

GZ 487 Fondo G. Zoli:

Relazione di G. Zoli, *Essenza e funzione della pena*, testo dattiloscritto
(Relazione per il 1938 FUCI).

ESSENZA E FUNZIONE DELLA PENA

Il problema oggi proposto alla nostra ricerca risponde pienamente alla necessità d'approfondimento insita nei nostri studi, che non hanno certamente solo finalità pratiche. Infatti, come sostiene con particolare calore in Italia in “nostro” Prof. Riccio (in questo punto d'accordo peraltro anche cogli idealisti), è necessaria base del diritto la filosofia: onde è pienamente legittima “una filosofia del diritto penale intesa come parte della filosofia giuridica e che ricongiunga le norme penali all'ordine universale, indicando se e per quanto il fenomeno della pena abbia carattere universale, riconoscendone la legittimità etica, da un lato nella natura di fini dello stato, e dall'altro nel valore etico-giuridico delle personalità dell’“individuo”.

Indubbiamente però quest'indagine parrebbe contrastare coi principi della dottrina oggi prevalente in Italia: secondo la scuola tecnico-giuridica infatti oggetto di studio deve essere il diritto penale vigente in un dato tempo e in un dato territorio. Onde qualsiasi ricerca di principi, e persino, direi quasi, *de iure condendo*, parrebbe esulare dalla disciplina giuridica.

Ma questa scuola, reazione e conseguenza della prevalenza data a scienze para-giuridiche nel positivismo, è inoltre purtroppo portato del nostro secolo materialista ed alla sua mentalità rispondente: se anche fosse possibile, è del tutto inaccettabile limitare la ricerca all'interpretazione del diritto positivo, senza prima avere indagato, nel campo filosofico, morale e giusnaturalistico, la legittimità generale del diritto penale, i suoi limiti, i suoi compiti. Neppure la corrente più moderata di questa scuola, che, anziché negare, vorrebbe scindere diritto positivo da filosofia del diritto, è accettabile: la ricerca dei principi assoluti è il ramo più alto dal quale anche l'indagine più pratica e particolaristica riguardante le norme vigenti prende significato, di quella scienza giuridica che non è esposizione didascalica e lavoro tecnico, ma anche, e soprattutto, giudizio costruttivo. Senza contare poi che la pretesa scissione si converte praticamente in un completo abbandono dell'indagine filosofica: malgrado il quale, volenti o nolenti, come in ogni atto dell'uomo si riflettono le sue opinioni, anche i paladini di questa scuola, praticamente aderiscono a questi o quei principi: e (questa è la loro pena) senza volerli confessare (spesso ignorano fors'anche di seguirli) né volersene accettare!

Dimostrata quindi l'opportunità del tema, sarà bene definirlo con maggiore esattezza. Noi ci proponiamo qui di trovare la risposta “vera” a queste domande:

- I) Esiste un diritto di punire dello stato? Se sì, con quale fondamento?
- II) A quale finalità deve mirare lo stato che punisce?

Sarà opportuno premettere alcune osservazioni d'indole storica. Se soltanto, o quasi, con Platone si comincia a studiare fondamento e scopo della pena, essa è antica quanto il mondo, o meglio più di questo. Infatti la pena apparve nell'universo per la prima volta, ancora prima che verso Adamo, verso Lucifero ribelle. Ma, lasciando da parte queste prime estrinsecazioni della pena che appartengono più ad uno studio teologico che giuridico, è più utile osservare come direttamente

trasmesse da Dio fossero le norme non solo precettive, ma anche sanzionatorie, per il popolo ebraico. Questo carattere divino della pena dava ad essa aspetto più retributivo ed intimidatore, con forse meno spiccato quello d'emenda. Iddio mostrava in quei secoli, in cui sì largo era di benefici verso il popolo eletto, da questo giustamente esigente: la durezza di cuore e di cervice degli Israeliti richiedeva talvolta un'apparenza di severità. Comunque bisogna tener conto del fatto che, anche se trasmesse da Dio, le norme erano applicate dagli uomini, e che la condanna, per così dire, temporale, non è sempre detto che collimasse con quella spirituale. Peraltro, se lo studio del diritto penale ebraico può essere oltremodo interessante (sicché mi stupisce, particolarmente riguardo all'ambiente cattolico, che non ci se ne occupi specificamente), ritengo sinceramente che il voler ricavare da questo principi generali sia compito troppo superiore alle nostre forze, esigendo una perfetta, vorrei quasi dire di vecchia data, conoscenza dei problemi preliminari allo studio biblico. Passerò quindi al mondo pagano. Malgrado le deviazioni nel concetto della divinità, anche presso questi popoli troviamo a base della pena il concetto religioso: e di ciò che abbiamo tracce nella *consacratio capitia* nella giurisdizione pontificia e nell'espiazione solenne, per certi difetti, della tarda latinità. Presso i Germani, in cui il legame sociale era assai meno intenso, vediamo come la pena venga spesso a coincidere con la faida, dapprima imposta, quindi disciplinata e solo assai tarda punita.

