

RIVISTA ITALIANA
PER LE
SCIENZE GIURIDICHE

Fondata da Francesco Schupfer e Guido Fusinato

SOTTO GLI AUSPICI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
DELLA SAPIENZA - UNIVERSITÀ DI ROMA

DIRETTORE

Mario Caravale

nuova serie

5

2014



JOVENE EDITORE

PRESENTAZIONI
E INCONTRI DI STUDIO

Nel discutere di una filosofia della pena, è essenziale comprendere le questioni centrali relative al «fondamento del diritto di punire¹», alla natura della pena stessa e alle sue finalità. Da questa tipologia di interrogativi non è certo esente quella che viene definita pena capitale, vale a dire la pena di morte, da sempre oggetto di riflessione da parte di giuristi, filosofi e filosofi del diritto².

Si può dire che vi è un interesse filosofico-giuridico, nel porre la questione della pena, quando gli argomenti ad essa inerenti assumono una dimensione a carattere universale³. In questa direzione, il concetto di punire rinvia alla rappresentazione della dignità della persona soggetta alla pena, oltre che di quella lesa: perché punire? Qual è l'obiettivo fattuale della punizione? Qual è la sua relazione essenziale con il diritto⁴?

Non sembrano lontane, a questo proposito, le parole di von Humboldt quando afferma che le pene hanno la stessa caratteristica del male, sebbene con la differente finalità di intimorire i delinquenti.

La preoccupazione del giurista è doverosamente relativa alla diversa gradazione della pena; non è detto che una pena dolorosa, temibile «dal punto di vista fisico», sia meno incisiva sotto un profilo morale, perché «l'uguaglianza tra reato e pena ... non può essere fis-

¹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, Trieste, 1945, 13.

² Tra gli altri, R. BADINTER, *L'esecuzione*, Milano, 2008; C. BECCARIA, *La pena di morte*, Napoli, 2007; A. CAMUS, *Riflessioni sulla pena di morte*, Milano, 2006; J. DERRIDA, *La pena di morte*, Milano, 2014; F. GUIZOT, *Della pena di morte in materia politica*, Napoli, 1848; V. HUGO, *Contro la pena di morte*, Milano, 2009; F. KAFKA, *Nella colonia penale*, Milano, 1994; A. KOJEVE, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, 1989; J. J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2010; G. SOLARI, *Della pena di morte*, Genova, 1853; N. TOMMASEO, *Della pena di morte*, Firenze, 1865. Nelle sue opere G. Radbruch manifesta la sua avversione per la pena capitale (*Rechtsphilosophie*, paragrafo 23). Inoltre, verso la fine del par. 22 critica, in modo deciso, il sistema penale sovietico e, implicitamente, qualunque sistema dittatoriale.

³ G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 13.

⁴ Vd. anche S. BORGHESE, *La filosofia della pena*, Milano, 1952, 133 e ss.; G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Roma, 1952, 115.

sata in maniera assoluta», anzi, è compito del giudice, nel momento in cui si trova di fronte ad un reato commesso, «preoccuparsi il più possibile di indagare accuratamente l'intenzione del delinquente». Lo stesso magistrato «deve inoltre essere posto dalla legge in condizione di poter modificare la pena generale», basandosi sullo stato di consapevolezza in cui si è trovato il delinquente al momento della condotta lesiva⁵; conseguenzialmente il nesso essenziale con l'intenzionalità, elemento peculiare derivante dalla volontà di commettere un atto lesivo, ne caratterizza i concetti di imputabilità e di responsabilità⁶.

In linea generale, della pena colpisce il suo aspetto materiale-concreto teso alla difesa della società; si può riaffermare che diventa centrale la dignità della persona: d'altro canto, la linea fenomenologico-giuridica discute il criterio di proporzionalità della pena – presente già in Aristotele, attraverso la metafora del «regolo di piombo»⁷; la pena è vista, quindi, come il dovere da parte dell'istituzione di fare il male senza commettere un'ingiustizia, vale a dire, mettere in atto una sofferenza definibile positiva, oppure privare l'uomo del bene giuridico per eccellenza, quale è la libertà.

