

# Legittimazioni etiche e politiche della pena

Autor(en): **Bondolfi, Alberto**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Quaderni grigionitaliani**

Band (Jahr): **60 (1991)**

Heft 2

PDF erstellt am: **11.08.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-46850>

## **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

## **Haftungsausschluss**

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

# Legittimazioni etiche e politiche della pena

(2<sup>a</sup> parte)

Una ricostruzione storica come quella di «Sorvegliare e punire» doveva necessariamente provocare reazioni di dissenso e proposte alternative. Qui, più che parlare di questi problemi interni alla filosofia di Foucault, concentreremo la nostra attenzione su alcune implicazioni etiche e teologiche della sua ricerca, e cercheremo, attraverso l'analisi critica della sua opera, di rispondere all'interrogativo già sopra menzionato.

Foucault tematizza la storia in un orizzonte estremamente diverso da quello a cui siamo stati finora abituati dalle varie filosofie della storia, siano esse di segno pessimista od ottimista. Contrariamente a quanto capita ad esempio all'interno della filosofia marxista, in cui la storia ha un senso, e un soggetto, il proletariato, è portatore di un cambiamento irreversibile, presso Foucault processi e cambiamenti storici non vengono attribuiti a soggetti individuali o di classe, i quali intenderebbero raggiungere un certo scopo. In Foucault al contrario si parla soltanto di tecniche, manovre, reti del potere che si organizza sempre secondo nuovi parametri. Il potere inoltre non è interpretato in maniera binaria, cioè secondo un meccanismo tra dominatori e dominati, ma è presente, secondo modalità diverse, in ogni aspetto della realtà e in ogni luogo della vita sociale. Esso inoltre, contrariamente alla sua concezione classica secondo cui esso rappresenta la dimensione dell'arbitrarietà, viene visto qui come un momento razionale, cioè in relazione costante con il sapere. Tutti, in un certo modo, hanno e fanno il potere, e la distinzione tra dominatori e dominati è solo una distinzione di intensità ma non essenziale.

Nella prospettiva di Foucault, dunque, la storia della pena non è interpretabile come la storia del successo di argomentazioni sempre più umane o sempre più etiche per legittimare la pena. Nella storia non è verificabile alcun progresso: né progresso fattuale, né progresso argomentativo. Ciò che si può registrare sono solo cambiamenti di tecnica punitiva.

Questa teoria strutturale della storia lascia certo poco spazio all'autonomia delle teorizzazioni giuridiche ed etiche della pena. I discorsi cioè non sono una realtà autonoma analizzabile in se stessa indipendentemente dalle pratiche. Questi discorsi non sono ridotti a variabili dipendenti, o a sovrastruttura, come è il caso del marxismo più meccanicista o di un positivismo comportamentista, ma non sono nemmeno valorizzati come discorsi che abbiano una rilevanza storica, in vista di un telos della storia. Per Foucault la verità della storia non va cercata nella storia delle idee, nemmeno nella storia degli ideali morali, ma nella decodificazione strutturale delle pratiche.

A questo punto ci si potrà chiedere quale sia il servizio che una storia come quella di Foucault può dare a coloro che vogliono impegnarsi per una prassi più umana nell'universo carcerario. La risposta a questo quesito certo non è facile, e tanto meno direttamente deducibile dalle pagine stesse di Foucault. Personalmente vedrei il contributo del filosofo francese in due direzioni:

— La prima è l'averci messo a disposizione, da quel grande archivistista che è sempre stato, una quantità di materiali finora sconosciuti o malamente interpretati. Questi materiali non sono necessariamente

te comprensibili ed interpretabili solo alla luce della storiografia foucaultiana. Essi possono essere messi al servizio, come cercherò di fare tra poco, di altre valorizzazioni «etiche» dell'evoluzione dei sistemi di sanzione sociale.

- In secondo luogo il suo contributo può essere visto non tanto in quello che egli ci dice, quanto piuttosto in quello che in negativo ci aiuta a preservare. Penso cioè che, nonostante tutte le incertezze della sua opera, il contributo di Foucault ci aiuti tutti a preservarci, almeno in negativo, da troppo facili interpretazioni ottimistiche della storia dell'etica filosofica e teologica moderna in questo campo. In altre parole egli ci aiuta a togliere i veli dagli argomenti che abbiamo sempre usato per legittimare la pena, facendoci vedere come essi molto facilmente possano essere messi anche al servizio della disumanità e della cecità del potere.

