

GAETANO LO CASTRO

RESPONSABILITÀ E PENA.
PREMESSE ANTROPOLOGICHE PER UN DISCORSO
PENALISTICO NEL DIRITTO DELLA CHIESA

1. Premessa: principi penalistici e concezioni antropologiche. — 2. Antigiuridismo e crisi del diritto penale nella Chiesa. — 3. La correlazione fra responsabilità e pena. Alla ricerca della *ratio puniendi*. — 4. La pena in funzione della persona: la dottrina del libero arbitrio in sant'Agostino e in san Tommaso. — 5. La concezione classica della responsabilità. — 6. Il significato etico della pena e il suo valore retributivo. — 7. Eticità della pena in Kant e in Hegel. — 8. (continua) Il diverso significato delle tesi retributive in un orizzonte antropologico immanentistico e in un orizzonte antropologico, come quello proprio del diritto canonico, aperto alla trascendenza. — 9. La negazione della concezione classica della responsabilità: determinismo e scientismo. — 10. Osservazioni conclusive: esaltazione della responsabilità e umanizzazione della pena nel diritto della Chiesa.

1. *Premessa: principi penalistici e concezioni antropologiche.*

Volendo mostrare i molti pregi del Codice di diritto canonico del 1917, F. Roberti credette di poter mettere in evidenza, fra l'altro, come uno speciale vantaggio avessero tratto dalla codificazione il diritto processuale e il diritto penale canonico.

Con riguardo al diritto penale affermò specificamente il noto giurista che il Codice aveva “digesto e quasi creato tutta la parte generale, che pria doveva ricavarsi dai casi particolari, ed era irta di difficoltà, dubbi e incertezze”; che “eccellenti” dovessero essere giudicate “le norme sulla valutazione della imputabilità, sul delitto colposo, sulla partecipazione al delitto, sulle azioni nascenti dal reato, sulla irrogazione e remissione della pena”. E ricordando l'omaggio reso dal prof. Enrico Ferri al card. Pietro Gasparri nell'inviarli una copia del suo Progetto di codice di diritto penale con la dedica: «Al sapiente legislatore canonico», pensava il Roberti

che il professore positivista dovesse essere rimasto colpito dai canoni del *Codex* “che saggiamente prescrivono di valutare la personalità del delinquente e tener conto di tutte le sue personali circostanze, (che) concedono al giudice larghi poteri discrezionali nello stabilire, attenuare, differire le sanzioni, (che) danno gran peso all'emendamento del delinquente e al suo pentimento sincero fino a far cessare la pena: principi che non sono ancora penetrati in alcuni codici statuali e che il Ferri e i suoi seguaci ascrivono a merito della scuola positiva, ma che la Chiesa possiede da secoli”⁽¹⁾.

Ma davvero era da pensare che il “professore positivista” avesse potuto apprezzare i richiamati principi quasi che esprimessero un programma penalistico collimante con quello della scuola da lui fondata e di cui era il riconosciuto più autorevole esponente e portavoce?

Non per sminuire il valore dell'omaggio reso al card. Gasparri, ma certo non poteva sfuggire al Ferri che i principi non restano cristallizzati nelle formule che li racchiudono; che sarebbe stato poco significativo restringere la propria osservazione a queste formule, giacché ogni disposizione normativa vive nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, le quali a loro volta sono espressione di contesti culturali, di idee di fondo sull'essere dell'uomo e sui suoi rapporti nella società, sull'organizzazione giuridica della stessa e sui fini che essa mira a raggiungere. Come è stato di recente detto, “la riflessione del diritto è una riflessione sull'uomo, sul suo essere, sul suo senso e sul suo destino”⁽²⁾. E questo tanto più è vero per il diritto penale, e specificamente per

⁽¹⁾ F. ROBERTI, *Il cardinal Pietro Gasparri. L'uomo. Il sacerdote. Il diplomatico*, in *Miscellanea in memoriam Petri card. Gasparri*, in *Apollinaris*, 1960, p. 40. Ma era comune nella dottrina canonica l'apprezzamento per la normativa penalistica del Codice del 1917; cfr., ad esempio, R. METZ, *Il diritto penale nel codice di diritto canonico del 1917*, in *Concilium*, 1975, n. 7, pp. 49-60, il quale ricordava come il Codice fosse riuscito a far superare le esitazioni esistenti in dottrina sulla maggioranza dei problemi (circostanze attenuanti ed aggravanti, complicità, tentativo, cumulo) prima della sua promulgazione. Merito del Codice sarebbe stato anche quello di evitare la confusione fra foro interno e foro esterno, dando una definizione precisa di delitto e distinguendolo dal peccato. In particolare l'a. sottolineava il tecnicismo di alta qualità scientifica e la cura minuziosa nel regolamentare i problemi posti dall'attività delittuosa (p. 58).

⁽²⁾ V. DE PAOLIS, *La dimensione giuridica delle pene nella Chiesa*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C.J. Errázuriz M. e L. Navarro, Milano, 2000, p. 253.

il diritto penale nella Chiesa, e il Ferri non poteva cadere al riguardo in un grossolano errore di valutazione, ove l'individuazione di tale visione di fondo risale in buona misura alla concezione cristiana della vita; di segno diverso essendo pertanto la preoccupazione per la persona e per le sue sorti, che sembra accomunare e di fatto accomunava la Scuola positiva, di cui Ferri era eminente esponente, e la dottrina cattolica, giacché, come ebbe a dire icasticamente un fine giurista, T. García Barberena, il positivismo studia l'individuo "como a un insecto para conseguir que no moleste; el catolicismo, como a un alma inmortal, para que se salve" (3).

2. *Antigiuridismo e crisi del diritto penale nella Chiesa.*

I profili penalistici che tanto avevano colpito uno studioso come il Ferri alieno e lontano da preoccupazioni curiali, profili evidenziati dalla codificazione del 1917 ed ispiranti altresì la codificazione del 1983; profili che negli ultimi due secoli hanno indotto soprattutto nella scienza penalistica secolare infinite riflessioni sulla responsabilità (propria di colui che delinque) e sulla pena (espressione della società che reagisce, si difende, attraverso l'affermazione di principi assoluti, o relativi al conseguimento di scopi meramente empirici); ebbene cotesti profili negli ultimi decenni del secolo passato sono stati per così dire catturati ed assorbiti nell'ordinamento canonico da una questione più generica: se abbia ragion d'essere un diritto penale nella Chiesa.

Tale questione (sulla quale in questa sede non è il caso di soffermarsi) è stata però generalmente trattata alla luce di un'idea insufficiente ed inadeguata del diritto, inteso generalmente come norma, come volontà imperativa, che per essere tale deve potere essere portato a compimento anche attraverso la forza; un'idea tipica delle correnti positivistiche moderne, che ebbero la loro migliore manifestazione nelle codificazioni contemporanee, alla quale d'altronde non rimase estranea la codificazione canonica.

