

Prof. G. Gometz, Cattedra di Filosofia del diritto - corsi 1, 3 e Informatica giuridica e Principi di Filosofia del diritto

PRINCIPI DI FILOSOFIA DEL DIRITTO

Giustificazione della pena



1. Nozione e problemi

2

- La pena è una specie del genere sanzione.
- La pena è una **sofferenza inflitta intenzionalmente** per la trasgressione di norme giuridiche, di solito (ma non sempre) all'autore della trasgressione, da un'autorità a ciò preposta dall'ordinamento giuridico la cui norma è stata violata.
- Dovrebbe avere caratteristiche tali da provocare sofferenze indipendentemente da particolarità individuali.
 - Beni colpiti: libertà personale, patrimonio, vita, integrità fisica.
 - In Occidente, ragioni umanitarie vietano le pene corporali, tuttora in vigore in alcuni paesi africani e asiatici (Malaysia, Sudan, Tanzania, Arabia Saudita, Singapore ecc.).
 - La pena corporale più frequentemente applicata, in questi paesi, è la fustigazione, ma Iran e Arabia Saudita ammettono anche amputazioni e menomazioni varie (tra cui la rimozione di un occhio).
- Pene detentive e pecuniarie.
 - Problemi delle pene pecuniarie: iniquità se di ammontare fisso; insolvibilità dei condannati e conversione in libertà controllata ecc.



2. Le teorie della pena

3

Come le teorie della giustizia, neppure le teorie della pena sono discorsi conoscitivi e scientifici, bensì delle **complesse argomentazioni di carattere etico-politico** circa le ragioni che consentono di **giustificare** le norme che prevedono l'inflizione di sofferenze a esseri umani non consenzienti. La soluzione della questione generale «perché punire?» fonda risposte a domande quali:

- in quali circostanze ed entro quali limiti è eticamente giustificato punire?
- La pena X prevista per i fatti di un certo tipo è giustificata?
- Quali condotte punire?
- Chi punire?
- Con quali procedure punire?
- Quanto e come punire?



2. Le teorie della pena

4

- Distinzione tra teorie della pena semplici e teorie della pena complesse.
 - le teorie della pena **semplici** giustificano la pena in base a un unico principio giustificativo.
 - La teorie **complesse** della pena giustificano la pena in base a una pluralità di principi giustificativi.
- Le teorie della pena semplici si distinguono in **teorie che guardano indietro**, che giustificano la pena in base alle caratteristiche di un evento passato (il reato), e **teorie che guardano avanti**, che giustificano la pena in base alle sue conseguenze.

2.1. Teorie retributive



5

- Guardano «indietro» rispetto al momento di inflizione della pena, ossia guardano al reato, e considerano la pena **non** come un **mezzo** giustificabile alla luce delle sue conseguenze **bensì come un fine** che trae la sua giustificazione dal principio del rendere male per male.
- La Teoria della **retribuzione morale** (Kant, «La metafisica dei costumi», 1797) vede il **reato come una violazione dell'ordine etico** compiuta volontariamente da un soggetto, e considera pertanto doveroso infliggere la pena per **ripristinare l'ordine violato**. Per Kant, infatti, la pena non è un mezzo utile per qualche fine, «e ciò perché l'uomo non deve mai essere trattato come un puro mezzo in servizio dei fini di un altro ed essere confuso con gli oggetti di diritto reale».



2.1. Teorie retributive

6

- «Ma quale principio e quale misura la giustizia pubblica deve mai seguire per **determinare la specie e il grado della punizione?** [...]
- Soltanto la **legge del taglione** [...] può determinare con precisione **la qualità e la quantità della punizione**; tutti gli altri principi sono oscillanti e non possono, per le considerazioni estranee che vi si mescolano, accordarsi con la sentenza della pura e stretta giustizia».
- Quindi secondo Kant **occorre punire aggredendo beni omogenei a quelli che si sono lesi attraverso il reato**: sanzione pecuniaria per la lesione al patrimonio, offesa all'onore per i reati a tutela dell'onore ...
- «Se poi egli ha ucciso, deve morire. Qui non esiste nessun altro surrogato che possa soddisfare la giustizia. Non c'è nessuna omogeneità tra una vita, per quanto penosa, e la morte; e di conseguenza non esiste altra uguaglianza tra il delitto e la punizione fuorché la morte giuridicamente inflitta al criminale, spogliata però di ogni maltrattamento che potrebbe mostruosamente degradare l'umanità nella persona del paziente».



