

COSMOGONIA DELLA PENA: IL PENSIERO PENALISTICO DI AXEL HÄGERSTRÖM

di

Marco Ciuro

Abstract

This essay presents the Axel Hägerström's penalistic thought. After a brief description of Hägerström's philosophy general lines, through the analysis of three original work in swedish, the Author studies how concepts like guilt, punishment, retribution and revenge are used and interpreted by the scandinavian legal realism against the theories of natural law and the presence of metaphysic in the penal system.

SOMMARIO:

I. Introduzione. – II. Meccanismi di realtà e tracce di irrealtà: profili generali del realismo di Axel Hägerström – III. Scuola Classica e Scuola Positiva: breve sintesi di un dibattito sul problema della pena. – IV. Impossibile sistema: giustificazione e retribuzione nel saggio Naturrätt i straffrättsvetenskapen?. – V. Le vestigia della giustizia: coscienza giuridica e legalità nel saggio En straffrättslig principundersökning. VI. Conclusioni.

I. Introduzione

A chi volesse tentare un accostamento tra l'impostazione teoretica giusrealista della Scuola di Uppsala e gli stili architettonici, suggerirei senza troppe esitazioni lo stile barocco. Le costruzioni policentriche degli edifici barocchi, le frammentazioni e le geometrie complesse sono immagine esemplare di una costruzione teorica, ricca di intarsi tra scienze, saperi e teorie, com'è quella di Uppsala. Con il nome "Scuola di

Uppsala” intendiamo quel movimento filosofico sorto in Svezia a cavaliere tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX secolo e che ha costituito la più rimarchevole scuola di pensiero svedese del tempo. La complessità e al contempo la ricchezza scientifica della Scuola di Uppsala sta proprio nei molteplici ambiti che investe. In linea generale, essa affronta (e, per alcuni versi, anticipa) le tematiche care al neopositivismo logico e della filosofia analitica, polemizzando aspramente con le tesi idealiste largamente imperanti in Svezia e diffuse da Christopher Jacob Boström. Per ciò che riguarda l'aspetto più propriamente giuridico, la Scuola di Uppsala respinge con forza le tesi giusnaturalistiche giacché fondate sugli astratti ragionamenti della metafisica, i cui concetti, non potendo godere di un riscontro empirico, vanno relegati ad un piano di irreale concettualizzazione, eredità di un mondo magico e mitico. Conformemente ad un'impostazione epistemologica di tipo empiristico com'è quella uppsaliense, l'unico approccio al diritto che possa fregiarsi del titolo di “scientifico” è quello di tipo fattuale; essendo il diritto un complesso meccanismo di forze operanti nella società che ne determinano la struttura e il funzionamento, si tratta di comprendere quali siano queste forze e di studiarne le dinamiche.

II. Meccanismi di realtà e tracce di irrealtà: profili generali del realismo di Axel Hägerström

Il realismo giuridico scandinavo¹ (*skandinaviska rättsrealismen*) trova posto nella

1 S. STRÖMHOLM in *La philosophie du droit Scandinave*, Revue internationale de droit comparé, 1980, 32-1, pp. 5-6 sostiene che il termine “realismo scandinavo” è «vague et prétentieux [...] le mot “réalisme” est à la fois trop prétentieux et trop général pour caractériser d'une façon satisfaisante même ce mouvement particulier [...]». Secondo l'Autore, infatti, il termine “droit” dice diversi aspetti del reale e può essere utilizzato con diverse accezioni (economiche, sociologiche, linguistiche, psicologiche, etc.) mentre «l'école de pensée connue sous le nom de “réalisme scandinave” a choisi de s'occuper d'une nombre fort restreint et n'a accordé aux autres qu'un intérêt assez tiède. Voici pourquoi le terme “réalisme” me paraît trop large, voire dans une certaine mesure capable d'induire en erreur». Considerazioni più generali sull'ambiguità dell'espressione “realismo giuridico” sono espresse da L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino, 2018, p. 48 e ss..

manualistica dedicata alla Filosofia del Diritto ma la sua eco ben può farsi sentire in testi di politologia, di sociologia, di psicologia, di scienze religiose, di linguistica. A dirigere il coro delle voci realiste – Vilhelm Lundstedt (Göteborg, 1882 – Uppsala, 1955), Karl Olivecrona (Nörrbarke, 1897 – Lund, 1980) e Alf Ross (Copenaghen, 1899 – Virum, 1979) – quale fondatore, vate e corifeo, c'è Axel Hägerström (Vireda, 1868 – Uppsala, 1939). Volendo tentare un incasellamento temporale della genesi del realismo giuridico scandinavo, possiamo indicare il 1908, data di pubblicazione dell'opera *“Das Prinzip der Wissenschaft. Eine logisch-erkenntnistheoretische Untersuchung. I. Die Realität*, ove Hägerström enuncia la c.d. “Tesi della realtà”². Giacché molto si è scritto in proposito, ai fini del presente lavoro ritengo bastevole un'enucleazione per sommi capi dell'impostazione teoretica generale del maestro di Uppsala. Sulla base di un dualismo epistemologico, in forza del quale il soggetto conoscente conosce l'oggetto al di fuori di sé stesso, Hägerström muove un'aspra critica tanto al soggettivismo quanto all'idealismo. Scrive il Nostro:

«Subjectivism I refuted by showing that in no consciousness can the consciousness itself be given. That which is apprehended is always something other than the apprehension. For this reason it is altogether impossible to regard consciousness itself as 'immediately' given for itself and thus as the ultimate ground of knowledge, as Descartes, Hume and Kant have done, to say nothing of the general trend of modern epistemology [...] Thus epistemological idealism, which regards being as only the determination of consciousness, is untenable. But it is to be

2 Cfr. ex multis: F. TODESCAN, *Il «caso serio» del diritto naturale. Il problema del fondamento ultimo del diritto nel pensiero giuridico del sec.XX*, Padova, 2011, p.130; S. CASTIGNONE, *Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico*, Torino, 1995, p.13; C. FARALLI, *Le grandi correnti della filosofia del diritto: dai Greci ad Hart*, Torino, II ed., 2014, p.80; P. MINDUS, *A real mind. The life and the work of Axel Hägerström*, Dordrecht, 2009, p. 48; L.L. HIERRO, *El realismo jurídico escandinavo. Una teoría empirista del derecho*, II. ed., Madrid, 2008, pp. 70 ss; E. CASSIRER, *Axel Hägerström. Uno studio sulla filosofia svedese del presente*, trad. a cura di R. DE BIASE, M. PAPA, Roma, 2017, pp. 33 ss; E. MILLARD, *Le Réalisme scandinave et la Théorie des contraintes*, Michel Troper, Véronique Champeils-Desplats et Christophe Grzegorzczak. Théorie des contraintes juridiques, LGDJ, 2005, pp. 143-154.

*observed that epistemological realism, on the other hand, is just as impossible*³.

Seguendo l'approccio soggettivista, per Hägerström, si cadrebbe in una sorta di *regressum ad infinitum*: l'apprensione della realtà nella rappresentazione (*föreställning*) è apprensione di uno stato di coscienza; ma tale stato di coscienza viene a sua volta appreso come altra rappresentazione (*föreställning*) e così via.

A fronte di siffatta impostazione del momento e dall'atto conoscitivo, viene da chiedersi cosa sia reale per Hägerström⁴: reale è la realtà sensibile, l'*obiectum* nella sua datità spazio-temporale, retta dal principio di non-contraddizione. È interessante notare che il principio di non-contraddizione non è da intendersi semplicemente come principio logico di ragionamento mentale e neppure come una semplice chiave di lettura della realtà ma come una vera e propria "legge di realtà"⁵, una sorta di "provvidenza logico-empirica"⁶.

