno le cose vanno male ed è rispedito a casa con un sacco di botte, si tratta certamente di un *Übel*, tale però da riscuotere l’approvazione di tutti e la considerazione

trario, chiariva, in una lettera a J.B. Erhard del 21 dicembre 1792, come la pena *quia peccatum* fosse riservata a Dio, precisando, quanto all'ambito giuridico, che "la connessione immediata fra i concetti di trasgressione e punibilità serve ai governanti da *giustificazione*, e non da precetto, nei loro provvedimenti", ossia che l'avvenuta trasgressione è condizione della facoltà di punire, mentre la necessità delle pene giuridiche è in sé "solo ipotetica", ossia condizionata dallo scopo di essere "*medicinalis* per il criminale" e "*exemplaris* per gli altri", e di produrre dunque, come vedremo tra poco, il movente giuridico. <sup>(10)</sup>

### 1. *La fondazione del diritto di punire*

Malgrado la sua generale ascrizione a Kant, la tesi che il fondamento del diritto di punire sia da rintracciarsi nella retribuzione morale non solo non è sottoscritta da Kant, ma è inconciliabile con la distinzione tra diritto ed etica, quale egli la propone. Proprio il diritto di punire contraddistingue infatti per Kant il diritto rispetto all'etica, in quanto le pene costituiscono lo strumento che produce il movente giuridico, ossia il mezzo di costrizione che, in ambito giuridico, procura obbedienza alle leggi <sup>(11)</sup>. Tale movente non

---

di esso come *gut* in sé, anche se non ne risulta niente di più; anzi, colui stesso che ha ricevuto le botte non può non riconoscere, con la sua ragione, che ben gli sta, perché vede messa in pratica rigorosamente quella proporzione tra benessere e buona condotta che la ragione gli presenta necessariamente".

<sup>(10)</sup> *Ak*, XI, pp. 398 e sg.; trad. it. in I. KANT, *Epistolario filosofico*, a cura di O. Meo, Genova, Il Melangolo, 1990, pp. 314-318. Con ciò Kant contraddiceva la quinta delle tesi che Erhard gli aveva sottoposto, in base alla quale "lo scopo della pena non può essere né la riparazione del danno, né l'emendazione, né l'esempio" (*Ak*, XI, pp. 306 e sg.; trad. it. cit., p. 314 in nota). Cfr. Refl. 8029: "Alle Strafe im staat geschieht wohl zur correction und zum Exempel, aber sie muß allererst um des Verbrechens an sich selbst willen gerecht seyn, *quia peccatum est*"; Refl. 8041: "Doch müssen sie als vorkehrungsstrafen zuvorderst gerecht seyn. Sie sind als bloße Mittel wohl erlaubt aber nur als Vergeltungen gerecht" (*Ak*, XIX, pp. 586, 589).

<sup>(11)</sup> La pena non esaurisce i possibili mezzi di costrizione, ma Kant non pare ammetterne altri. La *minaccia* della pena contenuta nella legge è presa in considerazione, ma essa o coincide con la legge penale, oppure, qualora non si intenda far seguire effettivamente la pena al delitto, consiste in un inganno ed è perciò assolutamente inaccettabile (*Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in *Ak*, XXVII, 2.1, p. 554).

costituisce un elemento esteriore, che si aggiunga alle leggi affinché esse siano rispettate, ma è analiticamente incluso nelle leggi stesse. Kant pone infatti come carattere definitorio di una legge che essa non si limiti a prescrivere come doverosa un'azione, ma che sia altresì in grado di imporsi effettivamente alla volontà:

In ogni legislazione si trovano due elementi: in *primo luogo* una legge, che rappresenti *oggettivamente* come necessaria l'azione che deve essere fatta, cioè che eriga l'azione a dovere; in *secondo luogo* un impulso, che unisca *soggettivamente* con la rappresentazione della legge il motivo che determina la volontà a questa azione <sup>(12)</sup>.

Mentre la legge morale si rivolge alla forma delle massime e dunque alla *Gesinnung*, imponendo un dovere la cui idea, per il rispetto che automaticamente suscita negli esseri razionali, è essa stessa capace di determinare la volontà all'adempimento, la legge giuridica concerne la forma delle relazioni meramente esterne degli arbitri e deriva il proprio carattere vincolante da "motivi patologici di determinazione della volontà" <sup>(13)</sup>. Poiché dunque il diritto in senso stretto non esige altro movente "se non quello puramente esterno" <sup>(14)</sup> e in particolare quello che faccia leva sulle aversioni piuttosto che sulle inclinazioni, tale movente deriva da una costrizione esterna <sup>(15)</sup>. La dimostrazione kantiana del nesso analitico tra concetto del diritto e facoltà di costringere <sup>(16)</sup> coincide dunque con la dimostrazione della tesi che valga per il diritto ciò che vale per l'etica, ossia che il movente sia incluso immediatamente nella legge, e non esteriormente collegato ad essa <sup>(17)</sup>. Poiché il diritto è l'in-

<sup>(12)</sup> MS, pp. 19 e sg.; *Ak*, VI, pp. 218 e sg.

<sup>(13)</sup> MS, p. 20; *Ak*, VI, p. 219.

<sup>(14)</sup> MS, p. 37; *Ak*, VI, p. 232.

<sup>(15)</sup> Cfr. Refl. 7271: "Zum äußeren Gebote ist der Bewegungsgrund nicht die Pflicht. Das Sollen ist hier der Zwang. [...] Der *imperativus iuridicus* [...] ist der *imperativus* der Gewalt, welche Rechtmäßig ist, und seine necessitierende Kraft ist auch nur in proportion mit dieser Gewalt" (*Ak*, XIX, p. 299).

<sup>(16)</sup> MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 231; cfr. *Moral Mrongovius II*, in *Ak*, XXIX, 1.1, pp. 618 e sg.

<sup>(17)</sup> MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 232: "il diritto non deve essere concepito come composto di due parti, cioè della obbligazione secondo la legge, e della facoltà che colui il quale per mezzo del suo arbitrio vincola l'altro, avrebbe di costringerlo all'adempimento, ma si può far consistere immediatamente il concetto del diritto nella possibilità dell'accordo della coazione generale e reciproca con la libertà di ognuno".

sieme delle condizioni, per mezzo delle quali l'arbitrio può accordarsi con l'arbitrio di un altro secondo una legge universale della libertà" (18) e poiché "diritto e facoltà di costringere significano [...] una cosa sola", il concetto del diritto può essere espresso, in modo dinamico, come "la legge di una coazione reciproca necessariamente accordantesi con la libertà di ognuno secondo il principio della libertà universale" (19).

Che l'analiticità del nesso tra il diritto e il relativo movente richieda una dimostrazione deriva dal fatto che la creazione del movente giuridico avviene, a differenza che in ambito etico, attraverso una costrizione, ossia per mezzo di un atto che — in quanto ostacolo opposto alla libertà — ha bisogno di essere legittimato moralmente (20). Un ostacolo alla libertà intesa secondo leggi universali è infatti ingiusto, ma proprio perciò, in base al principio di contraddizione, è giusto quell'ostacolo, ossia quella costrizione, che sia opposto a "un certo uso della libertà" che "è esso stesso un ostacolo alla libertà secondo leggi universali" (21).

Tale legittimazione (*Befugniß*) a costringere coincide, per Kant, con il diritto di punire, di cui è dunque assicurata la fondazione (22). Che la pena costituisca il mezzo privilegiato di costrizione è affermato da Kant non solo nelle lezioni e nelle riflessioni (23), ma, altrettanto chiaramente, nei *Principi metafisici della dottrina del diritto* (24).

(18) MS, p. 35; *Ak*, VI, p. 230.

(19) MS, p. 37; *Ak*, VI, p. 232.

(20) Cfr., sul tema, M. KAUFMANN, *The Relation between Right and Coercion: Analytic or Synthetic?*, in "Jahrbuch für Recht und Ethik", 5 (1997), pp. 73-84. Per la tesi che in Kant la legge giuridica non includa analiticamente il proprio movente, cfr. invece W. KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, Berlin-New York, W. de Gruyter 1984, pp. 33 e sgg.

(21) MS, p. 36; *Ak*, VI, p. 231.

(22) Cfr. R. BRANDT, art. cit, p. 451.

(23) *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: "Es wird ein Zwang nöthig seyn, der seiner maxime des Eigennutzes das Gegengewicht hält [...]. Man lasse ihn die genaueste Controlle fürchten, man strafe ihn" (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 522; v. anche p. 482); "eine Strafe soll ja ein Zwang seyn, der der Übertretung der Freiheitsgesetze opponirt wird" (*ivi*, p. 554); Refl. 8026: "Strafe ist das Zwangsmittel, den *Gesetzen* achtung zu verschaffen" (*Ak*, XIX, p. 585).

(24) MS, p. 205 in n.; *Ak*, VI, p. 363: "ogni punizione [...] contiene una costrizione meramente unilaterale". Sul rapporto tra coazione e pena, cfr. H. OBERER,



Solo la triplice assimilazione dei concetti di movente giuridico, coazione e pena consente infatti di rendere conto della tesi kantiana per cui le “leggi, [...] naturalmente, quando vi sono delinquenti nel popolo, saranno anche leggi penali” (25), esposta sbrigativamente in quanto mera riaffermazione dell’analiticità del nesso tra legge giuridica e facoltà di costringere. Analogamente, la trattazione kantiana del diritto di necessità è comprensibile solo qualora si intenda la legge penale come fondata sul diritto di costringere, anziché sulla retribuzione morale. La “conservazione di se stesso per mezzo della violenza” è infatti giudicata da Kant come “non punibile”, seppur colpevole, perché “la punizione, con la quale la legge minaccerebbe il colpevole, non potrebbe essere maggiore per lui della perdita della vita” e dunque “una legge penale di questo genere non otterrebbe mai l’effetto che si propone”, ossia non potrebbe costituire un movente sufficiente a garantire il rispetto della legge (26).