Dopo aver esposto a grandi linee la lettura storica di Foucault rimane aperto l'interrogativo iniziale teso a sapere se si possa parlare o meno di un *progresso morale* nello sviluppo delle pratiche punitive. Foucault sembra voler negare un tale movimento evolutivo e mettere in evidenza solo un *cambio di tecniche*. Da parte mia penso che si possa perlomeno intravedere una certa qual evoluzione, almeno nel senso che le varie tecniche nelle varie epoche si basano su *presupposti impliciti*, di natura morale. Si pensi, ad esempio, al fatto che il passaggio dalla pena corporale nell'epoca barocca a quella carceraria dell'illuminismo sia possibile e comprensibile solo se si presuppone che sia cambiato al contempo il sistema processuale: da quello inquisitorio nel primo scenario a quello accusatorio nel secondo.

Questi due sistemi processuali non possono essere visti solo, come nel caso di Foucault, quasi fossero due tecniche giuridiche diverse, bensì come due *procedure che partono da premesse morali diverse*. Nel

processo inquisitorio è dovere dell'imputato discolarsi e diritto del giudice sospettare la presenza della colpa, provandone la presenza anche con la tortura. Nell'illuminismo le convinzioni morali di fondo cambiano poiché si ritiene che il potere giudiziario non abbia alcun diritto di considerare una persona come colpevole fino a che essa stessa sia riuscita, attraverso una divisione del lavoro tra giudice istruttore e giudice giudicante, a dimostrarne la presenza. Queste brevissime caratterizzazioni dovrebbero portare alla conclusione che

si possono notare nella storia una serie di atti di apprendimento morale collettivo che influenzano direttamente il modo con cui si gestiscono le sanzioni.

Questa tesi deve comunque essere ben compresa: essa non intende sostenere, se compresa in maniera un po' troppo semplicista, che l'uomo e le sue società abbiano, lungo i secoli, punito sempre «meglio», od in maniera sempre più moralmente plausibile. Se progresso c'è stato, esso non è stato tanto fattuale quanto nei presupposti impliciti alle varie pratiche. All'interno di questa evoluzione sicuramente positiva, si possono essere annidati e si annidano tuttora pratiche di oppressione e di dolore. In altre parole non dobbiamo sicuramente ritenerci migliori delle generazioni che ci hanno preceduto, anche se si deve riconoscere che nel tempo, come umanità, abbiamo fatto dei passi strutturali, da cui non possiamo più tornare indietro. Anche le nostre disumanità (sia teoriche che pratiche) sono all'altezza delle capacità argomentative e organizzative raggiunte.

Un'analisi delle argomentazioni teoriche che accompagnano le pratiche punitive ci farà capire ancora meglio questa *contemporaneità di evoluzione e di fissità* nella storia degli uomini e delle società.

#### 4. Legittimazioni filosofico-giuridiche della sanzione penale

Va notato anzitutto, prima ancora di entrare nel merito degli argomenti addotti per legittimare la pena, come la sua applicazione pratica sia presente già molto tempo prima che nascano attorno ad essa discorsi articolati e sistematici. Le pratiche precedono, in senso cronologico, quasi sempre i discorsi.

D'altra parte va pure sottolineato il fatto che non appena l'etica si struttura in una disciplina pubblicamente riconosciuta, il tema della pena si annuncia subito in maniera esplicita come uno dei suoi temi centrali. Questa longevità del discorso etico-penale ci potrebbe portare facilmente alla conclusione che quest'ultimo sia ormai esaurito.

Si osserva infatti, già a partire da Platone e da Aristotele, una costanza, anzi una fissità, perfino noiosa di argomenti a favore ed a critica della sanzione giudiziaria, senza vero ricambio o novità nei singoli autori che nella storia si sono espressi sull'argomento. Il *progresso argomentativo* si manifesta però in altri modi. Qui vorrei solo evidenziarne uno e cioè il fatto che gli argomenti evolvono lungo il tempo attraverso la *accumulazione ed affinamento di sottoquesiti* che esigono risposte articolate. Questo processo, che non tocca solo il tema della pena, è riscontrabile presso molte tematiche etiche e/o giuridiche, e può essere interpretato alternativamente in termini sistemici di *differenziazione*<sup>12</sup> o di

*evoluzione dell'apprendimento morale*<sup>13</sup>. Ecco qui evocati in un ordine non storico bensì sistematico, cinque quesiti che nella storia hanno ottenuto un approfondimento sempre più preciso:

- Esiste innanzitutto per una società il dovere morale di avere un sistema preciso di punizioni codificate?
- Quali sono le azioni che in ogni caso devono essere sussunte e quali debbono essere tralasciate da questo sistema di punizioni?
- Quali sono i motivi che legittimano una tale operazione?
- Quale è lo scopo etico delle sanzioni penali e rispetto a chi?
- Quali sono le funzioni sociali che ci si aspetta dai vari tipi di pena e come esse possono essere messe in coordinazione con le legittimazioni etiche sopraccitate?
- Quali sono i criteri di misura della pena in relazione ai vari tipi di delitto?