Secondo quanto discusso da alcuni filosofi del diritto – si pensi tra gli altri a Giorgio Del Vecchio, a Mario Cattaneo, a Bruno Romano⁸ –, i due elementi, quello più immediatamente materiale e quello spirituale, trovano una loro sintesi nell'opera della prevenzione, attuabile anche attraverso l'azione preventiva dell'intimidazione. Quel che colpisce dell'effetto della pena è lo scopo di ripristinare la consapevolezza da parte del reo di aver avuto una condotta lesiva della libertà dell'altro. Ecco perché quando si discute della pena viene sentito immediatamente, oltre alla questione della natura dell'uomo, il problema della libertà e del suo esercizio, che, nel caso di una assolutizzazione arbitraria, si manifesta come atto lesivo nei confronti dell'alterità⁹.

⁵ W. VON HUMBOLDT, *Idee per un saggio sui limiti dell'attività dello Stato*, in *Scritti filosofici*, Torino, 2007, 230 e ss.

⁶ B. ROMANO, *Il dovere nel diritto*, Torino, 2014, p.78.

⁷ ARISTOTELE, *Della interpretazione*, Milano, 2006, 209-217.

⁸ G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, cit.; M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana: saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998; B. ROMANO, *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant verso Schiller*, Torino, 2014.

⁹ G. BETTIOL, *Il problema penale*, 13-14.

Certo le domande vengono meno quando si presume di risolvere la questione della pena con uno strumentario strettamente tecnico che si addice maggiormente, per esempio, «alla struttura del reato tentato o del concorso di più persone». Per questo si può affermare che il tema della pena si illumina tra due poli: da una parte la legislazione positiva, dall'altra l'esperienza pratica: gli atti, i comportamenti, le condotte vanno valutate nel loro perfezionamento concreto¹⁰.

La *ratio* del punire è significativa; lo mostra pienamente la sua storia che la colloca «su un piano filosofico, su un piano cioè di ragione ove l'esperienza non [è] chiamata in causa»¹¹, in modo diretto.

Nell'attuale società della conoscenza tecno-scientifica, post-complexa – dove il reato assume le più diversificate connotazioni, a livello spaziale e temporale – la questione della pena diventa un impegno per il giurista contemporaneo, proprio per il carattere che assume rinviando alla riflessione sugli *a priori* che la fondano e la giustificano, nonché alle procedure necessarie per la sua realizzazione pragmatica.

La filosofia della pena muove proprio dalla consapevolezza manifesta del giurista positivo: «*il diritto penale è una filosofia*». Se si ritiene che la ragionevolezza di questa affermazione non possa essere riconosciuta in termini di libertà, si deve pur sempre ammettere – mostrandolo – che «il 'diritto' penale è nato come filosofia»¹². Infatti, privando del versante filosofico la questione della pena – di conseguenza la sua *ratio*, la genesi che ne permea l'orizzonte di giustizia – il diritto penale, e la procedura ad esso connessa, rischierebbero di permanere come «un 'enigma'», oppure come una teorizzazione che riduce la pena «a un vano gioco di formule che cercano ... con la loro veste dialettica di rinserrare la realtà»¹³, ossia di descriverla e rappresentarla attraverso un elenco di formule tecniche.

Dalle questioni prime del diritto penale, emerge che l'essere umano «non è dominato dal motivo più forte, ma sceglie e vaglia egli stesso il motivo»¹⁴, centrato come individuo concreto, portatore di

¹⁰ *Ivi*, 13.

¹¹ *Ivi*, 13-14.

¹² G. BETTIOL, *Il problema penale*, cit., 1.

¹³ *Ivi*, 17.

¹⁴ *Ivi*, 18; ARISTOTELE, *Etica a Nicomaco*, Libro III, 4, 1111 b, 1-20.

una sua libertà, che si radica nella condivisione con gli altri, perché il singolo non si colloca presuntuosamente su un piano anarchico (o eterarchico concretizzabile in una prassi totalitaria) e, nella sua qualità di persona, «non può essere polverizzato in una concezione ‘atomistica’ della vita e della società, assorbito dalla classe, dal gruppo, dalla categoria, dissolto dialetticamente in una concezione ‘organica’ a sfondo immanentistico nella quale sulla logica concreta ha il sopravvento un logicismo meramente astratto»¹⁵.

L'uomo vive in una realtà condivisa, dove la condotta lesiva costituisce la possibilità «di un giudizio di rimprovero per l'azione illecita compiuta, questa definizione non offre ancora il vero senso della colpevolezza, che oltre ad essere volontarietà del fatto, è tormento, rimorso, agitazione»¹⁶, ma soprattutto responsabilità di fronte ad una terzietà formalmente storicizzata.