La facoltà di punire coincide dunque per Kant con la possibilità della creazione di un movente giuridico (27) ed è fondata perciò in

---

*Über einige Begründungsaspekte der kantischen Strafrechtslehre*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 399-423; O. HÖFFE, *Kants Begründung des Rechtszwangs und der Kriminalstrafe*, in *Rechtsphilosophie der Aufklärung*, cit., pp. 335-375.

(25) MS, p. 169; *Ak*, VI, p. 335. Cfr. Refl. 8036: “Das recht zu strafen gründet sich nicht auf ein *pactum* sondern unmittelbar aufs Gesetz. Denn alle Gesetze sind strafgesetze” (*Ak*, XIX, p. 588); *Naturrecht Feyerabend*: “Das Übel, das mit der Übertretung des Gesetzes verbunden ist, ist Strafe, und die Gesetze sind *leges poenales*” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390).

(26) MS, p. 41; *Ak*, VI, pp. 235 e sg. Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in cui Kant presenta il *casum necessitatis* come l’inapplicabilità di un diritto naturale allo stato civile: “In statu civili [...] muß man annehmen, daß eine Handlung die sonst unerlaubt war, per casum necessitatis erlaubt werde, und daß der Handelnde nicht gestraft werden könne, weil es kein Gesetz geben kann, das die Unterlassung der Handlung cum effectu gebieten könnte” (*Ak*, XXVII, 2.1, pp. 599 e sg.); Refl. 7192, in *Ak*, XIX, p. 268. V. anche lo scritto kantiano *Sul detto comune: questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la prassi*, in *Ak*, VIII, p. 300 in nota; trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, Bari, Laterza 1995, p. 146 in nota: “sarebbe una legge assurda quella di minacciare qualcuno di morte se non ha affrontato volontariamente la morte in circostanze pericolose”.

(27) Cfr. G.S.A. MELLIN, *Encyclopädisches Wörterbuch der kritischen Philosophie*, s. v. *Strafe*, vol. V, Jena und Leipzig 1802, p. 392: la pena è “l’effetto giuridico di una colpa, che è minacciato dalla legge, così da poter essere il movente per l’omissione dell’azione”; J.S. BECK, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, Zweyter Theil,

modo utilitaristico, se con ciò si intende — com'è consuetudine e come intendeva anche Kant — *ne peccetur* <sup>(28)</sup>. L'idea che la legge penale mirasse a creare il movente giuridico era del resto largamente condivisa tra i contemporanei di Kant <sup>(29)</sup>. Ben più controversa, invece, era la questione del rapporto tra diritto di costringere e diritto di punire, che implicava una presa di posizione sui rapporti tra diritto naturale e diritto pubblico, ossia tra i diritti originari che la ragione ascrive agli individui isolati, in un ideale stato di natura <sup>(30)</sup>, e i diritti

---

Halle 1798, p. 447: “Affinché non esistano certe azioni, la legge determina per esse delle conseguenze che, secondo la conformazione della natura umana, sono aborrite dal suddito, e che, in quanto conseguenze necessarie di certe azioni, diventano per lui un movente per ometterle”; G.L. REINER, *Allgemeine Rechtslehre nach Kant*, Landshut und Augsburg 1801 (riprod. nella collana Aetas Kantiana, Bruxelles 1973), p. 201: “le leggi [...] devono essere *leggi penali*, perché altrimenti sarebbero prive di ogni effetto, e dunque non sarebbero leggi”.

<sup>(28)</sup> Cfr. D. SCHEID, art. cit., pp. 269 e sg.: “[...] Kant's argument for a legal system with coercive enforcement is a *consequentialist* argument”. S. Fleischacker (art. cit., p. 437) respinge le interpretazioni utilitaristiche della dottrina penale kantiana in quanto non renderebbero conto dello *ius talionis*; una simile obiezione, tuttavia, implica, senza argomentarlo, che nella fondazione del diritto di punire debba essere incluso un particolare criterio di determinazione delle pene.

<sup>(29)</sup> Cfr. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1009: “le pene sono assolutamente necessarie. Se infatti non ci fossero simili mezzi di costrizione, le leggi sarebbero vane”; J. VON SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit., pp. 455 e sg.: “La pena dunque [...] è un male fisico, che viene annesso alla legge, per trattenerne, attraverso la sua rappresentazione, dalla violazione”; G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena 1790, p. 114: “Pena è la comminazione di un male fisico a causa di un'azione compiuta, per distogliere l'agente o altri da simili azioni future”; J. GRUNER, *Versuch über Strafen. In vorzüglicher Hinsicht auf Todes- und Gefängnisstrafen*, Göttingen, J.G. Rosenbusch 1799, p. 25; K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Principien*, Erster Theil, Leipzig 1794, p. 189: la pena *politica* è “un male fisico legato a un'azione dannosa, a causa della sua dannosità [...] per intimidire l'autore dell'azione, o altri uomini”; la “pena *morale* [...] spetta solo a Dio”; J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, in GA, I,4, p. 60; trad. it. cit., p. 229: “La pena è mezzo per il fine ultimo dello Stato — la sicurezza pubblica — e l'unico scopo che con essa ci si pone è impedire la trasgressione tramite la sua minaccia”; E.F. KLEIN, *Von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe, nach dem gesunden Menschenverstande*, in “Archiv des Criminalrechts”, 4. Bd., 3. St. (1802), pp. 7-31: “la pena deve essere un mezzo per far passare la voglia di commettere un crimine a coloro che altrimenti ne avrebbero l'intenzione”.

<sup>(30)</sup> Cfr. ad es. G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 6: “Il *diritto naturale* (*jus naturae*) è la scienza che insegna i diritti coattivi [...] dell'uomo nello stato

che la ragione riconosce allo Stato nei confronti dei suoi cittadini. Una volta ammesso che i diritti naturali coincidessero con i diritti coattivi<sup>(31)</sup>, ossia tali da rendere moralmente lecito — o addirittura doveroso<sup>(32)</sup> — al loro detentore l'uso della forza contro eventuali aggressori, si poteva affermare o negare l'identità di tale coazione con la pena. Nel primo caso il diritto dello Stato a punire risultava immediatamente derivabile dal trasferimento dei diritti individuali di coazione; nel secondo, invece, la fondazione del diritto di punire richiedeva il ricorso a un elemento ulteriore, quale il consenso dei cittadini, ossia un contratto, oppure quale il diritto dello Stato all'autoconservazione, e dunque al mantenimento della sicurezza pubblica. Così, da un lato, chi, come Schaumann, identificava sia la coazione che la pena con una forma di intimidazione, poteva derivare il diritto naturale di punire dal diritto naturale di costringere<sup>(33)</sup> e sostenere che tale diritto di punire fosse trasferito alla società civile dai suoi singoli membri, detentori di tale diritto già in quanto uomini<sup>(34)</sup>; chi

---

di natura". Per K.H. Heydenreich (*System des Naturrechts nach kritischen Principien*, cit., pp. 15 e sg., 24), l'idea dello stato di natura consentiva di rappresentare i diritti umani al di fuori della società civile e dello Stato, ma sotto la legge morale. K.L. Reinhold aveva respinto come inutile l'ipotesi dello stato di natura, ritenendo comunque che il diritto naturale comprendesse "tutti i diritti coattivi *esterni*, in quanto sottostanno alla sanzione della legge morale" (*Briefe über die kantische Philosophie*, Leipzig 1792, pp. 417 e sg.). Cfr. Refl. 7084: "Das Gantze Recht der Natur ist ohne bürgerliche Ordnung eine bloße Tugendlehre und hat den Nahmen eines Rechts blos als ein Plan zu äußeren möglichen Zwangsgesetzen, mithin der bürgerlichen Ordnung" (*Ak*, XIX, p. 245).

<sup>(31)</sup> V., sul tema, C. CESA, *Introduzione. Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, in *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, a cura di L. Fonnesu e B. Henry, Pisa, Pacini 2000, pp. 9-38.

<sup>(32)</sup> G. Hufeland aveva derivato il diritto di costringere dal dovere corrispondente (*Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig 1785, pp. 243 e sgg.; v. anche *idem*, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 28, pp. 40 e sgg.), suscitando, com'è noto, le perplessità di Kant (v. la recensione kantiana del *Saggio* di Hufeland del 1785, in *Ak*, VIII, pp. 127-130, trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., pp. 119-122).

<sup>(33)</sup> J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, Halle 1795 (riprod. nella collana Aetas Kantiana, Bruxelles 1969), pp. 234 e sgg.

<sup>(34)</sup> *Ivi*, p. 238. Cfr. J.F. RUNDE, *Die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen aus Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts vertheidigt*, in J.F. PLITT, *Repertorium für das peinliche Recht*, Frankfurt am Main 1786, pp. 268-301; p. 283: "La differenza [...] sta solo nel nome, non nella cosa. Ciò che nello stato di natura si chiama *autodifesa* e *vendetta*, viene chiamato *pena*, quando si trovi nelle mani del potere supremo"; C.C.E.

invece, come Hufeland — e come Heydenreich, in aperta polemica con Schaumann — riteneva che la pena, proprio in quanto intimidazione, eccedesse la mera coazione, mirando non alla semplice conservazione o riappropriazione di un bene, ma a determinare l'altrui comportamento futuro, sosteneva che la pena richiedesse quantomeno un tacito contratto <sup>(35)</sup>.

