

verifiche

2004

verifiche

rivista trimestrale
di scienze umane

Direttore responsabile: Mario Rigoni

Amministrazione: Casella postale 269 - 38100 Trento
c.c.p. 16677387

Autorizzazione Tribunale di Trento n. 168 del 13.7.72

Poste Italiane - Spedizione in A.P. 70% - Filiale Varese

Esedra s.r.l. - Gallarate (VA) - Via Statuto, 7

Anno XXXIII - N. 3-4 Luglio-Dicembre 2004

www.verificheonline.net

In caso di mancato recapito
si prega di restituire al mittente
che si impegna a corrispondere
il diritto fisso Ufficio P.T. Trento

PREZZO € 21,00

Poste Italiane - Spedizione in A.P. 70%
Filiale Varese
Tassa pagata - Taxe perçue

ANNO XXXIII - N. 3-4
TRENTO

H.F. Klemme

Internalismo motivazionale. Profilo di un punto di
vista kantiano

S. Nanti

Ermeneutica biblica e concezione della religione
in Kant

D. Tafani

Diritto, coazione e pena in Fichte

F. Menegoni

Il problema dell'origine del male in Hegel

verifiche 3-4 - 2004

DIREZIONE

Franco Chiereghin
Michele Lenoci
Giuliano Rigoni
Eddo Rigotti
Armando Vadagnini

REDAZIONE

Carlo Bertol

Segretaria di redazione: Valentina Chizzola
Indirizzo di posta elettronica: verifiche.tn@libero.it

 Associato alla Unione Stampa Periodica Italiana

La Direzione e l'Amministrazione della Rivista
hanno sede in Trento, Casella Postale 269, tel. 0464-918271.
Un fascicolo euro 10,50 (doppio euro 21,00)
Arretrato euro 21,00 (doppio euro 42,00)
Abbonamento annuo (quattro numeri) euro 31,00
Estero euro 36,50 - Sostenitore euro 42,00
Versamenti sul C.C.P. 16677387 intestato a *Verifiche*.

verifiche

Anno XXXII, N. 3-4 Luglio-Dicembre 2004

Dir. Responsabile: Mario Rigoni • Amministrazione: Casella Postale 269 - 38100
Trento - c.c.p. 16677387 • Autorizzazione Tribunale di Trento n. 168 del 13.7.72 •
Spedizione in abbonamento postale gr. IV - Pubblicità inf. al 70% • Composizione e
stampa: Esedra srl - Gallarate (VA) - Via Statuto 7 • A. XXXIII N. 3-4-2004

SAGGI

- 179 *Internalismo motivazionale. Profilo di un punto di vista kantiano*
di Heiner F. Klemme
- 207 *Ermeneutica biblica e concezione della religione in Kant*
di Stefano Nanti
- 249 *Diritto, coazione e pena in Fichte*
di Daniela Tafani
- 293 *Il problema dell'origine del male in Hegel*
Francesca Menegoni

DISCUSSIONI

- 317 *Liberals versus communitarians: una dicotomia insuperabile?*
di Silvia Mocellin
- 351 *Ritorno, ascesa a Dio e interiorità in Bonaventura da Bagnoregio*
di Giuseppe Beschin

RECENSIONI

- 359 R. HANNA, *Kant and the Foundations of Analytic Philosophy*,
Clarendon Press, Oxford 2001, pp. XV, 312. (Alberto Vanzo)

- 364 L. KREIMENDAHL, *Kant-Index*. Band 38: Stellenindex und Konkordanz zu "Der einzig mögliche Beweisgrund zu einer Demonstration des Daseins Gottes", erstellt in Zusammenarbeit mit H.-W. Bartz, H. P. Delfosse und M. Oberhausen, unter Mitwirkung von K. Weckesser, Frommann - Holzboog, Stuttgart - Bad Cannstatt 2003, pp. LVI-531; K. WORM - S. BOECK (Hrsg.), *Kant im Kontext II. Werke, Briefwechsel u. Nachlaß. Komplettausgabe*, Karsten Worm - InfoSoftWare, Berlin 2003 (edizione elettronica su CD ROM per Windows XP, 95, 98, 2000, ME, NT 4.0 e successivi). (Alberto Vanzo)
- 369 L. LUGARINI, *Orizzonti hegeliani di comprensione dell'essere. Rileggendo la "Scienza della logica"*, Guerini e Associati, Milano 1998, pp. 524 (Francesca Michelini).
- 379 Indice dell'annata

INTERNALISMO MOTIVAZIONALE. PROFILO DI UN PUNTO DI VISTA KANTIANO*

di Heiner F. Klemme

*Introduzione*¹

Negli ultimi anni un problema a lungo dibattuto ha nuovamente attirato l'interesse dei filosofi. Si tratta del problema della motivazione morale, centrale in filosofia morale e in etica, perché nessuno può ragionevolmente sostenere una certa teoria delle ragioni morali, degli obblighi o delle virtù senza chiarire, allo stesso tempo, in che modo le persone siano motivate a fare ciò che secondo i filosofi è meglio o è giusto che esse facciano. In termini generali il dibattito moderno sulla motivazione morale riguarda due concetti alternativi di motivazione. Da una parte vi è una spiegazione internalista della motivazione morale. Questa spiegazione afferma che le ragioni pratiche sono interne ai nostri desideri, interessi e disposizioni. Poiché desideri, interessi e disposizioni sono poteri causali, conoscere una ragione morale significa, allo stesso tempo, essere motivati in un certo modo. Comunemente, gli studiosi di Aristotele e David Hume sono internalisti². Dall'altra parte vi sono spiegazioni esternaliste

* Traduzione italiana di Stefano Nanti e Alberto Vanzo.

¹ Versione riveduta di una conferenza tenuta il 14 maggio 2004 presso il Dipartimento di Filosofia dell'Università degli Studi di Padova per il seminario "Lecture e lezioni kantiane" coordinato dal Prof. Gabriele Tomasi (Dottorato di Ricerca in filosofia dell'Università Ca' Foscari di Venezia, sede consorzata Università di Padova). Sono grato al Prof. Gabriele Tomasi e ai partecipanti al seminario per la discussione della mia relazione.

² Cfr. P. FOOT, *Morality as a System of Hypothetical Imperatives*, in ID., *Virtues and Vices*, Oxford 1978, pp. 157-173, e B. WILLIAMS, *Internal and External Reasons*, in

piano pratico, è ammessa l'utilità di tale rivelazione come mezzo per l'introduzione e diffusione della religione morale, senza rendere, però, la fede in essa condizione della salvezza per ogni uomo.

DIRITTO, COAZIONE E PENA IN FICHTE

di Daniela Tafani

1. Il principio del diritto

Nella seconda edizione del *Saggio di una critica di ogni rivelazione*, Fichte definiva il diritto, com'era consuetudine pressoché da un decennio tra i giuristi kantiani¹, in modo meramente residuale, assimilandolo a ciò che non fosse né imposto, né proibito dalla legge morale, ossia a ciò che risultasse "lecito in

¹ V. ad es. G. Hufeland, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, Leipzig 1785, p. 32: il diritto è "nel senso più generale, la qualità di un'azione l'esercizio della quale non ci viene impedito da nessun dovere"; C.C.E. Schmid, *Versuch einer Moralphilosophie*, Jena 1792², p. 442: "Diritto in senso morale è ciò che è determinato dalla stessa necessità morale come moralmente possibile, perciò come una *facoltà* moralmente *necessaria*"; J.C.G. Schaumann, *Wissenschaftliche Naturrecht*, Halle 1792, par. 140: "Diritto è la possibilità morale di agire secondo impulsi naturali"; lo stesso Fichte avrebbe definito il diritto, di lì a poco, in riferimento all'impulso, in *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften*, a cura di R. Lauth, H. Jacob, H. Gliwitsky, Frommann-Holzboog, Stuttgart-Bad Cannstatt 1962 e sgg. (d'ora in poi GA), I, 1, p. 150; *Saggio di una critica di ogni rivelazione*, trad. it. a cura di M.M. Olivetti, Laterza, Roma-Bari 1998 (qualora opportuno, le traduzioni sono tacitamente modificate), p. 144: "in quanto, mediante il suo silenzio, la legge dà un diritto all'impulso, questo è meramente *legittimo*; mediante questo silenzio il godimento diviene meramente *possibile* (sotto il profilo morale)"; K.L. Reinhold, *Briefe über die kantische Philosophie*, Leipzig 1792, p. 445: "diritto è ciò che, per la legge morale, è possibile attraverso la libertà della volontà"; p. 448: "Diritto in senso stretto [...] è ciò che è reso dalla legge morale [...] *meramente possibile*"; T. Schmalz, *Das reine Naturrecht*, Königsberg 1792, di cui la seconda edizione, del 1795, è ristampata in *idem*, *Das Recht der Natur*, Scientia, Aalen 1969, p. 36: "La possibilità morale, la situazione in cui egli moralmente può [darf], si chiama un *diritto*, una *facoltà*"; Schmalz proseguiva ammettendo l'esistenza di "Permissiv-Gesetze". Sull'influenza della dottrina giuridica del kantiano professor Schmalz sul pensiero di Fichte, cfr. R. Strecker, *Die Anfänge von Fichtes Staatsphilosophie*, Leipzig 1916, pp. 39 e sgg. Strecker non accenna al peso della filosofia di Reinhold - che credo tuttavia non sia da sottovalutare - nelle prime elaborazioni giuridiche fichtiane.

ragione del silenzio della legge". Nell'affermare l'esistenza di un diritto "a tutto ciò che *non è ingiusto*"², Fichte si poneva tuttavia,

di passaggio, una domanda: il primo principio del diritto naturale deve essere un imperativo o una tesi? Questa scienza deve essere presentata nel tono della filosofia pratica o di quella teoretica?³

La domanda tradiva il disagio di Fichte per la derivazione del diritto dalla morale⁴, che anch'egli aveva sottoscritto nei *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese* e a cui accennava in quelle stesse pagine. Nei *Contributi* il diritto era stato infatti assimilato alla liceità morale, in virtù dell'assunzione che la legge morale costituisse la sola legge degli esseri razionali e che dunque, tacendo questa, non si imponesse all'uomo alcuna altra forma di obbligatorietà, per cui "tutto ciò che la legge non proibisce, noi lo possiamo fare. A tutto ciò che possiamo fare, poiché questo potere è *sancito dalla legge*, abbiamo *un diritto*"⁵.

Se, tuttavia, il diritto scaturiva dal *tacere* dell'unica legge vincolante per l'uomo, in che senso era ascrivibile al diritto medesimo un carattere imperativo? La legge, di per sé, non concede alcun permesso: essa comanda assolutamente o tace,

² GA, I, 1, p. 150; *Saggio di una critica di ogni rivelazione*, trad. it. cit., p. 144.

³ *Ibidem*, in n.

⁴ Cfr. ad es. K.L. Reinhold, *Briefe über die kantische Philosophie*, cit., p. 460, in cui Reinhold sosteneva che diritto e dovere derivassero dalla medesima legge e deplorava che la moralità del lecito fosse stata trascurata, fino ad allora, dai filosofi morali.

⁵ GA, I, 1, p. 220; *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, trad. it. a cura di V.E. Alfieri, in J.G. Fichte, *Sulla rivoluzione francese, Sulla libertà di pensiero*, Laterza, Bari 1966 p. 67: "in quanto esseri ragionevoli noi siamo assolutamente e senza alcuna eccezione sottoposti a questa legge, dunque non possiamo, in quanto tali, essere sottoposti ad alcun'altra; là dove pertanto questa legge tace, noi non siamo sotto un'altra legge, siamo nella sfera del lecito [...] ciò che la legge morale puramente ci permette, abbiamo il diritto di farlo". Sul passaggio dai *Contributi* al *Fondamento del diritto naturale*, cfr. A. Renaut, *Le système du droit: philosophie et droit dans la pensée de Fichte*, Presses Universitaires de France, Paris 1986, pp. 227 e sgg.

ma, quanto a ciò su cui essa tace, siamo lasciati "in balia del nostro libero arbitrio"⁶.

Negli scritti del 1795, che prepararono e accompagnarono la stesura del *Diritto naturale*, Fichte sostenne perciò che il diritto fosse da opporsi al dovere - e pertanto non derivabile da una medesima fonte - in quanto privo di un elemento normativo⁷, giacché ciò che è doveroso, lo si *deve* fare, mentre ciò a cui si ha diritto si può anche non farlo⁸: il concetto di una *lex permissiva*

⁶ GA, I, 1, p. 220; *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, p. 67. Cfr. K.L. Reinhold, *Briefe über die kantische Philosophie*, cit., p. 449: "Il diritto è [...] la libertà naturale sotto la sanzione della legge morale. [...] Posso compiere o omettere l'azione alla quale ho un diritto". Per una panoramica sui differenti tentativi, tra i contemporanei di Fichte, di conciliare il carattere categorico dell'imperativo morale con quello apparentemente permissivo della legge giuridica, cfr. K.H. Heydenreich, *System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, Leipzig 1794, pp. 104 e sgg. La tesi, ammessa già da Cicerone (*De inventione*, II, 49), che tra le funzioni della legge vi fosse, oltre al comando, altresì il permesso, era stata posta in dubbio da H. Grotius (*De jure belli ac pacis*, 1625, lib.1, cap. 1, § 9: "Permissio autem proprie non actio est legis, sed actionis negatio") e S. Pufendorf (*De jure naturae et gentium*, 1672, lib.1, cap. 6, § 15), per i quali il permesso non poteva essere considerato propriamente un'azione della legge, bensì la negazione di un'azione. Cfr. J. Ritter (a cura di), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Basel/Stuttgart 1971 e sgg., vol. II, s.v. *Erlaubt*, coll. 701 e sg. Occorre tuttavia considerare che, nel giusnaturalismo classico, la discussione sul concetto di una *lex permissiva* riguardava una delle possibili funzioni dell'unica legge naturale, non il criterio di distinzione della legge giuridica dalla legge morale, di cui non ci si occupò, in ambito tedesco, fino a C. Thomasius e N.H. Gundling (cfr. G. Hufeland, *Versuch über den Grundsatz des Naturrechts*, cit., pp. 22 e sgg.).

⁷ *Zur Rezension der NaturRechte für das Niethammersche Journal*, in GA, II, 3, p. 405: "Derivate dunque concetti opposti, quali sono spesso quello del *dovere* e quello del *diritto*, da uno stesso principio? Questo è incoerente. A meno che il vostro concetto del diritto non sia che un'astrazione arbitraria. Nel diritto sta chiaramente, che lo si può sia fare che omettere. Nel dovere non è così. Mostra attraverso una deduzione genetica il fondamento della differenza". Oltre alle ragioni teoriche, a spingere Fichte all'elaborazione di una dottrina del diritto non derivata dalla morale contribuirono certo i tentativi compiuti in tale direzione da S. Maimon e J.B. Erhard, in due articoli pubblicati sul "Philosophisches Journal einer Gesellschaft Teutscher Gelehrter" di Niethammer proprio nel 1795 (cfr. GA, I, 3, p. 323; *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, trad. it. a cura di L. Fonnesu, Laterza, Bari 1994 (d'ora in poi *Diritto naturale*), pp. 11 e sg.). Su ciò si veda la dettagliata analisi di R. Schottky, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. und 18. Jahrhundert*, Amsterdam Atlanta 1995, pp. 272 e sgg.; cfr. anche W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, Scientia, Aalen 1966, pp. 148 e sg.