3 A. HÄGERSTRÖM, *Philosophy and religion*. Trad. by R.T. SANDIN, London, 1964, p.38

4 Sul punto si può vedere lo schema riassuntivo della Castignone in *Diritto, linguaggio, realtà*, cit., p.41-42.

5 Scrive Hägerström in *Philosophy and religion*, cit., p.42: «This principle is generally taken to be a law of thought, in the sense either of a law of nature, or of a normative law. This conception does not get to heart of the matter. According to my view the heart of the matter concerns reality itself. The law of contradiction declares, in fact, what reality in itself is». E ancora: «The law of contradiction is ordinarily formulated as follows: two judgments, one which denies what the other affirms, cannot both be true [...] The denial seems to concern reality itself. But it appears impossible that a judgment, in which the reality of something is always declared, should deny the reality of that which is judged about. Concerning pure nothing, nothing at all can be judged. But what is it the reality of which is declared in a negative judgment? [...] The phrase 'not real' is only a negative expression for the positive character of that which is real in toto», A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*.

6 Mi si consenta l'espressione per condividere le sensazioni della Castignone espresse in *Diritto, linguaggio, realtà*, cit., p.45 secondo la quale «Qualora Hägerström intenda asserire (e a volte si ha nettissima questa impressione) che la legge del pensiero è la legge della realtà in senso assoluto, allora il suo discorso diventa anch'esso "metafisico", assume cioè quel carattere a-critico e dogmatico che egli tanto rimprovera alla filosofia tradizionale consistente nell'estrapolare una o più nozioni dal contesto dell'esperienza e nel proporle come universalmente valide». Scrive, poi, E. PATTARO in *Il realismo giuridico scandinavo, I, Axel Hägerström*, Bologna, 1974, p. 42: «Con un linguaggio attinto dalla filosofia soggettivistica, contro la quale si volgeva, il Hägerström scrive che la realtà è il solo dato immediato (det allena omedelbart givna, das allein unmittelbar Gegebene), la conoscenza (vetendet, das Wissen, in

Dall'autoidentità (*självidentitet*), cioè dall'intrinseca coerenza dell'oggetto con sé stesso, consegue come sviluppo logico, una posizione empirista. Pertanto, le uniche asserzioni concrete, determinate e realmente possibili, sono quelle aventi ad oggetto gli identici facenti parte del mondo esperienziale. Le proposizioni riguardanti il sovra-sensibile, il mondo spirituale, metafisico vanno relegate ad un piano di insignificanza logica. Da questo punto, a cascata, derivano le conseguenze che più interessano il giurista e che contraddistinguono la filosofia del diritto di Hägerström: bollata la metafisica come superstizione, l'indagine sul fondamento del diritto deve spostarsi alla fattualità. Ma qual è questo fatto? Il maestro di Uppsala, pur attaccando duramente ogni discorso che pretenda di cercare un fondamento metafisico nel diritto (ed è la tesi giusnaturalistica ma la polemica di Hägerström è volta anche verso il positivismo), è ben consapevole della portata semantica di termini come "diritti" e "doveri" del sostrato morale, assiologico che vi soggiace e dell'incidenza che queste espressioni hanno nella realtà non solo giuridica ma anche quotidiana. Si tratta di studiare diritti e doveri nella misura in cui determinano i meccanismi psicologici, linguistici e sociologici⁷. Ecco dunque l'importanza della nozione di dovere (*plikt*): nozione non-reale ma che genera un impulso volitivo (*viljeimpuls*) associato all'idea dell'azione stessa. Il dovere, lungi dal possedere uno statuto di realtà, ha la sua scaturigine e la sua forza nel linguaggio e nella sua formulazione. A fronte di una formulazione imperativa, il destinatario è spinto ad obbedire, dunque; non già perché riconosca nella norma una *ratio* bensì perché quel comando l'ha indotto ad agire in un determinato modo, operando sulla struttura

contrapposizione alla mera certezza fattuale), l'assoluto, il concetto valido in sé (det i sig gilitiga begreppet, der an sich gueltige Begriff)». In particolare, mi pare di cogliere queste tendenze assolutizzanti e, dunque, latamente metafisiche, nelle considerazioni che Hägerström compie a proposito dell' Io e in certe asserzioni sull'autocoscienza.

⁷ Il testo principale per lo studio della nozione di dovere in Hägerström è *Till frågan om den objektiva rättens begrepp. I*, Uppsala-Leipzig, 1917. La traduzione del testo svedese in lingua inglese a cura di C.D. BROAD, si trova in *Inquiries into the nature of law and morals, [On the question of the notion of law]*, Stockholm, 1953, pp. 56-256

cognitiva e volitiva e generando un senso del dovere (*pliktkänsla*)⁸. Il diritto, pertanto, si configura come un insieme di regole di condotta che ingenerano nei destinatari degli schemi comportamentali attraverso l'uso performativo del linguaggio. Ma il linguaggio – tanto nella sua formulazione meramente descrittiva, quanto in quella prescrittiva – da solo non basta a produrre l'osservanza e il rispetto. La dinamica complessiva è di tipo circolare: da una parte abbiamo la fattualità del diritto, con il suo apparato di norme e poteri ammantati da quell'aura di sacralità che induce all'obbedienza, dall'altra abbiamo l'attitudine all'obbedienza che ci deriva dall'educazione ricevuta e dall'abitudine ad osservarla in forza della quale di fronte all'autorità e alla sua maestà, siamo spinti – quasi costretti⁹ - all'obbedienza.

Coerente con quanto sovra riportato è la posizione di Hägerström in campo morale. I valori, lungi dall'avere un fondamento oggettivo e trascendente, sono mere espressioni di sentimenti suscitati – associativamente - con l'idea di un dato oggetto. L'azione cattiva è l'azione che produce un sentimento di rifiuto, di repulsione, negativo insomma; l'azione buona è quell'azione che invece produce un sentimento piacevole, positivo. Si parla, a tal proposito, di emotivismo. Va da sé che la formulazione di un giudizio morale non è possibile giacché il valore non è conoscibile in quanto valore; ciò che può essere conosciuto – perché sperimentabile

8 Scrive limpidamente E. PATTARO in *Il realismo giuridico scandinavo*, cit., p. 130: « E infatti, secondo il Hägerström , la funzione della norma imperativa è appunto questa: spezzare (*bryta*) la resistenza della volontà del destinatario, far sì che i suoi originari impulsi volitivi non possano tradursi in veri e propri propositi, e provocare invece in lui – come conclusione di questa battaglia potremmo dire – il proposito (che implica un impulso volitivo) di tenere il comportamento comandato». Seguendo sempre l'analisi del Pattaro (in *Il realismo giuridico scandinavo*, cit., pp. 134-135), ci sarebbero due accezioni del termine “dovere” usate da Hägerström : il dovere inteso in senso assoluto in base al quale, in modo avalutativo, si agisce o non si agisce in un dato modo, e il dovere in senso relativo, conseguente ad una certa valutazione che porta il soggetto a scegliere una via d'azione piuttosto che un'altra.

9 Hägerström parla in maniera un poco contorta ed ermetica del meccanismo psichico che si verifica nel destinatario di un comando: la ricezione del comando suscita un certo impulso ad agire (*viljeimpuls*) accompagnato da un certo senso di costrizione interiore (*inre tvång*). Per un'analisi più particolareggiata si rimanda ancora a E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo*, cit., p.131 e ss.

– è la constatazione prima e l'introiezione poi di un'esperienza emotiva. Per Hägerström:

«the value-judgment, which determines value, as actually valid, whether it is for me or for man generally, cannot possibly be true [...] The consciousness of value is characterized outright by the fact that the object – value – depends upon the feeling or desire which belongs to it. Naturally the same holds if one says that the valuation itself is a feeling or a desire, but this view declares that it is possible to determine feelings or wishes as correct or incorrect»¹⁰.