La posizione kantiana sul rapporto tra stato di natura, coazione e pena, conferma come il diritto di punire sia fondato nella necessità di assicurare un carattere effettivamente vincolante alla legge giuridica. Lo stato di natura è infatti per Kant uno stato non giuridico, non perché sia, di per sé, uno stato di ingiustizia, bensì perché in esso il principio universale del diritto, pur mantenendo intatto il proprio contenuto prescrittivo, si trova privo della necessaria forza vincolante. Nello stato di natura manca “una costrizione esterna pubblicamente legale” <sup>(36)</sup>, manca cioè un potere, esterno agli eventuali contendenti, capace di assicurare l'esecuzione delle leg-

---

SCHMID, *Grundriß des Naturrechts*, Frankfurt und Leipzig 1795, p. 79: “La coazione giuridica può essere rappresentata come *pena giuridica* in riferimento a quella persona che la subisce a causa di un'offesa”; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1795<sup>2</sup>, ristampato in *idem*, *Das Recht der Natur*, Aalen, Scientia 1969, pp. 74-75; L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, p. 241: “Ogni uomo ha per natura un diritto coattivo contro colui che lo offende”; p. 244: “Ogni coazione è un male fisico [...] Un male fisico che sia inflitto a un altro a causa di un'offesa, è una *pena*. Dunque la coazione, il cui fondamento sia la sola offesa, è una pena”; p. 245: “la pena è dunque un mezzo di coazione, e precisamente un mezzo di coazione giusto”; H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, Erlangen, J.J. PALM 1797, p. 118: “Il diritto penale è [...] il diritto di usare un mezzo di costrizione contro chi agisca ingiustamente. Questo diritto è di ogni singolo cittadino, così come di ogni società statale”; J. GRUNER, *Versuch über Strafen*, cit., p. 26: “Ogni offeso ha, nello stato di natura, il *diritto di punire*, in virtù del suo diritto di coazione”.

<sup>(35)</sup> G. HUFELAND, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, cit., pp. 262 e sg.; *idem*, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 50: “ho dunque diritto alla coazione solo fintanto che ho una speranza realistica nella conservazione o riappropriazione di un bene attraverso la coazione. Nessun diritto coattivo alla pena o alla vendetta”; p. 115: “La pena in senso proprio può fondarsi solo su un contratto (espreso o tacito)”; K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach kritischen Principien*, cit., p. 175: “L'uso della forza che sia conforme al diritto non ha di mira né la vendetta né la pena”; pp. 190 e sgg.: con la pena *politica* “vengono inflitti dolori a un uomo, in riferimento ad azioni che o egli o altri potrebbero compiere in futuro”; il “diritto penale tra uomini liberi [...] presuppone sempre il consenso e il contratto”.

<sup>(36)</sup> MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312.

gi<sup>(37)</sup>. Ed essendo costitutivo di ogni legge non la mera obbligazione, ma altresì il movente, lo stato di natura, in cui al movente giuridico si provvede in modo individuale e potenzialmente arbitrario<sup>(38)</sup>, è da considerarsi come “uno stato di assenza del diritto”<sup>(39)</sup>. Kant riconosce dunque un diritto individuale di coazione<sup>(40)</sup>, ma nega che esso coincida con il diritto di punire<sup>(41)</sup>, giacché i singoli, per il carattere irrimediabilmente soggettivo dei loro giudizi e per l’insufficienza delle loro forze, non possono garantire né che la coazione sarà conforme alla legge, né che sarà irresistibile<sup>(42)</sup>, e il

---

(37) MS, p. 141; *Ak*, VI, pp. 312 e sg.: “secondo la forma, le leggi nello stato di natura contengono [...] le stesse condizioni prescritte dalle leggi nello stato civile, in quanto esso sia pensato unicamente secondo concetti razionali; tutta la differenza è che nello stato civile sono indicate le condizioni che assicurano l’esecuzione [...] delle leggi nello stato di natura”. Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “in Rücksicht ihrer Rechte es in statu naturali et civili dieselben bleiben” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 589); Refl. 7996: “Recht habe ich auch im *statu naturali* und bin dabey noch frey. Weswegen bin ich denn in den *statum civilem*, wo ich Befehlen gehorchen muß, getreten? Um meines Rechts gesichert zu seyn. Erstlich, wenn es sollte bezweifelt werden, damit ein öffentlich Gesetz da sey, auch ein Richter, der den Fall unter dem Gesetze subsumire; Zweytens aber, mein nunmehr ausgemachtes durch Gewalt zu unterstützen” (*Ak*, XIX, p. 576).

(38) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312: “anteriamente alla costituzione di uno stato pubblicamente legale, uomini singoli, popoli e Stati non potranno mai essere garantiti da prepotenze reciproche, e ciò a causa del diritto di ognuno di fare *quanto gli sembra giusto e buono*, senza dipendere in ciò dall’opinione degli altri”.

(39) MS, pp. 140 e sg.; *Ak*, VI, pp. 312 e sg.

(40) MS, p. 134; *Ak*, VI, pp. 307: nello stato di natura “non è necessario aspettare le ostilità reali; egli è autorizzato a impiegare una coazione verso colui che, per la sua natura stessa, lo minaccia”.

(41) Cfr. *Naturrecht Feyerabend*: “Dieses macht den wesentlichen Unterschied zwischen *statum civilem* und *naturalem*. Im *statu naturali* [...] der *laesus* hat Recht sich zu vertheidigen, aber nicht zu strafen. Strafen setzen schon immer einen *superiorem* voraus.” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390); Refl. 7677 (*Ak*, XIX, p. 486). Cfr. la contrapposizione hegeliana della *vendetta*, “come azione positiva di una volontà *particolare*” e quindi come “*nuova lesione*”, nell’ambito del diritto astratto (Rph, § 102; trad. it. cit., p. 92), alla *pena*, che ha luogo nella società civile: “In luogo della parte lesa entra in scena qui l’*universale* leso, che nel giudizio ha realtà peculiare, e prende su di sé la persecuzione e punizione del delitto, la quale pertanto cessa d’esser il contraccambio soltanto *soggettivo* e accidentale attraverso la vendetta e si muta nella verace conciliazione del diritto con se stesso, in *pena*” (Rph, § 220; trad. it. cit., p. 177).

(42) Cfr. Refl. 7816: “Das Zwangsrecht besteht darin, daß einer, der Recht hat, befugt ist, eine Zwingende Gewalt zu errichten, die seinem rechte assistire und der der andre also unterworfen sey: Weil aber nicht jede Gewalt zum Zwange hinreichend ist,

loro esercizio dei diritti coattivi non può dunque coincidere con la “coazione legale e pubblica” (43), ossia con la manifestazione della forza vincolante della legge stessa (44).

## 2. Il criterio di determinazione delle pene

La distinzione tra il fondamento del diritto di punire e il criterio di determinazione delle pene fu, seppur non chiaramente tematizzata, costantemente rispettata da Kant. Che Kant avesse trattato il tema della pena a due livelli diversi, rimasti tuttavia indistinti agli occhi di molti dei contemporanei (45), non sfuggì a Beck, il quale si premurò pertanto di ribadire la non assimilabilità delle due questioni. L’affermazione kantiana per cui la pena deve essere inflitta al

---

wenn eine gleiche ihr kann entgegengesetzt werden, so hat das Recht nur einen schlechten Vorzug, wenn es keine andre gewalt zur Begleitung hat als die eigne” (*Ak*, XIX, p. 524).

(43) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312. Cfr. Refl. 7445: “Die positive Gesetze sind es allein, welche den Unterthan äußerlich obligiren, in Ansehung der natürlichen gilt keine äußerliche Gerechtigkeit” (*Ak*, XIX, p. 380). Per l’idea, analoga, che, affinché la pena fosse tale, dovesse trovarsi la minaccia in una legge positiva, cfr. T. SCHMALZ, *Das natürliche Staatsrecht*, Königsberg 1804, ristampato in *idem*, *Das Recht der Natur*, cit., p. 84. L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 272, identificando coazione e pena, sosteneva che la coazione stessa dovesse essere preventivamente annunciata.

(44) Kant sottolinea come tale forza obbligatoria, costituendo per ciascuno il movente al rispetto della legge, dia al contempo a ciascuno la garanzia che i suoi diritti saranno rispettati (MS, p. 134; *Ak*, VI, pp. 307). Cfr. Refl. 7989: “Im Staat muß eine einige *potestas legislativa* seyn; diese muß zugleich die höchste irresistible Gewalt haben. Nun kan sie zwar aus mehreren Personen oder Theilen bestehen, die alle einen Antheil an der Gesetzgebung und Gewalt haben, aber nicht aus solchen, die zwar gesetzgebend aber nicht gewalthabend seyn, weil sie sonst keinen durchs Gesetz obligiren können, indem sie nicht zugleich dabey schützen können” (*Ak*, XIX, p. 574). Per una diversa interpretazione del rapporto, in Kant, tra coazione e pena, cfr. S. SHARON BYRD, art. cit., p. 181.

(45) V. ad es. J.H. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht*, Halle 1798, pp. 433 e sgg. Tieftrunk confondeva egli stesso le due questioni; Stephani, invece, riteneva che Kant avesse sostenuto il principio del taglione come criterio di determinazione delle pene, senza prima interrogarsi sul diritto di punire e i suoi limiti (H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., p. 117).

criminale “soltanto *perché egli ha commesso un crimine*” (46) — osservava Beck — “non deve essere confusa con il principio, dal quale derivano le leggi penali”, e che consiste nell’istituzione di un meccanismo che, associando una pena a ogni trasgressione della legge, produca un agire conforme al diritto (47). Lo stesso Kant, del resto, di fronte alla recensione di Bouterwek (48), si trovò costretto a inserire un’aggiunta, nella seconda edizione della *Metafisica dei costumi*, chiarendo che il principio del taglione costituiva non il fondamento del diritto di punire, trovandosi quest’ultimo già analiticamente incluso nel concetto del diritto pubblico (“La semplice idea di una costituzione politica tra gli *uomini* implica di già il concetto di una giustizia penale” (49)), bensì la soluzione alla questione “se i modi di punizione siano indifferenti al legislatore”, ossia se le pene, “quando sono solamente mezzi atti a reprimere il delitto (50)”, siano arbitrariamente associabili ai delitti (51).