⁸ *Zur Rezension der NaturRechte für das Niethammersche Journal*, in GA, II, 3, p.

è possibile solo poiché la legge non si applica a certi casi, donde si sarebbe potuto vedere [...] che la legge morale, questo imperativo *categorico*, non può essere la fonte del diritto naturale, poiché comanda senza eccezioni e incondizionatamente: quest'ultimo invece dà solo *diritti*, di cui ci si può servire, ma anche non servire⁹.

Nel caso del diritto l'obbligatorietà è rivolta non al soggetto titolare del diritto stesso, bensì a tutti gli altri fuori di lui, che tale diritto hanno il dovere di rispettare:

Ho un diritto - non significa - posso *io?*, bensì *può* [darf] *qualcuno* impedirmelo¹⁰.

399; cfr. GA, I, 1, p. 220; *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, trad. it. cit., p. 67; GA, I, 1, p. 150; *Saggio di una critica di ogni rivelazione*, trad. it. cit., p. 144. Per Kant, invece, la legge giuridica era da considerarsi come essenzialmente proibitiva, e la concepibilità di una legge permissiva era limitata alle eccezioni contemplate da una legge proibitiva generale (v. ad es. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in *Ak*, XXVII, 2.1, p. 514; con *Ak* indichiamo, com'è consuetudine, *Kant's gesammelte Schriften*, a cura dell'Accademia Prussiana delle Scienze, W. de Gruyter, Berlin 1900 e sgg.). Nello scritto *Per la pace perpetua. Un progetto filosofico di Immanuel Kant*, tuttavia, Kant deplorava che la legge permissiva fosse derivata da eccezioni, individuate "a tentoni", alla legge proibitiva, anziché esser derivata dalla "condizione limitativa di quella legge" (*Ak*, VIII, p. 348 in n.; trad. it. in *Scritti di storia, politica e diritto*, a cura di F. Gonnelli, Laterza, Bari 1995, p. 168 in n.).

⁹ *Rezension: Zum ewigen Frieden*, in GA, I, 3, pp. 222 e sg. Nel passo del saggio *Per la pace perpetua*, che Fichte, evidentemente, riprendeva, Kant aveva ricondotto l'incerto statuto della *lex permissiva* alla sua possibile contraddittorietà interna, giacché "le leggi, in generale, implicano il principio della necessità oggettiva pratica, mentre il permesso implica il principio della contingenza pratica di certe azioni" (*Ak*, VIII, pp. 347 e sg. in n.; trad. it. in *Scritti di storia, politica e diritto*, cit., p. 168 in n.). Sull'interpretazione, da parte di Fichte, della posizione espressa da Kant nel saggio sulla *Pace perpetua*, quanto alla legittimità del concetto di una legge permissiva, v. anche GA, I, 3, p. 324; *Diritto naturale*, p. 12: "Un diritto è evidentemente qualcosa di cui ci si può servire o meno. Esso deriva quindi da una legge meramente permissiva. [...] Il permesso non è contenuto esplicitamente nella legge, ma viene piuttosto derivato [...] dalla limitatezza di essa. [...] Non si vede assolutamente come una legge permissiva dovrebbe poter essere dedotta dalla legge morale, la quale comanda incondizionatamente e, di conseguenza, si estende su tutto".

¹⁰ *Zur Rezension der NaturRechte für das Nietbammersche Journal*, in GA, II, 3, pp. 396, 399: "Diritto. Dovere.- La differenza è questa; che nella domanda sul diritto trasferisco il dovere all'altro fuori di me". La tesi di Fichte riecheggiava le considerazioni che Pufendorf aveva fatto seguire alla negazione dell'idea che il permesso fosse contenuto nella legge: "Quali che siano le cose che la legge *permette*, non le comanda né le proibisce, e perciò non fa in effetti assolutamente nulla riguardo ad

Anziché discendere da una legge che si impone da se stessa alla singola volontà razionale, il diritto doveva allora essere derivato dalla natura del rapporto tra più esseri razionali¹¹ ed essere espresso dunque da una proposizione meramente teoretica. Per salvaguardarne comunque il carattere normativo, Fichte tentò di garantirne la validità pratica derivandola dall'impulso fondamentale degli esseri razionali alla coerenza con se medesimi¹². Che un soggetto razionale non possa ascrivere diritti, senza ad un tempo ascriverli anche ad almeno un soggetto fuori di lui - giacché non può neppure porsi come individuo, senza porre un altro essere fuori di lui come individuo¹³ - è un argomento che ha, sosteneva Fichte, "una validità solo teoretica". Pareva tuttavia a Fichte che fosse "facile mostrare, come la proposizione riceva validità pratica", pena l'autocontraddittorietà del soggetto:

L'impulso supremo nell'uomo è diretto all'assoluta coincidenza dello stesso con se medesimo, della facoltà teoretica e di quella pratica, della testa e del cuore; se io non riconosco

esse. [...] Alcuni sostengono comunque che ci sia una sorta di obbligazione nel *semplice permesso*, non, in effetti, rivolta a colui al quale diciamo che una cosa è permessa, ma che obbliga una terza persona a non ostacolarlo, nel caso intraprenda ciò che la legge permette" (*De jure naturae et gentium*, 1672, lib.1, cap. 6, § 15). Cfr. GA, I, 1, p. 232; *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, trad. it. cit., p. 83: "Egli adduce un permesso proveniente dall'unica legge che obbliga voi come lui. Se questa legge è veramente l'unica vostra legge comune, il permesso da lui addotto è un *divieto* per voi". Anche Heydenreich adottò la medesima tesi, quale soluzione alle aporie generate dal concetto di una *lex permissiva*; il concetto del lecito sorgeva infatti per Heydenreich dalla relazione dell'agente con i suoi simili, così che l'unica interpretazione sensata della liceità morale fosse quella di una qualità relazionale: lecito all'agente - e dunque suo diritto - doveva considerarsi ciò che la legge morale proibiva ai suoi consimili di impedirgli (*System des Naturrechts nach kritischen Prinzipien*, cit., pp. 110 e sg.).

¹¹ *Rezension: Zum ewigen Frieden*, in GA, I, 3, p. 223: "solo in quanto uomini siano pensati in rapporto reciproco, si può parlare di diritti, e al di fuori di un tale rapporto [...] un diritto non è nulla". Cfr. GA, I, 3, p. 403; *Diritto naturale*, p. 99.

¹² Per una suggestione in tale direzione, cfr. J.B. Erhard, *Apologie des Teufels*, in "Philosophisches Journal einer Gesellschaft Teutscher Gelehrter", 1 (1795), 2. Heft, pp. 105-140; pp. 135-139.

¹³ V. la lettera di Fichte a K.L. Reinhold del 29 agosto 1795, in GA, I, 4, p. 387, e quella a F.H. Jacobi del 30 agosto del medesimo anno, in GA, I, 4, p. 392.

praticamente, ciò che teoreticamente devo ben riconoscere, allora mi pongo in chiara contraddizione con me stesso¹⁴.

Nel *Diritto naturale*, Fichte presentava una deduzione del concetto di diritto come concetto originario della ragion pura, ossia come condizione necessaria dell'autocoscienza:

Il concetto del diritto [...] diventa necessario nel modo seguente: l'essere razionale non può porsi come tale con autocoscienza, senza porsi come *individuo*, come uno tra più esseri razionali che egli ammette fuori di sé come ammette se stesso¹⁵.

La necessità teoretica del riconoscimento dell'"essere libero fuori di me come un essere libero" era assimilata all'obbligatorietà giuridica della limitazione della "mia libertà mediante il concetto della possibilità della sua libertà", sulla base del solo presupposto della consequenzialità degli esseri razionali¹⁶. Fichte poteva così sottoscrivere la tesi di Schmalz¹⁷, quanto al carattere

¹⁴ *Ivi*, p. 386; cfr. *Zur Rezension der NaturRechte für das Niebhammersche Journal*, in GA, II, 3, p. 398 in n., in cui Fichte formula l'ipotesi che il diritto sia da riferirsi alla "coerenza dell'azione con l'assunzione ideale" del soggetto; p. 406: "Se tu ora potessi dimostrarmi che io avessi già riconosciuto i tuoi diritti, potrei revocare questo riconoscimento, senza contraddirmi? Indubbiamente no."

¹⁵ GA, I, 3, pp. 319, 347; *Diritto naturale*, p. 8; p. 36: "Il concetto di uomo non è affatto il concetto di un singolo, [...] ma il concetto di un genere". Sul problema del rapporto tra l'interpersonalità, dedotta quale condizione dell'autocoscienza, e la relazione giuridica, cfr. R. Lauth, *Le problème de l'interpersonnalité chez Fichte*, in "Archives de Philosophie", 25 (1962), pp. 325-344, trad. ted. in *idem, Transzendente Entwicklungslinien von Descartes bis zu Marx und Dostojewski*, Meiner, Hamburg, 1989, pp. 180-195; H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, Alber, München 1975, p. 92.

¹⁶ GA, I, 3, pp. 354 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 43; 44: "la consequenzialità è qui la mia unica legge"; GA, I, 3, p. 356; *Diritto naturale*, p. 45: "Ciò che obbliga non è affatto la legge morale, ma la legge del pensiero"; GA, I, 3, pp. 357 e sg.; *Diritto naturale*, p. 46: "pretendo [...] da lui la *consequenzialità*, e cioè che tutti i suoi concetti futuri siano determinati da un certo concetto precedente, vale a dire dalla conoscenza di me come di un essere razionale"; GA, I, 3, p. 375; *Diritto naturale*, p. 66: la tesi che l'altro sia "necessitato in quanto essere razionale [...] a trattarmi come un essere razionale" equivale alla tesi che egli sia "vincolato dalla consequenzialità".

¹⁷ T. Schmalz, *Das reine Naturrecht*, cit., pp. 74 e sg. Schmalz prendeva le mosse dall'idea della dignità degli esseri razionali, in quanto tali, e dal divieto morale di trattarli soltanto come mezzi.

costitutivo del mutuo riconoscimento degli esseri razionali: poiché la razionalità dell'altro si manifesta a me nel suo riconoscermi e rispettarci quale essere libero, chi violi i miei diritti mi si presenta quale un essere privo di razionalità e, conseguentemente, privo di qualsivoglia diritto¹⁸.

Proprio nel *Diritto naturale*, tuttavia, Fichte mise in dubbio la possibilità di ricondurre l'obbligazione giuridica al mero impulso alla coerenza logica: il ruolo della consequenzialità quale fonte della validità pratica della legge del diritto era sì nuovamente affermato nella *Deduzione del concetto di diritto*, ma veniva posto in discussione nel passaggio all'esame delle "condizioni interne" della possibilità di una comunità di esseri liberi, ossia della questione del movente giuridico¹⁹. Il riconoscimento dell'altro quale essere libero e razionale era infatti teoreticamente necessario, in quanto legge del pensiero, ("la libertà non ha qui alcun margine"²⁰), ma ciò non ne faceva una legge per la volontà:

La validità della legge dipende quindi esclusivamente dal fatto che qualcuno sia o meno conseguente. La consequenzialità dipende però qui dalla libertà della volontà, e non si vede perché qualcuno debba essere conseguente, se non è *necessitato* ad esserlo [...] Non si può addurre nessun motivo assoluto per cui l'essere razionale dovrebbe essere conseguente e per il quale, quindi, dovrebbe darsi la legge che si è mostrata²¹.

¹⁸ GA, I, 3, pp. 355 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 44 e sg.

¹⁹ GA, I, 3, pp. 383 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 75 e sg.

²⁰ GA, I, 3, p. 384; *Diritto naturale*, p. 76.

²¹ GA, I, 3, pp. 384 e sg.; *Diritto naturale*, p. 77. Nell'*Introduzione* la consequenzialità era presentata come una "obbligazione morale", di cui "nella dottrina del diritto" - sosteneva Fichte - "non si parla" (GA, I, 3, p. 322; *Diritto naturale*, pp. 10 e sg.). Anche K.L. Reinhold, presentando la dottrina fichtiana nella propria recensione al *Fondamento del diritto naturale*, ascriveva l'imperativo della consequenzialità alla morale: "La *necessità* di far valere realmente, anche attraverso il libero agire e omettere, la relazione giuridica riconosciuta come necessaria mediante l'autocoscienza, è in tanto *incondizionata*, in quanto la ragione tramite la *legge morale* esige che facciamo della coerenza con noi stessi [...] lo *scopo finale* del nostro fare e omettere [...]. Ma quella *necessità* è anche in tanto *condizionata*, in quanto essa *presuppone* che le persone vivano insieme in comunità" (in "Allgemeine Literatur-Zeitung", 351-

Avendo assimilato la legge del diritto ad una proposizione teoretica²², ossia all'individuazione delle condizioni di possibilità di una comunità di esseri liberi, e ritenendo ora che la validità pratica di una simile proposizione teoretica non potesse essere ricondotta ad un istintivo rispetto per il principio di non contraddizione, Fichte assegnò al principio del diritto lo statuto di un imperativo ipotetico²³. Poiché la legge giuridica esprimeva il rapporto tra i mezzi, ossia il rispetto dell'altrui libertà, e un fine meramente possibile, quale era l'esistenza di una comunità di esseri liberi, la necessità pratica, ossia la razionalità, dei mezzi era condizionata dal fatto che si volesse

354 (1798), coll. 449-456, 457-463, 465-472, 473-480, riprodotta in *J.G. Fichte in zeitgenössischen Rezensionen*, cit., pp. 97 e sg.)

²² Ad una mera petizione di principio si riduceva perciò l'obiezione di J.S. Beck, che identificava la deduzione del principio del diritto con la dimostrazione della sua "validità pratica" (J.S. Beck, recensione alla prima parte del *Fondamento del diritto naturale*, in "Annalen der Philosophie und des philosophischen Geist", Jg. 2, St. 3, 1796, coll. 401-425, riprodotta in *J.G. Fichte in zeitgenössischen Rezensionen*, a cura di E. Fuchs, W.G. Jacobs e W. Schieche, vol. II, p. 60). Negli studi contemporanei dedicati al pensiero giuridico fichtiano si prende usualmente atto dell'assimilazione della legge giuridica a un imperativo ipotetico, ma non dell'attribuzione alla legge di uno statuto meramente teoretico e dei diversi tentativi, da parte di Fichte, di garantirne comunque il carattere vincolante. Fa eccezione R. Schottky, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. und 18. Jahrhundert*, cit., pp. 180 e sgg., il quale tuttavia vede nel passaggio alla tesi del carattere ipotetico dell'imperativo giuridico non un abbandono dell'appello alla consequenzialità degli esseri razionali, bensì un mero ridimensionamento del ruolo di quest'ultima (p. 295).