Si è per tale via dimenticata o, quanto meno, si è messa la sordina all'idea del diritto come ricerca del giusto nel caso concreto, come risposta da dare al bisogno imperituro di giustizia che è pro-

(3) T. GARCÍA BARBERENA, in *Comentario al Código de derecho canónico*, IV, Madrid, 1964, pp. 192-193.

prio dell'uomo, fuori della Chiesa e nella Chiesa; un'idea alla cui affermazione la Chiesa, con il suo radicamento nel disegno salvifico di Dio, con la sua conseguente raffinata capacità di leggere nel mistero dell'uomo e di individuarne i bisogni più profondi, può dare ed ha dato nel corso dei secoli un contributo poderoso al suo interno e nella società nella quale si è trovata ad operare, in tal modo favorendo una vita giuridica più consona alle esigenze intime dell'uomo; un contributo che rischia di svanire o di perdersi del tutto se appunto del diritto si dà la visione povera e parziale di comando normativo; giacché, ove si riduca il diritto all'atto normativo dell'autorità, la scienza giuridica si preoccuperà o del modo di imporlo e di giustificarne l'attuazione o del modo di difendersi dallo stesso e di trovare le ragioni per respingerlo.

Ne è derivato un generale impoverimento della scienza giuridica, in particolare nella trattazione dei temi penalistici, specificamente per quanto concerne i profili attinenti alla responsabilità ed alla pena.

3. *La correlazione fra responsabilità e pena. Alla ricerca della ratio puniendi.*

Non sempre il tema della funzione della pena (dello scopo cioè cui essa mira e che la società vuole raggiungere), e il tema della responsabilità (del suo fondamento e delle sue dimensioni) sono stati trattati dalla scienza giuridica in esplicita connessione fra di loro; pure in essi si dà una interna e reciproca correlazione, che è necessario mettere in evidenza: una determinata visione della responsabilità e, quindi, della attribuibilità dell'agire umano al soggetto che agisce, condurrà infatti ad una determinata concezione della pena, come sanzione di particolare gravità che mira ad influire sull'azione dell'uomo, o, secondo talune tesi, addirittura sull'uomo in quanto tale; parimenti, non sarebbe concepibile una pena che non fosse fondata su un'idea del soggetto che compie l'atto delittuoso e del suo rapporto con l'evento causato.

Proprio il fatto che la società, qualunque società, formata per il raggiungimento di finalità politiche (lo Stato) o creata per il perseguimento di scopi religiosi (la Chiesa), nell'esercizio della funzione penale valuta le azioni umane e l'uomo che le compie per punirlo, quell'uomo da cui la società stessa d'altronde deriva e per il quale esiste, non consente di concepire la funzione penale "come

un dato di fatto ovvio, ma necessita in modo assoluto (...) di una giustificazione filosofica, e quindi in ultima analisi di un fondamento etico" (4).

Forse in altra epoca storica, in società ideologicamente coese, là dove la cultura non esprimeva sostanziali divergenze di fondo circa il modo di concepire l'uomo e il suo essere nella società, e là dove l'ordinamento giuridico e le sue funzioni erano manifestazioni di uno stabile e comune modo di sentire, avrebbe potuto quella giustificazione non apparire necessaria.

Ma oggi, con la disarticolazione della cultura contemporanea in tanti filoni di pensiero fra loro spesso contrapposti, appare come non mai necessario giustificare l'uso della forza da parte della società. Come è stato detto, la forza in sé, una forza che non persegua un bene superiore, appare riprovevole (5). Conseguentemente ogni esercizio della forza ha bisogno di un fondamento etico; ed è pertanto ineludibile il problema di trovare una ragione eticamente valida per la pena; una ragione che non la spieghi in funzione dei soli interessi della società, ma anche di quelli del soggetto cui è irrogata, secondo l'idea che di tale soggetto la società si forma ed esprime.

Ragione accettabile sotto tale profilo non si ha se la responsabilità equivale ad imputabilità materiale dell'evento al suo autore, e cioè a mera riferibilità o attribuibilità di un evento ad un soggetto considerato come semplice causa materiale dello stesso; può aversi invece se responsabilità è riconoscimento della signoria del soggetto su fatti ed eventi a lui riconducibili, per i quali può essere rimproverato e punito; svolgendo in tal caso la pena non solo la funzione di strumento tecnico per difendere gli interessi della società (ed altri rimedi potrebbero per tale bisogna essere individuati dalla scienza criminologica), ma altresì, in quanto essa raggiunge l'uomo nella sua spiritualità, la funzione di correzione e di rieducazione, per la ricomposizione del quadro complessivo dell'esperienza giuridica; un quadro ove si dà società (con le sue esigenze

(4) M.A. CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, 1978, pp. 126-127.

(5) P. NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, in *Recht und Staat*, Tübingen, 1962 (heft 244), p. 3; trad. it. di L. EUSEBI, *La fondazione etica della pena*, in AA.VV., *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, p. 29.

funzionali), ma si dà anche persona, con il patrimonio dei suoi originali ed impreteribili diritti.

* * *

Se volessimo raggruppare e classificare le varie dottrine penali che sono state proposte dalla scienza giuridica nell'epoca a noi contemporanea per dare risposta al problema del fondamento o della ragione ultima del diritto di punire da parte della società, potremmo distinguerle, quanto alla responsabilità, in teorie deterministiche e teorie fondate sul libero arbitrio; quanto alla pena, in teorie prevalentemente preoccupate di difendere gli interessi della società, che non disdegnano di dare rilievo financo ad una responsabilità oggettiva, e teorie più direttamente protese a calibrare la pena in funzione del soggetto e dei suoi bisogni, a non sacrificarlo ad una pretesa ragion di Stato, vale a dire ad un interesse generale definibile soltanto in via ideologica e politica.

S'intravede sin da subito come le tesi avanzate in materia di responsabilità e quelle in tema di pena non solo si condizionino a vicenda, ma esprimano altresì in maniera assai efficace il più universale problema del rapporto fra l'individuo e l'insieme a cui egli appartiene, un rapporto reso oggi assai controverso proprio dalla frammentazione della cultura contemporanea, cui sopra si è accennato, a causa della quale la persona sembra avere smarrito ed avere difficoltà a ritrovare le ragioni del proprio essere, della propria dignità, della propria primazia ontologica.

4. *La pena in funzione della persona: la dottrina del libero arbitrio in sant'Agostino e in san Tommaso.*

Chi più d'ogni altro ha influito nel pensiero occidentale, imbevuto della cultura giudaico cristiana, per individuare le premesse antropologiche di un discorso penalistico, e in particolare del rapporto fra responsabilità e pena, che è come dire fra società e persona, dando giustificazione del fondamento razionale della pena, ma al contempo fissando implicitamente i limiti della funzione penale, fu senza alcun dubbio sant'Agostino. Al problema della *ratio puniendi* egli diede infatti una soluzione per secoli comunemente accolta da giuristi e moralisti, indipendentemente dalla ragione ideologica assegnata alla funzione penale: e così quella di restau-

rare l'ordine giuridico violato dal delitto; o quella di migliorare e di rieducare il reo; o entrambe.