Una soluzione utilitaristica al problema della fondazione del diritto di punire lasciava in effetti impregiudicata, riguardo alla determinazione delle pene, l’alternativa tra utilitarismo e retributivismo. Si poteva sostenere sia che la pena, legittimata in quanto produttrice del movente giuridico, traesse da tale funzione anche la propria misura, e fosse dunque da commisurare alla forza dei

(46) MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 331.

(47) J.S. BECK, *Commentar über Kants Metaphysik der Sitten*, cit., p. 450.

(48) F. BOUTERWEK, nella sua recensione dei *Principi metafisici della dottrina del diritto* (in “Göttingische Anzeigen von Gelehrten Sachen”, 28. St. (1797), pp. 265-276) aveva sostenuto che il “diritto naturale di punire” fosse ricondotto da Kant a “uno stretto *Jus talionis*” (p. 276).

(49) MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 362.

(50) Su quali reati dovessero essere considerati delitti, ossia attribuiti alla competenza del diritto penale, v. W. NAUCKE, *Die Reichweite des Vergeltungsstrafrechts bei Kant*, in “Schleswig-Holsteinische Anzeigen”, 9 (1964), pp. 203-211.

(51) MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 362. Cfr. Refl. 7698: “Ob er dazu so harte Mittel brauchen kann, als er will, e. g. auf den kleinsten Diebstahl den Tod. Der Mensch ist nicht als ein *Mittel* zu anderer Bestem auszuopfern” (*Ak*, XIX, p. 493); *Naturrecht Feyerabend*: “Steht aber der Grund und die Beschaffenheit der Strafen in des summi imperantis Willkühr? Gesetze sind auch willkürlich. Strafe setzt Strafwürdigkeit voraus [...] Auch in Ansehung der Beschaffenheit der Strafen ist er von der Natur der Sache schon zu gewissen verbunden” (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1390).

moventi delittuosi <sup>(52)</sup>, sia che la comminazione della pena dovesse soggiacere comunque, indipendentemente da ciò che legittimava l'esistenza delle leggi penali, a criteri di giustizia <sup>(53)</sup>. Kant sostenne questa seconda soluzione, elaborando una teoria retributivistica della determinazione della pena. Il principio della retribuzione assolve dunque il compito, nella dottrina penale kantiana, di determinare chi e quando debba essere punito, mentre uno specifico principio retributivistico, lo *ius talionis*, fissa la qualità e quantità delle pene. È evidente come tale adesione al retributivismo non comporti alcuna confusione tra etica e diritto, giacché non implica affatto né il ricorso alla necessità morale del nesso tra male fisico e colpa, né il riferimento alla *Gesinnung* di chi delinqua, indispensabili invece qualora si sostenga, nell'ambito del criticismo, una teoria retributivistica del fondamento del diritto di punire. A escludere che la pena possa essere intesa come una retribuzione morale è del resto lo stesso ambito di competenza del diritto, che non si estende al territorio della coscienza e, dunque, neppure alla formulazione di giudizi morali <sup>(54)</sup>. Quando si tratti della comminazione della pena, la pena *quia peccatum* è dunque da intendersi quale argine contro

---

<sup>(52)</sup> V. ad es. J. VON SONNENFELS, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit., p. 463: “La *misura universale* della pena è dunque da cercare unicamente nei *moventi* dei delitti”; G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 269: “Gli scopi della pena ne determinano la misura”; E.F. KLEIN, *Von der Zurechnung der Verbrechen zur Strafe*, cit., p. 12: “La grandezza della pena deve essere proporzionata alla grandezza dello stimolo al delitto”, oltre che alla dannosità delle conseguenze del crimine e alla pericolosità delle caratteristiche dell'animo presupposte dal crimine commesso.

<sup>(53)</sup> Cfr. G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1012: la considerazione delle pene da un punto di vista pratico ha a che fare col rapporto tra le regole della giustizia, che impongono doveri, e le regole della prudenza, che guidano il perseguimento di scopi; J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, cit., p. 236: “Tutte le pene positive [...] sottostanno, in quanto atti dell'arbitrio, alla legge della giustizia”.

<sup>(54)</sup> Cfr. *Praktische Philosophie Powalski*: “In dem Staat wo pragmatische Strafen notwendig sind, betrachten wir die Handlungen nicht nach den Gesinnungen sondern äußerlich, denn hier wird gar nicht auf die moralität gesehen” (*Ak*, XXVII, 1, p. 151); Refl. 8041: “Alle Strafen und Belohnungen sind entweder *vorkerbrende* oder *vergeltende* [...] Die Vergeltende zeigen an, daß sie das Übel, welches das Verbrechen anrichtet, ihn selbst fühlen lassen und sind möglich nach aller Regel der Weisheit. aber in der Staatsverfassung, da nicht auf die Moralität gesehen wird, nicht rathsam ” (*Ak*, XIX, p. 589).



ogni possibile arbitrio e quindi come principio di giustizia. La tesi che la “*punizione giuridica*” non possa “mai venir decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene”, ma debba essere inflitta al criminale “soltanto *perché egli ha commesso un crimine*”<sup>(55)</sup> affianca così del tutto coerentemente, a una fondazione utilitaristica del diritto di punire, un principio garantista quanto al criterio di distribuzione delle pene<sup>(56)</sup>. Kant respinge così l'utilitarismo quale criterio di comminazione delle pene: il legittimo perseguimento della sicurezza collide infatti con la giustizia, quando accetti di trattare l'uomo *solo* come un mezzo<sup>(57)</sup>.

Stabilito *quando* si debba punire qualcuno, Kant passa a esaminare *come* lo si debba punire, e presenta, quale principio a priori del diritto penale, la legge del taglione<sup>(58)</sup>, ossia la regola dell'uguaglianza tra pena e delitto<sup>(59)</sup>. L'idea giusnaturalistica che la pena

---

<sup>(55)</sup> MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 331; v. anche MS, p. 205 in nota; *Ak*, VI, p. 363 in nota: “Bisogna distinguere qui la *giustizia penale (iustitia punitiva)*, dove il fondamento della *penalità* è *morale (quia peccatum est)* dalla *prudenza penale*, dove esso è puramente *pragmatico (ne peccetur)* e riposa sull'esperienza dei mezzi più efficaci a reprimere il delitto.” Cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Man unterscheidet daher inter justitiam et prudentiam poenitivam; letzere bestimmt blos die Größe der Zwangsmittel, so den Übertreter des Gesetzes treffen können; sie ist daher, da jede Strafe auf Gerechtigkeit gegründet seyn muß, auch der justitia poenitiva untergeordnet” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 551); *Praktische Philosophie Powalski*: “In der Politic haben die Strafen keine andre Nothwendigkeit als so fern sie dienen böse Thaten abzuhalten. [...] Jede poena exemplaris ist ungerecht, wenn sie nicht als poena vindicativa gerecht ist. [...] Die Strafe die als vindicativa zu hart ist, die ist als correctiva (mehrentheils) ungerecht” (*Ak*, XXVII, 1, p. 150).

<sup>(56)</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., p. 363: “C'è un legame evidente tra la natura retributiva della pena e la sua funzione di prevenzione generale dei delitti: [...] la pena esercita una funzione preventiva o intimidatoria soprattutto se è inflitta a chi l'ha ‘meritata’”.

<sup>(57)</sup> Del tema si occupa M.A. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè 1981; *idem*, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale, in Illuminismo e legislazione penale*, cit., pp. 15-61; *idem*, *Menschenwürde und Strafrechtsphilosophie der Aufklärung*, cit.

<sup>(58)</sup> Cfr. Refl. 7699: “Das principium der legum poenalia nach dem *iure talionis*” (*Ak*, XIX, p. 493).

<sup>(59)</sup> MS, p. 164; *Ak*, VI, p. 332: “Ma qual principio e quale misura la giustizia pubblica deve mai seguire per determinare la specie e il grado della punizione? Nessun altro principio se non quello dell'uguaglianza”. Dubbi sulla necessità che le pene dovessero eguagliare in atrocità i delitti erano stati invece espressi da J.G.H. FEDER, *Über*

debba essere non solo commisurata alla gravità del delitto, ma eguagliarne altresì la specie e il grado del male inflitto <sup>(60)</sup>, è un elemento arcaico del pensiero di Kant <sup>(61)</sup>, non suscettibile di una giustificazione che sia derivabile dalla sua dottrina morale; poiché infatti in base al principio universale del diritto sono lecite solo quelle azioni che possano coesistere con la libertà di ciascuno secondo una legge universale, chi compie un'azione deve essere disposto ad accettarne l'universalizzazione. Ma Kant non sostiene che chi compie un furto meriti di sperimentare la totale abolizione del diritto di proprietà, bensì solo che, non rispettando tale diritto, il ladro ne privi se stesso <sup>(62)</sup>: non si tratta dunque che della legge del contrappasso <sup>(63)</sup>, giustificata in base al principio per cui “*volenti*

---

*die Todesstrafen*, in J.F. PLITT, *Repertorium für das peinliche Recht*, cit., pp. 36-44, p. 44; H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., p. 117, mostrava stupore e sconcerto per l'adozione, da parte di Kant, del principio del taglione, che egli riteneva dettato dalla sola brama di vendetta.

<sup>(60)</sup> V., sul tema, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, cit., pp. 384 e sgg.