Mi rendo conto che, con questi brevi cenni, anziché facilitare la risoluzione del nostro problema, l'ho reso più vasto: infatti, dopo quanto ho detto, è necessario e doveroso accennare alle origini, non solo del diritto penale, ma della società stessa. Ma questa via, che può sembrare tortuosa e piena di trabocchetti, è invece l'unica che possa portare ad una soluzione del primo e, indirettamente, del secondo quesito.

La prima coppia, Adamo ed Eva, fu, secondo i dettami della fede e della ragione, come prima famiglia, così prima forma sociale. Della famiglia, fin da allora, capo era il padre: superiore per forza di mente e di corpo alla moglie e dei figli inoltre autore, conservatore, educatore della robustezza fisica e morale. Questo primato, che non il libero assenso degli altri membri, ma la natura stessa, la dignità di padre gli conferivano, deriva perciò stesso dunque da Dio. Ma quella prima famiglia ben presto crebbe, ben presto i figli del primo padre furono padri anch'essi, e la famiglia s'aumentò: e data la longevità dei primi uomini, il vecchio padre, il patriarca, restava pur sempre capo naturale delle molte famiglie, borgate, magari tribù, formatesi. Questa è la vera e naturale origine della società civile, che potrebbesi benissimo definire allargamento nello stesso tempo naturale e necessario della famiglia. E questi principi sono fra l'altro confortati dalla dottrina di S. Tommaso: “*Naturale est homii, ut sit animal sociale et politicum... quod quidem naturalis necesitas declarat*”. Queste ultime parole, necessità naturale, ci riportano al nostro argomento specifico: la pena. È noto che c'è una dottrina che giustifica la pena nella necessità sociale. Questa dottrina, se non è secondo me del tutto errata, è indubbiamente inesatta. La “*naturalia necessitas*” dell'uomo non riguarda la pena, ma riguarda la società. Dopo Adamo, tutti gli altri uomini sono nati per mezzo della società (fra uomo e donna) ed in società, ma, mentre ciò avveniva non di propria elezione (come sostengono i socialisti), bisogna però aggiungere che ciò avveniva provvidenzialmente: l'uomo infatti è stato fatto tale che ha bisogno di vivere in società. Parimenti, come abbiamo spiegato, nel concetto di società fin dalla sua origine è stato insito il concetto di autorità: cioè, come negli individui è innato il bisogno di riunirsi, perciò stesso è innato il bisogno di capo: necessità queste, come abbiamo accennato, prevenuta da

Dio. Società con autorità, società organizzata, è sinonimo di stato: onde l'individuo ha bisogno dello stato. Affermazione questa in cui cambierei l'altra: che la società ha bisogno della pena.

Ritengo infatti che la pena nient'altro che un portato necessario dello stato. È accettato da tutti che fra i caratteri dello stato non possano mancare a quello d'avere un proprio ordinamento giuridico e quello della sovranità: quasi tutti sono d'accordo anche sul fatto che l'ordinamento giuridico, e specialmente sovrano, non è concepibile se le sue norme non hanno “efficacia obbligatoria”. Obbligatorietà... coazione... sanzione (e quindi anche pena): il passo non è lungo, né abusivo, fra l'uno e l'altro termine.

Del resto, dato che la nostra scienza è logica realtà, non appare, anche se fossimo ignari dei minimi fondamenti di questa, come nel concetto stesso di stato, di società, anche solo d'autorità, sia implicito quello di un potere il quale non solo platonicamente consigli un determinato comportamento, ma che questo imponga? E come, adesso, abolite le Corti di Assise, i carabinieri, le prigioni, parlare di stato apparirebbe un'ironica astrusità, ugualmente anche cinque o seimila anni fa un'autorità o una società in cui colui che Dio aveva posto a capo non avesse potuto punire, sarebbe stato il regno del disordine e dell'abuso.

Quindi completando l'affermazione di poc'anzi: l'individuo ha bisogno dello stato; e questo non solo può vivere, ma in tanto esiste in quanto sia dotato di potere punitivo.