Emerge allora che la dimensione della pena nel diritto penale non rappresenta un *universum* costituito da tecnicismi rigidi e fissi nella loro ‘cimiterialità’ – secondo il lessico di Pirandello –, né può essere considerato il momento della discrezionalità pura, con una identificazione tra individuazione della pena e volontà ideologica di chi è deputato ad applicarla.

Più propriamente, si può affermare che la norma deve essere concretizzata con equità, che già implica la discrezionalità perché «l'equità è moderazione di un'astratta esigenza di giustizia in riferimento al caso concreto. È la giustizia che si flette ... Non c'è ingiustizia maggiore di quella che viene fatta al diritto penale quando si afferma che esso storicamente si presenta come un processo graduale di svincolamento dall'idea della vendetta, che da un punto di vista storico ne costituirebbe il fondamento»¹⁷, perché il concetto di vendetta, anche nelle fonti, viene ricondotto ad una re-azione rispetto ad un torto subito, non certo priva del suo connotato istituzionale.

Subentra dunque in modo incisivo, nella valutazione della pena, la ‘categoria’ dell'equità, in qualità di reazione istituzionale terza, che chiarisce come un anonimo «esecutore ... della giustizia» sia estra-

¹⁵ *Ivi*, 19; vd., per un modello comparativo funzionale, N. LUHMANN, *Il diritto della società*, Torino, 2013.

¹⁶ *Ivi*, 22.

¹⁷ *Ivi*, 29. Si precisa che la vendetta della quale si discute anche nelle fonti è una reazione consequenziale al torto.

neo al concetto di giustizia penale, se concepisce «le pene... come fine a se stesse».

Giustizia ed equità, in quanto versanti della giuridicità, si illuminano nelle figure del magistrato e dell’avvocato, autori del dialogo – di quel passaggio indicato alla radice della parola *dia-logos* – essenziale alla decisione sul singolo caso, perché compone l’armonia tra la generalità della giustizia e l’unicità della singola situazione concreta, dibattuta nel processo, alla ricerca del ‘giusto-equo nel legale’, essenziale per definire la pena. La generalità delle leggi si armonizza quindi con la singolarità del caso, in virtù dell’attività dell’interprete, dell’arte ermeneutica esercitata, con imparzialità dal terzo-giudice, che accoglie l’essenziale operato dell’avvocato, latore di un discorso differenziato di una parte che controverte con l’altra.

Il magistrato e l’avvocato non sono figure convertibili in ipotesi meccaniche, sostituibili con un apparato scienziato che pretenda di prendere il posto del sapere giuridico: il Tribunale – nello specifico quello penale – non è il luogo di un sapere scientifico matematizzante¹⁸, ma rappresenta l’istituzione in cui, con attenzione alla dignità dell’uomo, si decide – nello specifico della giustizia penale – della pena.

Infatti, il magistrato quando infligge una pena è legittimato a farlo nell’opera di ricerca del rispetto del bene comune. Ne consegue, dunque, che la pena non ha come scopo la pena stessa, ma esige una ragione che si afferma proprio mediante la considerazione del bene comune, nell’armonia tra *persona singola* e *persona sociale*. Il giudizio giuridico presenta il suo asse nelle argomentazioni del passaggio dalla generalità della giustizia alla particolarità del caso concreto. Nel diritto penale, come in altre regioni della giuridicità positivizzata, questa transizione è rappresentata dall’opera del giudice – terzo, imparziale e disinteressato – che si illumina nel nesso che unisce e separa giustizia ed equità.

Perché, dunque, la motivazione della pena ha un sostrato filosofico? Si potrebbe rispondere che «il diritto penale coinvolge ... i problemi massimi della vita: la natura dell’uomo, l’esistenza o meno di una libertà, l’idea di una colpa morale, quella del castigo, la possibilità di una redenzione, la pena di morte, e via dicendo»¹⁹. Con-

¹⁸ B. ROMANO, *Il dovere nel diritto*, cit., 129.

¹⁹ *Ivi*, 17.

traddicendo peraltro la sua storia, se si pensa che «sino a tutto il secolo XVII il diritto è romanisticamente inteso ... una semplice appendice del diritto civile, e i libri 'terribili' del Digesto non hanno mai riscosso la simpatia o particolarmente accesa l'attenzione dei giureconsulti»²⁰.