²³ Con la tesi del carattere teoretico, e non pratico, degli imperativi ipotetici, Fichte sottoscriveva la più recente posizione di Kant, il quale era giunto a tale esplicita conclusione nella *Critica del giudizio* (*Ak*, V, p. 172; I. Kant, *Critica della capacità di giudizio*, trad. it. a cura di L. Amoroso, Rizzoli, Milano 1995, pp. 77 e sg.). Fichte adottava la terminologia stessa, con cui Kant aveva qualificato gli imperativi ipotetici: "il concetto del diritto [...] quando [...] venga pensato come un concetto pratico [...] è meramente tecnico-pratico" (GA, I, 3, p. 320; *Diritto naturale*, pp. 9 e sg.). Seppur Fichte non si poneva esplicitamente - come osserva H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, cit., p. 90 - la questione dello statuto assiologico del diritto, la possibilità della realizzazione della legge giuridica coincideva con la possibilità della coesistenza degli esseri razionali in quanto tali, e al diritto era da attribuirsi perciò, indirettamente, il valore della razionalità stessa. È perciò che Fichte poteva sostenere che "la regola del diritto [...] riceve [...] una nuova sanzione, per la coscienza morale, dalla legge dell'assoluto accordo con se stessi (la legge morale)" (GA, I, 3, pp. 320; *Diritto naturale*, p. 10).

effettivamente quel fine²⁴. Posta la volontà del fine, dunque, la legge si imponeva alla volontà, in base al presupposto, kantiano, dell'analiticità degli imperativi ipotetici²⁵, per la quale chi voglia il fine vuole necessariamente anche i mezzi:

Non si può indicare nessun motivo assoluto per cui qualcuno dovrebbe erigere a legge della sua volontà e delle sue azioni la formula del diritto: "limita la tua libertà in modo tale che anche l'altro accanto a te possa essere libero". Si può comunque capire che una comunità di esseri liberi, come tali, non possa sussistere, se ciascuno non è sottoposto a questa legge, e che quindi chi vuole questa comunità debba necessariamente volere anche la legge; questa legge ha quindi validità ipotetica. *Se* dev'essere possibile una comunità di esseri liberi come tali, allora deve valere la legge giuridica²⁶.

²⁴ GA, I, 3, pp. 385 e sg.; *Diritto naturale*, p. 78: "Il postulato che debba esistere durevolmente una comunità di esseri liberi, come tali, sembra qui, addirittura, un postulato arbitrario, un postulato che ciascuno potrebbe soltanto dare a se stesso mediante la libertà. Se uno però se lo dà, in questo modo si sottopone necessariamente, allo stesso tempo, alla legge [giuridica]". Malgrado l'assunzione del carattere ipotetico dell'imperativo giuridico, la questione della consequenzialità del soggetto, ora tacitamente presupposta, restava comunque decisiva: come osservava Beck, infatti, per chi ritenga che debba esistere una comunità di esseri liberi l'agire giustamente o ingiustamente consiste nell'agire conseguentemente o inconsequentemente rispetto al proprio stesso giudizio (*art. cit.*, p. 67). L'agire conforme al diritto dipendeva dunque nuovamente dalla coerenza con se medesimi, con l'ulteriore requisito preliminare - rispetto al riconoscimento dell'altro come essere razionale - dell'assunzione tra i propri fini della convivenza con altri esseri razionali.

²⁵ Cfr. ad es. *Ak*, V, p. 26 in n.; *Critica della ragion pratica*, trad. it in I. Kant, *Scritti morali*, a cura di P. Chiodi, UTET, Torino 1970, p. 161 in n.; *Ak*, IV, pp. 417 e sg.; *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it in I. Kant, *Scritti morali*, cit., p. 75.

²⁶ GA, I, 3, p. 387; *Diritto naturale*, p. 79. V. anche GA, I, 3, p. 320; *Diritto naturale*, p. 10: "se si chiedesse secondo quali principi possa essere istituita una comunità di esseri liberi in quanto tali - sempre che qualcuno la voglia istituire - si dovrebbe rispondere: secondo il concetto del diritto. *Che*, però, una tale comunità debba essere istituita, ciò non viene per nulla affermato, in questo modo". Anche nella lezioni sulla dottrina del diritto che Fichte tenne nel 1812 (*Rechtslehre vorgetragen von Ostern bis Michaelis 1812*, a cura di R. Schottky, F. Meiner, Hamburg 1980, d'ora in poi *Rechtslehre 1812*, pp. 9 e sgg., in GA, II, 13, p. 203), la legge giuridica era ricondotta alla consequenzialità del pensiero, ossia analiticamente dedotta dal concetto di una comunità di esseri liberi: chi, infatti, voglia pensare esseri liberi che convivano senza sopprimere reciprocamente la loro libertà, non può pensarli che agenti secondo la legge del diritto.

La legge giuridica si presenta dunque come doppiamente condizionata: dalla volontà del fine, anzitutto, giacché a chi non voglia affatto la convivenza con i propri simili non si può opporre alcunché²⁷, e dalla realizzabilità del fine medesimo, in secondo luogo. La prima forma di condizionatezza costituisce il fondamento della seconda: poiché si è vincolati dalla legge giuridica solo qualora si persegua la realizzazione di una comunità di esseri liberi, nel caso in cui il nostro rispetto della legge sia comunque inefficace a realizzare tale fine, la legge perde il proprio carattere vincolante, visto che i mezzi che essa indica cessano di essere tali²⁸.

Si rivela qui la seconda caratteristica fondamentale che distingue la legge giuridica dalla legge morale: non solo si trat-

²⁷ GA, I, 3, p. 322; *Diritto naturale*, p. 11: "Ognuno è obbligato soltanto dalla decisione arbitraria di vivere in società con altri, e se qualcuno non vuole affatto limitare il proprio arbitrio, nell'ambito del diritto non gli si può opporre nulla, se non che egli, allora, deve allontanarsi da ogni società umana".

²⁸ GA, I, 3, p. 391; *Diritto naturale*, p. 85: "il fine di stare in comunità di libertà con una persona è raggiungibile soltanto a condizione che questa stessa persona si sia data la legge di rispettare la volontà dell'altro, ovvero i suoi diritti originari. La legge non è applicabile alla mia condotta contro colui che non si è dato questa legge, perché viene meno il fine per il quale io dovrei rispettare i suoi diritti originari". Con una simile tesi, Fichte poteva sciogliere agevolmente la spinosa questione del "preteso diritto di necessità": nel caso in cui non sia possibile conservare la propria vita che a prezzo di quella altrui, infatti, viene meno "la possibilità di sussistere insieme" e dunque la stessa "domanda sul diritto", così che la decisione, essendo i soggetti "del tutto esenti da ogni legislazione giuridica", sia rimandata all'arbitrio di ciascuno, da un lato, e alla sua forza fisica, dall'altro e sottostia dunque, rispettivamente, alla legge morale e alla legalità naturale (GA, I, 4, p. 221 e sg.; *Diritto naturale*, p. 53 e sg.). Sull'inerzia, ossia sul "non far proprio nulla", imposto dalla legge morale nei casi in cui non si possa salvare la propria vita senza minacciare quella altrui, cfr. GA, I, 5, pp. 267 e sgg.; *Il sistema di etica secondo i principi della dottrina della scienza*, trad. it. a cura di C. De Pascale, Laterza, Roma-Bari 1994 (d'ora in poi *Sistema di etica*), pp. 280 e sgg. Kant aveva invece inteso il diritto di necessità come il caso delle azioni che, pur colpevoli, non fossero tuttavia punibili, per l'impossibilità che in una tale situazione la minaccia della pena producesse un movente giuridico, v. *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"; cfr. *Ak*, VI, pp. 235 e sg.; I. Kant, *Metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di G. Vidari, Laterza, Bari 1989 (d'ora in poi MS), p. 41; *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in *Ak*, XXVII, 2.1, p. 599; Refl. 7192, in *Ak*, XIX, p. 268.

ta di una proposizione teoretica e quindi di un imperativo meramente ipotetico, ma il comando, anziché essere rivolto al singolo essere razionale, è costitutivamente collettivo²⁹: il rispetto, da parte mia, della libertà di un essere razionale è condizione della possibilità della comunità con costui solo purché anch'egli rispetti la mia libertà³⁰. In caso contrario, giacché la comunità con l'altro è comunque impossibile, la legge non mi impone affatto di rispettarne la libertà³¹.

Fichte intese tale caratteristica relazionale come essenziale al diritto³², e la estese perciò, coerentemente, anche al concetto dei diritti originari degli esseri razionali.

2. Il diritto originario

Tra i contemporanei di Fichte il riconoscimento dell'esistenza di diritti originari dell'uomo era invariabilmente congiunto alla derivazione di tali diritti dalla sua natura raziona-

²⁹ Molto più esplicita, su questo punto, la *Rechtslehre 1812*, p. 3: la legge morale "è sempre un comando *individuale*", mentre la legge giuridica è "una per tutti", ove con "tutti" si intende "tutti in un colpo solo"; pp. 13, 14: "il diritto obbliga *tutti*, e i singoli solo in quanto ha obbligato *tutti*", 21, 141 (GA, II, 13, pp. 198, 205, 206, 211, 277).

³⁰ È a torto, perciò, che J.G.H. Feder assimilava la posizione fichtiana alla formulazione del tradizionale principio di giustizia che imponeva di limitare la propria libertà attraverso il concetto di una eguale libertà altrui, attribuendo ogni ulteriore considerazione alla capacità fichtiana di complicare le questioni più semplici (recensione al *Fondamento del diritto naturale*, in "Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen", 194 (1796), pp. 1929-1940, riprodotta in *J.G. Fichte in zeitgenössischen Rezensionen*, cit., p. 47). Sulla ripresa, da parte di Fichte, della cosiddetta "regola aurea", cfr. H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, cit., pp. 92 e sg.

³¹ GA, I, 3, p. 387; *Diritto naturale*, p. 79: "Nessuno può realizzare una tale comunità con un altro mediante la sola volontà propria, se l'altro non ha la medesima volontà e se, in seguito a questa, non si sottomette alla legge giuridica così condizionata. Se l'altro non ha questa volontà e tratta il primo in modo contrario alla legge giuridica - ciò che è il segno sicuro che non l'ha - il primo è liberato dalla legge mediante la legge stessa." Cfr. K.L. Reinhold, recensione cit., p. 101.

³² Cfr., sul tema, R. Schottky, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragstheorie im 17. und 18. Jahrhundert*, cit., p. 179 e sgg.

le e all'affermazione, conseguente, della loro universalità³³.

Nei *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, Fichte aveva sottoscritto la tesi dell'esistenza di diritti originari, distinguendo tuttavia tra il diritto a compiere il proprio dovere e il diritto a compiere ciò che è lecito, e attribuendo il carattere dell'inalienabilità solo al primo, in quanto derivato direttamente dalla legge morale³⁴.

Nel *Fondamento del diritto naturale*, la deduzione del diritto originario costituiva il primo capitolo della sezione dedicata all'*applicazione sistematica del concetto del diritto*, ossia alla questione della realizzabilità della legge giuridica. Fichte si preoccupava perciò di distinguere la questione dell'esistenza di un diritto originario da quella, preliminare e tuttavia meramente astratta, del suo contenuto essenziale. L'analisi del concetto di

³³ Si veda, quale esempio noto a Fichte, T. Schmalz, *Das reine Naturrecht*, cit., pp. 46 e sgg., 53 e sg.: quanto ai diritti originari tutti gli uomini sono uguali, perché tali diritti hanno a fondamento la sola razionalità, ossia la stessa natura umana. Anche C.C.E. Schmid assimilava il diritto originario al diritto dell'umanità in quanto tale (*Versuch einer Moralphilosophie*, cit., pp. 679, 695 e sg.; *Grundriß des Naturrechts, für Vorlesungen*, Frankfurt und Leipzig 1795, pp. 71, 73: "Soggetto del diritto è ogni persona. Una persona è un essere razionale libero; può mostrarsi realmente nel fenomeno in questa qualità oppure no, purché vi siano ragioni per assumere l'esistenza di una persona nel mondo intelligibile"). Cfr. *Ak.*, VI, p. 237; *MS*, p. 44: "La libertà [...] è quest'unico diritto originario spettante a ogni uomo in forza della sua umanità".

³⁴ *GA*, I, 1, p. 310; *Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla rivoluzione francese*, trad. it. cit., pp. 183 e sg. Cfr. C. De Pascale, *Vivere in società, agire nella storia. Libertà, diritto, storia in Fichte*, Guerini e Associati, Napoli 2001, pp. 291 e sgg.; W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, cit., pp. 136 e sgg. Quale fonte della distinzione tra diritti alienabili e diritti inalienabili si cita usualmente Schmalz, dal quale la terminologia fichtiana deriverebbe. Schmalz riteneva tuttavia che i diritti originari fossero altresì inalienabili (*Das reine Naturrecht*, cit., p. 54); analogamente Reinhold, *Briefe über die kantische Philosophie*, cit., p. 452: il diritto perfetto è "originario e incancellabile"; a qualificare come inalienabile il diritto alla propria moralità, ossia all'attività secondo ragione, e alienabile, invece, seppur ugualmente originario, il diritto alle azioni moralmente lecite, era stato Schmid (*Versuch einer Moralphilosophie*, cit., pp. 681 e sgg.), al quale Fichte, tuttavia, non alludeva che polemicamente (*GA*, I, 3, pp. 313 in n., 321 in n.; *Diritto naturale*, pp. 3 in n., 10 in n.). Sul feroce scontro tra Fichte e Schmid, in quegli anni, v. *GA*, I, 2, pp. 71-73; *GA*, I, 3, pp. 231-234; M. Frank, "Unendliche Annäherung". *Die Anfänge der philosophischen Frühromantik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1997, pp. 537 e sgg., 550 e sgg.

un diritto originario riguardava questo secondo punto, ossia le condizioni della libertà e della personalità da un punto di vista meramente *qualitativo e formale*³⁵. Ciò che veniva in tal modo rintracciato come il nucleo essenziale del diritto originario, ossia la "libertà ed inviolabilità del corpo" e "la permanenza della nostra libera influenza su tutto il mondo sensibile"³⁶, non era immediatamente ascrivibile, secondo Fichte, al singolo individuo isolato:

Non esiste uno stato di diritti originari, né esistono diritti originari dell'uomo. Egli ha realmente diritti solo in comunità con altri, così come [...] egli può essere in generale pensato solo in comunità con altri. Un diritto originario è quindi una mera *finzione*, ma una finzione che dev'essere fatta necessariamente, per amore della scienza. È inoltre chiaro [...] che le condizioni della personalità possono essere pensate come diritti soltanto se si manifestano nel mondo sensibile, e se possono essere disturbate da altri esseri liberi come forze nel mondo sensibile³⁷.

Del diritto di un essere razionale ad essere causa libera nel mondo sensibile si poteva infatti sensatamente parlare solo in riferimento ad altri esseri liberi ai quali non fosse lecito violare un tale diritto³⁸. Il diritto originario costituiva dunque la mera *forma* del diritto individuale, per la realtà del quale erano necessarie *materia e quantità*, ossia un ambito determinato, nel mondo sensibile, della propria libertà esterna³⁹. Il carattere fit-

³⁵ *GA*, I, 3, pp. 390, 403 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 84 e sg., 99 e sgg.

³⁶ *GA*, I, 3, p. 409; *Diritto naturale*, p. 106.

³⁷ *GA*, I, 3, pp. 403 e sg.; *Diritto naturale*, p. 100. Cfr. W. Metzger, *Gesellschaft, Recht und Staat in der Ethik des deutschen Idealismus*, cit., pp. 163 e sgg.

³⁸ *GA*, I, 3, p. 403; *Diritto naturale*, p. 99: "Di diritti si può parlare solo a condizione che una persona venga pensata come persona - cioè come individuo, messa quindi in relazione con altri individui - ed a condizione che tra essa e le altre persone venga almeno immaginata una società possibile, se non proprio costituita come reale. Quelle che sono inizialmente, per l'indagine speculativa, condizioni della personalità, diventano diritti esclusivamente se vengono pensati altri esseri ai quali, per la legge giuridica, non sia lecito violarli."