A fronte di ciò, non ha senso per il Nostro un discorso morale, inteso come un rapporto trascendente tra l'oggetto e la norma di parametro, ma solo un discorso *sulla* morale, cioè sullo sviluppo delle idee morali come tappe progressive della storia dell'umanità. Scrive il maestro di Uppsala:

«Moral philosophy as a science is purely and simply a science of actual moral valuations in their historical development, based on a psychological analysis and conducted by a critical philosophical investigation of the ideas which are operative therein»¹¹.

Come per il diritto, anche l'analisi sulla morale e i suoi contenuti, deve essere svolta per Hägerström in prospettiva sociologica, linguistica e antropologica, le uniche

10 A. HÄGERSTRÖM, *Philosophy and religion*, cit., p. 69.

11 A. HÄGERSTRÖM, *Philosophy and religion*, cit., p.96. A prescindere dalla condivisibilità o meno della posizione non-cognitivistica mi pare che il discorso di Hägerström abbia delle fragilità di non poco conto. Nel passo citato, ad esempio, non si distingue tra scienza morale e coscienza morale; la prima designa la conoscenza universale della legge mentre la seconda riguarda il momento applicativo nell'hic et nunc. Inoltre pare non tenersi conto neppure della distinzione tra coscienza morale e coscienza psicologica. Ora, non sarebbe corretto parlare di piano entitativo e piano operativo, giacché si tratta di categorie metafisiche, dunque distanti dal pensiero di Hägerström, tuttavia il momento cognitivo-apprensivo e quello applicativo-agito, sono comunque distinti.

prospettive, cioè, che siano scientifiche. Queste analisi andranno a svelare quelle componenti magico-rituali che ancora, per Hägerström, condizionano lo studio del diritto, tanto nella sua elaborazione concettuale quanto nella sua applicazione giudiziale, e che devono essere oggetto di un'opera di smascheramento e di epurazione al fine di uno studio scientifico del diritto¹². La crociata hägerströmiana porta il vessillo dell'antimetafisica e l'avversario da combattere è il giusnaturalismo, palese o velato che sia (come quello, dice Hägerström, soggiacente nel positivismo). Il giusnaturalismo, infatti, presenta diritti e doveri come fondati su di un ordine preesistente. Per il maestro svedese – oramai lo sappiamo - tali teorie sono assurde e perniciose.

Quanto sinteticamente riportato ci è servito per fornire un inquadramento generale del pensiero Hägerströmiano nelle implicazioni che più interessano il profilo giuridico dell'opera del filosofo svedese, nello specifico in materia di diritto penale (*straffrättsvetenskapen*).

III. Scuola Classica e Scuola Positiva: breve sintesi di un dibattito sul problema della pena

Il periodo a cavaliere tra la fine del XIX secolo e gli inizi del XX secolo è stato per la scienza penalistica, segnato dal dibattito tra Scuola Classica e Scuola Positiva. Il dibattito tra le due scuole, che muovevano da impostazioni teoriche profondamente differenti, ancorché involvente plurimi aspetti della dogmatica penalistica del tempo, si è concentrato prevalentemente sul problema della pena. L'enucleazione degli aspetti di maggior rilievo del suddetto dibattito nel presente contributo, appare utile non già per sussumere manualisticamente la riflessione penalistica di Hägerström all'interno di una delle due scuole, quanto piuttosto per rintracciare nel pensiero del maestro svedese elementi di convergenza o divergenza in materia criminale

12 Sul punto si rimanda alle considerazioni di C. FARALLI, *Diritto e Magia: il diritto di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, 1987.

avvicinabili all'una o all'altra impostazione scolastica.

In forza di quel profondo legame che sussisteva tra la scienza penalistica con la filosofia, la concezione della pena e il conseguente problema del punire sottendono differenti impostazioni filosofiche tra le due Scuole. La Scuola classica, memore degli insegnamenti giusnaturalistici, fonda la propria teoria della pena sulla premessa teorica del libero arbitrio: l'uomo, in quanto soggetto morale, è capace di rivolgersi scientemente verso il bene ovvero verso il male esercitando quella facoltà costitutiva del suo essere razionale¹³. L'azione consapevole è dunque atto complesso, che rimanda primariamente ad un piano prepositivo e pregiuridico, ossia quello morale. Pertanto, l'azione delittuosa genera in chi la pone in essere una duplice responsabilità, morale e giuridica. A siffatta visione antropologica fa riscontro una corrispondente funzione retributiva della pena la quale, guardando al passato (*quia peccatum*), mira alla restaurazione del male commesso sia in senso giuridico che morale.

Per quanto concerne i comportamenti meritevoli di punizione, la Scuola Classica esige la tassatività oggettiva delle fattispecie criminose, sicché saranno punibili solamente quei comportamenti previsti. Questa sistematica dei comportamenti previsti – come sottolinea Francesco Cavalla – comporta una concezione statualistica del diritto penale coerente, invero, con il carattere razionale della Scuola Classica, in forza del quale si possono dedurre regole e nozioni - quelle che Tommaso d'Aquino chiamava i “*prima principia communia*” - e giungere così ad un ordinamento positivo che traducesse nelle norme l'impianto assiologico propugnato ma gli esiti statualistici a cui perviene tale concezione, rilevano una certa debolezza delle premesse classiche¹⁴.

La visione antropologica da cui muove la Scuola Positiva è invece antitetica a quella

13 Cfr. F. CAVALLA, *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Padova, 2004, pp.11-12; G. LICCI, *Lineamenti di una introduzione all'antropologia giuridica e criminologica*, Torino, 2015, p. 136;

14 F.CAVALLA, *Ripensare la pena*, cit., p.15.

Classica. Seguendo le lezioni del positivismo comtiano, dell'evoluzionismo spenceriano nonché le premesse criminologiche lombrosiane, la Scuola Positiva è sostenitrice di un rigido determinismo per il quale l'uomo, condizionato dall'ambiente sociale e dai suoi stimoli e dalle proprie incontrollabili dinamiche psichiche, non può dirsi dotato di libero arbitrio¹⁵. Il contegno antigiuridico è valutato dalla Scuola Positiva non come lesione dello *iustum* bensì come mero comportamento pericoloso per la società. Ne consegue che la pena svolge una funzione preventiva, volta cioè ad evitare la futura commissione di comportamenti criminali. Il determinismo antropologico della Scuola Positiva si riverbera poi sulla stessa concezione (e formulazione) della legge penale e sul momento applicativo da parte del giudice. Centrale è l'attitudine offensiva, la pericolosità del reo: sulla base di ciò si compirà una valutazione predittiva delle "inclinazioni" e "propensioni" criminali del soggetto sicché la pena «deve essere individuata, deve cioè svolgersi con modalità (e "cure") diverse da condannato a condannato e idonee alla specifica personalità di ciascuno»¹⁶. Come si vede, la Scuola Positiva compie una virata dalla centralità del comportamento esteriore – così come presente nella visione Classica – alla disamina dell'autore del crimine, quale presupposto soggettivo della pena. Scopo della pena sarà allora la prevenzione di ogni futuro possibile comportamento delittuoso (*ne peccetur*) ma non guardando alla generalità dei consociati bensì a quei soggetti ritenuti, secondo criteri differenziati, inclini a delinquere e dunque, pericolosi¹⁷.