Quindi può sorgere spontanea un'obiezione: si potrebbe dire che in alcuni periodi storici la funzione punitiva non era esercitata affatto dallo stato. Esempio tipico la faida. Mi pare che questo scoglio sia facilmente superato con due osservazioni. In tale periodo storico non bisogna intendere per stato che un raggruppamento molto più ridotto dell'attuale: tribù, famiglia, clan, ecc... orbene, il fatto che la faida venisse il più delle volte esercitata fra membri di gruppi diversi dà a questa carattere non di pena nel senso penalistico, ma piuttosto di guerra nel senso internazionalistico. Non credo che si possa sostenere che lo stato non ha il diritto di punire i reati commessi nell'interno del proprio ordinamento giuridico, magari per l'art. 13 del patto della Società delle Nazioni: a questo ragionamento assomiglierei quello di chi appunto in base alla faida nega che lo stato avesse in quel tempo il diritto di punire. Ma ammettendo anche che, pur nell'interno dello stesso gruppo, la giustizia non venisse esercitata dallo stato, ciò non toglie che così fosse per delegazione da parte di questo ai singoli lesi, e un arbitro, ecc... Altrimenti pensando, ritengo che si cadrebbe immancabilmente nell'errore di sostenere o che in un primo tempo stato non esistesse o che abusivamente questo in seguito si sia impossessato della funzione punitiva: opinioni già sopra controbattute, sia pure indirettamente.

La giustificazione della pena è dunque racchiusa nel fondamento stesso dello stato: e siccome di questo non fondamento o giustificazione, ma invece scopi perseguiti appunto per mezzo della pena sono l'utilità degli individui e della collettività, l'emenda, e secondo alcuni, la reintegrazione dell'ordine alterato, le teorie che concernono questi concetti riguardano il secondo anziché il primo nostro quesito.

Giunge qui l'opportunità d'osservare come tutta, o quasi, la dottrina, pecca a mio avviso di due errori fondamentali:

- I) Una grande confusione tra “fondamento” e “finalità” della pena: ritiene d'averne dimostrata la legittimità, che è invece cosa ben diversa, appena si sia giunti a definire a che fine si punisce o a quale scopo si dovrebbe punire;

II) l'unilateralità per cui, riguardo ai fini della pena, ripugna riconoscerne la pluralità, e dell'unico prescelto ci si fa paladini, difendendolo a spada tratta da infiltrazioni estranee.

Dal primo errore, a mio avviso, si tengono esenti solo due scuole (oltre quella che nega il diritto di punire). Non che le altre si disinteressino del problema, ma lo risolvono, ripeto, o in base agli scopi della pena, che sono invece un “*posterius*”, o con frasi sì astratte e generiche da lasciarlo insoluto. Le due uniche scuole che hanno trovato una soluzione, sia pure di ben diverso valore, sono la scuola teocratica e la scuola socialista agnóstica.

Da quanto sopra dissi risulta chiaro che io aderisco alla scuola teocratica: infatti il fondamento dello stato punitore, come ho dimostrato poc'anzi, scaturisce da Dio. E il non esservi potere se non da Dio, San Paolo e San Tommaso, i Padri della Chiesa ed i concili, e sopra tutte le encicliche pontificie, hanno sempre affermato. So che la dottrina teocratica sa per alcuni di “cupo medioevo”, è stata forse scusa a molti abusi di governanti: ma ciò non toglie che tutti i cattolici debbono, nel senso adesso mostrato, essere teocratici, a tale dottrina conducendoci, come l'unica vera, con la ragione, la Fede. Desidero però onestamente chiarire i limiti di questa affermazione: quei giuristi cattolici che non accettando, nella questione della pena, la dottrina teocratica, non sono per ciò stesso in opposizione alla dottrina pontificia. Le encicliche non si occupano di diritto penale, ma dello stato. Io spero d'aver dimostrato che a questa funzione fra le essenziali è quella di punire; ma chi a questa dimostrazione non sia giunto, o questa non accetti, tiene distinto il problema dello stato da quello della pena; e se deve esser necessariamente teocratico riguardo allo stato, può (parlo qui di liceità, non di verità od errore) per la pena essere, ad esempio, utilitario. A mio avviso, con la massima incongruenza, ma, comunque, non in disaccordo con la Fede. Questa precisazione era necessaria appunto per non gabellare da dottrina della Chiesa quella che invece è mia personale.

Giunti a questo punto, dato che la dottrina socialista-materialista e la negativa sono state forse sufficientemente controbattute in precedenza, pur senza nemmeno citarle, e che d'altra parte mi propongo di porre in fondo alla mia trattazione la parte critica delle varie scuole e distruttiva, mi pare opportuno, prima di passare all'esame degli scopi della pena, ripetere le mie conclusioni riguardo al fondamento: io ripongo questo nell'origine divina dello stato, dato che nel concetto stesso di questo ritengo insita l'affermazione del diritto e dovere di punire. Origine divina, ché lo stato fu dono di Dio agli uomini, che aveva creato con naturale necessità di società, di organizzazione e d'autorità.

Passando dunque all'esame di quali siano gli scopi che lo stato deve perseguire, punendo, deriva come necessario corollario della suesposta teoria, che occorra per ciò rifarsi al concetto cattolico di stato.