Ci troviamo qui di fronte ad una serie molto diversa di interrogativi che esigono risposte differenziate ed articolate. Una simile risposta non è possibile nell'ambito di queste poche pagine. Mi sono dunque deciso a rispondere solo al quesito centrale, riguardante lo scopo e la legittimazione etica della pena in sé, ben cosciente che tale risposta

<sup>12</sup> Cfr. ad esempio l'uso di questa categoria nella sociologia sistematica di N. Luhmann, in: Luhmann, N. - Pfürtnner, S. H.: *Teorietechnik und Moral*, Frankfurt/M., Suhrkamp 1978, ed in: Luhmann, N.: «I fondamenti della morale», in: *Fenomenologia e società* 7 (1984) 9-20. Per uno studio storico dell'uso di questa categoria cfr. Béjin, A.: «Différenciation, complexification, évolution des sociétés», in: *Communications* 22 (1974) 109-118.

<sup>13</sup> Questa è la prospettiva proveniente soprattutto dalla scuola di Habermas. Cfr. Habermas, J.: *Teoria dell'agire comunicativo*, Bologna, Il Mulino 1988. Id.: *Etica del discorso*, Bari, Laterza 1985. Per una applicazione in chiave evolutivo-morale ai sistemi penali ed agli argomenti che li hanno finora legittimati cfr. lo studio a cui mi sono, almeno indirettamente, ispirato e che mi sembra essere fondamentale per dare una risposta al quesito di una *evoluzione morale* in questo ambito. Cfr. Eder, K.: «Die Zivilisierung staatlicher Gewalt. Eine Theorie der modernen Strafrechtsentwicklung», in: *K.Z.S.S.* (1987) 232-262.

indirettamente influenzi una possibile posizione riguardante anche gli altri quesiti evocati.

Nella manualistica del diritto penale si distingue normalmente tra cosiddette fondazioni «*absolute*» e fondazioni «*relative*» della pena. Nella letteratura di lingua inglese è più corrente la distinzione fra teorie retributive e teorie utilitaristiche, anche se tale distinzione non ricopre esattamente quella enunciata precedentemente.

#### 4.1. La concezione e la legittimazione «*assoluta*» della pena

Con questa figura argomentativa non si intende direttamente perseguire alcuno scopo per mezzo della pena stessa. In questa prospettiva essa è una sanzione negativa necessaria in sé, una volta che è stata dimostrata una violazione volontaria e quindi colpevole del diritto penale positivo. Quando il delitto è stato compiuto è necessario punire, secondo la formula classica «*quia peccatum est*», senza dover far ricorso a fini esterni o dipendenti dalla pena stessa. Infatti quest'ultima, sempre nell'argomentazione cosiddetta assoluta, è, come dice appunto la parola stessa «*absoluta ab effectu*», cioè sciolta dall'effetto della pena stessa.

Questa volontaria mancanza di conseguenze deducibili dalla sanzione penale non deve però far pensare che questa fondazione assoluta della pena non faccia riferimento ad alcun criterio etico, o sia nient'altro che la razionalizzazione di un sentimento cieco di rivalsa. Al contrario, la forma classica di questa legittimazione della pena vuole esplicitamente essere una teoria spiccatamente morale della pena stessa, anche se tale carat-

tere varia molto fortemente a seconda degli autori e a seconda degli argomenti che vengono portati a sostegno di questa figura argomentativa.

Non è possibile qui fare opera di ricostruzione storico-dottrinale e rinvio dunque alla vasta letteratura disponibile sull'argomento<sup>14</sup>. Mi limiterò dunque a rispondere sommariamente all'interrogativo costante che qui maggiormente ci preoccupa e cioè teso a sapere come si evolva eticamente la figura della fondazione assoluta della pena.

Va innanzitutto notato come essa sembri derivare dalla pratica della *vendetta*, così come essa è praticata in molte società cosiddette «*primitive*». L'apparenza a dire il vero qui inganna. La visione retributiva od assoluta della sanzione penale è comprensibile solo come figura argomentativa interna ad un sistema di sanzioni regolate dal diritto scritto e non semplicemente da convenzioni di gruppo o tribù.

Inoltre essa vuole impedire, attraverso il suo criterio del *taglione* o del *contrappasso* che la risposta repressiva sia smisurata rispetto al delitto commesso. La retribuzione viene così ad avere una funzione *temperante*, rispetto a figure argomentative forse a prima vista più «*condiscendenti*» ma che potrebbero avere sbocchi maggiormente repressivi.