³⁹ *GA*, I, 3, p. 320; *Diritto naturale*, p. 9: "se gli effetti delle azioni degli esseri

tizio del diritto originario derivava dunque dall'impossibilità, per la mera forma, di sussistere senza una materia: in quanto concetto di una relazione tra individui conviventi, il diritto non era riducibile alla causalità libera di ciascun individuo singolarmente considerato, sebbene tale causalità assoluta costituisse l'elemento *qualitativo* del diritto, a cui attribuire, "secondo la modalità", una "validità apodittica"⁴⁰. L'elemento *quantitativo* poteva essere definito invece solo tramite la categoria della *relazione*.

Secondo la *relazione*, si parla della libertà della persona solo nella misura in cui, per la legge giuridica, l'ambito delle libere azioni degli altri deve venir limitato, perché queste potrebbero rendere impossibile la libertà formale richiesta; ed in questo modo viene determinata la quantità dell'indagine⁴¹.

Fichte poteva così sostenere che "il *che* e il *quanto* sono posti nello stesso tempo", ossia che "mediante il semplice concetto di un essere fuori di me mi viene prescritta, allo stesso tempo, la quantità della limitazione che io mi devo imporre"⁴².

Con ciò la realtà del diritto individuale pareva, per un attimo, garantita: il diritto originario fornisce il concetto astratto e formale di quella libertà individuale di cui il diritto reale⁴³ circoscrive, attraverso il riferimento all'uguale libertà altrui, una sfera definita; ma condizione della realtà del diritto, oltre al reciproco riconoscimento della razionalità e libertà degli esseri conviventi, è l'effettiva limitazione della propria libertà

razionali dovessero cadere nel medesimo mondo, se perciò si influenzassero a vicenda e potessero disturbarsi e ostacolarsi, come in realtà avviene, la libertà [...] sarebbe possibile soltanto a condizione che tutti [...], per così dire, si dividessero tra loro il mondo come sfera della loro libertà".

⁴⁰ GA, I, 3, p. 404; *Diritto naturale*, p. 101.

⁴¹ GA, I, 3, p. 404; *Diritto naturale*, pp. 100 e sg.

⁴² GA, I, 3, p. 412; *Diritto naturale*, p. 108.

⁴³ Nel *Fondamento del diritto naturale* la preoccupazione di fornire un concetto reale, ossia effettivamente applicabile, del diritto, era espressa da Fichte a più riprese (GA, I, 3, pp. 316 e sgg., 392, 395; *Diritto naturale*, pp. 6 e sgg., 87, 90).

mediante la possibilità della libertà altrui⁴⁴. Senza tale ulteriore garanzia, il concetto del diritto diviene nuovamente "vuoto e senza nessuna applicazione"⁴⁵. La "condizione immaginaria del diritto originario"⁴⁶ conduce perciò al diritto di coazione. Sebbene, infatti, la sottomissione ai propri fini di una parte del mondo sensibile⁴⁷ possa essere dichiarata e riconosciuta reciprocamente, così che il mero *possesso* acquisti la validità esterna della *proprietà*⁴⁸, e sia istituito così "un equilibrio del diritto"⁴⁹, nulla garantisce che al riconoscimento del diritto faccia seguito il suo effettivo rispetto. Ma la sussistenza di tale rispetto è condizione, come abbiamo visto, della validità stessa della legge giuridica. La questione del movente giuridico, che l'assimilazione del principio del diritto a un imperativo ipotetico pareva aver risolto analiticamente, si presenta perciò come ineludibile - e non automaticamente risolta - per la realizzabilità del diritto naturale: la fiducia nel costante rispetto, da parte dell'altro, dei miei diritti, può infatti aver luogo solo presupponendo un movente della volontà che ne prevenga infallibilmente le azioni illegali. Nell'ambito del diritto naturale, tuttavia, un tale movente non può darsi che in virtù della perfetta moralità degli individui conviventi - ma la santità non è caratteristica umana⁵⁰ - o della automatica coincidenza del

⁴⁴ GA, I, 3, pp. 411 e sgg.; *Diritto naturale*, pp. 107 e sgg.

⁴⁵ GA, I, 3, p. 423; *Diritto naturale*, p. 123. La tesi fichtiana del carattere fittizio del diritto originario si poneva in aperta contestazione della tesi tradizionale, per la quale originari erano quei diritti che spettassero ad ogni essere razionalmente ed in qualsiasi circostanza. Cfr. ad esempio L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, p. 240: "l'aggressore resta sempre una persona e dunque ha diritti". L'interpretazione fichtiana del concetto di diritto originario, ponendo delle condizioni all'esistenza di tale diritto, consentiva di affermare che si dessero individui che non soddisfacevano quelle condizioni e ai quali era dunque lecito, dal punto di vista giuridico, non ascrivere alcun diritto.

⁴⁶ GA, I, 3, p. 417; *Diritto naturale*, p. 115.

⁴⁷ GA, I, 3, pp. 413 e sg.; *Diritto naturale*, p. 110.

⁴⁸ GA, I, 3, pp. 415 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 113 e sgg. Per il concetto di proprietà, del quale non è possibile qui alcun approfondimento, si rimanda a H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, pp. 102 e sgg.

⁴⁹ GA, I, 3, p. 423; *Diritto naturale*, p. 120.

⁵⁰ GA, I, 3, p. 432; *Diritto naturale*, p. 132.

diritto con la forza fisica necessaria a tutelarlo⁵¹, condizione, quest'ultima, che solo in una *res publica* può trovare realizzazione:

Non esiste quindi nessun *diritto naturale*, nel senso in cui si è spesso intesa la parola, non è cioè possibile nessun rapporto giuridico tra uomini se non in una *res publica*, e sotto leggi positive⁵².

Condizione della realtà del diritto naturale è dunque lo Stato, in quanto detentore della forza necessaria ad imporre il rispetto del diritto⁵³. Al di fuori dello Stato, e dei contratti che lo fondano, il diritto originario dell'uomo non è che la facoltà di acquistare diritti, entro il contesto che solo ne consente la realizzazione: "il diritto originario dell'uomo, che precede tutti i contratti giuridici e che soltanto li rende possibili" è "*il diritto a presupporre che tutti gli uomini possano entrare con lui, mediante contratti, in un rapporto giuridico*". Soltanto questo è il vero e proprio

⁵¹ Sul problema del rapporto tra forza e diritto Fichte si era interrogato anche nello scritto *Zur Rezension der NaturRechte für das Niethammersche Journal*, in GA, II, 3, pp. 395 e sg. Cfr. *Rechtslehre 1812*, p. 22: "la forza è la condizione del diritto"; GA, II, 13, p. 212; sul tema, cfr. H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, cit., pp. 85 e sgg.

⁵² GA, I, 3, p. 432; *Diritto naturale*, p. 132. La medesima posizione nella *Rechtslehre 1812*, pp. 5 e sg., in GA, II, 13, p. 200: il diritto naturale, ossia uno stato giuridico, non si dà al di fuori dello Stato; vale perciò l'equazione "diritto=diritto statale". Cfr. Kant, *Ak*, VI, pp. 312 e sg.; MS, p. 141.

⁵³ GA, I, 3, p. 432; *Diritto naturale*, p. 133: "lo Stato stesso diventa lo stato di natura dell'uomo, e le sue leggi non devono essere nient'altro che il diritto naturale realizzato". La medesima posizione era stata appena espressa da Schmid (*Grundriß des Naturrechts, für Vorlesungen*, cit., pp. 13, 16) dal quale Fichte prendeva le distanze quanto al rapporto tra morale e diritto, ma di cui riprendeva la tesi della necessità dello Stato quale garanzia del diritto. Cfr. *Rechtslehre 1812*, p. 6: "non si dà diritto naturale=stato giuridico al di fuori dello Stato. Diritto=diritto statale"; p. 23: "al di fuori dello Stato non si dà alcun diritto" (GA, II, 13, pp. 200, 213). Cfr. Kant, il quale sostenne che lo stato civile costituisce la condizione necessaria per la realtà del diritto: "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" (MS, p. 141; *Ak*, VI, pp. 312 e sg.); cfr. *Metaphysik der Sitten Vigilantius*, in *Ak*, XXVII, 2,1, p. 589.

diritto dell'uomo, che spetta agli uomini, come uomini: la possibilità di acquisire diritti"⁵⁴.

3. Il diritto di coazione

Nella dottrina giuridica fichtiana il diritto di coazione costituisce un diritto emblematico e al tempo stesso *sui generis*, l'unico rispetto al quale la legge giuridica si presenti propriamente quale *lex permissiva*, che acconsente tacendo. Esso è infatti il solo, tra i diritti individuali, a collocarsi nello spazio lasciato vuoto dalla legge, al di fuori di quella comunità di esseri liberi di cui la legge detta le condizioni di possibilità e di cui tutti gli altri diritti presuppongono invece l'esistenza. Proprio perché presuppone la rottura della relazione giuridica, esso è inoltre l'unico diritto che non implica un corrispettivo dovere per l'altro, giacché al diritto di coazione dell'offeso non corrisponde il dovere, per l'aggressore, di lasciarsi costringere⁵⁵.

È in analogia col diritto originario, invece, che il diritto di coazione appare, da un punto di vista meramente formale, quale un diritto infinito. Con la violazione dei diritti altrui il soggetto rivela infatti la propria mancata sottomissione alla legge giuridica, ossia l'assenza in lui del requisito necessario perché gli sia ascritta la personalità giuridica, e diventa per ciò stesso "privo di diritti" e soggetto a una coazione infinita⁵⁶. Fichte intende l'infinitezza del diritto di coazione in senso proprio, non come l'indeterminatezza di un diritto la cui estensione sia da determinarsi, di volta in volta, in base alle circostanze - ossia in base a una valutazione congiunta dell'entità dell'offesa e di quanto richiesto, nel caso specifico, dal fine

⁵⁴ GA, I, 4, p. 163; *Diritto naturale*, p. 334.

⁵⁵ GA, I, 3, p. 431; *Diritto naturale*, p. 131: "un dovere a lasciarsi costringere è qualcosa di contraddittorio; chi lo lascia fare, non viene costretto, e chi viene costretto non lo lascia fare".

⁵⁶ GA, I, 3, pp. 412 e sg., 415; *Diritto naturale*, pp. 109, 112.

della sicurezza⁵⁷ - bensì come l'abbandono dell'aggressore all'arbitrio della volontà dell'offeso, non valendo più, nei confronti del primo, la legge giuridica⁵⁸. In contrasto con quanti derivino l'entità della coazione, direttamente, dall'entità dell'offesa⁵⁹, Fichte ritiene che il trattamento arbitrario di chi non abbia rispettato la legge sia legittimato, giuridicamente, non da quella singola violazione, con la sua qualità e quantità determinate, bensì dal fatto che costui, con la sua azione, abbia mostrato di non sottomettersi alla legge giuridica e non possa fornire pertanto alcuna garanzia sulla sua volontà di vivere in una comunità di esseri liberi rispettando i diritti di ciascuno⁶⁰.

Pur in sé infinito, il diritto di coazione è tuttavia condizionato. Poiché infatti la legge tace rispetto a qualcuno - non attribuendogli così alcun diritto - solo qualora egli non le abbia sottomesso la sua volontà, è sufficiente che egli elevi nuovamente la legge a regola della propria volontà, tornando ad essere suscettibile di far parte di una comunità di esseri liberi, perché cessi di esistere, nei suoi confronti, ogni diritto

⁵⁷ Così la intendeva ad esempio C. Wolff, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, 1754, par. 94, nel qualificare il diritto di punire come uno "ius infinitum".

⁵⁸ GA, I, 3, p. 388; *Diritto naturale*, p. 81: la legge "autorizza chi è trattato in modo contrario al diritto a trattare l'aggressore secondo il proprio arbitrio".

⁵⁹ GA, I, 3, p. 393; *Diritto naturale*, p. 87. Il principio della commisurazione della pena al delitto era largamente condiviso, tra i contemporanei di Fichte, per ragioni di giustizia retributiva. Si vedano ad es., tra le letture di Fichte, L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 258; C.C.E. Schmid, *Grundriß des Naturrechts*, cit., pp. 78 e sg.; S. Maimon, *Über die ersten Gründe des Naturrechts*, in "Philosophisches Journal einer Gesellschaft Teutscher Gelehrten" 1 (1795), 2. Heft, pp. 141-174; p. 162 (anche in "Berlinische Monatsschrift", 26 (1795), pp. 310-341; p. 336). Anche Kant avrebbe individuato nel principio del taglione l'unico criterio giusto della comminazione delle pene (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"). Cfr. anche J.C.G. Schaumann, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, Halle 1795 (riprod. nella collana Aetas Kantiana, Bruxelles 1969), p. 236: "Tutte le pene positive [...] sottostanno, in quanto atti dell'arbitrio, alla legge della giustizia".

⁶⁰ GA, I, 3, p. 393; *Diritto naturale*, p. 88: "l'offeso viene quindi autorizzato alla completa distruzione della libertà dell'altro, ed alla completa soppressione della possibilità di tornare mai in comunità con lui nel mondo sensibile".

di coazione⁶¹. Del diritto di coazione si dà dunque, propriamente, non una quantità determinata, dato che esso, se sussiste, è infinito, ma piuttosto una condizione che, da sola, ne pone o ne toglie l'esistenza:

Il diritto di coazione è dunque *infinito*, e non ha nessun limite [...] se l'altro non accetta nel suo cuore la legge come tale, e non si sottomette ad essa. Non appena egli l'accetta, però, cessa il diritto di coazione, perché il suo permanere si fondava esclusivamente sul permanere dell'assenza di legge da parte dell'altro; ogni coazione ulteriore è d'ora in poi contraria al diritto. Per questo riguardo, il limite della coazione è *condizionato*⁶².

Fin qui, il diritto formale, ossia la mera deduzione del diritto di coazione dal concetto della legge giuridica. Quando tuttavia si passi alla questione - ineludibile, in un "diritto naturale reale"⁶³ - dei criteri empirici dell'effettiva sussistenza del diritto di coazione, questo si rivela come un concetto inapplicabile e, anzi, autocontraddittorio. L'imperscrutabilità delle intenzioni umane rende infatti costitutivamente inaccessibile alla verifica empirica la conformità della volontà altrui alla legge giuridica, ossia il criterio unico dell'esistenza di un diritto di coazione. L'idea rousseauiana della mancanza di diritti del reo è perciò reinterpretata da Fichte, e conseguentemente ridimensionata, in virtù dell'esigenza di garantire l'applicabilità del diritto di coazione. L'intera trattazione del diritto di coazione, del resto, si configura come un percorso, in analogia con l'analisi del diritto originario, che conduce da una prima

⁶¹ In base ad una considerazione meramente formale del diritto, su chi, per ipotesi, riacquistasse la volontà di agire conformemente alla legge immediatamente dopo una trasgressione, non si potrebbe esercitare - secondo Fichte - alcun diritto di coazione.

⁶² GA, I, 3, p. 393; *Diritto naturale*, p. 88. Paradossalmente, criterio dell'applicabilità della coazione giuridica era così, formalmente, l'esistenza o meno di una *Gesinnung* giuridica, in contrasto con la tesi tradizionale, e anche fichtiana, che l'ambito del diritto fosse circoscritto alle sole azioni esterne (cfr. GA, I, 3, p. 425; *Diritto naturale*, p. 125).