Questo è, riguardo alle sue finalità, tale: funzione degli stati è di far raggiungere ai consociati il benessere materiale, intellettuale e morale. È opportuno qui ribadire come lo stato esista per gli individui, non gli individui per lo stato: eresia questa che spesso viene ripetuta, e che fra l'altro è un insulto alla ragione stessa. Lo stato non è un ente astratto, ma l'insieme di cittadini retti da un'autorità, il governo. Questo ha, dopo che nella religione e nella morale, nell'interesse dei singoli cittadini un limite al suo potere: onde non può esigere che il cittadino sacrifichi allo stato più di quel tanto (che può giungere alla vita stessa) necessario al raggiungimento dei suoi fini. Tali fini e tali limiti devono essere rispettati anche nel diritto penale.

Risulta da ciò come fondamentalmente errate siano le visioni, che nel concetto, se non nella forma grottesca, vorrebbero ridurre lo stato che punisce ad un avaro che difende, con aria bieca e il

pugno chiuso, il suo gruzzolo, e, al contrario, ad un cavaliere errante che, laddove si offende Dio, la morale, la giustizia, accorre, e mette naturalmente tutto a posto. La funzione della pena, è vero, è talvolta distruttiva, ma anche quando distrugge, costruisce, come anche quando costruisce, distrugge. Se nessuna pena sarà capace di resuscitare l'assassinato, se tutte, o quasi, le pene, col reo feriscono altri innocenti (tipica e sfruttata dai narratori è la figura del figlio del carcerato), questa terrà lontani molti dal delitto, sia che la paurosa immagine li trattenga, sia che, già rei, siano posti nell'impossibilità fisica della recidiva. È chiaro, né alcuna obbiezione può validamente contrastare questa molteplicità, che molteplice funzione ha la pena.

Ma, fra le vaie finalità, non porrei, benché quasi universalmente accettata, quella della difesa sociale. È a questa teoria infatti che mi riferivo, con l'esempio dell'avaro. Secondo la quale la società è un organismo nel senso scientifico della parola: come tale deve vivere, conservarsi, svilupparsi; ogni lesione quindi si deve respingere, ed anzi, dove si può, prevenire.

Il concetto è chiaro: la società con la pena mira alla sua conservazione. Siamo d'accordo: anche noi riteniamo questa rientrare nella finalità dello stato. Ciò è conseguenza diretta dell'aver detto che lo stato fu posto da Dio per il benessere degli individui, e dell'aver dimostrato anche che di questo, pure in quanto punitore, l'uomo ha bisogno. Ma il ritenere provvidenziale e necessaria l'esistenza dello stato non implica automaticamente che aderiamo alla difesa sociale riguardo alle finalità della pena.

È evidente l'impossibilità di trattare qui, anche fuggevolmente, del concetto di società e dei suoi rapporto con l'individuo (appassionanti problemi, pei quali, dopo che alle encicliche, non posso che rimandare, tra l'altro, alle pubblicazioni delle annuali *"Semaines sociales"* dei cattolici francesi); comunque mi par risultare chiaro, che ove non ci si formi un concetto della società astratto, falso, si vede che la difesa di questa corrisponde alle varie difese dei singoli individui. E lo stato queste persegue: ed a queste mirando, come il pastore difendendo le singole pecore tutela il gregge, l'altra raggiunge. Si potrebbe però obiettare che quindi l'una e l'altra formula, utilità individuale e difesa sociale, sono ugualmente esatte; ma contro questa opinione oppongo due argomenti che mi fanno appunto scartare la seconda: il primo è che necessariamente parlare di difesa sociale a preferenza individuale, anche quanto non porti alla società astrazione, fa pensare ad una preferenza ed opposizione della società sull'individuo: il che, oltreché errato, è pericolosissimo; l'altro risiede nella genericità, incompletezza ed imprecisione di quella frase, che pur alcuni ritengono risolva non solo il problema della funzione, ma anche quello della giustificazione della pena. Dopo quanto ho detto in precedenza, mi pare inutile ritornare indietro a quest'ultimo argomento; riguardo alla funzione basti osservare come, o si accetta l'identità della difesa sociale con la difesa dei singoli individui, e, avvicinandosi così alla teoria degli utilitari, non si dirà niente che non sia già compreso nel concetto stesso di stato; mi pare lapalissiano che quella che è mira dello stato lo sia anche nel caso specifico della pena. Affermazione ovvia questa, e perciò troppo spesso tacita: e dal tacerla a non tenerne conto, a non trarre le conseguenze ed a dimenticarla, il passo è breve, purtroppo. Peraltra, il tener per fermo il fine ultimo già noto di tutta l'attività statale (benessere materiale, intellettuale e morale dei cittadini), non mi spinge a rigidezza tale da voler negare che quello, pur unitario, possa essere come sezionato ed avere applicazione più vicina al caso specifico che ci interessa. Ritengo dunque le espressioni particolari con cui definirò gli scopi della pena, più e meglio che fini mediati che lo stato con quella persegue, diverse estrinsecazioni, diverse configurazioni, talvolta collegate magari a