Infine bisogna riconoscere che l'attuale riflessione etica attorno a questa figura argomentativa sottolinei come essa valga non come *legittimazione* della pena, ma al massimo come *criterio di misura* della sua intensità, che non può essere maggiore della libertà distrutta dall'attività delittuosa. È merito soprattutto del filosofo inglese Hart avere portato avanti questa esegesi della retribuzione. Si può dunque parlare della presenza di una certa evoluzione positiva in questo

<sup>14</sup> Cfr. per una conoscenza di queste posizioni classiche tra i molti titoli disponibili le monografie ricostruttive più generali: Cattaneo, M. A.: «Pena», in: *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè 1982, Vol. XXXII, 701-712. Hart, H.L.A.: *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Comunità 1981. Noll, P.: *Die ethische Begründung der Strafe*, Tübingen, Mohr 1962. Ricoeur, P.: «Le droit de punir», in: *Cahiers de Villemétrie* (1958) Nr. 6, 1-26.

ambito, perlomeno nel restringere eticamente la portata della figura della retribuzione.

#### 4.2. *Le teorie relative*

Al contrario delle teorie assolute o vendicative della pena, le teorie relative si propongono di realizzare, attraverso la pena, uno o più scopi<sup>15</sup>. La loro sistematizzazione può variare nella manualistica corrente, ma si riduce generalmente a questa enumerazione classica:

- Scopo della *prevenzione generale*: qui si intende prevenire la commissione di delitti mediante l'intimidazione o minaccia generale di pene adeguate ad essi.
- Scopo della *prevenzione speciale*: in questo secondo caso l'intimidazione avviene nei confronti del singolo reo.
- Scopo dell'emenda o teoria della «*risocializzazione del reo*»: in questa terza variante ci si propone di escludere il carattere afflittivo della sanzione penale per mettere in primo piano un fine di correzione e di rieducazione del reo.

I tre scopi qui citati non sono necessariamente alternativi o concorrenziali. Al contrario essi sono coordinati tra loro e si rafforzano reciprocamente nella attività di legittimazione.

Questi tre scopi previsti dalle teorie relative della pena sono classici e ritrovabili già a partire dall'antichità classica. In questo senso teorie assolute e teorie relative della pena non si sono succedute l'una all'altra meccanicamente nel tempo, bensì sono da sempre coesistite. Accanto al permanere fis-

so degli argomenti va comunque anche notata una certa discontinuità argomentativa.

Così si è affermata solo relativamente tardi una legittimazione delle argomentazioni relative che faceva riferimento al loro *diverso tempo di applicazione* nell'arco passante tra delitto e riabilitazione del reo. Nella manualistica contemporanea le tre figure argomentative riguardano infatti tre tempi diversi di applicazione. La prevenzione generale entra in funzione e legittima il sistema di pene prima che si compiano reati. La prevenzione speciale dovrebbe impedire ogni reato nel momento presente e futuro. La risocializzazione del reo infine è, dopo l'attività processuale, l'unico scopo dato all'irrazionalità della pena.

Oltre a ciò le teorie relative hanno preso il sopravvento soprattutto a partire dall'età moderna, ed in connessione con tre fenomeni che qui brevissimamente citiamo:

- In connessione con il cambiamento radicale paradigmatico da una visione naturale del politico verso una visione «artificiale» dello stesso. Se la sfera del politico è il risultato di una decisione umana e non una qualità innata in ciascuno degli umani, anche la pena non sarà più una reazione naturale bensì una decisione seconda che ubbidisce a criteri argomentativi precisi.
- Le teorie relative hanno guadagnato molto della loro pertinenza a partire dal momento in cui il diritto penale si è sviluppato in maniera autonoma, come una delle istanze dello stato, separata dalla sfera legislativa ed esecutiva. Le teorie relative sono fiorite soprattutto a partire dal momento in cui, lasciato il regime di

<sup>15</sup> Tra la letteratura sulle teorie relative della pena cfr. Amato, A.: «Sulla teoria della prevenzione generale dei reati», in: *RIFD* 58 (1981) 3, 492-502; Badura, N.: «Generalprävention und Würde des Menschen», in: *Juristen Zeitung* 14 (1964) 338-344. Hörster, N.: «Präventionstheorien der Stafe in der britischen Aufklärungsphilosophie», in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 85 (1973) 220-234; Id.: «Zur Generalprävention als dem Zweck staatlichen Strafens», in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 9 (1970) 272-281; ed infine il volume collettaneo *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, Il Mulino 1980.

cristianità, gli stati europei hanno cercato di darsi dei fondamenti «*etsi Deus non daretur*», cioè indipendentemente dall'ipotesi dell'esistenza di Dio.

Come già era il caso per la teoria assoluta o retributiva della pena, anche le teorie relative hanno dato adito a una serie di problemi di interpretazione e a una serie di critiche. Mi permetto di riferire qui solo quelle più note e quelle maggiormente rilevanti a livello etico.