Per il vescovo di Ippona, il fondamento o presupposto del diritto di punire, che è quanto dire la giustificazione e la legittimità del suo esercizio, sta non tanto, come oggi si pensa, in una idea di società e nella sua necessità di raggiungere i propri scopi, comunque individuati, anche attraverso mezzi coercitivi, ma nel libero arbitrio dell'uomo, vale a dire nella libera volontà del soggetto di compiere una determinata azione che giudica a sé conveniente, o di astenersene.

La coazione, la pena, non erano pertanto da considerare nell'ottica delle esigenze della società, esigenze che pure erano ammesse e giudicate non eludibili, ma principalmente nell'ottica dei bisogni della persona e della sua idoneità a rispondere delle sue azioni verso gli altri e verso la società, di rispondere cioè di esse negli orizzonti concentrici di giustizia all'interno dei quali si svolge la vita dell'uomo, rientranti in quell'orizzonte più ampio che tutti li comprende, rappresentato dal disegno misterioso di Dio.

Cos'è la volontà? si chiedeva sant'Agostino. "La volontà è un movimento dell'animo, da nessuno imposto, volto o a conseguire qualcosa o a non rinunciarvi"; ora senza volontà non è possibile peccare (commettere il male)⁽⁶⁾. Ne deriva che se Dio non avesse dato all'uomo questa libera capacità di determinarsi (*liberum arbitrium*), "la decisione di punire non potrebbe in alcun modo essere giusta" ("iudicium puniendi nullum iustum esse posset"); giacché "qui non voluntate peccat, non peccat"⁽⁷⁾. Senza volontà (e questa

(6) AUGUSTINUS, *Retractationes* l. I, c. XV, *Contra manichaeos de duabus animabus liber unus*, 3 (P.L. 32, 609): "Voluntas est animi motus, cogente nullo, ad aliquid vel non amittendum, vel adpiscendum"; (...) "quapropter peccatum sine voluntate esse non posse verissimum est".

(7) IDEM, *Acta seu disputatio contra Fortunatum Manichaeum*, 20 (in P.L. 42, 121). Senza volontà, del resto, non solo non potrebbe essere giusto il "iudicium puniendi", ma non vi sarebbe neanche "meritum recte faciendi, nec praeceptum divinum ut ageretur paenitentia de peccatis; nec ipsa indulgentia peccatorum, quam nobis Deus per Dominum nostrum Iesum Christum donavit" (in altra opera Agostino poteva affermare nello stesso senso: "quia de quo nesciente, vel resistere non valente quisquam quidpiam mali fecerit, iuste damnari nullo modo potest"; (...) "quod iustitia peccantes tenet sola mala voluntate, quamvis quod voluerint implere nequiverint": *De duabus animabus contra manichaeos liber unus*, X, in P.L. 42, 103; e nella *Retractatio* a tale opera riaffermava: "non igitur nisi voluntate peccatur": *Retract.* l. I, c. XV,

non è concepibile se non libera⁽⁸⁾), non vi è colpa, non vi è commissione di male, e conseguentemente non può esservi punizione (Agostino parla propriamente di *poenitentia* con riferimento al peccato; ma il fenomeno nella sua essenza non muta con riferimento alla pena per il delitto⁽⁹⁾).

La volontà libera non è solo la *ratio* del rimprovero, ma è anche l'elemento costitutivo e centrale della storia della salvezza, come storia di giustizia e di riscatto dell'uomo. Ritenere quindi che l'uomo non possa essere colpito da pena, sottoposto a punizione, significa pensarlo come un essere carente di volontà libera ed intelligente (*liberum arbitrium*), padrone delle proprie azioni; significa sottrargli un elemento caratterizzante del suo essere, la responsabilità, privandolo dell'aspetto più nobile della sua umanità e della possibilità di rientrare nello specchio d'azione della grazia redentrice.

Questa concezione rappresenta la premessa atta per escludere o per graduare la colpevolezza, e, prima ancora, è il fondamento teorico (e tale si sarebbe dimostrato nei secoli successivi) per ammettere da una parte il male morale (frutto solo della volontà libera) e, dall'altra, il fatto che esso potesse essere valutato ed attribuito ad un soggetto come a suo autore.

È difficile comprendere fino in fondo l'importanza dell'affermazione, di natura antropologica, ma svolta come sviluppo di una profonda concezione teologica, dell'esistenza nell'uomo di una libera volontà, della sua capacità di compiere il bene (per il quale

2, in *P.L.*, 32, 609). Insomma, la volontà libera non è solo la *ratio* del rimprovero, ma è anche l'elemento costitutivo e centrale della storia della salvezza.

⁽⁸⁾ AUGUSTINUS, *Retractationes*, l. I, c. XV, cit., c. 4 (*P.L.* 32, 609): "peccatum est voluntas retinendi vel consequendi quod iustitia vetat, et unde liberum est abstinere".

⁽⁹⁾ Del resto la rigorosa distinzione fra delitto e peccato sarà successiva a sant'Agostino: cfr. soprattutto ST. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian-bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano, 1935, pp. 4-22; cfr. altresì M. MÜLLER, *Etik und Recht in der Lehre von der Verantwortlichkeit. Ein Längenschnitt durch die Geschichte der katholischen Moralthologie*, Regensburg, 1932, pp. 72-74 e p. 118 ss. Bisogna in ogni caso tenere presente che «peccatum» non è termine introdotto linguisticamente dalla dottrina morale religiosa, stando esso ad indicare commissione del male anche presso i filosofi pagani (cfr., per tale uso del termine, la famosa definizione di Seneca, *De ira*, I, 19, sulla funzione della pena: "(...) nam, ut Plato ait, nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur").

acquista meriti) e di commettere il male (che deve scontare con le opportune penitenze), dell'esistenza, quindi, di un ordine morale (bene) e di un disordine morale (male-peccato) e della capacità dell'uomo di determinarsi liberamente nei confronti degli stessi; la quale libera determinazione non è tuttavia immotivata, giacché essa — come avrebbe alcuni secoli dopo spiegato san Tommaso, istituendo un inscindibile nesso e un reciproco condizionamento fra intelligenza e volontà — non solo si muove verso ciò che l'intelligenza le propone come fine ultimo (bene ultimo), ma utilizza tutti quei mezzi specifici che l'intelligenza le presenta come necessari per il raggiungimento del bene finale; mezzi che rappresentano appunto i motivi specifici dell'azione nei confronti dei quali l'uomo esercita liberamente la sua scelta; come è nella perfezione della libertà poter scegliere fra cose differenti "servato ordine finis", così rappresenta un difetto della libertà scegliere alcunché "divertendo ab ordine finis" (nel che consiste propriamente il peccato)⁽¹⁰⁾.

Tale concezione, che è frutto della visione cristiana dell'uomo, del suo rapporto con il mondo e con Dio, e delle sue esigenze etiche, avrebbe avuto un'influenza decisiva per lo sviluppo degli istituti penalistici nella Chiesa e fuori della Chiesa; influenza sempre più grande, via via che andrà diffondendosi nella cultura antica, fino a diventare visione sapienziale della vita e cemento comune della cultura di un'epoca.