Da quanto sinteticamente esposto sopra emerge che le differenti teoriche scolastiche circa il problema della pena sono il riflesso di distinti modelli antropologici, figli di

15 Cfr. F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, VI ed., Torino, 2016, p.36

16 F. CAVALLA, *Ripensare la pena*, cit., p.27.

17 Nella visione della Scuola Positiva la pena esercita una funzione di prevenzione speciale ma ciò non significa che lo scopo preventivo generale sia rifiutato. Cfr. anche F. CAVALLA, *La pena come problema. Il superamento della concezione razionalistica della difesa sociale*, Padova, 1979, p.72

premesse metateoriche assai distanti. Il discorso si profila indubbiamente complesso ed articolato e non può essere condotto in questo lavoro. Tuttavia ritengo utile cogliere le suggestioni che può evocare il termine “inclinazione”, applicandolo ermeneuticamente ora all'una o all'altra scuola di pensiero penalistico. Laddove la pena esercita una funzione retributiva del disvalore intrinseco della condotta criminale contribuendo alla restaurazione dell'ordine leso, vi è un individuo che si confronta con il bene e con il male primariamente in un'indagine svolta *in interiore homine* e poi nei rapporti intersoggettivi con gli altri consociati. Un individuo di tal guisa, mediante l'esercizio dell'intelligenza e della volontà, coglie nella pena non solamente l'infrazione di una sofferenza bensì – e primariamente – il disvelamento di un ordine recondito, quello del Giusto, verso il quale sente una certa inclinazione¹⁸. Le inclinazioni qui, sono di ordine metafisico.

Di converso, laddove la pena esercita una funzione prevalentemente preventiva di comportamenti antisociali compiuti per coazione psicologica ed ambientale, vi è un individuo meccanicisticamente inteso (si pensi all'*homo delinquens* di lombrosiana memoria) le cui azioni malvagie, lungi dall'essere considerate come negazione ontologica di un informante *iustum*, sono ridotte a mere estrinsecazioni agite, dettate da impulsi, sensazioni, inclinazioni criminose che vanno a coartare la psiche di un soggetto. Le inclinazioni qui, sono di ordine psichico.

L'aver tratteggiato seppur telegraficamente il tema delle inclinazioni riteniamo sia stato utile come proposta interpretativa dei modelli di Scuola sovra descritti al fine di fare cogliere le implicazioni metagiuridiche delle differenti impostazioni antropologiche e filosofiche nei loro riverberi sul problema del punire.

IV. Impossibile sistema: giustificazione e retribuzione nel saggio *Naturrett i straffrättsvetenskapen?*

¹⁸ Si vedano sul punto le pregnanti riflessioni M. RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996, pp.174 e ss.

L'esame della riflessione criminalistica di Hägerström verterà principalmente sui due articoli in cui emerge più chiaramente il pensiero del maestro svedese in materia penale:

Naturrätt i straffrättsvetenskapen? [Diritto naturale nella scienza del diritto penale?] del '20 e *En straffrättslig principundersökning* [Ricerca sui principi del diritto penale] del '39, entrambi apparsi sulla rivista *Svensk Juristtidning*. A ciò andranno aggiunte alcune riflessioni tratte dall'articolo *Kriminalpsykologiska reflexioner* [Riflessioni di psicologia criminale] del '25 – anch'esso apparso sulla sovra citata rivista – contenuto nel saggio *Socialfilosofiska uppsatser*¹⁹.

Nel saggio *Naturrätt i straffrättsvetenskapen?* Hägerström intende compiere un'opera di demistificazione della scienza penalistica, evidenziando i residui metafisici presenti nella dogmatica penalistica a lui contemporanea, tanto nel momento dell'elaborazione teorica quanto in quello applicativo; tali residui appartengono al retaggio classico del diritto naturale rispetto al quale, per Hägerström, il diritto penale rivela la propria dipendenza²⁰. Come farebbe un filosofo del sospetto, il maestro svedese intende svelare le ideologie sottese alle teorie sulla pena, al suo significato e alla sua funzione, nonché al diritto dello Stato di punire²¹. Evocando il pensiero di Karl Binding a proposito della norma che, ponendo il precetto,

19 I testi originali svedesi sui quali mi sono basato per questo lavoro sono disponibili sul sito della sovra detta rivista. L'articolo di psicologia criminale è altresì disponibile in lingua originale all'interno del saggio *Socialfilosofiska uppsatser*, Stockholm, 1966, pp. 150-178 dal quale ho tradotto.

20 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt i straffrättsvetenskapen?*, in *Svensk Juristtidning*, 1920, p.324: «Här blir emellertid frågan ej blott den: rör sig straffrättsvetenskapen direkt med naturrättsliga begrepp?, utan även den: är den indirekt beroende av naturrätten, såtillvida, att dess begreppsvärld behandlas som faktiskt bestämmande för straffrätten, även om den ej är det?». Cfr. anche M. LYLES, *A call for scientific purity. Axel Hägerström 's critic of legal science*, Stockholm, 2006, p.300.

21 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «Vad nu särskilt angår straffrättsvetenskapen, skall här frågan om naturrättsligt betraktelsesätt undersökas genom en behandling av teorierna om statens rätt att straffa och grunden härtill, så långt utrymmet tillåter. Därvid utväljas tre förnämligare forskare i avseende å straffrättens principer.»

contempla diritti e doveri ed esige obbedienza (*lydnad*)²², Hägerström critica l'indebito passaggio compiuto dallo Stato per giustificare il proprio diritto di punire: dalle dichiarazioni formalizzate nella norma, grazie alle forze che le norme preesistenti esercitano all'interno dell'ordinamento giuridico, emerge un dovere di obbedienza alquanto misterioso²³. Provo a spiegare il non facile periodare del Nostro e a svilupparlo. Quali sono, chiediamoci, quelle “forze” operanti dalle norme? Sono quelle forze che vincolano a tenere un dato comportamento per l'operare di meccanismi psico-linguistici associati all'abitudine e ad un atteggiamento di obbedienza verso il sovrano. È dall'intrinseca forza della norma, così come è percepita e misticamente operante, che deriva il potere di fatto di chi queste norme emana (il legislatore), cioè il diritto nella sua operatività. Tale potere, allora, non appartiene al diritto in quanto tale ma lo crea²⁴. Provo a trarre le conseguenze del discorso hägerströmiano. Ora, se è la norma a creare il potere (e non viceversa), affermare che il potere dello Stato di punire è fondato sulle norme dello Stato (*normgivande och straffande staten*) è un ragionamento fallace, giacché è come dire che il potere dello Stato di punire, si giustifica in base al potere dello Stato di punire, cioè si fonda su sé stesso. È intimamente contraddittorio e privo di senso.

La contraddittorietà che emerge sviluppando il pensiero di Hägerström non può dirsi solamente di ordine formale giacché consegue operativamente a quelle visioni del diritto che il maestro di Uppsala intende disvelare. La giustificazione dello Stato

22 Come noto, Karl Binding (1841-1920), sostenitore di una visione imperialistica del diritto, distingue tra norma (Norm) e legge penale (Strafgesetz): la prima pone il precetto mentre la seconda commina la sanzione per la disobbedienza. Si rimanda a K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, II ed., vol. I, Normen und Strafgesetze, Engelmann, Leipzig, 1890.

23 A. HÄGERSTRÖM, *Naturätt*, cit., p.325 «Denna makt till andras lydnad, som dock icke består i makt att åstadkomma lydnad och ej heller i den verkliga psykiska makten att genom budet öva påtryckning på objektet (sådan makt förutsättes naturligen, för att budet skall komma till stånd, och kan ej skapas av detsamma) utan endast binder objektet vid en viss plikt att lyda, är synnerligen mystisk».