2.1. Teorie retributive

7

- «Anche quando la società civile si dissolvesse col consenso di tutti i suoi membri (se per esempio un popolo abitante su un'isola si decidesse a separarsi e a disperdersi per tutto il mondo), l'ultimo assassino che si trovasse in prigione dovrebbe prima venir giustiziato, affinché ciascuno porti la pena della sua condotta e il sangue versato non ricada sul popolo che non ha reclamato quella punizione: perché questo popolo potrebbe allora venir considerato come complice di questa violazione pubblica della giustizia». (in polemica con l'“affettato sentimentalismo umanitario” che Kant rimproverava a Cesare Beccaria).
- Teoria della retribuzione morale di Kant in sintesi: Proporzionalità **qualitativa** e **quantitativa** tra reato e sanzione. Problemi: il ladro nullatenente, il soggetto senza onore, lo stupratore, l'autore di reati contro la fede pubblica o l'ordine pubblico ecc.



2.1. Teorie retributive

8

- **Teoria della retribuzione giuridica:** vede il reato come una ribellione della volontà individuale a quella della legge e tratta la pena come la riaffermazione dell'ordine giuridico violato.
 - Proposta da Hegel che, come Kant, è un teorico della retribuzione.
 - Famosa è la sua definizione della pena come «negazione di una negazione», o «lesione di una lesione», che proviene non dalla sua opera fondamentale *Lineamenti di filosofia del diritto* (1821), ma dalle *Aggiunte alle lezioni di Hegel*, del suo allievo Eduard Gans.
 - Il delitto nega il diritto, la pena nega il delitto, dunque la pena ricostituisce il diritto dello Stato, che è giusto e razionale in sé e per sé.
 - Il delitto non è una negazione (lesione) di un interesse particolare (vita, proprietà ecc.) ma del diritto in sé, che è diritto dello Stato – divinizzato da Hegel, **massimo teorico dello Stato etico**.
 - Ogni delitto è dunque un delitto di lesa maestà.

2.1. Teorie retributive: Hegel e lo Stato etico

“Lo Stato (...) è il razionale in sé e per sé. Questa unità sostanziale è assoluto immobile fine in sé stesso, nel quale la libertà perviene al suo supremo diritto, così come questo fine ultimo ha il supremo diritto di fronte agli individui, il cui supremo dovere è d'essere membri dello Stato”. E ancora: “Lo Stato è l'ingresso di Dio nel mondo; il suo fondamento è la potenza della ragione che si realizza come volontà. Nell'idea dello Stato, non devono tenersi presenti Stati particolari; anzi si deve considerare per sé l'idea, questo Dio reale”.

Lo Stato etico non è somma delle volontà individuali, non nasce dal contratto sociale, come sosteneva la tradizione illuministica, proprio perché non prende la sua forza, il suo potere, dai singoli, **ma viene prima, e sta sopra, di essi.**

Lo Stato, in quest'ottica, è giusto per definizione e non è soggetto al diritto, ma è l'unica fonte legittima e possibile del diritto. Hegel **rigetta** sia il **contrattualismo** (secondo cui il diritto è una convenzione che nasce dall'accordo dei consociati) che il **giusnaturalismo** (secondo cui le basi del diritto esistono in natura, prima di essere codificate da qualsiasi Stato), ma è fondamentalmente un **legalista radicale**; il diritto non esiste in natura prima dello Stato: è lo Stato che lo crea. E il diritto positivo creato da un determinato Stato è l'unica forma di giustizia possibile.



2.1. Teorie retributive: Hegel – Lineamenti di Filosofia del diritto

La commisurazione della pena secondo la legge del taglione, già propugnata da Kant, viene riproposta da Hegel secondo il concetto dell'«identica qualità di lesione», o «identità del concetto».

Il reo secondo Hegel deve sentirsi nobilitato, riconosciuto nel suo valore di uomo, dal subire (e persino dall'accettare) la punizione, che ricostituisce l'armonia del diritto.