⁶³ GA, I, 3, p. 392; *Diritto naturale*, p. 87.

formulazione, formalmente valida, ma inapplicabile, all'elaborazione di una teoria che vede nello Stato la condizione necessaria perché possa darsi un diritto naturale reale⁶⁴, e dunque anche un diritto reale di coazione⁶⁵. La tesi dello status di "rechtslos" del reo non è tuttavia abbandonata; seppur non direttamente applicabile nell'ambito del diritto naturale, essa resterà sullo sfondo del diritto statale, per riemergere quale giustificazione dell'esclusione del reo dallo Stato, o del suo annientamento, qualora le pene concordate attraverso i contratti risultino insufficienti per garantire la sicurezza pubblica.

4. Stato, coazione e pena

La centralità dell'intenzione giuridica⁶⁶ nella dottrina fichtiana del diritto si rivela non solo, negativamente, nel suo

⁶⁴ Tale passaggio è naturalmente interno alla dottrina giuridica pura. Non si tratta di prendere in esame concrete situazioni empiriche, bensì di determinare, come osserva H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, cit., p. 99 in n., quali siano "le condizioni necessarie del diritto reale".

⁶⁵ GA, I, 3, p. 395; *Diritto naturale*, pp. 89 e sgg.: "Dal fatto che sia o meno possibile un esercizio del diritto di coazione da parte dello stesso offeso, dipende nientemeno che la risposta alla domanda se sia possibile un vero e proprio diritto naturale, nella misura in cui questo deve designare una scienza del rapporto giuridico tra persone al di fuori dello Stato, e senza legge positiva. [...] Qui si risponde negativamente alla prima domanda, e quindi anche alla seconda". La tesi contestata da Fichte, ossia la possibilità dell'esercizio del diritto di coazione dell'offeso nell'ambito del diritto naturale, era invece ampiamente condivisa dai suoi contemporanei, ed anzi elevata talora a fondamento del diritto penale statale. Cfr. ad es. 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; J.C.G. Schaumann, *Kritische Abhandlungen zur philosophischen Rechtslehre*, cit., pp. 234 e sgg.; L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., pp. 241, 244. Sull'assimilazione dei diritti naturali ai diritti coattivi, cfr. C. Cesa, *Introduzione. Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, in *Diritto naturale e filosofia classica tedesca*, a cura di L. Fionnesu e B. Henry, Pisa, Pacini 2000, pp. 9 - 38.

⁶⁶ Ad indicare l'intenzione giuridica Fichte si servì del termine *Gesinnung* con parsimonia, certo trattenuto dalla connotazione etica che il termine aveva assunto in ambito kantiano (GA, I, 3, p. 395; *Diritto naturale*, p. 90: "nessuno può sapere le intenzioni interiori [innern Gesinnungen] dell'altro"; GA, I, 4, pp. 68 e sg., 71; *Diritto naturale*, pp. 237 e sg., 240 e sg.), impiegando altresì espressioni che facesse riferimento al proposito [Absicht], alla volontà [Wille] o alla coscienza

ruolo di limite del diritto di coazione, nel senso, che, posta la prima, cessa il secondo, ma altresì, positivamente, nel costituire la condizione della capacità giuridica e, dunque, della possibilità stessa che si dia un rapporto giuridico. La sua imperscrutabilità ha perciò ripercussioni non solo sul diritto di coazione, di cui decreta l'inapplicabilità, bensì sulla realizzabilità di una comunità giuridica. Nell'ignoranza delle intenzioni altrui, infatti, non è possibile ottenere, nell'ambito del diritto naturale, alcuna garanzia che l'altro abbia dato alla propria volontà la legge di rispettare la mia libertà, e mantenga ferma tale intenzione, nel tempo. In mancanza della conoscenza della volontà altrui, il fatto che si ottenga e conceda fiducia ha un fondamento soggettivo del tutto inaffidabile, e non può fondare stabilmente alcun rapporto giuridico⁶⁷.

Il passaggio allo Stato, seppure non rende applicabile il diritto di coazione così come esso si presenta nel diritto naturale - giacché neppure allo Stato è dato di leggere nel cuore degli uomini - può tuttavia, con la congiunzione della forza alla legge, realizzare il "dominio del diritto"⁶⁸, fornendo così a ciascuno la garanzia della sicurezza dei propri diritti. Nello Stato la coazione coincide infatti con l'istituzione di un meccanismo che prevenga infallibilmente la violazione dei diritti, dimostrando a ciascuno "l'impossibilità assoluta che, nell'unione, una qualche altra forza, che non sia quella della legge, diventi attiva contro di lui"⁶⁹. In quanto garante della possibilità di una comunità di esseri *liberi*, tale meccanismo deve, al

[Gewissen]; l'ambito semantico era comunque sempre il medesimo della *Gesinnung* kantiana; Fichte ascriveva infatti la personalità giuridica a chi avesse assunto "la legge" nel proprio "cuore" e richiedeva all'aggressore "una rivoluzione nel suo modo di pensare" (corsivo mio) (GA, I, 3, p. 393; *Diritto naturale*, p. 88). Dell'espressione *Gesinnung* si servirono invece esplicitamente, riprendendo lo spirito della teoria fichtiana e parafrasandone la lettera, K. Grolman, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung, nebst einer Entwicklung der Lehre von dem Maaßstabe der Strafen und der juristischen Imputation*, G.F. Heyer, Gießen 1799, p. 51; J.S. Beck, recensione cit., p. 67.

⁶⁷ GA, I, 3, pp. 395, 423 e sgg.; *Diritto naturale*, pp. 90, 123 e sgg.

⁶⁸ GA, I, 3, p. 402; *Diritto naturale*, p. 98.

⁶⁹ GA, I, 3, pp. 401 e sg.; *Diritto naturale*, p. 97.

tempo stesso, lasciare inviolata “la libertà della volontà buona”, che è mossa da un movente morale al rispetto della volontà altrui, e agire con “necessità meccanica” sulla volontà illegale⁷⁰. Destinatario unico della legge di coazione è dunque chi sia spinto da un movente egoistico, ossia potenzialmente illegale⁷¹: proprio presupponendo nella volontà un fine illegittimo, infatti, si ottiene l’annullamento di quella medesima volontà, grazie all’istituzione di un meccanismo in base al quale ad ogni azione illegale segue necessariamente il contrario del suo fine, così che la “volontà malvagia, e avida delle cose altrui” venga “condotta a perseguire lo stesso fine di quella buona dal suo proprio desiderio illegittimo”⁷².

Con ciò il principio del taglione era elevato da Fichte a movente giuridico, sulla scia di quanti vedevano nella rappresentazione della pena un contrappeso alla volontà illegale⁷³. Tra questi, da ultimo, “l’amato signor Jacob”⁷⁴:

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 e incontrastata attività di tutti gli esseri morali in armonia⁷⁵.

⁷⁰ GA, I, 3, p. 427; *Diritto naturale*, p. 127. Cfr. *Rechtslehre 1812*, p. 128; GA, II, 13, p. 271.

⁷¹ GA, I, 3, p. 427; *Diritto naturale*, p. 127: “in tutti i casi in cui non c’è nessun desiderio” per ciò che è illegittimo la legge di coazione “non è operante ed è del tutto soppressa, per quanto riguarda la volontà”. Cfr. GA, I, 3, p. 432; *Diritto naturale*, p. 132. Cfr. R. Schottky, *Untersuchungen zur Geschichte der staatsphilosophischen Vertragslehre im 17. und 18. Jahrhundert*, cit., pp. 183 e sgg.

⁷² GA, I, 3, p. 427; *Diritto naturale*, p. 127.

⁷³ V. ad es. J. Von Sonnenfels, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, Bd. 1, Wien 1787⁵, p. 463: “La misura universale della pena è dunque da cercare unicamente nei moventi dei delitti”; G. Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena 1790, p. 269: “Gli scopi della pena ne determinano la misura”.

⁷⁴ GA, I, 4, p. 76 in n.; *Diritto naturale*, p. 246 in n.

⁷⁵ L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, Halle 1795, p. 249. Cfr.

Seppur tacitamente, ed esplicitando solo l’unico punto di dissenso, Fichte riprendeva anche altre delle tesi di Jakob: l’affermazione che la pena avrebbe fornito un contrappeso sufficiente ai moventi illegali solo purché il potenziale reo se la rappresentasse come certa, ossia conseguente al delitto “come in base a una legge di natura”⁷⁶; l’idea che anche contro i delitti dovuti a leggerezza o disattenzione fosse da generare un movente, tale da prevenire la mancanza di attenzione agli altrui diritti⁷⁷; infine la tesi che il principio del taglione fornisse il criterio di commisurazione della pena al delitto più efficace per la prevenzione dei delitti medesimi. Jakob, tuttavia, aveva visto nel taglione, oltre che il movente giuridico, anzitutto un principio di giustizia, suscettibile di essere elevato all’universalità della legge, e lo aveva ritenuto pertanto valido a priori, e quindi non bisognoso di un contratto che ne sancisse la validità, e inderogabile, giacché una pena eccedente quanto fissato da tale principio sarebbe stata, per definizione, ingiusta⁷⁸.

Fichte accoglieva invece il principio del taglione solo in quanto causa efficace del movente giuridico, respingendo come non pertinente l’ambito giuridico qualsiasi considerazione relativa alla giustizia, ossia alla suscettibilità di un principio di essere elevato a legge in un ordine morale del mondo⁷⁹.

Rechtslehre 1812, p. 126; in GA, II, 13, p. 270.

⁷⁶ L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 254. GA, I, 3, pp. 427, 429, 430; *Diritto naturale*, pp. 127, 129, 130; *Rechtslehre 1812*, pp. 12, 19, 125; GA, II, 13, pp. 205, 210, 269.

⁷⁷ L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., p. 260. GA, I, 3, p. 428; GA, I, 4, pp. 61 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 128, 230.

⁷⁸ L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., pp. 245, 248 e sgg.

⁷⁹ GA, I, 4, p. 77; *Diritto naturale*, p. 246. Sulla polemica di Fichte contro l’assimilazione, da parte di Jakob, dell’ambito giuridico a quello morale - nonché sugli aggiustamenti, solo esteriori, che Jakob apportò alla seconda edizione della *Philosophische Rechtslehre* in seguito alla critica fichtiana - mi permetto di rimandare al mio *Kant e il diritto di punire*, in “Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno”, 29 (2000), pp. 55-84; pp. 82 e sgg. Sebbene sia uno dei pochi autori esplicitamente menzionati nel *Diritto naturale*, Jakob non è mai citato, per quanto ho visto, tra le fonti della dottrina giuridica fichtiana (v. ad es. l’elenco delle plausibili fonti fichtiane in O. Fischl, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie: auf die*

Con ciò egli si trovava a dover rispondere alle due obiezioni che Jakob aveva posto, preventivamente, a chi avesse voluto limitare la fondazione del diritto di punire alla sola funzione preventiva delle pene: costui - sosteneva Jakob - si sarebbe trovato, in primo luogo, in balia delle valutazioni empiriche sull'efficacia, *a posteriori*, delle pene, così da non poter mai dire in anticipo quale pena fosse da ritenersi giusta, e, in secondo luogo, costretto a ricorrere a un contratto con il quale il principio del taglione, non altrimenti fondato, fosse accettato dai cittadini al fine di garantire la sicurezza. Ma, incalzava Jakob, ogni contratto è condizionato dal raggiungimento del fine che lo sostiene, e l'evento stesso dei crimini alla cui prevenzione la legge penale era mirata annulla perciò il contratto e priva di giustificazione la pena⁸⁰.

Fichte affrontò entrambe le questioni poste da Jakob: quanto alla creazione del movente giuridico, si trattava di garantire a priori l'efficacia del meccanismo individuato per annullare, con necessità meccanica, ogni volontà illegale. Di una volontà contraria alla legge che per ciò stesso si annulla Fichte serbava traccia, nella memoria, in virtù delle sue letture kantiane: nel test di universalizzazione delle massime, che Kant aveva presentato quale criterio del giudizio morale, l'ipotesi dell'universalizzazione della massima immorale conduce alla dissoluzione di quest'ultima, pena la sua autocontraddittorietà: chi, ad esempio, voglia ottenere denaro promettendo mendacemente di restituire un prestito, non potrebbe farlo sotto l'ipotesi dell'universalità della sua intenzione, giacché in tal caso non esisterebbero affatto né prestiti, né promesse⁸¹. Il

Entwicklung des Strafrechts in Doktrin, Politik und Gesetzgebung und Vergleichung der damaligen Bewegung mit den heutigen, ripr. facs. dell'ed. Breslau: Schletter'sche Buchhandlung, 1913, Aalen: Scientia, 1981, p. 145 (dell'ediz. München 1963) o il peraltro utilissimo R. Streckler, *Die Anfänge von Fichtes Staatsphilosophie*, cit.) giacché si ritiene usualmente - a torto, io credo - che Jakob costituisse un obiettivo polemico di comodo, per colpire, dietro di lui, il "grande seppur non infallibile" Kant.

⁸⁰ L.H. Jakob, *Philosophische Rechtslehre oder Naturrecht*, cit., pp. 252 e sg.

⁸¹ *Ak*, IV, p. 422; *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. it. a cura di P. Chiodi, in I. Kant, *Scritti morali*, UTET, Torino 1970, p. 80.

meccanismo di annullamento della massima che Kant aveva elaborato, sotto la decisiva condizione dell'universalizzazione della massima individuale, quale *principium dijudicationis* della moralità, Fichte lo adattò in funzione della creazione di un *principium actionis* in ambito giuridico. Il principio che ispira la legge di coazione è infatti l'istituzione di un nesso causale che legghi il perseguimento di un fine illegale al contrario del fine medesimo, così che la volontà non possa porsi, senza contraddizione con se medesima, alcun fine illegale. Il principio del taglione sembrava così trovare una fondazione a priori nell'ambito strettamente giuridico; tuttavia, non incarnando un principio di giustizia, esso non costituiva la massima pena giuridicamente lecita: quando si fosse accertato che per fungere da movente giuridico la pena dovesse essere assai maggiore di quella prevista dal principio del taglione, come nel caso dei reati fini a se stessi, qualsiasi deroga era lecita. Il difensore di Beccaria dalle accuse kantiane di umanitarismo finiva così non solo per difendere lui stesso il principio del taglione, ma altresì per ammettere che a tale principio si dessero deroghe in favore di pene superiori⁸².

Quanto alla necessità di una teoria contrattualistica dello Stato, Fichte sottoscriveva senz'altro le due premesse di Jakob, negandone tuttavia la conclusione: il contratto sociale era necessario ed era, come ogni relazione giuridica, doppiamente condizionato, dal reciproco rispetto del suo contenuto e dalla possibilità del fine che con esso si perseguiva, ma la legittimità della comminazione della pena, nel caso avessero luogo delitti, poteva comunque essere garantita. La legge di coazione avrebbe dovuto garantire la sicurezza dei diritti di ciascuno; in teoria, il caso di dover comminare una pena non avrebbe dovuto presentarsi affatto⁸³. Nell'ipotesi, tuttavia, che un cittadino avesse violato i diritti di un altro, che cosa ne discendeva? A rigore, non solo la totale perdita di diritti del reo e la conse-

⁸² GA, I, 4, p. 63; *Diritto naturale*, p. 231.