- Per quanto riguarda la figura argomentativa della prevenzione generale si emettono anzitutto una serie di dubbi sulla possibilità di poter dimostrare empiricamente l'efficacia intimidatrice della legge penale. Dato e non concesso che sia risolto questo tipo di problema, restano i dubbi specificatamente etici. Il più grave di essi consiste nel chiedersi se infliggendo la pena al colpevole, volendo distogliere i cittadini dal commettere delitti, non si riduca quest'ultimo a strumento per uno scopo che gli è estraneo e che riguarda solo la società.
- Il criterio della prevenzione generale, sostenuto al momento applicativo della pena, e peggio ancora come criterio della sua misura porta diritto alla cosiddetta «*dottrina della pena esemplare*» ed apre la porta ad ogni arbitrio inimmaginabile. Al limite, mettendo in campo acriticamente solo considerazioni di prevenzione generale si può arrivare alla legittimazione etica della punizione dell'innocente, qualora i vantaggi sociali della punizione fossero evidenti.

— Anche la teoria della risocializzazione del reo mostra difficoltà argomentative specifiche. Volendo risocializzare ad ogni costo ci si può chiedere anzitutto sulla base di quali criteri etici ciò possa o debba avvenire. La genesi morale della persona non è per definizione un processo complesso che in ogni caso non può avvenire sotto il segno della coazione? Ed anche qualora una «*moralizzazione forzata*» fosse fattualmente possibile, non sarebbe ad opera di uno Stato diventato qui governatore diretto delle coscienze?

Nonostante queste difficoltà insite negli argomenti e nelle legittimazioni «relative» quest'ultime hanno sperimentato una evoluzione nel senso di una coscienza sempre più viva della loro parzialità ed ambivalenza. Tutti questi interrogativi posti alle varie argomentazioni etico-penali citate finora ci portano a formulare la seguente conclusione:

Sia la visione retributiva che quella preventiva ed emendativa della pena mostrano una serie di difficoltà e contraddizioni fattuali e normative. Queste ultime invitano innanzitutto all'abbandono di ogni «*monismo argomentativo*» in questo ambito. Le varie fondazioni della sanzione penale non devono combinarsi tra loro rafforzandosi a vicenda, bensì autocriticarsi e autolimitarsi mettendo reciprocamente in evidenza la problematicità, la debolezza e la parzialità di ogni singola argomentazione.

## 5. I ruoli della teologia tra le teorie penali

Arrivati a questo punto dell'esposto ci si chiederà quale apporto abbia dato il messaggio cristiano al movimento evolutivo di cui abbiamo parlato finora. Per poter dare una risposta minimamente articolata a simile

interrogativo bisogna tenere presenti almeno due premesse di tipo generale e riguardanti lo stato generale della riflessione teologico-morale contemporanea.

Quest'ultima ha preso coscienza, in en-

trambe le grandi confessioni cristiane d'occidente e cioè nel cattolicesimo e nel protestantesimo, che non è possibile *distillare in vitro* una specie di specificità etica che sia esclusiva nel messaggio cristiano. In altre parole quella che si chiama comunemente *morale cristiana* è un sapere etico multiforme, nato e cresciuto in continua interconnessione con influssi esterni e provenienti dagli orizzonti filosofici più diversi. Ciò spiega anche la presenza in molti ambiti di morale concreta di una pluralità di posizioni, tutte comunque motivate da considerazioni che vogliono far capo al messaggio fondatore del Nuovo Testamento. Se si può parlare di *specificità della morale cristiana* questa vale solo forse nel senso di una particolarità ed originalità di *motivazioni* più che di *argomentazioni*.<sup>16</sup>

In secondo luogo va sottolineato il fatto che il contributo che il pensiero teologico può e deve dare agli sforzi di umanizzazione e di eticizzazione della pena può essere esplicitato solo se riesce ad essere plausibile anche per tutti coloro che non si ritengono cristiani. L'autonomia dell'etica cristiana è da comprendersi soprattutto in senso metodologico, e non dispensa quindi i teologi dall'articolare le loro riflessioni in modo che possano essere comprese, anche se non sempre approvate, anche da chi guarda alla teologia dall'esterno.

Cosa significa tutto questo per il tema specifico della legittimazione della pena? Mi è davvero difficile dare qui una risposta sintetica ed al contempo articolata. Mi limiterò dunque solo ad alcuni accenni che meriterebbero approfondimenti ulteriori.