diversi punti di vista, del fine unitario più volte citato. In parole povere, la pena è per lo stato mezzo naturale e necessario al raggiungimento di quella fatalità, utilitaria amorale al tempo stesso, (ed ecco che la funzione della pena non è solo utilitaria, o solo morale) che prende in tal caso questi vari aspetti: lo stato punendo ha scopo di prevenzione (mediante l'intimidazione e l'esclusione alla vita sociale degli individui pericolosi), di emenda, e di difesa e soddisfazione della giustizia. Mi piace ribadire, sia pure rischiando di diventare noioso, che questi fini non sono fra loro autonomi o peggio antitetici, se intrecciandosi formano tutt'uno, anche praticamente, avviene che raggiungendo i fini morali si consegna utilità anche materiale, e reciprocamente. Tale riconoscimento dell'identità di questi fini della pena si trova in Platone (in "Gorgia" e nelle "Leggi"), in Aristotele ed in San Tommaso. Ma, purtroppo, la constatazione della necessità che lo stato talvolta si serve anche di pene (per esempio l'esilio), apparentemente, o magari effettivamente, non educative, è stato uno degli elementi che a torto ha impedito di tener fermo nell'affermazione dell'unitarietà, sia pure sotto apparenza di molteplicità, dei fini della pena. Il che è stato un gran danno, avendo portato alla confusione ed alle deviazioni ben note.

Sarò molto breve nella chiarificazione immediata dei vari elementi che, secondo me, costituiscono lo scopo della pena, risultando questa soprattutto dall'esame, che farò in seguito, delle varie teorie. Riguardo alla prevenzione, cioè impedire il più possibile i reati, essendo desiderabile che mai il diritto penale sia in contrapposizione alla corale (naturalmente con questo non affermo che il diritto penale, anche se lo potesse, dovrebbe del tutto tappare le ali al libero arbitrio), questa deriva dal dovere dei singoli, e di conseguenza della loro somma, d'impedire il male nella società; come scaturisce pure dal fatto che il benessere materiale e morale dei cittadini verrebbe dalla violenza turbata. Analoghe considerazioni si potrebbero fare per l'emenda. Occorre, tenuto conto che "*damnum infectum ne reddere potest*", che sia ulteriormente precisato l'ultimo punto, difesa e soddisfazione della giustizia. In questo mondo l'unica giustizia assoluta possibile sarebbe quella di nessuna violazione al Diritto: quando questo sia stato violato, come il più delle volte irreparabile è il danno materiale, parimenti il castigo che viene inflitto al reo non è, ritengo, che, sempre, relativamente giusto, quelle tabelle di reati ed anni di reclusione a cui si può rassomigliare il codice, sia il più perfetto, sarà necessariamente giustizia umana, secondo mezzi umani: ed all'uomo impossibile è giudicare "quanto" abbia peccato suo fratello. Chi applica tali norme non può, inoltre, erigersi per ciò solo ad "applicatore del principio d'eterna giustizia, per cui al bene segue il premio, al male il castigo" senza cader nell'errore di dietro che taglia l'orecchio a solco, ugualmente con il possibile "ricostituire l'equilibrio dell'ordine giuridico violato", e la giustizia assoluta non è di questo mondo? A meno che non si intenda per "ordine giuridico" contemporaneamente a quello che scaturisce dalla non violazione anche il fatto che la pena segue al resto: ma così la frase del Prof. Riccio non sarebbe che un circolo vizioso vuoto di significato. Teniamo dunque conto dell'unità del naturale con l'eterno, nella quale sola può, e fors'anche provvidenzialmente nella quale sola deve, realizzarsi la giustizia assoluta. Dal che deriva che ideale a cui lo stato deve mirare non è la punizione del reo, ma che rei, cioè per ispirazione morale nel diritto positivo per il dovere d'obbedienza alle autorità ed alle leggi, colpevoli non esistano; la giustizia assoluta, limite e scopo di tutta l'attività degli individui e stati è, ripeto, infatti pienamente raggiungibile non con la pena, ma solo nell'unico anzidetto modo.