<sup>(61)</sup> Per un esplicito residuo della mentalità magica da cui il principio del taglione deriva, cfr. J.A. Bergk, il quale accoglieva da Kant lo *ius talionis*, pur con una sua decisiva restrizione alla perdita dei soli diritti esterni del cui godimento si fosse privato qualcun'altro: “Lo Stato [...] vuole perciò soltanto *rendere l'azione illegale*, attraverso il diritto del taglione, *come non accaduta*” (*Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, Zweiter Theil, Leipzig, J.G. Beygang 1798, p. 205, corsivo mio).

<sup>(62)</sup> MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 333: “Colui che ruba rende incerta la proprietà di tutti gli altri; egli priva dunque se stesso (secondo il diritto del taglione) della garanzia per ogni proprietà possibile”. Non è dunque corretto affermare, come S. Fleischacker (art. cit., p. 442), che la pena faccia vivere il criminale sotto la legge che egli ha istituito con la propria massima, giacché, col taglione, ci si limita a fare a lui ciò che egli ha fatto ad altri. Il cosiddetto “argomento della legge” o “dell'autosussunzione” fu invece formulato da Hegel: nell'azione del delinquente “come azione di un *essere razionale* è implicito che essa è qualcosa di universale, che ad opera di essa è stabilita una legge che egli nella sua azione ha riconosciuto per sé, sotto la qual legge egli dunque può venir sussunto, come sotto il *suo diritto*” (Rph, § 100; trad. it. cit., pp. 89 e sg. V., sul tema, P. BECCHI, *Il doppio volto della pena in Hegel*, in “Verifiche”, 3-4 (1999), pp. 191-209).

<sup>(63)</sup> MS, p. 165; *Ak*, VI, p. 332: “il male immeritato che tu fai a un altro del popolo, lo fai a te stesso. Se oltraggi lui, oltraggi te stesso; se rubi a lui, rubi a te stesso [...]”. Cfr. Refl. 7289: “Das *principium* der rächenden Strafen (in Ansehung der Verbrechen gegen andere) beruht darauf, daß ein jeder sich jederzeit bewußt ist, daß, was er gegen einen andern thut, das füge er nach der Regel der Gerechtigkeit sich selbst zu” (*Ak*, XIX, p. 303). R. Brandt (art. cit., pp. 455 e sgg.) interpreta il diritto penale

*non fit iniuria*”: la pena coincide così con la perdita del diritto corrispondente a quello violato, che il criminale, avendo agito come se tale diritto non valesse, non può più pretendere di detenere; nessuno può lamentarsi, secondo Kant, del fatto che venga applicata a lui una massima che egli stesso ha adottato (64). Il principio del taglione fissa dunque l’entità della pena, ma non può, secondo Kant, costituirne la giustificazione: mentire a chi ci abbia mentito, ad esempio, ripagandolo con la sua stessa moneta, è di per sé ingiusto, e la natura retributiva di una simile azione non può renderla meno ingiusta (65).

La legge del taglione fornisce inoltre, secondo Kant, da un lato una garanzia contro ogni possibile arbitrio (66) e, dall’altro, un criterio meramente formale di determinazione della pena, un punto fermo al quale ancorarsi (67), di contro alla costitutiva incertezza che caratterizza tutte le decisioni prudenziali, e quindi anche l’individuazione dei mezzi più efficaci per il promuovimento della sicurezza (68).

---

kantiano come un ramo della giustizia distributiva; sulla questione del tipo di giustizia a cui il diritto penale debba essere ricondotto, cfr. J.G. WALCH, *Philosophisches Lexicon*, s. v. *Strafe*, cit., col. 1009.

(64) Cfr. J.H. TIEFTRUNK, *Philosophische Untersuchungen über das Privat- und öffentliche Recht*, cit., p. 440: lo Stato “deve infliggere al cittadino disobbediente il dolore che è effetto della sua massima, quando essa sia pensata come legge causale”; L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 258: “ogni offesa merita di essere punita con la perdita di un bene uguale a quello violato”.

(65) *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Es wird durch Vergeltung eines Unrechts die Handlung an sich nicht gerecht, und gegen das Gesetz der Moralität bleibt eine Handlung ungerecht, wemgleich der andere sich nicht über Unrecht beklagen dürfte” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 703).

(66) MS, p. 165; *Ak*, VI, p. 332: “Soltanto la legge del taglione (*ius talionis*) [...] può determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia”; MS, p. 206; *Ak*, VI, p. 363: “Decretare delle pene arbitrarie [...] è cosa letteralmente contraria al concetto di una giustizia penale”; cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*: “Dies jus talionis leidet so wenig Ausnahme, daß es dem Richter nicht einmal erlaubt ist, eine Strafe für die andere zu substituieren [...] Allen substituirten Strafmitteln fehlt es an proportion, sie arten in bloße Willkührlichkeit aus” (*Ak*, XXVII, 2.1, p. 555).

(67) Cfr. Refl. 7917: “das Recht der Wiedervergeltung [...] gar keinem Zweifel ausgesetzt ist” (*Ak*, XIX, p. 553).

(68) MS, p. 205; *Ak*, VI, p. 363: “io considero il *ius talionis*, quanto alla forma, come la sola idea che possa determinare a priori il principio del diritto penale (non derivata dall’esperienza, i cui mezzi sarebbero i più potenti a questo scopo)”.

Proprio contro il carattere aprioristico della legge del taglione era tuttavia diretta la principale obiezione dei suoi detrattori: del taglione essi rilevavano infatti da un lato l'inapplicabilità nei casi in cui non si trattasse né di lesioni fisiche, né di omicidio, e dall'altro, ritorcendo contro i suoi sostenitori il celebre "occhio per occhio", il carattere meramente illusorio della pretesa uguaglianza tra pena e delitto, giacché — ad esempio — cavare per punizione un occhio a un criminale che ne abbia uno solo equivale a infliggergli una menomazione, la cecità, ben più grave di quella causata da questi alla vittima a cui egli, per ipotesi, abbia cavato uno dei due occhi (69).

Proprio per neutralizzare una simile obiezione, Kant proponeva un'applicazione non letterale del principio del taglione, bensì tale da tener conto dell'effetto della pena sul criminale, nonché dei casi, come lo stupro, in cui il contrappasso, in quanto "delitto verso l'umanità in generale", non fosse ammissibile (70).

Quanto alla conciliabilità tra una fondazione utilitaristica del diritto di punire e un ferreo, seppur non letterale contrappasso, quale criterio unico di determinazione delle pene, Kant non pare aver nutrito mai alcun dubbio (71). La questione era invece sollevata

---

(69) V. ad es. V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen; Probe eines Kommentars über den Beccaria*, in "Deutsches Museum", Leipzig Jg. 1776, 8. St., pp. 667-694, p. 683. Cfr. anche Rph, § 101 Anm.; trad. it. cit., p. 91: "Se [...] si resta fermi all'astratta, specifica uguaglianza, allora [...] è molto facile presentare la retribuzione propria della pena (come furto per furto, rapina per rapina, occhio per occhio, dente per dente, dove per di più si può rappresentarsi l'agente come sdentato o con un occhio solo) come assurdità". Hegel ammetteva che il criterio della retribuzione dovesse essere l'uguaglianza tra pena e delitto, ma contrapponeva all'"uguaglianza nelle caratteristiche specifiche" del delitto l'uguaglianza "nelle caratteristiche essenti in sé della lesione, — secondo il valore della medesima" (Rph, § 101; trad. it. cit., pp. 90 e sgg.).

(70) MS, pp. 165 e sg., 205 e sg.; Ak, VI, pp. 332, 363. Una simile applicazione non letterale reintroduceva tuttavia proprio quelle valutazioni empiriche da cui la legge del taglione, in quanto criterio formale, avrebbe dovuto prescindere.

(71) Cfr. *Naturrecht Feyerabend*: "Er muß strafen, um Sicherheit zu verschaffen, und da muß er solche Strafen machen, die der Sicherheit des laesi in künftigen Fällen angemessen sind, das muß er nachm jure talionis ausfindig machen [...] Auf solche Art wird die beste Sicherheit geschafft" (Ak, XXVII, 2.2, pp. 1390 e sg.). V., per un'analogia congiunzione di utilitarismo e *ius talionis*, L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 249: la pena giusta è quella che costituisce un movente sufficiente per omettere l'offesa, quando sia rappresentata come conseguenza inevitabile dell'offesa stessa; p. 244: la pena è giusta quando la sua grandezza è determinata dalla grandezza

da Fichte, il quale individuava sì anch'egli il "principio materiale delle pene positive" nella "pena dell'ugual perdita" o "*poena talionis*" (72), ma ne subordinava l'applicazione alla sua conciliabilità con la salvaguardia della sicurezza pubblica. Fichte individuava infatti il fine della legge penale nella salvaguardia della sicurezza, assegnandole dunque, come Kant, la funzione di produrre il movente giuridico (73). Ma la fondazione kantiana del diritto di punire non era del tutto indipendente dal criterio di determinazione delle pene. Se infatti la *poena talionis* fosse risultata inefficace a fungere da movente, la legittimità delle pene non avrebbe più potuto essere fondata sul diritto di coazione, giacché esse, per ipotesi, non avrebbero costretto ad alcunché. La restrizione — da parte di Kant — della legittimità delle considerazioni utilitaristiche entro il rispetto del principio del taglione si limitava dunque a presupporre che tale rispetto fosse conciliabile, almeno in linea di principio, con quelle stesse considerazioni (74). Fichte, invece, assegnava la priorità alla

---

dell'offesa; p. 258: "ogni offesa merita di essere punita con la perdita di un bene uguale a quello violato". Della perfetta conciliabilità, nella teoria kantiana, del principio del taglione con la funzione deterrente della pena si dichiara convinta S. Sharon Byrd, art. cit., pp. 184, 192 e sg.; scettica, invece, S. Williams Holtman, art. cit., p. 18. I. Primoratz ha negato — in polemica con D. Scheid, art. cit. — che vi sia alcuna differenza pratica tra il presunto retributivismo parziale di Kant, che adotta una fondazione utilitaristica del diritto di punire, e il retributivismo *tout court*, giacché in entrambi è un principio retributivo a determinare interamente la comminazione e la misura della pena (*On "Partial Retributivism"*, in "ARSP-Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie", 71 (1985), pp. 373-377).