24 Cfr. anche le considerazioni generali di E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo*, cit., p. 91-92

di punire va cercata all'interno del complesso meccanismo del diritto nei suoi ingranaggi psicologici, linguistici e sociologici. Richiamando il pensiero penalistico di Hagströmer nei suoi tratti essenziali, il Nostro affronta la questione del diritto dello Stato di punire alla luce della "coscienza del diritto" (*rättsmedvetandet*). Tale termine va inteso correttamente. Per Hägerström la coscienza del diritto è la «rappresentazione (*föreställning*) di un ordine razionale o naturale che regola i diritti e i doveri degli individui tra loro stessi e con la società»²⁵. Si badi bene: tale ordine non è qualcosa di esistente in sé bensì appartiene alla produzione della coscienza nel suo atto conoscitivo. L'impostazione hägerströmiiana è sempre emotivista, psicologica e non ontologica (quanto meno non nel senso "classico" di ontologia). La coscienza del diritto è un "sentire comune" (*common-sense notion*)²⁶ di ciò che è giusto e di ciò che deve essere fatto. Considerando l'impostazione teoretica di Hägerström possiamo dire che tale coscienza del diritto trae origine da un intrecciarsi di forze: l'abitudine ad agire in un dato modo, l'azione che esercita nell'individuo la formulazione del precetto nelle sue implicazioni psico-linguistiche. Le conclusioni a cui addiviene Hägerström sul diritto di punire riflettono a mio avviso la sua concezione epistemologica: agli enunciati formulati in forma di dovere corrisponde una data rappresentazione; il contenuto di questa rappresentazione (*föreställning*) non è qualcosa di reale, cioè di empiricamente constatabile, ma è reale nel senso in cui viene percepito come doveroso dalla coscienza, come appartenente alla realtà del comportamento oggetto di rappresentazione. Tale doverosità – originata per il Nostro da un impulso volitivo (*viljeimpuls*) – provoca quel certo senso di costrizione interiore (*inre tvång*).

Concezioni penalistiche come quelle retributive traducono questi meccanismi: quel senso di costrizione interiore (*inre tvång*) è associato all'idea che un dovere è stato

25 A. HÄGERSTRÖM, *Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts och statsfilosofi*, Stockholm, 1963, p. 187-188

26 Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries*, cit., p. 231

violato e ciò esige la riparazione (*gottgörelse*) di un debito (*skuld*). È di questi meccanismi che lo Stato si serve per esercitare il proprio potere di punire.²⁷

Il concetto di “coscienza del diritto” non è tuttavia per Hägerström un criterio infallibile e quella certa tendenza verso il giusto può rivelarsi erronea sicché si pone un caso: un soggetto che ha vissuto in un ambiente ove il furto e la frode sono considerati addirittura un diritto può dirsi colpevole, in base alla coscienza del diritto, di aver rubato o frodato qualcuno giacché non ha saputo controllare le proprie inclinazioni criminali?²⁸ Alla domanda, dice Hägerström, non può darsi risposta poiché la coscienza del diritto si muove senza una guida tra il dovere di obbedienza alla norma (*objektiv plikt att lyda rättens bud*) e la pressione esercitata dalla propria convinzione morale (*moraliska övertygelse*)²⁹. Di fronte al caso proposto, se la coscienza del diritto hägerströmiana non può che invocare laconicamente il *non liquet*, il giudice penale – ed è la tesi di Hagströmer³⁰ – non può esimersi dall'emettere una sentenza di condanna ed irrogare la pena. Il punto qui per Hägerström è decisivo: non già nella coscienza del diritto va cercata la giustificazione della pena bensì nel dovere di riparazione (*gottgörelseskyldighet*), così

27 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p. 326: «Nu ligger det ju i begreppet *skuld*, som här dominerar och som är att taga i *rättsmedvetandets* mening, att en verklig *plikt* skall vara överträd. Sålunda förutsättes — enligt den straffrätten uppbärande rättsåskådningen — för statens rätt att straffa statsmedlemmarnas plikt att underkasta sig de ifrågakommande rättsbuden, som sålunda begrunda verkliga plikter». Tali conseguenze, scrive il Nostro, si vedono limpidamente proprio nel pensiero di Hagstromer. *Ibidem*: «Hos Hagströmer ligger avgjort vikten på de menliga följderna aven plikt vidrig vilja, varmed reparationsskyldighet inträder».

28 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p.327: «Han har levat i en miliö, där ex. stöld och bedrägeri betraktats som en rätt för att icke säga en plikt. Kan verkligen efter det allmänna rättsmedvetandet läggas honom "*till last*" (Hagströmer sid. 33), att han icke beherskat sina brottsliga böjelser?»

29 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «Att besvara frågan är omöjligt, därför att rättsmedvetandet rör sig utan styrsel mellan två poler: objektiv plikt att lyda rättens bud och pliktens beroende av vars och ens moraliska övertygelse eller åtminstone möjligheten av att skaffa sig den riktiga övertygelsen».

30 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «Den omständigheten, att någon i denna mening blott gjort 'vad han ansåg för rätt', kan ej ifrågasättas befria honom från straff».

come insegnato dalla teoria retributiva sostenuta anche da Hägerström. Siffatta teoria non può evidentemente essere accettata dal Nostro giacché fondata su diritti e doveri oggettivi di giusnaturalistica memoria e pertanto, risulta effettiva ed efficace solamente per l'operare di quelle misteriose forze (*psykiska krafter*) che la sorreggono e che Hägerström cerca alacremenente di combattere. L'inflizione della pena in guisa retribuzionistica, pertanto, non è giustificabile se non appellandosi a categorie naturalistiche e la coscienza del diritto, qualora cercasse di dare ragione di ciò, si troverebbe ineluttabilmente a fallire³¹.

Vi è un altro aspetto che mi pare conseguire da quanto detto. A sostenere che la pena esercita una funzione riparatrice dell'ordine infranto dal reato da rendere così meritevole il reo della punizione e della sofferenza insita in essa, si finisce per creare un meccanismo antagonistico in forza del quale il reo diviene nemico della società e le ragioni restauratrici farebbero dello stesso una vittima sacrificale (*offerdjur*) e uno strumento per gli interessi dello Stato. Appare evidente che per Hägerström la pena non può mai essere un'istanza, un diritto, che lo stesso colpevole può vantare verso la società, giacché è presente una scissione tra le due parti operata dalla punizione inflitta e la pena non ristora un ordine infranto bensì crea una distanza tra individuo e società.

Respinta la teoria retributiva Hägerström, richiamandosi all'insegnamento di C.W. Tyren, affronta ora la teoria della prevenzione generale in base alla quale la pena è chiamata ed esercitare una funzione di deterrenza. Per Tyren, che segue la teoria general-preventiva nella sua formulazione classica, è nel momento afflittivo che la pena manifesta la sua portata intimidatoria ed è funzionale così, a distogliere dalla futura commissione di delitti. Per Hägerström il momento dell'inflizione, per quanto necessario, rivela una certa insufficienza. Difatti non l'irrogazione della pena

31 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p.335: «När nu rättsmedvetandet med sina verklighetsfrånvända synpunkter skall söka rättfärdiga straffet trots dess nödvändighet för samhället med sådana naturrättsliga kategorier som skuld till skada genom viljan — reparationsskyldighet, så misslyckas det logiskt sett»

sic et simpliciter è in grado di assicurare un' efficace azione preventiva bensì una sua irrogazione regolare e costante³².

Tale continuità nel momento sanzionatorio crea, dice il Nostro, un “*enhetligt straffsystem*”, ossia un sistema di sanzioni uniforme. Ma vi è di più: il momento sanzionatorio non deve mostrare solamente una continuità applicativa ma anche una coerenza applicativa. Hägerström parla a proposito di una “stabile prassi del diritto nel rispetto della legge”³³; ciò significa che la prassi giudiziale deve adoperarsi al fine di una coerente interpretazione della legge penale nel momento in cui si emana la sentenza che commina la punizione. Viene a definirsi così un punto fondamentale – ed originale – del pensiero giusrealista di Hägerström: un sistema sanzionatorio che mostri i requisiti della continuità (*laglydig*) e dell'uniformità (*enhetlig*) non si limita ad edificare un sistema penale che sia efficace ma rappresenta la certificazione contenutistica della stessa validità del diritto (*gällande rätt*)³⁴.