Rilevato così il troncamento della pena, il suo fine, unitario pur nell'apparente molteplicità, avrei qui finito la parte originale della mia relazione; ma, prima di passare a quella specificamente

critica, farò un breve cenno ai limiti e requisiti della pena, che, non rientrando propriamente nel tema, sono necessario corollario delle precedenti conclusioni. Se per l'intimidazione la pena dev'essere inflittiva ed esemplare, per la prevenzione individuale dev'essere limitatrice della libertà, e per l'emenda educativa. Naturalmente, sia nell'origine, che nella forma ed applicazione, le pene debbono rispettare i principi morali. Quanto alla misura, pur tenendo conto dell'intrecciarsi del diritto con la morale, e basando sull'imputabilità morale quella penale, non ritengo che l'entità della pena debba sempre essere in rapporto diretto con la gravità della colpa morale, potendovisi, per la multiforme finalità della sanzione, inserire anche concetti estranei alla pura soddisfazione della giustizia. Del resto anche nel ramo "misura della pena" traluce la fatale imperfezione della scienza penale.

Passando alla storia ed all'esame delle dottrine filosofico-giuridiche che hanno studiato i nostri problemi, dirò che questi sorsero nella mente dell'uomo per la prima volta con Platone, Aristotele, gli Stoici e gli Epicurei. Platone non è (riguardo allo scopo della pena) che incompleto, non errato sostanzialmente: egli punisce: *propter corrigendum et propter exempli metum*; non trovò invece il fondamento. Niente di nuovo portarono a questo riguardo i giuristi romani; le ricerche proseguirono coi canonisti, con Grozio precursore dei socialisti: ma fino a Cesare Beccaria il diritto penale non fu approfondito. È il luglio 1764, data di pubblicazione di "*Dei delitti e della pena*" (fra parentesi, il libro posto all'Indice) che fa seguire al silenzio cupo da cui era circondata la scienza penalistica una fioritura di studi quasi successiva. Fra gli altri nomi, spesso più noti, Pellegrino Rossi così scriveva: "*Emanazione dell'ordine morale, è all'ordine morale che la giustizia tende: è per ricordare agli uomini i principi d'ordine morale che si manifesta, è per fornire loro i mezzi d'elevarsi alla fonte celeste donde emana*". Il potere sociale può ricorrere alla pena quando veda ogni altro mezzo insufficiente; è questa niente più che la retribuzione, fatta da un giudice legittimo con ponderazione e misura, d'un male pel male. Teoria dunque accettabilissima, fatte le necessarie riserve sulla non realizzabilità assoluta di quell'ideale altissimo a cui si deve ciononostante mirare, e sulla sua unilateralità. Ma, per non dilungarmi troppo su queste dottrine di transizione o comunque non attuali, verrò immediatamente alla prima delle tre scuole giuridiche trionfanti in Italia (alla scuola tecnico-giuridica, la più moderna; ho peraltro accennato sufficientemente iniziando la mia trattazione). Secondo la dottrina del Carrara, precursore della scuola classica, il diritto di punire deriva dalla legge dell'ordine prestabilita da Dio all'umanità. Fondamento quindi teocratico anche in lui, benché con svolgimento opposto a quello da me seguito, in quanto il Carrara trae quasi dalla pena lo stato, anziché dallo stato la pena. Ecco la sua teoria: esiste una legge eterna che regola la condotta esteriore dell'uomo, promulgata da Dio mediante la pura ragione. Tale ordine accorda all'uomo diritti per raggiungere il suo fine, poiché la legge stessa impone doveri. Donde la facoltà e la necessità di difendere questi diritti contro coloro che violino il dovere di rispettarlo. Dall'esercizio di questi diritti e dai relativi doveri nasce l'ordine morale esterno, mentre la società civile sorge dalla necessità di punire le offese ai diritti dell'uomo, necessità dell'umana natura. Svolgimento dunque fin qui diverso, ma concetti fondamentali (il diritto di punire scaturisce da Dio; la pena (io ho chiarito come invece sia più esatto dire "lo stato") è necessaria alla società (secondo me meglio "all'individuo")) corrispondenti. Una certa deviazione si nota quando, pur dopo questa sapiente costruzione, si esce dalla frase: "*il fondamento della pena è nella necessità di difendere i diritti dell'uomo, la giustizia il limite*". Credo che si possa sostenere che il Carrara in questa frase ha usato la parola "fondamento" in senso diverso da quello da me finora attribuitole: ed allora la frase sarebbe più insufficiente che