⁸³ GA, I, 60; *Diritto naturale*, p. 229: "il fine della legge penale è che il caso della sua applicazione non si presenti affatto."

guente esclusione dallo Stato, che Fichte ammetteva⁸⁴, ma anche - come Jakob paventava - la dissoluzione dello Stato medesimo, giacché questo fondava la propria esistenza, e il proprio primato sulle relazioni giuridiche nell'ambito del mero diritto naturale, sulla possibilità di garantire infallibilmente la sicurezza. Questa è la ragione, a mio avviso, per cui l'istituzione della legge di coazione, seppur decisiva per la possibilità stessa del rapporto giuridico, non compare nella sequenza dei contratti se non quale "principio materiale delle pene positive"⁸⁵, all'interno del contratto di espiazione. Qualora, infatti, l'istituzione di un meccanismo coattivo avesse costituito il contenuto essenziale del contratto di protezione, come Fichte pareva affermare nel paragrafo tematicamente dedicato alla legge di coazione⁸⁶, la mancata efficacia di tale meccanismo, ossia l'aver luogo di un qualsivoglia reato, avrebbe annullato il contratto stesso, rendendo impossibile ogni rapporto giuridico non solo con l'aggressore, ma anche, vicendevolmente, tra gli altri cittadini, ai quali la legge di coazione non poteva garantire, evidentemente, la sicurezza reciproca.

La pena⁸⁷ è dunque oggetto di specifici contratti, nella dottrina fichtiana, perché la sua legittimità non è deducibile da

⁸⁴ GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227: "chi viola il contratto sociale [...] perde [...] tutti i propri diritti come cittadino e come uomo", GA, I, 4, p. 67; *Diritto naturale*, p. 236: "con ogni trasgressione, a rigore, il diritto di cittadinanza viene perduto".

⁸⁵ GA, I, 4, p. 61; *Diritto naturale*, p. 229.

⁸⁶ GA, I, 3, p. 430; *Diritto naturale*, p. 130: "essi devono [...] concludere tra loro un contratto per istituire una legge di coazione e una forza coattiva".

⁸⁷ Gli studi tematicamente dedicati alla dottrina fichtiana del diritto penale non sono molti: rapide trattazioni si trovano in V. Hösl, *Was kann und was darf der Staat bestrafen? Überlegungen im Anschluß an Fichtes und Hegels Strafrechtstheorien*, in *Die Rechtsphilosophie des deutschen Idealismus*, a cura di idem (*Schriften zur Transzendentalphilosophie*, 9), Hamburg 1989, pp.1-55; C.L. von Bar, *Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien*, 2. Neudruck der Ausgabe Berlin 1882, Aalen, Scientia, 1992, pp. 244 e sgg.; O. Fischl, *Der Einfluss der Aufklärungsphilosophie: auf die Entwicklung des Strafrechts ...*, cit., pp. 143 e sgg.; lo studio più dettagliato, seppur limitato al solo *Fondamento del diritto naturale*, è quello di R. Zaczek, *Das Strafrecht in der Rechtslehre J.G. Fichtes*, Berlin 1981., recensito da C. Cesa, *Diritto e diritto penale in J.G. Fichte. A proposito di un libro recente*, in "Studi Senesi", 96 (1984), pp. 508-517.

quella della legge di coazione, la quale dovrebbe esercitare la propria funzione preventiva con necessità meccanica e, perciò, infallibilmente. L'esclusione dell'aggressore da ogni relazione giuridica e la sua totale privazione di diritti, che Fichte ritiene conseguenza alla violazione della legge anche all'interno dello Stato⁸⁸, riproduce l'aporia che era interna al diritto naturale e di cui il diritto statale avrebbe dovuto consentire il superamento. Anziché ammettere allora l'inapplicabilità del diritto di coazione financo nell'ambito del diritto statale, Fichte spostava l'accento dal versante soggettivo della fiducia, a quello, oggettivo, della sicurezza⁸⁹. Mentre infatti il vacillare della fiducia individuale nella sottomissione altrui alla legge giuridica rendeva impossibile qualsiasi rapporto giuridico, una minaccia alla sicurezza dei diritti dei cittadini poteva essere efficacemente respinta dallo Stato senza minarne l'esistenza.

È su una base meramente utilitaristica - è utile allo Stato conservare i propri cittadini ed è utile ai cittadini conservare i propri diritti⁹⁰ - che si fonda dunque, secondo Fichte, la stipula, tra i cittadini, di un contratto di espiazione, la cui validità si estenda ai casi in cui "il fine ultimo dello Stato - la sicurezza pubblica"⁹¹, possa essere raggiunto anche senza privare il reo della capacità giuridica, ossia senza escluderlo dallo Stato.

Legittimata dal contratto, la pena diviene così applicabile malgrado il fallimento del proprio scopo primario - "trattene-re il criminale dal crimine"- e mantiene, "per il futuro", la funzione deterrente di "distogliere [...] gli altri cittadini, e lo stes-

⁸⁸ GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227.

⁸⁹ GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 228: "il fine del potere statale non è altro che quello della sicurezza reciproca dei diritti di tutti nei confronti di tutti, e lo Stato non dev'essere tenuto ad altro che all'utilizzo dei mezzi sufficienti a questo fine".

⁹⁰ GA, I, 4, p. 60; *Diritto naturale*, p. 228.

⁹¹ GA, I, 4, p. 60; *Diritto naturale*, p. 229. Fichte riprendeva altresì l'argomento, tradizionale, della necessità di un terzo imparziale, in grado di giudicare tra i contendenti: dopo la violazione della legge, sono escluse dalla volontà comune, in quanto volontà private, tanto quella del trasgressore che quella dell'offeso. "Giudice potrebbe essere quindi soltanto il terzo" (GA, I, 3, p. 435 e sg.; *Diritto naturale*, p. 138 e sg.).

so criminale, dalla medesima trasgressione"⁹². Ove neppure tale funzione deterrente sia perseguibile, "per la natura della cosa", ossia quando il danno venga "procurato [...] semplicemente per nuocere"⁹³, oppure quando il crimine sia diretto contro lo Stato medesimo, la perdita dei diritti e l'esclusione dallo Stato possono essere scongiurate solo grazie a un ulteriore contratto, mediante il quale i cittadini si concedano vicendevolmente il "diritto al tentativo di correzione"⁹⁴. Se il diritto di coazione si arresta là dove sia ristabilita l'intenzione di rispettare la legge, ma è inapplicabile per l'impossibilità di verificare la presenza di tale intenzione, all'interno dello Stato pare a Fichte non contraddittorio progettare un percorso che riconduca il reo "alla preoccupazione per la propria sicurezza"⁹⁵, ossia a quel movente egoistico che, in mancanza di un superiore movente morale, rende gli esseri umani suscettibili di essere determinati dalla legge di coazione e dunque capaci, come abbiamo visto, di una convivenza pacifica.

5. Sulla pena di morte

I principali argomenti contro la pena di morte impiegati nel dibattito settecentesco sul tema avrebbero potuto essere respinti da Fichte del tutto coerentemente con la propria dottrina giuridica complessiva. La pena di morte era infatti qualificata come illegittima

a) in virtù dell'attribuzione, agli uomini, di un diritto, origina-

⁹² GA, I, 4, p. 61; *Diritto naturale*, p. 229.

⁹³ GA, I, 4, p. 62 e sgg.; *Diritto naturale*, p. 231 e sg. Questo è l'unico "caso in cui, nella trasgressione, si devono prendere in considerazione la disposizione d'animo e le intenzioni, ed in cui la pena deve essere stabilita su questa base". Si tratta infatti dell'unico tipo di reato caratterizzato non dalla mera assenza, nel reo, dell'intenzione giuridica, bensì dalla presenza di un'intenzione ad essa formalmente contraria, ossia di una volontà "malvagia formaliter", alla quale il principio del contrappeso, in grado di contrastare i soli moventi materiali, risulta inapplicabile.

⁹⁴ GA, I, 4, p. 68; *Diritto naturale*, p. 237.

⁹⁵ GA, I, 4, p. 69; *Diritto naturale*, p. 238.

rio e inalienabile, alla vita⁹⁶; Fichte non riconosceva invece diritti che all'interno dei rapporti giuridici, e da essi originati; quanto al reo, egli si dimostrava incapace di intrattenere alcuna relazione giuridica ed era perciò del tutto privo di diritti⁹⁷;

- b) sulla base del rifiuto del principio del taglione quale criterio di comminazione della pena, giudicato barbaro come principio e inapplicabile di fatto⁹⁸; il principio dell'uguale perdita pareva invece a Fichte il più idoneo a produrre nei cittadini il movente giuridico⁹⁹;
- c) con un argomento contrattualistico, fondato sull'impossibilità, psicologica, che si desse il proprio consenso al proprio stesso annientamento¹⁰⁰, o sull'illiceità, morale, che si trattasse la vita umana, di diritto nelle mani di Dio, come un diritto disponibile, di cui decidere arbitrariamente¹⁰¹;

⁹⁶ Cfr. G. Hufeland, *Lehrsätze des Naturrechts*, cit., p. 110.

⁹⁷ GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227; cfr. *Rechtslehre 1812*, pp. 140 e sg.; GA, II, 13, pp. 276 e sg.: alla domanda se si dovesse attribuire al reo, dopo la perdita dei diritti civili, un diritto puramente umano, Fichte rispondeva che, malgrado la doverosità morale, per gli altri, di rispettare comunque l'umanità di costui, questi non poteva avanzare, dal punto di vista giuridico, la pretesa di detenere alcun diritto.

⁹⁸ Cfr. V. Barkhausen, *Über die Abschaffung der Todesstrafen; Probe eines Kommentars über den Beccaria*, in "Deutsches Museum", Leipzig Jg. 1776, 8. St., pp. 667-694.

⁹⁹ Kant aveva difeso la pena di morte proprio in virtù della mera applicazione del principio del taglione: "non c'è nessuna omogeneità tra una vita per quanto pena, e la morte; e di conseguenza non esiste altra uguaglianza fra il delitto e la punizione, fuorché nella morte giuridicamente inflitta al criminale" (*Ak*, VI, p. 333; MS, p. 166). Analogamente si era espresso I. von Soden, *Geist der peinlichen Gesetzgebung Teutschlands*, 1792², in J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, Leipzig, J.G. Beygang 1798, Zweiter Theil, p. 156.

¹⁰⁰ Cfr. J.H. Schulz, *Versuch einer Anleitung zur Sittenlehre für alle Menschen ohne Unterschied der Religion, 4ter B. mit einer Anhang über die Todesstrafen*, 1790, in J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, cit., Zweiter Theil, p. 136.

¹⁰¹ Per quest'ultimo argomento, riconducibile a quello esposto alla lettera a), v., ad es., H.A. Vezin, *Das peinliche Halsrecht der Teneriffaner, ein Märchen, wie es mehrere giebt; mit Anmerkungen*, Osnabrück 1783, pp. 73 e sg.; T. von Hippel, *Nachrichten die von K-Untersuchung betreffend. Ein Beitrag über Verbrechen und Strafen*, 1792, in J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, cit., Zweiter Theil, pp. 159 e sg.

per Fichte la legge di coazione, e in essa il taglione, quale principio materiale delle pene positive, era invece la legge alla quale dare il proprio consenso, nel contratto, in modo non costruttivistico¹⁰²: la legge di coazione non è la legge su cui concorderebbe qualsiasi potenziale cittadino, ma quella che può essere razionalmente dedotta come necessaria alla costituzione dei rapporti giuridici¹⁰³.

Un ulteriore argomento contro la pena di morte era fondato sulla considerazione utilitaristica della sua minore efficacia - rispetto, ad esempio, al carcere a vita - quale strumento intimidatorio, di prevenzione generale dei delitti; la discussione sulla necessità, o superfluità, dell'eliminazione del reo, a garanzia della sicurezza pubblica, costituì il fulcro del dibattito tardo settecentesco sulla legittimità della pena di morte¹⁰⁴. Lo stesso Beccaria¹⁰⁵, che pur si era servito anche di argomenti contrattualistici, aveva respinto la pena di morte primariamente in nome della sua sostituibilità con l'ergastolo senza detrimento, ed anzi a vantaggio, della sicurezza collettiva¹⁰⁶. Una

¹⁰² Con "costruttivismo" si intende quella teoria metaetica per la quale le verità morali non hanno un'esistenza indipendente dalle procedure razionali che conducono alla loro identificazione.

¹⁰³ Analogamente non costruttivistica fu la posizione di Kant; cfr. *Ak*, VI, p. 312; *MS*, p. 140. Per una confutazione del preteso costruttivismo kantiano, si veda S. Landucci, *Sull'etica di Kant*, Guerini e Associati, Napoli 1994, pp. 63-67.

¹⁰⁴ Nel 1798, J.A. Bergk deplorava che la questione della legittimità giuridica della pena di morte fosse immancabilmente ridotta alla questione della sua utilità o necessità, quasi fosse sensato interrogarsi sulla necessità dell'ingiustizia (*Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, cit., Erster Theil, pp. 172 e sg. in n.; Zweiter Theil, pp. 196 e sg.; 206 e sg.; 224.).

¹⁰⁵ Lo scritto di Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Livorno 1764, era subito stato tradotto in lingua tedesca, prima dalla traduzione francese e poi dall'originale italiano. Cfr. *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

¹⁰⁶ C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, a cura di F. Venturi, Torino, Einaudi 1994, par. 28, pp. 62 e sg.

simile impostazione della questione non poteva invece essere accolta da Fichte, quale che fosse la soluzione che se ne forniva. Il tema della pena di morte è in effetti di importanza cruciale per la comprensione della teoria fichtiana del diritto penale, giacché egli negava - a differenza della maggioranza dei suoi contemporanei - che l'eliminazione del delinquente da parte dello Stato, pur giuridicamente lecita e, talora, necessaria, potesse propriamente essere qualificata come una pena¹⁰⁷. Chi avesse tentato di dedurre la legittimità o illegittimità della pena di morte dal suo grado di utilità per la sicurezza collettiva sottintendeva, secondo Fichte, un'interpretazione errata della funzione utilitaristica della pena. La rappresentazione della pena doveva infatti fungere da movente giuridico per chi non fosse trattenuto dal delinquere da un movente morale. Nel caso della sua inefficacia, e dunque al verificarsi di un reato, la pena era inflitta al reo per trattenere anzitutto lui, e solo in secondo luogo il resto dei cittadini, dal delinquere ulteriormente. La comminazione della pena presupponeva dunque che il reo fosse ancora suscettibile, malgrado il reato commesso, di essere determinato, dalla rappresentazione della pena medesima, ad agire legalmente. La pena di morte conteneva perciò una *contradictio in adjecto*, giacché, eliminando fisicamente il reo, avrebbe dovuto muoverlo al rispetto della legge¹⁰⁸. Nella teoria penale di Fichte la pena è per definizione

¹⁰⁷ GA, I, 4, p. 72; *Diritto naturale*, p. 242: "Cosa si deve fare di coloro che vengono esclusi assolutamente dallo Stato [...]? Questa è di gran lunga l'indagine più importante della teoria delle pene"; *Rechtslehre 1812*, p. 142, in GA, II, 13, p. 277.