La primarietà dell'essere umano rispetto alla società, l'averlo considerato ad immagine e somiglianza di Dio, avrebbe prodotto nel tempo un ingentilimento dei costumi ed un addolcimento degli istituti penalistici, soprattutto per quanto riguarda la ricerca delle prove e le pene⁽¹¹⁾; ma impose, altresì, un'attenta considerazione

⁽¹⁰⁾ THOMAS DE AQUINO, *Summa th.*, I, q. 62, a. 8 ad 3. San Tommaso stabilisce un parallelo fra libero arbitrio e intelletto; il primo infatti si comporta "ad eligendum ea quae sunt ad finem", il secondo "ad conclusiones". Spetta alla perfezione dell'intelletto "ut in diversas conclusiones procedere possit secundum principia data: sed quod in aliquam conclusionem procedat praetermittendo ordinem principiorum, hoc est ex defectu ipsius"; così, "quod liberum arbitrium diversa eligere possit servato ordine finis, hoc pertinet ad perfectionem libertatis eius: sed quod eligat aliquid divertendo ab ordine finis, quod est peccare, hoc pertinet ad defectum libertatis". Sicché, poteva egli concludere, "maior libertas arbitrii est in angelis, qui peccare non possunt, quam in nobis, qui peccare possumus" (ivi).

⁽¹¹⁾ D. SCHIAPPOLI, *Diritto penale canonico*, in E. PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, vol. I, Milano, 1905, pp. 620-625.

degli elementi soggettivi dell'uomo che agisce, con specifico riferimento alla intelligenza ed alla volontà, per poterlo in primo luogo ritenerlo «soggetto» nel mondo etico giuridico (imputabilità), e, poi, soggetto responsabile dell'atto concretamente compiuto (responsabilità).

La studio degli stati giuridici soggettivi, che ha rappresentato e rappresenta uno dei compiti più ardui ed importanti della scienza giuridica⁽¹²⁾, che oggi può avvalersi dell'ausilio di altre scienze (quali l'antropologia scientifica, la criminologia, la psichiatria), volte a sviscerare i mai interamente sondati meandri della personalità umana, poggia su questa alta concezione dell'uomo; di un uomo, però, non considerato in astratto (come hanno pensato di poter fare molti dei filosofi contemporanei), ma dell'uomo concreto, la cui libera volontà conosce tuttavia condizionamenti ad essa estranei, che a volte attenueranno e a volte potranno esaltarne la responsabilità⁽¹³⁾; e mira, in fondo, a non defraudare l'uomo di nulla di ciò che gli attribuibile, e, per converso, a non chiamarlo a rispondere di atti se non nell'esatta misura in cui essi gli appartengono.

Questa visione dell'uomo emerge a tutto tondo dalla produzione giuridica del periodo classico del diritto canonico. Si prendano, a mo' d'esempio, i tit. XII, XIX e XX del *Liber Extra* di Gregorio IX, dedicati rispettivamente all'omicidio, all'usura, al delitto di falso; si prenda la glossa ordinaria a tali titoli; e si troveranno indicate soluzioni sulla responsabilità dei colpevoli di quei delitti, sulla meritevolezza della pena, così raffinate da ritenerle a tutt'oggi insuperate; di esse visse per secoli la scienza giuridica canonica, ispirando e progressivamente penetrando anche la cultura giuridica secolare.

Sul piano storico, questo può essere considerato il maggior apporto del pensiero di derivazione cristiana alle legislazioni penali. Non invece quello, come stranamente ed acriticamente si continua a ripetere, di avere visto nella pena «la giusta retribuzione per quell'offesa all'ordine sociale e alla morale che il crimine

(12) Per i momenti iniziali di tale studio, cfr. P. PALAZZINI, *L'imputabilità dell'atto umano nel periodo pre-graziano e nel «Decretum» di Graziano*, in *Studia Gratiana*, 7, 1959, pp. 449-460.

(13) M. VILLEY, *La responsabilité chez St. Thomas*, in *La responsabilité pénale*, Paris, 1961, cit., in particolare pp. 120-125.

rappresenta", magari accomunando, come sostenitori di questa tesi, Kant e la Chiesa cattolica⁽¹⁴⁾.

5. *La concezione classica della responsabilità.*

Sul postulato del libero arbitrio poggia la concezione cosiddetta classica della colpevolezza. Essa non nega — almeno nelle sue più ammodernate formulazioni⁽¹⁵⁾ — che l'uomo possa subire condizionamenti nel suo essere e nel suo agire, ma tali condizionamenti non assumono importanza decisiva sul piano giuridico, perché, fra l'altro, il diritto considera l'uomo per come deve essere, non per come è; e colui che compie l'atto delittuoso risponde dello stesso solo se ed in quanto sia attribuibile alla sua volontà e possa essergli rimproverato; d'altra parte perché ciò possa avvenire è necessario che l'atto sia consegnato nella sua negatività da una legge, giacché *ubi non est lex, nec praevaricatio*.

La responsabilità, pertanto, è solo di colui che compie il male (resta esclusa ogni responsabilità collettiva o per fatto altrui), nel momento in cui compie l'atto che gli sarà rimproverato (è cioè istantanea: non essendo consentito biasimare l'uomo per la sua complessa personalità, quale potrebbe essere desunta dall'insieme della sua vita), ed è statica, perché dovrà essere valutata con riferimento esclusivo all'atto delittuoso concretamente compiuto, restando ininfluenti per tale valutazione i comportamenti, successivamente tenuti, suscettibili solo di autonoma considerazione per l'eventuale separata responsabilità propria di ciascuno di essi⁽¹⁶⁾.

Tale concezione della colpevolezza non ha solo una base giuridica, in quanto evidenzerebbe una volontà contraria alla legge sostanziatesi in un comportamento lesivo dell'ordinamento giuridico previsto e punito dalla legge penale, ma è tutta permeata di un

(14) Cfr. A. ROSS, *Colpa, responsabilità e pena*, Milano, 1972, p. 63. Non è così; ad esempio per san Tommaso, ma già anche per Graziano (cfr. C. 24 q. 4), la pena mira a prevenire, educare, intimidire, non tanto a retribuire (cfr. della *Summa th.*: I.II, q. 87, a. 7 e 8; q. 96, a. 2; q. 105, a. 2 ad 3; II.II, q. 64, a. 2; q. 66 a. 6 ad 2).

(15) Cfr. J. LÉAUTÉ, *Le neo-classicisme*, in *La responsabilité pénale*, cit., pp. 352-353.

(16) Cfr. G. BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, X ed., Padova, 1978, p. 376 ss.

contenuto morale, essendo riprovevole eticamente, prima ancora che giuridicamente, un comportamento espressione di una volontà che si è determinata in senso difforme o contrario all'obbligo⁽¹⁷⁾.

Questo quanto alla responsabilità.