La validità del diritto per il pensatore di Uppsala è data dalla sua stessa vigenza unitamente ad un'applicazione stabile da parte dei poteri a ciò preposti. La tesi hägerströmiana deve essere inquadrata alla luce dei ben noti presupposti epistemologici e psico-linguistici teorizzati dal maestro svedese: non è il fatto che esista una norma emanata da un'autorità legislativa a determinarne l'obbligatorietà e dunque l'osservanza; ciò infatti è la tanto vituperata tesi volontaristica nei suoi mal celati residui metafisici e giusnaturalistici. La stabile prassi applicativa innesca nei cittadini un meccanismo psicologico che porta, quasi anancasticamente³⁵, alla sua

32 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p. 330: «Det behöver väl ej närmare uppvisas, att det blott är *regulariteten* i beläggandet av vissa handlingstyper med strafflidande, som kan ha kraft att motverka den fara, som genom suggestionen utgår från en viss brottsling».

33 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p.332: «Men tvärtom befastes den, om nu också en stadgad laglydig rättspraxis föreligger, såsom väl i det hela är fallet med huvudmassan av våra straffregler».

34 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «Men iakttagelsen av den eller den enskilda bestraffningen, sedan en stadgad laglydig rättspraxis redan inträtt, har i detta avseende på sin höjd den betydelsen, att den leder uppmärksamheten på vad som i samhället anses vara gällande rätt»

35 L'operare condizionante di questi meccanismi sulla psiche dell'individuo avvicinano, per alcuni versi, il maestro di Uppsala alla visione antropologica della Scuola Positiva.

osservanza e vi attribuisce, infine, la sua validità. Per Hägerström il diritto è valido quando è applicato e di converso, l'applicazione stabile di una data norma rende quella norma diritto valido³⁶. Cosa accadrebbe allora, se – per ipotesi – ci fosse una norma contraria alla coscienza del diritto (*rättsmedvetandet*) ma venisse comunque applicata? La questione è foriera di considerazioni. Per chiudere il discorso del saggio in analisi basti ora notare che per il maestro svedese il diritto penale esercita non solamente una funzione repressiva ma anche protettiva e di tutela di quegli interessi e valori comuni (come la protezione della vita, della proprietà), condivisi dalla società e che – stabilmente sentiti – vengono a formare la coscienza del diritto. Qualora tali interessi, continua il Nostro, non fossero espressione del sentire comune ma, ad esempio, solo di una data classe, la coscienza della legge non vi aderirebbe.³⁷

V. Le vestigia della giustizia: coscienza giuridica e legalità nel saggio *En straffrättslig principundersökning*

Il discorso poc'anzi concluso ha lasciato a margine una questione centrale a livello di dogmatica penale: l'illegalità. Tale questione, con la quale si apre il saggio *En straffrättslig principundersökning*, va ora affrontata.

Hägerström definisce l'illegalità (*rättsstridighet*) come un comportamento,

Quest'ultima, come visto, pone l'accento prevalentemente sul dato ambientale ma assegna un ruolo non marginale anche alla costituzione psico-fisica dell'individuo, sulla base delle teorie lombrosiane. Diversamente, i meccanismi descritti da Hägerström sono di natura prevalentemente psico-linguistica seppure non svincolati dal contesto sociale di riferimento.

36 Cfr. E. PATTARO, *Il realismo giuridico scandinavo*, cit., pp. 78 e ss.

37 A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p.334: «Man bör härvid betänka, att straffrätten i varje fall verkar till skydd för de gemensamma värden, som gälla enligt den förhärskande värdesättningen i samhället. Ex. säkerhet till liv och lem, trygghet för egendom. Ex. säkerhet till liv och lem, trygghet för egendom. Man har då naturligen i det allmänna intresset för dessa värden att söka den verkligt bestämmande kraften i straffrätten. Man ser ju också, att om ensidigt en viss klass' intressen göras gällande i en strafflag, så följer icke, såvitt icke andra klasser anse sig vara till för den privilegierade och därför göra dess intressen till sina egna, rättsmedvetandet med. Straffet ter sig som orättvist. Men tvärtom: är det verkligen fråga om skydd av efter den rådande värdesättningen allmänt gällande värden, så följer också rättsmedvetandet med».

commissivo od omissivo, al quale consegue una data risposta coercitiva secondo le norme vigenti nella comunità sociale nella quale il comportamento si è verificato³⁸. Notiamo subito questo: il comportamento di cui parla Hägerström non viene aggettivato né definito in alcun modo; non si parla di comportamento “antigiuridico”. La ragione è presto detta. Parlare di comportamento antigiuridico, ossia di un contegno che il tessuto ordinamentale stabilisce contrario alle proprie norme al quale fa seguito la sanzione, significa affermare che l'antigiuridicità è condizione necessaria perché vi sia responsabilità in capo a chi ha posto in essere quella data azione e perciò si rende meritevole di sanzione. Tale concezione è erronea per il Nostro³⁹. Il rapporto classico tra illegalità (*rättsstridighet*) e punibilità (*straffbarhet*) viene da Hägerström contestato: non già la punibilità consegue all'antigiuridicità ma piuttosto la punibilità certifica fattualmente che una data norma proibisce quel dato comportamento⁴⁰. Siffatta impostazione svincola il concetto di illegalità da una dimensione oggettiva, com'è quella che fonda il disvalore di un contegno sulla previa esistenza di una fattispecie contemplata nell'ordinamento, per leggerla alla luce di quelle lenti psicologiche e sociologiche attraverso le quali Hägerström scruta e demistifica il diritto. Nell'ottica giusrealistica del maestro svedese ove il diritto va studiato nella sua dimensione fattuale – l'unica veramente reale – l'illegalità non è un concetto di sostanza bensì la significazione fenomenica di

38 A. HÄGERSTRÖM, *En straffrättslig principundersökning [On fundamental problems of law in Inquires]*, cit., pp. 348-366], Svensk Juristtidning, 1939, p.209: «Intet annat än det förfarande — Underlåtelse eller positivt handlande — som enligt de i en människogrupp i allmänhet faktiskt använda och oemotståndligt genomförda reglerna för tvångsövning, föranleder viss tvångsreaktion»

39 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «I varje fall karakteriseras rättsstridigheten själv av den till förfarandet hörande tvångsreaktionens art. Det är därför givetvis förfelat att t. ex. vid utläggning av en strafflag uppställa kravet på rättsstridighet såsom nödvändig betingelse för straffbarhet. Den erforderliga rättsstridigheten såsom faktiskt för handen betyder ju då, att handlingen är så beskaffad, att den i olika avseenden fyller betingelserna för straffbarhet».

40 Cfr. P. MINDUS *A real mind*, cit., p.163: «Something is liable to punishment because there is a norm that states that a specific action or omission is liable to punishment, not because it is per se “illegal”».

una disobbedienza che può farsi perché un sistema di norme così ha disposto⁴¹.

Quella certa circolarità rilevata sviluppando l'argomentazione di Hägerström circa il diritto dello Stato di punire pare rinvenirsi anche nel rapporto tra illegalità e punibilità: l'illegalità (*rättsstridighet*) per il Nostro *consegue* (è un *posterior* e non un *prior*) al fatto che un comportamento sia sussunto tra le condizioni che un sistema di norme ha stabilito per il configurarsi della punibilità (*straffbarhet*). Non vi è un rapporto condizionale perché l'illegalità non può dirsi – se non peccando di scarsa scientificità e logicità – condizione per il configurarsi della punibilità. Assistiamo quindi ad un rovesciamento della concezione tradizionale secondo la quale l'antigiuridicità è requisito per il configurarsi della punibilità. Entrambi i termini, per così dire, appartengono alla sfera dei causanti e non a quella dei causati⁴².