— Va anzitutto osservata una interessante vicinanza e quasi parentela delle categorie etico-giuridiche (castigo, giudizio, vendetta, ecc.) e di quelle teologiche

(peccato, colpa, ecc.) nel vocabolario e nelle rappresentazioni della letteratura biblica in genere e di quella vetero-testamentaria in particolare. Questa vicinanza non è però, almeno nella sua materialità, specificatamente biblica, ma è comune al patrimonio di pensiero dell'antico Oriente. Ciò che, in maniera originale, è riscontrabile nella tradizione biblica, è il tipo di lettura teologica di nozioni e categorie giuridiche. Si pensi solo ai tre concetti centrali di alleanza, giustizia e pace (*shalom*) che formano il tessuto di fondo entro cui vanno collocate le affermazioni sul potere vendicativo di Jahvè. Al riguardo voglio solo segnalare il fatto che l'esegesi più recente mette in luce gli aspetti liberatori, per nulla ciechi e autoritaristici del potere vendicativo del Dio di Israele. E' vero che la Bibbia conosce, come altri scritti del vicino Oriente, l'esistenza di miti in cui la vittima della violenza viene altrettanto violentemente espulsa. Queste analogie non devono però far dimenticare le diversità. Quella più fondamentale mi sembra essere quella della esistenza di una visione strettamente personale e per nulla anonima della colpa. Chi ancora oggi vorrà ricorrere a questi testi e a questi miti dovrà in ogni caso saper distinguere tra il senso delle affermazioni bibliche, così come esse ci sono rese presenti da un'esegesi adeguata dei testi, e la *storia degli effetti* diretti e indiretti avuti da questi medesimi testi lungo la storia delle idee e la storia quotidiana delle generazioni cristiane. Infatti la ricezione delle tradizioni vetero-testamentarie in campo teologico cristiano non è priva di semplificazioni arbitrarie e di usi ideologici negativi.<sup>17</sup>

— Ma come reagisce il pensiero teologico

<sup>16</sup> Per una ricostruzione del dibattito tra teologi moralisti su questo tema cfr. Bastianel, S.: «Autonomia e teonomia», in: *Nuovo dizionario di teologia morale*, op. cit. 70-82.

<sup>17</sup> Per un approfondimento di questi temi cfr. la stimolante ricerca di Wiesnet, E.: *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Milano, Giuffrè 1987.



cristiano quando viene ad incontrarsi o scontrarsi con tradizioni giuridiche esterne? Mi sembra difficile dare una risposta a senso unico. Infatti la referenza esplicita alla dimensione teologica della pena può sia rafforzarne il carattere di assolutezza che metterlo radicalmente in crisi. Per quanto riguarda la prima tendenza, si può osservare come ci sia chi pensi che la visione assoluta, vendicativa o retributiva della pena, mostri una vicinanza e una affinità particolare con la sua giustificazione teologica. Anzi, all'interno di una visione ontologica del diritto questa vicinanza si fa identità. Il legame che stringe qui intimamente legittimazione assoluta della pena e motivazione teologica non è, a mio modo di vedere, strettamente necessario. L'idea di una finalità pedagogica, correttiva e medicinale, cioè risocializzante, legata alla punizione, è pure conosciuta nella tradizione teologica più classica. Non solo, ma essa ha conseguenze restrittive sulla legittimazione assoluta della pena stessa.

L'aver visto ora come complesse siano le varie coniugazioni tra discorso teologico e discorso giuridico sulla pena non ci deve far dimenticare il fatto che oggi, almeno negli stati altamente industrializzati, viviamo in un sistema giuridico che non si rifà più esplicitamente a legittimazioni teologiche. Alcuni «resti» sono presenti ancora in maniera visibile: pensiamo ai crocifissi nelle sale di tribunale, alle bibbie su cui si fanno i giuramenti, ecc. Si giudica comunque maggiormente «*in nome del popolo italiano*» che in quello di «*Dio onnipotente e misericordioso*». Vari filosofi del diritto hanno di recente meditato su questo complesso processo di *secolarizzazione del diritto* in genere e di quello penale in specie,

non arrivando comunque a postulare in maniera chiara quale sia il rapporto che le rappresentazioni e concezioni religiose intrattengono con le argomentazioni etico-penali. L'analisi della letteratura sull'argomento rivela per ora solo la presenza di tendenze interpretative più che di teorie definitive.

- Una prima linea interpretativa tende a sottolineare la continuità delle argomentazioni fondative della pena, indipendentemente dal fatto che al posto del ruolo ultimo tenuto da Dio sia subentrata la ragion pratica. Si nota ad esempio come la materialità dei giudizi etici sul senso il fine e la misura della pena non cambia, anche se l'orizzonte metafisico subisce rivoluzioni di grande portata.
- Una seconda linea ermeneutica mette soprattutto in evidenza il fatto che il processo di secolarizzazione in questo settore trovi la sua espressione più importante nei *processi di esodo o di cambiamento di luogo* di alcune materie giuridiche. Alcuni delitti importanti ad esempio, come quello di eresia, di blasfemia contro la religione dello stato, lasciano definitivamente il terreno del diritto penale pubblico ritirandosi al massimo all'interno di una legislazione canonica delle varie chiese particolari, o passando al diritto civile. Altre materie, come il diritto matrimoniale, almeno in alcuni suoi aspetti, passano completamente al diritto civile. Infine alcuni delitti permangono puniti, ma con nuove argomentazioni. Sia ricordato qui come esempio più importante tutta la sfera che ha a vedere con il diritto penale sessuale.<sup>18</sup>