6. *Il significato etico della pena e il suo valore retributivo.*

Quanto alla pena è da dire — volendo rimanere negli orizzonti propri della concezione classica della colpevolezza — che essa sarà parimenti rivestita di significati etici. Nei confronti dell'uomo, che è colto nella sua dimensione di protagonista non solo nell'ordinamento giuridico, ma nel più vasto ordine morale, la pena non potrà che farsi carico di questi più ampi significati. Essa ubbidisce ad un'esigenza di giustizia, di simmetria: come al bene segue il bene, così al male (del delitto) è giusto che segua il male (della pena). Essa pertanto soddisferà un'esigenza retributiva di natura etica e, indipendentemente dagli scopi specifici cui potrà mirare, sarà principalmente un *metum passionis propter malum actionis*, un *praetium delicti*.

Sarà così opportuno distinguere fra natura della pena e suo significato. La pena di cui si occupa il diritto avrà, infatti, natura giuridica, ma il suo significato sarà ultragiuridico: "La pena è sì retribuzione giuridica, ma in quanto il diritto ha un significato e un valore etico, la pena è nella sua essenza retribuzione morale"⁽¹⁸⁾; appare come cosa in sé giusta ed eticamente apprezzabile infliggere una sofferenza a chi ha volontariamente commesso un male morale; il delinquente infatti è ritenuto meritevole di pene, prima ancora che si pensi di trarre da queste alcun vantaggio, né per lui né per gli altri; e questo appare "una profonda verità psicologica e giuridica"⁽¹⁹⁾.

Tale tesi offre dunque alla pena una base assoluta (c.d. teoria assoluta della pena), giacché non la giustifica in quanto diretta a perseguire fini di utilità empirica (individuale o sociale), ma la giustifica in sé e per sé, mirando essa a colpire il male in quanto male

(17) Cfr. E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano, 1978, p. 57.

(18) BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, IV ed., Palermo, 1958, p. 557.

(19) A. AMOR RUIBAL, *Derecho penal de la Iglesia católica según el Código vigente*, I, Madrid-Barcelona (s.d.), p. 36 e 40.

in chi ne è responsabile e ne può disporre, e quindi a ricomporre il quadro complessivo della giustizia sfregiato dal reato.

7. *Eticità della pena in Kant e in Hegel.*

La concezione della responsabilità umana fondata sul postulato del libero arbitrio, cara alla tradizione culturale cattolica, presupposta dalla dottrina assoluta della pena, manifestava un'intrinseca eticità per il fatto di trattare l'uomo e di considerarlo come essere posto al centro o al vertice di tutta la realtà umana (antropocentrismo), traente la sua massima dignità dall'aver l'essere per partecipazione dell'Essere per sé sussistente (Dio).

Ma l'idea retributiva della pena si dà anche in dottrine ispirate a concezioni dell'uomo diverse se non antitetiche con quella ora ricordata. Prendo come esempio il pensiero di Kant e quello di Hegel, per l'influsso da loro esercitato nella formazione delle dottrine politiche giuridiche moderne e contemporanee.

In Kant la pena irrogata dai giudici (*poena forensis*) non può mai essere applicata come mezzo per ottenere un altro bene, vuoi a vantaggio dello stesso delinquente, vuoi a vantaggio della società, ma deve essere sempre inflitta nei confronti del delinquente soltanto perché egli ha commesso un delitto⁽²⁰⁾. Infatti l'uomo, secondo il filosofo di Königsberg, "non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti del diritto reale, contro che egli è garantito dalla sua personalità innata, quantunque possa benissimo essere condannato a perdere la sua personalità civile"⁽²¹⁾. E tutto ciò perché la relativizzazione del concetto di pena farebbe venir meno l'assolutezza dell'imperativo categorico che di quella pena, come di tutta l'etica, rappresenta in Kant il fondamento: sicché troviamo affermato in lui, senza alcuna contraddizione, contestualmente la massima esaltazione dell'uomo (che, come si è detto, non può mai essere trattato subordinandolo a fini particolari o empirici), e la massima insensibilità per le esigenze della sua umanità, quasi che

⁽²⁰⁾ I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, II: *Das Strafrecht. E, vom Straf- und Begründungsrecht*, 1797, ed. a cura di Vorländer, Hamburg 1966 (rist.), pp. 158-159; trad. it. di G. Vidari (ed. Laterza, Roma-Bari, 1983, p. 164).

⁽²¹⁾ *Ibidem*.

l'affermazione di queste esigenze potesse ledere l'assolutizzazione del suo concetto.

In verità ciò che resta assolutizzato è il concetto di giustizia, del dovere per il dovere (imperativo categorico), ma di una giustizia che non ha più radici nei bisogni dell'uomo⁽²²⁾, che vive in un cielo empireo che influisce sull'uomo senza tuttavia avere nelle ragioni ontologiche del suo essere il fondamento delle colonne che lo reggono.

Ancor più evidente questo distacco della pena, pur sempre manifestazione di un'esigenza etica, dagli essenziali bisogni dell'uomo è avvertibile nella concezione hegeliana. Anche da Hegel la pena è intesa come retribuzione (*Wiedervergeltung*)⁽²³⁾; anche in questo caso ci troviamo dunque in presenza di una concezione assoluta della pena, nell'ambito di un processo dialettico mirante a ristabilire il diritto violato: la pena (antitesi) serve a negare la negatività rappresentata dal delitto (tesi)⁽²⁴⁾. Ora se è vero che in tale concezione attraverso la pena si ha il trapasso dal diritto alla moralità, dalla volontà in sé alla volontà per sé infinita⁽²⁵⁾; se dunque è vero "che tutta la concezione filosofico-giuridica hegeliana ha una base etica, è fondata sull'idea che lo Stato è 'la realtà dell'idea morale' (die Wirklichkeit der sittlichen Idee), è 'sostanza morale' (sittliche Substanz)"⁽²⁶⁾; tuttavia in tale concezione, ancor più che in quella kantiana, appare evidente il disancoramento della dottrina morale, vista come un momento del divenire tutto immanente del-

(22) Infatti per Kant "la legge penale è un imperativo categorico"; né si può liberare l'uomo dalla pena o anche da un solo grado di questa rifacendosi alla dottrina dell'eudomonismo, per i vantaggi che questa offrirebbe (*op. cit.*, ivi). Verrebbe lesa irrimediabilmente, nel pensiero di Kant, il fondamento stesso della giustizia, quando essa fosse subordinata al raggiungimento di fini particolari, come fu lesa dai farisei quando affermarono che "è meglio che un uomo muoia piuttosto che tutto il popolo rovini" (ivi). La giustizia non poggia sui fini perseguiti, ma ha il suo fondamento nell'imperativo categorico; subordinarla a fini specifici significa dichiararne il perimento. Ma, continua Kant, "se la giustizia scompare, non ha più alcun valore che vivano gli uomini sulla terra" (ivi).

(23) G.F.W. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse* (1821), ed. a cura di K. Löwith e M. Riedel, Frankfurt a. Main, 1968, § 101, p. 122; trad. it. di G. Marini (ed. Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 90).

(24) Cfr. HEGEL, *op. cit.*, § 97 (trad. it., pp. 87-88).

(25) ID., *op. cit.*, § 104 e 105 (trad. it., pp. 93-95).