(72) J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 61; trad. it. cit., p. 229.

(73) *Ibidem*.

(74) La subordinazione della prudenza alla giustizia penale era presentata da Kant in modo analogo al rispetto della gerarchia tra le massime prescritto in campo etico, senza che egli si avvedesse degli esiti potenzialmente aporetici di una tale subordinazione nell'ambito della dottrina del diritto. Nei casi di conflitto tra i due principi, infatti, l'utilità doveva senz'altro essere sacrificata, quand'anche ciò avesse implicato l'impossibilità di far valere una considerazione utilitaristica. Così come è lecito che si persegua la propria felicità, secondo Kant, ma a tale ricerca si deve rinunciare ogni volta — fossero anche tutte — che essa collide con la legge morale, allo stesso modo è lecito perseguire, attraverso le pene, la sicurezza dello Stato, ma tale fine deve essere abbandonato ogniquale volta non sia conciliabile con il rispetto dei criteri di giustizia che lo *ius talionis* stabilisce. Se però in campo morale la possibilità che la legge morale sbarri costantemente il passo a chi cerchi la propria felicità è per Kant questione trascurabile — visto

funzione dissuasiva delle pene, e subordinava perciò l'applicazione del taglione alla sua funzione di contrappeso, ossia alla sua capacità di neutralizzare i moventi anti-giuridici <sup>(75)</sup>, prescrivendo pene più aspre nei casi di inadeguatezza del taglione al perseguimento della sicurezza pubblica <sup>(76)</sup>.

### 3. *I limiti del diritto di punire: la pena di morte*

Nel dibattito settecentesco sul diritto penale, la pena di morte <sup>(77)</sup> costituisce una questione *sui generis*, giacché da una medesima fondazione del diritto di punire si potevano trarre conseguenze opposte quanto all'ammissibilità della pena capitale. L'affermazione o la negazione della legittimità della pena di morte richiedevano infatti, rispetto alla difesa di un generico diritto di punire, un argomento ulteriore, che fissasse l'*estensione* di tale diritto. Difensori e avversari

---

che l'uomo è destinato non alla felicità, ma alla moralità (cfr. *Fondazione della metafisica dei costumi*, in SM, pp. 51 e sg.; *Ak*, IV, pp. 395 e sg.) — nell'ambito del diritto la fondazione del diritto di punire sulla necessità di un movente giuridico implica che l'eventuale inconciliabilità di giustizia e prudenza politica priverebbe di qualsiasi giustificazione l'esistenza della pena. L'inconciliabilità tra fondazione utilitaristica del diritto di punire ed elezione del taglione a criterio di commisurazione delle pene è un'aporia interna al pensiero di Kant, che non autorizza, tuttavia, né a negare la distinzione tra i due piani, né ad affermare che Kant abbia fondato il diritto di punire sul retributivismo etico.

<sup>(75)</sup> J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I,4, pp. 62 e sg.; trad. it. cit., p. 231: "L'unico fine della punizione civile, l'unica misura della sua entità, è la salvaguardia della possibilità della sicurezza pubblica".

<sup>(76)</sup> *Ivi*, in GA, I,4, p. 63; trad. it. cit., p. 231: "Quella violazione fine a se stessa è invece da punire più duramente perché il timore della pena più leggera, quella dell'ugual perdita, non garantisce, di fronte ad essa, una sicurezza sufficiente".

<sup>(77)</sup> Enorme impulso fu dato alla discussione dallo scritto di CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764, più volte tradotto e commentato in lingua tedesca. V., sul tema, Cesare Beccaria. *Die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*, a cura di G. Deimling, Heidelberg 1989; A. WANDRUSZKA, *Beccaria e la Germania*, in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera "Dei delitti e delle pene"*. Torino, 4-6 ottobre 1964 (=Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche, Serie 4, n. 9), Torino 1966, pp. 295-303; B. KREUTZIGER, *Bibliographie zur Rezeptions- und Wirkungsgeschichte der Abhandlung "Dei delitti e delle pene" Cesare Beccarias und zur Strafrechtsreformbewegung im deutschsprachigen Raum des 18. Jahrhunderts*, in "Das Achtzehnte Jahrhundert", 12 (1988), Heft 1, pp. 89-116.

della pena di morte si trovano perciò uniformemente distribuiti tra i sostenitori delle due teorie del diritto di punire, fondate sul diritto naturale di coazione e, rispettivamente, su un contratto.

La pena di morte pareva giustificata, a partire dal diritto naturale di coazione, non appena si fosse affermato il carattere illimitato di tale diritto, trasmissibile dai singoli allo Stato<sup>(78)</sup>; se tuttavia in un ipotetico stato di natura il diritto all'autodifesa si estendeva necessariamente fino alla soppressione dell'altro, almeno nel caso in cui la sua innocuità non fosse stata perseguibile in altro modo, lo Stato era invece in grado di rendere inoffensivo il criminale, una volta che questi fosse stato in suo potere, anche senza togliergli la vita. Di qui la tesi di chi, pur ammettendo un diritto naturale all'autodifesa, negava la legittimità della pena di morte<sup>(79)</sup> o ne restringeva l'ambito di applicazione ai casi in cui lo Stato si fosse trovato, come il singolo, a non poter garantire altrimenti la propria sicurezza<sup>(80)</sup>.

---

(78) V. ad es. J. MÖSER, *Patriotische Phantasien*, Stuttgart 1970, pp. 199 e sg.: "il diritto alla vendetta privata si estende, nello stato di natura, quanto la forza"; una volta trasferito allo Stato tale diritto, ciò che abbisogna di una giustificazione non sono perciò per Möser le esecuzioni, bensì i casi in cui il criminale sia conservato in vita; J.F. RUNDE, *Die Rechtmäßigkeit der Todesstrafen*, cit., p. 283; anonimo, *Etwas über die Anwendung der Todesstrafen und peinlichen Gesetze*, in "Archiv für die theoretische und praktische Rechtsgelehrsamkeit", 2. Teil, 1788, pp. 222-257; p. 214; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, cit., p. 113.

(79) Cfr. J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, cit., p. 253: "lo Stato [...] ha, come ogni uomo, una piena facoltà [Befugniss] di legittima difesa. Ma non di questa *legittima difesa* si tratta nella domanda sulle *pene* di morte"; V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 685; a partire dal diritto naturale dei singoli all'autodifesa, J. Von Sonnenfels aveva riconosciuto allo Stato il diritto di punire con la morte, quando ciò fosse stato necessario per la sicurezza comune, negando però contestualmente che un simile caso, una volta catturato il criminale, si desse mai (*Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, cit, pp. 497 e sg.); H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, in "Berlinische Monatsschrift", 2 (1795), pp. 312-346; pp. 321 e sg.

(80) Cfr. H. STEPHANI, *Anmerkungen zu Kants metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre*, cit., pp. 120 e sgg.: la pena di morte "può aver luogo solo quando la sicurezza non possa essere ristabilita attraverso un male minore" (p. 121). L'espressione "sicurezza" è in realtà ambigua — come notava J.A. Bergk in *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 216 e sg., e in *Über Strafen, als bloße Sicherheitsmittel des Staats; zur Antwort auf des Herrn Direktor Klein's Aufforderung. Nebst einigen vorläufigen Bemerkungen von E. F. Klein*, in "Archiv des Criminalrechts", 2. Bd., 3. St., (1800), pp. 144-160 — e ad essa ricorrevano sia gli oppositori della pena di morte,

Nell'ambito del contrattualismo la discussione sulla pena di morte verteva invece sulla possibilità psicologica, da un lato, e sulla liceità morale, dall'altro, del consenso, da parte dei contraenti, alla pena capitale. Dato l'interesse dei cittadini alla protezione dei loro diritti individuali, la verosimiglianza o inverosimiglianza psicologica dell'accettazione di una clausola sulla pena di morte dipendeva dalla tesi dell'indispensabilità, o, rispettivamente, del carattere superfluo della pena di morte per il mantenimento della sicurezza pubblica; un ipotetico contraente si sarebbe infatti sottoposto al rischio di perdere la vita solo qualora l'avesse considerato indispensabile per la salvaguardia dei propri diritti<sup>(81)</sup>. La liceità morale di un simile consenso dipendeva invece — oltre che dalla dimostrazione della sua inassimilabilità al suicidio<sup>(82)</sup>, condannato pressoché unanimemente — dallo statuto del diritto alla vita. Quel contratto che avesse attribuito allo Stato la facoltà di punire con la morte era infatti dichiarato nullo da chi considerava la vita come un diritto inalienabile<sup>(83)</sup>, o la collocava al di fuori dell'ambito dei diritti civili, sotto la sola giurisdizione di Dio<sup>(84)</sup>.

---

disposti ad ammettere quest'ultima solo quando in pericolo fosse stata l'esistenza stessa dello Stato, che i sostenitori della pena capitale, i quali identificavano la salvaguardia della sicurezza con la funzione genericamente intimidatoria svolta dalle pene.

(81) V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 681: "appare incomprensibile il perché si dovrebbe aver dato [...] allo Stato il libero potere [...] di derubare della vita, per certe azioni, senza necessità e senza utilità".