Si tratta ora di vedere, tenendo conto appunto del fatto che il momento teologico può dare un contributo solo indirettamente, visto

<sup>18</sup> Per un approfondimento di questa tematica cfr. il mio saggio «La réforme du droit pénal en matière sexuelle», in: *Studia philosophica* 44 (1985) 182-189.

che siamo in un contesto di *diritto secolarizzato*,<sup>19</sup> quale contributo la riflessione teologica possa dare ai processi di cambiamento in atto nel mondo del penale. La riflessione teologica più recente non ha portato alla luce nuovi elementi di rilievo nei confronti dei filoni tradizionali finora sommariamente esposti. Essa si è piuttosto preoccupata di accompagnare criticamente l'attività di riforma penale intrapresa in questi ultimi tempi da parte di molti stati a regime democratico, ma senza riflettere sui legami tra fondazione etico-teologica della pena ed *etica politica* in genere. In altre parole il problema della pena viene ancora troppo visto come problema settoriale e non come uno dei nodi irrisolti della legittimità e dei limiti del potere statale. Una ripresa veramente più critica dei temi di filosofia penale in teologia dovrebbe lasciarsi guidare dalla convinzione che

la qualità e l'adeguatezza etico-teologica degli argomenti portati a sostegno e fondazione della sanzione penale, va commisurata sulla loro capacità storica di limitare l'ideologia nascosta ma reale delle vendette e della onnipotenza dello stato.

Se da una parte il *monopolio della forza* da parte della struttura statale ha avuto ed ha la sua legittimazione e la sua funzione di limitare al massimo la violenza, non si deve dimenticare che esso, come ogni verità, può degenerare in ideologia. Qui la teologia, sottolineando la provvisorietà di ogni potere statale rispetto all'orizzonte escatologico può provocare un salutare effetto relativizzante.

La teologia non deve comunque solo limitarsi alla critica del principio del taglione e del monopolio statale sulla coazione. Mi sembra importante qui sottolineare il fatto che l'abbandono da parte del teologo moralista di una visione retributiva in senso-stretto della pena non debba necessariamente

portarlo ad accettare acriticamente una versione puramente tecnica ed avalutativa della legittimazione della pena vista solo come misura di risocializzazione o di riadattamento del reo. Ogni concezione di risocializzazione è infatti intimamente legata a delle visioni normative di ciò che dovrebbe rappresentare una cosiddetta «*socializzazione riuscita*». Per chi intende la socializzazione e l'identità riuscita come capacità di amare e di lasciarsi amare dal prossimo, è chiaro che ogni definizione di socializzazione mancata o non riuscita non potrà fare a meno di ricorrere, sia pure con una certa prudenza, alla categoria di *colpevolezza*.

L'attuale ricerca criminologica ed anche la penalistica più spregiudicata, tenta di rinunciare completamente alla pertinenza del concetto di colpa morale, rimpiazzandolo comunque con concetti almeno altrettanto ideologici, come quello di devianza, pericolosità, ed in certi casi persino di anormalità. A mio modo di vedere la rinuncia a qualsiasi elemento di analogia tra colpa giuridica e colpa morale (pur con tutte le differenze che vanno sottolineate), porta a considerare le misure di pena e di risocializzazione solo come tecniche di adattamento all'assetto societario imperante. Al contrario vorrei qui esprimere la convinzione che

il concetto di colpa, se compreso soprattutto in maniera genuinamente teologica, apra un'interpretazione della socializzazione tale da coinvolgere e responsabilizzare non solo il reo, bensì anche il contesto sociale che entra in interazione con lui, ed infine, seppure in maniera proporzionata, anche la vittima stessa del delitto. La dottrina teologica che aveva sempre visto in ogni uomo un «*simul iustus et peccator*», riacquista tutta la sua attualità e tutta la sua pertinenza.

<sup>19</sup> Per una disamina delle molteplici implicazioni di un tale processo di secolarizzazione del diritto cfr. la monumentale ricerca collettiva: *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Milano/Baden-Baden, Giuffrè + Nomos 1983, (2 Voll).