falsa. Ma, se così non fosse, sarebbe in un sol rigo una rinunzia a tutta la costruzione così faticosamente raggiunta dal Carrara. Se anche tale non è stata l'intenzione dell'autore, la forma è sostanzialmente inesatta. Mi par d'aver chiarito che fondamento della pena e fondamento dello stato si confondono: e fondamento dello stato non potrebbe mai essere quella necessità sociale che, come risulta dalla parola stessa, sarebbe un *posteriorius* riguardo alla società, che inoltre, fino *ab origine* organizzata, già allora era stato. D'altra parte, anche prescindendo da queste mende, la mia dimostrazione contro la formula "difesa sociale". Ma continua il Carrara: "*il diritto penale è la sanzione della legge eterna, fondamento di esso è la stessa libertà dell'uomo. Fine primario della pena è pertanto il ristabilimento dell'ordine esterno della società, cioè la tranquillità. Da questo punto di vista la pena è destinata ad agire sugli altri più che sul colpevole*". Riguardo a queste affermazioni, se è accettabile il concetto che pena non sarebbe concepibile senza libero arbitrio, abbiamo già accennato come il ristabilimento dell'ordine esterno della società non sia neanche con la pena realizzabile, mentre d'altra parte la tranquillità non è che uno dei tanti elementi del benessere dei consociati a cui lo stato mira, anche nel caso specifico della pena. È naturale infatti che, tutelando la giustizia, lo stato dà quella sicurezza che rende il cittadino consci della sua attività utile. Continuiamo peraltro col Carrara: "*la forza tutelatrice del diritto deve esercitarsi col mezzo della coazione morale; questa coazione morale legittima la minaccia della pena; e poiché la minaccia della pena non raggiungerebbe il suo scopo se non seguisse l'applicazione, così la necessità e la legittimità della minaccia portano seco la necessità e la legittimità dell'irrogazione affettiva del castigo. Conseguentemente non sono punibili se non quei fatti che abbiano il doppio carattere di essere lesivi del diritto e che tale lesione non sia reparabile che mediante repressione*". Qui il Carrara, che poc'anzi era giunto a sperare di ristabilire colla pena l'ordine esterno della società, pecca invece al contrario di pessimismo. Nella pena tutto solo per necessità legittimo vede, necessità ancora più che della pena, del timore che questa porta con sé. Orbene, se ho spesso ripetuto che punendo non si raggiunge una giustizia assoluta, ma soltanto relativa, bisogna peraltro che riconosca, pur ribadendo che l'uomo non può pretendere di sostituire Dio nella funzione d'eterna giustizia, che il fatto stesso che la pena, come pare ignorare il Carrara, è anche emenda, è, oltre che intimidazione generale, prevenzione speciale (esclusione dalla vita sociale e dalla possibilità di delinquere di individui pericolosi), il fatto stesso inoltre che la pena, basata sulla morale, si confonde in quello stato che Dio stesso pose, dimostra che questa, oltre che utile, è più giusta che la sua essenza. Punendo infatti, se la giustizia non si raggiunge, a lei ci si avvicina.

Comunque, tutte queste critiche non possono farci dimenticare che il Carrara, e la scuola di cui più che fondatore egli era stato precursore, hanno l'indubbio merito d'aver accettato, sia pur timidamente, come fondamento della pena, quegli unici concetti trascendenti che possono risolvere tale problema; come d'altra parte hanno accolto il criterio del libero arbitrio e della responsabilità morale: la sua teoria è spesso incompleta ed inesatta forse, ma mai, mi sembra, è del tutto falsa. Gli altri esponenti della scuola classica, in seguito, passarono di preferenza alla teoria della pena-castigo altrove criticata. Lasciando da parte molte delle scuole di transizione, accennerò, più che altro a titolo di curiosità, ad una dottrina tedesca che mi è parsa particolarmente strana: alcuni giustificano la pena come una necessità estetica: il delitto, come ogni lotta, produce disgusto, e questo deve sparire: a ciò la pena. Giusta invece l'osservazione d'altri, che la prevenzione sociale, che si realizza colla pena, è accompagnata dalla prevenzione speciale. La prima si realizza con l'esclusione di individui pericolosi

dalla società, la seconda non solo mediante questa, ma anche mediante l'applicazione della pena sul delinquente stesso. In fondo, sono due punti di vista dello stesso fenomeno: infatti, mentre l'intimidazione, che scaturisce dalla pena, avrà valore per gli altri, per chi maggiore efficacia psicologica avrà per colui che la subisce? Ed in fondo, il timore, da parte dei consociati della pena, ha fra i suoi elementi anche quello della ripugnanza all'esclusione dalla vita sociale, una delle facce della limitazione della libertà insita il più delle volte nella pena. Tornando all'ancor maggiore efficacia psicologica della pena sul reo, questa è particolarmente provvidenziale in quanto egli ha dimostrato una maggior tendenza alla colpa. Né paia questa espressione un attentato ai concetti dogmatici del libero arbitrio e che l'uomo ha sufficiente grazia per salvarsi: la maggiore proclività che, senza essere lumbrosini, può avere cause d'indole ambientale, d'indole culturale, d'indole psichica e talvolta (ma non esageriamo) anche d'indole fisiologica, non è una negazione del libero arbitrio che in alcuni, perciò, può essere attenuato (come, per esempio, cessa d'esistere dopo la morte); e d'altra parte il giudizio divino viene dato in base appunto a queste circostanze, che a noi riesce ben difficile valutare, ma che possono giungere a rovesciare, in determinati casi, il giudizio che noi diamo. È noto che la gravità morale d'una colpa è basata anche sul grado d'avvertenza e di consenso nel compierla. Cose tutte queste indubbiamente giuste, ma da interpretare *cum grano salis*.