(26) CATTANEO, *Il problema filosofico della pena*, cit., p. 17.

l'Idea, da ogni preoccupazione di fondazione ontologica. La morale in Hegel, come in tutte le filosofie del divenire non radicate nell'essere, non si presenta come una dottrina del dover essere, ma come una *spiegazione* di un particolare settore della realtà umana e delle leggi che ne governano ineludibilmente il divenire storico. Non vi sono, in tale visione, originali esigenze della natura umana che chiedono, pur nella loro problematica individuazione, di essere rispettate dall'irrogazione della pena; non in tali esigenze essa, in ogni caso, trova la sua ragione, ma, come tutti i fatti storici, l'ha in se stessa, e compito del filosofo sarà semplicemente quello di mostrarla.

Quanto queste concezioni siano dissonanti con i presupposti culturali sui quali può essere fondata una dottrina della pena nel diritto canonico è inutile dire.

8. (Continua). *Il diverso significato delle tesi retributive in un orizzonte antropologico immanentistico e in un orizzonte antropologico, come quello proprio del diritto canonico, aperto alla trascendenza.*

Nella dottrina penalistica secolare le osservazioni critiche rivolte alla concezione della pena come *praetium delicti*, cioè come retribuzione, sono molte numerose e riguardano non soltanto i postulati teorici, vale a dire l'idea morale, su cui essa poggia, ma altresì le conseguenze empiriche che da essi si traggono.

È stato osservato che non è vero che l'equilibrio turbato dal delitto si ricompona con formale simmetria ricambiando male con male, bensì opponendo al *malum actionis*, costituito dal delitto, non un *malum passionis*, bensì "un *bonum actionis*, ossia un'attività in senso contrario dell'autore del delitto medesimo, la quale ne annulli o riduca gli effetti, fino a che ciò sia possibile" (27). Ed è sempre più estesa la persuasione secondo la quale non solo l'idea di retribuzione non corrisponderebbe alle categorie morali del nostro tempo (28); non solo essa — così si sostiene — non è più domi-

(27) G. DEL VECCHIO, *La giustizia (Appendice: Sul fondamento della giustizia penale)*³, Roma, 1946, pp. 186-189.

(28) W. NAUCKE, *Strafrecht. Eine Einführung*, 4. Aufl., Frankfurt am Main, 1992, pp. 55-78.

nante nella teologia cattolica e protestante contemporanea⁽²⁹⁾; ma è contraria ai principi etici diffusi nelle società medesime, i quali, in singolare sintonia con i principi evangelici, ruotano intorno all'idea di contrapporre il bene al male⁽³⁰⁾, rigettando in tal modo il criterio che ispira l'idea retributiva (di rendere male per male, punire "tantum puniendi causa"), "basato su un codice morale caratterizzato da principi lontani dal rispetto e dalla comprensione per l'uomo, e dall'amore cristiano"⁽³¹⁾.

(29) F. STELLA, *Laicità dello Stato: fede e diritto penale*, in *Laicità. Problemi e prospettive. Atti del XLVII corso di aggiornamento culturale dell'Università cattolica*, Milano, 1977, pp. 316-7. Ricorda l'autore come il pensiero teologico contemporaneo respinga "il tabù retribuzionistico"; ancora "la ragione di esistenza del diritto penale all'esigenza di proteggere i beni giuridici, ossia ad un'esigenza di prevenzione generale"; riconosca "per un verso che la funzione di prevenzione generale deve trovare un limite nella colpa soggettiva del reo"; sottolinei "per l'altro verso che la pena deve servire, oltre che alla protezione di beni giuridici, alla riconciliazione dell'autore del reato" (ivi). Ma, in verità, distinto il piano giuridico da quello morale (quanto qui affermato vale per il piano giuridico), la teologia classica, e segnatamente san Tommaso, non pensavano nella sostanza diversamente.

Per la teologia cattolica e protestante contemporanea cfr. i tre saggi di K. BARTH (*La pena non può riparare il male*), K. RAHNER (*Colpa-responsabilità-punizione nel pensiero della teologia cattolica*), L. EUSEBI (*Cristianesimo e retribuzione penale*), pubblicati in *La funzione della pena: il commiato da Kant e da Hegel*, cit., p. 139, 147, 173.

(30) NOLL, *Die ethische Begründung der Strafe*, cit., p. 9. Ma anche quest'autore ritiene che l'idea della retribuzione sia stata, fino ad epoca recente, dominante nella dottrina etica teologica, così in quella cattolica come in quella protestante; e tuttavia non può essere superata l'esigenza evangelica di "non pagare il male con il male, ma di rendere bene per male".

Correttamente A. BERISTAIN, *Análisis crítico de la Nueva Defensa Social*, in *Estudios de derecho público y privado ofrecidos al prof. J. Serrano y Serrano*, II, Valladolid, 1965, p. 102, sostiene come fosse comune ai teologi giuristi del Medioevo l'idea che la pena servisse anche a risocializzare il delinquente; dello stesso autore cfr. *Medidas penales en Derecho contemporáneo (teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Madrid, 1964, p. 38 e *El catolicismo ante la pena de muerte*, in *La pena de muerte. 6 respuestas*, Valladolid, 1975, p. 157. Cfr., infine, DEL VECCHIO, *La giustizia*, appendice cit., *ibidem*.

(31) CATTANEO, *La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di Herbert L.A. Hart*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, vol. IV, Bologna, 1974, p. 693. Questo a. (*Il problema filosofico della pena*, cit., pp. 36-38) ricorda l'antica osservazione di U. GROZIO (*De jure belli ac pacis libri tres*, Parigi, 1625, lib. II, cap. XX, § 5), secondo la quale "pugnat cum natura hominis in hominem agentis, alieno dolore, qua dolor est, satiari", e quella più recente di C.K. ALLEN (*Aspects of Justice*, London, 1958, pp. 21-23), per il quale dovrebbe essere rigettata "but a highly immoral" una concezione dalla quale traspira l'idea di vendetta

Ma ancora altri rilievi critici dovrebbero convincerci della inaccettabilità delle tesi retributive.

Sul piano etico e su quello giuridico è infatti comunemente ritenuta priva di fondamento razionale l'idea che il male derivante dalla pena possa compensare o cancellare il male derivante dal delitto: sul piano giuridico, innanzitutto, il bene tutelato dalla legge violata dal comportamento delittuoso resta rotto per sempre, né la pena può restaurarlo: *quod factum infectum fieri nequit*⁽³²⁾; sul piano etico, poi, in quel piano amplissimo nel quale il legislatore umano come del resto tutte le umane realtà si muovono, appare difficile pensare che la pena giuridica possa raggiungere scopi che non le sono consoni, per i quali essa non è adeguata, e sia per il ristabilimento di equilibri etici personali negati dalla commissione del male, sia per le ferite morali da questa inferte al corpo sociale.

È questo il punto che è apparso più vulnerabile, sotto il profilo teorico, della concezione della pena come retribuzione morale; essa, infatti, caricherebbe la pena di una funzione che non le compete e che, in ogni caso, non è in grado di adempiere; e che invece è propria della pena morale; questa può essere stabilita e inflitta da chi è fonte della moralità (Dio), o da chi quella fonte rappresenta sulla terra (la Chiesa, sempre che questa funzione possa ritenersi teologicamente sostenibile), beninteso nell'ordine che le è proprio.