(82) Cfr., per la tesi contraria, H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., pp. 327 e sg.: "Quando però il cittadino dà all'autorità il mandato di ucciderlo [...] in certi casi esattamente predeterminati, [...] è come se egli in tali casi [...] si suicidasse. [...] Egli ha perciò trasferito all'autorità un diritto che egli stesso non aveva".

(83) Cfr. G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, p. 110; T. von HIPPEL, *Nachrichten die von K. Untersuchung betreffend. Ein Beitrag über Verbrechen und Strafen*, 1792, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 160: "Lo Stato non ha che diritti contrattuali e trasferiti", ma il diritto di vita e di morte non può essergli stato trasferito, perché "la vita non è una proprietà dell'uomo"; J.C.G. SCHAUMANN, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, pp. 254 e sg.

(84) H.A. VEZIN, *Das peinliche Halsrecht der Teneriffaner, ein Märchen, wie es mehrere giebt; mit Anmerkungen*, Osnabrück 1783, pp. 73 e sg.: la pena di morte non è giustificata che negli Stati teocratici, che stanno sotto il diretto governo di Dio; in tutte le altre costituzioni, essa costituisce una lesione dei diritti dei sudditi e, ad un tempo, della maestà di Dio; *idem*, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., p.



Un posto a parte, tra i sostenitori della pena di morte, era occupato da coloro che, negando che la morte potesse costituire una pena, respingevano l'espressione “*pena di morte*”, riconoscendo tuttavia allo Stato il diritto di uccidere il delinquente, trasformatosi, attraverso il delitto, da cittadino in nemico <sup>(85)</sup>.

Quanto al panorama teorico complessivo, si può senz'altro concordare con la diagnosi che ne faceva Bergk nel 1798: i difensori della pena di morte erano ben più numerosi dei suoi detrattori <sup>(86)</sup>, e gli argomenti di entrambi i partiti miravano in genere ad affermare o negare la necessità, l'utilità o la liceità morale della pena di morte, assai più che la sua legittimità giuridica <sup>(87)</sup>. Lo stesso Beccaria —

---

327; J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Erster Theil, pp. XXII e sg.; 170 e sg.; Zweiter Theil, pp. 185 e sgg.; V. BARKHAUSEN, *Über die Abschaffung der Todesstrafen*, cit., p. 688.

<sup>(85)</sup> Varianti di tale tesi, di derivazione rousseauiana, erano sostenute da K.A. CÄSAR, *Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt*, 4. Bd., Leipzig 1787, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 134 e sg.: “L'espressione *pena di morte*, presa alla lettera, contiene un concetto contraddittorio. *La pena* presuppone uno stato *ordinario*, *l'uccisione* uno *straordinario*”; T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, cit., p. 113: “attraverso la violazione della legge [...] il trasgressore del contratto della società spezza il legame che lo univa a questa, diventa suo nemico, ed essa è dunque autorizzata contro di lui come contro un nemico”; *idem*, *Das natürliche Staatsrecht*, cit., p. 82: “lo Stato ha la facoltà di procedere contro il *delinquente* [...] come contro un nemico. Lo Stato è in stato di guerra contro di lui”; J.H. ABICHT, *Die Lehre von Belohnung und Strafe in ihrer Anwendung auf die bürgerliche Vergeltungsgerechtigkeit...*, 2. Band, Erlangen 1797, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 179: “L'autorità [...] non ha alcun *diritto alla pena di morte*: poiché la morte non può affatto essere una pena”, ma “è comunque autorizzata a usare la morte come un *giusto mezzo per la sicurezza*”; J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 74; trad. it. cit., p. 243: “se lo Stato uccide il criminale non lo fa *come Stato*, ma come *forza fisica più grande*, come mera forza naturale. [...] La morte del condannato non è affatto una pena, ma soltanto una misura di sicurezza. Ciò ci dà l'intera teoria della pena di morte. Lo Stato come tale, come giudice, non uccide; esso, semplicemente, dichiara nullo il contratto”.

<sup>(86)</sup> J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, p. 207.

<sup>(87)</sup> *Ivi*, pp. 196 e sg.; 206 e sg.; 224. Cfr. J.G.H. FEDER, *Über die Todesstrafen*, cit., p. 40: “Alla fine la ricerca sulla legittimità delle pene di morte nello Stato si fonda dunque interamente, malgrado i diversi fondamenti dei diritti di punire, sulla sola questione di quanto esse siano necessarie o evitabili”; H.A. VEZIN, *Das Recht am Leben zu strafen, systematisch erwogen*, cit., p. 331, osservava come si fosse soliti dedurre la legittimità della pena di morte dalla sua inevitabilità; K.H. Heydenreich aveva formulato la distinzione — senza tuttavia rispettarla, secondo Bergk — tra la conformità della pena

osservava Bergk — aveva affermato che la pena di morte sarebbe stata giusta nel caso in cui fosse stata necessaria, rovesciando così il corretto ordine delle questioni, giacché la legittimità era da accertare preliminarmente, e la domanda sulla necessità dell'ingiusto non poteva perciò neppure essere posta <sup>(88)</sup>.

La posizione di Kant — a favore, com'è noto, della pena di morte — era, da un lato, comune, quanto al suo contenuto, a quella della maggioranza dei suoi contemporanei, e originale, invece, quanto agli argomenti su cui egli rifiutava di fondarla. Per Kant, infatti, la questione della pena di morte non poneva, rispetto alla fondazione del diritto di punire, il problema ulteriore dell'estensione di tale diritto, né richiedeva un esame del carattere necessario o superfluo della pena di morte ai fini del mantenimento della sicurezza pubblica; l'utilità della pena di morte come mezzo di intimidazione era infatti una questione empirica, irrilevante sul piano razionale puro del diritto. La pena di morte non era che un tipo specifico di pena, e la questione non solo della sua legittimità in astratto, ma altresì dei casi in cui essa fosse da applicare <sup>(89)</sup> era automaticamente risolta attraverso il criterio a priori di determinazione della qualità e quantità della pena, che Kant individuava, come abbiamo visto, nello *ius talionis*. In base a tale principio, la pena di morte è l'unica pena adeguata a un assassinio, giacché “non c'è

---

di morte a uno scopo e la sua conformità al diritto, ossia tra utilità e giustizia (*Grundsätze des natürlichen Staatsrechts*, Erster Theil, Leipzig 1795, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 163 e sgg., 259 e sgg.).

<sup>(88)</sup> J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Erster Theil, pp. 172 e sg. in nota. V. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi 1994, par. 28, pp. 62 e sg. Cfr. J.E.F. SCHALL, *Von Verbrechen und Strafen, eine Nachlese und Berichtigung zu dem Buche des Marchese Beccaria eben dieses Inhalts*, Leipzig 1779, riportato in J.A. BERGK, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung...*, cit., Zweiter Theil, pp. 103 e sg.: “La pena di morte [...] è l'unica pena [...] efficace e sicura e la sua giustizia riposa sulla sua necessità”.

<sup>(89)</sup> Non possiamo soffermarci qui sui casi del duello e dell'infanticidio, che Kant esaminava separatamente, concludendo comunque che “l'imperativo categorico della giustizia penale (che l'uccisione di un altro dev'essere punita con la morte) sussiste sempre” (MS, pp. 170 e sg.; *Ak*, VI, pp. 335 e sgg.). Sul tema, cfr. R. BRANDT, *El desafío de Kant ante la pena de muerte para los duelos y el infanticidio*, in *Ética y Antropología: un dilema kantiano*, a cura di R.R. Aramayo e F. Oncina, Granada, Comares 1999, pp. 1-22.

nessuna *omogeneità* tra una vita per quanto penosa, e la morte; e di conseguenza non esiste altra uguaglianza fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale”<sup>(90)</sup>. Se la legge del taglione individua i delitti meritevoli della pena capitale, l’identità di legge giuridica e legge penale implica che la rinuncia a punire coincida con la negazione della legge stessa, ossia con la dichiarazione della liceità della trasgressione della legge. È perciò che “l’ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe [...] venir giustiziato”, secondo Kant, quand’anche “la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri”<sup>(91)</sup>, perché — come abbiamo visto — in quanto mezzo di costrizione la pena costituisce, dal punto di vista dinamico, l’essenza stessa del diritto.

La soppressione della vita di un essere razionale non viola necessariamente, secondo Kant, il diritto dell’umanità nella persona del delinquente<sup>(92)</sup>. Nell’assiologia kantiana, infatti, a nulla di ciò che sia disgiunto da una volontà buona si può ascrivere valore assoluto<sup>(93)</sup>. Neppure la vita, dunque, è un bene in sé, quando non se ne sia degni<sup>(94)</sup>: “l’essenziale non è che l’uomo viva a lungo [...], ma che, finché vive, viva onorevolmente, rispettando la dignità dell’umanità; se non può più vivere così, egli non può più vivere affatto e la sua vita morale è giunta al termine”<sup>(95)</sup>.

Per chi avesse voluto sostenere la legittimità della pena di morte, il confronto con Cesare Beccaria era, al tempo di Kant, imprescin-

<sup>(90)</sup> MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 333.

<sup>(91)</sup> MS, pp. 166 e sg.; *Ak*, VI, p. 333. Cfr. Refl. 7917, in *Ak*, XIX, p. 553. Cfr., sul tema, R. ZACZYK, *Staat und Strafe-Bemerkungen zum sogenannten "Inselbeispiel" in Kants Metaphysik der Sitten*, in *Freiheit, Gleichheit, Selbständigkeit. Zur Aktualität der Rechtsphilosophie Kants für die Gerechtigkeit in der modernen Gesellschaft*, a cura di G. Landwehr, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht 1999, pp. 73-87.