¹⁰⁸ Cfr. J. Von Sonnenfels, *Grundsätze der Polizey, Handlung und Finanz*, p. 484: "le pene di morte sono contrarie allo scopo finale delle pene"; Von Sonnenfels rivendicava di aver sostenuto tale tesi fin dal 1764, ossia prima di Beccaria; K. A. Cäsar, *Denkwürdigkeiten aus der philosophischen Welt*, 4. Bd., Leipzig 1787, in J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, 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"; 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 comunemente autorizzata a usare la morte come un giusto mezzo per la sicurezza".

da infliggersi solo a colui che sia in grado di rientrare nella relazione giuridica, ossia "che sia in grado di venir determinato [...] realmente dalla rappresentazione" della legge giuridica¹⁰⁹. Nel caso, invece, in cui il soggetto risulti ormai inidoneo a far parte di una comunità di esseri razionali, non resta che dichiararlo privo di diritti ed escluderlo dallo Stato. L'alternativa non è dunque tra pena correttiva e pena di morte, bensì tra pena *tout court*, correttiva per definizione, ed esclusione dallo Stato¹¹⁰. L'esclusione dallo Stato è la conseguenza del venir meno della relazione di riconoscimento: al condannato all'esclusione non si ascrive più alcun diritto perché non gli si riconoscono più razionalità e libertà¹¹¹. Qualora sia necessario sopprimerlo, per la sicurezza dello Stato, lo si fa come si ricaccia indietro "una forza naturale"¹¹²: "il criminale è allora un animale pericoloso che viene abbattuto, un fiume in piena che viene arginato". Per il resto, a trattenerne i cittadini e lo Stato dal trattare arbitrariamente il criminale sta non il diritto, che tace del tutto, ma il "rispetto verso se stessi e verso i propri simili"¹¹³.

¹⁰⁹ GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227.

¹¹⁰ GA, I, 4, p. 79; *Diritto naturale*, pp. 247 e sg.: "esistono due tipi di pene completamente diverse: quelle che si fondano sul contratto ed una che si fonda sull'assoluta nullità del contratto".

¹¹¹ Cfr. *Rechtslehre 1812*, pp. 142 e sg., in GA, II, 13, p. 278: "Una volontà libera: questa proprio non ce l'hanno: e questo è il motivo della loro esclusione. Sono certamente pazzi, solo di un tipo più pericoloso di quelli che tutti riconoscono come tali. Questi uomini perdono il mondo sensibile reale e la connessione delle cose in esso. Quelli perdono il mondo giuridico, e la connessione delle manifestazioni della libertà. Così li si deve considerare, e trattare".

¹¹² La tesi fichtiana che il reo potesse essere considerato quale una mera forza naturale, anziché come un essere libero, fu criticata da J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, cit., Zweiter Theil, pp. 242 e sg. Cfr. J.C.G. Schaumann, *Kritische Abhandlung zur philosophischen Rechtslehre*, cit., pp. 253 e sg.: Schaumann riteneva indubbio che, in caso di necessità, ossia per la difesa dei propri diritti perfetti, fosse lecito tanto al singolo quanto allo Stato eliminare l'aggressore, ma rifiutava di assimilare la questione della legittima difesa a quella della pena di morte.

¹¹³ GA, I, 4, p. 73; *Diritto naturale*, p. 243. L'argomento fichtiano è analogo a quello impiegato da Kant riguardo ai doveri verso gli animali: a trattenerne gli esseri razionali dal maltrattare gli animali non sta il diritto di questi, bensì "il dovere dell'uomo verso se stesso" (*Ak*; VI, p. 443; MS, p. 304 e sg.).

L'uccisione del criminale, lecita allo Stato qualora "esso si possa difendere da lui *soltanto* in questo modo", ed eseguita dallo Stato non in quanto tale, giacché col criminale non sussiste più alcun contratto¹¹⁴, bensì solo in quanto "*forza fisica più grande*"¹¹⁵, resta tuttavia vietata al privato - soggetto morale, oltre che giuridico - dalla legge morale¹¹⁶.

Pur condividendo con Kant e Jakob l'assunzione del principio del taglione a criterio di determinazione dell'entità della pena, Fichte ne respingeva la validità rispetto alla pena di morte, giacché con la morte del reo, evidentemente, non si otteneva di produrre in lui alcun movente giuridico. Estendendo la validità del principio dell'ugual perdita anche alla morte, Kant e Jakob mostravano, secondo Fichte, di aver assunto tale principio in un senso retributivistico, derivandone cioè la validità dall'idea che la trasgressione della legge fosse meritevole in sé di punizione e che il nesso tra delitto e pena fosse da intendersi perciò come moralmente necessario¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. E. Rousseau, *Du contrat social*, Lib. II, cap. V: "ogni malfattore, violando il diritto sociale, diventa per i suoi delitti ribelle e traditore della patria; egli cessa di esserne membro violando le sue leggi; anzi le fa guerra. Allora la conservazione dello Stato è incompatibile con la sua; bisogna che uno dei due perisca; e, quando si fa morire il colpevole, lo si uccide non tanto come cittadino quanto come nemico"; 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". Per la critica della tesi rousseauiana, cfr. J.A. Bergk, *Des Marchese Beccaria's Abhandlung über Verbrechen und Strafen*, Leipzig, J.G. Beygang 1798, Zweiter Theil, pp. 211 e sg.: "Nessun delinquente può cessare di essere membro dello Stato in cui ha vissuto sino ad allora".

¹¹⁵ GA, I, 4, p. 74; *Diritto naturale*, p. 243 e sg.: "Colui che deve essere giustiziato è eliminato per la legislazione, spetta alla polizia, e ciò non avviene in seguito ad un diritto positivo, ma per necessità. Quel che è giustificato soltanto dalla necessità non è nulla di onorevole, e deve quindi - come tutto ciò che è disonorevole e tuttavia necessario - avvenire con pudore, ed in segreto. Il malfattore sia strangolato, o decapitato, in carcere!".

¹¹⁶ GA, I, 4, p. 75; *Diritto naturale*, pp. 244 e sg.

¹¹⁷ GA, I, 4, p. 60 e sg., 76 e sgg.; *Diritto naturale*, pp. 229, 245 e sg. Cfr. *Rechtslehre 1812*, p. 131; GA, II, 13, p. 273: si ha diritto di trattare il reo secondo la legge che sorgerebbe dall'universalizzazione della sua azione solo per "annullare la sua volontà contraria al diritto".

Essi scambiavano così per un fine ciò che invece è solo un mezzo:

“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”¹¹⁸.

6. Tra diritto e morale: la dottrina fichtiana della pena nel 1812

Accade sovente, nella storia della filosofia, che il carattere aporetico della dottrina di un filosofo venga alla luce non tanto nella sua stessa opera, bensì, con assai maggior chiarezza, nelle discussioni tra i suoi seguaci, i quali, radicalizzando ciascuno una sola delle sue tesi, ne mostrino, inconsapevolmente, l'inconciliabilità con il complesso della dottrina del maestro. Alcuni dei punti critici della dottrina fichtiana del diritto penale del 1796 - tra i quali, in particolare, il ruolo della *Gesinnung* giuridica nella giustificazione della coazione, la questione del carattere vincolante della legge giuridica e il problema della legittimità del passaggio dall'annuncio della pena, nella legge, alla sua effettiva comminazione - furono oggetto, negli anni che seguirono il *Diritto naturale*, di un'intensa discussione tra due giuristi, Karl Grolman e Paul Johann Anselm Feuerbach¹¹⁹.

Congiungendo le dottrine di Kant e Fichte, Grolman aveva sostenuto che la coazione, giuridicamente legittima in quanto “rimozione di un ostacolo alla libertà”¹²⁰, fosse da

¹¹⁸ GA, I, 4, p. 60; *Diritto naturale*, p. 229.

¹¹⁹ Una prima bibliografia sui due autori, ed in particolare sulle rispettive dottrine del diritto penale, si trova in appendice all'antologia *Texte zur Strafrechtstheorie der Neuzeit*, Nomos, Baden-Baden 1993, Bd. I, p. 328; Bd. II, pp. 305 e sg., o all'indirizzo Internet <http://www.juristische-zeitgeschichte.de/Strafrechtsdenker.htm>. Nella medesima antologia si trovano altresì estratti dalle opere di Grolman e Feuerbach citate nelle pagine che seguono.

¹²⁰ K. Grolman, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, cit., pp. 8, 51, 60. Cfr. Kant, in *Ak*, VI, p. 231; MS, p. 36.

esercitarsi contro colui che aveva violato la legge poiché egli mostrava, con ciò, di non aver “eretto la regola del diritto a norma *inviolabile* delle sue azioni” e di non essere dunque suscettibile, in virtù della sua “intenzione illegale”, di far parte di una comunità di esseri liberi¹²¹. Se dunque la pena annunciata nella legge era da intendersi come strumento di prevenzione generale, in quanto a fondamento di un meccanismo di coazione psicologica¹²², l'effettiva comminazione della pena aveva invece come fine la sola dissuasione del singolo, ossia la funzione di impedire al reo di commettere quegli ulteriori delitti che egli, con la sua mancanza di una *Gesinnung* giuridica, annunciava¹²³.

L'idea che il reato fosse da punire in quanto sintomo dell'assenza di una *Gesinnung* giuridica e, dunque, indizio della insocievolezza del reo, fu respinta da Feuerbach quale indebita commistione di diritto e morale: non è possibile sostenere che la legge giuridica prescriva massime e intenzioni - osservava Feuerbach - a meno che non si voglia fare della dottrina del diritto un'etica¹²⁴. Di per sé la legge giuridica è una legge della volontà solo nel senso, banale, che a realizzarla non può essere la causalità naturale, bensì il solo arbitrio umano, giacché è da questo e non da quella che dipendono le azioni esterne degli uomini¹²⁵. La legge che ci prescrive di elevare a massima della nostra volontà la legge giuridica è tuttavia non la legge

¹²¹ K. Grolman, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, cit., p. 51. Cfr. GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227.

¹²² K. Grolman, *Über die Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung*, cit., p. 109.

¹²³ *Ivi*, pp. 110 e sgg.

¹²⁴ P.J.A. Feuerbach, *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers. Nebst einer näheren Prüfung der Kleinischen Strafrechtstheorie. Als Anhang zu der Revision des peinlichen Rechts*, G.F. Tasché, Chemnitz 1800, ristampa Darmstadt 1970, pp. 15 e sgg.: “La legge giuridica, se deve ancora essere considerata una legge esterna, non può dire: tu devi assumere questa o quella intenzione, devi fare di questo o di quello la regola inviolabile della tua volontà, se non vuoi contraddire la ragione; - bensì solo: questo lo devi fare, questo omettere, se la libertà di tutti, che tu devi riconoscere come esseri razionali e proprio perciò anche come liberi, deve sussistere accanto alla tua”.

¹²⁵ *Ivi*, pp. 19 e sgg.

giuridica stessa, bensì la legge morale¹²⁶. Quanto al passaggio dalla pena minacciata alla pena effettivamente inflitta, Feuerbach riteneva che entrambi i momenti fossero essenziali al meccanismo di coazione psicologica costitutivo del diritto penale: senza la reale comminazione delle pene annunciate nella legge, infatti, l'annuncio stesso avrebbe perduto ogni efficacia quale movente giuridico¹²⁷.

Grolman replicò a Feuerbach che la legislazione giuridica e quella etica, pur distinte, erano tuttavia dirette entrambe alla determinazione della volontà ed avevano dunque, quale fonte comune, la razionalità pratica¹²⁸. Il tentativo di distinguere l'etica dal diritto relegando quest'ultimo nella sfera delle azioni esterne misconosceva l'elemento temporale costitutivo della relazione giuridica, per la quale era richiesta, oltre al rispetto reciproco delle libertà, la garanzia del medesimo rispetto per il futuro, ossia, sul versante soggettivo, la certezza che ciascuno avesse fatto della legge giuridica la legge inviolabile della propria volontà¹²⁹. A distinguere il diritto dall'etica erano, secondo Grolman, l'irrilevanza e, rispettivamente, la rilevanza del movente in virtù del quale si adottava la legge della propria volontà, così che in ambito giuridico, pur nell'impossibilità di conoscere la *Gesinnung* altrui, era possibile desumere, dalle

¹²⁶ *Ivi*, p. 23.

¹²⁷ *Ivi*, p. 96: "il fine della minaccia della pena è quello di dissuadere, attraverso la rappresentazione della stessa, da *possibili* delitti; il fine della comminazione della stessa è di rendere possibile l'efficacia della minaccia della legge; poiché una minaccia può intimidire solo se si sa che verrà realizzata". J. Gruner, *Versuch über Strafen. In vorzüglicher Hinsicht auf Todes- und Gefängnisstrafen*, Göttingen, J.G. Rosenbusch 1799, p. 30. Nella *Rechtslehre 1812*, pp. 129 e sg., GA, II, 13, p. 272, Fichte avrebbe accolto tale argomento a favore dell'effettiva comminazione della pena annunciata nella legge di coazione: per muovere la volontà attraverso la rappresentazione della pena, occorre che "la rappresentazione" sia "vera", ossia che il male annunciato segua il delitto infallibilmente, "come la caduta del corpo attraverso l'urto".

¹²⁸ K. Grolman, *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben? in "Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung"* 1 (1800), pp. 241-265; pp. 251, 245: "la legge giuridica [...] è una legge eterna [...] della volontà". Cfr. GA, II, 13, p. 209: "il diritto porta con sé un <imperativo> eterno"; *Rechtslehre 1812*, p. 18, che però reca "Integrität", anziché "Imperativ".

¹²⁹ K. Grolman, *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?*, cit., pp. 246 e sg., 254 e sg. Cfr. GA, I, 3, pp. 423 e sgg.; *Diritto naturale*, pp. 123 e sgg.

azioni esterne illegali, che il soggetto che le aveva compiute non avesse la volontà di rispettare i diritti altrui e fosse quindi da escludere dalla relazione giuridica¹³⁰.

Nel *Diritto naturale* Fichte aveva ammesso che la morale fornisse al diritto una "nuova sanzione", escludendo però qualsiasi interferenza della doverosità morale nell'ambito giuridico e sottolineando la reciproca indipendenza delle due sfere¹³¹. A conferma dell'eterogeneità delle rispettive fonti normative, egli presentava, incidentalmente, i casi di collisione tra diritti giuridici e divieti morali - "Ne aveva certo il diritto [...] ma non se ne sarebbe dovuto servire"¹³² - senza tuttavia sciogliere il nodo della conciliabilità, o dell'ordinamento gerarchico, delle due legislazioni. Nel *Sistema di etica*, affrontando tematicamente i doveri relativi alla libertà formale degli esseri razionali, ossia esaminando dal punto di vista morale la medesima relazione esterna tra individui che costituisce la sfera giuridica, Fichte sostenne che

ogni corpo, per chi è animato da una disposizione morale, è uno strumento per la realizzazione della legge morale nel mondo sensibile. Ma il corpo può essere tale strumento solo a condizione di rimaner libero, di dipendere in tutto e solamente dalla libera volontà della persona. Non appena qualcuno scorge un corpo umano, gli è trasmesso il comando della legge morale che riguarda questo determinato corpo¹³³.

In ambito morale il diritto all'invulnerabilità del proprio corpo e alla libera causalità nel mondo sensibile non discendeva dunque da una relazione di mutuo riconoscimento e rispet-

¹³⁰ K. Grolman, *Sollte es denn wirklich kein Zwangsrecht zur Prävention geben?*, cit., pp. 263 e sg.: "violare volontariamente i diritti altrui, e tuttavia avere la volontà di non volerli violare mai è certamente una contraddizione".

¹³¹ GA, I, 3, pp. 320 e sg., 359 e sg.; *Diritto naturale*, pp. 10, 48.

¹³² GA, I, 3, p. 359; *Diritto naturale*, p. 48: "la legge morale proibisce molto spesso l'esercizio di un diritto, che non cessa poi per questo, come tutti ammettono, di essere un diritto".