Quanto detto a proposito dell'illegalità ci porta ora sul versante positivo, quello della legalità (*rättsplikt*) intesa, di converso, come l'osservanza delle norme vigenti nell'ordinamento. Tale osservanza richiama per Hägerström l'idea propria di dovere con tutto ciò che esso implica dal punto di vista giuridico⁴³, il fatto cioè, che un dato

41 Cfr. M. LYLES, *A call for scientific purity*, cit., p.476-477: «In other words, illegality is not a concept of substance, rather it is a function of law – illegality follows from law, but law does not follow from illegality [...] The legality or illegality of an act is judged with reference to the act's accordance with extrinsic factors, such as the rules of positive law (what the penal code ordains, what follows from case law and doctrine etc.), rather than from the act's intrinsic legality or illegality». In considerazione di quanto riportato sopra sul rapporto tra "diritto" e "norma" in Hägerström, desta qualche perplessità l'espressione "function of law" espressa da Lyles (e ripresa anche dalla Mindus in *A real mind*, cit., p.163). A mio credere, essendo per Hägerström l'illegalità una connotazione di un comportamento alla luce di un dato "legal order" ritengo più appropriato parlare, semmai, dell'illegalità come "function of norm" giacché il diritto è il nome che viene dato dal Nostro a quella stabile prassi applicativa di norme ed è la disobbedienza di queste che porta a parlare di "illegalità"; difatti: «Tvångsreaktionen uppfattas därvid som en av samma rättsordning fastställd följd av olydnaden» A. HÄGERSTRÖM, *En straffrättslig*, cit., p. 210

42 Cfr. M. LYLES, *A call for scientific purity*, cit., p. 496: «Hägerström's conclusion is that is nonsensical to use illegality as a necessary requisite to penal liability. In fact, illegality and legal duty constitute meaningless categories when deciding whether or not an act is punishable. These terms, rather than being necessary preconditions to penal liability, are in fact misleading expression for the fact that a certain act according to legislation is either prohibited, that is, illegal, or allowed – for example, a duty (all depending upon the circumstances)»

43 A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries*, cit., p.187: «So the idea of liability here treated must be

stato di cose a cui diamo il nome di “ordine giuridico” (*rättsordningen*), implichi l'obbedienza dei precetti che da esso promanano. La critica di Hägerström è qui intuibile: tale sistema esercita la sua coercitività poiché è percepito dai consociati come un potere (*makt*) e come tale opera. Questa mistificazione, che si sostanzia nella personificazione della legalità in chi detiene il potere, è residuo di arcaiche e mitiche concezioni mai realmente sopite e perennemente operanti.

Per disvelare tali concezioni, secondo Hägerström, è d'uopo pensare alla paura degli antichi di fronte alla maestà e alla potenza degli dei (e, prima, delle forze naturali), sommi legislatori e giudici dei comportamenti umani al medesimo tempo. Così la norma, espressione della divina volontà, non solo regola l'agire degli uomini ma rivela un ordine superiore sovraordinato, reso intellegibile in quella data norma. La norma, pertanto, è personificazione sensibile del potere e disobbedire alla norma significa ben più che trasgredire un comando, significa violare un ordine di divina istituzione. Nel corso del tempo si è assistito ad un passaggio: quel potere anticamente attribuito agli dei è stato trasferito agli Stati sovrani. In tale passaggio, però, non si è perduto – secondo il Nostro – quel carattere “divino” in forza del quale impone obblighi e punisce le violazioni⁴⁴. Traslando queste considerazioni nel campo della scienza penale, ne deriva quanto segue: l'inveterata coscienza del carattere sacrale della norma ha reso diritti e doveri come esistenti in sé, cioè come espressione sensibile del sovrasensibile a cui si deve una mistica riverenza, e che se lesi, vanno riparati; si è formata cioè la coscienza del diritto (*rättsmedvetandet*) con le sue implicazioni teologiche, morali, psicologiche e sociologiche: il delitto infrange

regarded as parallel to the idea of duty in the strict sense»

44 A. HÄGERSTRÖM, *En straffrättslig*, cit., p.219: «Staten såsom en organisk översinnlig enhet av individerna har allena makten att genom befallningar och förbud förplikta och öva rättfärdigt tvång vid olydnad [...] Ehuruval här icke gudomligheten utan staten i angiven mening är den naturlige politiske härskarens maktkälla, är dennas sammanhang med gudomligheten efter samma åskådning uppenbar. Även här är sålunda den politiske härskarens makt gudomlig. Huru än den politiske härskarens makt närmare bestämmes, allmänt har den, mer eller mindre reflekterat, betraktats som översinnlig och därmed härskaren själv såsom skickad att genom sina bud förplikta och öva rättfärdigt tvång».

quest'ordine e la coscienza del diritto reclama la sua restaurazione con la punizione del reo: è la funzione retributiva della pena sotto la cui egida riposa la maestà del diritto⁴⁵.

L'istanza retribuzionista, nel pensiero hägerströmiano, disvela la sua origine nella parte più recondita dell'essere umano, ossia nel sentimento di vendetta (*hämndkänsla*). La retribuzione giuridica è per Hägerström la risposta emotiva e psicologica al desiderio di vendetta che assurge a sistema punitivo statale e riassume in sé quei motivi fondamentali che determinano il mantenimento della società e ne traducono così, i meccanismi: la vendetta (*hämnde*) è la reazione ad un torto subito, ad una sofferenza inflitta che si manifesta nel procurare sofferenza a propria volta sino a giungere all'annientamento del colpevole⁴⁶. Nell'individuo la vendetta si staglia come bisogno di reagire a chi ha attentato alla sua vita fisica e perciò origina dall'istinto di autoconservazione e si estrinseca in un corrispondente attacco alla vita dell'offensore⁴⁷. Nella società, la retribuzione giuridica (*vedergällningen*) si afferma come bisogno di reazione riparatrice a chi ha attentato all'ordine giuridico (*rättsordningen*) minandone la sua stessa esistenza e perciò origina dall'istinto di autoconservazione sociale alla cui salvaguardia è chiamato il diritto penale. La società degli uomini si è evoluta e con essa le idee morali, religiose, giuridiche; si è passati dall'ira capricciosa degli dei alla tipizzazione della fattispecie punibile, dall'inviolabilità olimpica alla maestà del diritto. Hägerström riconosce che il

45 A. HÄGERSTRÖM, *En straffrättslig*, cit., p. 221: «Den mänskliga lagen behandlas då som auktoriserad genom den i rättsmedvetandet givna inre lagen, så att denna genom den mänskliga blott blir uttryckt — framträder i det yttre. Det är nu den i rättsmedvetandet givna lagen, som fordrar vedergällning för brott mot densamma. Vedergällningen skall inträda för hävdande av dess eget majestät».

46 Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries*, cit., p.187-188

47 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «The reaction is such an element in the reacting organism's process of self-preservation, and subserves the latter in its direction against the attacker for the benefit of the attacked. But with the process of reacting there follows in the subject, if the latter experiences resistance, a feeling of vital impulse or urge, which is associated with the idea of depressing the attacking organism's vitality and at the same time inflicting suffering upon it and therewith heightening one's own vital feeling»

principio retributivo della pena ha posto un limite ed una misura al sentimento di vendetta (*hämndkänsla*) di per sé stesso senza misura, perché abbandonato alle dinamiche interiori più primordiali⁴⁸. Tuttavia la società e così i sistemi punitivi non si sono liberati da queste dinamiche; in tal modo la storia del diritto penale esprime il conflitto tra l'interesse della società al mantenimento dell'ordine legale e della stabilità sociale e il desiderio insopprimibile per l'individuo di vendicarsi di fronte ad un torto subito⁴⁹.