Se da una parte mi sembra però necessario non rinunciare all'importanza del concetto di colpa almeno come concetto regolativo, dall'altra bisogna sottolineare la pericolosità e la ideologicità di un suo uso indifferenziato. Il teologo moralista dovrà ricorrere ad esso tenendo ben presente la critica che il Nuovo Testamento fa ad ogni pretesa da parte della giustizia umana di diventare importante anche dal punto di vista salvifico. E' soprattutto la tradizione dei Vangeli sinottici ad aver sottolineato con maggiore vigore la relatività di ogni giustizia puramente umana. Nei Vangeli sinottici la riferimento costante all'orizzonte escatologico in cui si realizza il Regno di Dio intende impedire all'uomo di anticipare la divisione definitiva tra buoni e cattivi, tra salvati e persi, tra grano e zizzania nella storia.<sup>20</sup>

Anche le discussioni sul valore e sull'estensione del precetto del sabato<sup>21</sup> mostrano come per Gesù l'adempimento materiale della legge, visto in se stesso, non possieda alcuna importanza per la salvezza nel Regno. La prassi del credente è in prima linea una prassi che si lascia guidare dal perdono.<sup>22</sup>

Queste prospettive neo-testamentarie non possono comunque, e la discussione sulla specificità della morale cristiana l'ha ben mostrato, materializzarsi in norme precise e razionalmente plausibili. Il discorso etico-teologico dovrà dunque, almeno allo stadio attuale della ricerca, limitarsi a formulare alcuni criteri generali e di carattere estremamente formale:

— Ogni proposta di riforma dovrà essere giudicata sulla sua capacità di destigmatizzare i diversi attori del processo penale. Le proposte di riforma fatte a livello di esecuzione della pena devono essere eticamente valutate a partire dalla loro capacità di elevare il livello di azione autonoma di tutte le persone toccate dal

provvedimento (i carcerati stessi, i loro parenti, il personale di custodia, ecc.). In molti casi tale livello di autonomizzazione potrà essere valutato definitivamente solo a posteriori, cioè una volta che la pena sia finita. Ciò dà alla sperimentazione in questo campo una pertinenza più grande di quanto siamo disposti a concedere fino ad oggi.

— Qualora i valori messi in evidenza da un provvedimento di riforma penale venissero a concorrere o ad entrare in conflitto con altri valori pure eticamente validi (come ad esempio il criterio della sicurezza) bisognerà ricorrere a un criterio superiore ad entrambi che aiuti a compiere un soppesamento ed una valutazione fra tali di essi. A mio avviso in tali casi bisognerà dare la preferenza a quel valore che nel caso concreto favorisce colui o coloro che di fatto possono agire nella maniera meno libera e meno autonoma. In altre parole se si può parlare di un diritto più importante di altri, questo vale soprattutto per chi oggettivamente nel caso della scelta si trova ad essere più debole.

Questi criteri non vanno comunque compresi come una specie di «*passpartout*», atti cioè a sciogliere ogni conflitto di cui è intesuta sia la teoria che la pratica penale odierna.

E' venuto ora il momento di concludere: mi si potrà a giusta ragione rimproverare che l'esercizio finora qui proposto sia di carattere puramente accademico e non porti elementi concreti per una prassi di riconciliazione nel mondo della pena e del carcere. Mi si chiederà soprattutto quale sia il contributo specifico del singolo cristiano e delle comunità ecclesiali.

Mi sembra difficile dare una risposta in

<sup>20</sup> Cfr. Mt 13, 24-30.

<sup>21</sup> Mt 12, 1-8; Mc 2, 23-28; Lc 6, 1-5.

<sup>22</sup> Cfr. ad esempio l'episodio dell'adultera, Gv 8, 1-11.

termini discorsivi, quanto piuttosto necessario una proposta in termini di testimonianza. La riconciliazione si rivela chiaramente sempre difficile non tanto per la semplice cecità delle istituzioni, quanto perché (e qui parlo esplicitamente da teologo) il cuore dell'uomo è perennemente indurito. La sua capacità di riconciliazione è sempre legata al bisogno di crearsi *capri espiatori*. Questa necessità del capro espiatorio non è visibile soltanto nell'ambito del mondo carcerario, bensì in ogni aspetto della nostra vita quotidiana. Sarà possibile all'uomo una vera rinuncia al bisogno del capro espiatorio?

La risposta molto probabilmente non può essere data in termini di una teoria in sè

coerente, ma solo attraverso una prassi esemplare. Quest'ultima ci è stata anticipata in maniera non solo esemplare ma definitiva da Gesù di Nazareth. Il suo cammino verso la croce ci mostra anche a venti secoli di distanza che non è possibile vera riconciliazione senza saper anche rinunciare ai propri diritti, e senza vera attività di perdono. La realtà del perdono rimane però permanentemente fragile. Essa non può essere facilmente istituzionalizzata, ed il diritto non riesce a percepirla e a strutturarla. Il cristiano, proponendo il perdono a ogni vittima e a ogni carnefice, anticipa, anche se in maniera imperfetta, quella vita escatologica in cui ogni lacrima sarà asciugata. (fine)