<sup>(92)</sup> Per la tesi dell’incompatibilità tra la difesa della pena di morte e i capisaldi della dottrina morale di Kant, v. S.S. SCHWARZSCHILD, *Kantianism on the Death Penalty (and Related Social Problems)*, in “ARSP-Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie” 71 (1985), pp. 343-372.

<sup>(93)</sup> *Ak*, IV, p. 393; SM, p. 49.

<sup>(94)</sup> V. Refl. 7191: “Das Leben ist an sich nicht ein Gut, sondern so fern man dessen würdig ist” (*Ak*, XIX, p. 268).

<sup>(95)</sup> I. KANT, *Lezioni di etica*, trad. it. a cura di A. Guerra, Bari, Laterza 1998, p. 179.

dibile, e lo stesso Kant non vi si sottraeva <sup>(96)</sup>. Agli argomenti utilitaristici di Beccaria Kant non replicava, avendo già chiarito come la determinazione della pena in base considerazioni empiriche non potesse fornire che principi “oscillanti”, costitutivamente inadeguati a “determinare con precisione la qualità e la quantità della punizione” <sup>(97)</sup>.

Contro la pena di morte Beccaria aveva formulato anche un argomento di natura contrattualistica, sostenendo anzitutto l'impossibilità psicologica del consenso alla pena capitale, e, in secondo luogo, l'impossibilità morale, ossia la non liceità, di un simile consenso. Condividendo con Beccaria il ricorso all'idea del contratto originario, Kant si vedeva costretto a confutare la tesi che tale idea implicasse l'illegittimità della pena di morte. A differenza degli altri difensori, in ambito contrattualistico, della pena di morte, Kant non riteneva tuttavia di dover dimostrare la possibilità psicologica e morale del consenso alla pena di morte. L'idea del contratto — sosteneva infatti Kant — non implica affatto che la legge, e quindi anche la legge penale, siano costruttivisticamente oggetto del consenso; l'idea del contratto non è che l'idea dell'atto “col quale il popolo stesso si costituisce in uno Stato” <sup>(98)</sup>. Quanto al contenuto della legge, non è affatto in questione quale legge adottare in sede di contratto originario, poiché è la ragione a presentare all'uomo una legge, alla quale egli deve solo sottomettersi <sup>(99)</sup>. Il principio universale del diritto esiste, secondo Kant, indipendentemente dal consenso delle parti, che non può quindi vertere sul contenuto della legge stessa, bensì soltanto sull'uscita dallo stato di natura e sulla

---

<sup>(96)</sup> Delle obiezioni kantiane agli argomenti di Beccaria si trovano abbozzi e varianti nel *Naturrecht Feyerabend* (*Ak*, XXVII, 2.2, p. 1391) e nelle Refl. 7912 e sgg., 8031 (*Ak*, XIX, pp. 551 e sgg., 586 e sg.). Sul rapporto tra Kant e Beccaria, cfr. R. MONDOLFO, *Beccaria e Kant*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 5 (1925), fasc. IV, pp. 617-619; J. EBBINGHAUS, *Die Strafen für Tötung eines Menschen nach Prinzipien einer Rechtsphilosophie der Freiheit*, Kant-Studien. Ergänzungshefte 94, Bonn, Bouvier 1968, pp. 91-104; M.A. CATTANEO, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale*, cit.; I. PRIMORAC, *Kant und Beccaria*, in “Kant-Studien”, 69 (1978), pp. 403-421.

<sup>(97)</sup> MS, p. 166; *Ak*, VI, p. 332.

<sup>(98)</sup> MS, p. 145; *Ak*, VI, p. 315.

<sup>(99)</sup> Per l'interpretazione contraria, cfr. S. WILLIAMS HOLTMAN, art. cit., pp. 8, 10 in nota.

sottomissione “a una costrizione esterna pubblicamente legale” (100). La posizione di Beccaria costituisce perciò per Kant uno “snaturamento del diritto”, perché subordina a un accordo tra i contraenti e ad una valutazione dei loro rispettivi interessi l’elaborazione di una legge che ha invece il medesimo statuto della legge morale, e un “sofisma”, giacché assimila la legge penale al risultato di una risoluzione della volontà, invece che all’oggetto di un giudizio della ragione, con la paradossale conseguenza di ricondurre la pena ad un male che sia voluto dal delinquente medesimo (101).

Quanto all’appello alla coscienza comune, ossia al generale disprezzo per il carnefice (102), di cui Beccaria si era servito contro la pena di morte, Kant opponeva a tale riferimento ai sentimenti dei cittadini un doppio rimando, ai cittadini e soprattutto al condannato, che più di ogni altro, quanto meno per interesse, avrebbe dovuto sostenere l’ingiustizia della propria sorte. Invece, secondo Kant, “non si è mai udito che un condannato a morte per assassinio si sia lamentato che la pena fosse troppo forte e quindi ingiusta; se egli tenesse un tale linguaggio ognuno gli riderebbe in faccia” (103).

A tale affermazione replicò Fichte, il quale concedeva che con la pena di morte non si facesse alcun torto all’assassino (104), ma negava che gli uomini potessero arrogarsi il diritto di *punire* con la morte, usurpando in tal modo la prerogativa divina del governo morale del mondo (105). Con ciò Fichte accusava Kant di confondere morale e diritto, e di porre a fondamento della giustizia penale la retribuzione che avrebbe avuto luogo “in un ordinamento morale del mondo, sotto un giudice onnisciente in base a leggi morali”. Fichte interpretava così la posizione kantiana alla luce delle affermazioni di L.H.

(100) MS, p. 140; *Ak*, VI, p. 312.

(101) MS, pp. 168 e sgg.; *Ak*, VI, p. 334 e sg.

(102) “Quali sono i sentimenti di ciascuno sulla pena di morte? Leggiamoli negli atti d’indignazione e di disprezzo con cui ciascuno guarda il carnefice, che è pure un innocente esecutore della pubblica volontà, un buon cittadino che contribuisce al bene pubblico” (*Dei delitti e delle pene*, cit., p. 67).

(103) MS, p. 168; *Ak*, VI, p. 334.

(104) Cfr. L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 245.

(105) J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, pp. 76 e sg.; trad. it. cit., pp. 246 e sg.

Jakob, il quale aveva definito per l'appunto la pena come la “conseguenza giuridica” di un’offesa “in un ordine morale” <sup>(106)</sup>. Lo stesso Jakob, tuttavia, avrebbe distinto — verosimilmente sollecitato a ciò dalla critica di Fichte — le pene morali dalle pene giuridiche, chiarendo il significato della propria tesi in termini non sospettabili di retributivismo etico:

Una pena è [...] giusta quando può essere pensata come possibile in un ordine *giuridico*. [...] Un male, la cui rappresentazione — quando l’offensore se lo fosse rappresentato come una conseguenza certa e inevitabile della sua offesa — sarebbe stata un movente a lui sufficiente per omettere l’offesa, può essere pensato come possibile in un ordine *giuridico* per mezzo di una legge. In un tale ordine il fine sommo e ultimo è infatti *il libero [...] esercizio dei diritti* di tutti in armonia <sup>(107)</sup>.

La pena di morte era dunque legittimata, per Jakob come già per Kant, non dalla necessità morale della retribuzione etica, bensì dall’assunzione del principio del taglione quale criterio di determinazione delle pene. Fichte, che pur condivideva l’accettazione della regola del taglione, e che, come abbiamo visto, riconosceva allo Stato il diritto di uccidere il criminale <sup>(108)</sup>, non poteva tuttavia ammettere la legittimità della *pena* di morte, poiché egli fondava il diritto di punire su un *contratto di espiazione* <sup>(109)</sup> che riconosceva ai cittadini il diritto ad essere puniti, anziché esclusi dallo Stato, per le loro trasgressioni. La nullità del contratto nei riguardi degli assassini e dei criminali incorreggibili comportava per Fichte la loro esclusione

<sup>(106)</sup> L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 244.

<sup>(107)</sup> L.H. JAKOB, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1802<sup>2</sup>, pp. 209 e sg. (corsivi miei). Nella prima edizione, del 1795, il riferimento era stato all’ordine morale, anziché all’ordine giuridico: “Una pena è [...] giusta quando può essere pensata come possibile in un ordine *morale*. [...] Un male, la cui rappresentazione — quando l’offensore se lo fosse rappresentato come una conseguenza certa e inevitabile della sua offesa — sarebbe stata un movente a lui sufficiente per omettere l’offesa, può essere pensato come possibile in un ordine *morale* per mezzo di una legge. In un ordine *morale* il fine sommo e ultimo è infatti *la libera [...] attività di tutti gli esseri morali* in armonia” (p. 249, corsivi miei).

<sup>(108)</sup> V. più indietro, n. 82.

<sup>(109)</sup> J.G. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., in GA, I.4, p. 60; trad. it. cit., p. 228.

dallo Stato, ossia la loro espulsione dal paese, ma non la loro soppressione, se non per legittima difesa <sup>(110)</sup>.

Per Kant, invece, la legge penale non derivava da un contratto, ma costituiva, in quanto istituzione di un meccanismo coattivo, l'essenza stessa del diritto <sup>(111)</sup>. La fondazione del diritto di punire non richiedeva perciò che alla regola dell'uguaglianza tra pena e delitto — giustificata in quanto criterio formale, e quindi a priori, di determinazione delle pene — si desse mai alcuna eccezione.

---

<sup>(110)</sup> *Ivi*, in GA, I.4, pp. 73 e sg. ; trad. it. cit., p. 243. Sull'illegittimità della pena di morte in Fichte, cfr. A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et de Fichte en 1793*, Paris, J. Vrin 1968, pp. 172-174.

<sup>(111)</sup> Cfr. *Sul detto comune*, in *Ak*, VIII, pp. 289 e sg., trad. it. a cura di F. Gonnelli, in I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 137.