Ma questa contraddizione naturalmente può essere colta in quel sistema di pensiero in cui l'ordine umano resta distinto dall'ordine divino che lo trascende e lo fonda; quando però questa distinzione dovesse cadere per la negazione *simpliciter* dell'ordine divino o per l'affermazione della sua irraggiungibilità attraverso la ragione (onde al più esso potrebbe, come in Kant, essere postulato), quando pertanto quella distinzione non avesse più il suo fondamento nelle ragioni metafisiche dell'essere e nel disegno di chi all'essere ha dato vita, sarebbe inevitabile o negare ogni etica o fondarla nell'immanenza: la quale, del resto, è considerata ormai il luogo ove si esplica e si costruisce l'eticità (anche quando rivendica

e non un tranquillo calcolo razionale, una concezione per la quale le pene giuridiche sarebbero "as a sop to a primitive instinct for revenge".

(32) GARCÍA BARBERENA, *Comentarios al Código de Derecho canónico*, IV, cit., p. 195.

la propria natura secolare ed atea) e, pertanto, occupa il rango prima riconosciuto alla trascendenza divina. Questo è appunto quel che è avvenuto nella cultura contemporanea.

In tali contesti di pensiero, non contraddittorio, anzi assolutamente coerente con le premesse poste, è rivendicare alla pena (e, del resto, ad ogni espressione del potere) valore e missione di eticità; di una eticità tuttavia che non è più quella di matrice cristiana; e non per caso i massimi e più coerenti assertori della funzione retributiva (in senso morale) della pena sono i grandi pensatori dello storicismo immanentistico, dello Stato come supremo realizzatore dello spirito assoluto, della fondazione dell'etica nell'imperativo categorico, insomma della esclusione di un piano metafisico trascendente l'uomo e delle ragioni dell'essere come fonte ultima dell'eticità⁽³³⁾.

È evidente che coteste premesse sono assolutamente antitetiche con le ragioni che ispirano l'antropologia posta a fondamento dell'ordinamento della Chiesa e che, in un'alta concezione della responsabilità umana potevano e possono pur giustificare una teoria della colpevolezza e una concezione della pena in senso retributivo, ma secondo un significato totalmente diverso da quello ora considerato e criticato.

Sono fermamente persuaso che la scienza giuridica canonica potrà trarre in positivo, ma anche in negativo, utili indicazioni dalla temperie culturale nella quale nell'epoca moderna si è trovata avvolta la scienza giuridica secolare in questa materia.

9. *La negazione della concezione classica della responsabilità: determinismo e scientismo.*

La funzione di retribuzione morale assegnata alla pena non sta dunque in un rapporto biunivoco con la dottrina c.d. classica della colpevolezza, fondata sul postulato del libero arbitrio, e con la concezione di responsabilità da essa manifestata; le esigenze antropologiche da questa evidenziate possono, infatti, non essere fatte salve, come si è visto, da un'idea della persona, espressione di

⁽³³⁾ J. SAWICKI-A. GUBINSKI, *La responsabilité pénale dans la conception marxiste de la théorie du droit pénal*, in *La responsabilité pénale*, cit., pp. 371-386.

un'eticità ove l'uomo o è negato o è trascurato e di cui in ogni caso non è la radice.

Ma ancor più corrosive sono ovviamente quelle dottrine sulla responsabilità che non solo mettono indirettamente in pericolo, con le loro costruzioni teoriche, la concezione antropologica fondata sull'idea della libera e intelligente volontà dell'uomo, ma direttamente e radicalmente la negano, con immediati riflessi circa la responsabilità colpevole, che, o non sarà ritenuta più necessaria, o sarà intesa in un senso differente dalla concezione della dottrina classica, e circa la pena, che verrà surrogata con altri rimedi penali, o conservata, ma per scopi più ridotti rispetto a quelli individuati dalle teorie retributive.

È una mera finzione, secondo coteste concezioni, pensare l'uomo ragionevole che si determina liberamente perché pienamente padrone dei suoi atti⁽³⁴⁾; rari infatti sono gli uomini che stanno "à l'abri de toute action du milieu auquel les relie leur passé, leur présent ou leur espérances futures"⁽³⁵⁾. Al contrario l'uomo nel suo agire resta condizionato dalla sua natura fisiopsichica e dalla situazione sociale nella quale si trova ad operare. Un duplice influsso insidia e determina, pertanto, il libero volere dell'uomo: quello che deriva dalla costituzione del soggetto agente; e quello che nasce dall'ambiente esterno e da fattori economici e sociali. L'uomo, con la sua volontà, non riuscirebbe a signoreggiare le cause endogene ed esogene che lo determinano ad agire; la sua volontà resta infatti un elemento di un meccanismo che ubbidisce, al pari di ogni fenomeno naturale, a leggi di causalità ferree ed non eludibili e, come ogni fenomeno naturale, potrà essere studiata secondo il metodo proprio delle leggi fisiche; tale metodo è il solo a poterci dare garanzie di obiettività: non importa, pertanto, attardarsi ad individuare l'essenza delle cose e dei fatti umani, quanto piuttosto a ricercarne le relazioni che li legano vicendevolmente.

L'antropologia deterministica ovviamente non nasceva per dare risposta ai problemi penalistici, ma era il frutto di determinate correnti culturali, quali lo scientismo, il darwinismo, il positivismo, imperanti lungo il corso del XIX secolo. Il rifiuto di ogni

(34) M. ANCEL, *Responsabilité et défense sociale*, in *La responsabilité pénale*, cit., p. 360.

(35) LÉAUTÉ, *Introduction*, in *La responsabilité pénale*, cit., p. 12.

spiegazione metafisica del mondo e della vita, che aveva radici culturali anche più lontane, fu accompagnato dalla fede sconfinata dell'uomo nella possibilità di spiegare tutto attraverso l'analisi ponderata dei dati, pensando di riportare ogni realtà a dati scientificamente apprezzabili, anche l'uomo, che pur essendo un dato di tale realtà, per le sue caratteristiche spirituali era stato ritenuto non pienamente assimilabile agli altri dati che popolano l'universo.

Naturalmente questa visione non poteva mancare di produrre rilevanti effetti nel campo della scienza penale, di quella scienza che pone ai suoi cultori le più pressanti domande sull'uomo.

Caduta l'idea dell'indeterminismo, venuta meno cioè la persuasione che l'uomo è padrone delle sue azioni, cade la costruzione della responsabilità colpevole, come fondamento e giustificazione del diritto di punire, e della pena o di quella concezione della pena che di tale fondamento si riteneva migliore espressione.

Non tutte le conseguenze delle concezioni deterministiche dell'agire umano, bisogna dire, furono negative, anche se i presupposti non erano accettabili. Quelle concezioni indussero, ad esempio, a porre maggiore attenzione sulle cause prossime del delitto, alle quali però si finiva per addebitare il fatto delittuoso, in quanto esse si prestavano, più facilmente di quelle riguardanti la natura dell'uomo, ad una valutazione ispirata a criteri strettamente scientifici, sulla base dei postulati da cui quelle teorie muovevano.