¹³³ GA, I, 5, p. 247; *Sistema di etica*, pp. 256 e sg.

to, bensì dal mero possesso di sembianze umane. La tesi che “ogni corpo umano” fosse “uno strumento per promuovere il fine della ragione”¹³⁴ implicava il divieto morale di ciò che era stato posto da Fichte a fondamento del diritto giuridico di coazione; la “rinuncia alla razionalità dell’altro”, che nell’ambito giuridico conseguiva alla violazione, da parte sua, dei diritti altrui, e ne legittimava il trattamento arbitrario, era infatti vietata dalla legge morale¹³⁵.

Se dunque la legge giuridica taceva, quanto al reo, escludendolo da ogni relazione giuridica e negandogli perciò la personalità giuridica, la legge morale manteneva invece intatti i propri comandi e i propri divieti anche rispetto a costui¹³⁶, derivando la personalità morale di questi non già dalla sua razionalità in atto, ossia dall’effettivo riconoscimento e rispetto, da parte sua, della sfera di libertà altrui¹³⁷, bensì dalla sua mera razionalità in potenza, ossia dalla sua suscettibilità, quale essere umano, di divenire un ente che agisce moralmente¹³⁸.

Una simile tesi non poteva lasciare inalterata la distinzione tra morale e diritto, quale Fichte l’aveva presentata nel 1796: anziché fornire al diritto una “nuova sanzione”, la morale appariva infatti in contrasto col diritto su una questione essenziale, quale l’iscrizione, a ciascun individuo e prescindendo dal suo comportamento, di diritti fondamentali. Tra la tesi dell’indipendenza tra le due sfere, che avrebbe comportato ora l’ammissione della loro reciproca incompatibilità, e la tesi di un loro ordinamento gerarchico, tale da risolvere a favore della sfera superiore i casi di conflitto, Fichte non poté che scegliere la seconda. Il concetto del diritto, infatti, in quanto

¹³⁴ GA, I, 5, p. 250; *Sistema di etica*, p. 260.

¹³⁵ GA, I, 5, p. 253; *Sistema di etica*, p. 263.

¹³⁶ GA, I, 5, p. 247 e sgg.; *Sistema di etica*, pp. 256 e sgg.

¹³⁷ Cfr. GA, I, 3, pp. 355 e sg.; *Diritto naturale*, p. 44: io posso trattare chi non mi riconosca come essere libero quale “mero essere sensibile”.

¹³⁸ GA, I, 5, p. 258; *Sistema di etica*, p. 269: “Io ho l’obbligo di considerare l’altro come uno strumento della legge morale”.

“concetto originario della ragion pura”¹³⁹, deducibile a priori quale condizione dell’autocoscienza, non poteva trovarsi in contraddizione - pena l’autocontraddittorietà della ragione stessa - con il “concetto di etica”, il quale, anch’esso, “scaturisce puro dall’essenza della ragione”¹⁴⁰.

Nelle lezioni sulla dottrina del diritto del 1812, Fichte presentò pertanto il diritto come distinto dalla morale, ma ad essa subordinato. Affrontando la questione dello statuto della legge giuridica, che aveva diviso Grolman e Feuerbach, egli non solo escludeva che la legge del diritto fosse assimilabile a una legge naturale, ma negava altresì che essa fosse riconducibile a una legge pratica, diretta alla libertà individuale. Il carattere collettivo dell’imperativo giuridico era invocato da Fichte quale caratteristica distintiva del diritto, tale da renderlo inassimilabile all’etica:

nella dottrina morale [...] la legge è diretta a me *solo*, ed è incondizionata.- Non così la legge giuridica: questa è diretta a *tutti*, e la sottomissione del singolo è condizionata da quella di tutti, e di ciascun singolo. Se cade la condizione, cade il condizionato¹⁴¹.

Quanto al carattere vincolante del diritto, tuttavia, Fichte non lo riteneva più condizionato, come nel *Diritto naturale*, dal perseguimento del fine che esso solo consentiva di raggiungere, ossia l’esistenza di una comunità di esseri liberi. Alla domanda sull’obbligatorietà del diritto egli presentava ora in risposta l’obbligatorietà morale:

Diritto è libertà secondo una legge. Chi chieda un diritto, non lo attende come un favore, bensì come un dovere e un *obbligo* dell’altro: secondo una legge che comanda a lui, l’altro [...]. Egli si appella contro di lui a questa legge che ne limita la volontà. Esiste una simile legge? Certamente: la

¹³⁹ GA, I, 3, p. 319; *Diritto naturale*, p. 8.

¹⁴⁰ GA, I, 5, p. 74; *Sistema di etica*, p. 60.

¹⁴¹ *Rechtslehre 1812*, pp. 3, 13 e sg.; GA, II, 13, pp. 197 e sg., 206.

legge morale: secondo questa ciascuno [deve] rispettare la libertà di tutti gli altri¹⁴².

Con la tesi che la legge giuridica derivasse la propria obbligatorietà dalla legge morale, Fichte ne decretava il carattere meramente strumentale; il diritto coincideva con l'instaurazione di un meccanismo coattivo che garantisse la possibilità della coesistenza degli esseri razionali, in assenza, e in attesa, di una loro perfetta moralità, che ne avrebbe armonizzato le libertà rendendoli "una volontà sola"¹⁴³.

Quale mero "avviamento alla moralità"¹⁴⁴, la legge giuridica era da considerarsi dunque come propedeutica e provvisoria¹⁴⁵, seppur nella mera prospettiva dell'ideale morale a cui tendere indefinitamente:

La legge giuridica trova perciò applicazione solo in quanto la legge morale non domina ancora universalmente, e come preparazione al dominio di questa. Il dominio *universale* [...] di quest'ultima abroga la prima¹⁴⁶.

La superfluità del diritto in una comunità di esseri perfettamente razionali¹⁴⁷ non era una tesi nuova rispetto al *Diritto*

¹⁴² *Rechtslehre 1812*, p. 24; GA, II, 13, p. 213.

¹⁴³ *Rechtslehre 1812*, p. 8; GA, II, 13, p. 202.

¹⁴⁴ L'espressione è di C. Cesa, *Introduzione a Fichte*, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 100. Sul rapporto tra morale e diritto e sulle sue vicissitudini, nella dottrina fichtiana, si veda, anzitutto, H. Verwey, *Recht und Sittlichkeit in J. G. Fichtes Gesellschaftslehre*, cit.; C. De Pascale, *Etica e diritto: la filosofia pratica di Fichte e le sue ascendenze kantiane*, Il Mulino, Bologna 1995; *idem*, *La teoria e la pratica del diritto*, in "Daimon. Revista de Filosofia", 9 (1994), pp. 275-288.

¹⁴⁵ Cfr. *Rechtslehre 1812*, pp. 8, 14, 25, 50 e sg.; in GA, II, 13, pp. 202, 206, 214, 226 e sg.

¹⁴⁶ *Rechtslehre 1812*, pp. 8, 25, 53; in GA, II, 13, pp. 202, 214: "se vale la legge morale, non serve alcuna particolare legge giuridica".

¹⁴⁷ Cfr., sul tema, L. Fonnesu, *Die Aufhebung des Staates bei Fichte*, in "Fichte-Studien", 11, 1997, pp. 85-97, trad. it. *L'ideale dell'estinzione dello Stato in Fichte*, in "Rivista di storia della filosofia", 51, 1996, pp. 257-269. Cfr. R. Schottky, nell'introduzione a *Rechtslehre 1812*, pp. XIII e sgg. Kant aveva legato l'ideale della scomparsa delle pene all'idea della costituzione perfetta: "è [...] assai ragionevole pensare (come fa appunto Platone) che laddove l'ordinamento della legislazione e l'esercizio

naturale, e ne lasciava intatta la dottrina penale. Alla subordinazione del diritto alla morale nella prospettiva, diacronica, di un cammino che conducesse "alla moralità attraverso la legalità"¹⁴⁸, Fichte aggiungeva però la negazione dell'autonomia del diritto altresì, sincronicamente, rispetto a quelle comunità di esseri imperfettamente razionali che soggiacessero, in quanto tali, a entrambe le legislazioni. La moralità era presentata infatti come il fine assoluto, e dunque anche come il fine ultimo dello Stato medesimo, il quale traeva la propria legittimazione dal promuovimento della libertà morale dei suoi cittadini¹⁴⁹. Tale eteronomia del diritto comportava la conseguente sottomissione della coazione giuridica al vaglio della liceità morale: se nel *Diritto naturale* la pena di morte era stata respinta in virtù della sua incompatibilità con la definizione stessa della pena quale fonte del movente giuridico, nel 1812 le ragioni addotte da Fichte per respingerla erano esclusivamente morali. In quanto incompatibile con l'imperativo di promuovere la moralità di ciascuno, e di presupporne comunque sempre l'emendabilità, la pena di morte era non solo moralmente illecita, ma altresì giuridicamente inammissibile¹⁵⁰, giacché il diritto non poteva accogliere ciò che la morale respingeva¹⁵¹.

del potere siano perfetti, non si renderà più necessaria pena alcuna" (*Critica della ragion pura*, B373, trad. it a cura di P. Chiodi, UTET, Torino 1967, pp. 315 e sg. Su questo passo, cfr. M.A. Cattaneo, *Metafisica del diritto e ragion pura: studio sul platonismo giuridico di Kant*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 195 e sgg.

¹⁴⁸ *Rechtslehre 1812*, p. 125; GA, II, 13, p. 269.

¹⁴⁹ *Rechtslehre 1812*, pp. 50 e sgg.; GA, II, 13, pp. 226 e sg.

¹⁵⁰ *Rechtslehre 1812*, p. 143, GA, II, 13, p. 278. Già in *Die Grundzüge des gegenwärtigen Zeitalters*, GA, I, 8, p. 368, Fichte aveva invocato - a trattenerne lo Stato dal sopprimere un proprio cittadino, quando ciò non fosse stato necessario a sventarne la minaccia - "l'originaria uguaglianza di tutti gli uomini", e l'esigenza morale di consentire a ciascuno di riconquistare la libertà perduta: "il delinquente resta pur sempre un membro della specie, ed ha in quanto tale il diritto di vivere tanto a lungo quanto può, per migliorarsi". Cfr. E. Rousseau, *Du contrat social*, Lib. II, cap. V: "Non vi sono mai cattivi che non si possano render buoni a qualche cosa. Non si ha diritto di far morire, neanche per dare l'esempio, se non colui che non si può conservare senza pericolo".

¹⁵¹ *Rechtslehre 1812*, pp. 141 e sgg.; GA, II, 13, pp. 277 e sg. Sul carattere aporetico di tale concezione del diritto quale stadio inferiore rispetto alla moralità, cfr. R. Schottky, nell'introduzione a *Rechtslehre 1812*, pp. XV e sgg.

Quanto al requisito decisivo per l'attribuzione della personalità giuridica - ossia al possesso di una volontà conforme al diritto¹⁵² - e al criterio per la dimostrazione del possesso di un tale requisito, apparentemente inaccessibile alla verifica empirica, Fichte accolse da Grolman la tesi che la volontà fosse chiamata in causa, nel diritto, solo in quanto tale da dar luogo ad azioni, ossia in quanto all'origine di una "causalità nel mondo sensibile"¹⁵³. Egli non si limitava, tuttavia, ad indicare genericamente le azioni esterne quale segno rivelatore, di volta in volta, della volontà legale o illegale dell'agente, bensì trasferiva allo Stato, come già nel *Diritto naturale*, l'onere di farsi garante della legalità delle volontà individuali¹⁵⁴. Poiché solo all'interno dello Stato era possibile la nascita, e la sopravvivenza, di una relazione giuridica, ciascuno poteva manifestare la propria capacità giuridica, pur nell'impossibilità di esibire una *Gesinnung* legale, contribuendo all'istituzione del potere statale:

Solo attraverso il suo contributo all'istituzione di un potere statale qualcuno si mostra incontrovertibilmente come un soggetto giuridico; e acquista diritti, tanto della proprietà, quanto suoi personali¹⁵⁵.

Pur ponendo allo Stato, quale fine ultimo, il promuovimento della moralità, Fichte ribadiva che "l'ordine civile dello Stato non ha tuttavia nulla a che fare con la moralità interna, l'amore del bene per se stesso, bensì solo con la legalità

¹⁵² GA, I, 4, p. 59; *Diritto naturale*, p. 227.

¹⁵³ *Rechtslehre 1812*, p. 19; GA, II, 13, p. 210.

¹⁵⁴ Il carattere sostitutivo dell'ordinamento statale rispetto all'intenzione giuridica era stato affermato da Feuerbach contro Grolman in *Über die Strafe als Sicherungsmittel vor künftigen Beleidigungen des Verbrechers*, cit., p. 22: "Se l'intenzione giuridica è il postulato dello stato [Zustand] giuridico, non abbiamo bisogno di postulare alcuno Stato".

¹⁵⁵ *Rechtslehre 1812*, p. 23; in GA, II, 13, p. 212. Cfr. *Rechtslehre 1812*, p. 23; GA, II, 13, p. 213: "Nessuno ha diritto, se non un cittadino dello Stato; ma cittadino dello Stato è solo colui che presta il suo contributo all'istituzione del potere statale".

[Rechtlichkeit] delle azioni esterne"¹⁵⁶. Neppure quanto alla concezione utilitaristica della pena la subordinazione del diritto alla morale implicava alcun mutamento: la pena non diveniva un fine in sé, giustificabile in modo immediato in virtù della sua necessità morale¹⁵⁷, e ad una tale concezione della pena Fichte rivolgeva anzi nuovamente l'accusa di attribuire all'ordine umano i poteri e i diritti di quello divino¹⁵⁸. L'intromissione della legge morale nell'ambito giuridico era dunque limitata, per il diritto penale, al solo aspetto proibitivo, ossia al divieto che si dessero pene che introducevano nel diritto ciò che la morale vietava. Quanto invece alla legittimità della pena, essa era dedotta in modo doppiamente mediato: se infatti la legge penale era derivata dalla legge giuridica quale condizione dell'effettiva istituzione di un ordine giuridico, la pena discendeva a sua volta dalla legge quale condizione affinché la rappresentazione della pena prodotta dalla legge nei cittadini non fosse da questi giudicata ingannevole¹⁵⁹.

Nel rifiuto di una concezione retributivistica del diritto penale, e nell'idea che la pena fosse solo un mezzo per la garanzia della possibilità della convivenza sta dunque il nucleo fisso della concezione fichtiana del diritto di punire, che egli serbò al riparo, nel tempo, dai drastici mutamenti delle sue idee sul rapporto tra diritto e morale. Anche quando ritenne infine che il diritto fosse subalterno alla morale, e che la morale imponesse all'uomo "di realizzare l'immagine di Dio"¹⁶⁰, egli respinse infatti la tesi che la pena comminata dagli uomini agli uomini potesse essere giustificata *quia peccatum*.

¹⁵⁶ *Rechtslehre 1812*, p. 127; GA, II, 13, p. 270.

¹⁵⁷ *Rechtslehre 1812*, p. 130; GA, II, 13, p. 272: "Essa, la pena, non giunge affatto necessariamente, bensì solo accidentalmente, nell'organizzazione dello Stato".

¹⁵⁸ *Rechtslehre 1812*, pp. 127 e sgg.; GA, II, 13, pp. 270 e sgg. Cfr. GA, I, 4, pp. 76 e sgg.; *Diritto naturale*, pp. 245 e sg.

¹⁵⁹ *Rechtslehre 1812*, p. 130; GA, II, 13, pp. 272 e sg.

¹⁶⁰ *Rechtslehre 1812*, p. 7; GA, II, 13, p. 201.