2.1. Teorie retributive: altre varianti.

11

- La **teoria denunciatoria della pena**: variante di teoria retributiva secondo cui la pena avrebbe la funzione di **denunciare solennemente la malvagità morale dei reati, così rafforzando la coesione della comunità**.
- Anche qui, la pena è intesa come un corrispettivo del reato, ma si aggiunge ad essa un **valore simbolico** e, almeno *in nuce*, una giustificazione teleologica per così dire ausiliaria.



2.1. Teorie retributive: limiti alla pena.

12

- Le teorie retributive implicano alcuni importanti limiti di natura morale alla pena giuridica:
 1. **Pene inflitte solamente al trasgressore per la sua trasgressione** (non è ammessa la responsabilità indiretta né quella collettiva)
 2. **Imputabilità, colpevolezza, responsabilità del trasgressore** (non è ammessa la responsabilità oggettiva)
 3. **Proporzione tra pena e reato.**



2.1. Teorie retributive: critiche.

13

- Si critica l'idea che la giustapposizione del male della pena al male del reato possa dar luogo a un bene morale: si tratterebbe soltanto di un travestimento del primigenio sentimento di vendetta.
- Ad alcuni appare aberrante concepire la punizione giuridica come dovere morale anche in quelle situazioni in cui si è accertato che nessuna conseguenza positiva possa derivarne né per la società né per il reo.
- Il principio retributivistico può tuttavia esser presentato come idea etica **fondamentale** (ossia non necessitante di ulteriori giustificazioni): la pena viene così giustificata **deontologicamente** in base al **principio secondo cui i comportamenti malvagi vanno retribuiti col male, e quelli buoni col bene.**

2.1. Teorie retributive: Il principio retributivistico come idea etica **fondamentale**

14

- Questo principio, come quello «tratta i casi uguali in modo uguali», è del resto profondamente radicato nelle intuizioni morali diffuse (e forse, in qualche senso, innate).
 - Bene corrisposto al bene = bene (giusta ricompensa)
 - Male corrisposto al male = bene (giusta punizione)
 - Bene corrisposto al male = male (ingiusta ricompensa)
 - Male corrisposto al bene = male (ingiusta punizione)

«Quando arrivò l'inverno la cicala cominciò a sentire i morsi della fame, perciò andò dalla formica a chiederle se potesse darle qualcosa da mangiare. La formica le chiese: «lo ho lavorato duramente per accumulare tutto ciò; tu invece, che cosa hai fatto durante l'estate?» «Ho cantato» rispose la cicala. La formica allora esclamò: «E allora adesso balla!»

2.2. Teorie preventive

15



- Guardano «avanti» rispetto al momento di inflizione della pena.
- Giustificano la pena in base alle sue **conseguenze** positive, ossia per la sua **idoneità a prevenire la commissione di reati** intesi come comportamenti socialmente dannosi.
- Debbono precisare quali comportamenti sono dannosi e perché, dunque devono essere completate da una qualche **teoria del danno sociale**, di solito di tipo utilitaristico.
- Si danno almeno tre tipi di teorie preventive:



2.2. Teorie preventive

16

1. Teorie della **prevenzione generale: basate sulla minaccia generale della pena** contenuta nella legge penale (generale e astratta)
 - Critica positiva: Si ispirano **al principio di legalità e al valore della certezza del diritto** e postulano di solito la necessità della responsabilità personale.
 - Critica negativa: sono incomplete nella misura in cui non dicono che cosa vada punito; inoltre potrebbero condurre ad ammettere la **massima asprezza punitiva per tutti i reati**, in modo da massimizzare l'efficacia deterrente della minaccia generale.



2.1. Teorie preventive

17

2. Teorie della **prevenzione tramite esempio**:
connettono l'effetto preventivo alla dissuasione
generale prodotta dalla **applicazione concreta**
delle pene

- Critica 1: potenzialmente si prestano a giustificare anche **pene esemplari**, sproporzionate alla gravità del fatto commesso o addirittura inflitte all'innocente presentato come colpevole, qualora i vantaggi conseguiti siano superiori alle sofferenze inflitte al soggetto punito.
- Critica 2: individui usati come mezzi.