Si badi bene: Hägerström non intende qui propugnare una sorta di anarchismo o sostenere che i moderni sistemi repressivi siano ancora dominati dalla logica della faida. Come un filosofo del sospetto, il Nostro rileva quelle che per lui sono le istanze nascoste, le strutture alle basi di sovrastrutture operanti nella società e nel mondo del diritto⁵⁰. Non si tratta per Hägerström di adottare una prospettiva archeologica o etno-antropologica ma di guardare al diritto nella sua obiettività fenomenica di fatto sociale che ancora tradisce un'inconfessata eredità vendicativa. «*Det är egendomligt för ur hämndlust och hatiskhet framspringande gärningar, att de så lätt klädas i rättfärdighetens mantel*»: è strano che il desiderio di vendetta e le azioni prodotte dall'odio vengano così facilmente rivestite con il mantello della giustizia⁵¹.

Come abbiamo oramai inteso, le vestigia della giustizia sono cucite addosso ad un

48 A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries*, cit., p.181-182: «But what is most important of all is that the development from the idea of the justice of compulsion without regard to a precedent wrongdoing idea to the idea of its justice as lying in a reparation equivalent to the omitted right action provides for the first time a measure for the just degree of compulsion [...] But revenge is, of its very nature, measureless. Its motto is certainly not an eye for an eye and a tooth for a tooth, but a head for an eye and a head for a tooth. So primitive justice is without measure»

49 A. HÄGERSTRÖM, *Kriminalpsykologiska reflexioner* in *Socialfilosofiska uppsatser*, Stockholm, 1966, p. 168: «Straffrättens historia framställer till väsentliga delar en strid mellan samhällsintresset och den privata hämndlusten i deras strävan att var för sig överväldiga rättsmedvetandet»

50 Ho usato i termini di derivazione marxiana non a caso giacché costituiscono l'indagine del Nostro circa il rapporto tra il socialismo e le nozioni di giustizia proprie delle teorie giusnaturalistiche contenute in *De socialiska idèernas historia*, pubblicato postumo nel '46. Sul punto si può vedere M. LYLES, *A call for scientific purity*, cit., pp. 302-307.

51 A. HÄGERSTRÖM, *Kriminalpsykologiska reflexioner*, cit., p.168

complesso intarsio di dinamiche psico-linguistiche che a loro volta si intersecano ad una determinata costruzione epistemologica. Su queste basi le teorie giusnaturalistiche hanno costruito, per così dire, la loro fortuna, specie in campo penalistico ove concetti quali “pena” “colpa” e “responsabilità” un tempo appartenenti all'universo divino sono state trasfuse e secolarizzate dai moderni ordinamenti giuridici e sottomessi ai propri interessi di mantenimento e tutela dell'ordine legale⁵².

VI. Conclusioni

L'intento che mi ha mosso nel corso del presente lavoro, di inquadrare il pensiero penalistico di Axel Hägerström in una cornice dialogica tra filosofia del diritto e diritto penale, mi induce a riflettere conclusivamente sulla portata dell'impostazione teoretica del maestro svedese per quanto concerne il problema della pena, tanto nel suo orizzonte definitorio quanto in quello applicativo.

L'asprissima critica che Hägerström muove alla concezione retributiva della pena disconosce in quest'ultima qualsivoglia valenza riparatrice dell'ordine leso dalla condotta criminosa. La logica della pena, nella ricostruzione hägerströmiana, appartiene invece alle dinamiche ancestrali ed ataviche della vendetta (*hämnde*) in quanto primordiale mezzo di reazione a fronte di un torto subito e di una sofferenza patita che esige una corrispondente inflizione di sofferenza. Secondo i più volte menzionati meccanismi del dovere, accade che da una dinamica psichica si passi, per il Nostro, all'entificazione della sensazione in azione dovuta; la sofferenza patita esige una sofferenza inflitta perché ciò è percepito come giusto dalla coscienza della legge (*rättsmedvetandet*). Il concorso, poi, di forze operanti nella società quali l'abitudine contratta, il timore della sanzione e le intime esigenze di mutua

52 A. HÄGERSTRÖM, *Ibidem*: «Men det blir också samhället, som bestämmer, under vilka omständigheter och i vilken grad den alltid i sig själv vett- och måttlösa hämndlusten har rätt till tillfredsställelse på något av de angivna sätten. Naturligtvis tager det därvid hänsyn till sina intressen»

conservazione e dell'individuo e della società fanno della pena strumento efficace di regolamentazione di siffatte dinamiche⁵³. In una cornice ricostruttiva di tal guisa si fatica a vedere una *ratio* punitiva: se è vero che Hägerström si avvicina alle idee di prevenzione generale (come vi si avvicinano, del resto, tutti i realisti scandinavi⁵⁴) e di tutela della sicurezza pubblica (*allmänna säkerheten*), relegando la pena ad una sorta di punizione civilizzata, se ne compromette la giustificazione razionale, a prescindere dall'inquadramento dogmatico della sua ragione e funzione.

In realtà, mi pare di vedere nel pensiero del maestro svedese delle premesse sulle cui basi non vengono però tratte delle conclusioni. Mi spiego. Si è visto che per Hägerström il diritto penale esercita una funzione di tutela di quei valori socialmente condivisi ed affermati⁵⁵, che costituiscono il tessuto connettivo della società stessa. Pertanto, nel momento in cui tali valori vengano disconosciuti dal contegno criminoso la pena non può solamente dire una “reazione” bensì riafferma quei valori lesi, promuovendo così l'insopprimibile esigenza dello spirito alla pace e al rispetto del bene nella tensione veritativa al giusto a cui la coscienza della legge (*rättsmedvetandet*) è inclinata. Mi pare che le esigenze di coerenza sistematica del pensiero hägerströmiano sacrificino eccessivamente, per partito preso, altri scenari che il discorso filosofico può permettersi di criticare e negare ma non certo di eludere.

Non minori perplessità s'incontrano salendo dal momento punitivo ad una questione più generale, quella dell'illegalità; nella visione del maestro svedese si tratta non di un concetto quanto piuttosto dell'effetto che consegue alla disobbedienza di una norma. Invero, confinando l'illegalità al piano degli effetti si compromette la

53 Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Inquiries*, cit., p.187; cfr. anche *Naturrätt*, cit., p. 341: «Om det straffas, så vet man, att detta beror av en i samhälletupprätthållen ordning. Alltså straffar samhället, som därvid blir en enhetlig vilja på grund av ordningens enhetlighet och en makt över samhällsmedlemmarna på grund av ordningens makt»

54 Cfr. S. CASTIGNONE, *Diritto, linguaggio, realtà*, cit., p.334

55 Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Naturrätt*, cit., p.334

stessa coerenza dell'ordinamento giuridico che non tende alla realizzazione dello *iustum* bensì all'ottenimento di una giustizia, intesa come corrispondenza accidentale tra causa ed effetto.

Le questioni che l'impostazione di Hägerström sollevano in tema di teoria generale del diritto non sono meno radicali di quelle affrontate nel presente lavoro. Il complesso intarsio di scienze che il maestro svedese è riuscito ad intrecciare, a prescindere dalla condivisibilità, richiama lo studioso alla necessità di guardare al diritto come fenomeno complesso, sapere di saperi che impegna il giurista su tanti fronti quanti sono gli impulsi che lo animano.