Ancora: essendo stato posto il fondamento del diritto penale nella necessità della società di difendersi, fu sostenuta la possibilità di questa di intervenire sull'uomo che delinque in misura adeguata alla sua pericolosità; questa — e ciò appare per la verità poco accettabile — avrebbe dovuto essere valutata indipendentemente dal delitto commesso, e, nei confronti di chi lede la legge, la società avrebbe potuto reagire con misure penali adeguate alla sua pericolosità, senza necessità di proporzionare la pena alla gravità obiettiva del delitto⁽³⁶⁾. Evidente la visione pessimistica dell'uomo, come essere vocato al male, dal quale guardarsi.

Positiva certamente bisogna però giudicare la preoccupazione per la risocializzazione del delinquente, come frutto di una più attenta ed equilibrata riflessione fra il diritto della società di difen-

⁽³⁶⁾ E. FERRI, *Principi di Diritto criminale. Delinquente e delitto nella scienza, legislazione e giurisprudenza*, Torino, 1928, pp. 48-49.

dersi e nello stesso tempo di non calpestare i diritti della persona⁽³⁷⁾, anche se la più marcata attenzione per le cause individuali che determinano alla delinquenza e della necessità di una loro personale rimozione attraverso un sistema terapeutico, avrebbe indotto ad eliminare il concetto stesso di responsabilità fondato sulla colpevolezza, vale a dire sulla rimproverabilità di chi delinque⁽³⁸⁾.

Nella complessiva valutazione dei costi e dei benefici di questo modo di trattare colui che compie un delitto, il saldo però non appare positivo per l'affermazione più piena della personalità dell'uomo. La difesa della società, che è scopo o uno degli scopi di ogni concezione penalistica, era perseguita misconoscendo nell'uomo la sua signoria spirituale e morale e riducendolo ad insieme di inclinazioni sulle quali intervenire scientificamente, attraverso le moderne scienze comportamentali, neurologiche e fisiologiche, per piegarle ai parametri della normalità fissati dalla società e da chi in essa detiene il potere di indirizzo. Non per caso questo modo d'intendere la scienza penalistica ebbe fortuna nei paesi avvinti da ideologie totalitarie, e trova fortuna anche nelle c.d. moderne democrazie che celano, dietro un apparente rispetto dell'uomo, il sottile veleno del dominio su di esso.

10. *Osservazioni conclusive: esaltazione della responsabilità e umanizzazione della pena nel diritto della Chiesa.*

Va anche detto, avviandomi alla conclusione, che se il libero arbitrio, secondo la dottrina agostiniana che ho sopra richiamata, rappresenta a tutt'oggi, nonostante le incertezze e le derive culturali di questi due ultimi secoli, la premessa e il fondamento più convincente per un programma penalistico (in particolare: 1° perché si possa parlare di male; 2° perché si possa attribuire ed addebitare tale male a chi lo ha compiuto, riconoscendone la signoria spirituale e morale sui propri atti e sul mondo nel quale opera; 3° perché si possa conseguentemente pensare ad una reazione della società al male compiuto adeguata alla personalità dell'uomo, concepito come essere spirituale fatto ad immagine e somiglianza di

(37) F. VON LISTZ, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, pp. 46-53.

(38) B. WOOTTON, *Crime and the Criminal Law*, London, 1963, p. 40.

Dio), esso tuttavia non è sufficiente per l'elaborazione di una compiuta dottrina penalistica.

In particolare il libero arbitrio nulla impone circa specifici programmi penalistici, che la società, attraverso le sue autorità, può proporsi di perseguire. Il libero arbitrio, sotto tale aspetto, resta un limite negativo estremamente lato: non sarebbe punibile chi non è responsabile del male commesso, o perché non commesso o perché non attribuibile. Ma salvo tale insuperabile limite, la società potrebbe poi perseguire programmi specifici: e così potrebbe proporsi l'emenda del reo; o mettere l'accento sulla prevenzione speciale, con accentuazioni diverse secondo le finalità proprie di ciascuna società, fino ad arrivare nella Chiesa allo scopo ultimo della salvezza dell'anima del reo. Ma si dovrebbe in ogni caso trattare di un'emenda, di una prevenzione, che riconoscono l'uomo nella grandezza del suo essere personale.

Questi programmi specifici non possono certamente essere valutati sulla sola base della dottrina del libero arbitrio; e tuttavia, come dimostra la più che millenaria storia del pensiero giuridico occidentale, non si dà reale progresso della scienza giuridica se non nella direzione di una sempre più attenta valutazione della responsabilità umana.

La Chiesa è stata in questo davvero maestra, con la proposizione di principi astratti in sede teologica e filosofica, e, in sede giuridica, con una diuturna e capillare valutazione dell'azione umana, unita ad una connaturata simpatia per l'uomo debole, che nel delinquere o nel peccare dimostra d'essere bisognoso d'aiuto e di correzione, anche mercé l'applicazione della pena.

In tale considerazione dell'uomo si iscrive quell'addolcimento delle pene, quella mansuetudine nell'applicarle, che tanto colpiscono e colpiscono autori come il Ferri, lontani dai presupposti ideali atti a sorreggerli.

Il punto è, per quanto concerne il diritto canonico, che a tale risultati si è arrivati non negando né comprimendo la signoria dell'uomo sulle proprie azioni, ma al contrario esaltandone la responsabilità e conseguentemente la sua umanità. Se si comprende questo, si comprenderà quanto un acuto autore tedesco dell' '800 poté sostenere⁽³⁹⁾, e cioè che la responsabilità si pone quasi come fonte

⁽³⁹⁾ N. MÜNCHEN, *Das kanonische Gerichtsverfahren und Strafrecht*, II: *Das kanonische Strafrecht*, Köln und Neuss, 1874, p. 11.

del dovere di espiazione, nel senso che essa non solo lo rende ammissibile, ma addirittura lo esige; onde, per converso, negare l'espiazione, la pena, significa negare la responsabilità, vale a dire un aspetto intrinseco della natura umana; e questo intimo collegamento fra i due termini è stabilito in un ordine di giustizia universale che trascende la giustizia umana; come dire che l'espiazione, la pena, esprime e configura un'esigenza di natura teologica, la quale, nel riconoscere e nel rispettare le esigenze più nobili dell'uomo, e fra queste in primo luogo la responsabilità per gli atti compiuti, esaltate semmai e non mortificate se credente, ben si confà alla Chiesa e al suo ordine giuridico.

Insistere viceversa sui dubbi circa il potere coattivo della Chiesa, circa la connaturalità con la Chiesa di un programma penalistico, che non sia soltanto penitenziale, che colga cioè l'uomo non solo nel suo rapporto con Dio misericordioso, ma anche con la società ecclesiale, comporta non soltanto perdere l'immenso patrimonio di perspicacia umana e soprannaturale che la Chiesa ha accumulato nella bimillennaria storia del suo cammino, ma altresì dubitare che essa sia cammino di salvezza, sacramento primordiale della grazia divina.