2.1. Teorie preventive

18

3. Teorie della **prevenzione speciale**: attribuiscono alla pena la funzione di prevenire **ulteriori reati commessi dal medesimo reo** cui la pena è inflitta
- Variante «positiva»: Rieducazione del reo.
 - Variante «negativa»: Neutralizzazione o incapacitazione del reo.
 - Si concentrano sulla **persona del reo piuttosto che sul reato**, e sul momento dell'irrogazione concreta della pena piuttosto che quello della sua previsione astratta.



2.1. Teorie preventive

19

- Critiche alle teorie della prevenzione speciale.
 - Soprattutto nelle varianti delle teorie della prevenzione speciale chiamate **teorie della difesa sociale**, la nozione di pena tende a sfumare in quella di intervento differenziato sui singoli rei e finalizzato alla **manipolazione** della loro personalità tramite rieducazione, alla imposizione coattiva di certi valori morali, o addirittura alla loro **neutralizzazione** mediante trattamento medico.
 - Il concetto di **colpevolezza** (indeterminismo, libero arbitrio, responsabilità) viene sostituito da quello di **pericolosità** (determinismo, irresponsabilità).
 - La pena diventa un trattamento individualizzato, non commisurato alla gravità del reato bensì rapportato alla **personalità del reo** (sacrificio possibile del principio della legalità della pena, che esige che la sua durata sia predeterminata per legge):
 - rischi di discrezionalità illimitata nell'applicazione della pena e conseguente pericolo per i principi di legalità e uguaglianza.
 - Critica delle teorie rieducative o dell'emenda: trattano il reo come soggetto da **redimere moralmente**, violando la libertà di formare e mantenere le proprie opinioni, sia pure immorali e antisociali.



2.1. Teorie della pena complesse

20

Giustificano la pena in base a una pluralità di principi giustificativi, anziché uno solo (es. prevenzione o retribuzione).

- La teoria complessa di Hart; distingue tra:
 - **Scopo generale giustificante** (la risposta alla domanda «perché punire?»)
 - **Distribuzione della pena** (la risposta alle domande: «chi e quanto si può punire?»)
- Occorre per Hart distinguere tra i valori che presiedono alla **giustificazione generale** delle pene e quelli che giustificano **la distribuzione delle pene stesse**.



3. Teorie della pena complesse

21

- Secondo Hart:
 - **Lo scopo generale giustificante** è la prevenzione del danno sociale, e dunque uno scopo dissuasivo.
 - **La distribuzione della pena** va invece operata retributivisticamente tenendo conto del principio di libertà/autonomia degli individui, il quale esige di punire solo: 1) l'autore del reato; 2) capace; 3) responsabile; 4) secondo un criterio di proporzionalità pena-reato.
 - In questo modo viene riconosciuto un valore alla **libertà** degli individui di scegliere se rispettare o violare il diritto, trattandoli come persone dotate di autonomia e quindi di responsabilità morale.



3. Teorie della pena complesse

22

- Critiche alle teorie complesse:
 - I diversi principi e valori combinati dalle teorie della pena complesse **possono entrare in conflitto reciproco**: il danno sociale, ad esempio, potrebbe essere prevenuto più efficacemente punendo certe categorie di soggetti incapaci ma pericolosi, o minacciando sanzioni sproporzionate all'entità del reato.
 - Questi conflitti vanno risolti **guardando a più elevati principi morali e politici**, giacché prevenzione e retribuzione non sono che valori che vanno completati indicando che cosa è da prevenire in quanto dannoso, riprovevole ecc.



3. Teorie della pena complesse

23

- Non autosufficienza delle teorie giustificative della pena.
 - Il principio retributivo prescrive di punire il male col male, ma non ci dice, da solo, quali siano i mali che meritano pene giuridiche e come debbano essere queste pene.
 - Il principio preventivo deve essere in grado di indicare quali azioni vanno represses in quanto socialmente dannose e a quali costi, stabilendo che cosa debba intendersi per danno sociale.
 - Occorre dunque una concezione del male, o, meglio, del danno sociale, derivata in negativo da una qualche compiuta teoria della giustizia, e le c.d. teorie della pena non sono altro che una componente di tale teoria.