Se si accede alla questione della pena strutturata secondo le regole del diritto penale e della procedura penale come ad un'affermazione tecnicistica, allora la questione del «diritto 'ingiusto' è ... un mero fatto che non altera la tesi della razionalità e, quindi, della logicità del diritto»²¹, è quanto effettivamente accaduto perché «per troppo tempo la reazione punitiva è stata intesa in senso meccanicistico»²².

Solo in una visione totalitaria della pena potrebbe emergere una cosiddetta «causalità della sanzione, della pena, strumentali alla conservazione di un potere» che guarda al diritto secondo un atteggiamento funzionale.

Lo stesso Beccaria, oggi ricordato per l'attualità della sua opera, afferma che «le pene che oltrepassano la necessità di conservare il deposito della salute pubblica, sono ingiuste di lor natura; e tanto più giuste sono le pene, quanto più sacra e inviolabile è la sicurezza, e maggiore la libertà che il sovrano conserva ai sudditi»²³.

Afferma Beccaria che la pena deve essere commisurata al reato e qualora «si trovasse che l'atrocità delle pene se non immediatamente opposta al ben pubblico, ed al fine medesimo di impedire i delitti, fosse solamente inutile, anche in questo caso essa sarebbe non solo contraria a quelle virtù benefiche, che sono l'effetto d'una ragione illuminata, che preferisce il comandare ad uomini felici più che a una greggia di schiavi, nella quale si faccia una perpetua circolazione di timida crudeltà; ma lo sarebbe alla giustizia ed alla natura del contratto sociale medesimo»²⁴.

Emerge da queste tesi l'ipotesi che non è tanto il rapporto tra dominati e dominanti ad avere una sua delimitazione giuridica, ma è la condizione dialogica intersoggettiva rispettosa del principio di

²⁰ *Ivi*, 11.

²¹ *Ivi*, 27.

²² *Ivi*, 14.

²³ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Opere, I, Firenze, 1963, 49.

²⁴ *Ivi*, 50.

uguaglianza a rispondere pienamente al concetto di giuridicità: le donne e gli uomini sono uguali nelle loro singole personalità; la pena tenta di ripristinare questo *status* nel momento in cui viene compromesso. D'altronde, già nel *Gorgia* di Platone si evince l'inciviltà di quella società che non riesce a punire: «chi commette ingiustizia, l'uomo ingiusto, è in ogni caso infelice, ma più infelice ancora se non paga il suo debito alla giustizia e non sconta la pena dei suoi delitti, meno infelice se paga alla giustizia e viene colpito dalla giustizia degli dei e degli uomini»²⁵.

Lo stesso Hegel, per le difficoltà che il concetto di pena pone, afferma che «la lesione della volontà (del delinquente attraverso la pena) ... è l'annullamento del delitto, che, altrimenti varrebbe ed è la reintegrazione del diritto»²⁶, indicando così nella sua opera una funzione punitiva e non solo primitivamente vendicativa della pena.

In questa descrizione della pena, si presenta da subito essenziale l'incidenza sul diritto, nel momento in cui essa costituisce un male-ingiusto inflitto a qualcuno, con l'*habitus* istituzionale; si avverte l'esigenza che l'intervento punitivo, per superare il male e riavviare il bene misurato dalla *res publica*, sia definito da norme positive, istituite e rese pubbliche, ovvero sia posto nelle forme della legalità – quella penale –, così da non consentire, ad esempio, la retroattività delle norme penali, ma neanche la vendetta come forma moderna di reazione violenta, priva della presenza della terzietà del giudice nell'amministrare la giustizia penale.

La persona non può essere destinataria dei contenuti normativi di una legalità istituita, che non siano stati concepiti e resi pubblici anteriormente alle azioni valutabili nell'amministrazione della giustizia penale.

Allora si può affermare che – come scrive Radbruch – «il diritto, anche il diritto positivo non può essere altrimenti definito che come un ordinamento in una posizione di norme che in relazione al

²⁵ PLATONE, *Gorgia*, 472e.

²⁶ G.W. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, § 99: «La teoria della pena è una delle materie che, nella scienza giuridica positiva dei tempi moderni, se la sono peggio cavata; poiché, in questa teoria, l'intelletto non è sufficiente, ma si tratta essenzialmente del concetto – se il delitto e l'annullamento di esso, come quello che si determina ulteriormente come pena, è in generale considerato soltanto come *male*; si può certamente riguardare come irrazionale, il fatto di volere un male semplicemente per ciò, *che già esiste un altro male*».

proprio stesso significato è destinato a servire la giustizia» e a comminare pene *giuste*²⁷.