Ma ragioni di brevità e di rispetto delle proporzioni m'impongono, sia pure a malincuore, di tralasciare molte cose per passare alla dottrina della seconda scuola dominante: la scuola positiva. Abbiamo già criticato la difesa sociale: occorre adesso dimostrare la falsità anche delle altre affermazioni di questa scuola. Essa vorrebbe negare il libero arbitrio, vorrebbe disgiungere qualsiasi concetto di moralità dal delitto, ha somma ripugnanza dell'idea di retribuzione o... giustizia: eppure tra i suoi fini, sia pur secondari, molti esponenti pongono il miglioramento del reo, e tutti la prevenzione. Non ci vuole molto discernimento per accorgersi dell'incongruenza di tali teorie. Abolito il libero arbitrio, respinti i concetti della morale (od almeno disinteressandosene), non è ammissibile punire senza fare dell'uomo, come osserva il Carrara, uno strumento nelle mani della società, che si serve del suo corpo per intimidire gli altri, tentando di persuaderli, martorizzandolo, a non offendere le leggi sociali; d'altra parte, escludendo il libero arbitrio, alias l'imputabilità, a che cosa servirà l'intimidazione stessa? E, senza aver dimostrato la ragione di essere dell'autorità sociale, come le si può attribuire la facoltà d'autodifendersi? Del resto le aberrazioni e la confusione a cui ha portato, nella scienza giuridica, questa dottrina (a cui non si possono disconoscere meriti notevoli, e direi quasi inspiegabili, nell'applicazione pratica), hanno avuto effetto anche nella scuola stessa: si è giunti a dividere i reati in puniti per difesa sociale e puniti per difesa di classe. Si è affermato, quasi come scoperta di questa scuola, la necessità dell'uguaglianza di tutti davanti alla legge penale, che non è che conseguenza diretta dei principi cristiani, fin dal sorgere della Chiesa; si è talvolta, infine, osato anche parlare di legittimità, di giustizia sociale, di diritto, come di concetti aventi qualche significato, mentre, sradicatene le basi e respintine i principi, nessuno più ne avrebbero potuto assumere. Onde, per non dilungarci oltre, basi aggiungere che la scuola positiva, nella sua configurazione integrale e più spinta, è un insieme d'errori e d'abusì, retti solo in piedi dalla pseudo-travatura delle opere del Lumbroso, ben note. Esaminate così, dopo aver esposto le mie conclusioni, le dottrine delle scuole giuridiche dominanti, mi piace osservare come, se non mi è concesso dall'ovvia esigenza del modus in rebus, dedicare a questo nemmeno un cenno. Largamente benefico e superiore fu il diritto penale canonico fin dal *Decretum Gratiani*, e anche prima. Dopo di che, mi

accingo, con un brevissimo riepilogo, a chiudere la mia forse già troppo lunga esposizione: giustificazione della pena è racchiusa nel fondamento dello stato di cui Dio è autore e che corrisponde alla necessità dell'individuo. Scopo dello stato perseguito mediante la pena è: prevenzione (generale-speciale), emenda, difesa della giustizia e retribuzione: molteplici espressioni compenetrantisi dell'unico fine, nella sua triplice espressione, più ampia, dello stato: benessere materiale-intellettuale-morale degl'individui. Riguardo ai suoi limiti e requisiti, la pena dev'essere: afflittiva, esemplare, limitatrice alla libertà, correzionale, ed ispirata in tutti i suoi aspetti alla morale.

Aggiungo, e forse è necessario, che la giustizia, nel diritto penale come sempre, è sorella e non nemica della carità: la carità è per natura forma di giustizia, e la giustizia forma di carità: solo l'esercizio non caritatevole della giustizia, o la carità che questa viola, riescono a rompere questo mirabile intersecarsi e cessano per ciò stesso d'essere realmente carità e giustizia.

Riprendendo il riepilogo, qualcosa vi è di più accettabile nella scuola giuridica classica, mentre tutto è da respingere delle teorie di quella positiva, dopo che questa ha rifiutato quel po' di trascendente che era nel suo precursore Romagnosi.

Da quanto ho detto risulta evidente, e chiudo con un'affermazione che completa quella con cui ho cominciato, che l'unica maniera di risolvere pienamente qualunque problema in qualsiasi campo, è di ricorrere non solo alla filosofia, ma anche, con conscia certezza, alla eterna verità della Fede.

Orvieto, 21 aprile 1938

Zoli Gian Carlo