Infatti, la legge dittatoriale avverte da subito l'esigenza di sottrarsi alla giustizia, e di avvalersi non di un diritto ingiusto, ma di una totale assenza di diritto a vantaggio di un legalismo penalistico, dove tutta la normatività è tendenzialmente ridotta a punire.

Ne deriva che il carattere di giuridicità, in questi casi, manca totalmente a quelle norme che trattano gli esseri umani come elementi inferiori, negando loro la dignità di essere riconosciuti, nella loro assenza di *humanitas*, uguali nell'esercizio di diritti e doveri.

La stessa pena ne è pervasa, laddove «prescindendo dalla differente gravità dei delitti e guidata esclusivamente da momentanei bisogni di intimidazione, commina per reati di diversa gravità la medesima pena, spesso quella capitale», tanto che «intere parti del diritto nazionalsocialista, compreso il diritto e le procedure della pena – scrive Vassalli commentando Radbruch – non hanno mai raggiunta la dignità di diritto valido»²⁸.

La questione della negazione del carattere di giuridicità alla prassi legale e del diritto ingiusto pone l'interrogativo sulla punibilità di tutti quei giudici che in qualunque regime dittatoriale hanno pronunciato e continuano a pronunciare condanne ingiuste, orientate ideologicamente, radicali nella persecuzione, non commisurate al reato²⁹. Gli effetti di una simile situazione portano ad interrogarsi

²⁷ La caratteristica dominante in ogni dittatore, o comunque in ogni regime che preveda un esercizio del potere come dominio, è la totale mancanza del senso del giusto e della ricerca di esso, con la presunzione di elevare a diritto (legalità) elementi grossolani e violenti.

²⁸ Si ricorda l'esistenza di due formule di Radbruch; la prima è quella 'delle leggi intollerabilmente ingiuste'; la seconda, 'delle leggi prive di ogni carattere o natura di diritto'. G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milano, 2001, 8-10. Di peculiare interesse filosofico-giuridico l'intenso carteggio Del Vecchio/Radbruch presente nell'Archivio Giorgio Del Vecchio della Sezione di Filosofia del diritto e Diritto canonico ed ecclesiastico. Vd. anche A. VERDROSS, *Abendländische Rechtsphilosophie, ihre Grundlage und Hauptprobleme in Geschichtlicher Schau*, Wien, 1963, 215.

Sulla questione della pena cfr. F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, p.303; A. FIORELLA (a cura), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2013; A. GAITO, *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 57; G. GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, Milano, 1989, *passim*; G. SPANGHER, *La pratica del processo penale*, vol. 3, Padova, 2003, 837; F. RAMACCI, *Corso di diritto penale in Raccolta di scritti*, tomo III (2008-2013), Torino, 2013, 69.

²⁹ *Ivi*, 75.

sulla cultura dell’impunità – assenza totale della pena – che è compito del sapere giuridico, incarnato dai giuristi, rimuovere, non solo in nome della ricerca della verità e del giusto, ma anche nella consapevolezza che ciascun essere umano è titolare di diritti e di doveri e nel momento in cui pone in essere atti controgiuridici è punibile.

La scelta dell’impunità, sia sul piano internazionale che su quello nazionale, dovrebbe portare a riflettere.

A conclusione di queste considerazioni è opportuno ricordare la chiusura della prolusione di Giorgio Del Vecchio tenuta nel 1920: «conoscere le singole norme non basta se non si pon mente allo spirito che le muove ... La particolarità delle leggi rimanda all’universalità del diritto. ... Una Giurisprudenza priva degli elementi filosofici sarebbe, secondo il paragone che il Kant desunse da una favola antica, simile ad una testa senza cervello; e nulla sarebbe invero più arido e sterile che lo studio delle norme particolari qua o là vigenti se da quella materia empirica non fosse dato il risalire ai principi, donde le norme stesse procedono ... diciamo con Cicerone, “non dall’editto del Pretore né dalle XII Tavole, ma dall’intima Filosofia devesi attingere la disciplina del diritto”»³⁰. E questo è la principale manifestazione del diritto penale nell’esperienza.

³⁰ G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, con Presentazione di G. Conso, Milano, 2002, 66.